

Prender a qualquer custo: o tráfico de drogas e a pena de prisão na fundamentação judicial brasileira

Vigora, por exemplo, a ideia de que a falta de ocupação indicaria o envolvimento com organizações criminosas, já que, diante do desemprego, só poderiam ter acesso a drogas sendo traficantes

Maíra Rocha Machado, Mariana Celano de Souza Amaral, Matheus de Barros, Ana Clara Klink de Melo
01 de outubro de 2019

MARCELO CAMARGO/AGÊNCIA BRASIL



Decisões expõem as engrenagens jurídicas que colocam a prisão no centro das decisões judiciais, e impulsionam o crescimento vertiginoso da população prisional

Nas últimas duas décadas, o número de pessoas encarceradas no país aumentou cerca de 700%. A fim de contribuir à compreensão desse fenômeno, com especial atenção ao papel do judiciário como ator central dessa situação, o Núcleo de Estudos Sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP debruçou-se sobre decisões do TJ-SP e do STJ a fim de identificar obstáculos à aplicação de sanções não prisionais em casos de tráfico de drogas, crime responsável por grande parte das prisões atualmente.

Foram analisados 266 acórdãos do TJ-SP e 192 acórdãos do STJ, todos publicados entre 2017 e 2018. No TJ-SP, deu-se especial atenção aos argumentos ligados à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, hipótese trazida no artigo 44 do Código Penal (CP). Segundo a lei, a substituição é aplicada nos casos de pena inferior a quatro anos, quando o crime for cometido sem violência e grave ameaça - como é o crime de tráfico de drogas - e para réus não reincidentes em crimes dolosos. Além desses requisitos, o art. 44, III, CP, indica ainda como critério a "suficiência" da substituição de acordo com "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias".

Nas decisões do STJ, o foco central foi a aplicação da figura do "tráfico privilegiado" - fator de redução da pena previsto na própria Lei de Drogas, em seu artigo 33, parágrafo 4º. Para sua aplicação, o agente deve ser primário, de bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

A análise do material permitiu afirmar que a decisão sobre a pena é uma arena de disputas entre atores do sistema político (os legisladores) e do sistema de justiça (juízes e tribunais). Na esfera judicial, notamos a utilização de argumentos que caracterizam genericamente a figura do "traficante", por meio de referências à lesividade abstrata das condutas dos réus, que violariam certos valores morais. Para reforçar uma orientação decisória que supervaloriza a pena de reclusão, o judiciário percorre caminhos argumentativos que descartam a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas, apesar de a possibilidade prevista no artigo 33, §4º, da Lei n.º 11.343/06, abrir portas para respostas que não promovam o encarceramento.

Na amostra do STJ, o argumento que mais se destacou como obstáculo para a aplicação de penas diversas da prisão recorre à quantidade e à qualidade das drogas apreendidas. Apesar de a legislação e o Supremo Tribunal Federal (repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 666.334/AM) apontarem que tais circunstâncias só podem ser levadas em conta em um dos momentos do cálculo da pena, verificou-se que esses elementos são valorados em diversas etapas, de forma isolada ou combinada com outros argumentos, como a passagem anterior pelo sistema de justiça e a situação laboral da pessoa condenada.

Especificamente em relação à situação laboral, foi possível identificar que se trata, frequentemente, de um argumento em prejuízo do réu, mesmo nos raros casos em que há comprovação do exercício de atividade lícita. A argumentação - que contraria o princípio da presunção de inocência - por vezes se desdobra na ideia de que a falta de ocupação lícita indicaria o envolvimento com organizações criminosas, já que, diante do desemprego, só poderiam ter acesso a drogas sendo parte de redes de tráfico.

A abordagem evidencia os problemas da redação aberta dos requisitos para aplicação do tráfico privilegiado, que acaba sendo pouco aplicado, mesmo nos casos de réus primários e com bons antecedentes. No material coletado, a argumentação relativa ao critério da (in)suficiência da pena alternativa mobiliza: (i) as três funções atribuídas à pena em abstrato (retribuir, dissuadir, reabilitar/educar), (ii) formulações abstratas - muitas vezes moralizantes - sobre o tráfico (gravidade abstrata do delito) e, também, (iii) o elemento da "quantidade, natureza e diversidade" das drogas apreendidas. Os três fatores se articulam de modo recorrente nas decisões para alegar a insuficiência da substituição por pena alternativa.

A argumentação dos tribunais expõe as engrenagens jurídicas que colocam a prisão no centro das decisões judiciais, e impulsionam o crescimento vertiginoso da população prisional. A revisão e a reforma de tais práticas, naturalizadas nos julgamentos de casos de tráfico de drogas, possibilitarão a elaboração de estratégias políticas e jurídicas que contribuam para o abandono do caminho que nos levou ao superencarceramento atual.

As conclusões do estudo podem ser vistas com mais detalhes nos dois textos produzidos sobre o assunto, "Prender a qualquer custo: o tráfico de drogas e a pena de prisão na fundamentação judicial brasileira", publicado no Journal of Illicit Economies and Development, vinculada à London School of Economics and Political Science (LSE), e "Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento", publicado na Revista Brasileira de Políticas Públicas, vinculada ao Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Ambos os textos podem ser acessados online gratuitamente.

Maíra Rocha Machado

Professora do programa de mestrado e doutorado da FGV Direito SP

Mariana Celano de Souza Amaral

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP)

Matheus de Barros

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP) e pesquisador do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV-SP

Ana Clara Klink de Melo

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP)

