



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

TRÁFICO DE DROGAS
PRISÃO PREVENTIVA

ORIENTANDA : ANA CAROLINE SANTANA COELHO

ORIENTADORA: Prof^a. Ms. Silvia Maria Gonçalves Santos De Lacerda
Santana Curvo

GOIÂNIA

2021

ANA CAROLINE SANTANA COELHO

TRÁFICO DE DROGAS
PRISÃO PREVENTIVA

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Orientadora: ***Prof.^a Ms. Silvia Maria Gonçalves De Lacerda Santana Curvo.***

GOIÂNIA

2021

ANA CAROLINE SANTANA COELHO

**TRÁFICO DE DROGAS
PRISÃO PREVENTIVA**

Data da Defesa: 26 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA



Orientadora: Prof.^a. Ms. Sílvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo
nota



Examinador Convidado: Jacobson Santana Trovão
nota

Dedico este trabalho a meus pais, minha irmã, e minha avó Marlene, que sempre me apoiaram em seguir meus sonhos, a meu companheiro Junio, que me apoiou em todo momento na escolha e elaboração deste trabalho, a todos professores que me auxiliaram no trajeto do curso, e a todos que conheci durante a experiência de estágio no escritório de Advocacia Criminal, que me levaram a entender a aplicação da lei penal em crimes de tráfico, que se tornou a minha paixão, e compreender que o sistema penal, infelizmente, atua de forma seletiva. Vocês me inspiraram a escrever sobre este tema e a ter como objetivo profissional a luta pela Justiça Social.

AGRADECIMENTOS

A produção de uma monografia é um imenso desafio que conclui a passagem pela vida universitária, que não se percorre sozinha. Foram anos de aprendizado, de muitas alegrias e desafios, que serão guardados com muito carinho.

Agradeço primeiramente a Deus por ter me abençoado e permitido que eu chegasse até aqui, por ter me dado forças e por hoje poder estar comemorando o encerramento deste ciclo.

Agradeço imensamente aos meus queridos pais, **Marcos e Cleide**, e irmã, **Ana Eduarda**, que me apoiaram incondicionalmente e nunca desistiram dos meus sonhos, junto comigo, me incentivaram e sempre confiaram no meu potencial. Obrigada por não medirem esforços para a concretização do meu sonho de formatura, vocês são minha inspiração.

Agradeço as minhas avós, **Marlene e Iraci**, que me inspiraram a conquistar tudo que possuo hoje e me ensinaram o valor do conhecimento, em especial minha avó **Marlene**, que sempre me apoiou e me aconselhou nos momentos mais difíceis, pelo maior ensinamento que ela poderia me dar, de que “o estudo ninguém te tira”. Obrigada por sempre me dar os melhores conselhos, tenho orgulho de ser a sua primeira neta a concluir uma graduação, e ser inspiração a meus primos.

Agradeço a meu namorado e companheiro **Junio**, que sempre me apoiou e me deu forças nos momentos mais difíceis deste curso, e por acreditar no meu potencial até mesmo nos momentos em que nem eu acreditava.

Aos amigos que seguiram comigo até aqui, a companhia de vocês foi indispensável, tornando essa caminhada muito prazerosa e alegre. Obrigada por vivenciarem comigo cada momento.

Agradeço ao professor **Jacobson Santana Trovão** por aceitar o convite de ser o examinador deste trabalho e a professora **Sílvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo** por me orientar de forma excepcional.

Agradeço à Faculdade de Direito da PUC-GO, em especial aos mestres e funcionários, por me proporcionar essa maravilhosa experiência nesses cinco anos.

Sou grata pelas experiências e pelas pessoas que conheci no estágio no Escritório de Advocacia Criminal, que sem dúvida alguma, me acrescentaram grandemente com seus conhecimentos, foram essenciais no meu crescimento

profissional, me guiaram e inspiraram na construção da minha sonhada carreira no ramo do direito, em especial ao advogado, **Franklin da Silva Gomes**, que me deu a oportunidade de ser sua estagiária.

A todos vocês dedico essa conquista com o mais profundo amor e gratidão.

COELHO, Ana Caroline Santana Coelho. **Tráfico de Drogas, Prisão Preventiva.** Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021.

RESUMO

O presente trabalho, apresenta noções gerais e o contexto histórico referente as drogas e ao tráfico, e a forma como a legislação brasileira criminaliza o traficante, buscando analisar o método que os doutrinadores caracterizam este tema, para então, proceder uma fundamentação acerca de uma possível descriminalização das drogas. Sendo abordado também os requisitos da prisão preventiva e as medidas alternativas à esta prisão, e a forma abusiva de como estes institutos, vem sendo usados no Brasil. Cabendo a análise do cabimento das medidas alternativas nos crimes de tráfico, mostrando os fatores que beneficiam o réu que responde por esse crime. Por fim, um estudo sobre a seletividade penal no momento da aplicação da lei de drogas e as falhas cometidas pelo judiciário ao condenar aquele réu que seria caracterizado usuário como traficante e aplicação de sentenças exorbitantes a estes, apontando como isso pode ser mudado no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas. Prisão Preventiva. Proibicionismo. Criminalização. Usuário.

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO

I - PROIBIÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL

1.1 O QUE SÃO DROGAS.....	11
1.2 HISTÓRICO DO PROIBICIONISMO NO BRASIL.....	13
1.3 O TRAFICANTE COMO INIMIGO.....	17

II - A PRISÃO PREVENTIVA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1. A PRISÃO PREVENTIVA E SEUS REQUISITOS.....	22
2.2 O USO ABUSIVO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	27
2.3. MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA.....	29

III - PROBLEMAS NA DEFINIÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE E O RETRATO DESTAS SENTENÇAS

3.1 A SELETIVIDADE PENAL NA APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS.....	33
3.2 O DIREITO DE RESPONDER EM LIBERDADE, E O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA	36
3.3 AS FALHAS DO JUDICIÁRIO AO CONDENAR USUÁRIO COMO TRAFICANTE	37

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A escolha do tema deste trabalho foi motivada por uma questão bastante trabalhada em escritórios de advocacia criminal, e possui uma grande importância na esfera penal e seu impacto em decisões judiciais. Se trata de um tema complexo, e é uma tese que está presente todos os dias no cotidiano dos criminalistas, pelo fato de existirem projetos no Brasil e no mundo que visam descriminalizar o uso de drogas e conseqüentemente a sua comercialização.

A problemática principal deste projeto decorreu do questionamento da necessidade de decretação da prisão preventiva nos crimes de tráfico, associado ao erro do judiciário em acusar e julgar um usuário como traficante, e assim antecipar uma pena mais gravosa do que a que seria imposta ao mesmo com a prisão preventiva.

A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa é o método dedutivo, criado por Descartes, onde aponta o uso de uma hipótese genérica, e utilizando a dedução, chega-se a uma conclusão que solucione o problema a ser tratado. Tendo em vista o tema a ser tratado, o trabalho foi realizado diante pesquisas bibliográficas baseadas na legislação, doutrina, jurisprudência, artigos científicos e pesquisas relacionadas a evolução histórica.

O desenvolvimento do presente trabalho, foi realizado em três capítulos. O primeiro capítulo deste estudo está focado em apresentar, conceito, contexto histórico, e a legislação por trás da lei de drogas, bem como tentar explicar o porquê do proibicionismo e analisar o fato de uma possível descriminalização das drogas no país, com objetivo de tirar proveito dos benefícios destas drogas e a aceitação da sociedade sobre tal assunto. Sendo analisado todo o decorrer do proibicionismo das drogas, passando por toda a evolução, até os dias atuais, desde o momento da prisão em flagrante, que na maioria dos casos se converte em preventiva até o momento da condenação deste crime.

No segundo capítulo, é apresentado um estudo sobre a prisão preventiva e todo tema relacionado a ela, como as medidas alternativas, e o uso abusivo que provoca a superlotação nas cadeias, como será apresentado nas citações da doutrina do doutor Odone Sanguiné, a fim de apresentar o abuso das prisões cautelares, assim

fortalecendo a tese da desnecessidade da prisão preventiva em alguns casos de tráfico de drogas.

Por fim, no terceiro capítulo foi discutido as falhas do sistema judiciário ao não distinguir o usuário do traficante e acabar condenando os dois sujeitos da mesma forma, quando deveria ser analisado os critérios que diferenciam um do outro, e os objetos que configuram o tráfico e a quantidade de drogas apreendida. Ao fim será analisado uma forma de reverter essa situação e aplicação de uma condenação justa a cada um destes sujeitos.

Segundo a abordagem apresentada no trabalho, a motivação da escolha referente ao tema foi a análise da lei, afim de pontuar que em alguns casos de tráfico de drogas (em geral, a maioria deles), e fundamentação de que não há uma necessidade tão grande de fazer os réus praticantes deste delito responderem o processo em cárcere, assim superlotando as celas, e promovendo um maior espaço nas penitenciárias à aqueles que cometem crimes violentos e que ponham em risco o processo e seu andamento, além de que, o crime abordado, em regra, é praticado sem violência ou grave ameaça entre outras justificativas que serão apresentadas.

A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa é o método dedutivo, criado por Descartes, onde aponta o uso de uma hipótese genérica, e utilizando a dedução, chega-se a uma conclusão que solucione o problema a ser tratado. Tendo em vista o tema a ser tratado, o trabalho foi realizado diante pesquisas bibliográficas baseadas na legislação, doutrina, jurisprudência, artigos científicos e pesquisas relacionadas a evolução histórica.

CAPÍTULO I

PROIBIÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL

1.1 O QUE SÃO AS DROGAS?

Para entrar no assunto das drogas, seus conceitos, história e as bases para a sua proibição, primeiramente deve-se entender: O que são as drogas?

A concepção do conceito de drogas dentro da sociedade em geral é relacionada a uma ideologia cultural e moralista, que faz com que a população acabe se embasando em um conceito vago e impreciso, chegando a ser preconceituoso, usando o fato de que são substâncias proibidas e causadoras de dependência, associando-as apenas ao que é errado e ser uma ameaça à sociedade, taxando seus usuários como “viciados” e pessoas que são um problema para a comunidade entre outros adjetivos prejudiciais.

Analisando a palavra droga de um ponto de vista científico, utilizado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), pode-se dizer que é toda e qualquer substância que, possui propriedades químicas com poder de atingir a estrutura e causar alterações no comportamento de um organismo vivo quando utilizada por este, sendo essas alterações psicológicas e/ou físicas. Detendo um amplo conceito, e contendo diversas variedades entre suas substâncias, seja elas naturais ou químicas (DENARC – PR, [s.d.]).

Mesmo que o uso dessas substâncias venha de diversas civilizações, milênios atrás, isso não foi capaz de impedir o seu proibicionismo, que já sucede a um século.

Segundo a criminóloga Olmo (1990, p.29):

Nos países da periferia, e concretamente na América Latina, também se associava a droga à violência, à classe baixa e especialmente à delinquência. Pensar nas drogas era associá-las aos “baixos escalões”. Na Colômbia, também, alguns intelectuais como os Nadaístas começavam a elaborar uma

apologia da maconha, tal como sucederia entre os intelectuais norte-americanos conhecidos como Beatniks; mas ambos os grupos eram tão marginais como os demais vinculados à droga.

Dessa forma é possível concluir que, não é a droga que “marginaliza” o indivíduo na sociedade, pois como pode-se analisar da citação, já existiam aqueles “marginais” que não eram usuários ou traficantes.

Observa-se que a autora pontua que a divulgação dessas informações, distorceu o conceito do que é droga durante os anos, assim generalizando e associando a palavra droga a uma ideia sombria, de algo proibido, temido e responsável por todos os males que desolam a sociedade contemporânea. Porém todas essas características não eram vistas dessa forma na década de 50.

De acordo com Olmo (1990, p.29):

Nos anos cinqüenta, a droga não era vista como “problema” porque não tinha a mesma importância econômico-política da atualidade, nem seu consumo havia atingido proporções tão elevadas. Era muito mais um universo misterioso, vinculado sobretudo aos opiáceos — morfina ou heroína —, próprio de grupos marginais da sociedade, desde integrantes da aristocracia européia, médicos e intelectuais, músicos de jazz e grupos de elite da América Latina, até delinqüentes comuns.

Aqui nota-se que não havia um preconceito extremo acerca dos usuários dessas substâncias, pois tinham como principais usuários, personalidades importantes da burguesia até aqueles considerados delinquentes e periféricos, embora fosse de conhecimento geral o risco que as drogas possuíam, isso não impedia o seu consumo. Anos depois, após diversas situações consideradas prejudiciais a imagem desses homens da burguesia dominante, houve uma necessidade dos mesmos esconderem esse lado “sombrio” e não serem mais comparados como os “marginais” da sociedade, já que essa era uma característica predominante nas minorias, principalmente as periféricas.

Dessa forma, foram construídos discursos em torno do tema permitindo a criação de estereótipos pelas ideologias dominantes e que legitimam o controle social. Como o fato da sociedade comparar o usuário a um “doente” e a droga uma “epidemia”. Geralmente esses estereótipos são transmitidos através dos meios de comunicação e da cultura patriarcal, que resultam no discurso jurídico que designa as drogas, e quem as consome e trafica, como perigosos, assim os qualificando como criminosos, difundindo a droga e o traficante como inimigos.

As drogas são classificadas entre as lícitas e ilícitas, de diferentes espécies, diversas procedências e muitas finalidades. As drogas lícitas são aquelas permitidas por lei, que são compradas livremente, e possui comércio legal, como o cigarro e o álcool. Já as drogas ilícitas são aquelas cuja produção e comercialização são proibidas por lei, como a cocaína, LSD¹ e a maconha, conhecidas como drogas causadoras de forte dependência, porém, nem toda droga ilícita é extremamente prejudicial, como o caso da maconha que possui substâncias benéficas a tratamentos de graves doenças e ajuda a controlar diversas crises patológicas.

1.2 HISTÓRICO DO PROIBICIONISMO NO BRASIL

Com objetivo de entender os motivos que levaram ao proibicionismo das drogas no Brasil, é importante voltar aos primórdios e analisar como elas surgiram e como passaram a ser usadas, para então entender o que levou a criminalização delas e o surgimento e realidade do tráfico de Drogas.

Sabe-se que o consumo de drogas, vem de diversas civilizações há muitos anos atrás, e o que certifica essa afirmação é que, no início, esse consumo veio por meio de plantas, que de alguma forma causavam comportamentos incomuns e que os povos antigos não tinham conhecimento dos efeitos e as consequências que tais substâncias causavam ao organismo, mas que de alguma forma lhe causavam essas sensações diferentes, e dessa forma o consumo dessas plantas e vegetais, assim como qualquer outro descobrimento, passava-se de geração a geração, até se propagar em diversas culturas, e chegar nos dias atuais.

A princípio, algumas ervas eram usadas como forma de fortalecimento físico e remédios para curar as doenças, porém, naquela época, não havia o conhecimento e avanços que se tem hoje, não se tinha certeza das funções de cada uma, sendo assim, cada cultura possuía suas peculiaridades, no cultivo e uso dessas plantas, desde a cura até a busca de paz, excitação, alteração de humor, entre outras sensações.

¹ Dietilamida do ácido lisérgico, uma das mais potentes substâncias alucinógenas. É uma droga cristalina, que ocorre naturalmente como resultado das reações metabólicas de um fungo, relacionado especialmente com os alcaloides produzidos por esta cravagem.

A droga mais comum e conhecida em diversas partes do mundo é a Cannabis Sativa², sabe-se que era cultivada a muitos anos antes de Cristo, e hoje é conhecida por seus efeitos e propriedades de cura, se caracterizando como uma droga natural.

De alguma forma, haviam reações químicas entre essas plantas que foram descobertas ao longo dos anos através de experiências e rituais, buscando diversas maneiras de utilizá-las, que evoluíram até os dias atuais, e hoje estão presentes em diversas formas de drogas, inclusive as sintéticas.

Sobre a história da droga no Brasil, sabe-se que teve sua origem relacionada aos índios, que utilizavam essas plantas com substâncias entorpecentes como meios de cura, em seus rituais e festas, a planta mais utilizada por eles seria a maconha, que chegou ao Brasil, por meio dos escravos que foram trazidos pelos portugueses. Havia também outras plantas além da maconha que possuíam efeitos incomuns, como entorpecentes e estimulantes, como a coca, guaraná, café, chá, entre outras, que já existiam no Brasil e também eram utilizados no mundo inteiro, trazendo energia, sensações sexuais, entre outras em seus usuários, além do uso desses com propósitos espirituais.

No entanto, algumas culturas possuíam regras que delimitavam aqueles que usariam essas substâncias, dentre elas, classe, gênero, idade entre outros aspectos, um exemplo de ritual que determina seus participantes é o Santo Daime, que causa efeitos alucinógenos e alterações corporais nos seus praticantes através de uma bebida chamada *ayahuasca*³.

Por muito tempo, o ser humano pôde conviver com essas substâncias tranquilamente, mesmo existindo relatos antigos sobre alguns problemas relacionados a essas, em especial o excesso de álcool, e o famoso ópio tão utilizado na Antiguidade.

O ópio é uma droga que foi muito utilizada antigamente, em forma líquida, extraída de papoulas, possuindo cheiro desagradável e sabor amargo, também era utilizado como analgésico. O uso do ópio logo se disseminou mundialmente e seus efeitos eram euforia, dependência, decadência física e intelectual, vômitos, tontura e

² Cannabis Sativa (nome científico da maconha)

³ **Ayahuasca** é um chá com potencial alucinógeno capaz de provocar alterações na consciência por um período de até dez horas.

falta de ar. O usuário do ópio ficava amarelado, fraco, magro e fica propício a infecções e até abstinência, que chegavam a levar a morte (PATRÍCIA LOPES, 2020).

Desde então, foram observados os riscos do uso de certas substâncias, a partir daí surgiu a proibição de algumas drogas, como o ópio (que foi a primeira delas a ser criminalizada), logo após surgiu abertura para a criminalização de diversas drogas que foram aparecendo ao longo da evolução da sociedade.

De acordo com Olmo (1990, p. 29):

Nos anos cinquenta, a droga não era vista como “problema” porque não tinha a mesma importância econômico-política da atualidade, nem seu consumo havia atingido proporções tão elevadas. Era muito mais um universo misterioso, vinculado sobretudo aos opiáceos — morfina ou heroína —, próprio de grupos marginais da sociedade, desde integrantes da aristocracia europeia, médicos e intelectuais, músicos de jazz e grupos de elite da América Latina, até delinquentes comuns.

Como narrado pela criminóloga supramencionada, no princípio, quando o consumo não era tão elevado e não havia a criminalização que se tem hoje em relação as drogas, seu uso era ignorado, principalmente porque não envolvia política nem economia, somente a partir do momento em que foi criminalizada e proibida, pode-se perceber que isso mexeu com a política-economicamente, pois se tornou um meio muito lucrativo, mesmo sendo proibido. Dessa premissa, nasce o questionamento, de como controlar o tráfico e seu grande poder econômico interno, fato que está presente nos dias atuais.

Dessa forma, pode-se analisar a cronologia da proibição das drogas, por exemplo, em séculos passados, onde o uso dessas substâncias, eram utilizados para fins terapêuticos, e acabaram sendo comparados com símbolos de bruxaria, e foram abominados por católicos e protestantes, que puniam os usuários, com torturas e morte. A partir daí, em diversas partes do mundo foi se propagando a intolerância, usando diversos motivos, cada qual em sua cultura, assim chegando ao proibicionismo de determinadas drogas.

Foi então, nesse momento que surgiu o narcotráfico, e o ópio então se tornou a principal mercadoria de exportação do tráfico, como no Brasil, logo após o século XIV, surgiram então as primeiras leis relacionadas as substâncias consideradas venenosas, como, ópio, cocaína e morfina, que costumavam ser usadas por jovens brancos, de classe alta. Já a maconha, era uma droga considerada de

“classe baixa”, geralmente usada pelos negros, pobres e indígenas, por se tratar de uma planta que vinha da África, um continente considerado inferior, e assim era mais acessível para essa minoria considerada periférica. No ano de 1932, a *Cannabis*, foi banida no Brasil, e seu uso reprimido, aumentando e fortalecendo a discriminação e preconceitos entre classe e raças no país.

A proibição das drogas se intensificou em diversas partes do mundo, inclusive nos Estados Unidos, que tinha grande influência e produzia campanhas antidrogas, nas décadas de 60 e 70, que inclusive fez com que o Brasil e outros países, assinassem tratados, se comprometendo em combater o comércio e uso de drogas em geral.

Segundo França (2015, p. 29/30):

Em outubro de 1830, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro, em uma atitude inédita no Brasil, estabelece no sétimo parágrafo das duas posturas a seguinte interdição: “É proibida a venda e uso do pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas; os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20 mil réis, e os escravos e mais pessoas que dele usarem, em oito dias de cadeia.

Dessa forma, veio a proibição da venda e uso do pito de pango⁴ e outras substâncias venenosas, com objetivo de punir seus “vendedores” e usuários, com multas e reclusão.

O primeiro Código Penal brasileiro, de 1830, nada abordava acerca da proibição de drogas e sua venda. Apenas no ano de 1890, foi criado o Código Penal do Brasil República, que previa sobre os crimes contra a saúde pública, onde criminalizava a venda, uso ou qualquer relação acerca de tais substâncias venenosas sem autorização, assim penalizando o infrator.

CÓDIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL – 1890
ART. 159. Expôr à venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários:
Pena – de multa de 200\$ a 500\$000.

Com a evolução da democracia no Brasil, e a criação de leis sobre o tema, foram criados padrões, que objetivaram excluir a população pobre e periférica dos

⁴ Forma que a maconha era chamada antigamente, a denominação tem relação com a maneira pela qual a maconha era fumada, em cachimbos de barro.

assuntos referentes a economia brasileira, (realidade que se estende até os dias atuais).

Assim, a única forma desse povo excluído conquistar algum tipo de *status* econômico era através do crime, especificamente do narcotráfico, que cresceu consideravelmente e se mantém até a atualidade, como forma dos periféricos serem vistos, dentro da sociedade que os isolou, e também como forma de possuir uma renda econômica na maioria das vezes.

Foi, então no ano de 2006, que essas leis antidrogas, foram atualizadas e estabelecidas de forma específica, com punições adequadas aos traficantes, sendo sancionada a lei 11.343, com objetivo de facilitar a execução de prevenção ao uso de drogas, devido ao alto crescimento de consumo e criminalidade que envolve o mundo das drogas.

1.3 O TRAFICANTE COMO INIMIGO

Entende-se que, aqueles taxados como inimigos, são personalidades extremamente ruins e que interferem em algum meio de forma negativa, resultando prejuízos ou tragédias à coletividade.

O crime em geral já é visto como algo ruim, e aqueles que o praticam, são vistos como os vilões da sociedade, e não seria diferente com o tráfico de drogas.

Dentro do direito penal, pode-se observar uma distinção em diversos crimes, onde separa aqueles que cometem “infrações leves” cometidas por cidadãos e aqueles crimes considerados inadmissíveis, que se enquadram aos verdadeiros inimigos da sociedade, desta forma, havendo uma divisão de dois polos.

Conforme pontua Jakobs (2012, p. 36):

[...] o Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

Dessa forma, observa-se a clara distinção entre aquelas pessoas que cometem crimes “sem” a intenção de praticarem e que não se prejudicam tanto, e que não se enquadram no papel de inimigas da sociedade e aqueles que possuem a

criminalidade vinculada a sua essência, como terroristas, assassinos, traficantes, entre outros personagens que assombram a sociedade.

Após a criminalização das drogas e a disseminação dessas substâncias como algo destrutivo e perigoso, surgiu o preconceito e a rejeição por muitos usuários e dependentes, como a negação das famílias, o desprezo da comunidade acerca destas pessoas, porém, uma figura levou a culpa de toda essa situação: o traficante, que muitas vezes recebe o rótulo de “causador” de todos os crimes que assombram a sociedade, como corrupção, roubo, assassinatos, entre outros crimes.

De fato, o tráfico de drogas, se transformou em um crime, que nos dias de hoje, é considerado extremamente perigoso e realmente é, em alguns casos, tanto para aqueles que compram, quanto para os que vendem.

Com o nascimento e “evolução” do crime organizado, surgiram também normas, que regem a prática e ideologias dentro dessas organizações criminosas, que no Brasil são conhecidas como “facções”.

E a figura do traficante costuma ser o principal personagem desses grupos, possuindo um grande poder em suas mãos, seja de dentro dos presídios, ou no meio da sociedade. Acontece que o mundo do tráfico de drogas é muito maior do que se possa imaginar, é uma comunidade, como qualquer outra, que possui regras de obediência, convivência e submissão ao tráfico e as formas de execução, como se fosse um emprego comum, para aqueles que o praticam.

Para compreender essa evolução, é necessário entender, que os meios que levaram o sujeito a traficar, foi uma desigualdade social, que fez com que os mais pobres buscassem, uma forma de crescer economicamente, participar da economia, e de certa forma estar envolvidos na política, para não serem apenas submissos dos detentores do poder, esses que individualizaram e excluíram a mocidade periférica, para manterem seus interesses políticos e econômicos acima dessa maioria pobre.

Este é um exemplo, da criminalização, do pobre periférico de classe baixa, como os criminosos e inimigos da sociedade.

Olmo (1990, p.34), aponta a existência da construção de um estereótipo em relação a figura do traficante, que se difundiu mundialmente, a figura do mesmo como inimigo:

O problema da droga se apresentava como “uma luta entre o bem e o mal”, continuando com o estereótipo moral, com o qual a droga adquire perfis de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa

família". Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados "corruptores", daí o fato de o discurso jurídico enfatizar na época o estereótipo criminoso, para determinar responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como o incitador ao consumo, o chamado "Pusher" ou revendedor de rua. Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-lo de "delinquente".

Acompanhando o raciocínio da criminóloga, e sua análise, veja-se que desde a criminalização dos narcóticos, o traficante se torna o responsável pelo mal de corromper um "rapaz de família", que decide usar os entorpecentes de maneira livre e espontânea.

Nesse momento, percebe-se o nascimento do preconceito acerca dessa figura, mas se analisar de forma clara e objetiva, se vê que, o traficante não obrigou o sujeito a consumir, mas sim o sujeito procurou o traficante, dessa forma, a imagem de delinquente pode mudar de lado.

Outro fator importante, é que, o personagem que vende drogas sempre é associado a personalidades negras e periféricas, de classe baixa, que ameaçam os cidadãos de bens, aqueles que controlam as favelas, sendo vistos estão como inimigos que devem ser eliminados para a segurança de todos. Daí vem o estereótipo preconceituoso que está presente até os dias atuais.

É possível ver esse preconceito nas ruas, quando um jovem negro é abordado por autoridades policiais, suspeito de estar cometendo algum crime, geralmente associado ao tráfico ou a roubos.

Também se sabe que, essa generalização preconceituosa, que relaciona a imagem do jovem negro ao tráfico é totalmente equivocada, pois existe jovens brancos, de classe alta que se associam ao tráfico também. Um exemplo é um dos maiores traficantes que já existiu, Pablo Escobar⁵, que era um latino-americano, de cor branca.

Com a propagação do discurso de que o tráfico era responsável pela violência e criminalidade e que o mesmo deveria ser combatido de qualquer forma, o mesmo foi inserido no rol dos crimes hediondos pela Constituição Brasileira de 1988, devido à grande proporção violenta que o tráfico tomou, devido as ordens dos grandes "cabeças" por trás da grande movimentação de drogas dentro do Brasil. Ordens

⁵ Pablo Emilio Escobar Gaviria, foi um narcotraficante colombiano que conquistou fama mundial como "o senhor da droga colombiano", tornando-se um dos homens mais ricos do mundo graças ao tráfico de cocaína nos Estados Unidos e outros países. Considerado por muitos, o mais brutal, impiedoso, ambicioso e poderoso traficante da história.

essas, que iam de simples ameaças, até a tortura e a morte, para aqueles que não obedeciam tais regras do tráfico e da organização.

No entanto, há diversos tipos e personalidades de traficantes, vai desde aqueles que comandam uma grande parte das drogas e o território que elas percorrem, aqueles que lideram as “facções” criminosas, e aqueles que apenas vendem pequenas quantidades e não oferecem grande periculosidade.

A variedade é gigantesca, inclusive, chega a ser incalculável a quantidade de traficantes que existem dentro do Brasil, pode-se tomar por base a quantidade de traficantes que são presos por dia nas capitais dos estados brasileiros, e a grande maioria destes, são os considerados “traficantes pequenos”, estes geralmente costumam ser jovens de classe baixa, que na maioria das vezes, praticam o ato como forma obter crescimento financeiro, seja para o seu sustento, ou seja para tentar se encaixar em alguma classe superior, também há aqueles, que possuem uma condição financeira mais favorável, mas que por algum motivo particular, buscam alguma satisfação pessoal neste meio.

O poder punitivo entende que, o traficante sendo um inimigo da sociedade, merece um tratamento penal diferenciado negativo, onde muitas vezes a lei deixa de aplicar os princípios e garantias do direito penal àqueles que consideram perigosos.

O crime de tráfico deve ser considerado crime de perigo abstrato, pois o dano não se concretizou ainda, existindo uma presunção da ocorrência do dano, mesmo que comprovados, desse modo, ferindo o princípio da ofensividade (NUCCI, 2010).

Na lei de drogas, o art. 33⁶ do supracitado instituto aponta o crime de tráfico com uma redação ampla, vaga e imprecisa, onde apresenta muitos verbos, em comum com o objetivo de classificar entre diversas e diferentes atitudes o tráfico de drogas, onde cabe diversos entendimentos e se torna muito perigoso, pois as vezes, aquele que vai ser taxado e punido como um traficante, não estaria de fato cometendo o ato, mas por realizar uma dessas ações, o mesmo se prejudica e paga uma pena extremamente rigorosa, por algo que poderia ser tão pequeno e insignificante.

⁶ 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.

Dessa forma, fica o questionamento, se de fato, todo traficante merece a mesma punição, e se realmente em sua maioria, tais figuras sejam tão perigosas como a sociedade descreve, e porque esse artigo chega a ser mais criminalizado, do que outros crimes, que são de fato perturbadores e perigosos.

CAPÍTULO II

A PRISÃO PREVENTIVA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1 A PRISÃO PREVENTIVA E SEUS REQUISITOS

A prisão preventiva se encontra dentro das espécies de prisão penal de natureza cautelar e pode ser considerada a mais importante delas, pois os requisitos que a envolvem podem também constituírem qualquer outra prisão processual. Diante do enquadramento deste instituto é importante conceituá-lo e analisar seus fundamentos legais previstos no Código de Processo Penal, assim como aprofundar nas raízes da prisão preventiva, abrangendo seus parâmetros às demais formas de prisões cautelares.

Nota-se que a prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória cautelar que tem como objetivo limitar o direito à liberdade, admitindo que seja declarada anteriormente à instauração do inquérito, estando presentes os requisitos legais para que a mesma seja decretada. Esta prisão é justificada pela “tutela da persecução penal”, assim impedindo que ocorram condutas realizadas, seja pelo autor ou por terceiros, que possam prejudicar a efetividade do processo.

A análise da evolução histórica da Prisão Preventiva no Brasil é necessária para esclarecer questões acerca do instituto e como o passado pode influenciar na prisão cautelar presente na legislação atual, paralela com o Código de Processo Penal e Constituição Federal. Desde a Antiguidade era possível observar a “necessidade” da existência da prisão cautelar, como forma de garantir que o réu fosse julgado e a pena fosse executada.

Vale destacar também que nessa época, especialmente na Grécia, a prisão também era utilizada como forma de garantir o crédito dado por um credor, forçando o aprisionado ao pagamento da dívida, ou ao trabalho forçado que, quitasse o débito (BITENCOURT, 2012).

Na Idade Média, a prisão passou a ser empregada com maior frequência, não com objetivo de prisão cautelar, para assegurar o andamento processual, mas como forma de tortura para obter confissões forjadas. Então surgiram ideais para a aplicar essa prisão com objetivo de penalizar o réu, surgindo posteriormente a detenção perpétua, que servia quando o crime praticado pelo réu não possuía razões para a pena de morte ou mutilação, que seria reservada apenas para os rebeldes, dessa forma, a Igreja buscava ter uma ideia de “caridade e fraternidade”, e dar a essa prisão um sentido de apenas punir e meditar.

Neste sentido, conforme Bitencourt (2012, p.35):

De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como sequela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso.

Observa-se que o autor pontua a ineficácia do sistema punitivo que se estende até os dias atuais em determinados casos, na verdade, na maioria delas, assim distorcendo a ideia de possível reabilitação do detento.

Retornando ao passeio histórico da prisão preventiva, somente no Século XVIII em diante ressurgem o caráter cautelar e excepcional da prisão preventiva, ou seja, após um período de horror, a prisão cautelar assume um novo modelo e novas finalidades, admitindo a função de garantia da justiça, com a função de impedir uma possível fuga do acusado, para impedir perda ou dano das provas, a defesa da ordem pública, com objetivo de impedir que alguns acusados continuem praticando atos delitivos.

Dessa forma a pena de morte foi reduzida e considerada uma pena não adequada, já que não podia ser aplicada a tanta gente, tornando assim a prisão um meio necessário como forma de pena, já que o número de pessoas praticando crime aumentava, crimes esses que eram praticados como única forma de garantir o mínimo de subsistência. Por esses motivos, a prisão tornou-se um instrumento penal, com um objetivo de controle social. Entrando na história da prisão preventiva no Brasil e sua aplicação, pode ser dizer que é dividida em dois períodos, tendo como divisor o Código Penal de 1941, ou seja, uma fase antes do código de 1941 e uma fase após esse período.

A prisão preventiva já era utilizada no Brasil desde as Ordenações Manuelinas (1512/1605), e a decretação desta prisão somente era possível com a denúncia de um crime. As Ordenações Filipinas (1603), trouxeram uma inovação neste instituto, que para consumir-se a prisão, seria necessário o conhecimento de três ou quatro testemunhas. Seguindo essa premissa, a Lei da Reforma da Justiça (1612), manteve a necessidade de provas que justificassem a prisão preventiva, com objetivo de que garantir que ninguém fosse preso antes da culpa formada do delito; assim libertando aqueles que não tinham sua culpa provada.

Onde inclusive o Príncipe Regente Dom Pedro, em 1821, já observava os abusos daqueles que detinham o poder judiciário em mãos em relação a prisão preventiva. (CRUZ, 2011).

Diante disso e decorrente da declaração da independência, foi promulgada a Constituição do Império de 1824, e em seu artigo 179, que dispunha acerca da prisão preventiva:

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

Dessa forma, nasceu os requisitos para se manter ou não alguém preso preventivamente, pode-se observar que a ideia presente na Constituição desta época, impera até os dias atuais, de forma mais evoluída e adequada para os dias atuais. Obviamente, ao longo dos anos houveram reformas do Código de Processo Penal, até chegar no Código de Processo Penal de 1941, onde foram agravadas as modalidades de prisão, em especial a preventiva, que teve sua admissibilidade

ampliada, incluindo: o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal, além da modalidade de “prisão preventiva obrigatória”, que, era exclusiva para aqueles que praticavam crimes de pena máxima de reclusão igual ou superior a dez anos.

Posteriormente, já na época do Governo Vargas, houveram muitas mudanças na esfera penal, principalmente por ser uma política autoritarista, as leis atribuídas a prisão preventiva, preocupavam-se em conter os movimentos sociais e políticos contrários ao Governo Vargas. Surgiu a possibilidade de privação da liberdade atingir 180 dias sem qualquer controle judicial, que encerrava com a instrução preparatória, sendo feita pelo juiz, ou pela polícia; a prisão preventiva era decretada pelo Ministério Público com limite máximo de 50 dias, sendo autorizada pelo Tribunal, ou era decretada pela Polícia Judiciária, que possuía o poder de prenderem, durante 180 dias para averiguações, sem a necessidade de autorização ou controle judicial.

A prisão preventiva ainda poderia ser prorrogada por mais 2 períodos de quarenta e cinco dias, sob autorização da Justiça, dependendo da necessidade da Polícia Judiciária. Saltando para a legislação vigente nos dias atuais, a prisão preventiva, trata-se de uma modalidade de prisão cautelar de natureza processual, que será decretada pelo juiz de direito competente durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e motivos autorizadores.

A modalidade da prisão preventiva está prevista nos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal, visando garantir a eficácia do andamento do processo judicial, tem caráter excepcional, pois somente poderá ser decretada quando necessária, ou seja, demonstrado o *periculum in mora*.

O *periculum in mora*, que é traduzido pelas expressões garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e uma forma de assegurar a aplicação da lei penal, estes que constituem os requisitos da prisão preventiva, que estão dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Dessa forma, o juiz somente poderá decretar a prisão preventiva se demonstrada a probabilidade que o réu tenha sido o autor de um fato típico e ilícito, sendo que os pressupostos para a sua decretação seriam os motivos que constam no teor do artigo 312 do Código de Processo Penal: prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

A prisão preventiva, poderá apenas ser requerida, se enquadrar-se nas seguintes condições: garantir a ordem pública e a ordem econômica, tem objetivo de impedir que o réu solto continue a praticar crimes contra essas ordens, causando danos irreversíveis à sociedade; conveniência da instrução penal, busca evitar que o réu atrapalhe a investigação ou o processo, seja ameaçando testemunhas, destruindo provas, etc; assegurar a aplicação da lei penal, este requisito procura prevenir que o réu não fuja ou de que a Justiça não seja impedida, de aplicar a sentença que for dada ao mesmo.

Segundo o doutrinador Mirabete (1991, p.383):

Desde que a prisão preventiva se revele necessária, na conformidade do art. 312, não elidem a decretação da prisão preventiva as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ter residência fixa e profissão definida, de ter instrução superior, ser industrial, ter família etc.

Dessa forma, pode-se concluir que apesar do réu se encaixar nos requisitos da prisão preventiva, há uma possibilidade de responder processo em liberdade, uma vez que seja detento das características benéficas citadas pelo doutrinador Mirabete.

De acordo com o artigo 313 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada nos seguintes casos: são crimes infiançáveis aqueles que não há possibilidade de pagamento de fiança ou liberdade provisória, tendo o acusado que ficar preso até o seu julgamento; crimes de racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado de Direito, crimes hediondos (homicídio, estupro, latrocínio, entre outros); crimes afiançáveis, que são aqueles onde houver dúvidas sobre a identidade do réu e não houver elementos

suficientes para esclarecê-la ou quando as provas são suficientes para culpar o réu; crimes dolosos, que mesmo sendo crimes afiançáveis, a prisão preventiva pode ser aplicada quando o réu tiver sido condenado por outro crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado, sendo assim, não cabendo mais recursos; crimes que envolvam violência doméstica e familiar, seja contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, com objetivo de garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A prisão preventiva também pode ser considerada como uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado e dessa forma afronta o princípio da presunção de inocência. Mais à frente, será abordado acerca deste questionamento e as possibilidades de medidas alternativas à prisão preventiva.

2.2 O USO ABUSIVO DA PRISÃO PREVENTIVA

As medidas cautelares pessoais autônomas presentes no Código de Processo Penal, são as prisões em flagrante, temporária e preventiva, sendo a prisão preventiva a de efeito mais grave e que deve ser escolhida em último caso pelo juiz que a aplicará, devendo o acusado se encaixar nos requisitos de aplicação de tal prisão e somente se o mesmo não for merecedor das medidas alternativas a prisão preventiva. Dessa forma, é justificável tal prisão ser considerada como *ultima ratio*⁷.

Em regra, essas prisões deveriam ser locais onde os condenados devam ser penalizados por seus crimes e também um local de recuperação para que voltem a conviver em sociedade, o que na prática não funciona dessa maneira. O Brasil é um país que possui umas das maiores populações carcerárias do mundo, tendo os presídios brasileiros uma imagem de superlotação e de caráter desumano, sem proporcionar aos presidiários uma dignidade mínima de cárcere, com precariedade de serviços essenciais, como assistência médica e psicológica de qualidade, alimentação de baixa qualidade, falta de estrutura e higiene básica, além dos maus-tratos, corrupção e outros problemas que existem dentro dessas instituições carcerárias.

⁷ Princípio jurídico comumente aceito nos países de tradição jurídica de civil law, que busca estabelecer limites ao legislador em matéria penal.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), O Brasil ocupa o 3º lugar no ranking de países com maior população carcerária no mundo, sendo aproximadamente 773.151 presos. Dessa população, o número de presos provisórios são 268.438, ou seja, 34,7% da população carcerária. Onde a capacidade dessas instituições é de 461,026 vagas, ocupa-se 758.676 (sendo 14.475 dessa população presente em delegacias de polícia) presos, ou seja, a quantidade de presidiários passa 38,4% dessa capacidade.⁸

Essa superlotação está caracterizada em parte ao uso abusivo de prisões preventivas que são decretadas, dessa forma percebe-se que no Brasil procuram, na maioria das vezes, solucionar os crimes a todo custo encarcerando, principalmente antes da condenação, quando em muitos casos, o sujeito possa responder em liberdade ou sob medidas alternativas a prisão. Além de que, há a possibilidade desse sujeito ter sua pena antecipada por meio da prisão preventiva, quando em alguns casos a sentença não chega a ter um efeito tão gravoso quanto ao de uma prisão, que assim, violaria antecipadamente a liberdade do sujeito.

Neste sentido, conforme o doutor Sanguiné (2014, p.27):

O papel do magistrado em uma sociedade democrática somente terá legitimação constitucional se o juiz criminal observar as regras do Estado Democrático de Direito. Assim, a legitimação do Poder Judiciário se dará na mesma medida em que demonstre aptidão à tutela dos direitos fundamentais do homem, pois é função primordial do magistrado a observância das normas, princípios e garantias constitucionais e as asseguradas nas convenções internacionais[...]

[...] O elemento decisivo para uma correta aplicação do instituto da prisão preventiva será a atitude dos magistrados independentes na aplicação correta da lei, porém sem retirar a eficácia dos direitos fundamentais, enquanto juízes desatentos, insensíveis poderão semear um grande mal.

Sendo assim, o magistrado com muita cautela analisaria cada caso e procuraria sempre prezar pelo direito do réu responder processo em liberdade, caso futuramente houvesse condenação ao mesmo, e em último caso, se não fosse cabível medidas cautelares, decretasse a prisão preventiva, do contrário estaria cometendo um ato prejudicial ao impor uma prisão preventiva aquele que não precisaria passar por essa situação. Dessa forma, nota-se a importância de valorizar a liberdade do sujeito como regra, em casos cabíveis, e apenas decretar uma prisão cautelar em

⁸ <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo> Acesso em: 12/05/2021 12:46

casos que a conduta do sujeito e sua futura condenação exigisse, como última medida.

Ocorre que em maioria dos casos, são mínimas as decisões magistrais que fazem essa análise acerca de tantos casos que precisam julgar, onde observa-se que a maioria desses magistrados decretam a prisão preventiva.

Onde, segundo o doutor Sanguiné (2014, p.23):

No fundo, o uso abusivo da prisão preventiva encontra suas origens em outros fatores do processo decisório em material criminal. Sempre que isso pareça necessário para mascarar a oficial incapacidade global do Estado para solucionar a cristalização da insegurança sobre a delinquência, as chances de diminuição do uso – e muito menos a abolição – desse instituto são bastante pequenas.

Assim, é possível notar uma justificativa do motivo de tantas prisões preventivas decretadas, mesmo sem enorme necessidade. Conforme a jurisprudência abaixo, vê-se que há também decisões sábias e justas, que procuram evitar a violação da garantia constitucional da liberdade de um réu, que não cometeu um crime que necessitasse de uma prisão cautelar.

Conforme o anexo de Habeas Corpus, julgado pelo ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, em São Paulo, publicado no dia 10/12/2014, entende-se que, são minoria as decisões que observam a ilegalidade da preventiva em diversos casos, principalmente no crime de tráfico de drogas, que é um crime presumidamente cometido sem violência ou grave ameaça, assim, tem-se que o instituto da prisão preventiva é falho, e sua utilização é desenfreada, acarretando graves consequência aqueles que são vítimas do uso abusivo deste instituto, onde a liberdade seria regra, e ainda cabíveis medidas alternativas à essa prisão, antes mesmo de ser decretada uma prisão cautelar.

2.3 MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA

O surgimento das medidas alternativas à prisão preventiva, amparadas pela Lei n. 12.403/11, fez com que as medidas cautelares começassem a ter possibilidades diversas da prisão que poderiam ser estendidas até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, caso fossem cumpridas satisfatoriamente. Assim, essas medidas alternativas à prisão, estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, e são elas:

Art. 319.

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

O objetivo dessas medidas são estabelecidos para que não se faça necessária a decretação da prisão, dessa forma, visando evitar o excesso, e superlotação nas penitenciárias. Dentro dessas medidas cautelares diversas da prisão, existem diversos níveis de medidas, desde a mais próxima até a mais distante do encarceramento do indivíduo.

Acerca dessa premissa, explica o doutrinador Badaró (2015, p. 952):

Estando presente uma das situações que justificam a imposição de uma medida cautelar pessoal (CPP, art. 282, caput, I), o magistrado deve iniciar o juízo de adequação (CPP, art. 282, caput, II), a partir da menos gravosa, e, se esta não se mostrar adequada, ir ascendendo em uma escala crescente das medidas alternativas mais leves para as mais gravosas, e, somente se nenhuma delas se mostrar adequada, chegar à prisão preventiva.

Estas escalas das medidas alternativas podem causar diversos efeitos na liberdade pessoal do sujeito, sendo assim, deve-se priorizar que a medida mais benéfica seja aplicada, quanto à medida mais grave, visando não violar o direito de liberdade do acusado. Considerando que a medida cautelar imposta ao acusado não pode ser mais gravosa do que uma pena que o réu possa vir a cumprir.

Sabe-se que a prisão preventiva é uma forma de garantir que o devido processo legal seja concluído de forma satisfatória até uma possível execução de sentença condenatória. Em relação ao crime de tráfico de drogas, um delito cometido sem o emprego de violência ou grave ameaça (causa esta que é um fator para manter a prisão preventiva do sujeito que a comete), dessa forma, pode ser desconsiderada uma característica da manutenção da prisão cautelar, considerando também que até o trânsito em julgado ninguém deverá ser considerado culpado de certo delito, ou seja, estando ausentes a necessidade de prisão preventiva ao réu acusado de tráfico, a decretação da prisão provisória seria uma antecipação de uma execução de pena privativa de liberdade anterior ao trânsito em julgado, assim, insultando o princípio da presunção da inocência.

Sobre o instituto, preleciona Tourinho Filho (2012, p. 89):

Contudo a expressão presunção de inocência não deve ter o seu conteúdo semântico interpretado literalmente – caso contrário ninguém poderia ser processado –, mas no sentido em que foi concebido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789: nenhuma pena pode ser imposta ao réu antecipadamente. E a melhor doutrina acrescenta: a prisão antecipada se justifica como providência exclusivamente cautelar, vale dizer, para impedir que a instrução criminal seja perturbada ou, então, para assegurar a efetivação da pena.

A imposição da prisão cautelar é baseada com o objetivo de que o devido processo legal não corra riscos e que consiga ser aplicada a sanção penal ao final, e este risco é descontado no acusado, fazendo o mesmo sofrer as consequências de um encarceramento antes mesmo de ser considerado culpado ou não pelo crime que lhe é imputado, e de acordo com esse questionamento se faz necessária as medidas alternativas, sendo cabíveis aos casos de tráfico de drogas, como forma de garantia do devido processo legal.

De acordo com a doutrina de Mendonça (2011, p. 31):

A nova legislação deixa bastante claro que qualquer medida cautelar pessoal somente pode ser decretada se demonstrada, concretamente, a sua real e efetiva necessidade, para tutela de algum bem jurídico do processo ou da sociedade. Os fundamentos que antes se aplicavam apenas para a prisão preventiva (art. 312 do CPP), agora são ampliados para toda e qualquer medida cautelar pessoal. Assim sendo, não há qualquer distinção de finalidade entre a prisão preventiva e as demais medidas cautelares: todas buscam proteger a tríplice finalidade indicada (para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais). Somente se presentes tais fins – que representam a própria cautelaridade de qualquer medida é que se poderá decretar uma medida cautelar. Em outras palavras, todas as medidas cautelares buscam a mesma finalidade de proteção aos interesses do processo ou da própria sociedade.

A prisão preventiva neste caso, é um princípio cabível ao crime em questão, porém, a sua decretação não é extremamente necessária, pois, se tratando da seguridade do andamento do processo, pode-se considerar que a admissão das medidas cautelares são suficientes e produzem o mesmo efeito da preventiva, em crimes de tráfico de drogas.

CAPÍTULO III
PROBLEMAS NA DEFINIÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE E O RELATO
DESTAS SENTENÇAS

3.1 A SELETIVIDADE PENAL NA APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS

A proibição das drogas no mundo em geral não foi suficiente para conter o seu consumo e comercialização, automaticamente fazendo crescer o tráfico, hoje sendo o motivo de uma guerra entre autoridades policiais e traficantes. No entanto, sabe-se que é impossível conter o uso dessas substâncias, pois o número de usuários é extremamente grande e diverso, ou seja, um sujeito possuindo drogas pode ser um mero usuário ou um traficante. No Brasil a implementação da Lei 11.343/06, na legislação brasileira não foi suficiente para distinguir um usuário de um traficante, mesmo havendo uma tipificação acerca do usuário, Art.28⁹, da Lei 11.343/06.

Sabe-se que dentro da classificação de traficante, não há uma descrição exata referente a atitude que o indivíduo está praticando, ou até mesmo da quantidade de droga que o mesmo está portando, da mesma forma, para a classificação do usuário, desta forma, não sabe ao certo se o sujeito é um usuário, um “funcionário”, um “aviãozinho¹⁰”, ou até mesmo um traficante de grande importância, pois está toda a classificação descrita em um único artigo que impõe uma pena a todos estes.

⁹ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

¹⁰ No jargão policial significa a pessoa que leva o tóxico para um comprador e volta com o dinheiro para o traficante dono da droga

Lei nº 11.343 de 23 de Agosto de 2006

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

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012).

Em regra, o artigo 28 da lei de drogas define o usuário, e o 33 define o traficante, no entanto, sabe-se que no Brasil e em algumas partes do mundo, não funciona exatamente dessa maneira, pois dependendo da situação, um usuário pode ser taxado como traficante, mesmo que possua uma quantidade insignificante de drogas. Isso acontece devido as semelhanças entre os dois artigos, por meio dos verbos que se repetem em ambos, são eles: ADQUIRIR, GUARDAR, TER EM DEPÓSITO, TRANSPORTAR, TRAZER CONSIGO. Sendo assim, pode haver um erro ao distinguir uma personalidade de outra, e como sabe-se, dependendo da quantidade de droga que for apreendida juntamente com o acusado, são os policiais que definem a classificação do indivíduo neste momento, restando ao Ministério

Público apenas confiar e expor a fala dos policiais como base de acusação, observando que essa fala da autoridade policial tem mais peso sobre a fala do acusado.

Acerca do assunto, discorre o mestre, Ribeiro Júnior (2016, p. 11):

Observe-se que não há nenhum critério objetivo que diferencie condutas que podem levar a pessoa a uma pena que vai de cinco a quinze anos de privação de liberdade ou a ficar submetido a penas socialmente alternativas. Não há nenhuma segurança, nada que garanta uma separação clara entre um porte de drogas ser considerado tráfico ou uso pessoal, nem mesmo a quantidade de drogas encontrada. Esta situação levou a um aumento considerável do encarceramento da juventude negra e periférica. O tráfico de drogas é o segundo ato infracional mais recorrente no país, superado apenas pelo roubo.

Estes critérios, não estão estabelecidos seguramente no momento de sua aplicação, o que deixa aberto, um sentimento de dúvida, quanto a realidade dos fatos, tendo em vista, a conduta de alguns policiais. Além de que, o crime de tráfico é associado a uma determinada classe social, cuja é vítima de racismo e outros preconceitos. Dessa forma, ficando ainda sujeita a acusação de crime de tráfico a minoria pobre, negra, residente de comunidades carentes.

O sistema incriminatório, procura através das normas e rótulos presentes na sociedade, fundamentar suas distinções, acusando como autor dos crimes de tráfico, aqueles nomeados como delinquentes e marginais, atuando de forma "cega" e seletiva neste momento, observando primeiramente como suspeitos estes indivíduos (BARATTA, 2002).

Dessa forma pode-se observar que o crime em comento também se trata de uma justificativa para perseguir essa classe, observando que o crime descrito não possui características acerca de seu autor.

Sobre este assunto, explica Boiteux (2013, p. 163):

A legislação de drogas brasileira acabou por reforçar o grande fosso existente entre as camadas mais altas e mais baixas da população. Para os traficantes, mesmo os de pequeno porte ou viciados, pertencentes aos estratos mais desfavorecidos da sociedade, a resposta penal é a prisão fechada, agravando ainda mais as terríveis condições das superlotadas e infectas prisões brasileiras. Aos usuários de drogas sem antecedentes, não-viciados, que possuem condições de comprar droga sem traficar, a despenalização.

A seletividade penal no momento de classificar o usuário do traficante, começa no local onde as apreensões são realizadas, e o indivíduo que é abordado, priorizando como usuário aqueles denominados como brancos de classe social superior, impondo aos mesmos uma tipificação penal mais branda e menos

prejudicial, independente da quantidade de drogas e objetos que o mesmo possua, e assim, qualificando como traficante, na maioria dos casos, indivíduos negros e/ou de classe inferior e membros da minoria esquecida da sociedade, que possam ser apenas usuários contendo porções insignificantes de drogas para uso próprio, ou até mesmo inocentes, que em muitos casos são incriminados sem motivo algum.

3.2 O DIREITO DE RESPONDER EM LIBERDADE, E O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA

Em crimes de tráfico de drogas, podem existir diversos tipos de violação de direitos fundamentais, a começar no momento do flagrante, onde, em alguns casos a ação policial é realizada por meio de abuso de autoridade, o que pela lei se define como um ato ilícito, posteriormente levando a invasão do domicílio do acusado, o que na teoria é caracterizado em desconformidade com a lei, quando não há denúncia, ou indícios desfavoráveis ao acusado, que justifique tal prisão.

Dessa forma, entende-se que, se considerar legítima qualquer ação policial, com justificativa de encontrar drogas, todos os cidadãos estão sujeitos a constantes buscas em suas casas, e à mercê de invasões policiais constantes, quando na maioria das vezes, tais buscas possam ser fracassadas, sem a descoberta de nenhum ilícito. No entanto a justificativa por trás dessa violação de direitos fundamentais, é o discurso da “guerra contra as drogas”, que é ligado à agressividade militar das autoridades policiais, com intuito praticar tais ações violadoras de direitos humanos contra as comunidades carentes.

O abuso de autoridade dos policiais, ao acusar o indivíduo fere os direitos fundamentais do mesmo, e a prisão preventiva executada posteriormente, fundamentada apenas na fala das autoridades, ferindo o princípio da presunção da inocência, que está previsto no art 5º LVII, da Constituição Federal de 1988:

“ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

Este princípio é regra, garantindo o direito do acusado de ser considerado inocente durante todo o processo, até o fim da decisão transitada em julgado, utilizando a ampla defesa (LIMA, 2012)

Acrescenta-se acerca da citação narrada, que, no eventual princípio não cabe ao acusado provar sua inocência, tendo em vista que o ônus da prova recai

sobre aquele que acusa, assim, cabendo a acusação, comprovar sem hipótese de dúvida a culpa do suspeito, restando ao acusado apenas comprovar o que alegar.

No caso de dúvidas em relação aos fatos que imputam a prática delituosa ao réu, o mais adequado é a absolvição, mesmo que seja de um real culpado, do que correr o risco de condenar um inocente (LIMA, 2012).

Assim, o mais coerente no momento de decretar a prisão de um suspeito de tráfico, é conceder a liberdade provisória ao mesmo, desde que sejam avaliados os requisitos da decretação da preventiva, e assim, garantir que o mesmo responda o processo em liberdade, tendo a vista, que o crime não foi praticado com violência ou grave ameaça, e levando em consideração o princípio da inocência, até o final do processo.

Independente do trânsito em julgado, a prisão preventiva é exceção, onde a liberdade e o princípio da inocência são regras, assim, presumindo a inocência do acusado, só se faz necessária a prisão se os requisitos da prisão preventiva estiverem preenchidos (GOMES, 2011).

Neste sentido, cabe a jurisdição competente examinar se há necessidade de uma prisão cautelar, buscando priorizar a liberdade ou aplicação de alternativas cautelares diversas da prisão.

3.3 AS FALHAS DO JUDICIÁRIO AO CONDENAR USUÁRIO COMO TRAFICANTE

A guerra contra as drogas não se executa fazendo apreensão de pequenas porções de drogas na posse determinados indivíduos e logo em seguida os encarcerando. Essa luta deve ser feita em locais de produção e transporte, sendo os sujeitos responsáveis por essas grandes ações serem condenados e encarcerados se necessário. Não é viável utilizar a justificativa dessa "guerra", para lota o sistema judiciário e as penitenciárias, com aqueles que são menos favorecidos de baixa renda, e esquecidos pelo governo e sociedade brasileira.

Ao destacar as características de classe entre os réus de crimes de tráfico de drogas, é possível observar o alto índice de classes menos favorecidas, onde aqueles taxados como traficantes, são em sua maioria, encontrados com porções já prontas para venda, ou transportando-as, ou até menos preparando tais porções, essas que variam sua quantidade, que até mesmo poderiam os classificar como

usuários, porém, essa classificação depende somente de todo o sistema que irá processar e julgar tal indivíduo. Conforme já narrado, sabe-se que, inicialmente, depende em grande parte da autoridade policial, a forma que será classificado aquele que for encontrado possuindo drogas, em seguida, a quantidade e tipos de drogas apreendidos.

Nesse mesmo sentido, leciona a doutora Jesus (2016, p. 20):

É esse agente que vai narrar os fatos como crime e oferecer à justiça criminal os “indícios” de “materialidade” e “autoria”, elementos fundamentais para o início de uma ação penal. Importante destacar também que são os policiais do flagrante que figuram majoritariamente como testemunhas nos casos de tráfico de drogas. Eles são, ao mesmo tempo, a ponta e o desfecho de todo o processo de incriminação na política de drogas.

Frisa-se que, mesmo que o indivíduo porte uma quantidade insignificante de substâncias entorpecentes, como por exemplo, 40 gramas, este está sujeito a uma condenação com tipificação de tráfico, que é o que acontece cotidianamente, dessa forma é apresentada a seletividade do sistema criminal, que aumenta a população carcerária, condenando indivíduos que poderiam ser penalizados mais brandamente, devido a seu ato, e as características do mesmo, mas que em grande parte das vezes, são ignoradas pelos detentores do poder judiciário.

A lei de drogas não apresentar pontos concretos na diferenciação de usuário e traficantes, auxilia no fator de usuários serem condenados como traficantes, permitindo que o magistrado atue de forma seletiva e discriminatória sobre os mais vulneráveis da sociedade, assim, violando os direitos fundamentais dos mesmos, desde abordagens agressivas nas periferias, até o momento do julgamento, valorando na maioria das vezes como prova processual, o depoimento testemunhal dos policiais que fazem a apreensão.

O tráfico de drogas se caracteriza por ser um crime sem vítima, assim sua criminalização é objetivada através de políticas conservadoras, pois a proibição dessa infração, de fato não chega a proteger nenhum bem jurídico (QUEIROZ, 2010).

Dessa forma, entende-se que o consumo de drogas poderia ser regulamentado e legalizado, provocando dessa forma, uma diminuição considerável na população carcerária, no entanto, pelas razões moralistas, o legislador sustenta tal tipificação, assim descriminalizando o consumo tanto quanto o “comércio” da droga.

A posse de droga com objetivo de uso pessoal, não oferece nenhum risco a outro, automaticamente não fere nenhum bem jurídico, uma vez que, não é permitido

que o Estado intervenha nas opiniões e atitudes individuais de cada um (JESUS, 2016).

Percebe-se assim, que, nos crimes de tráfico de drogas, o Judiciário atua de forma seletiva, carregando preconceitos e encarcerando os vulneráveis com aplicação de penas desproporcionais em grande parte dos casos, assim, focando a aplicação da lei penal naqueles praticantes do “varejo”¹¹ do tráfico, não priorizando e esquecendo-se dos “chefes” do tráfico de drogas, assim, evidenciando as falhas do judiciário na aplicação da lei de drogas.

¹¹ Pequenos vendedores de drogas

CONCLUSÃO

O entendimento da legislação acerca do tráfico de drogas, é baseado no malefício que o uso das substâncias trazem ao ser humano, características essas que se deram através de casos antepassados, decorrentes do uso desencadeado de diversas drogas, que se tornaram prejudiciais perante a sociedade, no entanto, o uso destas se estende até os dias atuais, sendo consumidas por muitas pessoas, por diversas finalidades, seja uma necessidade, ou um vício, como uma doença que tenha tratamento através de drogas ou uma doença viciosa que seja dependente de certas drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas, o que é incoerente, pois, é comprovado que as drogas lícitas são tão prejudiciais e causam forte dependência tanto quanto as ilícitas. Dessa forma, percebe-se que essas designações dadas por agências de controle da política do proibicionismo, são extremamente seletivas.

O fato de grande parte dessas drogas se tornarem ilegais, acabou criminalizando aqueles que a comercializavam, os chamados “traficantes”, que hoje são vistos como grandes vilões da sociedade, e que geralmente possuem certas características generalizadas, como, homem negro, de classe baixa, que vive em comunidades carentes (favelas), desprovido de educação e princípios, fazendo parte da minoria esquecida pelo governo e pela sociedade em geral. Atribuindo a este, não somente o crime de tráfico, como também, a imagem de ladrão, assassino, e tudo de ruim que exista na sociedade, desencadeando assim, uma perseguição a todo indivíduo que se enquadre nestas características.

Vale destacar que, a legislação não determina se alguém (independente de quem seja) que é encontrado possuindo drogas se enquadre na qualidade de traficante ou usuário, pois não existe uma quantidade específica que diferencie um do outro. Fazendo com que o usuário possa ser confundido com o traficante e vice-versa, além de que o próprio usuário, também é uma personalidade má-vista pela sociedade. Sendo assim, nota-se que este conceito que também criminaliza o usuário, é preconceituoso, e vem de uma ideologia antepassada, que sempre buscou um motivo para explicar as criminalidades daquela época, e encontrou essa justificativa na

criminalização das drogas, marginalizando seus usuários e “comerciantes”, os classificando como o “câncer” da sociedade, conceito este que se estende até hoje.

Atualmente, aquele que for surpreendido cometendo o delito inscrito no artigo 33 da lei 11.343/06, sofrerá um processamento penal, que se iniciará com a prisão em flagrante, que posteriormente possa ser convertida em prisão preventiva, se encaixar-se nos requisitos da mesma, acontece que o crime de tráfico de drogas, não é cometido através do emprego de violência ou grave ameaça, característica que justifica fortemente a decretação de uma prisão preventiva, além de que, é possível que sejam impostas ao acusado as medidas alternativas à prisão, buscando evitar a antecipação de uma possível pena privativa de liberdade (*ultima ratio*), com o encarceramento do indivíduo, dessa forma, também evitando a superlotação nos presídios com presos provisórios, que poderiam estar respondendo processo em liberdade.

São os policiais que fazem a abordagem que definem a classificação do acusado (usuário ou traficante), onde, na maioria das vezes, essas autoridades não se atentam a certificar a real conduta deste possível réu. Ou seja, a autoridade policial, até pode incriminar um cidadão e alegar que o indivíduo apreendido estava comento determinado ato ilícito, levando o Ministério Público a crer em sua fala, assim fazendo com que um inocente pague por algo que possa nem ter feito ou até mesmo piorar a situação de um sujeito que tenha cometido o ato ilícito, mas que poderia ser penalizado de forma justa, sem a imposição de uma pena privativa de liberdade (*ultima ratio*).

No entanto, a perseguição contra o tráfico de drogas é extremamente preconceituosa e seletiva quanto aos mais vulneráveis (enquadrados nos padrões marginalizados), onde as narrativas dos policiais que abordam o acusado, são aceitas pelo judiciário como verdade absoluta, levando a uma condenação, que muitas das vezes é desnecessária, e até mesmo poderia ser evitada, finalizando assim este processo com o encarceramento de vulneráveis. Esses casos, costumam acontecer com as pequenas personalidades do tráfico de drogas, ou até mesmo, inocentes ou usuários de classe social baixa.

Sabe-se que nos crimes de tráfico, existem os grandes e pequenos vendedores, que possam ser classificados como “varejo e atacado”, destaca-se que a guerra contra as drogas seria mais eficaz se o foco principal fosse as vendas em

“atacado”, do que lotar o sistema carcerário com os “varejistas” que praticam esse crime. Esse que muitas vezes portam pouca quantidade de drogas, e acabam sofrendo penalidades que são impostas às grandes personalidades do tráfico.

Quanto a premissa, quantidade de droga, é importante destacar que é necessário que o Brasil adote especificações que diferenciam a quantidade de droga para uso pessoal, e uma quantidade inicial para que o sujeito seja classificado como traficante, essa medida também tem como objetivo a resolução do problema de superlotação das penitenciárias, uma vez que grande parte dos presos são condenados por tráfico, mesmo que não se enquadrem nessa tipificação.

O maior problema na criminalização do uso das drogas é a política moralista-patriarcal e o preconceito, alcançando dessa forma o tráfico também, preconceito este baseado no temor da sociedade quanto a descriminalização do consumo, por achar que o usuário é um doente/dependente, capaz de cometer crimes para sustentar seus vícios, concluindo que não haveria uma política de controle que determinasse regras para o uso. O que é incoerente, pois são usuários também os pais de família, médicos, empresários, governantes, policiais, entre outros, estes que são os maiores apoiadores da política moralista-patriarcal, e ocultam da sociedade seu “lado sombrio”, por receio de se encaixarem na classificação marginária, e se manterem como os detentores do poder na sociedade.

Dessa forma, conclui-se que, o proibicionismo e o processamento penal acerca do tráfico de drogas é falho e atua de forma seletiva, escolhendo os que serão taxados como traficantes, criando outro problema que foi o aumento da população carcerária, que tem como maioria os indivíduos mais vulneráveis da sociedade, sendo estes condenados por prática do crime em questão, onde uma boa parte está presa preventivamente, aguardando julgamento, quando poderiam responder em liberdade, e também condenando de forma errônea muitos que se classificam como usuários mas estão cumprindo pena como traficante.

9 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 952

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. Rio de Janeiro. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 28.

BOITEUX, Luciana. PÁDUA, João Pedro. A desproporcionalidade da lei de drogas. Os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil. 2013. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e.pdf. Acesso em 22 mai. 2021.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas - Com a Lei 12.403/11. 2 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011. Pág. 8.

FRANÇA, Jean Marcel Carvalho. História da Maconha do Brasil/ Jean Marcel Carvalho França. São Paulo: Três Estrelas, 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-ineficiencia-da-politica-criminal-de-drogas-no-brasil/>. Acesso em: 10 out. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. A lei das Medidas cautelares é um avanço?. Consultor Jurídico, 23 jun. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-23/coluna-lfg-lei-medidas-cautelares-alternativas-avanco>. Acesso em: 13 abr. 2021.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções e Críticas. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Sony/Downloads/483-Texto%20do%20artigo-909-1-10-20190214.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

JESUS, Maria Gorete Marques. “O mundo que não está nos autos”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Dissertação (mestrado). 2016. 276 f. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, volume 1. Impetus. Niterói: 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/o-principio-da-presuncao-da-inocencia/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 31

MIRABETE. Julio Fahhrini. Processo Penal. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1991

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª edição, rev.atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 355.

PEREIRA, Luana Rebeca Silva. Tráfico de Drogas, Direito Penal do Inimigo e seletividade penal na definição entre usuários e traficantes: um estudo em sentenças da 1ª Vara de Tóxicos da comarca de Salvador no ano de 2016. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

QUEIROZ, Paulo. Comentários críticos à Lei de Drogas. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010.

RIBEIRO Jr, Antônio Carlos. As drogas, os inimigos e a necropolítica. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MaX11LehvzIJ:https://periodicos.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/download/251/223+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 19 abr 2021.

SANGUINÉ, Odone. Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 27.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 34ª ed. São Paulo. 2012, p. 89.

.....

BRASIL. (Constituição de 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: março de 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal (CPP) - Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, Dispõe sobre as prisões. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em Março de 2021.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Dispõe sobre a lei de drogas. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em setembro de 2020.

.....

<http://arquimedes.adv.br/livros100/A%20Face%20Oculto%20da%20Droga%20-%20Rosa%20del%20Olmo.pdf>

<https://brasilecola.uol.com.br/drogas/opio.htm#:~:text=O%20uso%20do%20%C3%B3pio%20foi,de%20tr%C3%AAs%20a%20quatro%20horas>

<http://www.denarc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=40#:~:text=Atualmente%20a%20terminologia%20droga%20segundo,altera%C3%A7%C3%B5es%20no%20funcionamento%20do%20organismo>.

<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/156800506/habeas-corpus-hc-311242-sp-2014-0325961-6>

.....

ANEXOS:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/156800506/habeas-corporus-hc-311242-sp-2014-0325961-6>