



Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas¹

Luciana Boiteux²
(Coordenadora)

Sumário: 1. Introdução – 2. Resultado da pesquisa teórica – 3. Dos resultados da pesquisa de campo – 4. Conclusões – 5. Referências

1. Introdução

“Tráfico de Drogas e Constituição” foi um projeto de pesquisa realizado entre março de 2007 e julho de 2009, que envolveu uma reflexão sobre a política de drogas brasileira, tanto no campo teórico como na prática dos Tribunais, tendo sido realizada

¹ O presente artigo apresenta os resultados da pesquisa “Tráfico de Drogas e Constituição: um estudo jurídico-social do artigo 33 da Lei de Drogas e sua adequação aos princípios constitucionais penais”, realizada no âmbito do Grupo de Pesquisas em Política de Drogas e Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em parceria com a Universidade de Brasília, coordenado pela autora, com a participação dos docentes das duas instituições. A pesquisa foi inserida no Projeto Pensando o Direito, idealizado pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, com financiamento do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) e do CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

² Mestre (UERJ) e Doutora (USP) em Direito, Professora Adjunta de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, Coordenadora do Grupo de Pesquisas em Política de Drogas e Direitos Humanos da FND/UFRJ.

Participaram também da pesquisa:

Ela Wiecko Wokmer de Castilho - Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Adjunta de Direito Penal da Universidade de Brasília e Subprocuradora-geral da República.

Vanessa Oliveira Batista - Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Professora Adjunta de Direito Constitucional da FND/UFRJ.

Beatriz Vargas - Mestre em Direito pela UFMG e Doutoranda em Direito na UnB

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado - Doutor em Direito Processual, Desembargador do TJRJ, Professor Adjunto de Direito Processual Penal da UFRJ.

pesquisa de campo na Justiça Criminal do Rio de Janeiro e em Brasília, com a participação de docentes e discentes³ das Faculdades de Direito da UFRJ e da UnB⁴.

O objeto de estudo foi o crime de tráfico de drogas ilícitas, previsto no art. 33 da nova Lei de Drogas (n. 11.343/06), em seus aspectos sociais e jurídico-constitucionais. Foi realizada uma análise interdisciplinar, com o objetivo de confrontar a normativa jurídica brasileira para o delito de tráfico, e as práticas sociais de sua aplicação aos casos concretos.

Na primeira parte do estudo foi feita uma análise teórica do modelo brasileiro de controle de drogas ilícitas, e a sua interação com os tratados internacionais de drogas. Na segunda parte, a pesquisa de campo buscou compreender a aplicação do referido artigo 33 (tráfico de drogas) pelo Poder Judiciário, pelos juízes de primeira instância dos foros centrais do Rio de Janeiro-RJ e de Brasília-DF.

O problema investigado foi o tratamento penal dado à figura do comerciante de drogas ilícitas pela nova Lei de Drogas Brasileira, que não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário, pequeno, médio e grande traficante, questão essa que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/76), e que foi agravada ainda mais diante do aumento da pena mínima do delito pela nova lei, de três para cinco anos de reclusão.

A perspectiva foi crítica, pois se partiu dos marcos teóricos da Criminologia Crítica, ou seja, teve-se como horizonte a deslegitimação do sistema penal e sua seletividade (Alessandro Baratta), e utilizou-se como base reflexiva o garantismo de Luigi Ferrajoli, que identifica a limitação do poder de punir como base da democracia.

Trata-se de pesquisa de cunho transdisciplinar que se inseriu no campo comum entre as ciências sociais e as jurídicas, unindo a reflexão teórica à realidade social e à prática dos operadores jurídicos que aplicam a lei aos casos concretos.

³ **Participaram pela FND/UFRJ os seguintes discentes:**

Andre dos Santos Gianini, Antonio Magalhães de Paula Souza, Camila Soares Lippi, Camila Souza Alves, Carlos de Rezende Rodrigues, Eliane Pinheiro da Silva, Fabrício Garcia Henriques, Felipe Macedo Couto, Fernanda Teixeira de Medeiros, Guilherme Bohrer Lopes Cunha, João Felipe Belem de Gouvêa Reis, Julia Monteath de França, Liv Satomi Lago Makino, Luciana Peluzio Chernicharo, Natalia Cardoso Amorim Maciel, Paulo Telles, Pedro Vetter de Andréa, Rafael Santos de Oliveira, de Castro Sobrinho e Vitor Hugo Coutinho Conti.

⁴ **Participaram, pela UnB, os seguintes discentes:** Aline Arêdes de Oliveira, André Santos Guimarães, Bruna G. Parente, Bruno Lourenço da Silva Macedo Alves, Bruno Perpétuo Ferreira, dos Santos Cerqueira, Luiz Felipe Horowitz, Marco Aurélio Gonçalves de Oliveira, Pedro Felipe Santos, Pedro Felipe Soares Alcanfor, Paulo Ferreira Leal Filho, Rodrigo Silva Pinto, Samira Lana Seabra e Vanessa Cristina Pimentel Varela.

A metodologia utilizada conjuga a *pesquisa bibliográfica* teórica com a análise de dados oficiais e etnográficos para compreender a dimensão social e jurídica do fenômeno do tráfico de drogas ilícitas, e sua interface com a realidade social. Trata-se também de *pesquisa aplicada*, pois objetivou gerar conhecimentos para aplicação prática dirigida à solução de problemas específicos.

A análise teórica da doutrina foi complementada pela pesquisa de campo, que consistiu na coleta e compilação de dados extraídos de sentenças de primeira instância e de jurisprudência dos Tribunais nas condenações com base no artigo 33 da Lei de Drogas, com vistas à obtenção de dados concretos da operacionalidade real do sistema brasileiro de controle de drogas.

Por uma escolha dos pesquisadores, tendo em vista a definição do *corpus* a ser estudado, não foram analisados os autos dos processos, mas tão-somente as sentenças e os acórdãos. A pesquisa de jurisprudência foi uma ferramenta essencial para a compreensão da forma de operação do sistema de controle de drogas, inclusive visando a futuras proposições de alteração legislativa.

A análise, porém, não foi centrada na questão específica da criminalidade e violência eventualmente ligadas a essa realidade social, nem na estruturação do mercado ilícito de drogas, embora esses temas tenham, de forma indireta, sido abordados no curso na investigação. Da mesma forma não se pretendeu escrever um tratado ou manual sobre a nova Lei de Drogas.

Assim, muito embora se considere mais adequado investir em políticas de prevenção e de redução de danos, o objetivo geral do presente estudo foi o de *realizar uma análise do modelo de controle de drogas atual e da necessidade e possibilidade de mudanças na legislação vigente* (Lei n. 11.343/06), de forma a construir uma proposta de regulamentação jurídica do tipo penal do tráfico de drogas, capaz de reduzir as iniquidades detectadas no atual modelo brasileiro de controle.

Dentre os objetivos específicos da investigação destacam-se: *i) realizar uma análise político-criminal dos tratados internacionais de controle de drogas, para identificar possibilidades e limites de alterações da lei brasileira; ii) analisar o acervo doutrinário, jurídico e sociológico para definir categorias que identifiquem os papéis sociais na estrutura do tráfico de drogas; iii) investigar, sob uma perspectiva jurídica, o art. 33 da Lei n. 11.343/06, por meio de levantamento doutrinário; iv) mapear e investigar a aplicação prática de tal dispositivo legal pelos juízes criminais; v) elaborar propostas de alterações legislativas pontuais da Lei de Drogas, visando a adequá-la a princípios constitucionais.*

O relatório final da pesquisa foi apresentado em duas partes: análise teórica e pesquisa de campo, que apresenta os principais resultados da análise dos dados coletados.

Nesse primeiro momento, se trará os resultados da pesquisa teórica.

2. Resultado da pesquisa teórica

O Brasil adota um proibicionismo moderado⁵, tendo ratificado e implementado todos os tratados internacionais de controle de drogas em seu direito interno. O país mantém dois sistemas de controle diferenciados, que se complementam: o controle penal com relação ao tráfico se apresenta na forma de proibicionismo clássico, com altas penas, além de ser delito inafiançável e insuscetível de *sursis*, graça e anistia, sendo vedada a liberdade provisória e a conversão em penas restritivas de direitos, por ter sido equiparado a hediondo pela CF/88.

No estudo da relação entre os tratados de direitos humanos e as convenções internacionais de controle de drogas, considerou-se a impossibilidade de um instrumento internacional que imponha medidas de controle penal prevalecer em detrimento de direitos individuais e coletivos, positivados em tratados e também nas constituições nacionais. Assim, são as leis de drogas que precisam se adequar aos tratados internacionais de direitos humanos, e não o contrário. No caso do Brasil, observou-se que a Constituição Brasileira prevê um amplo leque de direitos e garantias, além de outros princípios positivados na Lei n. 11.343/06, nos seus arts. 4º e 19, que devem ser a base para a interpretação e aplicação do direito penal.

Especificamente no que diz respeito ao tratamento legal do traficante de drogas ilícitas, o art. 33 da nova Lei de Drogas, seguindo a tradição da lei anterior (Lei n. 6.368/76), manteve as mesmas condutas descritas como típicas, mas trouxe como novidade o aumento da pena mínima de três para cinco anos de reclusão, ainda que permitindo a redução da pena na forma do que prevê o § 4º de tal dispositivo. A proposta de estudo dessa temática foi estimulada pelas críticas da doutrina a este artigo, e os questionamentos acerca da violação a princípios constitucionais, notadamente o da proporcionalidade⁶.

⁵ Vide os modelos de controle de drogas, na forma proposta por Luciana Boiteux sua tese de doutorado intitulada **O controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. Faculdade de Direito da USP, 2006.

O princípio da proporcionalidade se apresenta como um princípio geral do direito que proíbe que o indivíduo sofra ônus desnecessários quando se comporte de forma inadequada em face da norma jurídica. Devem ser considerados dois pressupostos: o da *necessidade* (de natureza técnico-instrumental) e o da *adequação* (normativo). É um princípio que se destaca por “proibir o excesso” da intervenção do Estado sobre o cidadão sendo, portanto, guardião da liberdade. Sua fundamentação está relacionada com sua natureza vinculante. Em algumas ordens jurídicas, como a alemã, o princípio da proporcionalidade deriva diretamente do Estado de Direito⁷, pois nenhum cidadão deve ser onerado além do necessário quando descumpra um preceito jurídico.

Considera-se, assim, que, no direito brasileiro, a partir da CF/88, passa-se a admitir o controle da proporcionalidade das leis por força do artigo 5º, LIV, ampliando-se o espectro da proteção aos direitos fundamentais e o campo de atuação do legislador. Tal princípio, no entanto, deve ser utilizado de forma moderada, com vistas a atender aos objetivos do Estado Democrático de Direito, respeitados os limites entre as competências legislativas e a discricionariedade judicial, sob pena de não se assegurar verdadeiramente uma ordem jurídica democrática.

Com base no princípio acima, foi estudada a intervenção penal no campo do controle de drogas, tal como estabelecido pela Lei n. 11.343/06. Nesta, destaca-se a previsão expressa dos princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), dentre eles “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e liberdade” (art. 4º, I), o reconhecimento da diversidade (art. 4º, II), a adoção de abordagem multidisciplinar (inciso IX), além de fixar as seguintes diretrizes com relação à prevenção do uso de drogas, por meio do “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas” (art. 19, III), e o reconhecimento expresso de que “reconhecimento da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva” (inc. VI). Considera-se a positivação de tais princípios na lei como muito importantes por refletirem uma nova abordagem, que marca um paradigma proibicionista moderado⁸, com reconhecimento de estratégias de redução de danos.

⁶ Cf. BOITEUX, Luciana. A nova lei antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n.167, p. 8-9, out. 2006.

⁷ Lei Fundamental de Bonn, art. 20, n.3.

⁸ Sobre o conceito de proibicionismo moderado, cf. BOITEUX, Luciana. **O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade**. Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006.

A nova lei de drogas ficou conhecida pela polêmica acerca da despenalização da posse para uso próprio (art. 28), tendo em vista a exclusão da previsão de pena privativa de liberdade e sua substituição por medidas alternativas, mas há ainda outros aspectos considerados positivos como a equiparação a este da conduta do *grower*, ou seja, quem planta para consumo pessoal (art. 28, § 1º), a redução da pena para a hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita (art. 33, § 3º), antes equiparada ao tráfico.

No que tange, porém, ao tráfico de drogas ilícitas, a Lei de 2006 trouxe um tratamento penal diferenciado, ao aumentar a pena mínima para cinco anos de reclusão. Originalmente, o projeto encaminhado pelo Executivo mantinha a pena mínima de três anos, mas o texto aprovado aumentou o patamar mínimo para cinco anos de reclusão, prevendo a possibilidade de sua redução em até dois terços, no parágrafo 4º do artigo 33.

A primeira crítica que foi feita ao referido artigo, com base na ideia de proporcionalidade está na previsão de dezoito verbos nucleares integrantes do tipo penal, sem distinção objetiva entre as várias ações típicas previstas e na disparidade entre as quantidades de pena para cada núcleo do tipo, além da inexistência de tipos penais intermediários que pudessem levar à graduação da pena, de forma proporcional, diante de uma zona cinzenta entre o mínimo e o máximo da resposta penal prevista.⁹

Assim, apesar das significativas diferenças entre as ações típicas, e da distinta lesão ao bem jurídico dito como tutelado (saúde pública), além de não se exigir o propósito de comércio ou fim de lucro, a quantidade de pena prevista no art. 33 é idêntica para todas as ações previstas, o que dá margem a punições injustas.¹⁰

A única possibilidade legal de moderação da pena está no § 4º do art. 33, que prevê uma causa especial de redução de pena em determinadas hipóteses, o que foi objeto de investigação nas sentenças coletadas, o qual será aplicável em situações específicas. Trata-se de um tipo privilegiado em relação ao *caput*, previsto com a seguinte redação:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (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 e nem integre organização criminosa.

⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 189.

¹⁰ Id. p. 192-193.

A pergunta que se faz é se essa redução de pena seria suficiente para fazer distinção entre as diversas condutas, de forma a garantir uma resposta proporcional à violação da norma.

A nova disposição gerou uma grande polêmica, pois foi detectado, na prática, uma diferença de interpretação entre os juízes estaduais na sua aplicação, dificultando a redução das penas, mesmo no caso de réus primários. Por outro lado, conforme se verá adiante, na pesquisa de campo foi detectada a ampla aplicação desse dispositivo na Justiça Federal do Rio de Janeiro, com relação aos acusados presos como “mulas” (transportadores de drogas), na maioria dos casos estrangeiros.

Passando para a análise sociológica do fenômeno do tráfico de drogas ilícitas, foi visto que o mercado das drogas ilícitas no Brasil está plenamente operante, ainda que as autoridades consigam apreender parte da carga circulante, conforme se deduz das estatísticas oficiais. Nos grandes centros urbanos, o negócio mais lucrativo é a distribuição das drogas aos consumidores, atividade que absorve grande parte dos excluídos do sistema econômico, ou seja, de trabalhadores informais à margem da atividade lícita.

Desta forma, a atividade econômica ligada ao tráfico de drogas no Brasil é fortalecida pela falta de perspectiva, desemprego e exclusão, o que leva jovens e agricultores ao negócio da droga, o qual, mesmo ilícito, ou talvez por isso, permite o aumento do lucro e dá oportunidades de vida a pessoas sem acesso ao mercado de trabalho formal, e ainda paga salários superiores ao mercado formal.

Na análise da situação brasileira, a face mais perversa do desemprego se caracteriza pelo fato de que “o contingente anual de criminosos é engrossado pela massa de jovens que jamais ocuparam um vaga no mercado formal de trabalho”¹¹, que constituem o grupo social mais vulnerável a ser utilizado pelo tráfico.

Cabe esclarecer aqui que, na pesquisa, não foi considerada apenas a representatividade estatística dos comerciantes de drogas nos registros penitenciários, o que só tem condições de atestar o número de pessoas selecionadas e estigmatizadas como traficantes de drogas¹², mas se buscou o acesso aos dados sobre quem (e quantos)

¹¹ KAHN, Túlio. **Cidades blindadas**: ensaios de criminologia. São Paulo: Sicurezza, 2002, p. 14.

¹² Nesse sentido, conforme Lola Anyar de Castro, entre a criminalidade real e a criminalidade aparente há uma enorme quantidade de casos que jamais serão conhecidos pela polícia. Esta diferença é o que se denomina cifra obscura, cifra negra ou delinquência oculta. A cifra negra diminuiu à medida que aumenta a gravidade e a visibilidade do delito. In: CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

são os comerciantes de drogas selecionados pelo sistema penal¹³, ou seja, aqueles presos por este crime, para depois compará-los com as informações trazidas pelos cientistas sociais sobre a realidade desse fenômeno. Em seguida, a pesquisa complementou tal análise com os dados colhidos nas sentenças coletadas, tendo como objetivo a integração de prismas diversos.

No Brasil, conforme dados recentes, os presos pelo delito de “tráfico de drogas” figuram como a segunda maior incidência no sistema penitenciário, estando atualmente com setenta mil pessoas encarceradas sob a acusação de tráfico de drogas, ficando atrás apenas dos crime de roubo qualificado.¹⁴

Foi possível perceber na investigação a complexidade do fenômeno do comércio de drogas ilícitas, e suas particularidades de uma estrutura hierarquizada que segue modelos organizacionais locais distintos, que envolve diferentes graus de participação e importância. Os estudos revisados apontam para diferentes papéis nas “redes” do tráfico, desde as atuações mais insignificantes até as ações absolutamente engajadas e com domínio do fato final. Não obstante, a lei penal generaliza e amplia o alcance da repressão, ao tratar de forma semelhante situações desiguais, ou seja, atua de forma desproporcional na tipificação do delito na lei penal, sem levar em conta a diversificação e os diferentes papéis na estrutura organizacional desse fenômeno.

A partir dessa constatação, realizou-se a pesquisa de campo, cujos resultados são apresentados a seguir.

3. Dos resultados da pesquisa de campo

A pesquisa de campo teve como fonte as sentenças de primeiro grau condenatórias pelo crime de tráfico, na cidade do Rio de Janeiro (foro central estadual e federal) e nas varas especializadas do Distrito Federal, no período compreendido entre *7 de outubro de 2006 e 31 de maio de 2008*. Também foram coletados, lidos e analisados acórdãos dos tribunais estaduais e federais, e do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. No entanto, os dados que mais relevantes, até pela maior confiabilidade pela quantidade coletadas, são os obtidos das sentenças de primeira instância dos foros centrais, estaduais e federais, os quais serão analisados a seguir.

¹³ Tendo em vista o marco teórico da Criminologia Crítica, deve ser feita a distinção entre a criminalidade real e a criminalidade registrada ou oficial, sendo essa última seletiva e restrita, não podendo ser identificada com a anterior, diante das cifras obscuras, ou seja, a criminalidade não registrada, que não chega ao conhecimento do sistema penal.

¹⁴ Conforme levantamento do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, os condenados por tráfico ilícito de drogas representam o segundo contingente do sistema carcerário brasileiro (quase 70 mil presos), atrás apenas do crime de roubo qualificado com 79 mil presos. Fonte: www.mj.gov.br.

Foram coletadas 1001 sentenças de primeira instância no período estudado, das quais foram recortadas 730 (setecentos e trinta), por serem sentenças condenatórias com base na Lei 11.343/06, tendo sido descartadas as sentenças condenatórias pela lei anterior, assim como as absolutórias e desclassificatórias, conforme tabela abaixo.

Tabela 1: Sentenças coletadas

Sentença	Tipificação na Sentença					Total
	Anterior	Atual	NI	Prejudicado	Prescrição	
Absolutória	-	-	116	1	-	117
Condenatória	19	730	-	-	-	763
Desclassificatória	-	94	3	-	-	97
Prescrição	-	-	3	-	10	13
Outros, qual?	-	-	5	-	-	5
NI	-	-	6	-	-	6
Total	19	838	133	1	10	1001

Em relação às localidades estudadas, 53,6% das sentenças eram originárias do Rio de Janeiro e 46,4% do Distrito Federal, de acordo com a seguinte distribuição.

Tabela 2: Distribuição do número de sentenças por órgão julgador

Órgão Julgador	Frequência	Percentual
DF VC	334	45,8%
DF VF	5	0,7%
RJ VC	298	40,8%
RJ VF	93	12,7%
Total	730	100,00%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tais sentenças foram lidas, analisadas e, com base nos questionários preenchidos pelos pesquisadores, foram obtidos dados sobre a tipificação do delito, sexo do acusado, tipificação na denúncia, circunstâncias do crime e da prisão, se o réu estava sozinho ou associado a uma quadrilha, tipo e quantidade de droga, tipificação na condenação, quantidade de pena e circunstâncias judiciais consideradas na sentença. Nas sentenças federais, a nacionalidade dos réus foi pesquisada.

Contudo, não foi possível obter dados quantitativos sobre raça, cor, etnia ou classe social dos condenados, visto que tais informações não constam da sentença, mas se

utilizou como base as informações do Sistema Penitenciário Nacional no sentido de que a quase totalidade presos no Brasil são de pobres ou economicamente desfavorecidos.

Os questionários foram preenchidos por acusado, para que a individualização da pena pudesse ser objeto de análise, inicialmente em papel, tendo sido as informações posteriormente repassadas a um formulário eletrônico, preenchido em Banco de Dados do *software Microsoft Access 2007*, para fins de cruzamentos estatísticos. A partir daí se realizou o cruzamento de dados, a valoração de estatísticas, e, conseqüentemente, à luz do referencial teórico e dos propósitos da pesquisa, uma análise quantitativa. A elaboração dos formulários, sua versão eletrônica, armazenamento e limpeza, cruzamento de dados e análise quantitativa dos dados contou com a assessoria de um estatístico¹⁵.

Os principais achados da pesquisa foram os seguintes.

A maioria dos condenados (61,5%) respondiam individualmente ao processo, ou seja, foram presos sozinhos (tal percentual foi semelhante em ambas as regiões). No caso das Varas Federais do RJ esse índice é ainda maior, alcançando quase 70%, de acordo com a tabela abaixo.

Tabela 3: Informa outros acusados

Órgão Julgador	Informa outros Acusados			Total
	Sim	Não	Não informado nos autos	
DF VC	61 (18,3%)	202 (60,5%)	71 (21,3%)	334 (100,0%)
DF VF	2 (40,0%)	3 (60,0%)	-	5 (100,0%)
RJ VC	116 (38,9%)	181 (60,8%)	1 (0,3%)	298 (100,0%)
RJ VF	27 (29,0%)	63 (67,7%)	3 (3,3%)	93 (100,0%)
Total	206 (28,2%)	449 (61,5%)	75 (10,3%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

No universo analisado, constata-se que os traficantes selecionados pelo sistema penal no universo investigado atuam, em sua maioria, de forma individual – ou, pelo menos, foram presos nessa situação. O dado é eloquente no sentido de revelar que, à diferença da ideia difundida pelo senso comum, o traficante condenado não é, “por definição”, integrante de “organização criminosa”, nem atua, necessariamente, em associação. Assim, na minoria dos casos do Rio de Janeiro em que o acusado não atuou sozinho, ou seja, em 46,9% destes, foram presas duas pessoas agindo juntas.

¹⁵ O estatístico responsável foi o Sr. Rene Raupp, registro CONRE 1 – 8057, ABE 2375.

Apesar de a distribuição dos processos quanto ao sexo do acusado apontar para a preponderância de réus do sexo masculino, é significativa a proporção de condenados do sexo feminino, em especial na Vara Federal do Rio de Janeiro, onde se verifica o percentual de 35,5% de mulheres condenadas, segundo a tabela abaixo.

Tabela 4: Distribuição de frequência do sexo do acusado

Órgão Julgador	Sexo do Acusado		Total
	Masculino	Feminino	
DF VC	244 (73,1%)	90 (26,9%)	334 (100,0%)
DF VF	4 (80,0%)	1 (20,0%)	5 (100,0%)
RJ VC	250 (83,9%)	48 (16,1%)	298 (100,0%)
RJ VF	60 (64,5%)	33 (35,5%)	93 (100,0%)
Total	558 (76,4%)	172 (23,6%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Com relação ao tipo de droga encontrada nos processos, as diferenças regionais se destacam, pois, em Brasília, a droga mais comum foi a maconha, com 46,9% dos casos, figurando em segundo lugar a merla e, em terceiro, a cocaína. Nas Varas Federais do DF a ocorrência é apenas de cocaína, conforme tabelas abaixo:

Tabela 5 Distribuição de frequência do tipo de droga por órgão julgador - DF

Droga	DF		Frequência	Porcentagem
	VC	VF		
Maconha	159	-	159	46,9%
Merla	115	-	115	33,9%
Cocaína	91	5	96	28,3%
Sem inf.	21	-	21	6,2%
Heroína	12	-	12	3,5%
Crack	8	-	8	2,4%
Haxixe	3	-	3	0,9%
Outras	3	-	3	0,9%
Ecstasy	-	-	-	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 6: Distribuição de frequência de combinações do tipo de droga – DF

Maconha	Cocaína	Merla	Outros	Frequência	Porcentagem
X	-	-	-	102	30,1%
-	-	X	-	79	23,3%
-	X	-	-	52	15,3%
X	X	-	-	24	7,1%
-	-	-	-	23	6,8%
X	-	X	-	22	6,5%
-	-	-	X	12	3,5%
-	X	X	-	10	2,9%
X	-	-	X	5	1,5%
-	X	-	X	3	0,9%
X	X	-	X	3	0,9%
X	X	X	-	3	0,9%
-	X	X	X	1	0,3%
Total				339	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento

No Rio de Janeiro a cocaína, em primeiro lugar, seguida da maconha e do haxixe, foram as três drogas mais encontradas nos processos. Nas Varas Federais, a cocaína é a única droga apreendida, o que determina no Rio de Janeiro, a prevalência dessa droga em relação às demais. Vale chamar a atenção para o ecstasy, com 2,3% de frequência, que somente foi encontrado nos processos desta localidade

Tabela 7: Distribuição de frequência do tipo de droga por órgão julgador – RJ

Droga	Rio de Janeiro		Frequência	Porcentagem
	VC	VF		
Cocaína	187	91	278	71,1%
Maconha	209	-	209	53,5%
Haxixe	20	-	20	5,1%
Crack	17	-	17	4,3%
Sem inf.	15	-	16	4,1%
Ecstasy	9	-	9	2,3%
Outras	5	-	7	1,8%
Merla	-	-	-	-
Heroína	-	-	-	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento

Tabela 8: Distribuição de frequência da quantidade de maconha – VC do RJ

Quantidade	Frequência	Porcentagem	Perc. Acumulada
até 1g	2	1,1%	1,1%
de 1g a 10g	12	6,7%	7,9%
de 10g a 100g	75	42,1%	50,0%
de 100g a 1kg	56	31,5%	81,5%
de 1kg a 10kg	24	13,5%	94,9%
de 10kg a 100kg	6	3,4%	98,3%
mais de 100kg	3	1,7%	100,0%
Total	178	100,0%	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento

Com relação à quantidade de droga apreendida, destaca-se que, em Brasília, 68,7% dos processos se referem à quantidade de maconha inferior a 100 g, o que revela a criminalização de quantidades baixas como tráfico. Na cidade, o maior número de apreensões se deu entre 10 e 100 g, em 53,9% dos casos.

No Rio de Janeiro, em 50% dos casos, a quantidade de maconha apresentada foi de até 104 g. Na capital federal, a faixa de quantidade de cocaína prevalente está entre 100 g a 1 kg, em 28,8% dos casos, sendo que, em 50% dos casos, esta foi de até 106 g. Observe-se que a faixa maior de apreensões de cocaína nos processos criminais federais é superior ao encontrado na justiça estadual.

Tabela 9: Distribuição de frequência da quantidade de cocaína – VC do DF

Quantidade	Frequência	Porcentagem	Perc. Acumulada
até 1g	2	3,4%	3,4%
de 1g a 10g	12	20,3%	23,7%
de 10g a 100g	14	23,7%	47,5%
de 100g a 1kg	17	28,8%	76,3%
de 1kg a 10kg	11	18,6%	94,9%
de 10kg a 100kg	3	5,1%	100,0%
mais de 100kg	0	0,0%	100,0%
Total	59	100,0%	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento

Tabela 10: Distribuição de frequência da quantidade de cocaína – VC do RJ

Quantidade	Frequência	Porcentagem	Perc. Acumulada
até 1g	13	8,6%	8,6%
de 1g a 10g	40	26,5%	35,1%
de 10g a 100g	59	39,1%	74,2%
de 100g a 1kg	23	15,2%	89,4%
de 1kg a 10kg	16	10,6%	100,0%
de 10kg a 100kg	0	0,0%	100,0%
mais de 100kg	0	0,0%	100,0%
Total	151	100,0%	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento

Tabela 11: Distribuição de frequência da quantidade de cocaína – VF do RJ

Quantidade	Frequência	Porcentagem	Perc. Acumulada
até 1g	0	0,0%	0,0%

de 1g a 10g	3	3,4%	3,4%
de 10g a 100g	0	0,0%	3,4%
de 100g a 1kg	18	20,2%	23,6%
de 1kg a 10kg	64	71,9%	95,5%
de 10kg a 100kg	4	4,5%	100,0%
mais de 100kg	0	0,0%	100,0%
Total	89	100,0%	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento

Deve-se registrar que, em ambas as cidades, a expressiva maioria dos casos é de presos em flagrante, alcançando 88,9% dos casos, o que sugere casualidade no encontro da droga. Na Justiça Federal do Rio, todos os casos iniciaram por flagrante. O percentual de presos em flagrante nas varas criminais cariocas chegou a 91,9%, como se vê na tabela abaixo.

Tabela 12: Distribuição de frequência da situação processual do réu

Órgão Julgador	Situação Processual do réu				
	Preso em flagrante	Decretada a prisão no curso do processo	Liberdade provisória sem fiança	Liberdade provisória com fiança	Sem informação
DF VC	279 (83,5%)	38 (11,4%)	9 (2,7%)	1 (0,3%)	7 (2,1%)
DF VF	4 (80,0%)	-	-	-	1 (20,0%)
RJ VC	274 (91,9%)	15 (5,0%)	2 (0,7%)	-	7 (2,3%)
RJ VF	92 (98,9%)	-	-	-	1 (1,1%)
Total	649 (88,9%)	53 (7,3%)	11 (1,5%)	1 (0,1%)	16 (2,2%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento

Em 60,4% das condenações não há concurso material entre o crime de tráfico e quaisquer outros. Ressalte-se, porém, algumas diferenças. No Distrito Federal, em quase 65% dos casos não há concurso material e nas Varas Federais do Rio o percentual sobe

para 78,5%. Dentre os crimes praticados em concurso com tráfico de drogas está a associação para o tráfico, que no Rio de Janeiro alcança o índice de 30,2% dos casos.

Tabela 13: Distribuição de frequência do concurso material na sentença

Órgão Julgador	Concurso material na sentença					Total
	Não há	Associação	Posse de armas	outro crime	não informado	
DF VC	241 (72,2%)	36 (10,8%)	2 (0,6%)	-	55 (16,5%)	334 (100,0%)
DF VF	4 (80,0%)	-	-	1 (80,0%)	-	5 (100,0%)
RJ VC	195 (65,4%)	47 (15,8%)	42 (14,1%)	11 (3,7%)	3 (1,0%)	298 (100,0%)
RJ VF	83 (89,2%)	5 (5,4%)	-	5 (5,4%)	-	93 (100,0%)
Total	523 (71,6%)	88 (12,1%)	44 (6,0%)	17 (2,3%)	58 (7,9%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento

Outro dado importante é a grande quantidade de condenados primários, percentual este que alcança mais de 66,4% dos casos no Rio de Janeiro, como se vê na tabela a seguir:

Tabela 14: Distribuição de frequência do tipo de antecedentes do acusado

Órgão Julgador	Antecedentes do Acusado					Total
	Primário	Reincidente	Maus Antecedentes	Primário e Maus Antecedentes	Sem Informação	
DF VC	127 (38,0%)	68 (20,4%)	59 (17,7%)	2 (0,6%)	78 (23,4%)	334 (100,0%)
DF VF	3 (60,0%)	1 (20,0%)	1 (20,0%)	-	-	5 (100,0%)
RJ VC	198 (66,4%)	50 (16,8%)	21 (7,0%)	1 (0,3%)	28 (9,4%)	298 (100,0%)
RJ VF	75 (80,6%)	2 (2,2%)	3 (3,2%)	-	13 (14,0%)	93 (100,0%)
Total	403 (55,2%)	121 (16,6%)	84 (11,5%)	3 (0,4%)	119 (16,3%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento

Na análise da quantidade de pena de prisão aplicada aos condenados, percebeu-se que, nas Varas estaduais do Distrito Federal, 57,79% dos condenados receberam penas de cinco anos de prisão ou acima do mínimo, índice semelhante ao encontrado no Rio de Janeiro, onde esse percentual foi de 58,05%. Portanto, pode-se dizer que, na maioria dos casos, a pena aplicada não ficou abaixo do mínimo legal. Destaque-se que foi aplicada pena mínima de cinco anos em cerca de 41% dos casos, tanto no Rio como em Brasília, conforme tabela abaixo:

Tabela 15: Distribuição de frequência da quantidade de pena de prisão

Órgão Julgador	Quantidade de Pena de Prisão				Total
	Abaixo do Mínimo	Mínima de 5 anos	Acima do mínimo	Não informado	
DF VC	140 (41,92%)	25 (7,49%)	168 (50,30%)	1 (0,30%)	334 (100,00%)
DF VF	1 (20,00%)	-	4 (80,00%)	-	5 (100,00%)
RJ VC	124 (41,61%)	63 (21,14%)	110 (36,91%)	1	298 (100,00%)
RJ VF	73 (78,49%)	1 (1,08%)	19 (20,43%)	-	93 (100,00%)
Total	338 (46,30%)	89 (12,19%)	301 (41,23%)	2 (0,27%)	730 (100,00%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

A pena final cominada na sentença é o resultado do cálculo feito pelo magistrado, que leva em consideração se houve, ou não, redução da pena. No caso, o interesse da pesquisa estava na aplicação da causa especial prevista no artigo 33, parágrafo 4o. da lei de drogas. Na tabela abaixo, constam os dados encontrados na análise das sentenças.

Tabela 16: Distribuição de frequência da redução da pena por órgão julgador (art. 33, parag. 4o.)

Órgão Julgador	Houve Redução da Pena?		Total
	Sim	Não	
DF VC	178 (53,3%)	156 (46,7%)	334 (100,0%)
DF VF	2 (40,0%)	3 (60,0%)	5 (100,0%)
RJ VC	132 (44,3%)	166 (55,7%)	298 (100,0%)
RJ VF	74 (79,6%)	19 (20,4%)	93 (100,0%)
Total	359 (49,2%)	371 (50,8%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

As tabelas abaixo indicam a motivação para a denegação da redução da pena em ambas as localidades estudadas:

Tabela 17: Distribuição de frequência da razão para a denegação da redução da pena – DF

Razão da Denegação da Redução	DF VC	DF VF	Frequência	Percentual
Sem justificativa	62	1	63	39,7
Não possui bons antecedentes	59	1	60	37,7
Não é primário	20	1	21	13,2
Dedica-se a atividades criminosas sem condenação anterior, com base em meras suspeitas	7		7	4,4
Integra organização criminosa por meras	3		3	1,9

suspeitas (inquéritos)				
Integra organização criminosa com base em condenação anterior sem trânsito em julgado	1		1	0,6
Não informado	4		4	2,5
Total	156	3	159	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 18: Distribuição de frequência da razão para a denegação da redução da pena – RJ

Razão da Denegação da Redução	RJ VC	RJ VF	Frequência	Percentual
Sem justificativa	62	5	67	36,2%
Dedica-se a atividades criminosas sem condenação anterior, com base em meras suspeitas	33	4	37	20,0%
Não é primário	32		32	17,3%
Integra organização criminosa por meras suspeitas (inquéritos)	22		22	11,9%
Não possui bons antecedentes	11	2	13	7,0%
Outros	2	7	9	4,9%
A pena já se encontra no mínimo legal	2	1	3	1,6%
Equivalência com o aumento que deveria ocorrer pelo art. 40	2		2	1,1%
Total	166	19	185	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Foi detectada a ausência de justificativa por parte do magistrado para denegar a redução da pena em 36,2% dos casos no Rio de Janeiro e em 39,7% dos processos da capital federal. Porém, o que mais chama a atenção é a quantidade de processos nos quais o juiz presume que o réu se dedique a atividades criminosas ou integre organizações criminosas, com base em meras suspeitas, ou seja, presume a sua culpabilidade para o fim de negar a redução das penas. No Rio de Janeiro tal situação ocorreu em quase 40% dos casos, enquanto que no Distrito Federal se deu apenas em 6,3% dos processos, ou seja, houve uma diferença significativa entre as cidades.

Diante desses dados, tudo indica que um número significativo de pessoas não tiveram sua pena reduzida, pelo fato de alguns juízes terem rejeitado a aplicação da forma privilegiada do parágrafo 4o. do artigo 33, o que se considera incompatível com a

Constituição, pois o juiz está presumindo a culpabilidade dos réus com base em meras conjecturas.

Na análise qualitativa das sentenças, um dos juízes estaduais cariocas justificou a rejeição à redução da pena dizendo que “quem vende drogas em favelas e/ou comunidades dominadas por facções criminosas não pode fazer jus a tal benefício”¹⁶ – em referência ao § 4º do art. 33. Trata-se, portanto, de importante questão a ser investigada: se haveria preconceito dos magistrados cariocas com relação a moradores de favelas e se este fator prejudica o acusado na sentença, como parece ser o caso.

Com relação às circunstâncias consideradas na aplicação da pena, merece destaque as diferenças na aplicação da pena entre os juízes estaduais e federais. O perfil dos condenados pela Justiça Federal carioca é diferenciado, pois estes são, em sua maioria, estrangeiros, presos com quantidades de droga bastante superiores àquela encontrada nos processos da Justiça Estadual: em 71,9% dos casos da JFRJ a quantidade de cocaína encontrada foi entre 1 e 10kg (vide tabela 11 acima). Não obstante, as penas aplicadas concretamente pela Justiça Federal, na maioria dos casos, foram inferiores às aplicadas pela Justiça Estadual, tendo aquela aplicado a forma privilegiada à maioria dos processos que lá tramitaram.

Assim, comparando a tabela 15 com a tabela 16, que indica a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, parágrafo 4o., percebe-se que os juízes federais do Rio de Janeiro reduziram as penas em 79,6% dos casos, enquanto que a justiça estadual o fez em apenas em 44,3% dos processos. Já em Brasília, isso ocorreu em 53,3% dos casos.

Pode-se dizer, portanto, que o perfil do condenado pela Justiça Federal (réus estrangeiros, denominados de “mulas” ou transportadores internacionais de drogas, presos com quantidades maiores de cocaína) difere do perfil tradicional dos condenados pela Justiça Estadual (geralmente moradores de comunidades carentes, pobres e que portam pequenas quantidades de drogas), e que os primeiros recebem penas inferiores aos segundos.

Conforme indicado nas tabelas abaixo, destaca-se que as nacionalidades mais presentes nos processos perante a Justiça Federal do RJ são a angolana e a colombiana, que são as mais presentes entre os refugiados e buscadores de asilo no Brasil, segundo as últimas estatísticas do UNHCR – *Office of the United Nations High Commissioner for*

¹⁶ Ref. questionários número 463 e 464, do RJ.

*Refugees*¹⁷, o que pode identificar a maior vulnerabilidade desses imigrantes na busca de melhores condições de vida.

Tabela 19: Distribuição da nacionalidade do réu

Órgão Julgador	Nacionalidade do réu			Total
	Brasileira	Estrangeira	Sem Informação	
DF VC	323 (96,7%)	-	11 (3,3%)	334 (100,0%)
DF VF	5 (100,0%)	-	-	5 (100,0%)
RJ VC	199 (66,8%)	-	99 (33,2%)	298 (100,0%)
RJ VF	14 (15,1%)	64 (68,8%)	15 (16,1%)	93 (100,0%)
Total	541 (74,1%)	64 (8,8%)	125 (17,1%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento

Tabela 20: Distribuição da nacionalidade do réu – estrangeiros – por continente

Nacionalidade do Réu - Estrangeiros	Frequência	Percentual
Africana	26	40,6%
Sul-americana	7	10,9%
Europeia	7	10,9%
Europeia do Leste	1	1,6%
Asiática	1	1,6%
Não informada/em dúvida	22	34,4%
Total	64	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento

Tabela 21: Distribuição da nacionalidade do réu – estrangeiros

Nacionalidade do Réu - Estrangeiros	Frequência	Percentual
Angolana	21	32,8%
Colombiana	3	4,7%
Paraguaia	3	4,7%
Sul africana	2	3,1%
Espanhola	2	3,1%
Holandesa	2	3,1%
Alemã e paraguaia	1	1,6%
Argentina	1	1,6%
Filipina	1	1,6%
Inglesa	1	1,6%
Italiana	1	1,6%
Moçambicana	1	1,6%
Nigeriana	1	1,6%
Portuguesa	1	1,6%
Guineense (República da Guiné)	1	1,6%

¹⁷ Cf. <http://www.unhcr.org/464183690.html>. As estatísticas mais atualizadas disponíveis são de 2005.

Romena	1	1,6%
Não informada	21	32,8%
Total	64	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Desta forma, resumidamente, o perfil dos condenados por tráfico de drogas no foro central estadual da cidade do Rio de Janeiro é de primários (66,4%), presos em flagrante (91,9%) e sozinhos (60,8%), sendo que 65,4% respondem somente por tráfico (art. 33, sem associação ou quadrilha), e 15,8% em concurso com associação. Destes, 14,1% foram condenados em concurso com posse de arma, sendo 83,9% do sexo masculino, e 71,1% dos casos presos com cocaína. Destes, 36,9% receberam penas acima de 5 anos de prisão.

Em Brasília-DF, o número de réus primários condenados é menor, ficando em 38%, sendo ainda um pouco inferior o percentual de presos em flagrante (83,5%), mantendo-se a prevalência de presos sozinhos em 60,5%. Na capital federal, 72,2% respondem somente por tráfico (sem associação ou quadrilha), e apenas 10,8% em concurso com associação. O percentual de condenados por tráfico de drogas em concurso com posse de armas é bastante inferior ao Rio de Janeiro (0,6%). Com relação ao sexo do acusado, 73,1% são do sexo masculino, sendo a maconha a droga mais encontrada (46,9% dos casos). No DF, 68,7% das sentenças se referem a quantidades de maconha inferiores a 100g, e em 50% dos casos, a quantidade de cocaína encontrada foi de até 106g.

Nesse sentido, a seletividade do sistema penal foi confirmada. No caso dos crimes de droga, conforme analisa Álvaro Pires, não há um desvio conflitual entre um ato e uma vítima, sendo a ação pró-ativa das autoridades (flagrantes e incursões policiais) que produzem uma série de efeitos perversos no próprio funcionamento do sistema jurídico, como o problema da corrupção, que constitui a forma de intervenção da polícia no limite da legalidade¹⁸.

Como visto na análise teórica, há diversos graus de importância na hierarquia do tráfico de drogas, mas a atuação das autoridades nas localidades estudadas parecem estar direcionadas às camadas mais desfavorecidas da sociedade.

Diante da clara incapacidade de impedir a venda ou o consumo, frente à grande rentabilidade do mercado ilícito, pelas dificuldades de repressão a um produto de alto consumo, esse tipo de controle penal gera um mercado ilícito altamente lucrativo, o que

¹⁸ PIRES, Álvaro. **La politique législative et les crimes à "double face"**: éléments pour une théorie pluridimensionnelle de la loi criminelle. Rapport d'expert à l'intention du Comité Spécial du Sénat du Canada sur les drogues illicites, 2002. p. 64-65.

leva uma parte considerável dos policiais mal pagos e menos armados do que os traficantes a se corromper ou se associar ao movimento do tráfico para passar a usufruir de parte dos altos lucros gerados pelo mercado ilícito.

Além disso, mesmo sem se considerar a corrupção direta, a polícia é quem filtra os casos que chegam ao conhecimento dos juízes e, conseqüentemente, aqueles que vão ser enviados às prisões. Nem sempre fica claro para os operadores da justiça criminal, ou estes preferem ignorar, que os juízes só julgam os raros casos que chegam até a justiça, após a amostragem prévia feita pela polícia, razão pela qual o sistema penal, seletivo em todas as esferas, se torna ainda mais seletivo no caso do tráfico¹⁹.

Destaque-se que, mesmo nos países centrais, conforme estudos trazidos por Poret, “geralmente, é mais fácil para os agentes da lei capturarem os revendedores das ruas (*street dealers*), que são os varejistas, mais numerosos e fáceis de serem alcançados, do que os traficantes (atacadistas)”²⁰.

Conforme confirmado na análise qualitativa de sentenças, os policiais são os responsáveis pela montagem das provas a serem apresentadas nos processos, e quase nunca são questionados em juízo. São eles as únicas testemunhas dos fatos delituosos arroladas na denúncia. Por outro lado, os juízes, de forma quase idêntica, citam julgados para fundamentar a sentença no sentido de prevalecer a palavra do policial para embasar a condenação do acusado. O baixo número de absolvições em primeira instância também comprova essa tese.

Aliás, essa pode ser uma das interpretações possíveis para o resultados da pesquisa. Por que somente os pequenos e (alguns poucos médios) traficantes estão presos? A resposta está na atuação seletiva do sistema penal brasileiro, que criminaliza a pobreza e os pobres e vulneráveis, e a política repressiva de drogas só agrava essa situação.²¹

4. Conclusões

O Brasil adota uma política de drogas que pode ser classificada como proibicionismo moderado, pois apesar de o usuário ainda estar criminalizado, a nova lei prevê apenas medidas alternativas não privativas de liberdade. Tal modelo coexiste com

¹⁹ Vide LEMGRUBER, Julita et al. (Org.). Controle externo da polícia: o caso brasileiro. *O (des) controle da polícia no Brasil*. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE O CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA, 1, 2002, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, 2002. p. 7; e ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 33.

²⁰ PORET, Sylvaine. **Paradoxical effects of law enforcement policies...**, p. 482.

²¹ Cf. WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

as políticas oficiais de redução de danos, ainda que tal estratégia não aplicada de forma ampla, em todas as suas modalidades.

No sistema brasileiro, o tipo penal do tráfico qualifica-se como tipo aberto, estabelece penas desproporcionais e não diferencia as diversas categorias de comerciantes de drogas observadas na realidade social.

Nesse sentido, na pesquisa de campo foi constatado que a maioria dos condenados por tráfico nas cidades pesquisadas têm papéis "descartáveis", ou seja, estão localizados nos níveis hierárquicos inferiores, ligados aos elos mais fracos da estrutura do comércio de drogas ilícitas. Não obstante sua pouca importância, sofrem toda a intensidade da repressão, e são facilmente substituíveis em caso de morte ou prisão e em nada interferem na estrutura final da organização.

Nesse sentido, a seletividade do sistema penal foi confirmada na pesquisa, atuando a política de drogas atual como legitimadora do tradicional modelo criminalizador da pobreza no Brasil.

Sob esse aspecto, o formato da lei penal parece contribuir para tal ocorrência, quando estabelece tipos abertos e penas desproporcionais, pois concede amplos poderes ao policial, tanto para optar entre a tipificação do uso e do tráfico, como ao não diferenciar entre as diversas categorias de comerciantes de drogas. O resultado dessa equação é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma lei extremamente punitiva e desproporcional, tem a sua atuação limitada pela corrupção, que filtra os casos que chegam ao seu conhecimento, sendo este um ciclo vicioso que muito tem contribuído para a superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, e para a absoluta impunidade dos grandes.

O que se percebeu foi que, ao contrário do atual modelo de controle penal, que se mostra estático e uniforme, o comércio de drogas é adaptado à economia e à diversidade locais. No entanto, no campo jurídico, a estratégia tem sido a seguinte: os tipos penais são genéricos e não diferenciam a posição ocupada pelo agente na rede do tráfico, sendo a escala penal altíssima; ausência de proporcionalidade das penas, e banalização da pena de prisão, tendo em vista que sua substituição por alternativas é expressamente vedada pela Lei n. 11.343/06.

Outra relevante questão observada, em termos de (des) proporcionalidade, é a absoluta irrelevância da pena em relação à substância ilícita e à quantidade de droga apreendida. Além de não haver coerência ou proporcionalidade entre a pena aplicada e a atuação do agente na estrutura deste comércio ilícito, a quantidade e o tipo de droga

quase nunca são levados em consideração. Nos poucos casos em que isso ocorre, serve apenas para aumentar a pena aplicada, de forma desproporcional.

No presente estudo, percebeu-se a complexidade do fenômeno do comércio de drogas ilícitas, e suas particularidades de uma estrutura hierarquizada que segue modelos organizacionais locais distintos, e envolve diferentes graus de participação e importância. O estudo aponta para diferentes papéis nas “redes” do tráfico, desde as atuações mais insignificantes até as ações absolutamente engajadas e com domínio do fato final, porém o tipo penal não acompanha essas diferenças.

O *caput* do art. 33 é amplo, em vez de ser específico e limitador da intervenção penal. Não há critérios objetivos de diferenciação, a não ser a previsão do § 4º, que ainda assim apresenta defeitos em sua redação, pois depende da boa vontade dos juízes para ser aplicado. O artigo 42 da Lei de Drogas apenas estabelece critérios subjetivos de difícil aferição na prática cotidiana.

Na pesquisa das sentenças se observou que a Justiça Federal do Rio de Janeiro aplica tal redução com mais frequência, mas a Justiça Estadual ainda tem muitas resistências, o que faz com que haja muitos réus que, mesmo primários, recebem penas mais altas, pelo fato de a defesa não ter conseguido fazer prova negativa de seu envolvimento com o crime. Nesse caso, deveria prevalecer o princípio da presunção da inocência, de forma que somente poderia ser negada a redução quando a acusação provasse o habitual envolvimento do réu primário com outros crimes, mas a sua redação atual é defeituosa.

Diante desse quadro, a pesquisa concluiu que a melhor estratégia para lidar com o problema das drogas é a *ampliação das políticas públicas de saúde*, razão pela qual se sugere o fortalecimento e a ampliação de medidas de *redução de danos*, mediante o reconhecimento dos direitos humanos dos usuários de drogas.

Conforme o modelo português, sugeriu-se a *descriminalização do uso e da posse não problemáticos²² de pequenas quantidades de todas as substâncias hoje ilícitas*, especialmente da *cannabis*, mediante a determinação legal (ou administrativa) de quantidades máximas permitidas para a posse de cada uma das substâncias proibidas, levando em consideração a natureza da substância e sua potencialidade lesiva à saúde individual, ou seja, por meio da previsão de *critérios objetivos de determinação de quantidade*.

²² O “uso não problemático” refere-se ao uso por maiores de idade, em locais privados, sem causar distúrbios à ordem pública, sem atingir interesse de terceiros e sem o envolvimento de menores, além de excluir as hipóteses de posse de drogas na prisão e em estabelecimentos educacionais, prédios públicos ou locais frequentados por menores. É previsto em várias legislações europeias, como a belga e a espanhola.

Com relação à escala penal do delito de tráfico, o estabelecimento de diferenças entre drogas leves e pesadas por meio da criação de escalas penais diferenciadas é recomendado.

Além disso, para se garantir a proporcionalidade na definição do crime de tráfico, *há que se diferenciar também a quantidade de droga apreendida, e o efetivo grau de participação do acusado no comércio considerado ilícito*. Neste sentido, a Alemanha prevê o critério de *quantidade insignificante* para determinar a resposta penal nos delitos de tráfico de drogas²³. Os pequenos traficantes são os varejistas que trabalham com quantidades menores, que deveriam ter sua escala penal reduzida.

Independentemente das possibilidades de exclusão ou redução de pena como hoje está previsto no art. 45 da Lei de Drogas, no caso do *traficante-dependente* sugere-se uma escala penal menor, admitindo-se, ainda, a substituição por penas alternativas, para evitar a marginalização deste tipo de usuário. Destaque-se que o dependente se distingue do traficante-comerciante por praticar o comércio com o único objetivo de sustentar o seu vício, razão pela qual deveria ser tratado de forma mais branda.

Propõe-se, ainda, a melhoria da redação do tipo privilegiado de tráfico previsto no § 4º do art. 33, para delimitar de forma clara quem seria o pequeno traficante, ou seja, aquele primário, que atua 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.

Considera-se essencial a criação de possibilidades de substituição da pena, nesses casos, por medidas que incluam o comparecimento a cursos de qualificação profissional, e a facilitação da busca por emprego, de forma a conseguir afastá-los do comércio ilícito, pois somente assim se poderia reduzir o impacto negativo do sistema penitenciário sobre a população carcerária.

Por fim, pode-se concluir que, com base na análise teórica e nos dados coletados parece estar o campo jurídico alienado da realidade do fenômeno do comércio de drogas ilícitas, tendo em vista que a maioria dos condenados pelo delito de tráfico nas localidades estudadas são aqueles de menor importância na estrutura complexa da rede de produção e venda de drogas ilícitas. No entanto, por serem as penas desproporcionais, as penitenciárias estão cheias, ao mesmo tempo em que o comércio, a produção e a demanda por drogas aumentam, assim como os lucros decorrentes dessas atividades,

²³ A legislação alemã prevê pena de até 5 anos para as chamadas “condutas básicas de tráfico”, e os casos mais sérios, nos quais as quantidades não sejam insignificantes, dentre outros fatores, que podem levar a uma pena entre um e 15 anos.

servindo a política de drogas brasileira apenas como um meio puramente simbólico de proteção à saúde pública, mantendo, na prática, a tradição brasileira de repressão e controle social punitivo dos pobres e excluídos.

5. Referências

ARANA, Xabier; HUSAK, Douglas; SCHEERER, Sebastian (Coord.). **Globalización y drogas**: políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos. Madrid: Dykinson, 2003.

AVILA, Humberto B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____. Política criminal com derramamento de sangue. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1 e 2 sem., 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

_____. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 233-240, 1996.

BOEKHOUT VAN SOLINGE, Tim. **Drugs and decision-making in the European Union**. Amsterdam: Mets & Schilt; CEDRO, 2002.

BOITEUX, Luciana. A nova lei antidrogas e aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.14, n.167, p. 8-9, out. 2006.

_____. Quinze anos da lei dos crimes hediondos: reflexões sobre a pena de prisão no Brasil. **Revista Ultima Ratio**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 0, p. 107-133, 2006.

_____. **O controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CABALLERO, Francis; BISIQU, Yann. **Droit de la drogue**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COX, Robert W. Gramsci, hegemonia e relações internacionais: um ensaio sobre o método. In: GILL, Stephen (Org.). **Gramsci, materialismo histórico e relações internacionais**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la. La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo código penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 206-240, jan./mar. 2003.

DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12. p. 65-80, 2. sem, 2002.

_____. Las drogas y sus discursos. In: PIERANGELI, José Enrique (Coord.). **Direito criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. 5, p. 115-146.

_____. **¿Prohibir o domesticar?**: políticas de drogas en América Latina. Caracas: Rosa del Olmo y Ed. Nueva Sociedad, 1992.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Alternativas a la actual legislación sobre drogas. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 46, p. 73-115, 1992.

_____; LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.). **La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada**. Valência: Tirant lo Blanch, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. 18.ed. Tradução de Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 1998.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Nova lei de drogas comentada**. São Paulo: RT, 2006.

GOMES, Mariângela G. M. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública e Estado de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 55-69, jan./mar. 1994.

KAHN, Túlio. Sistema penitenciário: mudanças de perfil dos anos 50 aos 90. **Revista do ILANUD**, São Paulo, n. 6, 1997.

_____. **Cidades blindadas: ensaios de criminologia**. São Paulo: Sicurezza, 2002.

KARAM, Maria Lucia. Políticas de drogas: alternativas à repressão penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 360-385, mar./abr. 2004.

_____. Revisitando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 1, p. 133-146.

KOPP, Pierre. **A economia da droga**. Tradução de Maria Elena Ortega Ortiz Assumpção. Bauru: EDUSC, 1998.

MATA BARRANCO, Norberto J. de la. **El princípio de proporcionalidad penal**. Valencia: Tirant la Blanch, 2007.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

_____; GOULART, Sandra. As drogas ilícitas em São Paulo: o caso da Cracolândia. **Revista do ILANUD**, São Paulo, v. 15, 2001.

MISSE, Michel. Ligações perigosas: mercado informal ilegal, narcotráfico e violência no Rio de Janeiro. **Contemporaneidade e Educação**, v. 1, n. 2, p. 93-116, 1997.

_____. **Crime e violência no Brasil contemporâneo**: estudos de sociologia do crime e da violência urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O movimento: a constituição e reprodução das redes do mercado informal ilegal de drogas a varejo no Rio de Janeiro e seus efeitos de violência. In: BAPTISTA, Marcos; CRUZ, Marcelo Santos; MATIAS, Regina. **Drogas e pós-modernidade**: faces de um tema proscrito. Rio de Janeiro: UERJ/FAPERJ, 2003. v. 2, p. 147-156.

NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 71, p. 205-232, 2008.

PORET, Sylvaine. Paradoxical effects of law enforcement policies: the case of the illicit drug market. **International Review of Law and Economics**. n. 22, p. 465-493, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 27, p. 60-122, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOUZA, Rosinaldo Silva de. Narcotráfico y economía ilícita: las redes del crimen organizado en Río de Janeiro. **Revista Mexicana de Sociología**, México, D F, v. 66, n. 1, p. 164-166, enero-marzo, 2004.

PIRES, Álvaro P. Consideraciones preliminares para una teoría del crimen como objeto paradójico. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 7, n. 13, p. 191-235, nov. 2001.

_____. **La politique législative et les crimes à double face**: éléments pour une théorie pluridimensionnelle de la loi criminelle (drogues, prostitution, etc.). Ottawa: Université d'Ottawa, 2002.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Processo penal e Estado de direito no Brasil: considerações sobre a fidelidade do juiz à lei penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 14, p. 95-112, 2004.

_____. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAZ, Josef. Legal principles and the limits of law. **The Yale Law Journal**, n. 81, p. 823-854, 1971/1972.

REALE JUNIOR, Miguel (Coord.). **Drogas**: aspectos penais e criminológicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. São Paulo: RT, 2005.

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra. São Paulo: Desatino, 2003.

UNITED NATIONS. **World Drug Report 2008**. Disponível em: <http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2008.html>

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Consumo de drogas**: reflexões sobre o novo quadro legal. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

VELHO, Gilberto. **Nobres e anjos**: um estudo de tóxicos e hierarquia. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1998.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. Crime castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.13, p. 39-50, nov. 1999.

_____. Deadly symbiosis: when ghetto and prison meet and merge. **Punishment and Society: the International Journal of Penology**, London, n. 1, v. 3, p. 95-134, jan. 2001.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas? Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. El sistema penal en los países de America Latina. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 221-236.

_____. La legislación "anti-droga" latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 16-25, abr./mai./jun. 1990.

_____. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZALUAR, Alba. **Integração perversa**: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro: FGV, 2004.