

Política criminal alternativa à prisão: a agência dos operadores do direito em sua aplicação¹

Emilia Juliana Ferreira (IPEA)

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em cooperação técnica com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça desenvolveu nos anos 2011 a 2013 a pesquisa “Política Criminal Alternativa à Prisão”² que objetivava a prospecção de uma nova política criminal alternativa à prisão, a partir da elaboração de estudos diagnósticos de natureza quantitativa e qualitativa³. Esta pesquisa teve seu relatório final publicado no ano de 2015 (BRASIL, 2015). Tendo participado como pesquisadora desta etapa, pude vivenciar inúmeras experiências e problematizações desse universo em diferentes regiões do país. Duas dessas experiências de aplicação penal diferenciada no sistema de justiça me chamaram a atenção e serão discutidas no presente artigo.

Segundo o código penal brasileiro, as penas restritivas de direito, mas comumente chamadas de penas alternativas, pois que são alternativas as penas restritivas de liberdade, São penas aplicadas para crimes que são considerados de menor potencial ofensivo, que não sejam culposos, que tenham recebido pena total inferior a quatro anos, não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça e onde o réu não seja reincidente e seus antecedentes e comportamento sejam considerados adequados. Sendo assim, aqui se conjugam uma potencialidade de aplicação de penas alternativas a um amplo número de tipos penais, alguns dos quais se enquadram por já terem sua pena máxima contida nesse patamar e outros que se enquadram em circunstâncias relativas as reduções por atenuantes de pena quando de sua aplicação⁴.

As penas alternativas são aplicadas no âmbito da Justiça Criminal brasileira tanto em Varas Criminais comuns, quanto em Varas especializadas e Juizados Especiais Criminais (Jecrim). Porém, por conta de uma delimitação metodológica da pesquisa, as Varas

¹ IV ENADIR, GT 08 – Alternativas Penais: intersecções entre Antropologia, Sociologia e Direito.

² A equipe de pesquisa relacionada a parte qualitativa, da qual fiz parte, era coordenada por Almir de Oliveira Junior (coordenador geral da pesquisa) e Luseni Aquino, técnicos de planejamento e pesquisa do IPEA. A pesquisa de campo foi coordenada pela antropóloga, consultora da pesquisa, Rebecca Lemos Igreja e teve como pesquisadores de campo, além de mim, Vitor Silva Alencar e Talita Tatiana Dias Rampin (a equipe de pesquisa de campo era interdisciplinar, formada por duas antropólogas e dois bacharéis em Direito). Como todos os dados desta pesquisa foram coletados em equipe, faço aqui a menção a estes pesquisadores que, juntamente comigo, foram responsáveis por produzi-los.

³ A equipe completa da pesquisa, contemplando as etapas quantitativas, qualitativas e de discussão, se encontra descrita no relatório final da pesquisa (BRASIL, 2015).

⁴ Como no caso do tráfico de drogas, que falaremos adiante, em que a pena mínima é de cinco anos, porém, em alguns casos, onde se aplicam atenuantes na pena, ela pode se enquadrar no patamar inferior a quatro anos.

especializadas (Varas de violência Doméstica, Varas especializadas para entorpecentes, etc.) foram excluídas do trabalho de campo da parte qualitativa (objeto desse presente artigo), por serem consideradas muito específicas e por ampliarem demasiadamente o escopo da pesquisa. Dessa forma, as estruturas de aplicação de penas alternativas analisadas na pesquisa foram as Varas criminais e Juizados especiais criminais de 10 cidades brasileiras visitadas⁵, além das Varas de execução penal e das estruturas do sistema de Justiça responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização das penas e medidas alternativas.

A etapa qualitativa da pesquisa foi realizada através de estudos de caso que não tinham pretensão de estabelecer generalizações ou serem representativas a nível de país e sim “aprofundar a compreensão das singularidades de determinado contexto e levantar problemas e exemplos ilustrativos do tema investigado” (BRASIL, 2015, p. 20). Em cada região do país foi selecionado um estado, sendo que o único critério de escolha era o de este já estar representado na etapa quantitativa da pesquisa. Dentro do estado visitado foi feita a pesquisa de campo na capital e numa cidade do interior⁶, de modo a poder comparar diferentes realidades e estruturas do sistema de Justiça. O trabalho de campo consistiu em observação direta de audiências e rotina dos órgãos visitados, entrevistas com operadores do direito e análises qualitativas de processos com objetivo de compreender os tipos de acordos e penas aplicadas naquele contexto. As visitas foram pré-agendadas e tiveram o tempo médio de permanência de uma semana.

Como dito, durante o trabalho de campo duas experiências de aplicação (e condições ou não de aplicação) das penas alternativas chamaram minha atenção. A primeira, acompanhada em todos os municípios visitados, trata-se do tratamento designado às pessoas que foram flagradas pela polícia por uso ou porte de drogas para consumo pessoal. Este tratamento diferenciado destinado a este crime corresponde a uma nova redação da lei de Drogas (lei 11.343/2006) que estabelece um estatuto despenalizador para esse tipo criminal e, portanto, a aplicação de penas alternativas não depende do julgamento dos operadores do direito (OD). Nesses casos, porém, a lei, que estabelece a diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas, não dispõe de uma regra clara para a identificação de quem é

⁵ Como a pesquisa qualitativa tratavam-se de estudos de caso, não havia pretensão de esgotar todas as estruturas presentes em cada cidade visitada. Dessa forma, privilegiava-se a pluralidade de estruturas (vara, juizado, vara de execução, central de aplicação de penas e medidas alternativas) e não sua totalidade. Isso significa que quando a cidade contava com mais de uma vara criminal (em alguns casos o número chegava a casa das dezenas) ou juizado só algumas estruturas eram visitadas e a escolha ocorria de forma aleatória ou por indicação de algum dos operadores do direito já contatados na comarca. Sempre que possível, quando havia um número grande de estruturas a serem visitadas, ao menos duas estruturas de cada tipo eram analisadas.

⁶ Esta cidade do interior, no entanto, eram cidades de médio porte e que continham estruturas de sede de comarca e boas estruturas para o deslocamento da equipe (que se faria desde Brasília).

considerado usuário ou traficante, ficando a cargo dos ODs esta identificação e fazendo com que a correlação que alguns dos ODs fazem desse e do crime de tráfico de drogas resultem num questionamento quanto à política despenalizadora da lei. A segunda experiência, circunscrita em apenas uma localidade visitada, trata-se do tratamento designado à contravenção penal “estabelecer ou explorar jogos de azar”. Nessa experiência, uma leitura diferenciada da lei de contravenções penais, produz um estatuto despenalizador de julgamento que não se encontra implicitamente presente no ordenamento jurídico.

Uso e porte e tráfico de drogas

A nova redação da lei de Drogas, sancionada no ano de 2006 (lei 11.343/2006), estabelece, em seu artigo 28, um estatuto despenalizador para o tratamento designado às pessoas que foram flagradas pela polícia por uso ou porte de drogas para consumo pessoal:

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.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Nesses casos, porém, a lei, que estabelece a diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas, não dispõe de uma regra clara para a identificação de quem é considerado usuário ou traficante (artigo 33 a mesma lei), ficando a cargo dos Operadores do Direitos (ODs) esta

identificação (conforme §2º do artigo 28). Enquanto a lei despenaliza o uso e porte de drogas, não a descriminaliza (deixa de ser crime) e sendo assim, ela deixa de ser tratada como passível de encarceramento⁷, porém, continua a ser tratada no âmbito do judiciário dentro dos juizados especiais criminais.

Este procedimento tem gerado muitas dúvidas e diferentes tipos de tratamento a esses casos, de um lado a polícia continua a prender os usuários de drogas, muitas vezes com o objetivo generalizante de combate às drogas (ilegais no país) e almejando o combate ao tráfico de drogas, de outro o sistema de justiça tem de dar conta do grande volume desse tipo criminal que chega aos juizados, sendo um dos tipos penais mais comuns presentes nos Jecrims.

Por conta do grande volume de processos, um dos tratamentos mais comuns tem sido as audiências coletivas em que além da advertência, os usuários acompanham palestras sobre os malefícios do uso de drogas, após a audiência, podem ou não ser encaminhados a instituições de tratamento de saúde que acompanham pessoas que tenham problemas relacionados ao uso de drogas. Um segundo tratamento, encontrado em mais de uma comarca, tratava-se de uma advertência individual, está sendo feita pelo juiz em audiência ou até mesmo pelo funcionário do cartório em balcão. Havia também casos em que o usuário era encaminhado para algum tipo de acompanhamento ou tratamento, isso variava desde o encaminhamento a Comunidades terapêuticas para desintoxicação (menos comum devido à dificuldade de encontro de vagas), comparecimento a reuniões junto aos Narcóticos Anônimos ou Centros de Atenção Psicossocial das prefeituras (alguns especializados em atendimentos a drogas, chamados CAPS-AD) e até mesmo serviços especializados de acompanhamento junto aos próprios tribunais. Em poucos casos era oferecido ao cumpridor a prestação de serviços à comunidade, esta bastante problemática para pessoas relacionadas com drogas, como veremos a seguir.

Apesar de ter sido despenalizado, o crime de uso ou porte de drogas continua gerando muita discussão e entendimentos diferenciados no mundo jurídico, como nos exemplos que encontramos em campo, onde é possível verificar que tanto a opinião pessoal, quanto a questão das drogas quanto sua vinculação ao tráfico, produzem nos operadores do direito entendimentos muito diferenciados.

⁷ Em teoria ao menos, pois, como veremos adiante, a não classificação pré-estabelecida das quantidades e requisitos para a prisão em flagrante ser considerado uso e porte ou ser considerado tráfico, coloca a questão num limiar muito subjetivo em que sua aplicação acaba ficando a cargo do juiz que sentencia o caso.

Num juizado de uma das capitais visitadas, o diretor de secretaria nos informa que o entendimento da promotora sobre o uso de drogas é de que trata-se de uma autolesão e, não sendo crime, pede o arquivamento do processo (com o qual a juíza do jecrim concorda), ou seja, o caso sequer vai adiante. Já num juizado do interior, a juíza entende que é preciso que os casos continuem passando pelo sistema de Justiça, pois isto teria um papel pedagógico:

A juíza reconhece que não acompanha os casos depois da sentença ou da transação penal, mas faz questão de destacar o trabalho que é feito com os usuários de droga, onde são realizadas audiências coletivas para realização de transação penal e encaminhamento para acompanhamento: *“abrimos espaço para o usuário refletir sua opção”*. Acredita que o juizado está testando a possibilidade de descriminalização do usuário no futuro: *“aqui já tem baixa reincidência, pois o trabalho atua na família. Sou contra a descriminalização, pois o judiciário perderia essa chance de resgate”* (Diário de campo da equipe, entrevista com juíza juizado do interior)⁸.

Mas o que parece ser realmente relevante para os operadores do direito é a vinculação do uso de drogas com o tráfico, seja, por conta de sua difícil diferenciação⁹:

A diretora explica que naquela região a questão da droga é muito forte e que as máfias pulverizam as quantidades de droga para, caso sejam pegos, serem enquadrados como usuários e não traficantes. Por conta dessa estratégia, a polícia ampliou o número de flagrantes (Diário de campo da equipe, entrevista com diretora de secretaria de vara criminal do interior).

Afirma que, em geral, se apreende pequenas porções de entorpecentes, situações estas que poderiam ser enquadradas como porte de entorpecentes para consumo próprio, contudo, indica que outras circunstâncias devem ser analisadas para, somente então, verificar-se tratar-se mero consumo ou se pode ser considerado tráfico. Como exemplo, cita as “bocas de fumo” (loais de tráfico de pequena monta), nas quais os traficantes guardam consigo somente pequenas porções de entorpecentes, na expectativa de, ocorrendo apreensão policial, passarem por meros consumidores. Destaca que a atuação policial, nesses casos, permite a identificação do tráfico. A polícia realiza trabalho de monitoramento de bocas de fumo e traficantes, sabendo, portanto, identificar e diferenciar consumidores de traficantes (Diário de campo da equipe, entrevista com diretor de secretaria de vara criminal do interior).

Seja por conta da vinculação que alguns fazem sobre o uso de drogas e o início de atividades criminosas para sustentar o vício:

Ainda sobre o tema das drogas, acredita que “muita gente tem que estar envolvida para legislar sobre droga, não só juristas e políticos”. Além do mais, reconhece que os delitos patrimoniais estão ligados à droga: “está tudo interligado, eles furtam e roubam por conta da droga”. Entende que se trata de uma questão de política pública, devendo

⁸ Os diários de campo foram produzidos em conjunto pela equipe de pesquisa de campo: Rebecca, Emilia, Vitor e Talita.

⁹ Em uma das varas criminais visitadas, quando o preso, durante audiência, alegava que era usuário e não traficante, o juiz solicitava a realização de um exame toxicológico para averiguação. Ocorre que em muitos casos o réu estava a meses preso, não necessariamente tendo contato com o uso de drogas e, portanto, levando em consideração que sua alegação pudesse ser verídica à época dos fatos, com a substância não mais presente em seu corpo.

o Estado garantir condições mínimas de saúde e educação. Diz que tem um sentimento ambíguo (punição x tratamento) e que não se sente apta a dar opinião em termos de mudança na legislação sobre o tema (Diário de campo da equipe, entrevista com juíza de vara criminal do interior).

Além disso, muitos operadores do direito não concordam com a aplicação de penas alternativas para o tráfico de drogas:

Questionada sobre a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, a magistrada diz que, não sendo crime hediondo, ela substitui, mas não o faz no delito de tráfico de drogas: “*tráfico é um crime hediondo*”. Entende que para aplicar “*depende de alteração legislativa, tem que colocar mais critérios na lei diferenciando as espécies de traficante*”. Como não há esses critérios ela acaba por não aplicar, pois “*tem de dar para todo mundo ou não dar para ninguém*” (Diário de campo da equipe, entrevista com juíza de vara criminal do interior).

Sobre o tráfico de drogas nos fala que não aplica a substituição e nem sequer aplica a minorante na pena (aplica a diminuição somente em alguns casos de ‘mulas’ que não tem antecedentes). Diz que sabe que seu entendimento é minoritário, pois considera que a aplicação da substituição e a diminuição da pena é inconstitucional e argumenta que o exemplo da gravidade desse crime está no acordo internacional de extradição para esses casos. Admite que o tribunal, em geral, reforma suas sentenças. Nos relata que o tráfico é um crime particular, um comércio e que participa em geral tem pouco poder aquisitivo, pois obtém um lucro que seria impensável em outras atividades lícitas. Admite que os entendimentos sobre o tema são políticos, mas reforça sua crença de que a legislação é branda e que, por conta disso, o Brasil tem se tornado “*um país de mulas*”, torna o crime compensador, com vantagens (Diário de campo da equipe, entrevista com juiz de vara criminal do interior).

Devido ao limiar tênue de identificação de cada um desses crimes, os juízes e promotores dizem que fazem uso de “experiência pessoal com os casos”, “confiam no trabalho da Polícia”, observam alguns critérios objetivos como a apreensão de outros instrumentos considerados de uso do comércio de drogas como balança e papelotes, além é claro do volume de droga apreendida¹⁰. Mas admitem que não há um critério claro, nem único para a denúncia de um ou outro crime.

Além disso, uma outra questão coloca essa substituição de penas privativas de liberdade em penas alternativas ainda mais complexa. Nos casos relacionados ao tráfico de drogas que são passíveis de substituição, o patamar da pena não fica muito abaixo dos quatro anos, geralmente gira em torno de três anos e alguns meses. Isso significa que quando da substituição ela deverá ser substituída por duas penas restritivas de direitos, sendo as mais comuns: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Acontece que a aplicação da prestação de serviços à comunidade é uma pena muito complexa de ser aplicada aos condenados por tráfico de drogas¹¹, por conta do preconceito social relacionado ao crime:

¹⁰ Este que poderia ser um critério objetivo, parece ser um dos menos objetivos.

¹¹ Em alguns casos também pode ser aplicada em transações penais por uso ou porte de drogas, o que causa a mesma problemática.

Um dos motivos para essa dificuldade é a resistência das instituições em receberem traficantes de drogas, tendo em vista que muitas delas trabalham com crianças e jovens. Quanto aos dependentes químicos, muitos deles não se encontram em condição de trabalho, devido ao alto grau de comprometimento de sua saúde mental. Por conta disso, alguns juízes procuram oferecer tratamento aos apenados antes que esses iniciem o cumprimento das penas alternativas.

O crime de tráfico de drogas, por ser passível de substituição, enfrenta especialmente dificuldades para o encaminhamento das PSCs. Numa central da capital, as assistentes sociais acreditam que o traficante não tem perfil para as PMAs: “*é bem complicado sensibilizar as instituições*”, além disso, ressaltam que, em geral, eles não cumprem a pena e tem-se que ter muito cuidado ao reencaminhar (BRASIL, 2015, p. 80 e 81).

Jogos de Azar

Este outro exemplo de aplicação de penas e medidas alternativas e de diferencial entendimento da justiça quanto ao tipo criminal ocorreu em apenas um juizado de uma capital. Nesta cidade um contexto muito específico relacionado a este crime estava ocorrendo, estava havendo uma força tarefa em conjunto entre polícias e Ministério Público de combate aos jogos de azar que estava resultando em um grande número de fechamento de casas de jogo clandestinas e prisões em flagrante de funcionários e apostadores dessas casas. Consequentemente isto estava resultando num grande número de processos encaminhados aos Juizados desta capital.

Por conta do grande número de processos a juíza explica que estudou sobre o assunto para formar seu entendimento atual, conforme observado em audiência:

O MP requer a condenação e a defensoria alega que o fato ocorreu, mas que a autoria não está comprovada, visto que a ré não era exploradora do jogo, apenas uma funcionária. A juíza sentencia: diz que a materialidade está comprovada pelas máquinas, porém a ré se encontrava na condição de atendente e não há provas sobre a conduta dela em explorar o jogo ou se beneficiar da exploração. Ressalta que não houve investigação acerca da propriedade das máquinas, nem do imóvel e decreta a absolvição (Diário de campo da equipe, entrevista com juíza de juizado especial criminal da capital).

Antes disso, porém, o processo segue com os benefícios processuais ofertados pelo Ministério Público: para os réus primários é oferecida a transação penal com pagamento de prestação pecuniária, uma vez já tendo recebido esse benefício, é oferecida a suspensão condicional do processo pelo prazo de dois anos e somente após o acusado não ter direito a mais nenhum desses benefícios é que o processo segue para julgamento¹², quando então a

¹² Entenda-se que o oferecimento desses benefícios processuais é ofertado pelo Ministério Público, que é autor da ação, caso a oferta seja aceita pelo réu a juíza não tem qualquer ação sobre o processo. Nas audiências que assistimos percebemos que muitos acusados haviam aceito o cumprimento desses benefícios e estavam no

juíza profere a absolvição. Segundo ela “*eles [os integrantes da força tarefa] estão muito preocupados em indiciar os atendentes, eu absolvo todos, não são exploradores e a turma recursal tem o mesmo entendimento*”.

Considerações finais

Nas duas problemáticas observou-se que a atuação dos ODs é capaz de estabelecer critérios diferenciados para a aplicação de penas alternativas, sendo a agência destes, essencial para o fomento deste tipo de política alternativa à prisão.

O entusiasmo e confiança nesse tipo de política, além de características circunstâncias do tipo criminal, do caso em si e do volume de processos influem diretamente na aplicação mais ou menos aficionada da política criminal alternativa à prisão. Além disso, para que a política tenha o real benefício que se pretende, de diminuir o encarceramento ao mesmo tempo que tenha um papel educativo, é preciso que se invista tanto na divulgação da política e na formação dos operadores do direito, como no aperfeiçoamento e investimento tanto das estruturas de acompanhamento já existentes, quanto na promoção de novas estruturas.

Referências Bibliográficas:

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Política Criminal Alternativa à Prisão**. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa).

juizado respondendo pelo mesmo crime pela terceira vez (era muito comum as casas serem fechadas e reabertas em novos locais com os mesmos funcionários). No momento em que estava sendo realizado o campo este foi o contexto observado, porém, muito provavelmente, quando advogados e defensores públicos tomarem ciência desse entendimento da juíza, passarão a indicar a seus clientes que não mais aceitem os benefícios propostos pelo MP, uma vez que se o caso for levado diretamente a julgamento o réu será inocentado e não terá que cumprir qualquer tipo de pena.