

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS FACULDADE  
DE DIREITO DO RECIFE**

**ENTRE O CONSUMO E O TRÁFICO DE DROGAS:**

Uma Análise da Utilização dos Critérios de Diferenciação entre as Condutas Previstas  
nos Artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06

Heloisa Matias dos Santos

Orientadora: Marília Montenegro Pessoa de Melo

Monografia Final de Bacharelado em Direito - UFPE

Recife, 2019.

HELOISA MATIAS DOS SANTOS

**ENTRE O CONSUMO E O TRÁFICO DE DROGAS:**

Uma Análise da Utilização dos Critérios de Diferenciação entre as Condutas Previstas  
nos Artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06

**Monografia Final apresentada como  
requisito parcial para a Conclusão do  
curso de Bacharelado em Direito pela  
UFPE.**

**Área de Conhecimento: Criminologia;  
Direito Penal**

**Orientanda: Heloisa Matias dos Santos**

**Orientadora: Marília Montenegro Pessoa**

Recife, 2019.

**Heloisa Matias dos Santos**

**Entre o consumo e o tráfico de drogas: uma análise da utilização dos critérios de diferenciação entre as condutas previstas nos artigos 28 e 33 da Lei 11. 343/06**

**Monografia Final de Curso**

**Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito**

**Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR**

**Data de Apresentação:**

---

Prof. Marília Montenegro Pessoa de Melo

---

Prof.

---

Prof.

## **AGRADECIMENTOS**

Chegado o momento de conclusão da graduação, após longos 5 anos e meio, é preciso expressar minha gratidão em relação a todos aqueles que, de alguma forma, me auxiliaram ao longo desse processo de muitos aprendizados.

Agradeço a minha família, pela paciência e suporte incondicional.

Agradeço aos meus amigos, especialmente os da FDR, por dividirem as vivências da faculdade comigo.

Agradeço as minhas orientadoras, Manuela Abath e Marília Montenegro, por me acolherem como orientanda e abrirem meus olhos para novos caminhos durante a pesquisa.

## RESUMO

Há no Brasil uma lógica belicista de repressão ao tráfico de drogas. Serão demonstradas as bases históricas que levaram a construção do modelo proibicionista atual, evidenciando-se que a guerra às drogas, antes de tudo, tem motivações políticas, servindo à manutenção do *status quo* preservando os interesses dos grupos dominantes. Nesse processo, a partir da emergência de conceitos como paradigma da reação social e ideologia da diferenciação, o foco se volta para as figuras do traficante e do usuário, essenciais para que se entenda a dinâmica do tráfico de drogas e as diferentes respostas ofertadas pelo Direito Penal em cada situação. Essa distinção entre usuários e traficantes, cerne da pesquisa, baseia-se no discurso médico-jurídico, surgido na década de 60 nos Estados Unidos, que, no entanto, encontra respaldo na atual Lei de Drogas, a lei 11.343/06. Parte-se, então, para uma análise dos critérios trazidos pela legislação oficial com o objetivo de auxiliar os julgadores ao decidirem entre a imputação pelo crime de tráfico e o de uso para consumo pessoal, percebendo-se a imprecisão dos termos contidos no diploma, a qual abre margem para uma ampla discricionariedade na atuação das autoridades judiciárias. A partir da análise da teoria relacionada ao tema e dos dados oficiais acerca do encarceramento em massa e genocídio da população negra, é notável que essa distinção é feita através do filtro da seletividade, que atinge todo o sistema e acaba por determinar aqueles que serão enquadrados no estereótipo de traficante. O estudo de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, referentes a pedidos de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso é utilizado no sentido de confirmar o exposto. Para tanto, foi realizada uma pesquisa no site do TJPE, referente às jurisprudências; estabeleceu-se uma delimitação temporal, buscando-se os acórdãos proferidos no ano de 2018 e uma delimitação textual, através de pesquisa livre pela expressão “desclassificação para uso”, sem haver necessidade de busca de variações dessa expressão. O trabalho coloca, ainda, outras questões em evidência, como a importância da atuação policial para identificação do delito e a dificuldade em se modificar as sentenças proferidas em primeira instância.

**Palavras-chave:** Lei de Entorpecentes; usuário; traficante; ideologia da diferenciação; estudo de caso; seletividade.

## **LISTA DE SIGLAS**

**CF/88** – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**TJPE** – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA ÀS DROGAS: UMA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA.....	10
1.1. O PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL E SEUS EFEITOS NO PROIBICIONISMO.....	10
1.2. AS DIFERENTES RESPOSTAS OFERTADAS PELO DIREITO PENAL EM DECORRÊNCIA DA IDEOLOGIA DA DIFERENCIAÇÃO .....	13
1.3. O MITO DO “NARCOTRAFICANTE”: A CONSTRUÇÃO DA FIGURA DO TRAFICANTE COMO INIMIGO MÁXIMO A SER COMBATIDO.....	14
1.4. O TRÁFICO DE DROGAS COMO DELITO JUSTIFICADOR DO EXERCÍCIO DAS REAIS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL .....	17
2. ASPECTOS DOGMÁTICOS DA LEI 11.343/06 E SEUS REFLEXOS NA CRIMINALIZAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS.....	20
2.1. IMPRECISÃO PROVOCADA PELA REDAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI DE DROGAS.....	22
2.2. ART. 28, §2º DA LEI DE DROGAS: CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PELA AUTORIDADE JULGADORA NO MOMENTO DA DETERMINAÇÃO DO DELITO .	24
2.3. QUAL O PERFIL DOS INDIVÍDUOS QUE SÃO PRESOS COMO TRAFICANTES DE DROGAS?.....	25
2.4. ATUAÇÃO POLICIAL E SEU IMPACTO NO ENCARCERAENTO EM MASSA E NO GENOCÍDIO NEGRO.....	26
3. ESTUDO DE CASOS: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL A PARTIR DE ACÓRDÃOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO NO ANO DE 2018.....	31
3.1. PADRÕES ENCONTRADOS A PARTIR DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL .....	38
4. CONCLUSÃO .....	40
REFERÊNCIAS .....	42



## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal retomará em junho de 2019 o julgamento sobre a constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal, que estava suspenso há 4 anos; torna-se imprescindível, nesse contexto, a discussão acerca da diferenciação entre usuários e traficantes.

O Direito Penal oferece respostas diametralmente opostas a depender do enquadramento dado aos indivíduos diante dos crimes de tráfico de drogas e de uso para consumo pessoal: ao usuário não caberá a pena privativa de liberdade, pois responderá de acordo com a disciplina dos crimes de menor potencial ofensivo (art. 28 da Lei nº 11.343/06); ao traficante, por outro lado, será aplicada uma pena privativa de liberdade mínima de 5 anos (art. 33 da Lei nº 11.343/06), além de sofrer restrições a garantias processuais por se tratar de delito equiparado aos crimes hediondos.

É urgente, desse modo, atentar para questões como: como ocorre, na prática, a distinção entre usuários e traficantes? Quais critérios são utilizados? Tratam-se de critérios subjetivos ou objetivos? Qual a relevância da atuação policial nessa distinção? Quanto poder é conferido aos julgadores para que decidam por um ou por outro delito? Quais as semelhanças trazidas pelo texto legal entre os dois crimes?

No processo de obtenção das respostas para esses questionamentos, tem-se como fundamento teórico o paradigma da reação social, a partir do qual se aponta o quanto a seletividade, inerente ao sistema penal, influencia na escolha de quais pessoas assumirão o papel de traficantes e quais serão consideradas usuárias. A seletividade do sistema se expressa através dos dados oficiais, os quais confirmam a concentração da atuação das agências punitivas sobre os jovens negros, quando se sabe que a criminalidade está presente em todos os estratos sociais e raciais da população.

Os artigos que dispõem sobre os crimes de tráfico e de uso de drogas na Lei nº 11.343/06 apresentam amplo grau de imprecisão, o que permite que o estereótipo do traficante seja usado como critério, pela polícia, para a escolha de quem irão abordar e, no caso dos magistrados, para decidirem por imputar aos jurisdicionados um ou outro delito.

Realizou-se, ainda, a apreciação de acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, obtidos, na íntegra, através de consulta jurisprudencial online. A busca ficou restrita aos acórdãos julgados em 2018, havendo, também, uma delimitação textual, pois foi

utilizada a ferramenta pesquisa livre para que as decisões que contivessem a expressão “desclassificação para uso” fossem encontradas.

Assim é que, através da análise de casos concretos, busca-se evidenciar essa estrutura posta, bem como abrir espaço para novas reflexões, indagando-se a quem essa imprecisão normativa favorece.

# 1. POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA ÀS DROGAS: UMA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

## 1.1. O PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL E SEUS EFEITOS NO PROIBICIONISMO

A criminalidade é um fenômeno democrático, estando presente em todos os estratos sociais, ou seja, pessoas praticam crimes independentemente da raça ou classe social a que pertencem; em relação ao consumo e tráfico de drogas não poderia ser diferente, há ampla circulação de substâncias ilícitas em todas as esferas da sociedade e, conseqüentemente, o comércio ilegal se realiza em todas essas esferas. Diante desse cenário alguns questionamentos são necessários: por que se fixou no senso comum a ideia de que a criminalidade está associada à pobreza? Por que existe um número desproporcional de pessoas negras na prisão, se comparado com a sua presença fora dela?<sup>1</sup> (DEPEN; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 32) Por que o estigma de traficante só recai sobre determinados grupos?

Para responder a essas perguntas é preciso entender o fenômeno delitivo com base na Teoria da Reação Social<sup>2</sup>, pressuposto teórico do presente trabalho. Essa teoria trouxe uma mudança de paradigma quanto ao enfoque que se deve dar no estudo do crime, redirecionando a pesquisa para os processos de seleção que constroem a figura do delinquente, deixando de se buscar as causas do crime no próprio criminoso.

A tese central da teoria da reação social, nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade, é a de que:

[...] o desvio e a criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção

Uma conduta não é criminal “em si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio-ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a “definição” legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e “seleção” que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas (ANDRADE, 1995, p. 28).

---

<sup>1</sup>De acordo relatório elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, em 2016, 64% da população prisional é negra, enquanto que este grupo compõe 53% da população brasileira.

<sup>2</sup> Também conhecida por labelling approach ou teoria do etiquetamento.

Diante do exposto, evidencia-se que o que se entende como crime não passa de uma construção social, ou seja, não existem comportamentos que possam ser considerados intrinsecamente criminosos; esses comportamentos se tornam crimes ou não a depender da reação que a sociedade tem sobre eles. Assim, é importante perceber que as condutas tipificadas atualmente pelo Código Penal apenas se encontram lá inseridas porque lhes foi socialmente imposto o status de crimes; do mesmo modo, nem toda pessoa que pratica uma ação definida como crime é considerada criminosa, o enquadramento na figura do criminoso vai depender da reação que a sociedade tem diante de quem realiza aquela prática, permitindo que esse status se distribua de forma desigual entre os grupos sociais.

É nesse sentido que se pode entender, também, que não existem substâncias inerentemente ilícitas, a proibição de certas substâncias e o seu enquadramento na categoria de “drogas” é igualmente de uma construção social e política. Nota-se, empiricamente, que não houve uma preocupação com a periculosidade ou com a questão da saúde pública no momento de se criminalizarem determinadas substâncias e não outras, esse enquadramento pode ser facilmente alterado a depender dos interesses vigentes. E justamente por isso é que é preciso que se mantenha a imprecisão que paira sobre o termo “droga”, permitindo que substâncias sejam enquadradas como lícitas ou ilícitas arbitrariamente.

Compreendendo-se que as determinações sobre quais condutas são consideradas crimes, bem como sobre quais drogas são consideradas ilícitas são decorrentes de escolhas socialmente construídas, emergem certas indagações: qual parcela da sociedade é responsável por ditar essas definições? Como esse poder se encontra distribuído entre os estratos sociais? (ANDRADE, 1995, p. 30) Assim, o foco da questão passa a recair sobre quem detém esse controle, pois, ao afirmar que o crime é resultado das interações sociais, o labelling approach evidencia o quanto o controle social através do sistema penal se relaciona com as relações de poder existentes. (HULSMAN, 1986 apud ANDRADE, 1995, p. 31).

Isso explica por que, apesar de a criminalidade ser uma constante na vida das pessoas, não se restringindo a um estrato social específico, o sistema penal parece alcançar apenas os negros, pobres, imigrantes e demais marginalizados. Escancara-se a realidade de que há um processo de seleção em relação a quais indivíduos, entre o todo populacional, receberão o estereótipo de criminosos e conseqüentemente serão atingidos pelo sistema; no entanto, é importante ressaltar que a chance de ser selecionado, ou seja, etiquetado como criminoso, não se distribui de maneira uniforme. Esse etiquetamento, na verdade, baseia-se em certos critérios: quanto mais características que se enquadrem no estereótipo de criminoso a pessoa

tiver, como, por exemplo, ser pobre, negro ou favelado, mais vulnerável ela está a ser alcançada pelo sistema penal (ANDRADE, 1995, p. 31).

“A clientela do sistema penal é constituída de pobres não porque tenham uma maior tendência para delinquir mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como criminoso”. Isso porque os grupos que detêm o poder na sociedade conseguem, quase que totalmente, garantir para os seus a impunidade diante das condutas criminosas que realizam (ANDRADE, 1995, p. 32).

Quanto ao processo seletivo que resulta na criminalização, é possível a sua divisão em etapas: há a criminalização primária, que se procede a partir da escolha legislativa em relação a quais condutas serão tipificadas como crime ou, em outras palavras, quais bens jurídicos merecem uma maior proteção, devendo ser tutelados pelo direito penal; e a criminalização secundária, realizada pelas agências repressivas de controle tanto formais (polícia, ministério público, judiciário etc), quanto informais (opinião pública, mídia etc), responsáveis por definir, na prática, quais indivíduos ingressarão no sistema penal.

Através da criminalização primária, evidencia-se que se está elegendo uma parcela da população para adentrar na máquina penal quando, por exemplo, há a opção, por parte dos legisladores, em punir duramente os crimes contra o patrimônio individualizáveis, como o roubo e o furto, que na maioria das vezes são praticados por aqueles que pertencem as camadas mais pobres, enquanto conferem tratamento penal mais brando aos crimes patrimoniais coletivos, mais comumente praticados pelas classes mais abastadas. Ainda, como mais um exemplo, ao estabelecerem que o sonegador fiscal que ressarcir o dano a qualquer momento da persecução penal não se submeterá à punição, enquanto aquele que furtar e agir de maneira semelhante, reparando o prejuízo, apenas faz jus à redução de um a dois terços da pena e não ao mesmo tratamento jurídico. (DINU, 2014, p. 23).

No que concerne ao delito do tráfico de drogas, essa seleção se dá através do fato de que conferiram um tratamento penal extremamente rigoroso para tal conduta; a Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) estabelece pena mínima de 5 anos para o tráfico e a Constituição Federal equiparou o crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos, sendo, em decorrência disso, retiradas diversas garantias.

A criminalização secundária, por sua vez, evidencia o processo de etiquetamento através do papel que desempenham as agências de controle ao escolherem quais indivíduos serão considerados criminosos, respondendo aos anseios punitivos, e quais serão poupados pelo

sistema. No caso do tráfico de drogas esse processo recebe especial importância, pois por contar com dois dispositivos na Lei de Drogas com redação semelhante em alguns aspectos, mas com consequências penais completamente diferentes, uma vez que um estabelece o delito de tráfico e o outro o de uso de drogas, a responsabilidade para decidir quem se enquadra em cada conduta recai, quase que exclusivamente, sobre essas agências repressivas.

## **1.2. AS DIFERENTES RESPOSTAS OFERTADAS PELO DIREITO PENAL EM DECORRÊNCIA DA IDEOLOGIA DA DIFERENCIAÇÃO**

A ideologia da diferenciação é um termo cunhado por Rosa del Olmo e consiste na existência de um duplo discurso no que concerne à sistemática do tráfico de drogas, existindo, de um lado, a figura do traficante (delinquente) a ser combatida pelas agências de controle e de outro a do usuário (dependente), que deveria receber tratamento médico. (OLMO, 1990, p.34).

Na década de 60, nos Estados Unidos, há uma mudança de perspectiva ao tratar da questão das drogas: até então, era o discurso moralista que prevalecia, aplicado aos grupos marginais que a consumiam, sendo tratada como problema dos degenerados, consistindo o combate basicamente na punição severa dos traficantes ou internamento dos dependentes (OLMO, 1990, p. 30). A partir dessa década, no entanto, esse cenário se modifica e o consumo de drogas passa a se difundir, atingindo também a classe média-branca-jovem estadunidense, passando a ser associada aos movimentos de contracultura, que negavam o tão defendido “american way of life”. (OLMO, 1990, p.36).

Percebe-se, desse modo, que a lógica do consumo havia mudado, bem como seus personagens, surgindo, então, um novo discurso para se adequar a essa nova realidade, o chamado discurso médico-jurídico, uma vez que tendo as drogas se disseminado por boa parte da juventude americana, não se poderia continuar pregando que elas eram típicas dos degenerados, sendo inconcebível que todos esses jovens se enquadrasse nesse estigma. (D’ELIA FILHO, 2007, p. 88-89). A partir de então, de um lado existiriam aqueles responsáveis por traficar e desvirtuar os “bons filhos da América”, os quais mereceriam do sistema uma resposta jurídica, sendo considerados delinquentes; enquanto do outro estariam as vítimas desses criminosos, os consumidores, que seriam considerados doentes e receberiam o tratamento médico necessário. É desse discurso que surge o que se denomina de Ideologia da Diferenciação, uma forma de se operar a distinção entre aqueles que seriam considerados consumidores e os que se enquadrariam na figura de traficantes. (OLMO, 1990, p. 33-34).

De acordo com Salo de Carvalho, “a ideologia da diferenciação pode ser concebida igualmente como discurso de fragmentação das respostas ofertadas aos autores do desvio, dependendo do seu status social” (CARVALHO, 2016, p. 55). Ou seja, essa diferenciação não ocorre de forma objetiva, mas, como todo o sistema penal, é seletiva, de modo que nas raras ocasiões em que as pessoas das camadas mais favorecidas da população são atingidas pela estrutura de controle penal, a elas é conferido o status de usuárias, ao passo em que há uma identificação entre o status de traficantes e as camadas menos favorecidas.

Para que se avalie, mais facilmente, a desproporcionalidade desse fenômeno, traz-se a situação a seguir:

Imagine-se o seguinte exemplo: dois jovens, ambos de 18 anos, estão negociando a compra de drogas em um bairro abastado. O que compra, universitário no início da vida acadêmica, o faz com o dinheiro que recebe dos pais para o lazer. O que vende, jovem que ainda cursa o ensino médio, em série atrasada, e faz bicos para ajudar a família, também deseja comprar a droga, porém não tem dinheiro para tanto. Como solução, vende um pouco para assim também poder consumi-la. E eis que, tendo a polícia flagrado o ato, o jovem universitário será encaminhado ao Juizado Especial Criminal, sobre ele não podendo incidir qualquer pena privativa de liberdade, enquanto que o segundo está sujeito a uma pena mínima de cinco anos, com sério risco de não conseguir a aplicação de minorantes e a conversão da pena em restritivas de direito. O abismo na diferença de tratamento é, pois, gritante (DINU; MELLO, 2017, p. 202).

Essa ideologia cumpre com a função de reforçar esses dois estereótipos, causando, propositalmente, um abismo entre o menino de boa família, que teria sido persuadido a usar drogas e menino da favela, responsável pelo mal (CARVALHO, 2016, p. 55). De modo que “Aos jovens de classe média, que a consomem [cocaína], aplica-se o estereótipo médico, e aos jovens pobres, que a comercializam, o estereótipo criminal” (BATISTA, 2003 apud CARVALHO, 2016, p. 63.)

### **1.3. O MITO DO “NARCOTRAFICANTE”: A CONSTRUÇÃO DA FIGURA DO TRAFICANTE COMO INIMIGO MÁXIMO A SER COMBATIDO**

Diante do exposto acerca da criminalização secundária e da ideologia da diferenciação, para uma melhor compreensão sobre em que bases teóricas elas operam atualmente, principalmente em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, é preciso fazer referência à teoria do Direito Penal do Inimigo, formulada pelo jurista Gunther Jakobs (CARVALHO, 2006, p. 256).

De acordo com Jakobs, os cidadãos vivem submetidos a um pacto social e dele decorrem determinadas expectativas em relação aos indivíduos, para que a segurança social seja mantida. Seriam considerados cidadãos todos aqueles que, apesar do cometimento de algum delito, ainda

se inserissem na estrutura do pacto, ou seja, mostrassem-se adequados à vida em sociedade, dando indícios de que aquela ação havia se tratado de um comportamento isolado; sofreriam, desse modo, como resultado da conduta ilícita praticada, as consequências oficiais do direito penal, sendo-lhes conferidas todas as garantias previstas em um Estado de Direito moderno.

Por outro lado, determinados indivíduos, em decorrência das suas práticas desviantes, percebidas como opostas à manutenção do sistema de vigência das normas, por quebrarem as expectativas e não oferecerem garantias de readequação ao pacto social, não poderiam ser considerados cidadãos, sendo, na verdade, entendidos como inimigos, uma vez que estariam colocando em risco a segurança das outras pessoas, aquelas que respeitavam o pacto. Desse modo, por não poderem ser encarados como cidadãos, a esses indivíduos não deveriam ser conferidas as garantias e direitos típicos de um modelo garantista, aplicando-lhes um outro modelo de repressão, adequado para essas pessoas que se encontravam a margem do comportamento esperado. (CARVALHO, 2006, p. 256-257).

Apesar de o discurso de Jakobs não ter sido incorporado, em sua totalidade, pelo sistema penal, ele se faz presente atualmente, atuando na legitimação do modelo repressivo de combate às drogas. É preciso, então, entender como se deu a construção da figura do traficante de drogas como inimigo comum e causador de pânico social, merecedor do tratamento disposto por Jakobs (DINU, 2014, p. 35).

Durante a década de 70, nos Estados Unidos, após o fracasso das medidas voltadas para a repressão interna das drogas, há uma modificação no enfoque dessa política, a partir da qual além de manter o controle em seu próprio território, os EUA passam a responsabilizar os países produtores de drogas (principalmente os da América Latina) pelo problema, transformando-os nos novos inimigos a serem combatidos, a partir de uma de uma divisão do mundo entre os países de bem, ou “Mundo Livre”, vítimas do tráfico de drogas e os “países inimigos”, causadores da degradação moral norte-americana (OLMO, 1990, p. 41).

Em consonância com essa mudança de perspectiva, surgem Convenções Internacionais que trazem uma política criminal baseada na repressão às drogas como questão urgente a ser implementada de modo uniforme em todo o mundo, de acordo com o modelo proibicionista norte-americano. Assim, diversos países da América Latina passam a ratificar essas convenções, inclusive o Brasil, incorporando suas determinações na legislação nacional, iniciando um processo que Rosa del Olmo denominou de transnacionalização do controle (OLMO, 1990, p. 57-58).

Consolida-se, desse modo, o discurso de que o problema do consumo interno de drogas nos Estados Unidos ocorre devido ao tráfico realizado pelos países vizinhos, criando-se o estereótipo do traficante latino-americano (o narcotraficante), um sujeito perigoso que deve ser temido e combatido a qualquer custo (OLMO, 1990, p. 41). Convenientemente, esse discurso proporciona aos EUA uma grande abertura para que intervenha nos países “periféricos” em nome desse “bem maior”, que seria o de proteger o mundo dos perigos das drogas, justificando as interferências na política desses países, bem como o processo de militarização, tudo isso sob o manto de uma aparente legalidade e em nome da defesa contra os inimigos.

Além disso, é importante entender que havia a necessidade de implementação de um método de *guerra* de combate às drogas e não de outro método de repressão. Durante a Guerra Fria, surgiu o que se pode chamar de capitalismo industrial de guerra, responsável por aliar os militares aos setores industriais, tendo como premissa para o seu crescimento a possibilidade de ocorrência de uma guerra a qualquer momento. Assim, durante todo esse período os gastos militares atingiram valores exorbitantes, sendo de interesse dos beneficiados mantê-los; para isso, no entanto, era necessário encontrar um novo motivo que justificasse a manutenção de um modelo belicista e o combate às drogas serviu a esse propósito, empreendendo-se uma militarização interna dos países envolvidos (BATISTA, 1997, p. 138).

Ainda, de acordo com Rosa del Olmo, é importante observar, em relação à situação geopolítica da época, que havia uma guerra contra qualquer forma de subversão. De modo que foi possível associar o consumo de drogas, considerado subversivo por sua vinculação à contracultura, com a subversão comunista; para facilitar essa associação foram criados os termos como “narcoguerrilha” e “narcoterrorismo”. Esse esforço em vincular o comunismo ao consumo de drogas era necessário para que ocorresse uma aproximação entre a figura do traficante e a do comunista, legitimando essa “substituição” de uma guerra pela outra. É nesse contexto que o presidente Richard Nixon, em 1972, declara que as drogas constituem o inimigo número um da América, instaurando uma guerra às drogas (OLMO, 1990, p. 68), a qual cumpre com a função de, por um lado, controlar parcela da população, através da repressão aos marginalizados e de outro, suprir a demanda de mercado das indústrias bélicas, que encontraram na demonização das drogas e criação desse inimigo interno uma forma muito cômoda e eficiente de realocar suas atividades (BATISTA, 1997, p. 143).

Nesse contexto, a militarização dos países da América Latina se deu através do que se denominou Doutrina da Segurança Nacional, implementada no Brasil durante o período da ditadura militar. Com o objetivo inicial de estabelecer um modelo militarizado de combate à

ameaça política externa, ou seja, aos comunistas, baseando-se em táticas de guerra, essa doutrina acaba perdurando, adquirindo nova roupagem, mas mantendo sua estruturação original e se estabelecendo como modelo para tratar da segurança urbana. Desse modo, diversas técnicas de guerra que tinham como propósito a defesa da segurança nacional continuam a ser aplicadas, mas agora voltando-se para a segurança pública, o inimigo interno e os crimes comuns (CARVALHO, 2016, p. 62-64).

Percebe-se, com isso, a relevância da Doutrina de Segurança Nacional para a instalação de uma política criminal de guerra às drogas baseada na utilização de meios repressivos autoritários típicos da guerra, bem como para a formação da figura do traficante como inimigo interno a ser combatido. Acontece que, no Brasil, essa política ao invés de se direcionar aos grandes traficantes (narcotraficantes), os quais justificaram o modelo criado através do estereótipo de serem pessoas perigosas, que traficam uma enorme quantidade de droga e que participam de organizações criminosas; ela se direciona aos criminosos comuns, os quais vendem pequena quantidade de droga no varejo e em nada se parecem com o estereótipo temido pela população.

#### **1.4. O TRÁFICO DE DROGAS COMO DELITO JUSTIFICADOR DO EXERCÍCIO DAS REAIS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL**

A partir do exposto é possível compreender o porquê de ser justamente em relação ao tráfico de drogas que esse terrorismo penal, nos moldes do direito penal do inimigo de Jakobs, consegue maior aceitação (DINU, 2014, p. 33), oferecendo respostas distintas a depender de quem é o agente. De um lado existe o discurso oficial de base garantista, de proteção aos bens jurídicos considerados essenciais; enquanto do outro, a real prática forense, que se mostra em total desacordo com os direitos constitucionais estabelecidos (DINU, 2014, p. 26). Assim é que as funções declaradas do sistema penal serviriam para legitimar a manutenção dessa estrutura, ocultando as suas reais funções, de legitimação das desigualdades sociais (DINU, 2014, p. 24).

Os operadores do sistema penal, desse modo, atuam com base em verdadeiras normas implícitas, de forma a responder aos anseios punitivistas da sociedade, violando as normas explícitas de garantia dos direitos, mas sustentando um discurso de estarem agindo conforme a legalidade, de acordo com aquilo que Vera de Andrade chamou de eficácia invertida dos sistema, já que existe uma contradição estrutural entre as funções declaradas e as reais (DINU, 2014, p. 28). É necessário ressaltar, no entanto, que quando não incide o estereótipo de criminoso, as funções declaradas podem incidir.

Pode-se dizer que essas normas implícitas advêm de técnicas, que podem ser tanto para a produção de bens, como para a organização das relações humanas. E aí que é possível observar que as normas implícitas opostas ao garantismo são oriundas da técnica de dominação de estratos sociais. Ou seja, as técnicas sociais nem sempre visam ao bem comum; podem, por exemplo, objetivar a manutenção de um status quo favorável para um segmento, numa relação de dominadores x dominados. A partir dessa lógica, vislumbra-se mais facilmente a função latente, implícita, do direito penal: imunizar uma classe social em detrimento de outras, vulneráveis, sobre as quais é feito o corte da criminalidade (DINU, 2014, p. 27).

A partir da criação de um estereótipo de inimigo, justifica-se que o direito penal seja usado como instrumento de defesa de uma maioria não desviada (cidadãos) contra as ações de um grupo de desviados (inimigos), quando, na verdade, o direito penal deveria ser instrumento de defesa de todos. (DINU, 2014, p. 28).

O discurso arraigado no cotidiano forense, todavia, é no sentido de uma divisão absurdamente maniqueísta do mundo, entre bons e maus, devendo estes ser combatidos com toda a severidade possível. Evidencia-se, assim, a completa falta de alteridade na sociedade hodierna, posto que nunca os imunizados pelo sistema se vislumbram como transgressores da lei, quando, evidentemente, todos os somos. Se apenas parcela é selecionada, isso se dá pelo fato de o poder de repressão estar focado em apenas uma espécie de criminalidade, e não porque vivemos em uma sociedade em que a maioria é puritana. E assim o senso comum da criminalidade permanece respaldada na exclusão do diferente (DINU, 2014, p. 29).

Assim, sob a justificativa de retomar o controle e fornecer essa segurança, o Estado lança mão de instrumentos autoritários, que não mostram nenhuma eficácia; o que ocorre é que o sacrifício dos direitos e garantias de determinado grupo de pessoas, já estabelecidas como inimigos (ou não cidadãos) parece razoável para o restante da população diante da necessidade de se buscar essa sensação de segurança. As intervenções punitivas estatais, assim, são sempre consideradas legítimas, independente da violência empregada ou de se ampararem em conceitos amplos como “segurança pública” e “combate às drogas” (CARVALHO, 2016, p. 81-85).

Percebe-se, desse modo, que o sacrifício de direitos e garantias deixa de constituir situação excepcional e se torna a própria política do estado, é o modo de agir rotineiro dos mecanismos punitivos, que não necessitam de qualquer autorização para tanto. O próprio direito e o processo penal, bem como a estrutura do judiciário, acabam atuando de acordo com essa lógica, contribuindo para a manutenção dessa política, quando a sua função deveria ser a de proteger a legalidade penal e os princípios constitucionais e servir como barreira aos anseios autoritários.

Há um pensamento muito presente no senso comum que é o de que a garantia dos direitos dos cidadãos, através da observância ao princípio da legalidade penal, bem como aos demais princípios do processo penal obstaculizam a busca ou manutenção da segurança pública. Ou seja, colocam-se as garantias penais como em oposição a um sistema repressivo que

funcione e cumpra seus propósitos; acontece que, na verdade, essa dicotomia não existe. Pelo contrário, para que se possa falar em segurança para a sociedade, é preciso que esses direitos e garantias sejam respeitados; quando restringidos, ainda que para a parcela da população considerada desviada, abre-se espaço para um discurso autoritário, esse sim, capaz de trazer consequências para a segurança e estabilidade democrática. Assim, garantismo e segurança deveriam andar juntos, pois tratam-se de questões complementares e não excludentes (CARVALHO, 2006, p. 265-266).

## **2. ASPECTOS DOGMÁTICOS DA LEI 11.343/06 E SEUS REFLEXOS NA CRIMINALIZAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS**

A legislação brasileira, através da Lei 11.343/06 (lei que dispõe sobre a repressão ao tráfico ilícito de drogas) acolheu em seu texto a ideologia da diferenciação, permitindo amplamente a incidência da seletividade do sistema penal. Com efeito, as condutas do traficante de drogas são tipificadas nos arts. 33 e seguintes da referida lei, a qual estabelece pena mínima de 5 anos de reclusão para esse delito; enquanto os usuários são abrangidos pelo art. 28 do desse diploma, que trata a ação como crime de menor potencial ofensivo, sendo aplicadas autonomamente penas restritivas de direitos, como a de prestação de serviços à comunidade, e não penas privativas de liberdade.

Há a manutenção da criminalização do usuário, uma vez que sua conduta é tipificada pelo texto legal, no entanto, esse texto traz como consequência uma pena diversa do cárcere, propiciando uma descarcerização de tal comportamento. É essencial ressaltar, nesse sentido, que a criminalização do uso de drogas é tema muito questionado, pois o bem jurídico que se pretendeu tutelar através da Lei 11.343/06 é a saúde pública, a partir da ideia de que toda a sociedade seria vítima do tráfico, sendo os sujeitos passivos indeterminados. A punição, assim, estaria fundamentada na proteção da saúde da sociedade e não dos usuários especificamente, pois o direito penal não pune a autolesão. Assim, questiona-se: qual seria o bem que se estaria tentando proteger ao criminalizar individualmente as pessoas pelo uso de entorpecentes? Uma vez que não se pode sustentar que se pretenda defender a saúde pública, estaria o direito penal interferindo nessa esfera privada do indivíduo através de uma suposta proteção à saúde individual? (DINU, 2014, p. 38).

A constitucionalidade das medidas de punição por uso de entorpecentes se encontra em discussão no Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659; esse julgamento será retomado em 5 de junho de 2019, após ter sido interrompido há 4 anos, em decorrência de um pedido de vistas feito pelo ministro Teori Zavascki. O ministro Alexandre de Moraes, substituto do ministro Teori Zavascki, o qual faleceu em 2017, liberou o processo após concluir seu voto.

Três ministros já apresentaram seus votos: o ministro Fachin se pronunciou pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que criminaliza o porte de drogas para consumo pessoal, restringindo seu voto à maconha, droga apreendida com o autor do recurso; o ministro explicou que, em temas de natureza penal, o Tribunal deve agir com autocontenção, “pois a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a

intervenção judiciais desproporcionais”. O ministro Roberto Barroso também limitou seu voto à descriminalização da droga objeto do RE e propôs que o porte de até 25 gramas de maconha ou a plantação de até seis plantas fêmeas sejam parâmetros de referência para diferenciar consumo e tráfico; esses critérios valeriam até que o Congresso Nacional regulamentasse a matéria. O ministro Gilmar Mendes (relator) apresentou voto no sentido de prover o recurso e declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, na avaliação do relator, a criminalização estigmatiza o usuário e compromete medidas de prevenção e redução de danos, bem como gera uma punição desproporcional ao usuário, violando o direito à personalidade; no entanto, o ministro votou pela manutenção das sanções previstas no dispositivo legal, conferindo-lhes natureza exclusivamente administrativa, afastando, portanto, os efeitos penais (STF, 2015).

Apesar de a descarcerização dever ser considerada um avanço, ela ocorreu inserida numa lógica de perpetuação do modelo proibicionista, estando completamente isolada de outras práticas que objetivem uma mudança de paradigma. O que aconteceu, na prática, foi uma ampliação do abismo entre os que são considerados usuários e os traficantes, pois a política de encarceramento para esses últimos não só foi mantida, como exacerbada (RODRIGUES, 2006, p. 176).

A juventude de classe média e alta já conta com mecanismos privados de descriminalização. Os projetos de descriminalização do usuário deixam ainda mais expostos à demonização e criminalização as principais vítimas dos efeitos perversos da exclusão globalizada: a juventude pobre de nossas cidades recrutada pelo mercado ilegal e pela falta de oportunidades imposta pelo atual modelo econômico a que estamos submetidos (BATISTA, 2003 apud RODRIGUES, 2006, p. 176).

Marcelo Silveira Campos, a partir disso, descreve essa lei de drogas através da metáfora do copo meio cheio e meio vazio, pois, para ele, para que se pudesse promover a descarcerização do uso, além da inserção de termos como “redução” e “prevenção” entre os objetivos da lei, foi preciso que a pena de prisão fosse reafirmada em outro eixo, de modo que a pena mínima de prisão foi aumentada para 5 anos, ao invés de ser mantida em 3 como na lei anterior. Essa condição de se estabelecer um pouco “mais de liberdade” com um “pouco a mais” de pena prisão é tida como central para que os parlamentares pudessem aprovar o projeto (CAMPOS, 2015, p. 170-172).

Evidencia-se, a partir do exposto, que a legislação sobre drogas vigente, apesar de abordar a prevenção e descarcerização, não provocou qualquer modificação no modelo repressivo posto, além de aumentar o distanciamento entre usuários e traficantes conferindo

maior poder as agências de controle responsáveis por ditar quem se enquadra em cada uma dessas categorias.

## **2.1. IMPRECISÃO PROVOCADA PELA REDAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI DE DROGAS**

As condutas de tráfico e de uso de drogas receberam tratamento penal, processual e penitenciário completamente diverso, no entanto não houve preocupação (ou vontade) por parte do legislador quanto a definição de limites explícitos para que se pudesse enquadrar determinados comportamentos em um ou outro tipo penal. Há, na verdade, uma enorme quantidade de verbos e, inclusive, núcleos verbais idênticos presentes nos tipos dos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, gerando uma “zona cinzenta intermediária”, entre o direcionamento para uma ou para outra resposta penal; “a diferenciação, portanto, continua a ser feita caso a caso, sem a possibilidade de uma distinção legal apriorística.” (BRASIL, 2009, p. 37).

Com isso, é imprescindível que sejam detalhadamente debatidos os aspectos que são considerados como responsáveis por diferenciar uma conduta da outra, para que esses critérios se tornem mais objetivos e não estejam simplesmente abertos para escolha discricionária por parte do julgador, principalmente levando em consideração que a tendência, diante de condutas ambíguas, é de que se opte pela resposta mais penosa. (CARVALHO, 2016, p. 261-262).

Segundo o caput do art. 33 da Lei 11.343/06 constitui crime de tráfico de drogas:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, **adquirir**, vender, expor à venda, oferecer, **ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar**, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (grifos nossos).

Já quanto ao consumo pessoal, considera-se incurso no crime:

Art. 28. Quem **adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo**, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (grifos nossos).

Ao se compararem as elementares objetivas dos tipos penais acima transcritos, ou seja, aqueles elementos que integram a própria definição do crime e a partir dos quais é possível realizar a subsunção entre o ato praticado na realidade e o que está previsto na norma, é possível perceber absoluta correlação entre certos verbos. Nesses casos, é exclusivamente a elementar subjetiva do tipo de uso, responsável por exigir a finalidade de consumo pessoal para que o crime se configure, que irá determinar a incidência de uma consequência penal ou outra (CARVALHO, 2016, p. 263-264).

Desse modo, para que se caracterize o injusto previsto no art. 28 do Código Penal, é preciso que o agente, além de realizar as condutas descritas no tipo, possua esse dolo específico de que sua ação seja direcionada para uso próprio; o art. 33, por sua vez, não traz explícita a necessidade dessa específica vontade de agir, ou seja, a ação não precisa ter uma intenção definida, de modo que o crime se caracteriza pela realização dos verbos presentes no caput, independentemente da finalidade (excluída, obviamente, aquela que caracteriza o delito de uso). Portanto, basta que não esteja presente esse específico aspecto subjetivo, para que a conduta seja enquadrada como tráfico de drogas (CARVALHO, 2016, p. 264-265).

A partir de uma análise dos verbos presentes no Art. 33 da Lei 11.343/2006 é possível realizar a sua divisão em dois grupos: um contendo as ações de importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, vender e expor à venda e outro as de adquirir, oferecer, preparar, fornecer gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar e entregar a consumo. De acordo com ensinamentos de Salo de Carvalho, apesar das significativas diferenças entre as ações típicas, bem como dos níveis de dano que elas causam ao bem jurídico que se pretende tutelar (saúde pública), além de não se exigir o propósito de comércio ou fim de lucro, a quantidade de pena imposta aos 18 tipos previstos no art. 33 é idêntica, o que dá margem a punições injustas (CARVALHO, 2016, p. 265-266).

Em não ficando demonstrado este especial fim de agir, qualquer outra intenção, independentemente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta ao art. 33, decorrência da generalidade, abstração e o universalidade do dolo. Cria-se, em realidade, espécie de zona gris de alto empuxo criminalizador na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa (CARVALHO, 2016, p. 269-270).

Ainda, percebe-se, em decorrência disso, uma inclinação para a inversão do ônus da prova, pois acaba recaindo sobre o réu a responsabilidade de demonstrar que estava atuando com intenção de uso para que não se configure o delito de tráfico, quando, na verdade, seria dever da acusação buscar formas de provar que a ação não era direcionada ao uso (CARVALHO, 2016, p. 270).

É evidente que essa forma de tratar do delito de tráfico é proposital, não se procurou estabelecer critério objetivo para diferenciar as condutas, como quantidade mínima de drogas apreendida, por exemplo; a legislação penal, como visto, foi construída de modo a manter as desigualdades e preservar o status quo dos que se encontram no poder.

A chamada “guerra às drogas” passa a ser um recrutador eficaz de clientela para a letalidade do nosso sistema penal. Não é mera coincidência “que a política criminal de drogas hegemônica no planeta se dirija aos pobres globais indiscriminadamente: sejam eles jovens favelados no Rio, camponeses na Colômbia ou imigrantes indesejáveis no hemisfério norte” (BATISTA, 2003 apud D’ÉLIA FILHO, 2015, p. 139).

## **2.2. ART. 28, §2º DA LEI DE DROGAS: CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PELA AUTORIDADE JULGADORA NO MOMENTO DA DETERMINAÇÃO DO DELITO**

Diante da presença de núcleos verbais idênticos nos artigos referentes ao tráfico e ao uso, como ocorre, na prática, o enquadramento dos indivíduos como traficantes ou usuários? Além do requisito do dolo específico, previsto no caput, o art. 28 em seu parágrafo §2º, traz critérios a serem analisados pelos agentes do sistema punitivo:

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

O legislador, desse modo, conferiu ao julgador um poder discricionário, no sentido de permitir que fosse realizada a análise do caso concreto e se tomasse a decisão de acordo com essas diretrizes estabelecidas. Acontece que toda essa abertura concedida, quando não vem acompanhada de um necessário encargo argumentativo, possibilita decisões arbitrárias, reforçando a seletividade em relação a escolha de a quem se atribui o rótulo de traficante. O sistema, desse modo, autoriza que usuários sejam incriminados como traficantes (DINU; MELLO, 2017, p. 197).

Em verdade, essa fluidez dos termos possibilita manipulações na dogmática para a concretização, por exemplo, de discursos punitivistas. Negam-se, assim, normas constitucionais de cunho garantista em prol de um desejo de punir como solução para o problema da violência (DINU; MELLO, 2017, p. 204).

É preciso, ainda, atentar para o fato de que esse parágrafo fornece elementos objetivos a serem observados, como a quantidade de droga e o local de apreensão, para, a partir disso, inferir-se um fator subjetivo, que é a intenção de uso ou de tráfico; ou seja, é preciso que haja o cuidado de não fazer desses elementos critérios absolutos na determinação do delito praticado. Os critérios objetivos precisam ser vistos como indícios da existência do elemento subjetivo (finalidade de consumo pessoal) e não como certezas, por isso a importância de uma decisão

bem argumentada, que pondere tanto os aspectos trazidos nesse parágrafo com a vontade capaz de configurar o dolo específico (DINU; MELLO, 2017, p. 205).

Nesse sentido, as circunstâncias objetivas de tempo, local e forma de agir servem apenas como critérios indiciários do elemento subjetivo, sendo fundamental aos operadores do direito avaliar criteriosamente os aspectos referentes à vontade, à previsibilidade, à representação e à consciência. Tudo porque, por si sós, os dados externos da conduta não revelam nada se não estiverem apoiados por dados subjetivos minimamente reveladores (CARVALHO, 2016, p. 276).

Por fim, deve-se entender que o delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 abrange toda a cadeia do comércio ilegal, não havendo uma graduação de sanções a depender da conduta que se pratica, ou seja, não há diferenciação entre o pequeno traficante varejista e o atacadista. Em tese essa distinção deveria ocorrer no momento da dosimetria da pena, mas na realidade muitas vezes não acontece.

A conduta de quem dispara fogos de artifício para avisar da chegada da polícia recebe o mesmo tratamento penal de quem tem o comando do negócio no varejo, bem como dos grandes produtores e daqueles respeitáveis empresários que financiam a produção e o comércio destas substâncias com todos respondendo em abstrato, pelo mesmo crime (D'ELIA FILHO, 2007, p. 12-13).

### **2.3. QUAL O PERFIL DOS INDIVÍDUOS QUE SÃO PRESOS COMO TRAFICANTES DE DROGAS?**

A partir de um estudo multifacetado, que analisou não só estatísticas oficiais, como também dados sociais, Luciana Boiteaux, através do projeto Pensando o Direito, trouxe alguns apontamentos sobre quem seriam os traficantes de drogas efetivamente atingidos pelo sistema. Preocupou-se, no entanto, com o fato de que os dados penitenciários não demonstram a real dimensão da questão, existindo uma massa de indivíduos que apesar de praticarem o comércio ilícito, não são alcançados pela repressão penal; é o que Lola Anyar de Castro chama de cifra oculta da criminalidade, isto é, que entre a criminalidade real e a criminalidade aparente há uma enorme quantidade de casos que jamais serão conhecidos pela polícia. (BRASIL, 2009, p. 39).

Confirmou-se, a ampla presença dos jovens nesse comércio ilícito no Brasil:

A ampla participação de jovens no mercado ilícito da droga também é verificada no tráfico paulista, onde os microtraficantes são em sua maioria jovens entre 16 e 27 anos, que atuam como autônomos, e vivem basicamente da venda de maconha e Crack (BRASIL, 2009, p. 42). Constituem cerca de 80% dos presos por tráfico, pois, segundo Mingardi, “não têm boas ofertas para os policiais que os prendem”. São desorganizados, pobres e a maioria vende drogas para sustentar seu vício (a proporção é de dois desempregados para um viciado), e “o único vínculo que possuem com as organizações de traficantes é na qualidade de clientes” (BRASIL, 2009, p. 42).

[...] uma das primeiras constatações a que se chegou, com base nas obras consultadas, é a característica de serem absolutamente “descartáveis” os envolvidos nos níveis hierárquicos inferiores, ou seja, os pequenos e microtraficantes, que são facilmente

substituíveis em caso de morte ou prisão e em nada interferem na estrutura final da organização. Estes são como danos colaterais (BRASIL, 2009, p. 42).

Toda a mobilização do aparato criminal resulta na prisão de microtraficantes, que realizam as funções de “mulas”, “aviões” ou “esticas”, por exemplo e são detidos, normalmente, com uma quantidade insignificante de drogas e sem portar armas. Ou seja, os traficantes que são verdadeiramente detidos e inseridos no sistema penal em nada se parecem com o estereótipo difundido do traficante violento e perigoso, são jovens que não possuem qualquer envolvimento com organizações criminosas, vendendo para sustentar o vício ou como forma de subsistência (D'ELIA FILHO, 2007, p. 116-117).

Assim, o tráfico de drogas percebido “a olho nu” é o de varejo, sendo autuados pelos policiais justamente os jovens que estão na base das relações hierárquicas, constituindo o elo mais fraco da estrutura de comércio e recebendo todo o impacto da repressão. É importante ressaltar que o tráfico de drogas é um crime sem vítimas, ou seja, ao contrário do que acontece normalmente, não há um chamado da vítima para que a polícia atue; assim, a autuação para combate do tráfico depende de uma conduta proativa por parte das autoridades, o que pode acarretar algumas consequências, entre elas a corrupção. Os policiais muitas vezes, então, atuam de acordo com seus interesses, decidindo quem irão abordar e ainda usufruindo da rentabilidade desse mercado (BRASIL, 2009, p. 43-44).

Além disso, mesmo sem se considerar a corrupção direta, a polícia é quem filtra os casos que chegam ao conhecimento dos juízes e, conseqüentemente, aqueles que vão ser enviados às prisões. Nem sempre fica claro para os operadores da justiça criminal, ou estes preferem ignorar, que os juízes só julgam os raros casos que chegam até a justiça, após a amostragem prévia feita pela polícia, razão pela qual o sistema penal, seletivo em todas as esferas, se torna ainda mais seletivo no caso do tráfico (BRASIL, 2009, p. 44).

#### **2.4. ATUAÇÃO POLICIAL E SEU IMPACTO NO ENCARCERAMENTO EM MASSA E NO GENOCÍDIO NEGRO**

A partir da constatação da falta de clareza existente na atual lei de drogas e do conseqüente poder conferido a instituição jurídica e policial para distinção dos delitos, é possível entender o impacto direto que ela teve no aumento dos números do encarceramento no Brasil.

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

para a superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, e para a absoluta impunidade dos grandes (BRASIL, 2009, p. 44).

Em Junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90 (DEPEN; Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p. 9); Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes; em Junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes (DEPEN; Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p. 12).

No ano de 2005 (antes de entrar em vigor a Lei nº 11.343 de 2006), o número absoluto de presos por drogas era de 32.880 homens e mulheres. Na época, o encarceramento por drogas era responsável por 13% do total de presos no Brasil (DEPEN, Ministério da Justiça, 2013 apud CAMPOS, 2015, p. 171). Ao fazermos uma rápida análise comparativa, verifica-se que, em 2016, este número passou a 176.691 pessoas detidas por drogas ou 28% em termos percentuais. De 2006 a 2016, ou seja, um período de 10 anos, de acordo com os dados fornecidos pelo INFOPEN houve um aumento de 325,5 mil pessoas na população carcerária; já entre 1990 e 2005, período de 15 anos, o aumento foi de 271, 4 (DEPEN; Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p. 9).

No entanto, esse encarceramento em massa não pode ser entendido, de maneira simplista, como decorrente unicamente da Lei de Drogas 11.343/06; para que houvesse essa considerável expansão da estrutura carcerária foi necessário que o Estado fornecesse um aparato capaz de sustentar esse crescimento. Devido ao aumento da sensação de insegurança durante a década de 90, houve cobrança por parte da população para que atitudes fossem tomadas em relação à criminalidade; a crise da segurança, conseqüentemente, provocou uma crise nas figuras estatais a quem são atribuídas tradicionalmente a responsabilidade por realizar políticas de segurança pública, normalmente localizadas no nível estadual do governo. A continuidade dessa percepção de insegurança faz com que, já no final da década de 90 o governo federal precise assumir um maior protagonismo quanto a indução e realização de políticas nos estados, com a criação da Secretaria Nacional de Segurança Pública (1996) e do Fundo Nacional de Segurança Pública (2001), e a edição de sucessivos planos nacionais de segurança pública (CIFALI; GHIRINGHELLI, 2015, p. 106-110).

Essas medidas tiveram início no governo de Fernando Henrique Cardoso, mas foram desenvolvidas e aprofundadas durante o governo de Luis Inácio Lula da Silva e, posteriormente,

no de Dilma Rouseff, tanto que quando o presidente Lula foi eleito pela primeira vez, em 2002, em seu programa de governo constava que a segurança pública seria uma das prioridades, através de uma maior participação do governo federal para a redução da violência. O seu mandato se comprometia em estabelecer uma política de controle de armas e combater a impunidade para crimes praticados por organizações criminosas e contra os movimentos sociais e os direitos humanos; havia uma preocupação em se estimular políticas sociais que viabilizassem a redução das desigualdades e contribuíssem para a pacificação social, mas por outro lado primavam pela qualificação da atuação dos órgãos de segurança pública, notadamente a Polícia Federal, vinculada à União, mas também as polícias estaduais, por meio da utilização de novas tecnologias e da constituição de uma base de dados que permitisse a coordenação de esforços para o combate ao crime organizado, especialmente o narcotráfico e o contrabando de armas (CIFALI ; GHIRINGHELLI , 2015, p. 120).

O governo Dilma deu continuidade a essa política, em que, apesar de existirem esforços no sentido de conter o poder punitivo e de se investir na prevenção dos delitos, atendiam-se a anseios repressivos da população, através de uma forte atuação estatal; sua candidatura lançou mão da proposta de institucionalização dos Centros Integrados de Comando e Controle, para viabilizar a integração de ações entre a União e os estados, assim como a integração de esforços das polícias civis, militares e federal. Assim, se por um lado essa proposta reconhece a necessidade de uma participação mais efetiva da União quanto a gestão da segurança pública; por outro, não traz muitos avanços nesse sentido, além de deixar de lado questões urgentes como a reforma das estruturas policiais ou a implementação de mecanismos efetivos para o seu controle, reforçando, na verdade, a lógica militarizada em que elas atuam (CIFALI ; GHIRINGHELLI , 2015, p. 122-123).

Ainda, para se entender esse agigantamento do encarceramento, é preciso recorrer a importância que as políticas desenvolvidas autonomamente pelos estados têm para que se forme esse quadro geral. Por exemplo, durante os 12 anos em que o governo federal foi assumido pelo PT, o estado de São Paulo manteve no poder o PSDB, que adotou tanto discursivamente quanto na prática uma gestão que agiu através de uma política de incentivo ao encarceramento, principalmente para delitos relacionados ao tráfico de drogas. É possível, assim, explicar a discrepância entre os dados da população carcerária de São Paulo, se comparados aos de outros estados, além de se perceber o peso da orientação do poder executivo estadual para esse processo, responsável pela coordenação da atuação das polícias civil e militar (CIFALI ; GHIRINGHELLI , 2015, p. 124).

Outra face perversa da atuação policial no Brasil é a que resulta em uma forte concentração de homicídios na população negra. Quando as taxas de homicídios são calculadas levando em consideração os grupos populacionais negros (pretos e pardos) e não negros (brancos, amarelos e indígenas), torna-se evidente o quanto a questão racial influencia na desigualdade entre as taxas. É como se, em relação à violência letal, negros e não negros experimentassem vivências de países totalmente distintos; em 2016, a título de exemplo, a taxa de homicídios de negros foi duas vezes e meia superior à de não negros (16,0% contra 40,2%). Ainda, em uma década, entre 2006 e 2016, a taxa de homicídios de negros cresceu 23,1%, e nesse mesmo período a taxa entre os não negros teve uma redução de 6,8% (IPEA; FBSP, 2018, p. 40).

Percebe-se, com isso, que o racismo no Brasil se faz cristalino no que se refere à violência letal e às políticas de segurança. A polícia assume papel central para a formação dessa realidade, como já discutido, pois se encontra na linha de frente, possuindo controle direto sobre aqueles que serão objeto ou não de sua atuação e que, somente então, serão submetidos às demais esferas de controle. No atuar dessa agência repressiva, há que se destacar a figura das “fichas criminais”, que, caso presentes, funcionam quase como que um passe livre ao extermínio, numa lógica baseada na ideia de que “se tem passagem pela polícia é porque é bandido”; acontece que, em um sistema penal no qual ocorre uma criminalização primária e secundária seletiva, ou seja, que criminaliza diversas condutas que constituem quase que inevitavelmente alternativa de vida para a população negra, além de lançar sobre essa população um estigma que faz com que se constitua em principal alvo das abordagens, utilizar os antecedentes criminais para justificar o extermínio pode ser entendido como uma forma institucional de se autorizar essas mortes. (FLAUZINA, 2006, p. 114-116). Todo o sistema foi construído para que determinadas pessoas tenham antecedentes criminais e esse mesmo sistema se utiliza disso como justificativa para matar.

Outra faceta do número desses homicídios, que precisa ser compreendida e revela o verdadeiro caráter de extermínio, diz respeito ao fato da violência letal se concentrar nos homens jovens negros, que possuem uma chance 2,7 vezes maior de serem vítimas de homicídio do que os jovens brancos (IVJ, 2017); isso acaba por impossibilitar a viabilização dessa parcela da população enquanto coletividade. Ocorre um verdadeiro filicídio, cumprindo com os objetivos de contingência populacional típicos das guerras, mas que tem seu alvo bem estabelecido, impedindo todo um segmento de ter perspectivas quanto ao futuro, num projeto de impedir a continuidade da existência do grupo. A utilização do sistema penal como

instrumento da prática genocida da população negra faz perceber que o racismo é estrutural e institucionalizado, tratando-se de prática que se aperfeiçoa continuamente. É uma ação pública atual e constante, com objetivos bem definidos (FLAUZINA, 2006, p. 116-117).

É preciso entender, portanto, que o genocídio da juventude negra se trata de um projeto institucional e que essa política pública, desde a abolição da escravidão, se utiliza de mecanismos violentos para manutenção do status quo racista, mecanismos esses se encontram em constante renovação. O sistema penal, desse modo, é um instrumento legitimado socialmente de extermínio, essa sua função é amplamente defendida, não se questionando o número de mortes ou a violação a direitos dessa população; é algo simplesmente aceito, pois essas vidas, historicamente, não valem a indignação, de modo que é aceitável que elas sejam perdidas em nome de uma pretensa defesa social. A sociedade e o estado, portanto, mostram-se como cúmplices desse genocídio; o estado estabeleceu como política pública, enquanto a sociedade civil acatou sem maiores questionamentos, pois percebeu no extermínio realizado através das agências de controle uma forma de aplacar os anseios racistas sem, no entanto, desviar-se da ideia do politicamente correto (FLAUZINA, 2006, p. 116-117).

### **3. ESTUDO DE CASOS: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL A PARTIR DE ACÓRDÃOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO NO ANO DE 2018**

Após tecer considerações teóricas acerca da ideologia da diferenciação e sobre como a legislação brasileira, atualmente, conduz essa distinção entre usuário e traficante, faz-se essencial realizar nesse trabalho, para melhor elucidação da matéria tratada, a análise de casos concretos em que a dogmática foi utilizada, atentando-se para os valores punitivistas que permeiam a aplicação do direito penal, principalmente em relação ao crime de tráfico de drogas.

Para tanto, optou-se pela apreciação de acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, obtidos, na íntegra, através de consulta jurisprudencial online. Houve uma delimitação temporal da pesquisa, buscando-se os julgamentos realizados entre o dia 01/01/2018 e o dia 31/12/2018 e uma delimitação quanto a matéria, procedendo-se a pesquisa livre disponível no site. No campo relativo à pesquisa livre foi inserida a expressão “desclassificação para uso”, entre aspas para que a busca abrangesse a totalidade da frase e não termos isolados, optando-se, ainda, por restringir os resultados aos acórdãos, sem contemplar as decisões monocráticas. Através dessa consulta foram encontrados 23 acórdãos, quantidade que serviria aos propósitos desse trabalho, de modo que não foram realizadas outras tentativas de buscas com expressões diferentes da já exposta.

Assim, a partir dos 23 acórdãos encontrados como resultado dessa pesquisa<sup>3</sup>, pretende-se uma análise qualitativa acerca de quais são os critérios adotados pelos desembargadores do TJPE para, em sede de recurso de apelação, manter a decisão que condena o réu pelo crime de tráfico de drogas ou alterar tal decisão, determinando a desclassificação para o crime de consumo pessoal de substâncias entorpecentes.

Diante dos 23 acórdãos analisados, é simbólico o fato de que apenas um a decisão foi no sentido de alteração da tipificação imputada, desclassificando o delito para o de uso de entorpecentes. Isso evidencia a conjuntura atual de guerra às drogas, de modo que as decisões espelham esse contexto, justificando-se a repressão a partir do ideal de eliminação das drogas

---

<sup>3</sup> É válido ressaltar que desses 23 acórdãos encontrados através da busca jurisprudencial no site do TJPE, não foi possível obter a decisão na íntegra em 3 deles, pois o arquivo não havia sido anexado ao site. Assim, em relação a esses 3 acórdãos a análise se deu a partir da ementa fornecida na própria página da pesquisa, sendo possível chegar as conclusões expostas.

e, principalmente, daqueles que correspondem ao estigma de traficante. A partir desse estudo objetiva-se, também, explicitar a fragilidade das circunstâncias que são utilizadas para diferenciar traficantes de usuários e como o status de traficante pode ser facilmente imposto a determinados indivíduos, através da seleção que o sistema faz com base nas características já mencionadas.

Alguns processos foram selecionados para serem mais detalhadamente estudados por conseguirem representar, de modo muito claro, o que se pretendeu argumentar ao longo do presente trabalho. Serão analisados seus contextos fáticos, bem como os critérios utilizados para a tomada de decisão.

a) **Apelação nº 0452055-6 (0085097-29.2014.8.17.0001).**

Segundo a denúncia (fls. 02/04), " no dia 1º de novembro de 2014, na Rua da Juventude, Alto Santa Terezinha, nesta cidade, o denunciado trazia consigo, **2 pedras de crack e 8 big big de maconha**, com destino à comercialização, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consoante auto de apresentação e apreensão de fls. 11 e laudo preliminar de fls. 15, além da quantia de R\$ 14,00 (quatorze reais). (...) Indagado pela autoridade policial, **o denunciado informou que havia encontrado a maconha na rua e tinha decidido vendê-la pelo preço de R\$ 5,00 (cinco reais) para comprar uma sandália**. Afirmou ainda que é viciado em maconha e que já havia sido preso no mês de setembro deste ano, por tráfico de drogas. (grifos do original).

Diante do exposto, a autoridade judiciária baseia-se nas provas testemunhais produzidas pelos policiais que realizam a apreensão, ao levar em consideração para a manutenção da sentença que determinou o crime de tráfico as seguintes circunstâncias:

- 1) O fato de o condenado ter falado na fase inquisitorial do processo que pretendia **vender** a maconha para comprar uma sandália, por mais que posteriormente, em juízo e de acordo com as garantias legais, a defesa pleiteei que as drogas se destinavam ao consumo pessoal. Ou seja, uma declaração que se deu no momento da apreensão, na delegacia e sem a presença de um advogado, tem mais valor do que o que é alegado posteriormente em juízo.

Primeiramente, verifico que o pleito pela desclassificação não merece prosperar. Na análise dos autos, verifico que a autoria do tráfico de drogas se encontra comprovada através das provas testemunhais, conforme depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante RODRIGO CESAR OLIVEIRA DE SOUSA e DOUGLAS OLIVEIRA DE ALMEIDA.

- 2) O fato de os policiais terem recebido informações de populares de que na localidade estava sendo realizado tráfico de entorpecentes e que, de acordo com esses agentes, o apelante teria tentado fugir.

De acordo com os depoimentos, os policiais receberam informações de populares de que na localidade estava sendo realizado tráfico de entorpecentes. Quando se

dirigiram ao local indicado, se depararam com o apelante, que teria corrido, em uma tentativa de fuga. Alcançando-o, detiveram-no e encontraram com ele os entorpecentes mencionados na denúncia, tendo o apelante justificado que tencionava vendê-los a fim de comprar uma sandália.

O que ocorre é o que Salo de Carvalho denomina de objetificação dos elementos subjetivos (CARVALHO, 2016, p. 272-277), pois a incriminação pelo tráfico acaba se baseando na análise de circunstâncias objetivas presentes no art. 28, §2º da Lei 11. 343/06, como o local e as condições em que se desenvolveu a ação, quando na verdade elas deveriam servir apenas como critérios indiciários, precisando-se primar pela observação da finalidade da conduta, o que no caso em tela, foi deixado de lado.

Ademais, é importante perceber que o critério da quantidade de droga, que na apreensão em questão foi de 2 pedras de crack e 8 big big de maconha, ou seja, uma quantidade pequena e que poderia muito bem ser utilizada como indicativo do crime de uso de entorpecentes, mas que não foi sequer considerada.

Percebe-se, com isso, o quanto o texto aberto da legislação permite que o desembargador consiga atuar para que determinados caminhos sejam percorridos em detrimento de outros, pois não há critérios objetivos bem definidos que possam impedir essa sua arbitrariedade.

Há a condenação, portanto, sustentando-se na ideia de que um indivíduo autuado no Alto de Santa Terezinha, que já tinha sido preso por tráfico, provavelmente estaria traficando novamente e, mais cedo ou mais tarde, seria, mais uma vez, cooptado pelo sistema penal, ou seja, ele corresponde ao estereótipo de traficante, facilitando a decisão pela manutenção do crime de tráfico.

**b) Apelação nº 0002580-02.2017.8.17.0990 (487542-3)**

Consta dos autos que no dia 26 de maio de 2017, por volta das 23h50min, em Paulista, o apelante foi flagrado numa "festa" levando consigo 09 papalotes de maconha (45,2g) e a quantia de R\$ 32,00. Ao perceber a chegada da polícia, ele tentou se desfazer do entorpecente.

Mais uma vez, em juízo o apelante afirma que a droga se destinava a consumo próprio, mas a condenação é mantida com base no depoimento dos policiais de que, quando abordado, o apelante teria confessado que vendia a substância. No caso em tela, os critérios utilizados pelo julgador para manutenção da condenação pelo tráfico são os que seguem:

- 1) Que o apelante “na delegacia, teve a oportunidade de alegar que a droga era para consumo próprio mas optou por permanecer calado.” Como se o fato de não se

manifestar em sede policial pudesse ser utilizado como argumento para caracterização da conduta de tráfico, em completo desrespeito ao princípio constitucional de

- 2) Que a partir de declaração testemunhal um dos policiais que realizou a apreensão confirmou o seguinte:

ter visto o momento em que o apelante se desfez do entorpecente durante a festa de reggae. Contou, também, que o apelante além de ter confessado a propriedade do entorpecente, reconheceu que estava vendendo esse tipo de substância ilícita há pouco tempo e que havia mais droga na sua residência. Asseverou, ainda, que durante o inquérito populares confirmaram que o apelante vendia entorpecentes na localidade.

Mais uma vez, a afirmação dos populares e o testemunho da autoridade policial ganham uma relevância na determinação de qual é o crime que não encontra guarida na legislação oficial.

- 3) O fato de a droga estar fracionada em nove papérolas e de ter sido encontrado com o apelante 32 reais em dinheiro trocado.

Nesse caso, é preciso analisar ainda, o voto do revisor, que por ser mais detalhado, acrescenta outras informações:

Que Ítalo também informou que na rua residência poderia ser encontrada outra quantidade de maconha; Que se dirigiu até a residência de Ítalo situada na Rua 3-08, nº 52 do mesmo bairro e, com a autorização da esposa dele, a Senhora Katia Cilene, buscas foram realizadas no imóvel e mais precisamente no interior do guarda-roupas, dentro de uma bolsa de cor preta, foi encontrada uma certa quantidade de maconha na forma in natura; [...]

O fato de os autos declararem que o réu, voluntariamente, falou que possuía mais droga em sua residência e que a esposa do mesmo permitiu a entrada dos policiais em sua é preocupante, pois é tido como algo corriqueiro que uma pessoa decida por se incriminar diante das autoridades. Esse tipo de afirmação aparece em vários outros julgamentos, sem que haja questionamento quanto a isso, o que só evidencia o quanto o princípio da inviolabilidade de domicílio é relativizado para certa parcela da população.

Percebe-se, ainda, que mesmo adentrando na residência do acusado, local em que, em sendo o caso, as drogas poderiam estar armazenadas, o total de maconha apreendido é de pouco mais de 40g, quantidade muito pequena, o que também não é levado em consideração pelo magistrado no sentido de não manter a condenação por tráfico.

**c) Apelação Criminal nº: 0002687-76.2011.8.17.0001(0433565-5).**

Narra a denúncia que no dia 26 de outubro de 2011, por volta das 09h30min, na Rua do Toco, bairro do Beco da Gaia, Goiana/PE, o acusado Eduardo Fidelis de Paiva encontrava-se conduzindo o seu veículo Siena, de cor branca, placa. KLG. 118,

quando foi flagrado na posse de 35g (trinta e cinco gramas) da droga popularmente conhecida como maconha.

O apelante, por sua vez:

Negou as acusações, mas afirmou ser usuário de drogas. Disse que no dia dos fatos tinha ido levar sua esposa no hospital da cidade de Goiânia e saiu com seu filho, quando resolveu comprar drogas. Esclareceu que se dirigiu a Rua do Toco e comprou R\$ 30,00 (trinta reais) de maconha sendo abordado, logo em seguida, pelos policiais. Informou que é viciado e está fazendo tratamento, mas não é traficante. Afirmou, ainda, que é taxista e que está sendo investigado pela prática de homicídio em Paulista.

Suas declarações em juízo apresentaram consistência em relação ao que foi dito em sede policial, mas, ao contrário do que acontece quando se trata dos depoimentos dos policiais, essa consistência não foi tida como relevante para que se questionasse o crime de tráfico, o qual, por sua vez, foi mantido pelo julgador com base nos seguintes critérios:

- 1) Os policiais receberam notícias de que estava ocorrendo comércio de drogas em determinado local e que o indivíduo estava em um veículo tipo táxi.
- 2) Eles abordaram o indivíduo e encontraram a substância entorpecente já referida.

No caso em análise se percebe a total inobservância do critério subjetivo da finalidade da conduta, que deveria ser primordial na determinação do delito. Esse acórdão traz um perfeito exemplo da problemática trazida por Salo de Carvalho de não se atentar para o elemento subjetivo, punindo-se apenas com base nas circunstâncias objetivas (CARVALHO, 2016, p. 272), pois a autoridade judiciária assim justifica a manutenção da condenação:

Ademais, conforme consta nos autos, foi encontrada com o acusado uma considerável quantidade da droga, além disso, a forma como o entorpecentes foi encontrado e o local da apreensão demonstram que, de fato, o acusado se dedicava ao tráfico, descaracterizando o uso apenas para consumo próprio.

Ele apenas se refere a circunstâncias objetivas e descaracteriza o uso com base nelas.

Ainda, afirma que o crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois apresenta várias formas de violação da mesma proibição, bastando, para a consumação do crime, realização de uma das ações descritas no tipo penal. Destaque-se que "trazer consigo" drogas já configura o delito descrito no art. 33 da Lei. 11.343/2006. (...) Então, para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes, imputado ao acusado, basta a ocorrência de uma das ações ali delineadas.

Realmente, é verdade que para a configuração do delito de tráfico de drogas basta que se faça uma das ações presentes no tipo penal, no entanto, não se pode esquecer que esse elemento objetivo precisa estar associado ao elemento subjetivo do dolo genérico, devendo-se excluir, para tanto, o dolo específico de consumo pessoal, o que não ocorre.

Completa, ainda: “É certo que os acusado trazia consigo a maconha, não havendo justificativa convincente de que a droga apreendida era apenas para seu consumo”.

Ao trazer esse argumento no momento de justificar a manutenção do crime de tráfico, o desembargador endossa um discurso que se baseia na inversão do ônus da prova, violando-se essa garantia, ao impor o entendimento de que caberia ao acusado trazer justificativa suficiente para que não seja condenado por tráfico, quando, na verdade, deveria caber ao Ministério Público, no caso, provar exaustivamente que o comportamento não estivesse pautado na vontade de consumo próprio.

**d) Apelação criminal nº 0154109-46.2012.8.17. 0001 (0483565-0)**

Inicia-se a análise do único acórdão que resultou na desclassificação do delito. Tratou-se de caso em que o juízo de primeira instância havia decidido pelo crime de uso para consumo pessoal, mas o Ministério Público não se contentou com a decisão, interpondo apelação, alegando que o acusado já era conhecido no bairro como traficante e que já possui condenação pela prática de tráfico de drogas.

Segundo os elementos indiciários carreados nos autos, no dia dos fatos, policiais militares realizavam rondas na mencionada localidade, e, ao avistar dois suspeitos em uma moto, resolveram abordá-los.

Ao realizar busca pessoal, a polícia encontrou, na carteira do denunciado, 01 (um) cigarro de maconha usado. Diante de tal fato, os policiais seguiram para sua residência, onde, após busca domiciliar, encontraram 10 (dez) pedras de Crack, com massa bruta total de 3,224g (três gramas, duzentos e vinte e quatro miligramas).

[...] aduzindo que tinham informações de que a droga estava guardada no quarto do réu. Acrescentam que além das pedras de crack localizaram vários sacos plásticos, e que o acusado negou ser traficante, tendo afirmado que a droga seria para consumo próprio e que não sabia da existência de sacos plásticos em seu quarto.

Diante desse contexto fático, os critérios utilizados pelo desembargador para desclassificar o crime foram os seguintes:

Assim, dos elementos constantes nos autos, restou comprovado que o acusado estava com droga no momento em que foi abordado e escondia mais entorpecentes em sua residência. Entretanto, apesar dessa constatação, não há elementos concretos que possam embasar a condenação por tráfico ao drogas, ante a ausência de provas da pretendida destinação mercantil.

[...]

Ora, é cediço que para a caracterização do tráfico não é necessário que a substância entorpecente seja efetivamente vendida, consumando-se o delito com a simples prática de qualquer verbo nuclear descrito no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Acontece que as únicas condutas praticadas pelo apelado foi a de “trazer consigo” e “ter em depósito” a substância entorpecente, o que é perfeitamente coerente com a tese defensiva de que o acusado é usuário.

[...]

Na esteira desse entendimento, ressalte-se que a quantidade da droga encontrada com o apelado (3,224g de crack e 0,699g de maconha) está longe de ser exorbitante, sendo perfeitamente compatível com a versão apresentada. Ademais, o acusado foi abordado em via pública, enquanto conduzia sua motocicleta, não havendo indicativo de que o local da abordagem seria um ponto de venda de drogas.

[...]

Não se olvide que o acusado não resistiu à abordagem, colaborou com os policiais e não responde a outra ação penal.

[...]

Em conclusão, a análise conjunta do acervo probatório demonstra que existe uma probabilidade razoável ao recorrido (a) vender drogas na comunidade ou (b) simplesmente ser, realmente, um usuário de droga.

[...]

Tem-se, portanto, que as provas da acusação são frágeis e não evidenciam a certeza necessária para condenar o acusado pelo crime de tráfico. Não se olvide que a legislação penal se encontra erigida sobre os pilares do in dubio pro reo e da presunção de inocência, de forma que a ausência de evidências para a caracterização do crime de tráfico deve conduzir à desclassificação para o delito de posse para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos.

Percebe-se que nesse caso, apesar de diversas semelhanças em relação aos demais exemplos apresentados, houve uma preocupação, por parte do magistrado, em conceder o direito da dúvida ao acusado. Ao invés de presumir imediatamente que se tratava de delito de tráfico, atentando apenas para as circunstâncias que pudessem corroborar esse entendimento; ele parte do pressuposto de que, até que sejam trazidas evidências da configuração do tráfico, não há como condenar o acusado por tal crime. Segue uma lógica argumentativa que poderia facilmente ter sido utilizada nos demais votos.

Apesar de ter decidido pela desclassificação, deve-se ressaltar que ainda foram utilizados pela autoridade judiciária, para fundamentar seu voto, critérios como “o acusado não resistiu à abordagem, colaborou com os policiais e não responde a outra ação penal” e “o acusado foi abordado em via pública, enquanto conduzia sua motocicleta, não havendo indicativo de que o local da abordagem seria um ponto de venda de drogas”. Acontece que não se poderia esperar de uma pessoa, sabendo como funciona a atuação da polícia no contexto de guerra às drogas, que simplesmente aceite a abordagem; é de conhecimento da população que, por mais que estejam com pequena quantidade de droga e sejam apenas usuários, o sistema vai se encarregar de os colocar no papel de traficantes. Ainda, é difícil entender por que o fato da apreensão não ter acontecido em local de comércio de drogas foi considerado para se definir o crime de tráfico ou não, pois o usuário precisa comprar drogas em algum momento, o que faz com que seja muito difícil que num local de venda de drogas existam apenas traficantes.

Além disso, é simbólico o fato de que o único caso de desclassificação encontrado seja um em que a desclassificação já havia ocorrido na primeira instância, ou seja, o juiz de 1º grau já havia sentenciado para que se condenasse pelo crime de uso para consumo pessoal. É como

se os desembargadores, em 2ª instância, simplesmente buscassem reafirmar as circunstâncias já utilizadas em 1ª instância para justificar o crime de tráfico, negando, assim, a garantia do duplo grau de jurisdição a essa parcela da população. O princípio do duplo grau de jurisdição se constitui em garantia para o jurisdicionado uma vez que permite que sua demanda seja reanalisada, em sede de recurso, dessa vez por um órgão colegiado, permitindo novas reflexões sobre o caso, diminuindo a possibilidade de erro e buscando alcançar a justiça.

### 3.1. PADRÕES ENCONTRADOS A PARTIR DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

As amostras colhidas para a realização dessa pesquisa empírica no trabalho, como explanado, foram bem restritas, uma vez que o foco era percepção qualitativa dos acórdãos; apesar disso, a partir da análise desses 23 acórdãos foi possível encontrar certos padrões bem demarcados, que apenas reforçam o que foi exposto até o momento. Alguns desses padrões serão ressaltados a seguir:

Em todos os acórdãos que negaram a desclassificação foram levados em consideração, para a tomada de decisão, os depoimentos dos policiais que atuaram no momento da abordagem dos indivíduos. Ou seja, o relato dos policiais acerca das circunstâncias em que se deu o flagrante foi utilizado pelos julgadores como aporte para que decidissem pelo crime de tráfico, tendo menor ou maior relevância a depender do caso, inclusive, várias vezes, constituindo-se na única evidência do crime, juntamente com a materialidade das drogas apreendidas.

Em contrapartida [a declaração da apelante que afirmava que as drogas destinavam-se para consumo próprio] o depoimento das testemunhas revela que a droga estava sendo comercializada pela apelante. (...) Os depoimentos dos policiais merecem total credibilidade, uma vez que não se vislumbrou a existência de qualquer resquício de suspeita ou má-fé nas declarações prestadas por eles, nas quais foram narrados detalhadamente os acontecimentos de forma lógica e coerente, inclusive coincidem com a dinâmica dos fatos narrada pela ré. **Apelação nº 0493597-5 (0063558-07.2014.8.17.0001).**

Assim, considerando o conjunto probatório, mormente o depoimento uníssono dos policiais que efetuaram a prisão do Réu, a autoria restou devidamente comprovada, pelo que a tese defensiva de desclassificação não merece acolhimento. **Apelação nº 0011270-47.2011.8.17.0370 (0466957-4).**

Na análise dos autos, verifico que a autoria do tráfico de drogas se encontra comprovada através das provas testemunhais, conforme depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante RODRIGO CESAR OLIVEIRA DE SOUSA e DOUGLAS OLIVEIRA DE ALMEIDA. **Apelação nº 0452055-6 (0085097-29.2014.8.17.0001).**

Primeiramente, no tocante ao pleito do réu Alessandro pela desclassificação de sua conduta para o delito do art. 28, da Lei de Drogas, entendo que não merece prosperar, uma vez que a autoria dos apelantes é comprovada através dos depoimentos prestados pelas testemunhas policiais. **Apelação nº 493084-3.**

Nesse contexto é possível aferir, ainda, que as apreensões, em todos os acórdãos, deram-se a partir do flagrante delito, o que mostra, mais uma vez, o quanto o crime de tráfico seleciona quem vão ser seus infratores. A vulnerabilidade dos acusados, o fato de seu direito à privacidade ser relativizado e de suas casas serem tratadas como espaços públicos pelos policiais, são todos fatores que facilitam a ocorrência da prisão em flagrante. O maior número de ocorrências foram registradas em áreas menos favorecidas, pois são justamente para essas áreas que o aparato policial se volta no que diz respeito a busca por drogas, bem como são nelas que a polícia tem basicamente um passe livre para agir nessa busca, de modo que, obviamente, mais drogas serão encontradas nesses locais.

É possível estabelecer um paralelo com o comércio ilegal que ocorre nas camadas mais altas da sociedade; a droga circula entre os apartamentos, entre os carros e nas festas, mas a polícia compreende seus limites nesses lugares, de modo que a abordagem, quando acontece, opera-se de maneira completamente diferente da que acontece nas comunidades e nos becos. Portanto, apenas uma parcela bem específica da população tem o direito de usufruir de uma abordagem policial que respeita seus direitos e possui garantias constitucionais efetivamente levadas em consideração.

Depreende-se, com isso, que o judiciário se encontra extremamente empenhado na função de “enxugar o gelo” da guerra às drogas; movimenta-se todo um aparato estatal para o combate às drogas, resultando em quantias exorbitantes empregadas com esse objetivo, para que, ao final, quantidades insignificantes de entorpecentes sejam apreendidos, juntamente com indivíduos que muitas vezes só vendem para sustentar o vício. No entanto, a guerra às drogas se mantém. Como, a partir de todo o exposto, é possível que se continue perpetuando a ideia de que realmente se trata de uma guerra contra as drogas? Quem ainda consegue encontrar outra justificativa para tudo isso que não seja a de marginalizar, controlar, matar ou descartar a parcela negra, pobre e favelada da população?

#### 4. CONCLUSÃO

A partir do exposto, é possível consolidar o entendimento de que existe uma política criminal de drogas bem delineada no Brasil, bem como perceber quais são suas características: em relação ao usuário, há uma tendência para a descarcerização, que, no entanto, acaba sendo aplicada apenas para aqueles consumidores que não precisam traficar para conseguir ter acesso à droga; já em relação ao traficante, impõe-se a prisão, de acordo com um modelo proibicionista de guerra às drogas.

A Lei 11.343/06 não é clara ao estabelecer a distinção entre as condutas de uso e de tráfico; o art. 33 é muito amplo, pretendendo, através dos diversos núcleos verbais presentes no tipo, regular todo o fenômeno do tráfico, mas falhando veementemente em se ajustar à realidade social (BRASIL, 2009, p. 108). A partir dos casos concretos trazidos se nota que os apelantes se encontram no nível mais baixo da hierarquia do tráfico, tendo sido apreendidas quantidades ínfimas de drogas; ou seja, a condenação desses indivíduos em nada impacta na engrenagem do tráfico, mas eles recebem do sistema penal a mesma resposta que os traficantes do alto escalão, sendo condenados a penas de 5 a 15 anos de prisão.

O art. 28, §2º dessa lei se propõe a trazer circunstâncias que devem ser consideradas pelas autoridades judiciárias no momento da determinação do delito; no entanto, a falta de objetividade de tais circunstâncias faz com que, inevitavelmente, sejam encaradas através do filtro da seletividade, que perpassa todo o sistema penal. Esses critérios, como demonstrado através do estudo de casos, foram utilizados no sentido de corroborar a condenação por tráfico: foi o que se deu, por exemplo, quando o fato de apreensão ter acontecido em local tido como ponto de venda de drogas, ser utilizado como argumento, pelo magistrado, para reafirmar o delito de tráfico, ignorando-se a possibilidade de se tratar de situação em que o usuário estaria comprando drogas.

Os magistrados, assim, também se fundamentam na ideologia da diferenciação ao utilizarem os critérios estabelecidos pela legislação para distinguir traficantes de usuários; os votos se desenvolvem a partir de uma lógica em que as decisões já tomadas em 1ª instância são simplesmente reafirmadas, partindo-se do pressuposto de que o crime de tráfico já foi evidenciado, de modo que não são promovidos questionamentos quanto a sentença posta, perpetuando as injustiças do sistema.

A imprecisão dos termos contidos na Lei de Drogas permite, portanto, que seja aplicada uma lei demasiado punitiva de maneira desproporcional, ao mesmo tempo em que concede

amplos poderes aos policiais, que estão na linha de frente do combate. Como notado através da análise dos acórdãos, o depoimento dos policiais possui papel central na tipificação do delito; toda essa importância, no entanto, encontra-se comprometida tanto pela corrupção quanto pelo fato de autuarem os indivíduos a partir do estereótipo de traficante largamente difundido, fazendo com que as pessoas que se enquadrem nesse estereótipo sejam repetidamente inseridas no sistema.

Comprovou-se, ainda, que os magistrados também se fundamentam na ideologia da diferenciação ao utilizarem os critérios estabelecidos pela legislação para distinguir traficantes de usuários; os votos se desenvolvem a partir de uma lógica em que as decisões já tomadas em 1ª instância são simplesmente reafirmadas, partindo-se do pressuposto de que o crime de tráfico já foi evidenciado, de modo que não são promovidos questionamentos quanto a sentença posta, perpetuando as injustiças do sistema.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum.** Revista Seqüencia Nº 30 Ano 16 - junho de 1995 - p. 24-36.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue.** In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Pensando o Direito – Tráfico de Drogas e Constituição.** Brasília: 2009. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/01pensando\\_direito.pdf](https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/01pensando_direito.pdf). Acesso em: 2 maio 2019.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Governo. **Índice de vulnerabilidade juvenil à violência 2017: desigualdade racial, municípios com mais de 100 mil habitantes /** Secretaria de Governo da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **ENTRE DOENTES E BANDIDOS: A tramitação da lei de drogas (nº 11.343/2006) no Congresso Nacional.** Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 2, p. 156-173, 2015.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil – estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Política de guerra às drogas na América Latina: entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente.** Crítica Jurídica, 25, Jul/Dic 2006. 253-267.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2015.

DINU, Vitória Caetano Dreyer. **PUNINDO OS “INIMIGOS”: Uma Análise da Culpabilidade na Dosimetria da Pena de Traficantes de Drogas.** Monografia Final de Curso

Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR. Recife. 2014.

DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação/After all, user or drug dealer? A case study about discretionary power and differentiation ideology.** Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 194-214, ago. 2017, p. 202. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1155>. Acesso em: 29 abr. 2019.

GHIRINGHELLI, de Azevedo, Rodrigo, CIFALI, Ana Cláudia. **Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma. Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal.** Civitas - Revista de Ciências Sociais [en linea] 2015, 15 (Jan-Março), p. 106-110. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74237096009>. Acesso em: 2 maio 2019.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Atlas da Violência Brasília: 2018.

Levantamento nacional de informações penitenciários: INFOPEN Atualização – Junho de 2016/ organização, Thandara Santos: colaboração, Marlene Inês da Rosa ... [et al.]. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65p

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga.** Rio de Janeiro: Revan, 1990.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.** Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/SP. São Paulo, 2006.

STF. **Suspensão julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299484>. Acesso em: 7 maio 2019.

