



REDE EDUCAMISSAMI
**Faculdade
Santíssimo Sacramento**

**FACULDADE SANTÍSSIMO SACRAMENTO
BACHARELADO EM DIREITO**

PEDRO HENRIQUE NASCIMENTO ALCANTARA ANDRADE SANTOS

**A (IN)EFICIÊNCIA DA PRISÃO DO PEQUENO TRAFICANTE E O SEU IMPACTO
NA SUPERLOTAÇÃO PRISIONAL**

ALAGOINHAS - BA

2023

PEDRO HENRIQUE NASCIMENTO ALCANTARA ANDRADE SANTOS

**A (IN)EFICIÊNCIA DA PRISÃO DO PEQUENO TRAFICANTE E O SEU IMPACTO
NA SUPERLOTAÇÃO PRISIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel em
Direito da Faculdade Santíssimo
Sacramento.

Orientador: Prof. Me. Matheus
Arruda Gomes

ALAGOINHAS - BA

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

PEDRO HENRIQUE NASCIMENTO ALCANTARA ANDRADE SANTOS

**A (IN)EFICIÊNCIA DA PRISÃO DO PEQUENO TRAFICANTE E O SEU IMPACTO NA
SUPERLOTAÇÃO PRISIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, aprovado como requisito para
obtenção de título de Bacharel em Direito da Faculdade Santíssimo
Sacramento

Data de Aprovação

____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Matheus Arruda Gomes (Orientador)
Faculdade Santíssimo Sacramento

Prof. Me. Ângelo Maciel Santos Reis
Faculdade Santíssimo Sacramento

Prof. Especialista Bárbara Moraes Mendes da Silva
Faculdade Santíssimo Sacramento

*"A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à
Justiça por toda a parte."*

Martin Luther King Jr.

RESUMO

A política criminal de drogas sofreu alterações ao longo dos anos, vindo a apresentar reflexos intrigantes em todo sistema penal, em especial o sistema carcerário. A prisão que, no entanto, surgiu como forma de se evitar a criminalidade, não consegue a efetiva ressocialização do preso, e o superlotamento dos presídios é um dos grandes problemas encontrados no sistema penitenciário brasileiro. O objetivo geral do trabalho é analisar se o fato de se tratar o pequeno traficante como sujeito passivo de penas rigorosas de reclusão traz consequências negativas ao Estado e à sua sociedade. Os objetivos específicos são apresentar uma visão real de como o modelo atual de combate às drogas vem fracassando no Brasil, verificar como a prisão do pequeno traficante contribui para o superencarceramento, e conseqüentemente para a ineficiência dos recursos estatais, e discutir modelos restaurativos que possam substituir a persecução penal nos casos em que o traficante preso não passa de um instrumento, facilmente substituído, do mercado do tráfico. A prisão de pequenos traficantes é uma prática comum na chamada "guerra às drogas", partindo desse pressuposto, este trabalho tem como problemática a seguinte indagação: Em que medida a prisão do pequeno traficante acrescenta de maneira eficaz na guerra do Estado contra as drogas, dado que os grandes traficantes continuam movimentando o tráfico? Trazendo assim, uma discussão sobre como o Estado poderia trazer alternativas de evitar que esses sujeitos retornem à delinquência, sendo capaz de desestruturar as organizações para o tráfico, além de desaquecer o índice de encarceramento. A metodologia utilizada foi feita através de revisão bibliográfica através de livros, artigos e periódicos publicados com o assunto principal abordado, assim como da literatura jurídico-científica, sendo, portanto, um estudo descritivo com abordagem dedutiva. A pesquisa se justifica pela necessidade de discussão acerca de novas formas de abordagem em relação ao pequeno traficante, com o interesse de desestimular o processo de superencarceramento presente no Brasil, ao mesmo passo em que seja possível ressocializar o infrator através de penas alternativas. Teve como aporte teórico no estudo os seguintes autores: Eugenio Zaffaroni, Guilherme Nucci e Rogério Greco.

Palavras-chave: Drogas. Pequeno Traficante. Superlotamento. Tráfico.

ABSTRACT

Criminal drug policy has undergone changes over the years, with intriguing consequences for the entire penal system, especially the prison system. Prison, which emerged as a way of preventing crime, fails to effectively re-socialize inmates, and prison overcrowding is one of the major problems encountered in the Brazilian penitentiary system. The general aim of this study is to analyze whether treating small-time drug dealers as subjects of strict prison sentences has negative consequences for the state and society. The specific objectives are to present a real vision of how the current model for combating drugs is failing in Brazil, to verify how the imprisonment of petty traffickers contributes to over- incarceration and, consequently, to the inefficiency of state resources, and to discuss restorative models that can replace criminal prosecution in cases where the imprisoned trafficker is nothing more than an easily replaced instrument of the trafficking market. The imprisonment of small-time traffickers is a common practice in the so-called "war on drugs". Based on this assumption, the problem of this work is the following question: To what extent does the imprisonment of small-time traffickers effectively add to the state's war on drugs, given that the big traffickers continue to move the drug trade? This has led to a discussion about how the state could provide alternatives to prevent these individuals from returning to crime, and be capable of breaking up trafficking organizations, as well as reducing the incarceration rate. The methodology used was a bibliographical review through books, articles and periodicals published on the main subject, as well as legal- scientific literature, and is therefore a descriptive study with a deductive approach. The research is justified by the need to discuss new ways of approaching small-time drug dealers, with the aim of discouraging the overcrowding process present in Brazil, while at the same time making it possible to re-socialize the offender through alternative sentences. Eugenio Zaffaroni, Guilherme Nucci and Rogério Greco were the theoretical contributions to the study.

Keywords: Drugs. Small Drug Dealer. Overcrowding. Traffic.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APAC	Associação de Proteção e Assistência aos Condenados
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CV	Comando Vermelho
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LEP	Lei de Execução Penal
PCC	Primeiro Comando Da Capital
SENAPPEN	Secretaria Nacional de Políticas Penais
SIDSDEPEN	Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2. O SUPERENCARCERAMENTO CAUSADO PELA GUINADA PUNITIVA DO ESTADO CONTRA AS DROGAS	13
2.1 A Evolução Histórica do Sistema Prisional	13
2.2 O sistema Prisional Brasileiro.....	16
2.3 Superlotação e o Tráfico de Drogas	20
3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO CONTEXTO DO TRÁFICO DE DROGAS	24
3.1 Lei 11.343/06	24
3.2 As Organizações para o Tráfico de Drogas.....	28
3.3 A Figura do Pequeno Traficante	31
3.4 A Aplicabilidade do Tráfico Privilegiado	32
4. O ESTADO EM BUSCA DE UM MODELO EFICIENTE.....	36
4.1 Comparativo de Brasil x Portugal no Combate ao Tráfico de Drogas.....	36
4.2 A Ausência Brasileira de um Critério Claro para Caracterizar o Traficante	39
4.3 O julgamento do Recurso Extraordinário 635659 pelo STF	41
4.4 Ressocialização do Acusado de Tráfico de Drogas	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

A atual sociedade brasileira sofre com um desafio que parece ser impossível de se lidar, o desleixo governamental com a população carcerária brasileira. Este sistema sofre com profunda precariedade, e os poderes estatais acabam se “esquivando” de tal situação, transformando o presídio em uma verdadeira escola do crime, mantendo assim a ineficácia da lei de execução penal que tem por finalidade a reinserção dos egressos na sociedade e a reeducação, ocasionando ainda o aumento nos índices de reincidência, enraizando cada vez mais a crise carcerária no Brasil.

Atualmente um dos maiores problemas do sistema prisional nacional, é a superlotação dos presídios, e a maioria dessas prisões é devido ao tráfico de drogas. Esse cenário proporciona um ambiente inseguro e violento, além de oferecer um recrutamento fácil de apenados para compor as facções criminosas que, em troca, oferecem assistência jurídica e financeira para eles, além de dar “proteção” e suporte aos seus familiares.

A presente lei de drogas começou a vigorar em 2006 e instaurou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), que estabelece medidas para prevenir o uso de entorpecentes ilícitos e para reinserir o dependente e o usuário de drogas na sociedade, além de determinar normas de repressão ao tráfico ilícito de drogas.

A prisão de pequenos traficantes geralmente não aborda as causas subjacentes ao tráfico de drogas, como a pobreza, a falta de oportunidades de emprego e a exclusão social. Esses indivíduos muitas vezes são levados ao tráfico pelas circunstâncias dos locais onde cresceram, como uma maneira de sobreviver ou escapar de condições difíceis. Prender essas pessoas sem fornecer alternativas ou soluções para os problemas latentes, apenas perpetua o ciclo vicioso do tráfico.

A pesquisa se justifica pela necessidade de discussão acerca de novas formas de abordagem em relação ao pequeno traficante, com o interesse de desestimular o processo de superencarceramento presente no Brasil, ao mesmo passo em que seja possível ressocializar o infrator através de penas alternativas.

A metodologia empregada foi mediante revisão bibliográfica, através de livros, artigos e periódicos publicados com o assunto principal abordado, assim como da literatura jurídico- científica. Sendo um estudo descritivo com abordagem qualitativa. Inicialmente foram realizadas as leituras dos artigos selecionados. Após a primeira leitura, realizou-se a análise e avaliação dos mesmos. A organização das informações foi realizada de acordo com os objetivos propostos, tanto o geral como os específicos.

O método utilizado foi o indutivo, pois para chegar ao conhecimento ou demonstração da verdade, parte de fatos particulares e retira uma conclusão genérica. É uma pesquisa qualitativa, pois está relacionada ao levantamento de dados e busca compreender e interpretar determinadas questões. É exploratória, uma vez que não possui o intuito de obter números como resultados, mas sim encontrar o caminho para a tomada de decisão correta sobre a questão norteadora da pesquisa.

A pesquisa tem como objetivo geral analisar se o fato de que tratar o pequeno traficante como sujeito passivo de penas rigorosas de reclusão traz consequências negativas ao Estado e à sua sociedade. Outrossim, tem como objetivos específicos apresentar uma visão real de como o modelo atual de combate às drogas vem fracassando no Brasil, verificar como a prisão do pequeno traficante contribui para o superencarceramento, e conseqüentemente para a ineficiência dos recursos estatais, e discutir modelos restaurativos que possam substituir a persecução penal nos casos em que o traficante preso não passa de um instrumento, facilmente substituído, do mercado do tráfico.

Com o propósito de melhor entendimento e esclarecimento da problemática, o trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, há uma perquirição sobre a história do sistema prisional no mundo e sua evolução com o passar do tempo, por conseguinte, há também um recorte do sistema prisional no Brasil, e como as inúmeras prisões causadas pelo tráfico de drogas impactam diretamente na superlotação do mesmo.

No segundo capítulo há a discussão e apresentação acerca da legislação pertinente para o presente trabalho, como a análise da Lei 11.343/06, a conhecida Lei de Drogas, e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. É explicado o que é e o que faz o pequeno traficante, assim como a sua insignificância perante as organizações voltadas para o tráfico de substâncias ilícitas. Além disso, há a busca por mostrar dados que demonstram a ineficiência da lei no contexto da luta contra as

drogas.

O terceiro e último capítulo traz uma discussão sobre as maneiras das quais o Estado poderia se utilizar para organizar o seu combate ao problema gerado pelo tráfico de narcóticos. Desse modo, fazendo um comparativo entre as abordagens sobre o problema em Portugal e no Brasil, trazendo à tona a importância da atribuição de um critério claro para a caracterização do tráfico. Discute-se as possíveis medidas alternativas para garantir a ressocialização, ao mesmo passo em que as grandes organizações para o tráfico possam ser desestruturadas.

2 O SUPERENCARCERAMENTO CAUSADO PELA GUINADA PUNITIVA DO ESTADO CONTRA AS DROGAS

2.1 A Evolução Histórica do Sistema Prisional

O direito de punir do Estado surgiu da vida comunitária, para que a paz e o interesse da maioria fossem protegidos, criaram-se as regras comuns de convivência e a consequente punição ao agente infrator. É evidente que o conflito seja algo comum nas relações humanas, e sua causa poderá ser relativa a questões pessoais ou interpessoais, psicológicas ou sociais, referindo-se a origem dos conflitos à limitação dos recursos naturais e humanos, uma vez que, em busca destes, cria-se uma contenda.

A partir o início das civilizações, o ser humano possui a necessidade de se agrupar em sociedade para a garantia da sua subsistência. Em consequência, essas relações acarretaram o surgimento de conflitos devido às diferenças de interesses entre os indivíduos.

Márcio Carneiro de Mesquita (2012) descreve que as civilizações antigas como Pérsia, Grécia e Roma, já utilizavam de um modelo prisional onde existia o encarceramento do indivíduo com intuito de exercer função punitiva e restrição física. As chamadas masmorras eram os principais locais onde os presos eram colocados, e essas não possuíam um modelo arquitetônico específico comum a configuração padrão de funcionamento.

No período da antiguidade não se tinham sanções penais específicas, correspondendo a escolha do poder soberano atribuir caráter criminal à determinada conduta. Esses comportamentos estavam predominantemente relacionados a questões de Estado, e compreendiam delitos a exemplo da falta de pagamento de tributos e crimes de guerras. Dentre as punições existentes, estava a tortura, escravidão e o cárcere, sendo as circunstâncias seriamente precárias.

Em tempos pretéritos, as civilizações não tinham um amplo conhecimento do que significava punir, elas simplesmente castigavam aqueles que violavam a harmonia da civilização. A partir disso, surgiu a vingança privada ou autotutela (autodefesa), sendo o ato de executar ou castigar outro indivíduo através de uma vontade própria (Rocha, 2015).

Com a Lei de Talião, gravada pelo Código de Hamurabi, em 1680 a.C., mesmo que de jeito limitado, estabeleceu-se a proporcionalidade entre a conduta do infrator e a punição, promovendo a disciplina de dar vida por vida, olho por olho e dente por dente. Surgiu assim a equivalência entre a ofensa e o castigo penal. Porém as penas continuavam avassaladoras, públicas e degradantes, prevalecendo a infâmia, as agressões corporais e a pena de morte.

Já o período medieval foi marcado pela intensa participação da Igreja Católica na aplicação das penas, com enfoque maior nos dogmas religiosos. Neste sentido, Nogueira Júnior(apud da Silva, 2006, p.1):

[...] a punição ganhou uma conotação de vingança e de castigo espiritual, acreditando-se que através dela poderia se reduzir à ira divina e regenerar ou purificar a alma do delinquente, cometendo-se todas as atrocidades e violências em nome de Deus. No direito eclesiástico, a penitência era a melhor forma de punição, nesse sentido, conforme já salientado, a custódia do acusado antecede até mesmo a pena privativa de liberdade. Diante disso, foram então construídas prisões denominadas “penitenciários”, onde os acusados cumpririam penitência e esperariam o momento em que seriam guiados para a fogueira. A denominação penitenciária é utilizada por nós até os dias de hoje, como o local onde o acusado ou condenado irá permanecer preso.

Conforme o historiador Daniel Silva, durante esse período a Inquisição nasceu com intuito de apurar, julgar e condenar todos os envolvidos em movimentos heréticos. Devido a isso, foi permitido pela Igreja a utilização da tortura, e aqueles considerados culpados, eram condenados à fogueira. Pondera-se milhares de mortes por essa instituição, incluindo personalidades históricas e científicas.

Ainda que o conceito de pena nunca tenha gerado grandes discussões, o seu propósito foi uma preocupação corriqueira na história do direito penal, provocando o estudo de juristas e filósofos em seu tempo.

Em síntese, em seu percurso histórico a pena sofreu um processo de evolução simultâneo às modificações das relações humanas e, constatando que a punição com a pretensão exclusiva de castigar o infrator e vingar o mal por ele praticado sempre culminou em crise, modificou-se a tendência penal estritamente repressiva, dando azo às penas alternativas à prisão, um dos objetos deste estudo.

Durante a Antiguidade, a pena determinava sacrifícios e castigos desumanos ao condenado e, via de regra, não guardava proporção entre a conduta delitiva e a punição, prevalecendo sempre o interesse do mais forte.

A infração totêmica ou a desobediência tabu levou a coletividade à punição do autor para desagrar a entidade, gerando-se assim o que, modernamente, denominamos “crime e pena”. O castigo infligido era o sacrifício da própria vida do transgressor ou a oferenda por este de objetos valiosos (animais, peles e frutas) à divindade, no altar montado em sua honra. A pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação da justiça (Mirabete, 2009, p.15, grifado no original).

Sendo assim, caso alguém praticasse algum fato proibido naqueles grupos sociais, deveria haver alguma reparação, sendo esta fundamentada no “totem” (força divina), e nos “tabus” (proibições essas que se não fossem obedecidas motivavam algum castigo).

Até o século XVII, esse meio doloroso de pena, sobretudo a tortura, enfraquecia o governo, pois essas práticas desumanas geravam revoltas na população, que não concordava com as práticas abusivas e violentas contra os condenados. Na segunda metade do século XVIII, influenciado pelos ideais iluministas, o suplício se extingue e o Estado se utiliza da privação dos direitos, no intuito de prender/privar o indivíduo de sua liberdade ao invés do ideal da vingança (Oliveira, 2018).

Em sua obra ‘Vigiar e Punir’, Michael Foucault expressa a nova visão do Estado em relação aos apenados, quando as casas de cumprimento de penas passam a ser analisadas sob um prisma diferenciado, com vistas à ressocialização do preso. O que antes operava como um castigo aplicado ao condenado, como uma forma de vingança do Estado contra o ato do apenado, passou a ter como escopo a dupla finalidade de punição e proteção social, a fim de servir de exemplo aos demais, objetivando que houvesse uma reflexão, pelos indivíduos, das consequências da prática do delito.

Nesse sentido, Michael Foucault aduz:

O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra tão recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse limitar. Volta de um terrível superpoder. E a necessidade de colocar um princípio de moderação ao poder do castigo (Foucault, 2004).

No trecho citado acima, o filósofo determina a unificação do poder de punir nas mãos do Estado, levando este a controlar o que é o ilegal, e, portanto, qual seria a sanção devida para cada ato lesivo.

2.2 O Sistema Prisional Brasileiro

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2022), o Brasil possui um total de 909.061 pessoas presas, sendo que 331.680 estão cumprindo pena em regime fechado, que envolve estabelecimentos de segurança máxima ou média, e tem como propósito a ressocialização e a punição da criminalidade. Portanto, o Estado acolhe a responsabilidade de combater os crimes, isolando o criminoso da sociedade, e através da prisão, o mesmo é privado da sua liberdade, deixando de ser um risco para a sociedade.

No Brasil, a prisão-pena somente pode ser decretada após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, que se dá ao fim do processo, uma vez que a culpabilidade como fundamento do fato punível, somente é inserida e definida nessa fase específica do processo. Porém, existem prisões que não são penas, que possuem natureza cautelar, cuja cautelaridade ocorre pelo fator da adequação e da necessidade.

O STF apontou inicialmente a possibilidade de execução da pena após a decisão do recurso em segunda instância em sua decisão sobre habeas corpus 126.292, de 17 de fevereiro de 2016. Naquele momento, o tribunal alterou as diretrizes elaboradas em 2009, quando em 2016, avaliando o habeas corpus 84.078, considerou impossível a realização do julgamento antes do julgamento definitivo e apontou a possibilidade de reclusão somente se fosse confirmada a necessidade de sua implementação por meio da prisão preventiva.

A prisão preventiva, que é cautelar, requer justificação: é necessário o *fumus commissi delicti* ou o *periculum libertatis*. Exclusivamente na comprovação lógica, e, portanto, fática, de um desses dois elementos, é que é possível prender preventivamente no Brasil.

Aury Lopes Jr (2013, p.108/109) ensina que a prisão preventiva decretada com amparo na garantia à ordem pública não é cautelar, portanto sendo uma verdadeira antecipação da pena:

trata-se de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazi-fascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos

autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.

Dito isso, conforme o estudioso citado, no que diz respeito à prisão preventiva em nome da ordem pública, com o argumento do risco de reincidência, observa-se uma desvinculação do processo penal, transformando-se em uma atuação mais próxima da função policial do Estado, distante do propósito e fundamento do processo penal.

Dotti (2013, p. 553) explica o conceito de pena como sendo a sanção imposta pelo Estado, através de previsão legal específica e consistente na perda ou restrição de bens jurídicos do responsável pela infração, em retribuição a sua conduta e para prevenir novos ilícitos.

Guilherme de Souza Nucci conceitua com as seguintes palavras:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquele que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, forma de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado de decisão condenatória [...] (2011, p. 607).

A pena pode ser compreendida como uma a sanção penal de caráter aflitivo imposta ao autor de um fato delituoso.

Conforme mencionado acima, as formas de hostilizações foram perdendo força e não estavam mais sendo vistas com sinônimo de justiça coletiva, advindo dessa forma, uma espécie de humanização da pena, o aprisionamento para ressocializar.

No Brasil, predomina a crença de que aumentar o número de prisões é a solução mais conveniente. Todavia, muitas vezes acontecem prisões que são desnecessárias e excessivas, conseqüentemente, encontramos nos estabelecimentos prisionais pessoas detidas por delitos de menor potencial ofensivo, a exemplo da posse de pequenas quantidades de drogas, juntamente com outros indivíduos envolvidos em crimes graves, como homicídios, também presentes no mesmo estabelecimento.

Como possibilidade, teria de haver a diminuição de presos provisórios, o aumento da aplicação de penas alternativas ao encarceramento, a separação dos

presos provisórios dos condenados, e, entre os condenados, a separação por periculosidade ou gravidade do crime cometido que está prevista na lei de execuções penais, além de e tornar a lei de drogas, mas objetiva.

A primeira instalação prisional no Brasil foi mencionada na Carta Régia de 1769 localizada na Casa de Correção no Rio de Janeiro. Mas, somente após a Constituição de 1824, ficou determinado que as penitenciárias atribuísem aos réus a separação por tipo de crime. Em 1890, o código penal estabeleceu novas modalidades de prisão, considerando que não haveria mais penas perpétuas e coletivas, limitando-se as penas restritivas de liberdade individual (Arruda, 2011).

Durante o Brasil Império, após a independência, foi indispensável a modificação para substituir a legislação do reino, e assim foi estabelecido o novo código do império, analisemos:

Em 1830, com o Código Criminal do Império, a pena de prisão é introduzida no Brasil em duas formas: a prisão simples e a prisão com trabalho (que podia ser perpétua); com o novo Código Criminal a pena de prisão passa a ter um papel predominante no rol das penas, mas ainda se mantinham as penas de morte e de galés (trabalhos forçados e também poderia ser perpétua). O Código não escolhe nenhum sistema penitenciário específico, ele deixa livre a definição desse sistema e do regulamento a ser seguido a cargo dos governos provinciais (Santis; Engbruch, 2016).

Segundo os autores acima, nessa época as prisões eram realizadas de duas formas somente, a simples e com trabalho, porém ainda se mantinha a prisão de morte e os trabalhos forçados que eram como se fossem prisões perpétuas.

Ressaltando que a Constituição Federal determina expressamente a proibição da pena de morte em seu artigo 5º, inciso XLVII, entretanto, a C.F traz uma exceção: não haverá penas cruéis, nem tortura, nem pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. Portanto há essa exceção em nosso ordenamento, e em consonância com o mencionado dispositivo constitucional, o Código Penal Militar (CPM) decreta a pena de morte em hipóteses de crimes militares praticados em tempo de guerra, os quais estão relacionados no Livro II, artigos 355 a 410 do CPM.

No dia 11 de julho de 1984, surgiu a lei que efetivamente reconheceu o caráter judicial da execução penal no Brasil, e que veio com o objetivo de garantir e reconhecer o preso como sujeito de direitos. É válido mencionar a criação de regras ao sistema progressivo de cumprimento de penas privativas de liberdade, o livramento condicional, as saídas temporárias e o sursis, discutindo as espécies de

estabelecimentos penais e as formas de diminuição no tempo de encarceramento.

A Lei de Execução Penal (LEP) brasileira, é considerada uma das mais avançadas do mundo, pelo menos teoricamente. Conforme Ribeiro (2013, p. 05), a legislação brasileira acredita na recuperação do condenado, pois traz empecilhos constitucionais que dizem respeito à pena de morte, à prisão perpétua e penas cruéis, prezando pela dignidade humana.

Em seu artigo 88, a LEP dispõe que o condenado será alojado em célula individual que irá conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Decorre no mesmo artigo em seu parágrafo único os requisitos básicos da unidade celular que são salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e área mínima de seis metros quadrados.

Nitidamente é uma realidade distante dos dias atuais, no atual momento a salubridade e estabelecimentos penais são antônimos, sendo, portanto, um grande fator para a dificuldade da efetivação da Lei de Execução Penal.

Fernandes (2000. p. 163/164) explica:

A capacidade real de uma prisão é difícil de ser objetivamente estimada e como resultado disso, é fácil de ser manipulada. Mas não resta dúvida que quase todos os estabelecimentos prisionais brasileiros estão superlotados. Como todos os administradores prisionais sabem, prisões superlotadas são extremamente perigosas: aumentam as tensões elevando a violência entre os presos, tentativas de fuga e ataque aos guardas. Não é surpresa que uma parcela significativa dos incidentes de rebeliões, greves de fome e outras formas de protestos nos estabelecimentos prisionais do país sejam diretamente atribuídos a superlotação.

Os estabelecimentos penais não acompanham o crescimento da população carcerária, e claramente não existe uma preocupação estatal quanto a essa situação. De acordo com o levantamento da Senappen (Secretaria Nacional de Políticas Penais), correspondentes aos meses de janeiro e fevereiro de 2023, em 16 estados brasileiros, um preso custa em torno de R\$ 1.819 por mês aos cofres públicos, esse valor é 37% superior ao atual salário mínimo nacional, que é de R\$ 1.320.

É relevante que a finalidade da lei não foi apenas punir o infrator, mas dispor condições para que o levem a uma ressocialização e uma restauração. Conforme percepção de Mirabete (2007, p. 28), além de tentar proporcionar condições para a harmônica integração social do preso ou do internado, procura-se no diploma legal não só cuidar do sujeito passivo da execução, como também da defesa social.

Verifica-se que a Lei de Execução Penal brasileira também é clara quanto à finalidade ressocializadora da pena, embora se observe que os estabelecimentos penais brasileiros não disponibilizam programas efetivos.

2.3 Superlotação e o Tráfico de Drogas

Historicamente o sistema prisional brasileiro sempre foi, em sua estrutura física e humana, falha, e nunca foi de tratar o ser humano como verdadeiramente humano, principalmente em se tratando de criminosos onde muitos deles são de alta periculosidade.

Segundo Couto (2014), o crescimento desenfreado do tráfico de drogas vem produzindo, como resultado, a expansão da violência urbana em função da organização criminosa em rede e a disputa por territórios pelas facções do tráfico de drogas no Brasil.

O tráfico de drogas contribui de forma gradativa para o aumento da violência, tanto fora como dentro dos presídios brasileiros, onde geralmente os viciados para manterem o vício, furtam objetos dentro de sua própria casa e utilizam como moeda de troca, e muitas vezes, sob os efeitos das drogas, chegam a praticar agressões físicas aos seus familiares, e dessa forma, cometem até delitos mais graves, como os homicídios, sendo essa uma das consequências gravíssimas causada pelo consumo de drogas. Outra consequência violenta causada pelas drogas, são os assassinatos desses viciados praticados pelos traficantes por dívidas junto ao tráfico.

Este tipo de delito é um dos principais impulsionadores da superlotação carcerária em diversos países, incluindo o Brasil. Inúmeros fatores são responsáveis por isso, sejam as prisões provenientes dessa prática ilegal, além da morosidade dos processos criminais vinculada à quantidade de réus que estão presos preventivamente.

A população carcerária brasileira é composta por indivíduos pobres e analfabetos, e que em sua maioria não possuem condições financeiras de arcar com um advogado para lutar por seus direitos. Por conseguinte, a grande maioria desses presos acabam sendo “abandonados” dentro dos presídios, impossibilitando-os de serem novamente inseridos na sociedade. Sabe-se que é uma realidade comum e infelizmente, de muitos que cumprem suas penas no regime semiaberto, serem executados ou voltarem a cometer os mesmos delitos devido à falta de oportunidade

profissional.

De acordo com Távora e Alencar (2015, p. 847):

A audiência de custódia tem respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, com base no item 5, do artigo 7º do Pacto de São José da Costa Rica, que reza, em sua primeira parte, que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz. Tal providência tem o fito de garantir a audiência do preso com o magistrado competente dentro de um prazo de vinte e quatro horas. Encontra respaldo em diplomas internacionais ratificados pelo Brasil. (Távora, 2015).

Portanto, a audiência de custódia é, como vemos, dinâmica, ou seja, tudo acontece naquele momento. É um procedimento que, na maioria das vezes, decorre entre 10 (dez) e 15 (quinze) minutos, mas por a grande maioria desses presos acabam não tendo essa garantia de ser custodiado e mais uma vez outro indivíduo adentra nas estatísticas do “esquecimento” do judiciário, colaborando para a grande população prisional.

A audiência de custódia originou-se com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, especificamente no Pacto de San José de 1969, ratificado pela Costa Rica. No Brasil, foi incorporada pelo Decreto nº 1.678/1992, mas somente no ano de 2015 as audiências de custódia eram iniciadas no país, sendo uma medida de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, que possui como objetivo garantir que a prisão preventiva seja utilizada de forma adequada e responsável.

Quando analisamos os dados obtidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, podemos observar que a população carcerária do Espírito Santo, por exemplo, é ocupada majoritariamente por negros, pois segundo dados do Ministério da Justiça (2014), 77,6% dos presos eram negros e 21,1% brancos, sendo importante ressaltar que 44% de todos os encarcerados deste estado foram condenados pelo crime de tráfico de drogas (Brasil, 2014).

De acordo com pesquisa realizada pelo DEPEN, disponível através do SISDEPEN, o que se verificou foi que a maioria dos indivíduos foram presos pelo crime de tráfico de drogas, chegando-se ao patamar de 43,27% (Brasil, 2017). Ou seja, quando estudamos esses dados, é possível afirmar que existe uma correlação entre a vigência da atual Lei de Drogas com o encarceramento exponencial que estamos vivenciando no Brasil (Carvalho, 2007).

Como se observa, o sistema penal está selecionando os pequenos traficantes, com alto risco de estar também incluindo usuários. Esse universo inclui fornecedores de pequenas quantias na rua, saídas e entradas em estabelecimentos penais, mulheres transportando o produto para o cônjuge, companheiro ou parentes etc.

Os direitos e garantias assegurados pela Constituição devem ser considerados quando da aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais, visto que, possuem predominância jurídica. Apesar disso, encontram-se várias outras normas que visam garantir a dignidade dos presos, como é o caso da Lei de Execuções Penais (ou LEP, Lei nº 7.210/84), o próprio Código Penal, e as resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

É preciso observar que o número de presos ligado ao narcotráfico, tem em sua grande maioria presos provisórios, ou seja, presos que estão aguardando julgamento, vindo a passar entre meses e anos no cárcere, em celas lotadas e com condições insalubres. Ocasionalmente, essa necessidade de prisão preventiva, poderia ser evitada, bastando na maioria dos casos, que os juízes, no momento de proferir as decisões, buscassem o equilíbrio entre a proporcionalidade e a razoabilidade, tornando a decisão mais justa, portanto, garantindo a dignidade do indivíduo.

Atualmente, o superencarceramento é gerado fundamentalmente pela aplicação da Lei Federal n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei de Drogas, que produziu a possibilidade legislativa – que foi amplamente aproveitada pelos outros agentes públicos – para se levar ao extremo a lógica do inimigo pelo Sistema de Justiça brasileiro (Boiteux, 2015).

Dentro dessa lógica, as polícias, agentes públicos que prendem as pessoas, o Ministério Público, agentes públicos que confeccionam a denúncia contra o preso, e o Poder Judiciário, agentes públicos que decretam a prisão preventiva, com base, na quase totalidade das vezes, apenas no testemunho do policial militar que realiza a prisão, apoiam-se uns nos outros, dentro de uma ordem mecanizada, que indica, desde o princípio, quem é o inimigo que deve ser perseguido.

O que acontece na sociedade brasileira, claramente seletiva, é o que Zaffaroni (2001) chama de "criminalização da pobreza". O Estado utiliza a lei para operar controle sobre a população, e isso constantemente é feito de forma seletiva. Isso, pois, ainda que o processo de criminalização seja generalizado, o devido processo de aplicação da lei, que ocorre por diversas instâncias, desde a intervenção policial até à

condenação, acaba por ser realizado de forma excludente, nesse processo, na realidade brasileira, o critério de determinação seletiva é a cor da pele e a classe social.

Nota-se que a seletividade penal se encontra fortemente inserida nas instituições do sistema judicial. A questão do superencarceramento encontra-se intimamente ligada à política de drogas. Pesquisas de diversos tipos têm colocado em relevo o modo como a sistemática das abordagens policiais e dos flagrantes, a baixa exigência probatória das condenações, e os aumentos de pena têm contribuído para o aumento vertiginoso da população prisional.

Conforme pesquisa realizada no Instituto Sou da Paz, entre os traficantes presos, 93,5% não portava arma e 54,2% não possuía antecedentes criminais, o que está em harmonia com o perfil do traficante preso no RJ e no DF. Entre os antecedentes criminais, roubo, furto e tráfico eram as ocorrências mais comuns. 21,9% tinham antecedente por roubo; 12,5% por furto; e 24% por tráfico (Instituto Sou da Paz, 2017).

Os crimes de tráfico de drogas correspondem a 28% das incidências penais pela quais os indivíduos privados de liberdade foram condenados ou aguardam julgamento, contudo existe diferença substancial quando equiparamos o crime de tráfico entre os diferentes gêneros.

A legislação considera associação para o tráfico de drogas a conjugação de esforços de duas ou mais pessoas (art. 35 da Lei de Drogas), a “associação criminosa” como a reunião de ao menos 3 pessoas (art. 288 do CP), e “organização criminosa” a conjugação de ao menos 4 pessoas, em torno de uma estrutura ordenada e especializada (art. 1º da Lei nº 12.850, de 2013).

O alvo no pequeno tráfico e o alto índice de encarceramento traz a impressão, para os governos, de uma grande produtividade do sistema penal, e, portanto, pode continuar a pleitear mais recursos orçamentários, e é conseqüentemente mais oportuno para o policial, o qual irá correr menos riscos. Sendo assim, é preciso oferecer um critério explícito para separar o pequeno traficante dos demais (grandes traficantes).

Então, a problemática que abrange o encarceramento em massa da população pobre pelo crime de tráfico de drogas, ultrapassa às falhas e lacunas da Nova Lei de drogas, além disso, são problemas estruturais na nossa sociedade, relativo ao esforço

de “pessoas de bem” comandarem os mais fracos, os quais são responsáveis pela desordem na vida presente.

3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO CONTEXTO DO TRÁFICO DE DROGAS

3.1 A Lei 11.343/06

Desde a antiguidade, o homem descobriu a utilização das plantas para fins medicinais e nutricionais, descobrindo os seus inúmeros efeitos diretos e indiretos. Ao experimentarem as plantas começaram a sentir seus efeitos mentais, passando a influenciar sua psicologia, fazendo com que recebessem mensagens divinas, manifestando delírios e alucinações com os efeitos de determinadas plantas.

Entretanto, as plantas findaram o seu lado ritual e passaram a ser consumidas como estimulante, um prazer que surge de uma mudança de consciência e dos sentidos vitais. A partir daí, as drogas tornaram-se um produto capitalista de alto valor (legal ou ilegal), continuamente refinado pela ciência, alterando e amplificando a sua utilização e efeitos.

No Brasil, o uso da droga começou nas décadas de 50 e 60, no período de guerras, ditaduras, violências, ideias ideológicas do século XX, com uso de drogas como, cocaína, maconha e LSD, resultando numa libertação, tornando-se viciante. As drogas foram conceituadas como um problema social, prejudicando a saúde, gerando violência e sendo vista como uma mercadoria.

Com o advento do Regulamento de 29 de setembro de 1830, na vigência do Código Criminal do Império do Brasil, a questão era tratada como política sanitária voltada à comercialização de remédios e substâncias medicinais. Diferenciava-se o preparo e a venda de drogas com a venda ilícita de substâncias venenosas. Não havia ainda conhecimento suficiente sobre os entorpecentes, tanto que diversas substâncias nocivas eram permitidas, a exemplo da cocaína, usada como anestésico e energético (PISARRO, 2015).

Durante o período percebe-se que a preocupação era sobre a regulamentação da venda e fiscalização por meio da polícia sanitária de medicamentos que fossem classificados como venenosos.

Desde a Constituição Federal de 1988, o eixo padrão do Brasil mudou

radicalmente. A dignidade da pessoa humana tem sido citada como fundamento do Estado Democrático de Direito, característica que transpassa toda a Constituição brasileira e o ordenamento jurídico nacional.

Foi editada a lei 11.343/2006, a atual lei de drogas que extinguiu a terminologia entorpecente e deu lugar a terminologia drogas, classificada no parágrafo único do art. 1º da referida lei. De mesmo modo, a legislação trouxe políticas mais rígidas no que tange a perspectiva preventiva.

Nesse sentido, a nova lei traz um equilíbrio entre os vieses repressivos e preventivos, sendo que manteve o viés repressivo no que tange a produção não autorizada e o tráfico ilícito, e preventivo com desígnio de reinserir no âmbito social os usuários e dependentes de drogas. Para materializar o viés preventivo, a nova lei descriminalizou o crime de uso e consumo de drogas (Gomes, 2007).

A nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, inaugurou no ordenamento jurídico uma forma inédita para tratar de um assunto tão complexo e delicado. Se anteriormente tratavam o tema com um viés mais repressivo e penalista, a partir de 2006 essa lógica passou a se inverter. O legislador demonstrou uma maior preocupação com o aspecto sociológico do tema, tendo em vista que não era um problema apenas do direito penal.

Conforme a conceituação da jurista Maria Lúcia Karam para já delimitar a norma, temos o seguinte:

A Lei 11.343/06 é apenas mais uma dentre as legislações dos mais diversos países que, reproduzindo os dispositivos criminalizadores das proibicionistas convenções da ONU, conformam a globalizada intervenção do sistema penal sobre produtores, distribuidores e consumidores das selecionadas substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, que, em razão da proibição, são qualificadas de drogas ilícitas (2008, p. 105).

Inicialmente, o art. 1º expõe suas questões principais que são: Instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelecer normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e definir crimes.

Constata-se, que de um lado, o novo regulamento priorizou os direitos e garantias fundamentais, ao empreender princípios de redução de danos ao usuário, e por outro prisma, preservou o caráter proibicionista e repressivo relativo ao traficante.

A nova lei de tóxicos mencionava um futuro progressista ao excluir as penas de prisão para as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme texto do art. 28. Simultaneamente, exagerava-se ainda mais na repressão ao tráfico, com um incremento no mínimo previsto para a pena.

Anos depois, a prática demonstrou que esse discurso não se efetivou, pois, como veremos adiante, os números do fracasso proibicionista somente aumentaram. E a própria lei previu os meios para isso, de modo que um suposto tratamento mais benéfico aos usuários ocultou uma política que somente incrementou a histórica repressão que o proibicionismo sempre representou.

Portanto, dentro da prática do encarceramento levada a cabo pelo Estado brasileiro, a política proibicionista de drogas tem tido um papel de destaque, sendo responsável pela privação da liberdade de cerca de um quarto dos atingidos pelo sistema penal. Se separarmos individualmente cada crime, o tráfico de drogas é hoje a principal causa de prisão no país (Depen, 2014, p. 34).

Em vista disso, conforme exposto acima, é interessante notar que há um fracasso que essa política das drogas trouxe, pois ao invés da erradicação da produção e do consumo das substâncias ilícitas, e do controle do tráfico de entorpecentes, o que vimos foi uma sucessão de fracassos da política nacional de segurança pública, gerando a explosão da população carcerária brasileira.

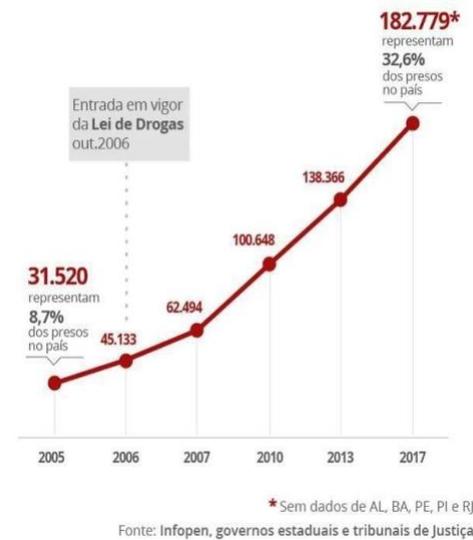
Conforme relatório divulgado pela Organização Observatório dos Direitos Humanos (Human Rights Watch), afirmou-se que o tráfico de drogas se tornou um fator-chave para o aumento da população carcerária brasileira, uma vez que subjetiva a determinação de quem é traficante e quem é usuário. Embora a lei tenha substituído a pena de prisão para usuários de drogas por medidas alternativas como o serviço comunitário – o que deveria ter reduzido a população carcerária –, sua linguagem vaga possibilita que usuários sejam condenados como traficantes, diz o relatório (Pereira, 2017).

A partir da aprovação da lei de drogas, a população carcerária aumentou em 254%, chegando ao atual número de 755.274 pessoas privadas de liberdade no Brasil, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, do think tank Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

A seguir temos um gráfico com os dados do Infopen, Governos Estaduais e os

Tribunais de Justiça com o número de pessoas detidas pelo crime de tráfico de drogas:

Figura 1 – Presos por Tráfico de Drogas
Presos por tráfico de drogas
 Lei faz número aumentar em mais de uma década



Fonte: Infopen, Governos estaduais e Tribunais de Justiça, 2017.

Apesar da lei indicar a quantidade de droga em poder do suspeito um dos critérios para esta distinção, ela própria não estabelece quais quantidades caracterizam uma ou outra conduta. A mudança proposta na Lei nº 11.343/2006 tinha o objetivo, por sua vez, de atenuar o tratamento penal dado ao usuário, causando o efeito direto de diminuir-se o número de presos. Todavia, na prática, tal mudança gerou um efeito contrário e, sobretudo, cruel e que se multiplica em uma velocidade assustadora e superlota as prisões.

3.2 As Organizações para o Tráfico de Drogas

O Tráfico de drogas e o crime organizado são crimes diferentes, muito embora existam semelhanças que tornam a tarefa de diferenciá-los extremamente difícil. Com o intuito de elucidar o tema, torna-se mais fácil identificar os pontos que ambos têm

em comum ao invés de fazer diferenciações superficiais que não contribuem para a discussão da questão.

Ambos os crimes se utilizam de princípios básicos da administração, os membros do tráfico de drogas se organizam como uma grande empresa com o objetivo de cometer esse crime específico e assim obter lucros ilegais.

É permitido mencionar que o tráfico de drogas é correspondente a uma modalidade de crime organizado e, da mesma forma, também é possível determinar que a organização criminosa voltada para o tráfico de drogas tem como base fonte de seu lucro, o tráfico de entorpecentes, empregando deste como fonte inesgotável de renda e necessitando de outras atividades ilícitas para lavar o dinheiro obtido.

Desta forma, tem-se que o tráfico é uma forma de sustento das facções criminosas e que os dois crimes se completam, coexistindo num mesmo espaço. Como forma de tentar coibir o uso indevido das drogas, bem como combater o tráfico das mesmas, no Brasil existe a Lei que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre o tráfico (Sisnad), a lei 11.343/2006. Tal diploma legal identifica os métodos de prevenção do uso indevido de drogas, estabelecendo regras de repressão à produção não autorizada bem como do tráfico de drogas ilícitas, conceituando ainda, os crimes e outras providências legais cabíveis e devidas.

Conforme ensina o artigo 33 da referida lei, o tráfico de drogas é tipificado da seguinte forma:

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

Buscando, efetivamente, a prática de negócios inspirada em modelos empresariais, o grupo tem o tráfico de drogas como o principal fornecedor de verbas, sendo considerado o “carro chefe” do PCC, à maior e mais perigosa facção criminosa atuante no Brasil.

O complexo e enorme esquema de tráfico de drogas praticado pela organização é formado por distintas etapas, sejam da aquisição da droga em estado bruto ao transporte, estocagem, refino, divisão, embalagem e, assim, por último, chegando a revenda para os consumidores finais.

Para preservar o seu fortalecimento criminoso na periferia, o narcotráfico se desencadeia em redes de proteção que vão desde execuções dos ladrões que

roubam na área de atuação do tráfico a execuções de traficantes rivais, já que esses delitos vão chamar a atenção da polícia. A organização do tráfico apresenta funções específicas atribuídas pelos atores criminosos e os locais em que há maior número de crimes apresentam características específicas, inclusive topográficas, que contribuem para a criminalidade (Couto, 2014).

O tráfico de drogas conta com normas de conduta, as quais são respeitadas como leis, que objetivam manter o controle e poder sobre seus integrantes e sobre a comunidade a qual o grupo de traficantes pertence. E estas leis, sem qualquer suporte do Poder Judiciário, são severamente respeitadas e obedecidas por todos a elas sujeitadas.

As organizações criminosas possuem características similares a de uma empresa, porém, seu lucro é auferido por práticas criminosas, principalmente, através de crimes transnacionais. Nucci (2013) destaca em sua definição de organização criminosa, o caráter duradouro, a estrutura em um organismo pré-estabelecido e a divisão de tarefas.

É válido enfatizar algumas características fundamentais destas organizações a respeito da estruturação empresarial, distribuição hierárquica, pluralidade de agentes, divisão de tarefas, fragmentação, códigos de honra, disputa territorial, fins lucrativos, diversificação de atividades, estabilidade, uso de tecnologia e a ilegalidade.

O Primeiro Comando da Capital (PCC) nasceu no início dos anos 1990 em uma prisão de segurança máxima em São Paulo. Surgiu com o objetivo de melhorar as más condições que os prisioneiros alegavam sofrer. Da mesma maneira, o Comando Vermelho (CV), a segunda organização mais poderosa do Brasil, foi criado na década de 1970.

No decorrer dos anos, novos adeptos juntaram-se ao Comando Vermelho, expandido seu poder e viabilizando o investimento em armamentos pesados e a distribuição de substâncias entorpecentes. Atualmente, essa organização domina cerca de 70% do tráfico no Rio de Janeiro e atua em outras áreas, como tráfico de armamentos, crime organizado, roubos, sequestro e homicídios.

Conforme dados do Ministério Público de São Paulo em 2018, o PCC aparece como a principal organização criminosa responsável pela movimentação bilionária proveniente do tráfico de drogas no país, através de documentos da inteligência, estes registraram que mais de dez mil criminosos se filiaram ao PCC, totalizando 29.460

integrantes até o mês de março de 2018. (Ministério Público de São Paulo, 2018).

A facção de origem paulista está presente no DF e em outros 24 estados, e o grupo nascido no Rio de Janeiro atua em 13 Estados, além do DF. Os dados são da edição especial do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado em 2022 pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Por sua vez, diante do descaso registrado pelo Estado em relação ao sistema penitenciário nas últimas décadas, associado ao processo de superencarceramento e à inserção do país na nova lógica do tráfico de drogas, a ausência do poder estatal propiciou o desenvolvimento de outros níveis estratégicos entre os detentos (Dias, 2013).

Na prática, as organizações criminosas encontraram no tráfico de drogas uma essencial fonte de receitas, introduzindo o domínio de comunidades e assim promovendo uma ideologia de facção, com simbologias e formas de atuação muito peculiares.

No ano de 2006, quando começou a vigorar a lei 11.343, havia 31.520 presos por tráfico nos presídios brasileiros. Já em 2013, esse número passou para 138.366 e no ano de 2017 esses números foram para 182.779 e impulsionou um descontrolado controle social através da proibição de condutas relacionadas às drogas ilícitas. Embora o intuito inicial da legislação fosse a prevenção e proteção, tivemos o caráter repressivo que caracterizou o novo regulamento de fato.

Não existe relação direta entre pobreza e violência, mas a vulnerabilidade social nas regiões em que o Estado é omissivo e/ou violento acarreta em situações de desrespeito e privações que não são definidoras para a adesão ao crime, mas podem propiciar que setores ilegais e criminosos como o tráfico de drogas se expandam (Feffermann, 2006).

Ou seja, para o autor, mercado ilegal desponta como alternativa de ter poder, dinheiro, conforto e comida, em meio a uma realidade excludente, que atinge cada vez mais a juventude empobrecida, destacando que nem todo jovem em situação de pobreza e que vive em periferia irá se render ao tráfico de drogas.

No entanto, a política repressiva de combate às drogas, não alcança as diversas classes sociais, não é aplicada a todos aqueles indivíduos que cometeram delitos relacionados ao tráfico de entorpecentes, ela escolhe quem deverá ir para prisão, são eles são mulheres e homens negros, pobres, moradores de periferia,

vulneráveis, que sofrem diariamente as consequências do embate com as drogas.

3.3 A Figura do Pequeno Traficante

Primeiramente, é preciso salientar que não há na Lei nº 11.343/2006 especificamente, a definição de uma figura intermediária entre o usuário de substâncias psicoativas e o traficante, não se podendo vislumbrar nesse diploma normativo, diretamente, a diferenciação de tipos de comerciantes.

Sabendo-se que existe a figura do pequeno traficante, sugerindo que a previsão deva ser formulada para um indivíduo primário, que haja sem violência, e não possui comprovada vinculação com a rede do tráfico, para o qual se admitiria expressamente as penas alternativas à prisão, na forma prevista na parte geral do Código Penal, para condenações até quatro anos.

O Relator do Projeto de Lei nº 7.134/2002, que deu origem à Lei nº 11.343/2006, da Comissão de Constituição e Justiça, Deputado Paulo Pimenta, exarou parecer consignando que a Comissão não negligenciou a distinção que existe entre pequenos e grandes traficantes. Asseverou que para cotejar essa diferença foi mantida uma causa especial de diminuição da pena para o agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa (Brasil, 2004).

Portanto, fica evidente que na ausência de indicação pelo legislador dos limites para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da lei de drogas, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição dessa relação.

Salo de Carvalho aduz que há um hiato na referida legislação posto que sua estrutura genérica de cláusulas de criminalização não traz uma resposta específica para condutas de menor potencial danoso. Assim, com uma única possibilidade de enquadramento, as penas elevadas englobam indistintamente as variadas formas de comércio, possibilitando a aplicação de penalidades severas e sem diferenciação ao pequeno traficante.

Analisando se essa previsão legal seria bastante para diferenciar, de fato, o “pequeno” tráfico de drogas do “grande”, se é suficiente para aplacar os efeitos da beligerante política criminal nacional para drogas, ao retirar da malha desse sistema voltado para um inimigo, ao menos, a figura do pequeno traficante, de modo a

assegurar a esse uma proporcionalidade na resposta penal (Boiteux, 2009).

Sendo assim, a autora traz uma crítica ao artigo, no qual não há uma transparência para delimitar de forma clara quem seria o pequeno traficante, isto é, aquele primário, que age sem violência, e não possui fundamentada conexão com a rede do tráfico, o que, portanto, se permitiria expressamente as penas alternativas à prisão.

Compreende-se, desta forma, que a punição determinada pela lei brasileira não faz distinção entre traficantes de menor e maior porte, sendo que estes últimos geralmente estão ligados a grupos criminosos. Portanto, os indivíduos envolvidos deveriam ser tratados de maneira diferenciada durante o processo e a aplicação da sentença, bem como durante o cumprimento da pena. Pois é contraditório e injusto tratar legalmente pequenos e grandes traficantes da mesma forma em relação à gravidade desse delito.

É claro que, o tratamento jurídico dado pelo sistema, não determinando, visivelmente, a distinção entre o pequeno e o grande traficante, leva, em grande parte dos casos, a fazer incidir, indiscriminadamente, os efeitos da guerra às drogas na esfera jurídica à figura que tem o menor grau de atuação.

3.4 A Aplicabilidade do Tráfico Privilegiado

Trazendo um destaque a lei de drogas, temos: A previsão de crime específico para a cessão de pequena quantia de droga para consumo conjunto (art. 33, §3º, da Lei 11343/06); o surgimento da figura do tráfico privilegiado (art.33, §4º, da Lei 11343/06); a tipificação do delito de financiamento ao tráfico (art. 36 da Lei 11343/06) e a normatização do novo rito processual.

O parágrafo 4º do Art. 33 da lei 11.343/06 trouxe uma causa de diminuição de pena, sendo que a redação trouxe um tratamento diversificado ao agente que for condenado pelo delito de tráfico de drogas do artigo 33, caput e do artigo 33, parágrafo 1º. Razão pela qual preenchendo requisitos apresentados pelo parágrafo em questão, haverá uma causa especial de redução de pena.

A doutrina, como exemplo, Masson e Marçal (2019) deu o nome para o instituto incluído na lei de drogas com o §4 do artigo 33, de tráfico privilegiado, porque ele trouxe um tratamento mais brando ao agente que teria incurso em um dos verbos do

tipo penal, desde que preenchido requisitos cumulativos.

Deste modo conforme exposto acima, esse tratamento mais ameno seria, a primariedade, ostentar bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

É necessário expor que, segundo alguns precedentes do STF, os requisitos mencionados anteriormente (primariedade, bons antecedentes, não se dedicar ao crime e não integrar organização criminosa) são cumulativos, ou seja, é preciso o preenchimento de todos eles para a sua aplicabilidade.

No ano de 2014 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 512, a qual determinava: A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de drogas. Sendo assim, de acordo com o entendimento do STJ, considerava-se que, apesar dos efeitos diferenciais quando da aplicação da causa de diminuição do parágrafo 4º, estes não seriam suficientes para que seus beneficiários aproveitassem do regime previsto para os crimes comuns.

Ocorre que essa súmula foi cancelada em 2016, em seguida a decisão do STF no tocante ao “tráfico privilegiado”, o STJ reconsiderou sua decisão interpretando o posicionamento do STF.

No entanto, na prática, o que temos visto é que a maioria dos juízes e juízas ainda possuem muita resistência a esta substituição, pois julgam o tráfico de drogas como crime hediondo e compreendem que a prática do tráfico impede que o preso cumpra sua pena fora da prisão.

Durante uma sessão no dia 19/10/2023 o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou Proposta de Súmula Vinculante (PSV 139) com o objetivo de fixar que o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, estas que são alternativas à prisão, devem ser implementados quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm se debruçado sobre questões relacionadas ao tráfico privilegiado. Uma das principais decisões foi a de que a quantidade de droga apreendida não pode ser o único critério para a concessão do benefício.

Além disso, o STF também definiu que a venda de drogas é uma circunstância que pode excluir a aplicação do tráfico privilegiado. Já o STJ estabeleceu que a

primariedade do réu não é um requisito indispensável para a concessão do benefício, mas pode ser considerada como um fator favorável.

De acordo com a ONG Conectas, o Estado de São Paulo, em contrapartida, é responsável por cerca de 50% das prisões por tráfico de drogas no país. A explicação para o quadro é ilustrada no percentual de conversões de flagrante em prisão preventiva para este tipo de crime: em 86% dos casos (134 pessoas de 156), o destino das pessoas acusadas de crimes sobre delitos da lei 11.343/2006 foi a prisão provisória (CONNECTAS, 2018).

Muitos julgados reconhecem a existência da jurisprudência dominante das cortes superiores, porém preferem manter seu posicionamento, elaborando interpretações pessoais, mantendo a visão do tráfico privilegiado como sendo um delito equiparado aos crimes hediondos, sem levar em consideração que determinados indivíduos acusados de tráfico de drogas não possuem nenhum registro em suas folhas de antecedentes, portanto, são pessoas sem nenhum histórico formal de contato com o sistema de justiça e que não precisariam ficar presas previamente.

A discriminação no sistema penal, combinada com a abrangência da disposição do artigo 33 da legislação de drogas, leva ao grande número de prisões preventivas - incluindo indivíduos rotulados como traficantes antes mesmo da condenação, mesmo que não sejam realmente traficantes, por causa do estigma associado a eles.

A aplicação da Lei de Drogas pelo sistema de justiça brasileiro atinge de maneira desproporcional as pessoas negras no Brasil, enquanto privilegia pessoas brancas nas garantias processuais. À medida que a população brasileira é composta por 57% de pessoas negras (pretos e pardos), entre os réus processados por tráfico de drogas, 68% são negros. No que diz respeito à cor/raça branca, representa 42% da população e apenas 31% dos réus são processados por crimes envolvendo drogas (IPEA, 2023).

Conforme levantado pelo instituto, verifica-se que há na atuação diária das polícias um reforço da seletividade penal racial e social, pela intensificação da criminalização de grupos populacionais específicos, particularmente jovens negros e pobres. Com o início na Lei de Drogas, que não determina parâmetros seguros nem distinção clara entre usuário e traficante, nota-se ainda o alto poder discricionário de policiais e juízes, concebendo na prática uma política de drogas repressiva definida por gênero, raça e classe, onde viabiliza a expansão do controle sobre regiões

economicamente desfavorecidas.

Nos preceitos de Rogério Greco (2011, p. 155), a seletividade penal pode ser verificada em três momentos distintos. O primeiro deles é da criação da norma, quando o legislador seleciona as condutas no mundo dos fatos a serem tipificadas como crime no plano jurídico. O segundo momento é quando da aplicação da norma, já elaborada ao caso concreto, e o terceiro se dá no final do processo penal, quando o juiz profere a sentença.

Por essa razão uma minoria dos delitos são alvo de investigação, evidenciando que a justiça criminal é determinada pela cor e posição do indivíduo na hierarquia social e não pela sua conduta.

Corroborando que, ao tratar do artigo em questão, essa distinção não funcionou, mesmo que o STF tenha aprofundado em suas decisões o vão entre o traficante “hediondo” e o “privilegiado”, de fato não esteja vigorando pois, de um lado, tem-se a polícia, com restrita investigação, focando no pequeno vendedor que vê na rua; e de outro, os juízes, convencidos da certeza moral de que o tráfico é quase um crime contra a humanidade, e estes vão continuar se opondo o quanto puderem para não aplicar as atenuantes previstas em lei.

4. O ESTADO EM BUSCA DE UM MODELO EFICIENTE

4.1 Comparativo de Brasil x Portugal no combate ao tráfico de Drogas

Inicialmente, em Portugal, a droga era vista predominantemente como uma mercadoria, e fazendo uma análise da perspectiva comercial e fiscal, o ponto de vista criminalizador foi se fortalecendo, em um primeiro momento, durante a década de 70.

O Decreto-lei 15/93, ainda vigente, apresenta uma lógica legislativa de gradação de penalidades não apenas na distinção entre o consumo e o tráfico, mas considerando diferentes previsões para o tráfico, segundo periculosidade potencial da conduta e da substância: crime de tráfico (Artigo 21 – 4 a 12 anos); tráfico de menor gravidade (Artigo 25 – 1 a 5 anos) e traficante consumidor (Artigo 26 – 0 a 3 anos). Se destaca como penalidade ainda mais alta a associação criminosa (Artigo 28 – 10 a 20 anos) (Portugal, 1993).

Após as discussões, extraiu-se a recomendação da descriminalização do consumo de drogas. A estratégia se deu em migrar os investimentos à prevenção, educação e redução de danos; além de ampliar o tratamento de toxicod dependência e a relação com os familiares. Embora o Estado permanecesse em estado de proibição, ao alterar o foco à reinserção social e a adequação ao mercado de trabalho, as sanções já não estariam no esquadro judicial. Na prática, a seara criminal deixa a prevalência quando da subtração da figura penal do consumo de drogas que passa a ser observada apenas como uma contraordenação. (Martins, 2017).

A partir dessa situação, o usuário, caso seja apreendido com quantidades de drogas que correspondam a dez dias de consumo, este é levado a uma comissão que, após verificar seu perfil, irá determinar como sanção, uma multa, condenação à prestação de serviços comunitários ou em último caso tratamento especializado.

Esse usuário chega a triagem, onde é realizada uma entrevista por um dos membros da equipe técnica, e durante essa conversa é verificado de que se trata de um traficante e não de um usuário, mesmo sendo uma quantidade pequena de droga, o indivíduo é encaminhado a um tribunal. Outrossim, caso o juiz identifique alguém com grande quantidade de droga, mas que essa pessoa não participe da venda de substâncias ilícitas, ele terá o poder de decisão de que se trata de um usuário e enviá-lo ao CDT.

Feita a entrevista, a equipe técnica disponibiliza um relatório aos outros membros da comissão e a partir daí inicia-se a audiência. Essa audiência ocorre em uma sala normal, com o usuário e os membros sem qualquer discriminação e

normalmente é uma audiência rápida.

Durante a entrevista, a equipe técnica fará a separação dos casos em dois grupos principais, portanto, os dependentes e os não dependentes, os não dependentes, se forem primários, são liberados e o processo é finalizado, esse registro fica guardado por cinco anos. Caso durante esse período essa pessoa seja encontrada novamente com drogas novamente, a partir daí receberá algum tipo de sanção.

Os dependentes recebem uma punição logo na primeira vez. Mas, se estes voluntariamente concordam em iniciar o tratamento, a sanção é removida. O intuito principal das sanções não é punir, e sim fornecer incentivos aos usuários de drogas para que estes tomem a decisão certa.

Embora o consumo global de drogas não tenha diminuído, o de heroína e cocaína, duas das mais preocupantes, passou de afetar 1% da população portuguesa para 0,3%. As contaminações por HIV entre os consumidores diminuiram pela metade (na população total, foram registrados 104 novos casos por milhão ao ano em 1999 para 4,2 em 2015), e a população carcerária por motivos relacionados às drogas caiu de 75% a 45%, de acordo com dados da Agência Piaget para o Desenvolvimento (Apdes).

A presente redução de índices comprova a efetividade das políticas públicas vigentes. Essas contam com uma abordagem mais humanista, não trazem nenhum julgamento e são baseadas na confiança e na relação entre as pessoas. Além disso, visam, na medida do possível, reduzir as consequências negativas das drogas de uma perspectiva que não se baseia tanto na perseguição, mas na informação, no atendimento médico e nos serviços aos dependentes (Linde, 2019, online).

Importante enfatizar, para evitar descuidos, que Portugal escolheu pela descriminalização, e não legalização, das drogas, acarretando no reposicionamento da sanção penal prevista em lei, sendo assim, uso de drogas e a posse de drogas ainda são condutas proibidas, todavia as consequências para o usuário que for pego serão encaradas como violações administrativas, excluído da esfera criminal.

As leis do Brasil referentes ao tráfico de drogas são atualmente mais rigorosas, com penalidades mínimas e máximas mais severas. No entanto, em ambos os países, há disposições legais para classificar a periculosidade da conduta. Em Portugal, essa classificação se aplica tanto ao traficante que consome drogas quanto ao tráfico de menor gravidade, enquanto no Brasil é baseada nas condições estabelecidas no § 4º do Artigo 33.

No Brasil, não é segredo que o atual modelo de enfrentamento fundamentado no combate as drogas corresponde a um modelo falido, visto que, se passaram mais de 100 anos de proibição, e essa guerra teve como resultado a superlotação de presídios e milhares de mortes.

A penalização do comércio e do uso das drogas não muda o fato de que essas práticas ocorrem, desta forma é fantasioso pensar num sistema jurídico eficaz prestes a erradicar todas as drogas ilícitas. Isso não só requisitaria um enorme empenho, assim como sairia custoso à sociedade, não apenas economicamente, visto que diariamente pessoas pagam com a vida pelos erros intrínsecos a essa estratégia de combate às drogas.

Greco classifica o crime de tráfico de drogas como uma infração que é cometida, em regra, por pessoas que pertencem às classes sociais mais baixas. Normalmente, infrações patrimoniais ou que ofendem a integridade física, a saúde ou a vida pessoal. Motivo que cobra do Estado o dever de cumprir com suas funções sociais, oferecendo à população mais carente a oportunidade de acesso à saúde, educação, lazer, habitação, enfim, acesso aos direitos básicos do cidadão (2011, p. 326).

Assim como em Portugal e no Brasil, é possível notar mudanças nas políticas de drogas na direção da despenalização/descriminalização do consumo. No entanto, essas mudanças tiveram resultados diferentes em relação ao número de pessoas presas por crimes relacionados às drogas. Enquanto a política portuguesa, a partir de 2000, se concentrou na saúde pública e na descriminalização do uso de drogas, resultando em uma redução da prisão por tráfico de drogas, o mesmo crime continuou sendo regulado pela legislação anterior. Por outro lado, no Brasil, a despenalização do consumo levou ao aumento do encarceramento, indicando que ainda prevalece uma abordagem punitiva apesar das medidas declaradas para reduzir os danos causados pelas drogas.

Constatada a experiência brasileira, bem como a do resto do mundo, nota-se que a criminalização como política de combate a “guerra as drogas” não só falha em alcançar seus objetivos de erradicação das drogas ilícitas e de proteção à saúde pública e à do usuário, da mesma forma prejudica a situação, dado que o comércio de drogas aumenta diariamente, conseqüentemente tendo o aumento dos danos à saúde coletiva, sendo essa conseqüência da criminalização.

4.2 A Ausência Brasileira de um Critério Claro para Caracterizar o Traficante

A Lei de Drogas, 11.343/2006, embora tenha trazido avanços reconhecidos, a exemplo do reconhecimento de políticas de prevenção e redução de danos e da despenalização do usuário e também vieram impactos indesejados. No seu art. 28, § 2º, são listados oito critérios legais de distinção entre o porte para uso próprio e o tráfico de drogas: a quantidade e a natureza da substância apreendida; o local e as condições da ação; e as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente.

Cumprido ressaltar que as razões subjetivas previstas na Lei de Drogas para classificação do usuário podem ser distorcidas por preconceitos ou tendências do juiz na indicação do pequeno traficante, tráfico privilegiado e do usuário-traficante, particularmente pela ideologia da discriminação social e da seletividade penal, com o objetivo de incluir indevida ou injustamente, na tipificação do tráfico.

Observando a realidade e a prática vivenciada no dia a dia, pode-se deduzir que a figura do traficante de drogas, já teve o seu estereótipo firmado pelo Estado, e na sua maioria das ocorrências, sujeitam as pessoas pobres e negras.

Segundo a advogada Pedrinha:

A lei silencia quanto à quantidade específica de droga para classificar o usuário e o traficante, ficando a seleção ao arbítrio dos representantes do Estado. Dessa forma, a condição social, a cor, a raça de certos indivíduos serão fatores determinantes na aptidão à captura seletiva da polícia e dos magistrados. (Pedrinha, 2009, p. 5486).

Portanto, se um indivíduo branco e de um bairro de classe média traz consigo alguns cigarros de maconha, este visivelmente seria usuário, pois subentende-se pode pagar pelas drogas, mas se o portador for uma pessoa negra e de periferia, com a mesma quantidade já seria considerado traficante.

A discricionariedade corresponde à liberdade conferida pela Lei ao administrador para a adoção da melhor solução para o caso concreto em razão do mérito administrativo. Este corresponde ao juízo de conveniência e oportunidade para a definição da solução mais adequada, tendo como parâmetro o princípio da razoabilidade. (Furtado, 2007, p. 639).

Sendo assim, o ato discricionário possibilita ao julgador certa margem de liberdade, e este deve exercer o seu juízo de valor conforme os seus critérios de conveniência e oportunidade.

É notável o problema para distinguir o usuário de traficante, e na maioria das

vezes o que ocorre é o julgamento impulsivo devido local em que se foi apreendida a droga e a aparência do indivíduo, gerando a efetiva “presunção de traficância” toda vez que ocorre uma apreensão de uma quantidade maior de drogas daquela estabelecida legalmente ou jurisprudencialmente. Conforme as lições de Zaffaroni (2017), o direito penal seleciona alguns indivíduos a criminalização, através de um estereótipo pré-estabelecido pelo legislador.

Essa forma de poder seletivo reflete tanto na construção das normas típicas, como na sua aplicação, o que leva o aparelho punitivo estatal funcionar de fato para aqueles já escolhidos, os demais, (pessoas, brancas, com uma condição melhor e que não morem em comunidades pobres) ainda que pratiquem a conduta típica, na maioria dos casos será excluído da aplicação da lei penal.

O procedimento de seleção penal é evidente nos crimes elencados na lei em debate, onde o sistema penal escolhe determinadas pessoas conforme a sua posição social para exercer o papel de usuário e o papel de traficante.

Ao discutirmos sobre a seletividade das medidas penais nas políticas relacionadas às drogas, essa também é corroborada pela ausência de delimitação das quantidades de entorpecentes apreendidos pela polícia.

Em sua obra, Olinger Rodrigues (2009, p.11), aborda essa questão, pontuando que o fato do legislador não especificar quantidades determinadas para que ocorra a diferenciação entre o usuário e o traficante, expondo apenas que deverá o juiz analisar as circunstâncias da ação, perfil do agente, entre outros, abriu caminho para uma discussão que vem sendo feita após a promulgação do referido diploma.

Destarte como é conhecido, o policial tem acesso às favelas, aos locais em que a maioria da população negra e pobre vive, e por essa razão, esse grupo (pessoas negras e da periferia) comumente são o foco de perseguições policiais esquematizadas que direcionam a várias condenações pelo crime de tráfico, as vezes não existindo provas concretas, mas sim o testemunho dos agentes do Estado.

A controversa gerada pela ausência de critérios objetivos na determinação do usuário e do traficante de drogas valida a necessidade de haver uma distinção objetiva e clara entre os tipos penais da Lei 11.343/2006, não cabendo ao Poder Judiciário instituir a finalidade da conduta para o andamento judicial e punição, visto que viola os princípios da segurança jurídica e legalidade.

Com o Recurso Extraordinário em pauta, decorreu-se um importante avanço para que o Brasil começasse a reconsiderar a sua política de proibição de Drogas e, portanto, possa empenhar alternativas mais capazes, é fundamental mencionar que a discussão do recurso corresponde à questão da descriminalização, e não à legalização.

A criminalização do consumo e a coibição penal e têm provocado efeitos mais prejudiciais na sociedade e, em especial, sobre as comunidades mais pobres do que de fato aquelas ocasionadas pelas drogas sobre os seus usuários.

O STF incluiu na pauta o Recurso Extraordinário, onde se debate, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a conformidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, o qual, caracteriza o porte de drogas para consumo pessoal, com os preceitos constitucionais da vida privada e intimidade.

No dia 24 de Agosto de 2023 houve a decisão de julgamento:

Decisão: Após o voto reajustado do Ministro Gilmar Mendes (Relator), no sentido de restringir a declaração de inconstitucionalidade a apreensões relativa à substância entorpecente tratada nos autos do presente recurso (*cannabis sativa*), bem como para incorporar os parâmetros objetivos sugeridos pelo Ministro Alexandre de Moraes, presumindo como usuário o indivíduo que estiver em posse de até 60 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas, sem prejuízo da relativização dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia; do voto do Ministro Cristiano Zanin, que negava provimento ao recurso extraordinário e propunha a seguinte tese: “I - É constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343; II - Para além dos critérios estabelecidos no parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº 11.343, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou 6 plantas fêmeas – tal como sugerido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso -, para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas”; e do voto antecipado da Ministra Rosa Weber (Presidente), acompanhando o voto do Relator, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Aguardam os demais Ministros. Plenário, 24.8.2023. (RExt 635659 SP 2011/018946-6. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 24/08/2023).

É notável destacar que o julgamento do RE 635659 não se limita somente às partes vinculadas, mas também possui a possibilidade de motivar futuros pareceres e formar o entendimento jurídico sobre a matéria em questão, portanto, o STF, ao exprimir a sua decisão, pretende garantir a consonância na aplicação das leis e sua segurança jurídica.

Considerando o reconhecimento da repercussão geral, esse julgado produzirá efeitos erga omnes, prontamente, ocorrerá o emprego da interpretação estatuída pela Suprema Corte a todos os processos indiciados segundo o art. 28 da Lei de Drogas, ou seja, o porte de drogas para consumação própria.

Com isso procurou o legislador dar tratamento penal diferenciado ao dependente e traficante, justificado o relator que o consumo pessoal de drogas não pode ser tratado, à luz do princípio da proporcionalidade, como política de criminalização.

A temática relativa à descriminalização drogas ainda traz bastante polêmica, pois, ainda é um assunto que remete a certo tabu na sociedade, e através desse julgamento, já será um grande avanço para que o Brasil reconsidere a sua política de proibição de Drogas e, com isso, possa trabalhar alternativas mais eficientes.

4.4 Ressocialização do Acusado de Tráfico de Drogas

Ressocializar significa a legítima reinserção social, portanto, corresponde a formação de meios e condições para que o apenado volte ao convívio social sem sofrimento, para que possa ter uma vida normal.

Para que ressocialização tenha boas respostas, ela necessita ser visível e apresentar resultados favoráveis, pois apenas assim é que a sociedade irá enxergar esses indivíduos que são na maioria das vezes tratados com desdém e preconceito, e enxerguem como pessoas que estão tendo uma nova chance, que foram reabilitadas e que não irão cometer os erros do passado.

A ressocialização é um dos direitos fundamentais do preso e está vinculada ao welfare statate (estado social de direito), que se emprenha por assegurar o bem-estar material a todos os indivíduos, para ajudá-los fisicamente, economicamente e socialmente. O delinquente, como indivíduo em situação difícil e como cidadão, tem direito à sua reincorporação social. Essa concepção tem o mérito de solicitar e exigir a cooperação de todos os especialistas em ciências do homem para uma missão eminentemente humana e que pode contribuir para o bem-estar da humanidade (Alvergaria, 1996, p. 139).

A prisão tem como objetivo ressocializar o preso, para que ele possa regressar a sociedade novamente, cabe ao Estado aplicar recursos que instrua os detentos se reeducarem e que desenvolvam de maneira positiva mecanismos de pensamentos respaldados em condutas lícitas.

A Lei de Execução Penal (LEP) brasileira, Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984, enfrenta obstáculos na aplicação de muitos de seus dispositivos. Em seu Art. 1º, a lei apresenta o objetivo de efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e

proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (Brasil, 1984).

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) foi inserida pela 1ª vez em São Bernardo do Campo no ano de 1972 e desenvolvida pelo advogado e jornalista Mário Ottoboni.

A APAC representa uma das reais possibilidades de concretização das obrigações do Estado para com o preso. O recuperando, como é chamado o interno, este executa ao longo do dia diversas atividades de práticas artesanais, que inclusive lhes rende retorno financeiro, atividades esportivas, de caráter religioso e formador.

Em uma pesquisa realizada pela FBAC no ano de 2016 existem 50 APACs sem o concurso da polícia no Brasil em 7 (sete) Estados sendo eles: Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Norte e Rio Grande do Sul, e já foi implantada em países como: Estados Unidos, Austrália, Chile, México, Nigéria, Nova Zelândia, Paquistão entre outros países.

Esse método só é possível de ser realizado com a ajuda da comunidade. O artigo 4º da LEP Brasil (1984), determina a participação da comunidade na execução da pena, ou seja, o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Portanto, conforme apresentado o artigo acima, este encontra-se em harmonia com o que há de mais atual na doutrina, nota-se que existe aqui um objetivo, no qual em um primeiro momento o legislador tem como intuito possibilitar métodos para que a sentença seja integralmente cumprida e no segundo momento o legislador tem como intuito que se faça a reintegração do sentenciado ao convívio social, ou seja a ressocialização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apresentado, torna-se crucial compreender a existência de um crítico problema no que diz respeito ao sistema prisional brasileiro. Perante a formulação de uma lei mais dura direcionada ao punitivismo, e ocasionando usualmente a punição aos crimes relativos às drogas como modelo de resposta as expectativas da sociedade, acabou ocorrendo uma gradativa projeção da população carcerária.

Por certo, as cadeias brasileiras estão em sua maior parte saturadas além da quantidade prevista. Posto isto, fica evidente que essa capacidade é formada em grande parte por detentos que cometeram crimes associados ao tráfico de drogas.

É verdade que a maioria da porcentagem dos presos por crime de tráfico, está presa por responsabilidade de delito diverso do cometido, e por uma falha do legislativo em não elaborar parâmetros objetivos de imputação, acabando por consentir que as autoridades penais possam responsabilizar aquele indivíduo usuário ao delito de tráfico, cuja pena ocasiona a detenção.

O emprego de novos meios alternativos para o tratamento de dependentes químicos e os considerados pequenos traficantes é completamente urgente, como foi exposto no capítulo do comparativo com Portugal, com o reposicionamento da sanção penal, tendo em consideração que uso de drogas e a posse de drogas ainda são condutas proibidas, mas as consequências para o usuário que venha a ser pego serão classificadas como violações administrativas, afastado da esfera criminal.

Verificou-se que esse modelo vem sendo bem-sucedido na diminuição do uso de tais substâncias e dos danos, sendo um caminho considerável para a atenuação dos impactos cruéis que assombram todos os dias, principalmente indivíduos negros e comunidades periféricas, que são minimamente protegidos por estruturas sociais oportunas.

As prisões brasileiras estão chegando ao seu limite, e, dessa forma, a prisão do pequeno traficante não representa eficácia na guerra do Estado contra as drogas, uma vez que os grandes traficantes continuam movimentando o tráfico. Diante dessa questão, é necessária uma análise mais aprofundada da descriminalização das substâncias ilícitas como uma medida para aliviar a pressão do sistema.

O contingente também inclui usuários que foram presos com pequenas quantidades de drogas, mas foram identificados pela polícia como traficantes. A lei não prevê penas de prisão para pessoas que possuam drogas para uso pessoal. Contudo, uma vez que não existem critérios claros para distinguir entre consumo de drogas e tráfico de drogas, as decisões são deixadas aos agentes policiais individuais, e muitos consumidores de drogas acabam na prisão se forem traficantes de drogas.

Há uma necessidade urgente de reconsiderar a detenção como forma de combater o crime e a ilegalidade da conduta, uma vez que, mesmo com alterações legais, os usuários e os traficantes continuam sendo tratados de forma igual. É preciso que exista um estudo por parte do Estado de novas formas de tratar os traficantes que se encontram abaixo na pirâmide hierárquica do tráfico, visando proteger a sociedade do problema das drogas, e garantir a ressocialização do infrator.

Conforme decisão de julgamento do STF, em situações de tráfico privilegiado, os juízes, além de substituírem as penas privativas de liberdade (ou seja, penas de prisão) por restrições de direitos, isso representa ampliar as possibilidades de adoção das penas alternativas, principalmente em relação a delitos que ainda são predominantes no sistema carcerário, a exemplo do tráfico de drogas, podendo ser um ponto de partida alcançável a curto prazo que possa amenizar os danos relacionados e atenuar a superlotação carcerária a qual é resultado da política de drogas do país.

REFERÊNCIAS

BOITEUX, Luciana apud VIVIANE ALVES, Carolina. **A superlotação carcerária e o tráfico de drogas**. A relação entre o encarceramento em massa e a Lei 11.343/2006. Disponível em: < <https://carolinavivi.jusbrasil.com.br/artigos/492223744/a-superlotacao-carceraria-e-o-trafico-de-drogas>>. Acesso em: 20 set. 2023.

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] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília-DF, 23 ago./2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20 set. 2023.

_____. Código Penal. **Decreto Lei 2.848/1940**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2023.

_____. Presidência da República. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a lei de execução penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 635659**. SP 2011/018946-6. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 24 de agosto de 2023. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> . Acesso em: 06 nov. 2023.

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

COUTO, A. Colares. **Redes criminosas e organização local do tráfico de drogas na periferia de Belém.** In: Anais do VII Congresso Brasileiro de Geógrafos-Vitória, ES, 2014.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **PCC: Hegemonia nas Prisões e Monopólio da Violência.** São Paulo: Saraiva, 2013.

DO POVO, Correio. **Maior que o salário mínimo, custo médio de cada preso no Brasil chega a R\$ 1.819 por mês.** Rio Grande do Sul, 2023. Disponível em: < <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/maior-que-o-sal%C3%A1rio-m%C3%ADnimo-custo-m%C3%A9dio-de-cada-pres-no-brasil-chega-a-r-1-819-por-m%C3%AAs-1.1042046>> Acesso em: 22 nov. 2023

FEFFERMANN, Marisa. **Vidas arriscadas: O cotidiano dos jovens trabalhadores do tráfico.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Petrópolis: Vozes, 2004.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Número de Réus Negros em crimes por Tráfico de Drogas no Brasil é Duas Vezes Superior ao de Brancos.** Brasília, 2023. Disponível em:< <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/14107-numero-de-reus-negros-em-crimes-por-traffic-de-drogas-no-brasil-e-duas-vezes-superior-ao-de-brancos>>. Acesso em: 06 nov. 2023.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **67,7% Dos Presos por Tráfico de Maconha Tinham Menos de 100 Gramas da Droga.** São Paulo, 2017. Disponível em:< http://www.soudapaz.org/upload/pdf/justica_prisoeflagrante_pesquisa_web.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2023.

IRIN, Sean Kimmons. **Michelle Bachelet elogia modelo português de combate às**

drogas. ONU News, Abril, 2019.

JUSTIÇA, Ministério da. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** 2017. Disponível em: <<https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 06 nov. 2023.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal.** 37. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Vol. 1 (Parte Geral).

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** Niterói: Luam, 2008.

LINDE. Pablo. **Como Portugal se tornou referência mundial na regulação das drogas.** EL PAÍS, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/02/internacional/1556794358_113193.html. Acesso em: 22 nov. 2023.

MASSON Cleber; MARÇAL Vinícius. **Lei de Drogas. Aspectos Penais e Processuais.** 1ª Ed.2019. Editora Método.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 25ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 11ª ed. São Paulo: RT, 2012.

_____.Guilherme de Souza. **Organização criminosa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ODON, Ivo Tiago. **Pequenos Traficantes, Prisões Cheias e uma Lei Ineficiente:** como mudar o alvo de nossa "guerra às drogas". Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-conformeestudos/textos-para-discussao/td232/view>. Acesso em:06 nov. 2023.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica.** Fls. 5486. Disponível em: www.compedi.org/manaus/arquivos/anais/Salvador/roberta_dubocpedrinha.pdf. Acesso em: 22 nov. 2023.

PEREIRA, Néli. **Lei de Drogas é fator-chave para aumento da população carcerária**, diz ONG. BBC Brasil, 2017. São Paulo. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38590880>> Acesso em: 25 de out. 2023.

RIBEIRO, Isac Baliza Rocha. **Ressocialização de presos no Brasil: Uma crítica ao modelo de punição versus ressocialização.** 2013. Disponível em: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/07/doctrina39368.pdf>> Acesso em: 20 set. 2023.

ROCHA, Jaqueline Silva da. **Sistema Prisional: Evolução Histórica das Punições.** In: Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54274&seo=1>>. Acesso 01 de nov. 2023.

RODRIGUES, Thiago; OLINGER, Ernesto. Drogas – **Questões e perspectivas: Um debate necessário. Repressão:** A principal ferramenta do proibicionismo. "13ª Reunião do Fórum Estadual Por uma Política Democrática de Drogas - Discussão da Aplicação da Lei 11.343/2006" – Realizada em 4 de Dezembro de 2006 na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org/fr/node/34809>. Acesso em: 22 nov. 2023.

SANTIS, Bruno Moraes Di; ENGBRUCH, Werner. **A evolução histórica do sistema prisional:** Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena. 2016. Disponível em: <https://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WhNe8ltSzIU>> Acesso em: 20 set. 2023.

SÃO PAULO, Ministério Público de. **Gaeco apreende veículos, drogas, armas e até TNT da cúpula do PCC.** 2019. São Paulo. Disponível em:

<<https://www.mpsp.mp.br/w/gaeco-apreende-ve%C3%ADculos-drogas-armas-e-at%C3%A9-tnt-da-c%C3%BApula-do-pcc>> > Acesso em: 25 de out. 2023.

SEGURANÇA PÚBLICA, Fórum Brasileiro de. **Cronologia dos “Ataques de 2006” e a nova configuração de poder nas prisões na última década**. 2016. São Paulo. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/cronologia-dos-ataques-de-2006-e-a-nova-configuracao-de-poder-nas-priso-es-na-ultima-decada/>. Acesso 01 de nov. 2023.

TÁVORA, RODRIGO ALENCAR. **Curso de Direito Processual Penal**. 10^a ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2017