

## **Quem leva entorpecentes para presidiários pratica tráfico de drogas? Não!**

**Alexandre Morais da Rosa**

A denominada Guerra ao Tráfico perdeu a batalha. Surgiu em momento histórico em que se construiu a figura do traficante como o grande malvado da democracia. Continua sendo um retumbante fracasso e alguns, mais desavisados, acham que as penas são pequenas. A pergunta formulada, entretanto, precisa de um olhar diferenciado, a partir de quem pratica a conduta.

Imagine, caro leitor, que um amigo, irmão, filho, parente, enfim, está preso. É sabido que dentro dos estabelecimentos penais as moedas de troca – das quais muitas vezes o preso depende para sobreviver – são cigarros, favores sexuais, proteção, telefone celular e drogas. Para pensarmos a questão desde o ponto de vista do agente que se arrisca a adentrar com drogas, ou seja, sabe que passará por uma revista e poderá ser preso, não podemos estar sentados no ar condicionado e em cadeiras confortáveis. A conduta deve ser avaliada em primeiro plano, sob a perspectiva do agente que recebe o pedido de quem está dentro do Sistema e precisa, a cada dia, lutar por sua sobrevivência. Então, longe de uma escolha racional, a questão passa pela – possível – coação moral irresistível.

Nesse contexto, o que parece apenas mais uma modalidade de tráfico (art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06), quem sabe pode ser o sintoma de uma má avaliação por parte de quem é incapaz de vislumbrar as peculiaridades que circundam a conduta. Isto é: no fundo, muitos destes agentes – na maioria mulheres – não possuem escolha. Misturando cinismo com ingenuidade, diz-se que se eram ameaçados ou constrangidos não deveriam mais realizar visitas. Não é tão simples assim.

O Des. Moacyr de Moraes Lima Filho (TJSC, Ap.Crim. 2008.067407-4) enfrentou a questão com a perspectiva ampliada. Não se trata de sujeito que visa a obtenção de lucro por meio da destinação da droga à venda e, assim, busca levar consigo o

material ilícito para esta finalidade. Muito pelo contrário. Assentou o magistrado que a avaliação do dolo do agente passa pela capacidade de resistir à ameaça de dano grave, atual e injusto, quase pressuposta, nesses casos. E é justamente na análise da inexigibilidade do comportamento diverso que a questão deve ser enfocada, porquanto somente no caso específico é que deverá ser avaliada a gravidade da coação e de sua “resistibilidade”, mitigada, por evidente, quando se possui parentes/amigos presos. Paulo Queiroz sublinha que se deve analisar a *“natureza e a importância dos interesses em jogo, conforme o princípio da proporcionalidade, bem assim a capacidade de resistência do coagido, em especial sua sensibilidade.”* Logo, a leitura descompromissada com a realidade pode ser a justificação de tantos parentes/amigos, especialmente mulheres (vide Thais Zanetti de Mello e Marli Modesti), estarem presas por este fundamento. A pergunta que deveria ser feita é: você acredita, mesmo, que se trata de conduta caracterizadora do tipo penal de tráfico?

Não se pode insistir na simples análise do dolo da conduta, desconsiderando-se o meio e as condições em que o agente e seu parente/amigo (receptador da droga) encontram-se inseridos. Afirmar que poderia ter agido de modo diverso é simples e alienado. É preciso salientar que não se trata de excluir toda e qualquer responsabilidade do agente que procura inserir droga em estabelecimentos penais. O que se pretende é a superação da noção meramente objetiva e que analisa a conduta pelos olhos de um observador alienado das contingências do momento, com salários em dia e cujo parente/amigo não se encontra preso, muitos menos ameaçado, substituindo-a pela adoção de uma ótica a partir daquele que, de regra, mora em condições degradantes, sob pressão de controladores do local (líderes do tráfico, milicianos, etc.). Há uma corresponsabilidade estatal por essas condições, a qual não se pode tangenciar, já que a Lei de Drogas exige tratamento ao que está preso, embora seja uma promessa não cumprida (art. 26 da Lei. 11.343/06). No mundo da vida a coisa é muito mais violenta e a integridade de um parente/amigo, muitas vezes, depende da decisão de se arriscar. Por certo que a conduta é reprovável moralmente, mas do ponto de vista normativo, de fato, há preenchimento das condições materiais do tipo? A resposta é não.

Ainda que desconsiderada a coação moral irresistível, salta aos olhos que, não raro, há equívoco na tipificação de conduta do agente que tenta inserir drogas no

interior de estabelecimentos prisionais (ver TJRS – Ap.Crim. 70053032876, e TJSC – Ap.Crim. 2013.046392-7). Isso porque o crime de tráfico ilícito de droga pressupõe a existência de finalidade comercial, de modo que os fatos melhor se subsumiriam ao crime do § 2º do art. 33 (induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga), cuja pena de detenção de um a cinco anos estabelecida é, se não justa, ao menos mais próxima de atender o princípio da proporcionalidade, uma vez que torna possível a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal). Veja-se que a solução é acertada do ponto de vista técnico, eis que a assistência material (transporte para o interior de estabelecimento prisional) para que terceiro faça uso de substância ilícita corresponde ao verbo “auxiliar” contido no § 2º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. (TJSC, Ap.Crim. 2011.006944-8).

De sorte que quando se demonstrar que o agente efetivamente adentrou no estabelecimento com a droga para entregar ao seu parente/amigo, com destinação comercial, ainda que tendo, em tese, cometido a conduta típica, pode ser absolvido, sob o amparo do art. 386, VI, do CPP, dado que configurada a “coação moral irresistível”, prevista no art. 22 do CP, apurando-se, ainda, a configuração do § 2º do art. 33 da Lei n. 11.343/0. Repensar o que se faz mecanicamente não é fácil, como também não é fácil dizer não quando se está ameaçado. O mais simples é condenar, aumentando o contingente de varejistas que lotam as penitenciárias desse imenso país. Traficante de verdade são muito poucos. A guerra das drogas é uma fraude que embala os sonhos de ingênuos ou iludidos. Não há terceira opção.