



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO MARTINS ALMEIDA

**A LEI DE DROGAS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA
DIANTE DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: UMA ANÁLISE
DOS FUNDAMENTOS PARA O ENQUADRAMENTO DO SUJEITO
COMO USUÁRIO E TRAFICANTE**

Salvador
2021

RODRIGO MARTINS ALMEIDA

**A LEI DE DROGAS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA
DIANTE DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: UMA ANÁLISE
DOS FUNDAMENTOS PARA O ENQUADRAMENTO DO SUJEITO
COMO USUÁRIO E TRAFICANTE**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Daniel Nicory do Prado

Salvador
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO MARTINS ALMEIDA

A LEI DE DROGAS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DIANTE DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS PARA O ENQUADRAMENTO DO SUJEITO COMO USUÁRIO E TRAFICANTE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2021.

A
Jamile Martins, Vó Dina e Vô Zé (*in
memoriam*), Kátia Martins, família trapo
e todos meus amigos, obrigado pelo
apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a minha mãe, Jamile Alves Martins, que sempre me apoiou em minhas escolhas, esforçando-se ao máximo para garantir uma educação de ponta e me dando principalmente amor. Obrigado por ser mãe e pai, obrigado por ser minha base, obrigado por ser uma mulher independente e mostrar que os caminhos certos sempre serão os estudos e a sua dedicação.

Agradeço também a minha tia, madrinha, segunda mãe, Kátia Martins, por estar sempre ao meu lado; por todo o companheirismo, conversas, conselhos, ajudas e por me fazer acreditar que iria dar certo, pelo simples fato de ter você ao meu lado. Junto com esse agradecimento, vai um especial para meus avós, dona Dina e seu Zé (*in memoriam*), que são figuras importantes na minha formação de caráter, bondade, e que zelam por mim onde quer que estejam. Além de Tio Junior, íntegro e que me ensina cada dia mais a ser uma pessoa solícita e com virtudes.

Às minhas primas e irmãs de alma, Renata Maia e Júlia Maia, que são minhas confidentes e minhas certezas que nunca estarei só; com vocês a vida fica bem melhor. Gostaria de agradecer também a tio Herbem por todo carinho, acolhimento e exemplo de pai, marido, filho, irmão e tio: você é um espelho para mim!

Agradecer também a minha família trapo, que sempre quando preciso encontro abrigo e recarrego minhas energias, assim como à tia Cris e João. Somos uma família unida e que agrega por onde passa. Obrigado por me ensinar a ser melhor a cada dia!

Ao meu professor orientador Dr. Daniel Nicory do Prado, que tive a oportunidade de ser aluno e agora, ao final da minha graduação, ser orientado por ele. Uma pessoa que passa da figura de professor, um homem com coração enorme e uma generosidade maior ainda. Foi uma honra ser acompanhado pelo senhor neste processo, e entender mais sobre este tema que tanto tenho e tive curiosidade; que o senhor tanto sabe e gosta de passar tais ensinamentos. Agradeço do fundo do meu coração pelo acompanhamento e as várias trocas de *e-mails* sinceros.

À professora Dra. Daniela Portugal, que me fez gostar de Penal, e tem forte influência em minha escolha profissional do Direito Penal. Agradecer por todos os semestres que estivemos juntos, e dizer que você é um exemplo de mulher, de filha, de irmã, de advogada, de professora... sou seu fã e não nego! Agradecer também a todo o corpo docente da Faculdade Baiana de Direito, que foram muito importantes

em minha formação acadêmica e pessoal, com destaque especial para: Amanda (Amandinha), Maurício Requião, Mayana Sales, Thaís Bandeira, Daniela Borges e Roberto Gomes.

Gostaria de agradecer aos meus amigos por me aguentarem durante tanto tempo; vocês possuem o dom de transformar qualquer tempo ruim em alegria. Sou muito grato por ter vocês em minha vida, meus dois grandes grupos, o que a vida me deu, “amigões” e o que a faculdade me deu, “amiguinhos”. Em especial aqueles que estão comigo todos os dias: Carol, Neca, Bernardo, Danilo, Ana, Paulinho, Rania e Lud.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a todas as experiências de estágio que tive na graduação, em especial à Defensoria Pública do Estado da Bahia, com Dra. Carolina de Araújo Santos, no setor de tóxico. Em realidade, meu ensejo de escrever sobre o tema foi a partir desse estágio e da convivência diária sobre o tráfico de drogas e a seletividade gritante. Além, da condução de excelência de Dra. Carolina com os assistidos e nos processos em si. E também, gostaria de mencionar a substituta de Dra. Carolina, Dra. Camila Berenguer, que me auxiliou durante um mês de forma exemplar.

“Faça o que fizer não se auto congratule demais, nem seja severo demais com você. As suas escolhas tem sempre metade das chances de dar certo, é assim para todo mundo”.

Filtro Solar, Pedro Bial.

RESUMO

A presente monografia destinar-se-á a analisar a atuação da Defensoria Pública, enquanto instituição responsável por garantir o acesso integral à justiça dos necessitados, diante do problema da seletividade penal, na aplicação dos critérios da Lei de Drogas para a distinção entre usuários e traficantes. É um trabalho qualitativo, no que tange a avaliação, interpretação e reflexão do tema exposto, além de ter como base predominante a pesquisa bibliográfica, dos mais variados gêneros textuais, compondo um vasto repertório para sua análise. Diante disso, é devido a apresentação da instituição Defensoria Pública e todas as suas atribuições, consequências, garantias constitucionais, e, por fim, como contribui com os necessitados de forma essencial nos processos que é requisitada, além de deixar evidente que é dever do Estado manter e prover tal assistência aos necessitados. Também, há uma análise da Lei de Drogas e de seus respectivos artigos 28 e 33, trazendo consigo uma visão histórica, psicológica e sociológica atrelada com os fundamentos jurídicos desses grupos e suas respectivas consequências dentro do processo, para que seja feita uma análise além do senso comum. Por fim, será analisada a seletividade penal existente, seus fundamentos jurídicos e como a Defensoria Pública se torna um vetor de garantias mínimas para os necessitados, levando para a sociedade uma forma de assegurar a dignidade da pessoa humana e a ampla defesa de forma equiparada e justa. Sendo assim, cabe a essa instituição garantir que o todo o processo seja feito baseado na lei e na igualdade, sem que critérios exclusivamente raciais sejam levados em consideração – ainda que de forma velada.

Palavras-chave: Seletividade penal; Usuário e traficante; Defensoria Pública; Lei de Droga; Acesso à justiça.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CPP	Código Processo Penal
CF/88	Constituição Federal da República
DP	Defensoria Pública
DPE	Defensoria Pública do Estado
DPU	Defensoria Pública da União
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LC	Lei Complementar
MP	Ministério Público
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	DEFENSORIA PÚBLICA.....	14
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA	19
2.2	PRESSUPOSTOS	21
2.2.1	Indivíduo hipossuficiente.....	24
2.2.2	A Defensoria Pública como cláusula pétrea	25
2.3	TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS.....	27
2.3.1	Sujeitos processuais	29
2.3.2	Princípio da isonomia.....	31
3	USUÁRIO E TRAFICANTE	34
3.1	LEI DE DROGAS	37
3.1.1	Evolução histórica	40
3.1.2	Conflito aparente das normas.....	42
3.2	ARTIGOS 28 E 33 DA LEI 11.343/2006	43
3.2.1	Fundamentos para o enquadramento no tipo penal	48
3.2.2	Precedentes	52
4	A LEI DE DROGAS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DIANTE DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS PARA O ENQUADRAMENTO DO SUJEITO COMO USUÁRIO E TRAFICANTE ..	55
4.1	SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL	58
4.1.1	Penas privativas de liberdade	62
4.1.2	Fundamentos jurídicos	65
4.1.4	Teoria da coculpabilidade.....	69
4.2	GARANTIAS MÍNIMAS.....	70
4.3	ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA	72
5	CONCLUSÃO.....	76
	REFERÊNCIAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se dedica a estudar a seletividade do sistema penal potencializada pela vagueza dos conceitos da Lei de Drogas como um problema à assistência jurídica integral, gratuita e de qualidade por meio da Defensoria Pública como fator de solução.

Atualmente, é possível perceber que os usuários de drogas se apresentam nos mais variados meios, seja nas favelas, nas ruas, nas baladas elitizadas e até mesmo dentro das cadeias. Para que essa droga circule entre os mais variados meios, é necessário que haja um canal para tal, que muitas vezes se difere do usuário, configurando assim, o traficante. Por não possuir critério objetivo sobre esses dois grupos, torna-se subjetivo analisar e enquadrar o sujeito em um dos dois tipos penais.

É cristalino que a droga perpassa pelas mais diversas classes da sociedade contemporânea, entre os mais ricos, os intermediários, os pobres e os que estão na linha da pobreza extrema. Geralmente, quando são pegos, defendem-se de formas distintas, alguns com advogados que cobram honorários que perpassam um salário-mínimo, outros entram em contato com a Defensoria Pública, que presta um trabalho tão competente quanto um advogado que cobra ao particular.

A Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, regulamentou em seu artigo 5º, inciso LXXIV, a necessidade de o Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Então, a Defensoria Pública assume os casos das pessoas que são hipossuficientes e carecem da atenção e cuidado em alguma demanda judicial. Ao longo do trabalho, vai ficar evidente que a função da Defensoria vai além de uma representação judicial e que o fator econômico não é o único que deverá ser analisado.

É possível fazer um contrapeso em relação a seletividade do sistema penal e como isso recai sobre a Defensoria Pública, sob o prisma do preconceito existente com os pobres e pretos. É muito comum observar nas delegacias e nas notícias cotidianas, o número de pessoas da periferia e de pele preta sendo enquadradas na Lei de Drogas no tipo penal mais severo, que é o de tráfico. Mas, também, é comum

observar um tratamento diferenciado quando o mesmo cenário é apresentado na elite da sociedade e a falta de paridade nas situações.

Sem dúvidas, diferenciar o usuário do traficante é fundamental para o indivíduo venha a receber uma ação penal condenatória. Tal questão é trazida pela Lei 11.343/06, no artigo 28, para o usuário, e artigo 33, para o traficante, mas muitas vezes é conveniente ignorar o tipo penal de um para enquadrar no outro, por serem diferenciados no tipo de pena aplicável e por possuírem vagueza dos conceitos entre os artigos, ficando a cargo das autoridades responsáveis fazer tal distinção. Por isso, é necessária uma atenção redobrada em relação ao enquadramento do sujeito como usuário e traficante.

Diante do exposto, no sistema penal contemporâneo, é possível visualizar uma seletividade por parte dos agentes públicos e da sociedade como um todo. Como a Defensoria Pública atua no exercício do seu papel de promoção do acesso à justiça e defesa dos direitos humanos para o enfrentamento da seletividade penal? Como entende e como atua a Defensoria Pública no que tange à diferenciação dos conceitos de usuário e traficante?

O tema tratado no presente trabalho é de extrema importância, tanto para a comunidade pobre quanto para os indivíduos que regem e fazem parte da sociedade. Não há dúvidas que a presente sociedade é marcada por um preconceito enraizado e vivo até os dias contemporâneos, que disputam com as diferentes medidas que surgem para ceifar tamanha injustiça que assola as comunidades, especialmente as pobres. Portanto, trata-se de um tema com significativa relevância social.

Diante do exposto, para a comunidade carente, e quando é dito carente entende-se como carente não apenas de dinheiro, mas também em relação a carência emocional, percebe-se uma falta de proteção e amparo em relação a defesa, especialmente perante a justiça e as injustiças que são observadas na sociedade hodierna. Muitas pessoas não sabem, não por falta de querer, mas principalmente por desconhecer as leis e ditames do processo penal e conseqüentemente suas garantias, como se apresenta a utilização da Defensoria Pública. Portanto, é de extrema relevância para a sociedade entender e, principalmente, utilizar-se quando necessário de tais mecanismos processuais justos e necessários.

Dito isto, a motivação oriunda para dissertar a respeito do importante papel da Defensoria Pública e sua garantia ao amparo e proteção ao hipossuficiente também surge com o fito de buscar entender os fundamentos utilizados para distinguir entre o usuário e traficante na sociedade. As ilegalidades que são apresentadas e os relatos que são evidenciados com os réus na chegada da delegacia após abordagem policial é de dar nó no estômago. Entre tapas no ouvido ate mecanismo de bater em parte do pé que o indivíduo sinta em determinado órgão, com o único objeto de pressionar, livrar-se do exame do corpo de delito e, conseqüentemente, permanecer com uma abordagem ilegal. É necessário que se discuta e entenda a motivação por trás do usuário e traficante e como esses institutos são enquadrados.

Por fim, surge também, como motivação para o presente escrito, uma análise da dificuldade no tratamento entre distintos níveis sociais, e como as etapas do processo penal se diferem neste ponto, o que por lógica não deveria ser objeto de estudo. Mas, como dito acima, o preconceito e desigualdade precisam ser cortados, sendo assim, uma maneira de fazer isso é trazendo esses assuntos de grande relevância para dentro de campos acadêmicos, jurisprudência e falas das pessoas que representam a sociedade.

Dessa maneira, o objetivo do presente trabalho é a identificação de quais são as garantias mínimas no processo de desconstrução da seletividade e como a Defensoria Pública se impõe nesse quesito, além de analisar como entende e atua a mesma na diferenciação entre usuário e traficante de drogas.

Para além disso, analisar-se-á o porquê de o legislador tratar de forma mais branda o usuário e de forma mais severa o traficante dentro de cada respectivo tipo penal, além de trazer os conceitos de usuário e traficante dentro da Lei de Drogas e como é assegurada a garantia constitucional por meio da Defensoria Pública, de que forma a entrada da Lei 11.343/2006 aumentou o encarceramento do traficante, além de jurisprudência retratando a insegurança existente.

O presente escrito tem como base predominante a pesquisa bibliográfica, através de pareceres, livros de diversos autores, periódicos e artigos científicos encontrados através de internet. Além disso, será realizada uma análise documental e histórica acerca do tema.

Igualmente, também será uma pesquisa qualitativa, uma vez que o presente trabalho busca trazer uma reflexão, avaliação e interpretação acerca da atuação da Defensoria Pública em prol da seletividade do sistema penal, além dos fundamentos

para o enquadramento dos usuários e traficantes, de modo que o pesquisador influenciará e será influenciado pelo objeto pesquisado.

Diante do exposto, o método científico a ser utilizado é o método hipotético-dedutivo, pois será analisada a vagueza do artigo 33 e 28 da Lei de Drogas, na qual serão apontadas as problemáticas existentes e como o grupo vulnerável pode se defender diante da seletividade penal através da Defensoria Pública. Sendo, portanto, as hipóteses alegadas pela questão de pesquisa a fim de avaliá-la para que possa ser confirmada ou não ao final do trabalho.

Sendo assim, o segundo capítulo do presente trabalho aborda as características da instituição da Defensoria Pública, trazendo os principais pontos como o conceito, natureza jurídica e funcionalidade, além dos pressupostos e como a mesma opera na transformação social da sociedade, em especial ao grupo dos vulneráveis, não sendo o fato econômico limitador para atuação da mesma. Também, apresentar a relação entre a DP e a Democracia, Direitos Humanos e suas funções no ordenamento, sendo a defesa criminal uma delas.

Já no terceiro capítulo será trazida a figura do usuário e traficante da Lei de Drogas e seus respectivos artigos. Também, é apresentado um conceito não jurídico, com visões sociológicas, psicológicas e históricas sobre o tema apresentado no trabalho, passando sobre uma discussão jurídica devida, embasado nas leituras sociológicas e psicológicas para que não fosse reproduzido em lugares comuns, que muitos juristas utilizam para argumentar sobre o tema.

No capítulo quatro será trabalhado o núcleo do problema apresentado, tratando da seletividade do sistema penal sobre uma análise dos fundamentos para o usuário e traficante e como a Defensoria Pública age diante de tal problemática. Além disso, há a apresentação da seletividade do sistema penal, trazendo seus fundamentos jurídicos que afirmam essa linha e, por fim, a desconstrução da seletividade e a Defensoria Pública como vetor de promoção das garantias mínimas existentes no devido processo legal.

2 DEFENSORIA PÚBLICA

A Lei Nacional da Defensoria Pública (LC nº 80/94) trouxe em seus artigos – acrescidos pela LC nº 132/09 – os objetivos que devem ser defendidos e seguidos por essa instituição. O artigo 3º A exemplifica tais objetivos, sendo a primazia da dignidade do ser humano e redução da desigualdade social, afirmar o Estado Democrático de Direito, efetividade e prevalência dos Direitos Humanos e os princípios da ampla defesa e do contraditório. (PRETI, 2021, p. 97)

Como uma forma de justiça, especialmente aos vulneráveis, surge a Defensoria Pública, sendo uma instituição permanente, tornando-se essencial à função jurisdicional da sociedade contemporânea, sendo um instrumento primordial da democracia. Além disso, tem uma função de promover os direitos humanos e defender os direitos fundamentais, integralmente e de forma gratuita aos que não podem utilizar da máquina jurídica de forma onerosa. (ARAÚJO, 2014, p. 134)

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, tem em seu bojo a justiça social como um fator a ser seguido, na regulamentação e construção da sociedade brasileira. (ARAÚJO, 2014, p. 134). Diversos artigos podem ratificar tal pensamento, como no artigo 3º, que expressa de forma clara o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e igualitária, garantindo assim o desenvolvimento da sociedade, erradicando a pobreza e a marginalidade para que assim haja uma redução das desigualdades sociais e regionais.

É o artigo 1º que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da república brasileira e fator primordial em toda a sociedade. Também, importante trazer a Emenda Constitucional nº 80, do artigo 134, da Constituição Federal, que atribui o poder da Defensoria Pública de forma constitucional, asseverando a importância e necessidade para todos. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Art. 3º Art. 1º, Art. 134º)

É comum que as pessoas já tenham escutado falar da Defensoria Pública e da sua importância e necessidade, mas não sabem como, quando utilizar e qual a mais apropriada para cada demanda. Segundo a Associação das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP – (2017) entra uma pergunta que a maioria da população brasileira se faz: “Defensoria Pública é tudo igual”? Tal órgão possui duas atribuições e competências distintas que se dividem em Defensoria Pública da União

(DPU) e Defensorias Públicas Estaduais (DPE). Respondendo de forma negativa tal questionamento.

Ainda de acordo com o ANADEP, a Defensoria Pública Estadual se resume aos casos que são de competência estadual, podendo atuar também no Supremo Tribunal Federal, no Supremo Tribunal de Justiça. Engloba as demandas cíveis e demandas criminais, sempre com foco na promoção dos Direitos Humanos, além de serem representados pelos Defensores Públicos Estaduais. Já a Defensoria Pública da União resolve os processos que tem como polo ativo ou passivo órgãos federais, podendo atuar também no STF e no STJ. Logo, quando a demanda tiver algum órgão federal envolvido, deverá ser procurada a DPU para a resolução da mesma, e são representados pelos defensores públicos federais.

Para as pessoas que necessitam de assistência jurídica integral, o direito brasileiro, por meio da sua CF/88, obriga o Estado a manter em funcionamento um serviço permanente para que os carentes se utilizem desse meio para se defender de eventual problema jurídico, sendo a Defensoria Pública esse órgão. Ainda assim, caso falte ou seja deficiente tal serviço público, deverá ser designado pela Ordem dos Advogados ou pelo próprio juiz da causa um advogado privado, também chamado de advogado dativo, em que o Estado deverá pagar os honorários advocatícios ao profissional liberal que atue em determinado caso em razão de substituição de algum defensor.

É importante deixar cristalino que essa não é uma alternativa, manter a Defensoria Pública é obrigação e responsabilidade do Estado. O pagamento de tais honorários se desenvolve em razão de uma “punição” ao Estado por faltar um serviço que seria de responsabilidade do mesmo, caso o advogado queira atuar sem cobrar os seus honorários entraria na espécie de filantrópicos. (ALVES, 2015, p. 333)

O serviço do advogado dativo sofre duras críticas no sentido da falta de liberdade de escolha, indo de encontro com o livre arbítrio e a autonomia do indivíduo de escolher o que fazer e conseqüentemente o melhor para si. O modelo público, que é assegurado constitucionalmente, tem vantagens em ser utilizado, como a dispensa do pagamento de honorários advocatícios, prerrogativas legais para os membros da DP, prazos contados em dobro, além do direito de intimação pessoal do defensor em todos os atos processuais. Diante do exposto, é cristalino que ao utilizar-se do modelo público com as diversas prerrogativas há uma

neutralização de eventuais deficiências ou limitações dos serviços prestados em favor dos beneficiários da justiça gratuita. (ALVES, 2015, p. 335)

Uma grande diferença entre a advocacia dativa e a DP é o compromisso além do processo em sua figura singular. No sentido da advocacia dativa, o acesso ao Judiciário é garantido, resumindo-se apenas à defesa técnica. Já o Defensor Público, além de possuir a defesa técnica, o mesmo possui possibilidades e prerrogativas que viabilizam e efetivam o acesso justo à justiça do hipossuficiente. Essa efetivação se realiza por meio dos atendimentos que o defensor realiza, sendo muitas vezes descoberto o problema que realmente levou àquela situação, reafirmando assim sua função institucional e essencial da DP, sendo a representação judicial apenas uma das vertentes de sua atuação. (ROCHA, 2005, p. 2)

Outra vertente importante dentro da Defensoria é o fato de resguardar a integridade moral e proteger de eventuais danos o vulnerável, tendo diversas funções no ordenamento contemporâneo jurídico desde a concepção civil até a defesa criminal. Outrossim, existem diversas maneiras coercitivas, punitivas e persecutórias do Estado em face do acusado, demonstrando a vulnerabilidade social existente, sendo necessária a figura do defensor para reequilibrar a relação jurídica em favor – ou melhor – em justiça à liberdade, presunção de inocência, dignidade da pessoa humana. (PRETI, 2021, p. 195 apud GONÇALVES FILHOS; ROCHA; MAIA; 2020, p. 80)

O Direito Penal e o Direito Processual Penal têm como função primordial a fixação dos limites de punir do Estado, regras para a sua aplicação e definição dos tipos penais e suas respectivas sanções. Com isso, surge o Direito Penal Democrático, definindo-se nos limites do poder punitivo regido pelos princípios constitucionais, como o da legalidade – art. 5º, II, CF/88 – em que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude da lei; e o princípio estrito – art. 5º, XXXIX, CF/88 – que não há crime sem lei anterior que o defina; e nem pena sem lei anterior que a comine. (NUCCI, 2020, p. 74)

O sistema acusatório é posto em prática com o advento da Constituição Federal de 1988, separando as funções de acusação, defesa e julgamento, conferindo-os para representantes distintos. Com isso, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade acompanham o processo como um todo, sendo

julgado com imparcialidade e segurança jurídica, mecanismos necessários para garantir a dignidade do ser humano. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 25)

O contraditório é o princípio que vai nortear tanto o autor quanto o réu. Já a ampla defesa tem como destinatário o acusado, ambos estão dispostos na CF/88, no artigo 5º, inciso LV. A defesa é vista sobre dois prismas: a defesa técnica, efetuada por profissional habilitado, uma defesa processual; e também a autodefesa, realizada pelo próprio acusado, uma defesa material. O primeiro prisma é sempre obrigatório, já o segundo depende diretamente do réu, podendo utilizar-se de sua voz ativa no processo ou se manter em silêncio. Além da Constituição Federal de 1988 dispor sobre a ampla defesa e contraditório, trouxe o dever do Estado de fornecer assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, regulamentado no artigo 5º, LXXIV. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 52)

Visto que a DP é o órgão responsável pela defesa dos direitos humanos dos mais necessitados e vulneráveis, abrangendo todas as esferas, em especial o sistema internacional, não poderia a legislação deixar de tratar esse tema. A LC 80/1994, em seu artigo 3º, VI, assegura o papel da Defensoria Pública nos sistemas internacionais com o objetivo da proteção dos Direitos Humanos. A Organização dos Estados Americanos, respaldada em diversas resoluções, traz o reconhecimento da instituição e o seu papel fundamental na manutenção do direito e do acesso à justiça, mostrando-se bastante avançada. (ASSIS, 2019, p. 21)

Nesse diapasão, Victor Hugo Siqueira de Assis traz a figura do Defensor Público Interamericano, possuindo assim uma atuação subsidiária em relação aos representantes das Defensorias Públicas nacionais. Esse Defensor Público, que atua no âmbito internacional, representa as vítimas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, propiciando uma vasta representatividade de governança de direitos humanos, fazendo a DP parte de destaque deste sistema.

Na segunda metade do século XX, nasce um movimento internacional pela efetividade do acesso à justiça, acoplada com a nova organização política estatal dita como Estado Democrático de Direito. Com isso, a prestação jurisdicional amplia sua efetividade para os mais carentes em detrimento do trabalho de interpretação mais robustas das normas jurídicas, diretriz que compunha as medidas sociais do Estado do Bem-Estar Social, conhecida como “primeira onda” do acesso à justiça mundial. É cristalino que essa onda teve um papel de inclusão das massas

hipossuficientes no cenário político e principalmente como cidadãos de fato, tendo o acesso à justiça de forma eficaz, saindo da zona da formalidade. (ALVES, 2015, p. 41)

Ainda sobre o movimento mundial ao acesso à justiça, surge a segunda onda, vinculada ao pensamento da terceira geração. Devido a intensa construção e mudança que uma sociedade apresenta em seu desenvolver, pautar a realidade sociojurídica com base no estado do bem-estar social europeu se torna incompleta, podendo retratar a atualidade como uma “nova cidadania”. Essa nova perspectiva representa não apenas os direitos civis, políticos e sociais, mas também as expectativas inerentes às relações que são construídas dentro da própria sociedade, estando ligado diretamente aos crescentes movimentos sociais, que tem como base a intervenção de direitos fundamentais na sociedade. (ALVES, 2015, p. 60)

Cleber Francisco Alves, em sua tese de doutorado, ainda toca em uma possível “terceira onda”, vinculada aos movimentos sociais de uma maneira mais forte e o papel da mesma em entidades de configuração jurídica, também chamadas de “organizações não governamentais”. Isso significa que esse novo paradigma estaria ligado à forma de solução de conflitos não judiciais, fora da intervenção formal e tradicional que o Estado sempre apresentou, sendo uma realidade bastante difundida na França e também nos Estados Unidos. Todavia, no Brasil, ainda não houve uma expansão desse movimento alternativo, muito se especula pelo corporativismo das profissões jurídicas (estabilidade do concurso público) e a dualidade de interesses, entre pessoais e sociais de possíveis projetos.

A autonomia da Defensoria Pública é um marco para a promoção dos direitos humanos e defesa dos que são vulneráveis na sociedade. Sendo essa instituição essencial à justiça, não deve ser encarado como um privilégio institucional tal autonomia e sim como uma segurança para os hipossuficientes, fazendo com que os mesmos acreditem e reservem ali uma esperança de que há solução para o problema do mesmo e que o serviço público está sendo prestado para ele, em favor dele e da sociedade de forma geral. (ESTEVES, 2017, p. 117)

É notório o papel relevante que a DP exerce no combate às desigualdades sociais, sendo necessário o fortalecimento do Estado sobre esse órgão defensorial. Em contra partida, a segurança jurídica que a Defensoria promove aos grandes números de pessoas hipossuficientes, acaba por aproximar a ideia utópica de

democracia e igualdade, regulamentada com a promulgação da CF/88, sendo a inclusão social seu principal objetivo. (SANTOS, 2017, p. 22)

Essa promoção que a Defensoria faz sobre a defesa do necessitado (também chamado de vulnerável ou hipossuficiente), dar-se-á de maneira mais completa e ampla. Surge então uma questão importante sobre quem pode ser considerado necessitado. Em primeiro plano é de suma importância a figura da hipossuficiência econômica, especialmente por ser um país marcado pela desigualdade social e mazelas sociais históricas, regulamentado sobre uma interpretação restritiva ao artigo 5º, inciso LXXIV, da CF/88 e a comprovação de insuficiência de recursos. (PRETI, 2021, p. 106)

Ainda tratando da atuação da DP dos economicamente necessitados, deverá ser feita uma interpretação teleológica do artigo 134 da Constituição, não se esgotando nesse grupo ora trazido. Dessa maneira, é necessário analisar o caso concreto, sendo identificada a necessidade da atuação e proteção do Estado, garantindo assim a assistência jurídica integral e gratuita trazida pela Defensoria Pública. Devido a isso, a DP exerce funções institucionais em favor de diversos grupos de vulneráveis, como o dos consumidores; defesa das crianças e adolescentes; do idoso; da pessoa portadora de necessidades especiais; da mulher vítima de violência doméstica e familiar; sendo possível e constitucional a proteção de outros grupos sociais vulneráveis. Portanto, a atuação da DP deve abranger tanto os hipossuficientes quanto os necessitados em sentido amplo. (PRETI, 2021, p. 108)

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de existir a Defensoria Pública, que se encontra instaurada nos dias atuais, havia os serviços de assistência judiciária gratuita, nascido no Distrito Federal em 1897, quando um Decreto Federal regulamentou a mesma. Com isso, a Constituição Federal de 1934, em seu artigo 113, inciso 32, traz essa mesma figura de assistência judiciária, mas sem fazer menção à Defensoria Pública, colocando como obrigação dos Estados e da União instituir e manter esses serviços. Porém, em 1937, na época do Estado Novo, comandada por Getúlio Vargas, a Constituição Federal desse ano foi completamente omissa na questão da assistência jurídica.

Essa omissão também acompanhou a Constituição de 1946. (SALDANHA, 2014, p.60)

Após tal omissão houve a Lei Federal n. 1.060/50, ainda não mencionando a Defensoria Pública. Esta trouxe a assistência judiciária – o acompanhamento do processo judicial feita por um operador do Direito, que possui capacidade postulatória, pago pelo próprio Estado para quem é hipossuficiente, ou seja, não possui renda para arcar com as custas do processo. Na Lei Estadual do Rio de Janeiro, n. 2.188, de 1954, foi visto em primeiro momento o termo “Defensor Público”, que se originou dentro da Procuradoria de Justiça do Rio de Janeiro, criando assim cargos para membros do Ministério Público exercer funções de assistir juridicamente os que eram hipossuficientes. (SALDANHA, 2014, p. 60)

Com o passar do tempo, a assistência judiciária foi criando força em diversos estados brasileiros, que entenderam a necessidade da Defensoria para a sociedade. A Constituição Federal de 1988, a Lei Complementar Federal, n. 80, de 1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LONDP), começaram a tratar da Defensoria de forma expressa e como obrigação, advinda da própria Constituição, o dever legal da União e dos Estados criar, mantê-las e impor. Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, deu autonomia administrativa, orçamento próprio e uma forma funcional, dando assim uma certeza ainda maior a essa instituição. E por último, a Emenda Constitucional n. 80/2014, chegou para dar um conceito mais atual e em sintonia com o momento da sociedade, agindo assim de conformidade com o que já era visto na legislação infraconstitucional. (SALDANHA, 2014, p. 61)

Na contemporaneidade a Defensoria Pública assume uma função política acentuada, na missão constitucional da defesa dos direitos fundamentais da sociedade e indo de encontro com o posicionamento de muitos. A defesa de pessoas hipossuficientes, que muitas vezes possuem marcas de uma sociedade elitista e preconceituosa e, acima de tudo, com uma ideologia punitivista, acabam por encarar a Defensoria como uma perda de tempo e até mesmo perda de recursos públicos que movem este setor. Com a Constituição Federal de 1988 garantindo a autonomia funcional, não se permite que a Defensoria Pública torne refém de pressões externas, políticas, midiáticas ou até mesmo da própria sociedade, com inúmeros vícios. (ARAÚJO, 2014, p. 142)

2.2 PRESSUPOSTOS

É necessário fazer uma distinção no que toca a “Assistência Judiciária” e “Assistência Jurídica”. Elas não são a mesma coisa. Consagrada pela CF/88, a assistência jurídica integral deverá ser analisada sobre duas espécies, sendo a assistência extrajudicial e a assistência judiciária. A assistência judiciária está vinculada com a tentativa de evitar as desigualdades de ordem econômica, consequentemente chamada de gratuidade de Justiça, livrando-se das custas do processo e o direito de um profissional habilitado pago pelo Estado. Já a assistência extrajudicial deverá ser vista sob um panorama mais amplo, garantindo os direitos do exercício inerentes à cidadania. (ALVES, 2015, p. 302)

A assistência jurídica e a assistência judiciária são um dever inerente ao Estado em relação à sociedade que a mesma rege. Não devem ser vistos na modalidade de benefícios, visto que o poder público tem que garantir a paz social e a dignidade do ser humano, para que se evite do mais forte dominar na sociedade, sendo, portanto, um direito público fundamental absoluto. Assim sendo, a função protetiva do Estado é garantir esse direito das assistências ora retratadas e não um benefício prestado, como se fosse um mero “favor” do poder público. (ALVES, 2015, p. 303)

Observando de maneira simplória os dispositivos que norteiam a Defensoria Pública e sua atuação na sociedade, pode-se atribuir a mesma o dever de fornecer orientações jurídicas aos necessitados, isso é, para aqueles que não possuem renda para usufruir da máquina estatal de forma onerosa, e toda sua defesa dentro do processo. O termo insuficiência de recursos, regulamentado no artigo 5º, LXXIV da CF/88, abre margem para discussões sobre o que seria necessariamente insuficiência de recursos, visto que a realidade social e atual vai muito além de recursos econômicos. (BOHRER, 2019, p. 40)

Devido à realidade social, alguns juristas afirmam que a Defensoria Pública se divide em duas funções, sendo elas a função típica e a função atípica, dentro da função constitucional. As funções típicas se resumem em consequência da capacidade econômica e a falta da mesma para arcar com todo o processo que irá enfrentar, sendo apta a DP atuar em todas as instâncias, processos administrativos e até mesmo extrajudicial. As funções atípicas deste órgão não se restringem com a

característica dos hipossuficientes econômicos, o fator pecuniário é irrelevante para que a Defensoria atue no processo. Basta a necessidade da intervenção da DP por via de hipótese legal. (BOHRER, 2019, p. 42)

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal julgou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em 1991, ADI 558, pelo voto do Min. Sepúlveda Pertence, pôde-se observar que foi levado em consideração justamente as funções atípicas. O mesmo suscita o dever do Estado de prestar assistência judiciária aos necessitados que não possuem recursos financeiros para custear o processo, conseqüentemente a atribuição da Defensoria Pública. Todavia, o ministro entende que caso alguma demanda processual justifique a utilização desta instituição, a mesma estaria apta a utilizar-se de seus serviços, sempre com base no interesse social da demanda e sem necessariamente estar atrelada a questão pecuniária.

O interesse social da demanda está tão atrelado a instituição da DP que caso alguém vire réu, ou possua qualquer problema na Justiça, dentro do processo penal, obrigatoriamente haverá algum defensor para garantir o devido processo legal e defender aquela pessoa no momento de ausência. Segundo o artigo 261 do CPP, mesmo que o acusado se encontre ausente ou foragido, haverá um defensor para dar prosseguimento à defesa técnica.

Ainda nessa mesma linha, não poderá ser ignorado o fato de que caso o acusado não apresente alguém que possua capacidade postulatória para realizar a sua defesa técnica, o juiz nomeará um defensor, que muitas vezes é a própria Defensoria Pública, sendo possível sua substituição a qualquer tempo caso o réu assim deseje. Todavia, os honorários serão cobrados do defensor dativo, arbitrados pelo juiz, caso o acusado não seja pobre. O parágrafo único deixa evidente a necessidade do indivíduo ser pobre para a utilização da DP, nessa situação. (BRASIL, 1890, Art. 263)

Seguindo esse mesmo pensamento ora mencionado, o juiz federal Ricardo Sales, da 3ª Vara da Justiça Federal no Amazonas, resolveu, sem julgamento de mérito, uma lide e em face da sentença prolatada pelo mesmo, tocou no ponto importante sobre a Defensoria Pública:

Toda evidência, não se justifica a atuação aleatória das Defensorias Públicas, de forma ampla e irrestrita, em defesa daqueles que não são considerados hipossuficientes, isto é, não se enquadram na condição de necessitados, sob pena de se malferir o ordenamento jurídico vigente.

Diante da discussão existente pela doutrina e jurisprudência acerca da Defensoria Pública utilizar-se da função atípica para atuar em processos que vão além da capacidade financeira do indivíduo, fica evidente que seguindo os mesmos princípios que norteiam e regem o processo penal, obrigações internacionais – em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos – o Brasil tem obrigação de garantir uma defesa pública, que está sendo representada pela instituição da Defensoria Pública.

Com isso, para os que possuem processos em sede administrativa ou judicial, sempre haverá o contraditório e ampla defesa, para que assim seja efetuado o devido processo legal e não haja nenhuma ilegalidade que possa invalidar todo o processo que o litigante faça parte. (BRASIL, 1988, Art. 5º, inc. LV) Destarte, todos devem ter o contraditório e ampla defesa resguardada e assegurada, independente da condição financeira. Não havendo recursos para custear o processo, entra a DP, em consonância com a figura típica, havendo outros casos que não envolvam a questão financeira e seja acionada a DP, também deverá seguir o rito processual em razão da figura atípica, não sendo possível a cobrança de honorários – visto os princípios que norteiam a Defensoria e os Direitos Humanos que essa instituição defende.

Para que haja os pressupostos necessários da atuação da DP, é devido fazer uma análise das regras que regem a sociedade e que devem ser respeitadas por todos. Essas regras costumam definir comportamentos entre o que é certo ou errado aos olhos da justiça e das pessoas que compõe o meio, e quando há uma quebra e essa quebra é feita por alguém, o mesmo é visto como um *outsider*. Quem está autorizado a julgar essa demanda são os juízes que são vistos também como *outsiders* pela ótica de quem praticou o desvio de conduta, por não concordar com essa regra. (BECKER, 2008, p. 15)

As regras sociais e as regras jurídicas são criações de grupos sociais específicos que fazem parte da sociedade. Contudo, na sociedade contemporânea, não há organizações simples em que todos concordam e aceitam as aplicações das regras existentes e impostas, em realidade é ao contrato. Com o crescente número da desigualdade social, das variações culturais, étnicas, sexuais, as regras sociais acabam sendo partilhadas de formas diversas, principalmente por conta da história e de como cada grupo social se desenvolveu. (BECKER, 2008, p. 27)

2.2.1 Indivíduo hipossuficiente

A Constituição Federal de 1988 elenca diversos artigos que trazem uma segurança e acima de tudo uma defesa do devido processo legal. Entre os artigos dispostos, o 5º do referido diploma, inciso LV, que trata da possibilidade de defesa ampla, sendo necessário que sejam utilizados os recursos disponíveis e intransponíveis. Essa ampla defesa faz um paralelo a outro inciso do artigo 5º, que é o LXXIV, da CF/88, o qual regulamenta sobre a insuficiência de recursos e o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita, assegurando assim uma defesa justa e digna daquele hipossuficiente. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 53)

Conforme foi avançando o papel da DP na sociedade, o legislador constituinte teve o cuidado de não utilizar expressões que apresentasse de alguma forma apenas a ligação da falta de recursos com o público alvo da mesma. De fato, quando há uma restrição para os grupos de hipossuficientes financeiros, fecha a porta de qualquer outra situação que gere uma hipossuficiência jurídica. Nesse sentido, a própria Lei Orgânica da Defensoria Pública (LC nº 80/94), em seu artigo 4º, prevê as funções institucionais da DP, entre elas está a promoção da mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados e a proteção dos grupos sociais que se encontrem em situação de vulnerabilidade. Logo, a proteção se evidencia pela vulnerabilidade e não necessariamente a falta de recursos financeiros. (RESSUREIÇÃO, 2017, p. 32)

Os serviços de caráter universal, como a saúde, educação e paz, que tem como destinatária a população, diferem-se na prestação de assistência jurídica integral gratuita, que se destina aos verdadeiros titulares desse direito subjetivo público, os que se encontram em situação de hipossuficiência. Para ser considerado necessitado aos olhos do direito contemporâneo, é necessário utilizar-se da interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, diferente na antiguidade que apenas os considerados miseráveis, totalmente desprovidos de recursos financeiros poderiam utilizar a assistência estatal. De modo precoce, por meio do Decreto 2.457, de 8 de fevereiro de 1897, a definição de pobre foi aberta e flexível, não fixando limites pré-estabelecidos para tal. (ALVES, 2015, p. 304)

Ainda nessa linha, a nova Constituição Federal 1988 definiu o conceito da pessoa “necessitada” que garante o direito à assistência judiciária. Esse conceito está expresso no artigo 5º, inciso LXXIV, estabelecendo àqueles que comprovarem

“insuficiência de recursos” a assistência jurídica integral deverá ser prestada, sendo confirmada pelo art. 134 também da referida Constituição, que traz a obrigatoriedade da Defensoria Pública em orientar e defender em todos os graus os necessitados, na forma do Art. 5º, inciso LXXIV. Há quem defenda a substituição do termo “necessitado” para o termo “hipossuficiente”, visto que o primeiro termo coloca o indivíduo na situação pejorativa e se estivesse como pedinte. (ALVES, 2015, p. 305)

Com a crescente desigualdade que assola o país, é necessário que haja uma política de assistência jurídica gratuita para que os hipossuficientes tenham uma defesa justa. Os serviços jurídicos no Brasil costumam ser onerosos, especialmente para as famílias que não possuem recursos para custeá-los. Com isso, aquela demanda que seria resolvida e confiada a um advogado que possui capacidade postulatória, é confiada aos serviços da Defensoria Pública. Conseqüentemente, acaba evitando um endividamento emergencial para a contratação de tais serviços particulares, sendo a DP tão eficiente quanto. (PRADO, 2017, p. 76)

2.2.2 A Defensoria Pública como cláusula pétrea

Após a opressão sofrida com a Ditadura Militar, surge a promulgação da Constituição Federal de 1988, instituindo assim o Estado Democrático de Direito, estabelecendo uma ordem jurídica nova com a participação da sociedade de forma ativa. Para a preservação das liberdades individuais é necessário defender a igualdade, entretanto, com a existência da desigualdade social excessiva, a democracia plena e a igualdade se torna utópica. No mesmo íterim, há uma necessidade do fortalecimento das instituições democráticas, em especial da DP, proporcionando assim a inclusão social, efetividade dos direitos individuais e humanos dos vulneráveis. (SANTOS, 2017, p. 17)

A Defensoria Pública é o meio que a sociedade e o Estado democrático asseguram o acesso à justiça dos necessitados, garantido o mínimo existencial, tornando-se uma obrigação constitucional do Estado. Tal obrigação é uma garantia de inclusão ao ser humano, garantindo aos menos favorecidos assistência integral e gratuita, levando assim ao cidadão segurança e conhecimento dos seus direitos, para que de fato exerça a cidadania. (SANTOS, 2017, p. 18)

Conforme exposto no trabalho apresentado, houve as Emendas Constitucionais de número 45/2004, 69/2012 e a 74/2012, sendo marcos

importantes para a DP. Esses marcos validaram o que a Constituição Federal de 1988 já havia deixado separado, que foi a autonomia dessa instituição; sendo assim, regulamentado pelas emendas a sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária. (ESTEVEVES, 2017, p. 107)

Dentre essas autonomias garantidas constitucionalmente, há a autonomia funcional que assegura a atuação de maneira livre e plena, submetendo-se a CF/88, pela lei e pela conduta ética dos defensores. Essa liberdade funcional permite que os membros da Defensoria atuem com uma liberdade nas defesas dos hipossuficientes e carentes, contra o Poder Público, pessoas com dinheiro e, sobretudo poder, sem o receio de sofrer alguma sanção ou pressão externa. (ESTEVEVE, 2017, p. 108)

Ainda no plano das autonomias, a autonomia administrativa traz a DP como uma instituição extra poder, sendo vedada qualquer vinculação dessa instituição com outro órgão ou estrutura do Estado. Há uma permissão e liberdade no que diz respeito a organização da Defensoria, desde adquirir bens até a distribuição dos membros da carreira e dos servidores, sendo ela autônoma e longe da vinculação com o Poder Executivo, Legislativo ou do Judiciário, atuando livre à prática e decisão dos atos que envolvam a administração, regimentos internos e pessoais (que envolvam tal órgão). (ESTEVEVES, 2017, p. 108)

Por fim, há a autonomia orçamentária. Essa autonomia não foi expressa pelo legislador constituinte, mas a doutrina entende que dentro das autonomias administrativa e funcional há a figura da organização dos recursos destinados as suas despesas, e suas gestões dos lucros, despesas traduzidas assim em uma autonomia financeira. (ESTEVEVES, 2017, p. 110)

Tais reformas constitucionais que foram expostas reforçam a ideia de que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Defensoria Pública passa por processo intenso de evolução e amadurecimento no seu âmbito de atuação institucional. Para além dessas reformas, é importante que o ativismo prático do modelo público de prestação da assistência jurídica integral e gratuita continue sendo constante, em especial por se tratar de um país assolado na desigualdade social. (PRETI, 2021, p. 190)

Ainda nessa mesma linha, logo quando a DP foi criada pelo constituinte de 1988 era notória a atuação marcada pelo individualismo, que foi modificado após a atuação prática da instituição e das conquistas no âmbito legislativo e

jurisprudencial. Devido a esse processo, houve uma transformação da atuação institucional, sendo vista como solidarista, exemplo claro é a defesa dos necessitados e vulneráveis, sendo no texto original da Constituição somente dos necessitados economicamente. À vista disso, existe uma missão constitucional em relação à Defensoria Pública, que é a defesa do mais frágil perante a sociedade, e que muitas vezes são abandonados pela própria sociedade e pelo próprio Estado. (PRETI, 2021, p. 190)

2.3 TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS

Quando se trata do acesso à justiça, não se exaure apenas com o acesso ao judiciário. O verdadeiro acesso à justiça vai além, configura um ato de cidadania, efetivação dos direitos humanos, defesa dos direitos sociais, civis e políticos. A grande maioria da população brasileira se encontra no patamar da pobreza, além do desconhecimento dos seus direitos, gerando assim um impedimento de serem utilizados, caindo nas infelizes mazelas que assombram o país. Dizimar tal ignorância deve ser um papel primordial da Defensoria Pública. (ROCHA, 2005, p. 2)

Para reverter tamanha ignorância é necessário que o defensor público trate de maneira diferente uma pessoa que se encontra à margem da sociedade, tratando de forma igual, olhando no olho e tirando seus direitos do papel, transformando-os em realidade - há um papel transformador velado nessa conduta. Tal atitude tem um poder transformador na vida do indivíduo carente, fazendo com que o mesmo respeite o Estado e aja em conformidade com as leis vigentes. (ROCHA, 2005, p. 2)

É cristalina a vontade de superar a crescente desigualdade social e econômica que assola a sociedade contemporânea. Apesar de a vontade existir, está longe de se apresentar um meio justo e eficaz, tornando-se assim a igualdade de todos perante a Lei e a Justiça – uma das premissas constitucionais do Estado Democrático de Direito – vazia e muitas vezes utópica. Visto isso, a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, trouxe em seu pilar diversas medidas para diminuir o abismo existente, uma delas foi a Defensoria Pública. (BOHRER, 2019, p. 45)

Com o passar dos anos, a DP passou por um momento de inserção e principalmente consolidação. Tal instituição tem uma atuação, atualmente, muito

forte, sendo assim um alicerce da sociedade – embora ainda enfrente diversas situações atípicas e que não são fáceis de superar – a mesma tem seguido de forma progressiva, contínua e essencial. Tal força que a Defensoria possui reforça um perfil do regime democrático, em que pese o objetivo da mesma não se limita nos economicamente hipossuficientes e sim a todo grupo que sempre possuiu seus direitos violados, direitos inerentes e fundamentais, representando a massa e a maioria: as minorias sociais. (BOHRER, 2019, p. 46)

Com a preocupação do ser humano ser visto como indivíduo parte do mesmo meio e não apenas de certo grupo social, fica cada vez mais latente e forte no bojo da sociedade a promoção de direitos fundamentais e garantia da dignidade do ser humano. Visto isso, a Defensoria Pública, que atende aos necessitados, não poderia ficar de fora dessa visão renovadora e justa, sendo assim, a Lei Complementar de número 80, de 12 de janeiro de 1994, trouxe funções de extrema importância, alinhadas com tal vertente. É o exposto:

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:
I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;
II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;
III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e
IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Diante do exposto, com a LC 80/94, em seu artigo 1º, já fica claro que é dever da Defensoria promover orientação jurídica e defesa dos direitos humanos em todos os graus. Além de ser de forma integral e gratuita aos necessitados que comprovarem insuficiência de recursos, vide inciso LXXIV do artigo 5º da CF/88. (BRASIL, 1994, Art. 1º)

De acordo com os diplomas expostos acima, a Defensoria Pública contribui de forma fundamental na efetivação do Estado Democrático de Direito, levando informação e conhecimento para a parcela que é excluída e sofre de alguma vulnerabilidade. O Poder Judiciário atua de modo a efetivar as garantias constitucionais em que pese a participação dos indivíduos nas demandas judiciais, já a proteção desses indivíduos, com foco nos hipossuficientes ou que tenha algum grau de vulnerabilidade, cabe a DP fortalecer os direitos fundamentais de forma igualitária, colaborando a efetivação das garantias de natureza social. (SANTOS, 2017, p. 15)

Não restam dúvidas de que a Defensoria Pública é uma instituição que combate a pobreza, na área criminal ou em qualquer outra que exija capacidade postulatória na demanda, pois evita que as famílias carentes e que não possuem recursos financeiros de se endividarem para custear honorários advocatícios, sendo, muitas vezes, em único ato do processo uma parcela significativa do salário de tal indivíduo. É importante ressaltar que os defensores públicos têm o mesmo compromisso com o assistido, podendo ser comparado em termo de qualidade oferecida pelos advogados particulares, reforçando a ideia de que a DP é um órgão essencial à justiça e à sociedade. (PRADO, 2017, 77)

Devido a isso, é importante fazer um paralelo com o advento da segunda onda do acesso à justiça mundial, que tem como base os direitos da “terceira geração”, em que houve a necessidade de romper paradigmas jurídicos, em especial no que trata do direito processual. Esse rompimento teve como objetivo a defesa desses novos interesses sociais, necessitando assim a inversão da concepção individualista dos direitos, criando uma nova consciência da participação social dos indivíduos carentes na sua própria cidadania, papel esse que era reservado ao Estado, reforçando dessa maneira as transformações sociais. (ALVES, 2015, p. 61)

2.3.1 Sujeitos processuais

Dentro da sociedade hodierna e com recorte no Estado Democrático de Direito, pode-se fazer uma referência a um triângulo pelo qual em cada um dos seus vértices se encontra uma instituição estatal essencial aos indivíduos que compõem a sociedade e que são extremamente necessários. Sendo eles: o Ministério Público, a Magistratura e a Defensoria Pública. Para que a sociedade seja efetivamente livre, justa e solidária, as três instituições ora mencionados deverão ser livres para atuar de forma integral, sendo qualquer impedimento uma afronta ao Estado Democrático de Direito e ineficiência das políticas públicas. (ROCHA, 2005, p. 1)

Além desse triângulo, é necessário trazer os tipos de sujeitos dentro do processo criminal e como contribui de fato para a transformação social. O primeiro conceito é o sujeito ativo, aquele que realiza o ato descrito no tipo penal incriminador, excluindo os animais e coisas por não terem o elemento da vontade para se configurar como sujeito ativo de crime nem autores de ações penais. Entra

em discussão se as pessoas jurídicas configurariam sujeito ativo do crime ou não, em que uma corrente defende que não, por não possuir vontade – não sendo possível configurar dolo nem a culpa – devido as penas não poderem ser privativas de liberdade, entre outras questões. E há quem defenda a possibilidade de a PJ responder por algum delito, visto que as pessoas jurídicas têm vontade, ainda que não seja possível reconhecer o dolo e a culpa, existem precedentes no ordenamento da responsabilidade objetiva e as penas privativas de liberdade não são as únicas penas no ordenamento. (NUCCI, 2020, p. 231)

Ainda nesse sentido, no Brasil, a jurisprudência tanto do STF quanto STJ tem caminhado na direção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, permitindo que o processo-crime exclusivamente contra a pessoa jurídica, sem necessariamente envolver a pessoa física. Além disso, o legislador adotou uma espécie de camuflagem de tal tema na adoção da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), tipificando vários crimes de corrupção, mas com título de atos lesivos cometidos por pessoa jurídica. (NUCCI, 2020, p. 233)

Feita a explanação do primeiro conceito em relação ao sujeito ativo e suas divergências, Guilherme de Souza Nucci traz em sua obra o segundo conceito de sujeito, sendo o passivo. É o titular do bem jurídico que está sendo protegido pelo ordenamento e que foi violado. O sujeito passivo se divide em formal, que é o titular do interesse jurídico de punir, o qual é a figura do Estado; e há o sujeito passivo material, que é o titular de fato do bem jurídico que foi lesado. Essa divisão pode se repetir sempre que houver evidências de eventual lesão.

Com isso é entendido que o processo é uma relação jurídica que deverá seguir o rito normal levando em conta os princípios constitucionais e seu olhar para a sociedade. Nessa relação jurídica processual penal, para facilitar esse segmento, os sujeitos processuais se relacionam mutuamente, sendo todas as pessoas que atuam no processo, como o juiz, as partes, auxiliares da Justiça e testemunha. É possível classificar os sujeitos processuais em dois critérios, sendo os principais ou essenciais, que é a figura do juiz, o acusador e o acusado (regularmente com seu advogado ou Defensor Público), por óbvio sem a existência deles não havia uma relação jurídica processual regularmente constituída. E os sujeitos processuais secundários ou acessórios ou colaterais, que poderão entrar na demanda com um objetivo específico, como o assistente de acusação, estagiário, terceiro interessado. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 1.149)

2.3.2 Princípio da isonomia

O artigo 5º da Constituição Federal traz o princípio da isonomia em seu *caput*, assegurando a igualdade de todos perante a lei, sem a distinção de qualquer natureza. É notório saber que a igualdade perante a lei não se limita na aplicação da norma e sim a igualdade na aplicação do direito, levando tratamento aos iguais, mas desigual aos desiguais, na medida em que esses possuem suas desigualdades. Logo, o grande objetivo desse entendimento é a proteção de personagens que historicamente sofrem com algum desamparo do Estado, dentro da própria sociedade. (CUNHA, 2015, p. 98)

Além do artigo 5º *caput*, dentro da CF/88, há o artigo 19, III, que afirma a proibição dos entes da federação promover distinções entre brasileiros ou ofertar privilégios a um com condições de semelhança. Ao se falar em igualdade, não cabe suscitar a utopia de que todos são iguais no sentido literal, seria impossível, já que cada indivíduo possui características, vivências, jeitos diferentes. Diante do exposto, pode-se concluir que a regra é a diferença, sendo dever do Estado defender sem distinção e sem seletividade, não definindo quem age de forma correta e de forma errada seguindo padrões, sem querer torná-los todos iguais e nem promover qualquer discriminação entre as pessoas. (ZAPAROLI, 2018, p. 21)

Em conformidade com o princípio da isonomia, há uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe em que houve uma prisão dos réus em 2012 por supostamente estarem traficando, entrando na tipificação do artigo 33 da Lei.11.343/2006. Foi impetrado *Habeas Corpus* para os pacientes que supostamente praticaram o delito, tendo sido efetivada a soltura de quase todos, todavia não houve a soltura de um deles. Ato contínuo, foi impetrado outro HC em favor do paciente que não havia sido liberado, alegando assim constrangimento ilegal e requerendo a extensão do benefício da soltura da prisão preventiva. Por força do princípio da isonomia, em que não pode haver distinção entre pessoas, e pelo fato do outro paciente se encontrar em questões processuais na mesma linha dos outros, foi impetrado o HC e o paciente pôde responder em liberdade junto com os outros.

Fazendo relação ao julgado ora exposto, o princípio da isonomia deverá ser evidenciado com o princípio da paridade das armas, que regulamenta o tratamento isonômico das partes no desenvolver processual que as mesmas fazem parte. Essa

igualdade é considerada material e deve sempre ter a consciência que os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades. Uma mudança significativa para o fortalecimento desse princípio foi o advento do artigo 134 da CF/88, que assegura a autonomia da Defensoria Pública e paridade com o MP, saindo da condição de pedintes, esperando a boa vontade do Poder Executivo para efetuar suas funções, mesmo que de forma mínima. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 48)

O princípio da paridade de armas poderá ser sinônimo de isonomia no processo penal. Todavia, a paridade de armas possui características a mais, quando se trata do réu, assegurando os mesmos instrumentos garantidos à acusação, possibilitando uma real igualdade. É necessário delimitar cada um dos princípios, em especial o de paridade de armas para que seja o cerne do direito processual penal constitucional, garantindo maior efetividade, prevenindo a possibilidade de haver desigualdades entre o imputado e sua defesa, sendo meros coadjuvante e decoração da persecução penal. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 49)

Nesse mesmo sentido, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em seu Recurso Extraordinário com Agravo indica que o Supremo faz uma associação entre a isonomia e a paridade de armas:

A isonomia é um elemento ínsito ao princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CRFB), do qual se extrai a necessidade de assegurar que as partes gozem das mesmas oportunidades e faculdades processuais, atuando sempre com paridade de armas, a fim de garantir que o resultado final jurisdicional espelhe a justiça do processo em que prolatado

Para dar efetividade ao princípio da isonomia jurídica, a abrangência relativa ao direito de assistência jurídica em geral deverá ser o mais amplo possível. Essa efetividade dar-se-á pelo impedimento das desigualdades sociais e econômicas evidenciadas na sociedade hodierna, para que não se tornem um problema no que cerca o exercício dos direitos oferecidos a todos os brasileiros, garantidos por diplomas normativos. Logo, todos os serviços que são oferecidos para pessoas que possam adimplir com as custas devem ser igualmente asseguradas pelo Estado aos necessitados, através da Defensoria Pública. (ALVES, 2015, p. 313)

Ainda nesse prisma, Cleber Francisco Alves relembra que o princípio da isonomia está assegurado em diversas situações, como na segurança do indivíduo

ter sua demanda defendida em qualquer área do direito, seja para representar em juízo seja para mera orientação ou informações pessoais que o cidadão possa ter em relação a eventual problema jurídico, de forma integral e gratuita. Além de ser assegurado que até o final do litígio a Defensoria prestará todo o serviço para o mesmo, incluindo todas as instâncias que o processo passe eventualmente, de forma competente e sempre com foco nos direitos humanos e direitos dos vulneráveis.

3 USUÁRIO E TRAFICANTE

Ao adentrar o mundo das drogas é necessário que o usuário crie uma rede de apoio para o uso, visto que é ilegal tal ato. Em razão deste fato, quando o usuário começa a utilizar a droga de forma mais constante e sistemática, torna-se necessária adentrar a um grupo que forneça a droga ou uma conexão direta com os traficantes. Ao comprar com o traficante a economia financeira do usuário se faz presente, porque não há intermediadores para tal transação. No entanto, ao manter contato com esse operador das drogas ilícitas, o indivíduo acaba se tornando exposto e o conseqüente perigo de prisão se torna inerente e constante, sendo esse perigo um grande impeditivo para seguir nesse caminho de contato direto. (BECKER, 2008, p. 74).

Eventualmente, quando o traficante é preso, o uso regular por parte do usuário é interrompido, abandonando o uso por um certo tempo até encontrar uma nova fonte de fornecimento. Com a criminalização do tráfico, há um controle evidente sobre o uso regular, refletindo de maneira indireta a dificuldade do acesso a ela, controlando o consumo, não dissuadindo o usuário de forma direta, mas de forma indireta com a fonte de drogas ceifadas. (BECKER, 2008, p. 75).

Howard Becker, em sua obra, traz uma ideia de limitação do uso da droga por parte dos usuários pelo critério do medo que sentem. O medo existente, seja ele real ou momentâneo, apresenta-se no momento hipotético dos não-usuários de sua convivência descubram e reajam de maneira punitivista com essa atitude. Cada estágio de usuário dentro da sociedade ocorre da maneira que esses medos são sanados, sendo fortalecido com a ideia de que essa prática pode ser mantida em segredo com facilidade, tornando o medo irreal e excessivo. Por conseguinte, alguns estão protegidos pela sua participação social das drogas em segredo e outros estão completamente integrados ao grupo desviante, não sendo necessário segredo desse fato.

Carl Hart, em sua recente obra intitulada “Drogas para adultos”, traz o estigma ora suscitado com o consumo aberto de substâncias ilícitas contadas pelos usuários. As drogas podem produzir efeitos negativos e positivos, atribuir que uma droga é melhor ou pior que a outra é um erro que precisa ser sanado. O grande estigma existente na sociedade é que a maconha é a melhor droga para se utilizar, ao

contrário, por exemplo, da heroína, mas fazendo uma análise psicológica e até mesmo medicinal, é muito mais provável que a maconha cause paranoia temporária ou alterações visuais do que a heroína, assim como uma pessoa sofrendo por disenteria a heroína seria uma escolha óbvia para salvar a vida. Diante do exposto, é ignorante quem defende que a maconha é superior a qualquer outra droga, diminuindo também as chances de as pessoas serem sinceras com uso de substâncias além da maconha e, eventualmente, buscarem suporte.

Hart continua em sua obra tratando do tema dos usuários que se sentem incomodados com o julgamento da sociedade e acabam não abrindo o seu uso atual de drogas. Em meios fora da arte, existe uma falsidade institucionalizada no sentido da mentira do uso da droga, em que pese em alguns países que o uso é permitido, é aceito e até mesmo saudado que uma pessoa divulgue honestamente seu uso de drogas no passado – incluindo candidatos à presidência. Mas nesse mesmo panorama, em um país que a política contra as drogas é muito intensa, caso alguém chegasse com o discurso que já utilizou drogas ou utiliza, seria severamente criticada.

Ao se tratar de usuário e traficante, torna-se necessário fazer uma diferenciação entre a descriminalização e a legalização. Não são sinônimos, sendo muitas vezes confundidas por leigos. A legalização permite a venda, aquisição, uso e posse legal de drogas, já a descriminalização preconiza que a venda de drogas é ilegal, vindo a ser, deste modo, um delito a ser sanado pelo Direito Penal. Um exemplo claro de legalização de drogas são as políticas dos países que regulam o álcool e o tabaco para maiores de idade. (HART, 2021, p. 51)

O tráfico de drogas, que é uma conduta criminalizada, em territórios periféricos tem resultados desastrosos, especialmente pelo combate ao crime organizado e ao tráfico, onde os policiais agem de maneira dura e ostensiva, utilizando primariamente a violência, além de inúmeros casos de corrupção dos agentes. Esse tipo de comportamento – claramente seletivo – não é evidenciado nas demais camadas sociais, ignorando completamente a incidência quanto ao uso e ao tráfico dos ricos ou classe média, recheados de privilégios. (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2019, p. 38)

Também, é importante trazer um ponto sobre os usuários de drogas e os programas e políticas existentes para “recuperar” esse indivíduo, com o objetivo da abstinência. O orçamento público é gasto com o objetivo de ajudar as pessoas

viciadas, através de internações em hospitais ou comunidade terapêuticas, sendo incapazes de entregar afeto e minimizar o sofrimento de quem faz uso das substâncias ilegais de forma abusiva. Pesquisas cada vez mais recentes demonstram que os usuários em situação de extrema vulnerabilidade sofrem de fato não pelo uso abusivo da substância ilegal e sim com a violência, ausência de direitos mínimos, falta de alimentação, lazer e moradia. (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2019, p. 39)

Ainda nesta mesma linha de tratamento ofertado pelo próprio Estado, Nathalia Oliveira em conjunto com Eduardo Ribeiro, lembram que esses equipamentos e tratamentos em regime fechado para os usuários, inúmeros deles são denunciados há anos pelas organizações de direitos humanos, por graves violações psicológicas e até mesmo de forma física. Essas violações perpassam até mesmo o agente, indo contra os seus familiares e quebrando todas as garantias constitucionais inerentes aos seres humanos.

O Brasil, desde os primórdios, é explorado pelo capital estrangeiro e conseqüentemente gera desigualdades sociais, cujo autoritarismo da burguesia impera. Não há como negar um grande impacto social no setor das drogas e do tráfico ilícito, atingindo diretamente a população negra e as que vivem à margem da sociedade. Diante de tal fato, surge uma necessidade de buscar por modelos alternativos no combate de drogas, assegurando assim, o respeito à dignidade dos direitos humanos. (ALVARENGA, 2018, p. 125)

Com a ilegalidade das drogas na sociedade contemporânea, cria-se, por lógico, barreiras que tornam a droga de difícil acesso, sendo um obstáculo de quem deseja utilizá-la. Os efeitos para quem desobedece pode ser nocivo, sendo a prisão e o encarceramento conseqüências possíveis, além da sociedade taxar com características típicas de usuários de drogas, deixando de lado e sofrendo as conseqüências pela sua escolha. (BECKER, 2008, p. 70)

Isto posto, a sociedade e o direito penal – que proporciona a segurança jurídica – devem ser vistos como meios capazes de assegurar os direitos e deveres de forma sancionadora e ainda mais fiscalizadora, levando segurança e moral a todos que regem a sociedade. Assim, sua estrutura deverá ser analisada de forma igualitária, sob a ótica de uma sociedade mais justa, garantindo o mínimo para aqueles que a compõe, cabendo ao Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade e convencionalidade de acordo com os direitos humanos,

enquadrando isso nas questões dos usuários e traficantes no ordenamento contemporâneo.

3.1 LEI DE DROGAS

A Lei de Drogas (Lei número 11.343/06), que entrou em vigor no ano de 2006, retratou uma forma alternativa de redução de danos, traçando assim uma estratégia para os direitos dos usuários. Em seu artigo 28 trouxe uma despenalização do usuário, não prevendo encarceramento para quem consome a droga. Essa figura muda quando se trata do delito de tráfico, sendo esta uma das causas de um encarceramento exacerbado no Brasil; o artigo 33 ficou encarregado de aplicar o tipo penal do tráfico. A sua aplicação e interpretação é do juiz, em cada caso concreto, levando assim uma falta de critério para distinguir entre usuário e traficante. (ALVARENGA, 2018, p. 125)

Diante dessa insegurança jurídica, o princípio da ampla defesa, regulamentado com a Constituição Cidadã de 1988, é tão importante no ordenamento jurídico e deve ser defendida por todos. O Código de Processo Penal previu a necessidade de nomear um defensor para representar no processo caso o acusado não apresente sua defesa no prazo legal, artigo 396, inciso 2º. Esse pensamento acompanhou, inclusive, na Lei de Drogas em seu artigo 55, inciso 3º, que reforça a ideia já trazida pelo CPP, que a ampla defesa deve ser defendida e que na ausência de uma resposta haverá um defensor zelando para aquela demanda não seja perdida, garantindo então o direito do réu. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 53)

Porém o sistema muitas vezes não cumpre com a ampla defesa, e a Criminologia Crítica define a seletividade do sistema penal como uma desproporção no agir do Estado em relação a um certo grupo de indivíduos, deixando de fora ou atingindo de maneira singela quem realmente é autor dos crimes. Esses mecanismos de escolha se apresentam de maneira semelhante aos de exclusão socioeconômica, trazendo para pessoas que preenchem um tipo de perfil de classes baixas e com as minorias sociais. Trazendo tal seletividade para os crimes relacionados a Lei de Drogas, e com um critério distintivo entre usuário e traficante muito vago, somados com o clamor da população pela repressão do tráfico de

drogas, acabou gerando a prisão de vários agentes que correspondem ao estereótipo de criminoso; enquanto entre a escolha do tipo penal mais benéfico e os mais severos, a alternativa mais utilizada foi o mais severo. (PRADO, 2013, p. 60)

O presente trabalho tem como foco o porte para uso próprio, regulamentado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 e o tráfico ilícito de drogas, regulamentado pelo art. 33 da Lei 11.343/2006. Fazendo uma análise sobre esses dois artigos, é possível notar o núcleo semelhante, tendo como elemento distintivo a destinação da droga, que irá diferenciar entre tráfico e usuário. Contudo ainda há uma zona cinzenta no que tange a obrigatoriedade do réu da inversão do ônus da prova, visto que a finalidade especial do porte de drogas é especificada com o consumo pessoal, mas não há a mesma previsão para o tráfico, entrando em desacordo com o princípio da ampla defesa e do devido processo legal, pois é dever da acusação – constitucionalmente – provar que houve o delito do tráfico, e não o contrário. (PRADO, 2013, p. 55)

As espécies de atos ilegais que estão disciplinados na Lei de Drogas foram trazidas na CF/88 seguindo o artigo 243, que qualquer propriedade rural e urbana na qual a função seja o plantio de plantas ilegais ou exploração de trabalho escravo na forma da lei, serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e programas sociais, como a de habitação popular. Além disso, qualquer valor ou bem que seja fruto do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, além da exploração de trabalho escravo será revertido a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. Foi moldada a redação pela EC 81/2014. (NUCCI, 2020, p. 963)

O sistema penal adota um critério progressivo da reinserção do sentenciado à sociedade, sendo na ordem correta o regime fechado de cumprimento da pena. Após os requisitos legais deverá haver promoção para o regime semiaberto, aberto e como última etapa receberá o livramento condicional. Essa não é espécie de regime prisional, o livramento prisional é um instituto despenalizador que antecipa a saída do preso. Diante disso, a Lei de Drogas regula o livramento condicional em seu artigo 44, regulamentando que os condenados dos artigos 33, *caput*; parágrafo 1º; art. 34; e art. 37 terão o livramento após cumprimento de 2/3 da pena, sendo vedado a concessão ao reincidente específico. (MIRANDA, 2021, p. 205)

Rafael de Souza Miranda faz uma ressalva no que trata do reincidente específico, sendo objeto aqueles que foram condenados definitivamente pela prática de um dos crimes dispostos no art. 44 da Lei de Drogas, que posteriormente cometa

de novo o mesmo crime. É importante fazer distinção no que tange o artigo 83, inciso V, do CP, pois o mesmo veda a concessão do livramento condicional aos reincidentes dos crimes dispostos, sendo muito mais ampla que na Lei de Drogas. E pela Lei 11.363/2006 ser especial em relação ao CP, deve prevalecer a Lei. Sendo assim, caso alguém seja condenado definitivamente por um crime hediondo e venha ser condenada por tráfico ilícito, a pessoa terá direito ao livramento condicional porque a reincidência específica está disposta no art. 44 da referida Lei.

Ainda sobre artigos importantes e que trazem segurança jurídica para o agente, a Lei de Drogas traz em seu artigo 45 os requisitos legais da inimputabilidade. Sendo adotado o critério biopsicológico – o mesmo adotado pelo Código Penal – para ser inimputável devem estar presentes todos os requisitos de forma cumulativa, sendo o biológico, que é ser dependente da droga ou ter agido sob o efeito da mesma; o requisito psicológico, que o agente é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato; e o requisito final é o temporal, que os dois requisitos ora expostos devem estar presentes no momento do crime. Entretanto, essa Lei não previu o procedimento para o reconhecimento da inimputabilidade, devendo ser aplicado o regramento do Código de Processo Penal. (MIRANDA, 2021, p. 212)

Com o passar dos anos houve um endurecimento do sistema penal brasileiro baseado no modelo norte-americano de controle do crime, tendo como consequência a Lei dos Crimes Hediondos de 1990 (Lei n. 8.072/90), equiparando o tráfico ilícito de entorpecentes como crimes hediondos e mais graves. Com isso, houve uma série de consequências para o acusado nesse quesito, como a proibição da liberdade provisória, anistia, indulto e fiança, além da impossibilidade de progressão de regime prisional, tendo como consequência um crescente número do sistema penitenciário. (RODRIGUES, 2006, p. 157)

Na mesma seara, Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues relembra que apesar do início da década de 90 ser marcada pelo discurso de “lei e ordem”, o ano de 1995 trouxe um novo modelo de Justiça Penal, sendo os crimes apenados em até um ano de competência dos recém-criados JEC’s (Juizados Especiais Criminais), com procedimentos mais rápidos e por meio de conciliação. Surgiu assim a transação penal, em que o MP antecipa a pena de forma alternativa, não gerando antecedentes para delitos com pena máxima de até um ano. Dessarte, surgiu também *sursis* processual, suspendendo o processo por dois a quatro anos, para

crimes com pena mínima de até um ano. Esse último fato – o *sursis* – foi um feliz avanço para o usuário de entorpecentes, dado que a suspensão do processo não era geradora de reincidência após o cumprimento integral das condições determinadas.

A grande questão da suspensão do processo não resolvia o problema do dependente de drogas, sem condições de controlar seu vício, acabava cometendo o mesmo crime, tendo seu benefício suspenso, não levando em conta a realidade dos fatos e a falta de uma política de controle de drogas para um viciado. (RODRIGUES, 2006, p. 159)

Trazendo a discussão para o campo da atualidade e conseqüente preocupação com o viciado, é importante trazer o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. O principal objetivo que essa intuição tem é a reinserção social dos usuários e dependentes de drogas e a articulação da repressão do tráfico ilícito de drogas, fazendo uso dos princípios que regem a sociedade, como os direitos fundamentais da pessoa humana, respeito à diversidade, autonomia e liberdade, valores éticos, culturais, de cidadania do povo brasileiro, dentre outros. (MIRANDA, 2021, p. 29)

3.1.1 Evolução histórica

É ingenuidade pensar que a droga é um problema recente, a cada nova evolução de sociedade a droga vem acompanhando os indivíduos que a compõe. Nos primórdios, as drogas advinham das plantas e dos animais, após a evolução da espécie humana foram surgindo novas drogas e novos meios de utilizá-la. É importante frisar que as diferentes drogas variam de época e meio social de quem as utiliza, e devido ao problema social que se originou, a humanidade se viu na obrigação de conter o avanço por meio de uma coerção social, que são vistas como as leis vigentes. (GONÇALVES, 2012, p. 2)

Fazendo um recorte no Brasil, pode-se evidenciar que desde a colonização já eram vistos meios para tratar do tema. Um primeiro exemplo disso são as ordenações Filipinas, sendo a primeira legislação a vigorar no Brasil em 1532, em que proíbe a venda de diversos produtos ditos como ilícitos à época, como o ópio. Logo após as Ordenações Filipinas entrou o Código Penal do Império, pós-proclamação da independência, foi outorgada a Constituição de 1824. Com o

liberalismo muito marcado nessa época, serviu como base para a criação do primeiro Código Criminal pátrio, em 1830, apesar de não trazer a questão de drogas, em 1851 foi recebido um regulamento que tratou da venda de medicamentos e substâncias, mas como medida de políticas sanitárias. Após a Lei Áurea, abolindo a escravidão, houve uma necessidade de criação de um novo código, surgindo assim o Código Penal de 1890, que dispunha sobre a questão das drogas. (GONÇALVES, 2012, p. 5)

O artigo 159 do Código Penal de 1890 descrevia e regulamentava sobre a pena prevista para quem ministrava ou vendia as substâncias:

Art. 159. Expor á venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários: Pena – de multa de 200\$000 a 500\$000.

Ato contínuo, embora o termo utilizado não seja de drogas, é necessário fazer uma análise em cada caso concreto e principalmente em cada época. A sociedade da época enxergava dessa forma, tanto que em 11 de janeiro de 1932 foi alterado o termo de sustância venenosa para substância tóxica, através do decreto de número 20.920/32. O Código Penal de 1940, que foi promulgado no período em que o Brasil se encontrava em ditadura civil, não foi tão afetado por este fato, visto que o mesmo foi criado por ilustres juristas defensores de um direito punitivo democrático e liberal. O crime de drogas foi regulamentado sob o título “Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecente”, trazendo em seu bojo a comercialização como fator principal. (GONÇALVES, 2012, p. 10)

As transformações nas políticas de combate as drogas não ficaram por aí, em 1971 surgiu a Lei 5.726, que tratou de diferenciar a posse de drogas da comercialização da mesma. Em 21 de outubro de 1976, surge a Lei 6.368/76, revogando o artigo do 281 Código Penal de 1940 e a Lei 5.726/71. A chamada Lei de Tóxico continua a separação dos delitos de tráfico e do uso próprio, traçando também uma política de repressão que visava a diminuição das condutas que colocavam em risco a saúde. Importante salientar que ambas as condutas neste dispositivo são combatidas com prisão. No dia 11 de janeiro de 2002, surge a Lei 10.409, que teve como principal objetivo a contenção do alastramento das drogas na sociedade. Também, além da Constituição Pátria de 1988, houve um olhar para a

vigência da lei dos crimes hediondos, tratando assim o narcotráfico de forma mais bruta. (GONÇALVES, 2012, p. 12)

E no dia 23 de agosto de 2006, entra em vigor a Lei 11.343/06, revogando as leis ora vistas no presente trabalho, permanecendo alguns dispositivos de leis promulgadas das leis revogadas. A Lei de Drogas trouxe o princípio da cooperação, percebendo assim um sistema mútuo no que diz respeito aos órgãos públicos, sociedade civil e agente que cometeu o ilícito. Também, um importante marco nessa lei foi a flexibilização dos usuários e dependentes químicos, que saíram da pena de detenção para outros meios alternativos, configurando assim um modelo de justiça restaurativa. Não foram alterados os tratamentos no crime de tráfico, apenas o aumento da pena mínima de três para cinco anos e a pena de multa também cresceu. (GONÇALVES, 2012, p. 16)

3.1.2 Conflito aparente das normas

Dentro do ordenamento contemporâneo existem diversas situações que se encaixam em mais de um dispositivo legal, gerando por consequência um conflito aparente de normas. A palavra aparente é vista sob a ótica da vedação do *bis in idem*, onde só incidirá uma norma e não um concurso de normas. Esse quesito não se confunde com sucessões de leis penais no tempo, no conflito aparente de normas há uma disputa entre leis vigentes, e no segundo caso se apresenta entre a lei vigente e a lei revogada. (NUCCI, 2020, p. 207)

Ainda dentro do conflito aparente da norma há o princípio da especialidade, respaldado no artigo 12 do Código Penal, determinando que em casos concretos que exista uma lei geral e uma lei especial, a lei especial seja aplicada. E o que diferencia uma da outra são os elementos existentes, enquanto a lei especial possui todos os elementos existentes da lei geral, ela possui outros particulares, tornando-se distintas. Um exemplo disso é quando um indivíduo importa uma certa quantia irregular de drogas, existem dois tipos penais que poderia o legislador enquadrar o sujeito: o artigo 334 do Código Penal, que configura um crime de contrabando ou descaminho, e o artigo 33 da Lei 11/343/06, que configura crime de tráfico de drogas. Neste caso, a lei que deverá ser aplicada é a Lei de drogas por se tratar de uma lei especial que trata exatamente do produto (drogas) em questão. (NUCCI, 2020, p. 208)

O autor Rogério Grecco em seu livro retrata os princípios basilares do conflito aparente de normas. Princípio da especialidade é quando a norma especial afasta a aplicação da norma geral; já o princípio da subsidiariedade se apresenta quando há impossibilidade de aplicação da norma principal mais grave, aplicando assim, de forma subsidiária a menos grave. Sobre o princípio da subsidiariedade, o autor faz uma crítica no sentido de que não possui utilidade à medida que os problemas dessa natureza se resolvem com o princípio da especialidade. Além desses dois supracitados, o mesmo traz o princípio da consunção, quando outro fato delituoso será alvo da punibilidade, sendo absolvido o crime meio ou antefato e pós-fato impuníveis. Desta maneira, o princípio da alternatividade, quando o tipo penal prevê mais de uma conduta em seus núcleos, imputa o agente apenas uma vez e não em concurso material.

Quando existe determinado fato e o mesmo se resolve por mais de uma norma (vigente), fala-se em concurso ou conflito aparente das normas penais. Conforme a frase anterior e o título da seção presente, a palavra “aparente” tem um foco especial, pois não há o que se falar em conflito efetivamente no caso concreto, uma vez que apesar de duas ou mais normas se aplicarem no delito, de fato, apenas uma vai servir. Com isso, o conflito deverá ser resolvido por meio da análise de princípios, sendo eles o da especialidade, da subsidiariedade, da consunção e o da alternatividade. (GRECCO, 2019, p. 76)

Existe, também, o conflito aparente de normas processuais penais dentro da Lei de Drogas. Caso fosse resolvido por meio do critério de cronologia, de forma pura, todos os artigos conflitantes da Lei 11.363/2006 em relação ao CPP, seriam revogados – visto a data de publicação da redação dos dois diplomas normativos. Portanto, a solução mais harmônica e justa foi regulamentada pelo art. 48 da Lei de Drogas, que trata da omissão de procedimento penal, havendo a inconstitucionalidade das disposições especiais existirá uma lacuna para a aplicação acessória do Código de Processo Penal. (PRADO, 2013, p. 127)

3.2 ARTIGOS 28 E 33 DA LEI 11.343/2006

Dentro da Lei 11.343/06 tem a figura do usuário, que é quem adquire, guarda, transporta, a droga que não possui autorização legal, mas que seja evidenciado para

o consumo próprio. Quando o usuário é levado para a autoridade policial, as penas culminadas são: advertência sobre os efeitos das drogas, prestações de serviços à comunidade e medidas educativas de comparecimento a programas educativos. O inciso 2º do art. 28, autoriza o juiz a fazer uma análise do caso concreto, desde a quantidade da substância, local, condição que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais pessoais, a conduta do agente e os antecedentes. Com isso, o juiz vai enquadrar em determinado tipo penal da Lei de Drogas, fazendo uma leitura dos fatos que a compõe. (BRASIL, 2006, Art. 28)

Ainda na mesma análise da Lei de Drogas, para o indivíduo que importa, exporta, produz, vende, oferece, ainda que gratuitamente, drogas sem autorização legal para tal acaba respondendo por reclusão de cinco a quinze anos, além de pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. Percebe-se que o sujeito deverá ter o intuito de passar a droga, seja de forma onerosa ou gratuita, quando envolve um terceiro direto na relação passa a vigorar o artigo 33 da Lei de drogas. (BRASIL, 2006, Art. 33)

Nas infrações de menor potencial ofensivo – penas máximas em até dois anos, havendo multas ou não e também as contravenções penais – ocorrerá o termo circunstanciado em vez de lavrar o auto de flagrante. Nesse sentido, a Lei de número 11.343/2006, o indivíduo que possua para uso próprio entorpecentes ou condutas semelhantes que se identificam com o artigo 28 da referida Lei, não se lavrará o auto de prisão em flagrante, e sim o termo circunstanciado e requerendo exames necessários. Ainda nessa mesma Lei, em seu artigo 48, inciso 2º, o autor deverá ser encaminhado para a autoridade judicial para que haja a lavratura do termo, na ausência desse, as providências serão de competência do delegado, vedando a detenção do agente – inciso 3º. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 1.231)

Seguindo o raciocínio, o usuário de drogas deve ser visto como uma questão de saúde pública, não sendo um fator que a autoridade policial deve intervir. Com isso, a nova Lei de Drogas prioriza o juiz para realizar o procedimento, em vez da autoridade policial. O usuário de entorpecentes não deve ocupar a polícia, ficando a mesma de forma subsidiária em relação ao papel que o magistrado possui nesse critério. Além disso, é importante ressaltar: mesmo que o agente se negue a assumir o compromisso de comparecer aos juizados, não poderá ser detido, porquanto a prisão do usuário de droga é vedada. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 1.231 *apud* GOMES; BIANCHINI; CUNHA; OLIVEIRA, 2006, p. 216)

A Lei de Drogas traz diversos critérios para caracterizar o consumo pessoal deixando de lado as características sobre o tráfico. O artigo 28, inciso 2, assegura que a autoridade tenha como base três elementos: a droga em relação a natureza e a quantidade, a conduta em relação ao local e condições que se apresentou a ação e o agente em relação à conduta, antecedentes e circunstâncias sociais e pessoais. Sobre esse último ponto das circunstâncias, é possível fazer uma leitura de critérios abertos, deixando mais livre a autoridade competente definir o uso próprio. (PRADO, 2013, p. 56)

Quando algum agente é preso provisoriamente e denunciado por tráfico ilícito de drogas, entrando no artigo 33 da Lei 11.343/2006, ainda não há uma certeza no tipo penal que o mesmo responderá. Entretanto, não é difícil que aconteça ao final da instrução a desclassificação do juiz perante o crime, passando de tráfico para a infração do artigo 28 da mesma Lei, configurando o agente como usuário e não traficante. Ao entrar no tipo penal do art. 28 é sabido que não há pena privativa de liberdade para tal ato, então é aplicado o princípio por analogia chamado *in bonam partem*, a detração imprópria, em benefício do réu, descontando a pena de multa em razão da prisão provisória, não tendo o usuário mais nada a cumprir. (NUCCI, 2020, p. 571)

Daniel Nicory do Prado traz em sua obra um fato que ocorreu com o desdobramento da vigência da Lei 11.343/2006, o aumento carcerário em razão do delito de tráfico de drogas. Desse modo, com a despenalização da cadeia em relação ao usuário, as autoridades competentes – ou incompetentes sob uma certa ótica – não tendo a necessidade de comprovação da destinação comercial da droga e dos critérios vagos, no que tange o uso próprio; houve um efeito colateral danoso ao agente, sendo muitas vezes enquadrado de forma errônea a um delito que não foi cometido.

Ainda sobre o usuário de drogas é importante salientar como o artigo que regulamenta esse grupo é incompatível com a Constituição Federal de 1988. Ao criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal, houve uma clara violação no que tange a intimidade e a vida privada das pessoas, dever expresso no art. 5º, inc. X, da CF/88. O Estado não pode legislar sobre condutas que afetam a vida da pessoa de forma singular, como ocorre com a pessoa que tenta suicídio ou que pratica a autolesão, ademais, o direito penal está para tutelar os bens jurídicos mais relevantes à sociedade. (MIRANDA, 2021, p. 48)

De forma contínua, Rafael de Souza Miranda relembra do princípio da ofensividade que trata das condutas que lesionam e expõem os bens jurídicos, somente esses crimes tendo conteúdo material. Com isso, caso a objetividade jurídica de punir o usuário de drogas seja proteger a saúde pública, não deveria haver crime quando o agente ofende a própria saúde, não transcendendo para terceiros. O dependente de drogas deve ser tratado como um problema de saúde pública e não como um problema jurídico do direito penal, além de ser utópico acreditar que ao punir – mesmo que não sejam penas privativas de liberdade – o usuário ou dependente químico resolverá a problemática do tráfico e/ou ajudará tais pessoas a deixarem de consumir a droga.

A jurisprudência majoritária não acolheu o pleito da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo entrou com um RE nº 635.659, que suscitou a questão da ofensa do art. 5º, inc. X, da CF/88, sendo admitido com repercussão geral – ainda não houve resultado desse julgamento para que se pacifique a discussão. (MIRANDA, 2021, p. 49)

No ordenamento jurídico brasileiro encontram-se diversos crimes com conteúdo variado, crimes plurinucleares. Esses delitos trazem mais de uma conduta em vários núcleos, sendo o princípio da alternatividade um balizador desse conflito. O artigo 33 da Lei 11.343/2006 é um exemplo típico dos crimes plurinucleares, um agente que armazena, adquire, produz e vende a droga, acaba por produzir três condutas previstas no artigo ora trazido, não há possibilidade de o mesmo responder em concurso material e sim uma vez, conforme o princípio da alternatividade. (GRECCO, 2019, p. 77)

Rogério Grecco traz que o método da solução de conflito por meio administrativo ou civil, como também pela própria sociedade ainda está muito distante de uma realidade, e talvez nunca chegue de fato. Como não há possibilidade de um abolicionismo penal nas circunstâncias atuais, é necessário encontrar soluções menos danosas para que o agente não tenha que viver a pena de prisão. Com isso, há casos que podem ser substituídos da pena privativa de liberdade por outras alternativas para resguardar quem cometeu um pequeno delito, não se misturando com criminosos perigosos. Devido a esse entendimento, o artigo 33 da Lei 11.343/2006, em seu parágrafo 4º, teve seu efeito suspenso no que diz respeito a “vedada a conversão em penas restritivas de direito”, firmado pelo STF

nos autos do *habeas corpus* de nº 97.256/RS. Logo, em caso de tráfico de drogas, será possível a substituição à privativa de liberdade – observado o caso a caso.

As penas aplicáveis ao usuário de drogas, regulamentada pelo artigo 28 da Lei de Drogas, são a advertência, comparecimento a programa ou curso educativo e a prestação de serviços à comunidade. É notório que em toda a referida Lei as penas de multa são mais rigorosas do que as que são regulamentadas pelo Código Penal, levando em consideração a exclusão total da pena de prisão nos casos que seja comprovado o agente usuário, houve uma discussão sobre a descriminalização do porte para o uso e eventual terceira espécie de infração penal, além dos crimes e das contravenções existentes no ordenamento contemporâneo. (PRADO, 2013, p. 46)

Mantendo a linha, o debate sobre a descriminalização e uma nova espécie de infração penal não leva em consideração um precedente existente nos próprios crimes eleitorais, prevendo como sanção exclusivamente a pena de multa. Logo, encerra-se a discussão ora proposta fazendo uma ressalva trazida pelo próprio legislador, em que o porte de drogas para uso pessoal foi regulamentado no capítulo “Dos Crimes e Das Penas” da Lei 11.343/2006. A principal inovação dessa Lei foi o seu capítulo 1º, que equipara o cultivo e o preparo de pequenas quantidades de substância ao porte para uso pessoal. (PRADO, 2019, p. 47)

Conforme explicitado no presente capítulo, caso o agente pratique mais de um verbo do tipo penal elencado no art. 28, da Lei 11.363/2006, haverá o princípio da alternatividade, havendo um único crime. Mas não se exaure no simples exercício de um dos verbos do tipo para a consumação da infração penal, a lei exige que tenha o critério subjetivo de ser para consumo pessoal e o elemento sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, caso falte um dos três elementos significa a atipicidade da conduta do agente ou a caracterização de outro crime. (MIRANDA, 2021, p. 41)

Ainda sobre o artigo 28 da Lei de Drogas, uma vez que a mesma não traz a sanção da pena privativa de liberdade, surgiram três correntes para classificar a natureza jurídica do crime do referido artigo. A primeira corrente aduz que deixou de ser crime, pois houve descriminalização formal do porte de drogas para consumo, não havendo essa espécie no ordenamento. A segunda corrente aduz que deixou de ser crime pela descriminalização substancial, deixando de pertencer ao Direito Penal e passou a pertencer a um Direito judicial sancionador. E a terceira é que continua

sendo crime, pois houve apenas a despenalização, continua com o *status* de crime, mas sem a imposição de penas privativas de liberdade. (MIRANDA, 2021. P 43)

Rafael de Souza de Miranda relembra que tanto o STF quanto o STJ decidiram seguir a última corrente, mantendo o *status* de crime a tipificação trazida no art. 28. Também, prevalece na doutrina contemporânea que o bem jurídico tutelado por esse mesmo artigo da Lei de Drogas é a saúde pública, previsto no art. 196 da CF/88 e demais. Eles reforçam que quando o usuário adquire a droga está pondo em risco toda a sociedade e não saúde pública do usuário da droga, além de pertencer aos crimes de perigo abstrato, não sendo necessário que a acusação prove concretamente que houve ofensa ou ameaça ao bem jurídico.

Diante do exposto fica muito claro que o Direito Penal não está preocupado com a saúde individual desse grupo vulnerável e sim com as respostas que são apresentadas à sociedade. Tal sociedade que é marcada pela seletividade e principalmente pela sede de vingança, em que os traficantes e usuários são vistos como a escória da coletividade, sendo necessário uma repreensão ainda mais firme quando se tratar desse assunto.

3.2.1 Fundamentos para o enquadramento no tipo penal

O tráfico interno de drogas é de competência estadual, independente da existência de tratado ou convenção internacional, logo quando ocorrer nas fronteiras brasileiras e não ultrapassar isso, a competência será, em regra, da Justiça Estadual. Todavia, quando ocorre a figura do tráfico para o exterior, será de competência da Justiça Federal, seguindo entendimento da súmula número 522 do STF. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 491)

Na doutrina hodierna muito se fala na diferença entre direito criminal e direito penal, sendo que o primeiro daria o enfoque ao crime e suas consequências jurídicas e o segundo daria enfoque ao estudo da punição. Já houve no Brasil a apresentação de um Código Criminal (1830) e depois foi denominado como Código Penal (1890 e 1940) o corpo de normas jurídicas que tinha como objetivo defender os direitos dos cidadãos e combater a criminalidade, não passando, portanto, de uma opção terminológica. É cristalino em outros países a adoção do nome direito criminal ora direito penal, tendo o objetivo final o mesmo. (NUCCI, 2020, p. 74)

E se um dos objetivos do direito criminal é a defesa justa do agente, é importante trazer uma questão pouco discutida na doutrina que é a variedade da droga apreendida com o agente na hora da abordagem. A posse de uma substância ou a mistura entre duas drogas pode levar o entendimento de que se trata para uso próprio, mas caso seja encontrado com diversos tipos de drogas, ainda que em pequenas quantidades, pode servir como indicativo de tráfico de drogas – sendo um pequeno comerciante que carrega para venda todos os tipos de drogas. Mesmo não havendo um critério objetivo em relação a quantidade, quanto mais o indivíduo tiver em sua posse, maior será a tese que seria traficante e quanto menor quantidade, será apresentada a tese de posse para consumo pessoal. (PRADO, 2013, p. 63)

Sobre a conduta evidenciada no art. 28, inciso 2º, o local e condições de sua ocorrência são pouco esclarecedoras, visto que os locais que os traficantes e usuários transitam são os mesmos, seja para comprar a droga ou para vendê-la. Assim, quando um agente é enquadrado e encontrado em um local de compra e venda – conhecido como “boca” – pode acabar em qualquer categoria do art. 28 ou art. 33 da Lei 11.343/2006. Ainda no inciso 2º, as circunstâncias pessoais e sociais, conduta e antecedentes, trazem uma perigosa abertura normativa, trazendo o problema da seletividade penal. Um indício muito utilizado no ordenamento se apresenta na comparação da vida financeira do suspeito e com a referida droga apreendida, sendo comprovado a insuficiência de recursos para adquirir tal droga, será provavelmente traficante. (PRADO, 2013, p. 64)

No direito penal, o conceito de delito se difere da criminologia, tendo como base o comportamento do indivíduo para se configurar o crime. Já para a criminologia, o crime é visto como uma problemática a ser encarada por todos, um problema comunitário. Com isso, o crime pode ser visto como um problema social e atos humanos pré-penais, que se desenvolvem em atos que a sociedade entenda como crimes. (SHECAIRA, 2014, p. 46)

Pensamento contínuo de Sérgio Salomão Shecaira, para se configurar crime é necessário que se encaixem alguns pontos. O primeiro ponto que o mesmo aborda em seu livro é que haja uma incidência massiva na população, fato que se reitera e causa espanto a sociedade. O segundo ponto é a incidência aflitiva do fato, que o mesmo traga à vítima ou à comunidade algum tipo de dor, sendo desnecessário ato contrário ser encarado na esfera criminal. O terceiro ponto é a persistência espaço-temporal, não há como se traduzir em uma conduta delitiva caso não seja realizada

no território brasileiro ao longo de um certo tempo. E o quarto e último ponto é um inequívoco consenso sobre o crime e quais as técnicas para seu combate.

Com o passar do tempo houve o surgimento de várias criminologias, sendo o produto da necessidade de manter uma ordem que está evoluindo com o tempo e com a história da sociedade. Entre mudanças futuras existem os requisitos que compõe a Criminologia, sendo necessário definir o que deverá ser defendido prioritariamente, protegendo socialmente ou institucionalmente a criminalização com limites, requisitos de admissão e uma forma de controlar os comportamentos da sociedade que são vistos como graves. (CASTRO, CODINO. 2017, p. 25)

Uma cultura nasce quando existe a necessidade de enfrentar um problema que se torna comum a um grupo de pessoas, sendo um fator de interação por elas. Dentro desses grupos existem culturas ditas como desviantes, quando a atividade efetuada não é aceita e respeitada por outros membros da sociedade em que se vive. Quando acontece uma interação fora desse grupo desviante os atos praticados tendem a se desenvolver baseado nos problemas que existem dentro de tal grupo, sendo diferente dos outros membros da sociedade. (BECKER, 2008, p. 91)

Existe um modelo proibicionista do controle de drogas que vai de encontro aos modelos alternativos. O fundamento jurídico-moral e o sanitário-social fazem parte de um modelo que é imposto por todos os países das Nações Unidas, sendo feito por meio de tratados internacionais vinculantes, tendo como consequência sanções econômicas para o país que não aderir. Até o início do século XX existia um liberalismo muito forte do uso das drogas de forma indiscriminada, foi aí que o modelo proibicionista pelo controle da oferta, produção e do consumo, buscou dissuadir o uso das substâncias ilegais através da coação e ameaça de prisão. (RODRIGUES, p. 46, 2006)

Ainda neste tema, o proibicionismo encontra duras críticas, especialmente pela via autoritária, desrespeitando modelos alternativos e culturais. Na ordem mundial existem sociedades complexas e diversificadas, tendo cada grupo social uma virtude e maneira de viver, não sendo possível impor um modelo ideal a toda uma sociedade. A proibição é uma opção para lidar com a nefasta situação das drogas, presumindo que a ameaça mudará os hábitos e consequentemente fará as pessoas deixarem de consumir determinadas substâncias, apenas por serem ilícitas. (RODRIGUES, p. 47, 2006)

O artigo que mais gera prisões no Brasil é o art. 157 do Código Penal (roubo), seguido pelo art. 33 da Lei de Drogas. Esse tipo penal do art. 33 recebe duras críticas pela extensa margem de punibilidade abstrata previstas às condutas incriminadas, deixando que as prisões fiquem lotadas por uma falta de interpretações que restringissem a vagueza legislativa, evitando também que houvesse uma seletividade dura nesses apenados – de grande maioria negra e de periferias. Os espaços que são exercidos pelo poder punitivo do Estado está seu princípio basilar à punitividade e não por liberdade, vindo esse último a ser o esperado para qualquer sociedade mais justa. (CARVALHO, 2015, p. 632)

O ilustre autor Saulo de Carvalho relembra o fato das condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas, estão dispostas nos dois tipos penais de grande relevância para esse trabalho, o art. 28 e 33 da Lei 11.343/06. Isso significa que essas mesmas condutas podem ser designadas tanto para o consumo quanto para o tráfico, sendo que na primeira hipótese há uma pena alternativa e na segunda o efeito legal é a reclusão de cinco a quinze anos. O critério trazido para a diferenciação é no artigo 28, parágrafo 2º, que se apresenta na opinião e representação dos intérpretes-autores tem sobre qual o tipo penal o agente irá ser enquadrado.

Ainda sobre essa fragilidade dos critérios distintivos, o fato do agente ter cor de pele negra, ser da periferia, pobre, em tese não entrariam no critério de definição do tipo penal e como fundamentação da decisão do magistrado. Todavia, isso não passa apenas de uma hipótese, posto que é com muita frequência que a cor do suspeito seja dissimulada pelas palavras de “atitude suspeita, presença em área de tráfico, antecedentes criminais”, que aí sim vão definir quem será usuário e traficante. (CARVALHO, 2016, p. 633)

O conceito de crime não é fornecido pelo Código Penal, apenas informa no artigo 1º da Lei de Introdução que a pena de reclusão ou de detenção, seja alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, será reservada ao crime. Com esse critério apresentado é possível fazer uma distinção no que diz respeito ao crime e contravenção, todavia o artigo 28 da Lei de drogas (11.343/2006) quebra essa regra, uma vez que as sanções importas ao usuário muda o conceito trazido na Lei de Introdução do Código Penal. Portanto, o conceito de crime é eminentemente doutrinário. (GRECCO, 2019, p. 197)

Ainda nessa linha de conceito de crime, os doutrinadores entendem que seria toda conduta que fosse de encontro com o tipo penal regulamentado no ordenamento jurídico, as leis penais editadas pelo Estado. Os conceitos mais difundidos ao longo do tempo pelos doutrinadores foram o conceito formal que traz a ideia do crime quando o agente viola e não há nenhuma causa de exclusão da ilicitude, o conceito material traz o princípio da intervenção mínima em seu bojo, que a conduta só se configura como crime caso haja uma afronta ao bem tutelado. E o último conceito que é o analítico, sendo esse o melhor para definição e análise das características que compõem a infração penal, tem como base o crime sendo unitário e indivisível, além de necessariamente possuir o fato típico, ilícito e culpável para defini-lo como crime. (GRECCO, 2019, p. 200)

3.2.2 Precedentes

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará manifestou sobre o fato. Trata-se de uma apelação criminal interposta pela Defensoria Pública do Estado do Ceará, referente ao tráfico de drogas, em que pede a inversão da condenação de traficante para usuário. A Defensoria alega insuficiência de provas que comprovam o tráfico do réu, ato contínuo, a desembargadora vota em favor do recurso para desclassificar a conduta do apelante para o delito tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06, sendo enquadrado como usuário. Importante salientar que o acusado trazia 2g de crack. A desembargadora do caso, Lígia Andrade de Alencar Magalhães assim entendeu:

Importa destacar que, para condenação no crime de tráfico de drogas, não é suficiente a probabilidade do cometimento do delito, sobretudo quanto apoiada em meras suposições de mercadologia. A existência de meros indícios não autoriza o decreto condenatório, deve estar comprovada, de forma segura e firme, a narcotraficância exercida pelo acusado. A indefinição sobre a destinação da droga apreendida se resolve em favor do réu, em aplicação do princípio in dubio pro reo. Destarte, ausente a prova incontestante do tráfico, mister se faz reformar a sentença de base, desclassificando a conduta para a tipificada no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06. Não obstante a conduta de uso de drogas continuar sendo tipificada como crime, é consabido que a Lei Antidrogas não mais prevê a aplicação de pena privativa de liberdade...

É de suma importância que a sociedade, de um modo geral, esteja atenta as diversas injustiças que são feitas com o grupo de usuário e traficante, sendo muitas vezes efetuadas pelas próprias instituições, tendo que advogados, Defensoria

Pública e até o Ministério Público intervir quando há alguma irregularidade processual. Decisões que regulamentam alguma falta das instâncias competentes para julgar, não faltam, como exposto acima e a seguir:

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso também se manifestou em razão da apelação de número 0011911-22.208.8.11.0042. Houve uma sentença condenatória condenando o réu na prática do delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas, configurando-o como traficante. Houve recurso de apelação da parte condenada alegando que houve insuficiência de comprovação para demonstrar que o recorrente exercia o comércio ilícito da droga e, portanto impõe a absolvição pelo crime de tráfico de entorpecentes, se baseando principalmente pelos termos do art. 386, inciso VII do CPP – não existir prova suficiente para a condenação. O recurso foi provido e houve a absolvição por meio do princípio *in dubio pro reo*.

Com isso, é importante trazer que existem, de forma recorrente, decisões de alguns magistrados condenando o réu pelo de crime de tráfico e não como de consumo próprio, se baseando na alegação que o réu não se desincumbiu do ônus de provar que a droga ali apreendida era para consumo próprio e não para comércio ilegal. Quando ocorre esse fato, há uma clara violação da Constituição Federal de 1988, havendo uma inversão do sistema acusatório adotado pelo ordenamento, em que pese é dever do MP provar que réu praticou a conduta descrita no art. 33 da Lei de Drogas e não poderá ser atribuído ao réu de provar os elementos do tipo penal. Se há incerteza na finalidade de consumo ou de tráfico, deverá sempre o favorecer. (MIRANDA, 2021, p. 51)

O Tribunal de Justiça do Tocantins também se mostrou disponível no que tange a segurança do agente na inversão do delito descrito no artigo 33 para o artigo 28 da Lei de Drogas. Houve uma sentença de primeiro grau que foi dada a condenação do agente em tráfico de entorpecentes, a Defensoria Pública do Tocantins, representante do réu, recorreu através da Apelação Criminal em sentido de reformar a sentença que o condenou em seis anos e seis meses de reclusão e no pagamento de 20 dias-multa, para desclassificação para o delito de uso de drogas, descrito no art. 28. O apelante foi flagrado com a quantidade de 4,3 g de maconha em papélotes e 160 reais. O mesmo confessou que a droga era para seu consumo.

Ato contínuo, não houve provas de efetiva realização de atos que comprovassem ou insinuassem que o agente tinha a intenção de comercializar a

droga. Houve deliberação unanime de votos para conhecer no mérito e dar provimento ao recurso para a desclassificação do tráfico para consumo.

É necessário trazer uma relevante positividade no que tange alguns tribunais que reconhecem e utilizam o Direito Penal de forma justa e digna dos que regem a sociedade. Dessa forma, é importante que sempre haja um controle mais assíduo para que se evite a utilização da vagueza existente no artigo 28 e 33 da Lei 11.363/06 e utilizar de maneira irresponsável e acima de tudo seletiva da sociedade.

4 A LEI DE DROGAS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DIANTE DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS PARA O ENQUADRAMENTO DO SUJEITO COMO USUÁRIO E TRAFICANTE

Os artigos 28 e 33, que regulamentam respectivamente o usuário e o traficante da Lei 11.343/06, acabam ficando em uma linha muito tênue. Não é explícito pelo legislador a quantidade exata das substâncias para enquadrar em cada tipo penal, além de autorizar expressamente as condições sociais pessoais de quem o praticou como forma de definição. É necessária uma atenção redobrada nesse critério de definição, pois em uma sociedade historicamente marcada por racismo e autoritarismo é cada vez mais comum observar arbitrariedades com diferentes grupos marginalizados.

Diante desse quadro de vagueza dos conceitos da Lei de Drogas, faz jus trazer à figura da Defensoria Pública como uma instituição que interessa à sociedade em geral, e não se resumindo apenas aos necessitados. Os direitos fundamentais não tem classe, e quando se fala de um ilícito, o trabalho preventivo que a Defensoria tem é um benefício que perpassa por todas as classes, também, a defesa do jovem pobre que não se resume apenas ao acesso à justiça, e sim toda a orientação, defesa que resulta na provável não incidência do crime de fato, com esses amparos legais e humanos dados pela DP. (ROCHA, 2005, p. 3)

A atuação da Defensoria Pública no combate à seletividade penal é de extrema importância, assim como nas transformações sociais, expõe a seguir Amélia Soares da Rocha:

A Defensoria Pública é um agente de transformação social, instrumento de realização do primado constitucional da igualdade de todos perante a lei, que se esforça para, da melhor forma possível, dada a ausência de sua devida estruturação (existe Estado brasileiro que em absoluta desobediência à Lei Maior ainda não conta, inexplicavelmente, com a Defensoria Pública), mostrar que sem a concretização do direito do acesso à justiça aos necessitados, paz social é uma palavra despida de efetividade. E a paz interessa a todos. O fato é que valorizar a Defensoria Pública é valorizar o povo brasileiro.

No Brasil, em 2006 foi instituída a lei de número 11.343/2006 no SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Essa tem como principal função medidas de prevenção, reinserção social de usuários e dependes de drogas. A Defensoria Pública tem papel fundamental na atuação de prevenção, reinserção

social dos usuários e dependentes no que toca ao acesso à justiça atreladas aos interesses propiciados no âmbito do SISNAD. (AMARAL, SILVA, 2010, p. 94)

Uma significativa parcela no sistema prisional brasileiro se constitui com a vinculação das drogas, levando em consideração os efeitos punitivistas previstos pelo SISNAD, leva implicações para além da vida individual, mas para família, comunidade que pertence, ambiente que convive. Com isso, é de suma importância a atuação da DPE nos casos que envolvam os dependentes químicos para que esses possam assegurar medidas inovadoras que atendam melhor o réu. (AMARAL, SILVA, 2010, p. 95)

O controle social quando se depara com um comportamento desviante tem como resultado um colapso. Esse controle é responsável por manter a forma valorizada de comportamento em sociedades complexas, afetando o comportamento individual pelo uso do poder e através das aplicações de sanções pré-existentes. O comportamento desviante é punido enquanto o comportamento regular é recompensado na sociedade, criando-se mecanismos sutis de manter o controle, entre eles está o controle do comportamento. Este se desenvolve pela influência das pessoas que regem a sociedade no que é certo ou errado, sendo passadas por pessoas que são vistas como respeitáveis, passando assim a traduzir o comportamento como moral, agradável, inconveniente. (BECKER, 2008, p. 70)

Ao analisar o artigo 33 e o artigo 28 da Lei de Drogas é cristalino que a lei não define a quantidade de droga que deverá deixar de ser considerado como uso para se tornar um caso de tráfico. Destarte muitos casos de uso de drogas acabam sendo convertidos em casos de tráficos, justamente por ausência de critérios objetivos sendo substituído por critérios subjetivos dos operadores do direito, como os juízes, policiais e promotores, sendo esses os responsáveis por distinguir e qualificar usuários e traficantes. (VERÍSSIMO, 2010, p. 333)

As penas informais existem, vindo a ser utilizadas por muitos dos policiais que estão na ativa. Essas penas se resumem desde uma bronca, as chamadas “lição de moral”, até as mais severas, como eventual execução, sem contar com a extorsão e agressões físicas que os mesmos realizam. Além disso, quanto mais pobre a pessoa que praticou o delito for mais severa será a punição informal que a polícia irá aplicar, principalmente quando se tratam de moradores de regiões periféricas, as quais são ocupados pelos hipossuficientes. (VERÍSSIMO, 2010, p. 338)

Devido ao advento da Lei de Drogas e conseqüente descarcerização do porte de drogas para uso pessoal, é cristalino uma mudança da política criminal na sociedade. O uso de tais substâncias devem ser vistas como um problema de saúde, evitando que seja regulado por um olhar policial ou judicial. Na mesma linha, o autocultivo, caso seja equiparado ao porte para uso pessoal, é uma atitude vista como redutora de danos, de sorte que tende a afastar a figura do usuário do ambiente do tráfico e das mazelas que geralmente os acompanham. O porte para uso pessoal é bem restritivo em sua descrição, quando oferece riscos a terceiros ou o consumo seja compartilhado, será prevista em outro tipo penal e punida com devida severidade. (PRADO, 2013, p. 48)

As circunstâncias sociais evidenciadas no ordenamento e o mecanismo que o Estado tem de resolver tal critério é a comparação entre as condições financeiras do agente. Nesse sentido a seletividade começa a se moldar de forma cruel, dado que impede de um indivíduo contrair dívidas para comprar a droga e, do mesmo modo, nada impede que o traficante não dependa dos proventos exclusivos da droga que o mesmo vende. Também, no que diz respeito aos “antecedentes” para serem valorados, é necessário fazer uma análise bastante cuidadosa, mesmo os que sejam transitados em julgado, porque isso não é critério suficiente para definição da prática atual de comércio ilícito de entorpecentes. Em resumo, os critérios trazidos pelo art. 28, inciso 2, apresentam-se muito mais como uma tentativa de objetivar elementos subjetivos, podendo servir como indicativos, mas nunca como fundamentos acostados em decisões. (PRADO, 2013, p. 65)

Dentro das Nações Unidas há um controle sistêmico e proibicionista de drogas que é imposto a todos os países, sendo regulamento por diversos tratados internacionais, fazendo com que haja uma represália através de sanções políticas e econômicas aos países que não aderirem aos referidos tratados. Tais métodos coercitivos tem um objetivo muito cristalino: a busca de dissuadir a utilização de substâncias para que assim possa alcançar o ideal de abstinência. (ALVARENGA, 2018, p. 128)

Contudo, alguns países fogem desse modelo punitivista para um modelo mais liberal, de forma regulatória ou eventualmente a legalização total do comércio de substâncias que até então seriam proibidas. Dentro do sistema penal cresceu as vertentes abolicionista e político-criminais minimalista, fornecendo diversas práticas de descriminalização. Diversos países que tem uma visão mais liberal da droga,

desenvolveram políticas públicas inovadoras para que assim fosse possível enfrentar um problema que existe, o qual muitos tentam esconder e, de forma escusa, ignorar; como, por exemplo, a despenalização do usuário de drogas. (ALVARENGA, 2018, p. 129)

4.1 SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Existem diversos dados e estudos sobre a criminalização e da prisionalização dos brasileiros que se traduzem na seletividade operada pelo sistema penal contra a população não-branca e pobre. O encarceramento em massa é um fenômeno facilitador da seletividade racista, especialmente quando atrelado as vulnerabilidades sociais com as econômicas, tratando esse grupo à margem da sociedade, sugerindo assim uma atuação seletivamente racista da justiça. (CARVALHO, 2015, p. 630)

Não é difícil encontrar diversas críticas da “comunidade jurídica” sobre o Legislativo em detrimento da responsabilização do encarceramento em massa da juventude negra, além da seletividade penal. Esse fato existe, mas não deve ser analisado com peso apenas pelo Legislativo; o Judiciário também tem uma importante atuação nesse cenário nefasto que assombra a sociedade, em especial os vulneráveis, com suas omissões nas atitudes que geram insegurança jurídica. (CARVALHO, 2015, 629)

O Poder Judiciário, nas últimas duas décadas, vem desvirtuando o seu real sentido de ser um filtro constitucional das demandas criminalizadoras. Com isso, esse filtro é substituído por um populismo punitivo, em que as decisões são pautadas muito mais como uma resposta à sociedade propriamente dita – sociedade essa marcada por um preconceito e superioridade já vistas ao longo desse trabalho – do que a própria afirmação da Constituição Cidadã. (CARVALHO, 2015, p. 648)

Quando legislador trouxe critérios para que sejam caracterizados o agente como usuário de drogas, acabou levantando uma subjetividade para quem a aplica. Pessoas pobres e negras, que já tem uma passagem marcada na sociedade, acabam caindo no papel de traficante enquanto a mesma quantidade ou superior de droga encontrada em bairros de classe média ou alta, por pessoas brancas, são enquadrados como usuários, tendo a pena mais branda, conseqüentemente. É

necessária uma atenção a esse quesito posto que o Direito Penal não trata de forma igual os desiguais. (ZAGHLOUT, 2017, p. 10)

Como forma de interpretação que suprisse a vagueza e ambiguidade existente na qualificação de tráfico ou de usuário, caberia ao Judiciário utilizar-se dos mecanismos que o mesmo dispõe para diminuição das condutas que incriminam esses grupos de forma recorrente, já que houve uma falha no Legislativo ao dispor sobre. Todavia, isso não acontece, os dados que são objetos de análises por muitos estudiosos, apontam que a Lei de Drogas é o segundo tipo penal que mais fomenta o encarceramento nacional, tendo como base a punitividade e não a liberdade em sua essência. (CARVALHO, 2015, p. 632)

Com o advento da Lei de Drogas, a falta do conceito da destinação da droga e conseqüente insegurança jurídica sobre o ilícito de tráfico de entorpecentes, traz diversos critérios abertos, permitindo que a prisão de todos os traficantes seja válida e legal. Como resultado houve um aumento significativo dos presos pelo delito de tráfico com quantidade pequena e sem provas mais robustas do envolvimento com o crime organizado, trazendo assim a ideia de seletividade penal e o poder do Estado de intervir na sociedade de forma policlesca. (PRADO, 2013, p. 59)

Daniel Nicory do Prado traz uma informação acerca desse fato:

As prisões por tráfico, nos seis primeiros anos após a vigência da Lei de nº 11.343/2006, foram responsáveis por 57,87% do aumento da população carcerária, enquanto todos os outros crimes somados geraram 42,13% dos novos presos, e isso apesar da despenalização da conduta do usuário de drogas e de a jurisprudência dos tribunais superiores admitir a aplicação de penas alternativas à prisão aos condenados pelo comércio ilegal.

Quando ocorre um crime na sociedade e esse fato é divulgado, logo se cria um estereótipo no imaginário coletivo. Essa imagem criada gera uma associação por todas as mazelas existentes na sociedade, que se apresentam em forma de preconceito, resultando assim uma imagem pública do delinquente com traços de componentes de raça, gênero, estética e classe social. O estereótipo tornou-se o fator primordial no critério de seleção da criminalização secundária, isso é cristalino quando se observa a população carcerária associada a desvalores estéticos, sendo considerado pelo biologismo criminológico, causas de delito, sendo na realidade causas de criminalização. (BATISTA; ZAFFARONI, 2011, p. 46)

O sistema punitivo brasileiro opera como uma forma de filtro, selecionando por consequências pessoas, ao analisar o estado de vulnerabilidade de cada uma. Os indivíduos, em regra, possuem traços que compõem um estereótipo criminal, tornando-se assim vulnerável, sendo este, medido através da correspondência. Quem não se enquadra em um estereótipo criminal deverá se esforçar em dobro para que se enquadre na posição de risco criminalizante, já que possui um estado de vulnerabilidade baixo, tornando-se assim casos grotescos ou trágicos aos olhos da sociedade. É cristalina a seletividade do sistema penal em sociedades que possuem uma distância muito alargada da riqueza e da pobreza. (BATISTA; ZAFFARONI, 2011, p. 49)

O combate à desigualdade deve ser constante e um papel da sociedade como um todo, principalmente ao facilitar o acesso à justiça àqueles que não possuem conhecimento, assim trata Ricardo Matheus Santos:

A Defensoria Pública, nesse sentido, tem papel imprescindível. É a instituição que tem por objetivo mitigar as desigualdades sociais, atuando como ferramenta facilitadora do acesso à Justiça daqueles que não possuem condições de custear um patrocínio particular para a defesa de seus interesses ou que se encontrem em situação de vulnerabilidade.

Quando acontece um ato criminoso ou quando há uma fuga da regra imposta pela sociedade que o indivíduo transgressor faz parte, o ato será tratado dependendo de quem o comete e de quem se sente ofendido por tal ato. Regras são impostas de formas diferentes a algumas pessoas em relações as outras. Um exemplo claro são os jovens da elite quando são detidos, eles não chegam tão longe no processo criminal em comparação com os jovens pobres. Quando o policial captura um jovem da classe média este dificilmente será levado à delegacia, ou quando levado é mais difícil ainda ser autuado e é extremamente improvável que seja condenado e sentenciado. Essa situação se difere quando o agente é pobre e de cor negra, sendo punido de forma mais severa em relação a um branco – cometendo a mesma infração. (BECKER, 2008, p. 25)

Existem atores sociais que regem e definem a sociedade que os mesmos fazem parte. Os grupos que são considerados dominantes – as elites, homens, brancos, patrões – controlam como as pessoas devem se portar, inclusive as suas possibilidades. Esse controle é feito pela manipulação de definições e rótulos, mas

quando há uma quebra desse controle, tal situação é encarada como um ataque à hierarquia, e os grupos de *status* superior se defendem. (BECKER, 2008, p. 204)

Como é o caso da despenalização do uso da droga no ordenamento jurídico, ficando cristalina a redução dos casos que são apresentados à Justiça no que compete ao uso das drogas. Com isso, é possível realizar uma leitura em relação ao desinteresse por parte do Estado em punir esse tipo de delito, ficando restrito à esfera policial do sistema penal e segurança pública, sendo resolvido de maneira informal – eventualmente ilegal – pelos policiais, na rua e sem nenhum tipo de controle. (VERÍSSIMO, 2010, p. 332)

Continuando o raciocínio, Marcos Veríssimo traz em seu trabalho uma informação sobre a intervenção policial em relação ao uso das drogas ilícitas. A atuação do agente de polícia é marcada pela forma autoritária e seletiva de exercício do seu poder se diferindo em vários sentidos de acordo com os lugares e as pessoas. Ou seja, a depender da condição socioeconômica que o indivíduo usuário de drogas seja encontrado, o tratamento dado pelos policiais pode ir de extorsão – usuários de classe média – até aplicações de castigos físicos e morais – usuários de classe pobre.

Na década de 70 houve a ideologia da “segurança nacional”. Separando a sociedade em dois grupos: o primeiro chamado de “homens de bens” e o segundo chamado de “homens maus”, sendo o primeiro grupo merecedor de proteção legal e o segundo toda a rigidez que a norma possui. Trazendo para o campo do sistema penal brasileiro, transformando-se assim no discurso da segurança urbana, os homens ditos de bens pertenciam as classes mais altas e os maus as classes mais baixas, sendo marginais, fortalecendo a superlotação das prisões pelas classes mais baixas e reforçado a política criminal de drogas nas décadas seguintes. (RODRIGUES, 2006, p. 154)

Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues informa em seu texto que o Brasil adotou uma nova roupagem da ideologia de segurança nacional, tornando assim uma ideologia de segurança urbana, colocando em prática o modelo norte americano de controle do crime, reforçando o controle social sobre as classes pobres em desfavor do crescente número de presos. Sendo assim, não houve sucesso na resolução dos problemas existentes do crime, mas, por consequência, foi ignorada uma problemática grave no que tange as raízes sociais e econômicas no Brasil.

Não restam dúvidas da existência da seletividade penal em desfavor dos grupos vulneráveis. Como forma de combater esse fato surge a instituição jurídica Defensoria Pública, tendo papel fundamental na tentativa de minimização da seletividade do sistema hodierno, com recorte no processo penal dos usuários e traficantes de drogas. Esse órgão leva a Justiça a todos, e ao levar essa justiça, acaba acarretando em uma proteção e inclusão jurídica dos hipossuficientes, deixando claro que os direitos e deveres exigidos pelo Estado nada se valem caso os fundamentos da sociedade sejam desrespeitados pelo Poder Público, sendo pelo Judiciário ou pelo Legislativo. (ZAGHLOUT, 2017, p. 10)

4.1.1 Penas privativas de liberdade

O direito penal é considerado como um componente do saber jurídico, tendo como uma das principais funções: limitar o exercício de poderes da sociedade que os indivíduos se encontram. Os poderes que devem ser limitados é o punitivo, sendo legitimado pelas autoridades públicas em sua fase executiva ou administrativa. Para que se evitem – a utopia seria eliminar – a irracionalidade e as mazelas que assombam a sociedade desde os primórdios. Trazendo para a classificação básica e tradicional, o direito penal é um ramo do direito público, sendo uma vertente do direito constitucional, fazendo valer seus fundamentos na sociedade, especialmente com as vítimas existentes. (BATISTA; ZAFFARONI, 2011, p 177)

A Constituição Federal de 1988 elencou em seu artigo 5º, inciso XLVI, as penas permitas para o ordenamento jurídico. Em consequência o Código Penal reservou no Título V as penas cabíveis ao autor quando o mesmo pratica um fato ilícito. As penas privativas de liberdade, que se subdividem entre reclusão (reservadas para os crimes mais graves), detenção (reservado para os crimes menos graves) ou prisão simples (reservada para as contravenções penais), são as mais drásticas em forma de punição. Além dessas penas, há as restritivas de direito, que se apresentam na prestação de serviços à comunidade, limitações em fins de semana, prestação pecuniária, entre outros. E a última pena prevista no ordenamento jurídico é a de multa. (CUNHA, 2015, p. 397)

Além das penas expostas acima, existem outras penas que compõe o ordenamento e que não foram recebidas expressamente pelo Código Penal, mas não se encaixam como inconstitucional. Dentro da Lei de Drogas (Lei 11.343/06)

existe o artigo 33 que trata do tráfico de drogas e o agente que está praticando, culminando na pena de reclusão por determinado tempo. Já o artigo 28, incisos I e III dessa mesma lei, trata da punição do usuário de forma distinta daquelas previstas na Constituição ou até mesmo no Código Penal, são elas as advertências sobre os efeitos das drogas e medidas educativas de comparecimento a programas ou cursos educativos, sendo escolhidos pelo próprio julgador. Apesar de ter sido expressamente trazida, sabe-se que é permitida e seguida, justamente por não acarretar nenhum mal à sociedade nem ao sistema jurídico, além de ser mais benéfico ao réu. (CUNHA, 2015, p. 399)

Ainda é muito discutida a inspiração liberal do direito penal mínimo, pelo qual a intervenção do Estado para imputar uma pena caberia somente em conflitos graves, quando fossem comprometidos os interesses gerais. Àqueles que não possuíssem a intervenção Estatal, por lógica, buscariam a figura da vingança privada ilimitada, ficando o poder punitivo junto do mais fraco e tornando a sociedade mais instável. Por isso o minimalismo penal propõe uma redução do poder punitivo, no entanto inexistente uma cultura viável para implantar tal sistema, correndo risco o autor do ilícito, da vítima e da sociedade em geral. Caso a sociedade diminuísse o número de ilícitos, significativamente, poderia se falar no minimalismo penal. (BATISTA; ZAFFARONI, 2011, p. 129)

O controle social, observado na sociedade contemporânea e com a evolução da mesma, adota uma ideia de orientação em relação as posturas sociais e pessoais de cada indivíduo com a sociedade e com eles mesmos, sendo assim um conjunto de mecanismos e repressões sociais que submetem as pessoas aos modelos e normas vigentes. Para que chegue a tal mecanismo, observam-se dois sistemas vigentes: o controle social informal, aquele que fica na esfera da sociedade civil, como a escola, profissão, família, entre outros; e o controle social formal, o Estado como propulsor, através de suas instituições de controle, como o MP, a Justiça, a Polícia, entre outros. (SHECAIRA, 2014, p. 56)

Ainda sobre a linha de raciocínio de Sergio Salomão Shecaira, o controle informal atua ao longo da existência do indivíduo em sua educação e socialização, assimilando valores e normas que a sociedade impõe como justa e certa para que não acabe enfrentando o poder coercitivo do Estado. Poder esse que é visto como um controle social formal para agir de maneira coercitiva, gerando penas e sanções que se diferem do controle informal. O controle social formal é seletivo e

discriminatório, em que pese observar nos casos em que o controle social formal é mais severo a falta do controle social informal, necessitando assim uma melhor junção das esferas de controle para que chegue a um objetivo comum.

Dentro de uma sociedade existem regras que deverão ser seguidas pela mesma. Porém o fato de existir não torna automática a sua utilização, pois há variações de imposição das mesmas, o mais comum é quando tem uma provocação para a aplicação e isso requer uma explicação. Essa explicação é baseada em alguns fatos, vejamos: o primeiro é em relação a iniciativa de punir o culpado (visto como um empreendimento); o segundo é em relação a publicidade, a imposição ocorre quando alguém delata a atitude que fugiu da regra; e o terceiro é o interesse pessoal que irá configurar a imposição necessária. (BECKER, 2008, p. 130)

Uma regra específica tem como tipo ideal a lei formulada e pensada cuidadosamente, tendo a interpretação jurídica a sua base. Tal regra não cabe interpretações extras, é algo preciso em que se traduz nas consequências caso siga pelo caminho errado – contrariando a lei. Quando existem situações problemáticas, a sociedade tem o costume de converter valores em regras específicas, sendo os valores ambíguos e gerais. Por conta dessa característica, pode-se interpretá-lo de várias maneiras, traduzindo-se em diversas regras. (BECKER, 2008, p. 138)

As penas mais graves no ordenamento devem ser cumpridas em primazia e isso independe da peça inaugural que é encontrada em fase de execução penal, chamada de guias de recolhimento. Como a reclusão é a mais grave, cumpre-se primeiramente ela e na sequência, caso haja a pena de detenção – artigo 69, *caput*, CP. Os crimes hediondos e as penas impostas nessa categoria devem ser prioridade, sendo a progressão de regime elevado e prazo maior para a condicional. (NUCCI, 2020, p. 540)

No ordenamento jurídico brasileiro há a figura da detração, que se consiste na contagem de tempo da pena privativa de liberdade sobre o tempo que ficou detido em prisão provisória, seja em esfera administrativa, hospital de custódia e tratamento, no Brasil ou exterior. Surgem duas correntes sobre o tema em relação a pena: uma que aborda a ligação entre o fato criminoso, a prisão provisória e a pena aplicada; já a outra corrente aduz que não precisa haver ligação entre os três fatos, desde que haja a inocência, extinção de punibilidade ou redução da pena em processo diverso anteriormente cometido, mas a prisão tenha sido decretada a posteriori. O que não pode ocorrer é a aplicação da detração quando a condenação

tenha sido decretada depois do delito que trouxe a prisão provisória e a absolvição, vedando assim o “credito em conta-corrente”. (NUCCI, 2020, p. 570)

4.1.2 Fundamentos jurídicos

“A abolição libertou os brancos do fardo da escravidão”, essa frase dita por uma historiadora chamada Emília Viotti retrata todo o sistema de justiça e político existente até os dias atuais, sem que fossem curadas todas essas marcas nefastas que a escravidão trouxe à sociedade. Com uma crescente massa de escravizados, modalidades de crimes passaram a ser mais discutidas e conseqüentemente influenciando o caminhar do Brasil, atualizando-se a cada momento histórico, chegando até os dias atuais. Uma coisa não mudou, a população negra é incomunicável dentro da sociedade, não tendo suas demandas reconhecidas, fazendo com que ela sofra uma violência gratuita e estrutural. (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2018, p. 36)

Ainda nesse sentido, na obra escrita por Nathália Oliveira e Eduardo Ribeiro, trazem os chamados efeitos colaterais do poder do Estado. A distribuição da morte como exercício livre do Estado, cachinas por diversos “territórios de guerra”, constantes enterros precoces – em especial da população negra – percorrem as notícias diariamente, comercializando assim a paz social de uma forma hostil, legitimando a ideia da guerra contra outras populações sob outro espectro de guerra. A seletividade da política de drogas proibicionista é uma herança do regime de violências, sendo mantido por um conjunto de injustiças vistas desde a abolição que produz efeitos ainda hoje.

Quando foi aprovada a Lei de Drogas, 11.343/2006, o número de prisões seguiu aumentando. Em 2016 o Brasil se tornou o terceiro país que mais encarcerava no mundo, resultando mais de 700 mil pessoas, sendo dessas 64% se declararam negras. O aumento das penas por delitos relacionados a drogas – menos o consumo – foi procedente na intenção da diminuição no que tange as organizações criminosas. Contudo, as organizações criminosas também existem na cadeia, tornando-as mais fortes, além de aumentar a carga do sistema carcerário e o gasto público para a manutenção das cadeias. (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2018, p. 38)

Ainda sobre os fundamentos jurídicos que cercam as inseguranças trazidas pela Lei de Drogas, é importante ressaltar que o direito penal objetivo é um conjunto

de normas jurídicas que fixam os limites do Estado na punição da sociedade, bem como a sua aplicação e suas respectivas regras. Tudo isso é para garantir a defesa da sociedade e o combate a criminalidade. Alguns autores denominam o direito penal subjetivo, sendo este o direito de punir do Estado, entretanto, a natureza que rege o Direito Penal foge de qualquer classificação subjetiva da punição. As sanções penais devem ser analisadas e impostas diante da lei, sendo inadequado o direito de punir como direito subjetivo, sendo o poder-dever do Estado respaldado na lei. (NUCCI, 2020, p. 74)

Diante do exposto, o Brasil é visto como o país da impunidade, conseqüentemente tendo o encarceramento alavancado, traduzindo-se no sistema punitivo exacerbado. Infelizmente, o encarceramento efetuado não é bom, no sentido de que várias condutas não lesivas (crimes de grave ameaça ou sem violência) não necessariamente demandariam o uso da prisão – sendo esse instrumento mais caro disponibilizado pelo Estado para tornar o indivíduo ainda pior. (CARVALHO, 2015, p. 648)

4.1.3 Desconstrução da seletividade

Democracia é um mecanismo que vai além do direito de votar e ser votado, o conceito da mesma é feito de igualdade, ou nos meios que levam a esse fim. Com isso, a CF/88 criou diversos dispositivos que buscam efetivar a todos os indivíduos, indistintamente, todavia, existem barreiras que impedem tais garantias, havendo assim uma obrigação estatal para que seja efetivado. Um dos instrumentos para tal é o próprio Poder Judiciário, sendo necessária proteção dos hipossuficientes de recursos financeiros e os que desconhecem dos seus direitos e garantias, surgindo assim as instituições democráticas como a Defensoria Pública, por meio da assistência judiciária gratuita, atuando para mitigar as desigualdades. (SANTOS, 2017, p. 14)

Ainda no crivo da CF/88, o capítulo que está disposto sobre a função constitucional da Defensoria Pública, “Função Essencial à Justiça”, torna a mesma propulsora de um combate dos abusos e seletividades existentes na sociedade e na constante luta de classes. Através do controle das funções estatais é necessário que essa instituição permaneça atuando de forma autônoma em suas funções, administrativamente e financeiramente, a fim que evitem pressões e cortes de

orçamento e de pessoas, caso alguma atitude dos Defensores Públicos venha a incomodar algum grupo. Desta maneira, a sociedade jurídica deve manter o real intuito do Poder Constituinte originário, que é manter a DP afastada da submissão do Poder Estatal. (ESTEVES, 2017, p 100)

Quando se fala em educação no campo do Direito, é feita uma análise do domínio das normas e como as mesmas serão utilizadas para manter a ordem. Para fazer valer tal conhecimento, o educador social utiliza o diálogo e fazendo uma analogia com o Defensor Público, o mesmo ao estabelecer uma relação com o assistido e ao utilizar-se do diálogo sobre a realidade também passa um certo conhecimento. Esse conhecimento permite uma reflexão sobre os fatos que estão ocorrendo de forma contrária ao “dominador” em relação ao hipossuficiente, sendo, assim, um diálogo empático e democrático. (BITTENCOURT, 2017, p. 123)

Para o autor Álvaro Bittencourt a realidade brasileira está muito distante de ser uma sociedade democrática e com a população conscientizada. Isso é cristalino quando se observa na evolução histórica da população a qual a lógica assistencialista é carente nos hipossuficientes, onde a população com maior condição financeira sempre tem mais oportunidades e, conseqüentemente, dominando e a alienando do povo de que não existe desigualdade, passando a imagem que o sistema funciona de forma plena e igualitária.

A história da criminologia é vista sob uma ótica reflexiva. É necessária analisar todas as fases que a sociedade passa, sua força de dominação, momentos críticos, religiosos, de populismo, sendo esses fatores determinantes para desenhar a criminologia que predominará e surgir. Trazendo para a contemporaneidade, o Direito Penal deve ser menos normativo e mais consciente da realidade social, assim como a criminologia deve ter uma transdisciplinaridade, estudando as condutas do controle penal e seu direito com a sociologia, buscando sempre um dever ser social alinhado com a dignidade do ser humano. (CASTRO, CODINO. 2017, p. 29)

Quando há infração de uma regra que é imposta pela sociedade, muitos procuram fatores na personalidade, na vida dessas pessoas, com o intuito de nivelar de forma homogênea a infração. Mas ignora-se o fato desse desvio ser criado pela própria sociedade, em que pese os grupos sociais existentes rotulam como *outsiders*, rótulo esse que mancha a imagem daquele/daquela que é visto(a) como

um ser homogêneo, sendo incluídos em grupos que muitas vezes nem são pertencentes. (BECKER, 2008, p. 22)

Dentro de uma sociedade há distintos grupos sociais, cada um tentando impor suas regras e por fim acabam obedecendo e seguindo as regras ditadas por um viés político e econômico. Durante toda a evolução histórica pode-se observar que há uma imposição do dito mais forte em relação ao dito mais fraco, como exemplo: os mais velhos impondo regras aos mais novos; os homens fazendo regras para as mulheres; brancos que fazem regras para negros; a classe dominante traçando regras para a classe baixa. Por conseguinte, é claro que os grupos que possuem posições de poder impõem suas regras, causando uma insegurança na sociedade e nos grupos que não são deles. (BECKER, 2008, p. 29)

Trazendo essa insegurança para o campo da Lei de Drogas, quando os usuários de drogas são autuados por policiais, muitas vezes as sanções são efetuadas no local e logo depois o sujeito é liberado. Acontece que essas sanções são ilegais e servem como um terror psicológico para quem a recebe, acontecendo eventualmente a morte. Quando acontece alguma morte ou alguma ilegalidade por parte da conduta dos policiais e esse fato é noticiado, não há uma comoção direta e inflamada como seria se o mesmo caso acontecesse em áreas nobres da cidade. O que determina a modalidade de castigo que a autoridade repressiva do Estado utiliza depende do local que o sujeito é encontrado, o bom humor do policial e se não há testemunha no local. (VERÍSSIMO, 2010, p. 338)

A conduta policial se difere de acordo com os tipos de delitos que são vistos na sociedade e há uma verdadeira ambiguidade no que tange a atuação dos policiais. De um lado existe um desejo latente da presença mais efetiva da polícia, sendo feito, inclusive, de forma ostensiva; e por outro lado rejeitam a sua prática e forma de agir por testemunharem e de alguma forma se sentirem alvo da brutalidade que é vista por parte dos agentes de segurança. Desse modo, a mesma instituição que presta socorro em caso de algum dano eminente e perigoso é vista como hostil, desrespeitosa e bruta. (PRADO, 2020, p. 19 apud COSTA, 2005, p. 113-115)

Em linhas gerais, quando há um vício no inquérito policial não há invalidade da ação penal de movo que tanto nos tribunais quanto na doutrina o entendimento de que o inquérito é dispensável prevalece. A irregularidade ocorrida durante essa fase gera invalidade ou ineficácia desse próprio ato, sem levar a nulidade processual, como, por exemplo, em uma prisão de flagrante ilegal, a mesma deve

ser relaxada e não a ocorrência da nulidade futura do processo em réu responderá. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 164)

Quando no processo penal todas as provas forem obtidas em virtude da ilicitude do inquérito, haverá a necessidade de reputar o processo como um todo inválido. Esse entendimento é a chamada “teoria dos frutos da árvore envenenada” ou da “ilicitude por derivação”, quando no próprio inquérito policial se obtenha todo o material probatório viciado, deverá assim ser rejeitada por falta de justa causa. Por exemplo, quando ocorre uma confissão mediante tortura que gere uma busca e apreensão à casa do suposto traficante ou usuário e assim se apreende uma certa quantidade de drogas, cabe utilizar-se da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, como uma forma de desconstrução da seletividade. (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 164)

O sistema penal é marcado por diversas fases. A situação nefasta que os mais pobres enfrentam deve ser visto em face das condições sociais que os tornam mais expostos e vulneráveis ao sistema penal, não sendo de maneira deliberada a rigidez e frequência dos policiais sobre um grupo específico. Há uma seletividade penal nas diferentes classes existentes na sociedade, ficando muito claro, por exemplo, nas diversas prisões em que há uma diferenciação com base na renda média familiar mensal de cada bairro. (PRADO, 2020, p. 15)

4.1.4 Teoria da coculpabilidade

Dentro da sociedade, partimos da premissa que indivíduos são livres para que adotem comportamentos que vão de acordo ou não as normas do direito que os regem. Ainda assim, fatores sociais negativos têm o condão de influenciar na formação do caráter, seguindo as escolhas individuais, refletindo uma situação que não favorece quem pratica o delito. Diante do exposto, surge a teoria da coculpabilidade, respaldada no artigo 66 do Código Penal, que atenua todas as circunstâncias relevantes anteriores ou posteriores ao crime, imputando assim ao Estado uma divisão na culpa dos atos criminosos em razão das desigualdades sociais. (CUNHA, 2015, p. 275)

Após tal teoria vir, conseqüentemente foi apresentada a coculpabilidade às avessas, criticando a seletividade do sistema penal, especialmente dentro dos crimes de colarinho branco. Aduz Rogerio Sanches Cunha:

Há de ser destacado, contudo, que, ao contrário da coculpabilidade, que pode se assentar no art. 66 do Código Penal, a coculpabilidade às avessas não encontra respaldo legal, razão pela qual, como agravante, não pode ser aplicada, vedada, como se sabe, a analogia *in malam partem*. No máximo, poderá o juiz considerar este aspecto no momento em que analisar as circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), especialmente quanto à personalidade do agente e às circunstâncias do crime.

Desta forma, não se pode agravar uma pena pelo fato de as circunstâncias externas ao indivíduo serem relevantes, causando prejuízo ao réu. Havendo um consenso entre a doutrina pátria, levando em consideração o artigo 66 para que possa ser atenuada em benefício do réu. Contudo, em que pese a escolha, grande parte dos ditames acusatórios ainda não são aplicados ao processo penal, havendo diversas evidências que a seletividade penal está presente nos julgamentos e nas ações dos julgadores, mas não para beneficiar os marginalizados e sim para os possuem poder econômico e social.

Vive-se em uma sociedade que muitas vezes se encontra desorganizada, que possui um caráter discriminatório, excludente, preconceituoso, criando condições que não geram inclusão para o agente. Tais fatores podem contribuir a um caminho: o delito. Ainda trazendo a incidência do artigo 66 do Código Penal e a teoria da coculpabilidade, não se pode permitir que esses fatores influenciem as ações e direcionam os agentes a esse caminho, entrando na compensação da parcela da reprovação. Por óbvio, é necessário que a sociedade entre como uma forma de compensar tamanha injustiça que os mais vulneráveis sofrem e acabam sendo induzidos a esse lugar de marginal. (CUNHA, 2015, p. 426)

4.2 GARANTIAS MÍNIMAS

Diante do exposto, é necessário fazer uma análise do sistema penal. Tal sistema entende-se como um conjunto de formas, pessoas, agências e poderes que operam na criminalização, sejam elas na defesa ou acusação. É necessário entender que cada esfera age de acordo com seu próprio interesse e acabam existindo inúmeras vertentes para as interpretações dentro do sistema penal, isso engloba todos os aspectos, sejam elas conservadoras ou liberais. (BATISTA; ZAFFARONI, 2011, p. 60)

O direito penal e todo o seu processo tem como finalidade proteger os bens jurídicos, de forma igualitária a toda sociedade. Com essa máxima, subentende-se que deverá ser aplicado de maneira igualitária a todos que compõem a mesma, recebendo o mesmo tratamento penal em cada caso submetido ao devido processo legal e, se ao final entender pela sua condenação, sofrerá as sanções penais imposta pelo código. (MACHADO, 2010, p. 1099)

A Defensoria Pública possui diversos mecanismos que vão de encontro a dominação que assombra a sociedade contemporânea. Esses devem ser sempre protegidos e devem contar com a ajuda dos defensores no sentido de agente transformador na sociedade, sendo além de funcionário público um educador. O educador deve sempre tentar tirar esse estereótipo que foi criado de que o opressor é bem-sucedido e, por consequência, pode se destacar na sociedade, enquanto o oprimido é fracassado e não tem voz. Não existe esse ponto, a população vive na sociedade em que os direitos humanos são garantias constitucionais e o defensor está ali para assegurar. (BITTENCOURT, 2017, p. 125)

Uma grande parcela de usuário de drogas é enquadrada como traficante no sistema de justiça criminal, sendo extremamente tênue a linha que separa ambos na hora de apresentar o réu e fazer sua tipificação, bem como nos violentos castigos que são dados de forma ilegal. O terror psicológico sofrido por muitas pessoas é real e existente, servindo como um meio de obtenção da verdade, através da tortura, extorsões e insultos; tudo isso depende de qual local você transita – quanto mais pobre, pior será a represália. O objetivo que algumas autoridades têm é que o suspeito fale e/ou assuma a autoria de um fato ilícito, seja esse fato verídico ou não. (VERÍSSIMO, 2010, p. 339)

Ainda nessa mesma linha, o autor Veríssimo traz uma dura crítica à lei 11.343/06, em que pese houve uma descriminalização do usuário, houve uma deliberação por parte dos policiais no que diz respeito a sanções “fora da lei” e por critérios desconhecidos na diferenciação entre usuário e traficante. Há uma pirâmide no ordenamento jurídico, posto que os desiguais não consigam igualar as oportunidades, necessitam de uma assistência jurídica que faça jus as suas garantias mínimas.

É necessário que todo o processo penal seja feito de forma justa e de maneira eficaz, especialmente na qualidade do acesso à justiça. A audiência de custódia foi um marco importante no que diz respeito a autodefesa, visto que difere

do regime anterior. O preso se faz presente ao juiz, tendo possibilidade de contar os fatos e não mais sendo baseado apenas nos autos do processo. Concomitante a isso, a Defensoria Pública cumpre o papel fundamental de acesso à justiça desses supostos criminosos para que seja assegurado suas garantias mínimas. (PRADO, 2017, p. 73)

Ainda sobre as garantias mínimas, um dos artigos mais importantes da Constituição Federal de 1988, o artigo 5º, incisos IV, IX e XVI da CF/88 consagra a liberdade de expressão e todas as suas manifestações pacíficas relativa ao cidadão sobre diversos temas, não se confundindo com a apologia ao crime ou criminoso. O Estado Democrático de Direito permite que haja uma organização de marchas ou protestos contra a criminalização de alguma conduta típica ou para suplicar a liberação de certas proibições do ordenamento. Um exemplo cristalino foram as manifestações em prol da liberação das drogas. O STF considerou como direito individual e não apologia ao crime, levando em consideração o direito das pessoas se expressarem em favor ou contrário a algum delito, podendo inclusive, o parlamento alterar determinada lei, acompanhando a sociedade atual. (NUCCI, 2020, p. 1.348)

Em uma democracia é necessário cuidar dos que cercam a sociedade, em especial, dos princípios norteadores da CF/88. Com isso, as penas previstas no ordenamento devem sempre estar alinhadas no sentido da proteção dos bens jurídicos disponíveis e que a pena não seja danosa a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana, esse princípio da proporcionalidade tem raízes iluministas, que procura evidenciar os direitos fundamentais do Homem, transformando assim um direito penal menos cruel. (GRECCO, 2019, p. 670)

4.3 ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Atualmente apresenta-se um Estado-Defensor, que se baseia na proteção da sociedade de forma mais efetiva, solidária e de forma amplificada. Nesse critério, entra a Defensoria Pública como *custös vulnerabilis* derivada do latim, que se traduz sendo o guardião dos vulneráveis ou vetor da efetivação dos direitos dos mesmos. Tal expressão foi proposta para distinguir a missão constitucional da DP e do MP, sendo o primeiro grupo voltado para defender os interesses do vulnerável e o

segundo grupo atuando de forma objetiva, mantendo a ordem jurídica de forma honrosa. (RESSUREIÇÃO, 2017, p. 41)

A jurisprudência e doutrina já apresentam uma aceitação com a intervenção da DP como guardião das pessoas mais vulneráveis da sociedade hodierna, sendo o vetor de resolução de problemas que são invisíveis à população. A efetivação dos direitos humanos é a base da assistência que é prestada pelos membros da Defensoria Pública, reforçando que tal assistência não se limita aos necessitados financeiramente, haja vista a vastidão de vulnerabilidade que perpetuam a sociedade, carecendo assim uma efetiva proteção estatal. (RESSUREIÇÃO, 2017, p. 42).

A Defensoria Pública tem um papel que exaure as vias democráticas, que não se restringe apenas na judicialização de conflitos, sendo a resolução da lide o fator primordial, podendo ser por meios extrajudiciais como a mediação, conciliação. A população hipossuficiente deve saber dos direitos que os cerca para que a igualdade seja garantida e a condição de dignidade da pessoa humana seja respeitada. A figura do defensor público deve ser vista além de um mero advogado de pessoas hipossuficientes, deve ser visto como um agente que promove a inclusão social. (SANTOS, 2017, p. 21)

A DP não é uma instituição homogênea, os defensores públicos estão voltados ao atendimento de casos individualizados. Entretanto, em 2009, a LC de número 132 atribuiu novas funções à Defensoria, sendo a defesa de interesses coletivos, atendimento multidisciplinar e a resolução extrajudicial. Com esse avanço no campo da atuação, cabe analisar os efeitos sociais que podem ser propiciados ao adentrar em conflitos coletivos, sendo importante para decisões no Judiciário e a utilização de políticas públicas, deixando para trás a figura de apenas duas partes envolvidas em uma lide para resolução de um problema coletivo. (SANTOS, 2017, p. 73)

Muitos dizem que a DP está vinculada a algum Poder Estatal, incorporada ao Poder Executivo, Legislativo ou ao Poder Judiciário. Todavia, tal instituição é conhecida como extrapoder, não dependendo de nenhum dos três poderes e nem seus membros receber regras ou instruções de qualquer autoridade pública. O legislador constituinte incluiu no Capítulo IV da CF/88 as funções essenciais à Justiça em capítulo próprio e não incluiu em seção de capítulo destinado ao poder estatal, colocando dessa forma a Defensoria como um agente transformador e

agindo de forma autônoma na defesa da democracia do país. (ESTEVEES, 2017, p. 98)

Conforme acima explicitado, não há uma interferência do Poder Judiciário diretamente na Defensoria Pública. Mas, a atividade administrativa exercida pelos membros da DP está sujeita ao controle jurisdicional, caso seja apresentado ilegalidades nas condutas adotadas, seja em favorecimento de alguém ou em detrimento de algo. Essas condutas são nocivas para a própria sociedade, como a alocação dos defensores na comarca capital, deixando as regiões mais pobres do interior desprotegidos, para favorecimento de alguns por exemplo. Esse controle do Poder Judiciário poderá ser de iniciativa dos próprios membros da DP, basta que seja evidenciado uma desconformidade. (ESTEVEES, 2017, p. 116)

Não restam dúvidas que a instituição da Defensoria Pública é transformadora e que seu grande objetivo é resguardar, garantir e defender os direitos individuais da sociedade, em especial dos necessitados, sempre promovendo a igualdade. Mas entre todas essas atribuições está a educação em direitos, que não se resume apenas em informar ao assistido e sim desenvolver a capacidade de entender o seu processo e que ele importa na sociedade. (BITTENCOURT, 2017, p. 137)

Nesse diapasão, o educador em direito – com recorte no defensor – contribui não apenas para os indivíduos vulneráveis que ali dependem dele, mas sim para toda a sociedade, uma vez que esse trabalho acaba desenvolvendo uma sociedade mais justa, democrática e que diminui o abismo que a desigualdade cava na sociedade. À vista disso, esse trabalho possibilita a sustentabilidade da justiça na sociedade hipossuficiente da maneira que a educação gere uma visão crítica que gere mudanças na sociedade. (BITTENCOURT, 2017, p. 138)

O hipossuficiente que utiliza da assistência prestada pelo Estado por meio da DP tem como base a facilitação do acesso à justiça, não sendo definido por tabelas fixas de rendimentos auferidos pelo cidadão. Um importante traço da assistência jurídica brasileira é a ampla margem de elasticidade na observação das circunstâncias da situação econômica da pessoa que pretende utilizar tal direito, incluindo de sua família. Embora haja algumas defensorias de certos estados da federação que adotem critérios para o atendimento, como o número de salário mínimo da renda familiar, no ordenamento constitucional e infraconstitucional da contemporaneidade não há nenhum respaldo para critérios fixos. (ALVES, 2015, p. 306)

Nesta seara, não há nenhuma vedação para se utilizar da assistência jurídica às pessoas que sejam titulares de bens patrimoniais, é um fator para ser analisado com cautela. Em muitos casos não é razoável a exigência de que a pessoa desfaça no todo ou em parte desse patrimônio para que seja protegido direitos próprios ou de sua família, independente do acervo patrimonial (analisado com cautela). Devido a falta de um critério objetivo do que seja de fato “necessitado” trazido pelo art. 5º, LXXIV, da Constituição Cidadã, muitos doutrinadores vêm entendendo por uma interpretação mais elástica no que se trata a insuficiência de recursos econômicos, sendo possível a extensão em outros casos para a utilização da assistência jurídica integral prestada pelo Estado, com um objetivo: a igualdade de condições, tanto para defesa quanto para a acusação. (ALVES, 2015, p. 307)

O Conselho Superior da Defensoria Pública da União disciplinou por meio da Resolução nº 13, de 25 de outubro de 2006, um critério objetivo para regular a justiça gratuita, pelo qual a renda familiar não seja superior ao limite da isenção do Imposto de Renda, sendo caracterizado assim a real necessidade do objetivo da assistência judiciária. Todavia, caso esse patamar seja ultrapassado, o agente que necessita da assistência do Estado deverá comprovar que não tem como arcar com os honorários advocatícios e as custas processuais sem que esse gasto interfira diretamente no sustento pessoal ou da família. Essa comprovação poderá ser feita por qualquer meio lícito. (PRADO, 2013, p. 59)

5 CONCLUSÃO

Diante do trabalho apresentado pode-se concluir que, independente da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, adotar um modelo processual democrático-constitucional, a aplicação do Direito Penal brasileiro é seletiva. Sendo possível observar essa premissa na medida que existem critérios vagos dentro da Lei 11.343/06, permitindo que o juiz considere parâmetros genéricos para a diferenciação entre o usuário e traficante de drogas. Entrando assim como um agente protetor dos vulneráveis, a Defensoria Pública.

Para isso foi efetuada uma análise no que tange a seletividade penal e sua finalidade, gerando assim uma problemática no sentido de que o direito penal não é democrático, necessitando de mecanismos que supram a lacuna que a seletividade traz. Por conta disso, há o cenário de que as demandas das classes dominantes são atendidas de forma satisfatória, enquanto as classes que estão à margem da sociedade são excluídas e não têm suas necessidades atendidas de forma breve e justa.

Primazia da dignidade da pessoa humana e redução da desigualdade social, afirmação do Estado Democrático de Direito, efetividade e prevalência dos direitos humanos e os princípios basilares de uma sociedade: ampla defesa e do contraditório. Todos esses importantes objetivos são seguidos pela instituição da Defensoria Pública, assegurando assim uma forma de justiça essencial à função jurisdicional, psicológica, de direitos e deveres da sociedade contemporânea.

A Defensoria Pública se divide em Defensoria Pública da União, que regula a situação jurídica quando há um dos órgãos Federais em algum dos polos, e a Defensoria Pública Estadual, que é de competência estadual. Ambas com foco na promoção dos Direitos Humanos. A CF/88 obriga o Estado a manter em funcionamento essa instituição, sendo um serviço permanente para os carentes e, na falta da Defensoria, é designado um advogado dativo, em que o Estado deve pagar os respectivos honorários advocatícios – em forma de punição –, pois o funcionamento da DP é de responsabilidade do próprio Estado.

De igual modo, é importante trazer quem pode ser considerado necessitado e que atenda os critérios de utilização da Defensoria. A figura da hipossuficiência econômica existe e é real dentro de um país marcado pela desigualdade econômica.

No entanto é necessário que haja uma análise do caso concreto, sendo observada a necessidade da real utilização por parte dessa instituição para outros tipos de vulneráveis, não se limitando apenas ao fator econômico. Essa linha é tida como função atípica desse órgão, de acordo com os princípios norteadores do direito, a instituição deverá entrar no processo mesmo em situações que não seja evidenciado a hipossuficiência.

Os direitos fundamentais, trazidos como garantia constitucional, tornam-se deveres de o Estado prover e proteger os indivíduos que regem a sociedade. A Defensoria Pública tem como função a possível execução e segurança dos direitos fundamentais, especialmente dos que não possuem recursos para se defender perante uma causa que necessite da capacidade postulatória para tal. O sistema jurídico, em especial o penal, costuma ser seletivo nas ações que regem mesmos assuntos, mas com diferentes poderes econômicos. Com a defesa do hipossuficiente, a Defensoria Pública ganha força na luta contramajoritária e acaba ganhando destaque nesse sistema pela defesa primordial e justa de um grupo que muitas vezes é negligenciado e marginalizados pela sociedade

Um caso explícito que necessita da intervenção favorável da DP é quando adentra no campo das drogas, em especial da vagueza existente na definição entre usuário e traficante da Lei 11.343/06. O artigo 28 da referida lei traz a despenalização do usuário, não sendo possível a pena de privação de liberdade para esse grupo. Quando passa para a análise do artigo 33, muda o tratamento, sendo o delito de tráfico tratado como pena privativa de liberdade.

Isso é comum e inclusive é a regra de que os tipos penais que possuam condutas diferentes, tenham diferentes penas e consequências jurídicas. Acontece que, quando há no ordenamento uma zona cinzenta no que tange a sua aplicação e interpretação, é necessário que seja redobrada a atenção e em especial a defesa desses grupos para que não seja efetuado arbitrariedades e injustiças em nome de uma seletividade disfarçada de critérios subjetivos.

O legislador tratou de apresentar a matéria do direito penal como uma proteção aos bens jurídicos que não podem ser violados e caso sejam violados devem ser tratados de maneira igual, seguindo o curso do processo de maneira equiparada. Todavia isso não é visto e nem é retratado na sociedade contemporânea. O sistema penal funciona de maneira desigual sendo os que possuem menor influência vindo a sofrer de forma exacerbada.

No mesmo raciocínio, quando há uma análise dos dois artigos (33 e 28 da Lei de Drogas), é possível perceber que o núcleo é bem semelhante, tendo como elemento que diferencia os tipos penais a destinação da droga. Além disso, o legislador trouxe critérios subjetivos para que sejam caracterizados se adentra ou não como usuário de drogas, gerando por consequência uma subjetividade para quem aplica e dando margem que a seletividade impere.

Por conta dessa vagueza existente e consequente insegurança jurídica, no presente trabalho é tratado dos critérios abertos, que permitem prisões de traficantes válidas e legais, gerando um aumento dos presos por tráfico com quantidades pequenas sem que houvesse provas mais irrefutáveis ao longo do processo, sempre havendo um biotipo por trás, pessoas negras e faveladas. Tal problemática reforça, sobretudo, como o Brasil age e como é sua maneira de atuação na vida dos indivíduos, em que a intervenção do grupo dominado é válida e a exclusão do grupo oprimido é válida também.

Acontece que quando há a captura de uma pessoa com o estereótipo que remete a um traficante, as condições sociais e pessoais classificam o tipo penal que o indivíduo será responsabilizado, demonstrando assim uma imputação mais severa ao traficante fenotipicamente negro, favelado e que não possui recursos para a diferenciação em relação ao usuário. Cabe, então, a Defensoria Pública entender e defender de forma atuante os mais vulneráveis para que não sejam julgados por estereótipos, promovendo o acesso à justiça e defesa dos Direitos Humanos para o enfrentamento da seletividade penal.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rodrigo. SILVEIRA Jucimeri Isolda. TEIXEIRA, Digiany da Silva Godoy. Política de drogas no Brasil no cenário de violações aos direitos humanos. **Argumentum**. Espírito Santo: v. 10, n. 3, p. 123-136, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/20841/15679>, acesso em: 25 mar. 2021.

ALVES, Cleber Francisco. **A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>

AMARAL, Alberto Carvalho; SILVA, Stevão Randolpho Costa e. DEFENSORIA PÚBLICA E SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS: Uma nova intervenção? **Anais do Congresso de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social da Faculdade Processus**. Brasília: v. 2, n. 4, p. 91-97, out. 2020. ISSN 2674-9912. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/acppds/article/view/259>. Acesso em: 15 maio 2021.

ANADEP, Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. **RO: DPE OU DPU? Siglas parecidas, atribuições diferentes!** Disponível em: [https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=34427#:~:text=A%20principal%20diferen%C3%A7a%20entre%20a,Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF\),](https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=34427#:~:text=A%20principal%20diferen%C3%A7a%20entre%20a,Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF),) acesso em: 10 maio 2021.

ARAÚJO, Rochester Oliveira. A Atuação da Defensoria Pública na execução penal: a função política na promoção do acesso à justiça social. **Revista Transgressões**. Rio Grande do Norte: v. 2, n. 2, p. 133-147, 10 dez. 2014. Disponível em <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6448>, acesso em 19 mar. 2020

BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Raúl. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan Ltda, 2011.

BECKER, Howard; tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.

BITTENCOURT, Álvaro. A educação em direitos e a sustentabilidade. O papel do Defensor Público como educador e transformador social. *In*: SILVA, Lucas. (Org.). **Defensoria Pública como instrumento de inclusão social**. Salvador: Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia, 2017, p. 119-141. V. 4, ISSN: 2358-0100. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/esdep/wp-content/uploads/2019/08/REVISTA-JURIDICA-4-MIOLO-DPEBA-12-12-171.pdf#page=10>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BOHRER, Jaiane Cavalheiro. A defensoria pública como instrumento propulsor do acesso à justiça. **Unijuí Universidade Regional**. Rio Grande do Sul: p. 1-56, 2019. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/6194>. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm, acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 17 mar. 2021.

BRASIL. Lei de Drogas. **Decreto Lei nº 13.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em 15 mar. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em 15 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº558**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Rio de Janeiro, 16 de agosto de 1991. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709949/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-558-rj/inteiro-teor-103102064>. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0011072-88.2011.8.06.0055**. Apelante: Francisco Júnior Monteiro Nascimento. Apelado: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Min. Ligia Andrade de Alencar Magalhães. Ceará, 28 de abril de 2020. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/837749158/apelacao-apl-110728820118060055-ce-0011072-8820118060055/inteiro-teor-837749168>. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 648.629**. Relator: Min. Luiz Fux. Rio de Janeiro, 24 de abril de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5617757>. Acesso: 22 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Apelação: APL 00119112220088110042**. Relator: Luiz Ferreira da Silva, 18 de novembro de 2015. Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/867482834/apelacao-apl-119112220088110042-mt> Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. **Habeas Corpus Criminal: HC 0018788-75.2012.8.25.0000** – Paciente: Claudemir da Silva. Relator: Min. Geni Silveira Schuster. Sergipe, 4 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661627569/habeas-corpus-criminal-hc-187887520128250000>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Apelação: APL 0018338-34.2019.827.0000**. Relatora: Etelvina Maria Sampaio Felipe. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-TO/attachments/TJ-TO_APR_00183383420198270000_81c03.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1632193507&Signature=JnBBnhw27%2F96Exs04vIXEaoQxHA%3D Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. 3ª Vara da Justiça Federal no Amazonas. **Ação Civil Pública número 8837-91.2014.4.01.3200**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/defensoria-mover-acao-civil-publica.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

CASTRO, Lola Aniyar. CODINO, Rodrigo; tradução Amina Vergara. **Manual de Criminologia Sociopolítica**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017.

CARVALHO, Saulo de. **O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: A Decisiva Contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, 2015. Disponível em: https://bradonegro.com/content/arquivo/12122018_111430.pdf Acesso em: 20 set. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 3ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DE ASSIS, Victor Hugo Siqueira. Defensoria Pública: histórico, afirmação e novas perspectivas. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 12, p. 185-209, 2019. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/205>. Acesso: 22 maio 2021.

ESTEVES, Franklyn. A autonomia constitucional da Defensoria Pública e o controle jurisdicional sobre a distribuição territorial dos defensores públicos. *In*: SILVA, Lucas. (Org.). **Defensoria Pública como instrumento de inclusão social**. Salvador: Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia, 2017, p. 95-118. V. 4, ISSN: 2358-0100. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/esdep/wp-content/uploads/2019/08/REVISTA-JURIDICA-4-MIOLO-DPEBA-12-12-171.pdf#page=10>. Acesso em: 16 jul. 2021.

GONÇALVES, Antonio Vicente. Panorama histórico da Lei de Drogas. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**. São Paulo: v. 8, n. 8, p. 1-20, 2012. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/3971/3733>, acesso em: 24 mar. 2021.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral, volume I**. 21ª Edição. Niterói, RJ: Impetus, 2019.

HART, Carl; tradução Pedro Maia Soares. **Drogas para Adultos**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2021.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova Lei de Drogas. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza,

2010. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>,
acesso 17 mar. 2021.

MIRANDA, Rafael de Souza. **Manual da Lei de Drogas – Teoria e Prática**. 2ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

OLIVEIRA, Nathália; RIBEIRO, Eduardo. **O massacre negro brasileiro na guerra às drogas**. SUR 28, v. 15, n. 28, p. 35-43, 2018. Disponível em:
<https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2019/05/sur-28-portugues-nathalia-oliveira-e-eduardo-ribeiro.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

PRADO, Daniel Nicory do. **A prática da audiência de custódia**. Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 1-120, 2017, ISBN 978-85-62756-57-3. Disponível em:
<https://faculdadebaianadedireito.com.br/wp-content/uploads/2020/07/A-PRATICA-DA-AUDIENCIA-DE-CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2021.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

PRADO, Daniel Nicory do. **Prisão em flagrante em domicílio: um olhar empírico**. Revista Direito GV, v. 16, n. 2, p. 1-28, 2020. ISSN 2317-6172. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/hbnKmn6qFXG5sSfSsZ7YqMx/?lang=pt&format=pdf>
Acesso em: 18 ago. 2021.

PRETI, Bruno Del. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

RESSUREIÇÃO, Lucas. A atuação da defensoria pública como *custös vulnerabilis* sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. In: SILVA, Lucas. (Org.). **Defensoria Pública como instrumento de inclusão social**. Salvador: Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia, 2017, p. 25-46. V. 4, ISSN: 2358-0100. Disponível em:
<https://www.defensoria.ba.def.br/esdep/wp-content/uploads/2019/08/REVISTA-JURIDICA-4-MIOLO-DPEBA-12-12-171.pdf#page=10>. Acesso em: 09 jul. 2021.

ROCHA, Amélia Soares. Defensoria Pública e transformação social. **A Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza: v. 10, n. 1, p. 1-5, 2005. Disponível em:
<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/755/1617>, acesso em: 10 maio 2021.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2006. Disponível em:
<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf> Acesso em: 21 ago. 2021.

SALDANHA, Alexandre de Moraes. Da legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura de demandas pela prática de atos de improbidade administrativa. **Revista da Defensoria Pública da União**, v. 1, n. 7, p. 1-22, 2018. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/117/99>, acesso em: 24 mar. 2021.

SANTOS, Caio. Acesso à justiça no Brasil: notas sobre o modelo de serviço legal da Defensoria Pública. *In*: SILVA, Lucas. (Org.). **Defensoria Pública como instrumento de inclusão social**. Salvador: Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia, 2017, p. 63-77. V. 4, ISSN: 2358-0100. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/esdep/wp-content/uploads/2019/08/REVISTA-JURIDICA-4-MIOLO-DPEBA-12-12-171.pdf#page=10>. Acesso em: 10 jul. 2021.

SANTOS, Ricardo. Defensoria Pública como instrumento de inclusão social. *In*: SILVA, Lucas. (Org.). **Defensoria Pública como instrumento de inclusão social**. Salvador: Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia, 2017, p. 10-24. V. 4, ISSN: 2358-0100. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/esdep/wp-content/uploads/2019/08/REVISTA-JURIDICA-4-MIOLO-DPEBA-12-12-171.pdf#page=10>. Acesso em: 10 jul. 2021.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2014.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

VERÍSSIMO, Marcos. **A nova lei de drogas e seus dilemas. Apontamentos para o estudo das formas de desigualdade presentes nos interstícios do ordenamento jurídico penal brasileiro**. Civitas – Revista de Ciências Sociais, v. 10, n. 2, p. 330-344, 2010. ISSN 1519-6089. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74221650009>. Acesso em: 04 ago. 2021.

ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. **Política criminal de drogas: o papel da Defensoria Pública e a seletividade penal**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49857/politica-criminal-de-drogas-o-papel-da-defensoria-publica-e-a-seletividade-penal>, acesso em: 25 mar. 2021.

ZAPAROLI, Dandara. **A prisão especial para diplomados frente ao princípio da isonomia**. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/handle/riupf/1661>. Acesso em: 17 maio 2021.