



BRUNA BREVES LEITE

**A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO: O
DIREITO PENAL DO AUTOR E A POLÍTICA DE DROGAS**

LAVRAS - MG

2023

BRUNA BREVES LEITE

**A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO: O DIREITO PENAL DO
AUTOR E A POLÍTICA DE DROGAS.**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Apresentado em 31/01/2023.

Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira - UFLA

Ana Carolina Silva Severino – Escrivã da PCMG

Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira

Orientador

LAVRAS - MG

2023

*“As leis são sempre úteis aos que têm posses
e nocivas aos que nada têm.” (Jean Jacques Rousseau)*

RESUMO

No presente artigo buscamos analisar a natureza seletiva e tendenciosa do crime, principalmente em detrimento daqueles que são vistos e julgados pelo que representam para a sociedade ao se considerar sua natureza, e não principalmente em detrimento de suas ações. Essa situação, porém, evidencia uma clara violação ao ponto de vista promovido pela Constituição Federal que, apesar da previsão de igualdade entre todos, permitiu a aplicação da Lei de Drogas, que em contradição aos seus preceitos constitucionais, transparece o preconceito enraizado na sociedade brasileira. Assim, o código penal do autor e a ostensiva seletividade penal são moralmente respaldados, demonstrando a intolerância do direito brasileiro, apesar da existência de princípios fundamentais que garantem, em tese, os direitos de indivíduos, que enfrentam entraves e abusividades do Estado diante de suas características individuais e realidades sociais, como cor, sexo, religião, origem e, principalmente o local onde residem, como vislumbra-se através do caso de Rafael Braga. Dessa forma, a estrutura penal concernente às drogas fere e afeta os segmentos sociais mais vulneráveis a partir da estrutura do infrator relacionado a figura do inimigo, especialmente considerando a aplicação seletiva da Lei 11.343/2006.

Palavras-chave: Lei de drogas. Seletividade penal. Direito penal do autor. Rafael Braga.

ABSTRACT

In this article, we seek to analyze the selective and biased nature of crime, mainly to the detriment of those who are seen and judged for what they represent to society when considering their nature, and not mainly to the detriment of their actions. This situation, however, shows a clear violation of the point of view promoted by the Federal Constitution, which, despite the prediction of equality among all, allowed the application of the Drug Law, which, in contradiction to its constitutional precepts, shows the prejudice rooted in Brazilian society. . Thus, the author's penal code and the ostensible penal selectivity are morally supported, demonstrating the intolerance of Brazilian law, despite the existence of fundamental principles that guarantee, in theory, the rights of individuals, who face obstacles and abusiveness of the State in the face of their individual characteristics and social realities, such as color, sex, religion, origin and, mainly, the place where they live, as seen in the case of Rafael Braga. In this way, the criminal structure regarding drugs hurts and affects the most vulnerable social segments from the structure of the offender related to the figure of the enemy, especially considering the selective application of Law 11.343/2006.

Keywords: Drug law. Penal selectivity. Author's criminal law. Rafael Braga.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. DESENVOLVIMENTO	8
2.1 A seletividade do direito penal brasileiro: a teoria do labelling approach ou etiquetamento social	8
2.2 A Lei 11.343/2006 como facilitador da incidência da seletividade penal	12
2.2.1 Elementos seletivos e inconstitucionais da Lei nº 11.343/2006 na distinção de usuário e traficante	12
2.3 O Direito Penal do autor	14
3. ANÁLISE	17
3.1 Caso Rafael Braga: exposição analítica	17
3.2 A precariedade da Justiça brasileira e o tratamento do indivíduo em desigualdade social como inimigo da política antidrogas	24
4. CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS	35

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como intuito principal analisar a política nacional de drogas através da evidente seletividade do direito penal brasileiro, bem como examinar a existência de lastros do direito penal do autor, apesar de seu caráter e natureza puramente inconstitucionais. Isto é, analisa-se então a manutenção da natureza criminal seletiva e preconceituosa, desempenhada, especialmente, em desfavor de indivíduos que são vistos e julgados pelo que são (direito penal do autor), e não essencialmente pela sua conduta (direito penal do fato).

Assim, a aplicação da legislação baseada em características individuais, sociais e de personalidade como elementos do crime acarreta a divisão do mundo e do Direito em dois blocos, sendo evidente que ainda existem resquícios do direito penal do autor que convivem conjuntamente com a estrutura do direito penal do fato, teoria adotada pelo Sistema Penal. No entanto, tal cenário evidencia ainda mais a ótica intrinsecamente moral empenhada pela legislação, apesar da explícita previsão pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, acerca da igualdade de todos perante a lei, não podendo serem tratados vislumbrando suas diferenças, sejam elas de qualquer natureza.

Tal situação demonstra “que o Sistema Penal fundamenta o pensamento de um inimigo social, e que o mesmo deve ser detido, fortalecendo assim estereótipos e tornando falso o discurso de igualdade quando busca por separar grupos sociais e determinar quais devem ser atingidos pelo Sistema (DA SILVA, 2021).” Por isso, o direito penal do autor e a seletividade penal escancarada encontram amparo no moralismo, demonstrando a intolerância do Direito Brasileiro com os indivíduos em decorrência de suas características e realidades sociais, como cor, sexo, religião, procedência e etnia, afrontando princípios basilares da CF/88 e do Direito Penal Brasileiro.

Desse modo, a estrutura penalista lesiona e atinge as classes sociais mais desfavorecidas com base em um protótipo do transgressor, especialmente diante da aplicação seletiva da Lei nº 11.343/2006, conforme será vislumbrado. Isto é, o alvo da justiça criminal brasileira tem como enfoque a população negra e pobre, especialmente àquelas que vivem em condições de vulnerabilidade social e que são submetidos à tal rotulação.

Assim, sob o argumento de controle e transformação social, a seletividade gera estereótipos quando do processo de definição da natureza delitiva de uma conduta como criminosa, contribuindo para a perpetuação de etiquetas direcionadas a um sujeito considerado como delinquente perante a visão preconceituosa criminal.

Portanto, é evidente que tais rótulos influenciam negativamente toda a aplicação da lei em relação às infrações cometidas, eternizando a marginalização desses grupos sociais. E, nesse contexto, a temática ora analisada e debatida possui indiscutível relevância, especialmente diante dos critérios discriminatórios elencados e utilizados, enfatizando aqui a ilegitimidade de sua aplicação, como será exemplificado através da análise de casos concretos e de relevante repercussão e interesse nacional.

Desta forma, o presente trabalho está estruturado da seguinte forma: introdução, na qual está presente a contextualização da temática, o recorte e qual é a problemática debatida e esplanada, bem como a análise de dois casos que servirão para exemplificar a discricionariedade durante a criação e aplicação da lei brasileira.

Ademais, a metodologia utilizada em seu desenvolvimento diz respeito à análise dos textos e livros anteriormente elaborados pela comunidade acadêmica e pelo âmbito jurídico, auxiliando na exposição dos elementos seletivos e preconceituosos que são inerentes à aplicação da legislação penal, especialmente no que diz respeito à Política de Drogas.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A seletividade do direito penal brasileiro: a teoria do *labelling approach* ou etiquetamento social

A seletividade do Direito Penal corrobora a falência de sua aplicação inconstitucional, vez que o citado etiquetamento viola o princípio da igualdade e, como consequência, a própria Carta Magna. Assim, o controle social objetivado pelo legislador possui regras e elementos próprios que são determinados observando-se especialmente a classe econômica e outras condições pessoais discriminatórias. Assim, através de uma “manipulação habilidosa do discurso institucional propaga-se por toda sociedade a ideia de que os delitos apenas são cometidos por indivíduos que, desprovidos de méritos, não conseguiram alcançar um lugar satisfatório na hierarquia social (VIEIRA, 2018).”

Desse modo, sabe-se que a legislação deveria possuir um caráter imparcial, de modo que se torne impossível a aplicação seletiva da norma. Todavia, é notório que não há neutralidade nas Leis Penais, sendo interessante aqui observar o processo de criminalização primária e secundária para entender tal formação legislativa e introduzir a discussão acerca do etiquetamento intrínseco ao controle social e criminal.

De início, é interessante grifar que o processo de criminalização diz respeito a um sistema complexo de compreensão dos indivíduos como criminosos a partir de suas condutas desviadas e que possuem diversos pontos importantes para observação e análise. Assim, em continuidade, acerca da criminalização, aduz Zaffaroni, Alagia e Slokar (2000) que:

“La criminalización primaria es un programa tan inmenso, que nunca y en ningún país se pretendió llevarlo a cabo en toda su extensión, y ni siquiera en parte considerable porque es inimaginable. La disparidad entre la cantidad de conflictos criminalizados que realmente acontecen en una sociedad y los que llegan a conocimiento de las agencias del sistema es tan enorme e inevitable que no llega a ocultarse con el tecnicismo de llamarla cifra negra u oscura (ZAFFARONI; ALAGIA. SLOKAR, p. 7 2000).”

Isto é, a criminalização primária se trata da elaboração das leis penais, em que há a tipificação e descrição de quais condutas são consideradas desviantes e, como consequência, são penalizadas. Desse modo, aqui denota-se a desigualdade funcional do sistema penal, que seleciona desde a sua gênese àqueles que sofrerão maior incidência criminal. Logo, o que ocorre é a ação seletiva destas agências, escolhendo quem, quando e como entrará no processo de criminalização (MARTINS JUNIOR, p. 87, 2011).”

Assim, são determinados quais os comportamentos que podem representar um risco ao bem jurídico tutelado e poderão atingir esse sistema preservado pelo Direito.

Afinal, de acordo com Baumann (1973), essa é a função do direito penal: proteger aqueles bens jurídicos que são estabelecidos pelo Estado como valiosos e que merecem especial tutela do direito.

Ora, é perceptível que, através da ótica da criminalização primária há um etiquetamento inicial, em que o indivíduo será taxado como transgressor devido à seleção das condutas penalmente puníveis e das percepções morais e sociais aplicadas.

Outrossim, o processo de criminalização secundária constitui-se através da ação punitiva estatal, iniciada quando o indivíduo, suspeito de praticar condutas previstas como criminosas passa a ser investigado pela autoridade policial, de forma que, posteriormente o processo será recebido pelo Ministério Público, que avaliará o conteúdo da investigação policial e decidirá, com base na legislação e em suas percepções individuais, se oferecerá ou não uma denúncia criminal (VIEIRA, 2018).

Isto é, uma conduta será considerada como desviante dependendo de como o restante da sociedade reage a sua prática, se baseando nesse ponto em um padrão de comportamentos anteriormente estabelecidos como aceitáveis socialmente. Ademais, esse controle social e estereotipização são determinados por grupos que detêm esse poder. No mais, é necessário enfatizar que, segundo CASTRO (s.d *apud* VIEIRA, 2018), “o processo de criminalização pode ser dividido em criminalização *de jure* (criminalização de condutas) e *de facto* (criminalização de indivíduos e de comportamentos desviados).”

Isto posto, a Seletividade Penal poderá ser entendida a partir da percepção empenhada pela criminalização secundária. Isso porque, ainda citando Zaffaroni, Alaga e Slokar (2000), diante da limitada capacidade autoritária de obstar a prática de todas as condutas criminosas, é evidente a utilização de critérios preconceituosos para selecionar quais infratores serão conduzidos à justiça. Nesse sentido, BARATTA (s.d *at el* VIEIRA, 2018, p. 22) afirma que:

“(…) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que essas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade (VIEIRA, p. 22, 2018).”

Perante o exposto, faz-se necessário trabalhar o conceito e desenvolvimento da Seletividade do Direito Penal.

Assim, em continuidade, a teoria do *Labelling Approach*, também conhecida como reação ou etiquetamento social, surgiu nos Estados Unidos, durante a década de 1960, em um período de mudança científica, social e criminológica, em que se verificou com maior intensidade a natureza opressora do sistema político criminal americano. E, assim, essa transformação de pensamentos somente pôde ocorrer tendo em vista a falência da criminologia positiva e do advento do interacionismo simbólico.

Diante disso, faz-se necessário destacar que, de acordo com Coelho e Mendonça (2009), o interacionismo entende que o crime é um fenômeno que é constituído socialmente, não considerando para sua análise as causas ou motivos que o levaram a praticar tal conduta criminosa, mas sim em quais condições esses indivíduos e essas condutas surgiram. Ou seja, estuda-se como a sociedade interage com o indivíduo e como essas influências sociais afetam seus cotidianos, afetando suas ações, reações e realidades em um cenário amplo.

Desse modo, a criminalidade não é uma característica inerente ao indivíduo de forma particular, mas trata-se de uma etiqueta (rotulação) extremamente discriminatória impostas por determinado grupo elevado socialmente que os determina como transgressores da lei. Diante disso, fica evidente que “a penalização não ressocializa nenhum sujeito e sim estigmatiza, pois, não é a questão do crime ter sido praticado que o sujeito se torna reprovável pela sociedade, mas sim, o fato de ter cumprido uma pena.” (DA SILVA, 2019, p. 40)

Portanto, essa teoria inovou a forma como o crime era entendido, passando a priorizar os estudos sobre quais seriam as causas do citado processo de criminalização. Desse modo, a teoria carrega em seu âmago a concepção de que as rotulações das infrações e dos criminosos são originadas pelo âmbito social. Isto é, a criminalidade é uma consequência do poder exercido por grupos relevantes socialmente durante a tipificação de determinadas condutas e, como efeito, estabelecem tais estereótipos que acompanharão a vida desses indivíduos.

À vista disso, percebe-se que o nosso sistema penal é criado visando uma punição puramente vingativa, que possui como alvo um inimigo criado e estigmatizado especialmente para sua incidência, demonstrando que esse etiquetamento imposto impõe perigo à aplicação da legislação como um todo. E, em razão disso, é necessário que esse caráter opressor seja rompido através de uma imperiosa transformação social, que é o intuito da teoria estudada.

Nessa situação deverá se indagar o porquê determinadas classes sociais são taxadas como delinquentes e mais propensos ao cometimento de infrações, quais seriam as repercussões na vida desses indivíduos diante da solidificação desse estereótipo e se há legalidade para sua existência ou tão somente uma afronta a tal princípio. Ainda nesse sentido, destaca Da Silva (2019) que:

“A teoria do etiquetamento se dedica a explicar a importância que a reação da sociedade tem para o delito, então, percebe-se que os rótulos e estereótipos influenciam as decisões dos órgãos do judiciário em relação aos crimes cometidos. Por isso a sociedade os rotulas para que os mesmos ficam à margem da criminalidade (DA SILVA, p. 42, 2019).”

Ainda, no mesmo sentido, aponta BARATTA (s.d et al DA SILVA, 2019) que:

Os criminológicos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. **Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no labeling approach, se perguntam:** “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem (DA SILVA, p. 42, 2019)?”

Noutro giro, destaca-se que essa estigmatização, na concepção de estudiosos como Erving Goffman (1988), representa um dualismo entre uma concepção individual de sua identidade, entendida pelo próprio ser, e a imposição personalista, através de um estigma, por outras pessoas que se utilizam de concepções depreciativas baseadas em entendimento e preceitos obsoletos. Contudo, esse rótulo de criminoso imposto ao indivíduo resultará em uma vulnerabilidade imutável que marginaliza ainda mais um grupo social desprovido de poder, especialmente os pobres de fato.

Sendo assim, entende-se que o Estado contribui com a interiorização desses rótulos aos sujeitos considerados como delinquentes, facilitando a atribuição excessiva de preconceitos durante a criação e, em particular, diante da aplicação efetiva da legislação em desfavor dos grupos mais vulneráveis socialmente e economicamente, como pobres, negros, mulheres e sujeitos pertencentes ao grupo LGBT.

Afinal, esse estigma contribui de forma inconsequente para o acirramento das desigualdades sociais, visto que o tratamento desigual, além de perpetuar uma intolerância social, ainda ataca o bem protegido pela Carta Magna: a dignidade humana. Nessa perspectiva, aduzem Zaffaroni e Pierangeli (s.d at el CARVALHO, 2014, p. 16):

“Um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de uma conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação (CARVALHO, p. 16, 2014).” (g.n)

Portanto, entende-se que o Direito Penal brasileiro e sua aplicação perante a seletividade e etiquetamento dos indivíduos como delinquentes é inconstitucional perante os princípios norteadores da legislação brasileira. Isso porque, conforme será exposto com maior desenvolvimento, está sendo considerado para análise dos casos concretos, não um juízo de valor sobre a conduta, mas tão somente a personalidade e condições sociais do autor do fato.

2.2 A Lei 11.343/2006 como facilitador da incidência da seletividade penal

2.2.1 Elementos seletivos e inconstitucionais da Lei nº 11.343/2006 na distinção de usuário e traficante

Diante do consumo exacerbado de substâncias entorpecentes pela sociedade brasileira, tornou-se indispensável, pelo Estado, a criação de uma legislação que suprisse essa demanda e estabelecesse regras inerentes ao controle social. Essa nova legislação previu, em sua primeira parte, o SISNAD¹, que possui como finalidade essencial a prevenção e repressão ao uso de drogas. Contudo, apesar das inovações e diferenciações vislumbradas, após anos de sua implementação, ainda é notório a permanência do rótulo de marginal que impera sobre esses indivíduos, sejam eles usuários ou traficantes, especialmente por seu caráter pejorativo.

Isso porque, por um longo período, a legislação não previa uma diferenciação concreta entre usuário e traficante, perpetuando a criminalização de ambas as condutas e o estereótipo de narcotraficante. Assim, diante da elaboração da atual Lei de Drogas, o legislador se preocupou em tentar diferenciar seus conceitos e suas sanções.

Desse modo, na extensa redação do artigo 28, em particular em seu *caput*, a Lei nº 11.343/2006 define o usuário de drogas como aquele sujeito que:

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 (...) (grifo nosso)

Entretanto, apesar desta ilusória diferenciação proposta, os critérios que realmente irão distinguir usuário de traficante na prática são elementos subjetivos previstos no §2º do mesmo dispositivo legal acima citado:

¹ Lei nº 11.343/2006. Art. 1º, *caput*: Esta Lei institui o **Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad**; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. (grifo nosso)

§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. (grifo nosso)

Logo, a utilização desses critérios abertos auxilia na fomentação dos estereótipos perante o sujeito portador e/ou usuário de drogas que, a depender da avaliação de suas condições pessoais, será classificado como traficante perante o Estado e sociedade.

Assim, ficará a cargo do policial, na tipificação da conduta, e do magistrado, durante a construção da decisão, decidir com base em questões e preconceitos individuais o rótulo que acompanhará esse sujeito.

Isso porque, tendo em vista a quantificação judicial utilizada pelo Brasil, não há previsão legislativa acerca da quantidade de droga que deverá ser considerada para o enquadramento do indivíduo como usuário ou traficante. Assim, utilizam-se de critérios que serão analisados dentro das particularidades de cada situação, conforme previsto no §2º².

Além disso, outro ponto questionável nessa diferenciação legislativa diz respeito a alguns dos núcleos penais previstos no art. 33, *caput*, também da Lei de Drogas, que são extremamente parecidos com a tipificação presente no art. 28, *caput*, conforme se pode identificar na exposição frisada abaixo:

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 (...) (grifo nosso)

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 (...) (grifo nosso)

Diante da semelhança entre os núcleos dessas condutas e da aplicação de elementos subjetivos para a análise dos casos concretos, é indiscutível que há margem suficiente para a aplicação discricionária da legislação, visto que a diferenciação ficará a cargo das autoridades competentes. Nesse sentido, é interessante destacar o exposto por Abreu (2020, p. 36):

“Quando a lei determina a análise do caso concreto, tenta, por um lado, adotar uma postura mais justa que seja capaz de olhar para o sujeito nas maiores dimensões possíveis. Por outro lado, a condição financeira, o trabalho, os modos de vida, entre outros quesitos verificados, acabam por serem observados sob a perspectiva de um magistrado que está inserido na órbita de um sistema judiciário que segrega pessoas.

² “(...) 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.”

Por intermédio de uma lei que, em última análise, não persegue as drogas, mas pessoas, a Lei de Drogas demonstra o quanto seu conteúdo se orienta a provocar, através das prisões, a contenção da pobreza (ABREU, p. 36, 2020).”

Ora, diante da indubitável discricionariedade criminal, faz-se indispensável questionar aqui a validade desta norma que propaga uma natureza aberta e preconceituosa. E, essencialmente nesse ponto, há de se falar da violação de princípios base do Direito Brasileiro, como o princípio da isonomia e da legalidade, ambos previstos na Constituição Federal de 1988. Em seu art. 5º, *caput*, a Carta Magna prevê o primeiro, que trata acerca da equidade que a lei deverá impor à sua aplicação. Veja:

Art. 5º - **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...) (grifo nosso)

Nesse sentido, é evidente que a Lei de Drogas não atua preservando a isonomia entre os indivíduos, mas sim utilizando-se da lei para justificar a sua aplicação arbitrária aos casos em que o sujeito suspeito está em evidente posição de vulnerabilidade social, sendo então um “alvo fácil” para a propagação dos estereótipos enraizados em um grupo populacional.

Isto é, os critérios para análise e distinção entre um sujeito usuário e de um indivíduo narcotraficante são baseados em elementos meramente subjetivos, previstos no art. 28, §2º. Assim, esse método de fundamentação funciona tão somente como apoio para corroborar a utilização do trinômio “preto-pobre-favela”, citado por Orlando Zaccone (2007).

2.3 O Direito Penal do autor

De início, a fim de se conceituar o “Direito Penal do Autor”, é interessante citar que, diante da influência do professor Gunther Jakobs nos estudos penalistas, entende-se sob essa ótica que o crime é uma característica e um elemento do modo de ser do criminoso, de forma que o indivíduo será penalizado conforme sua periculosidade. Isto é, nesse sentido, busca-se condenar não apenas o ato praticado, mas sim a atitude intrínseca ao homem visto como delinquente.

Assim, nesse cenário se vislumbra ainda o conceito apontado por E. Raúl Zaffaroni (2007) acerca da figura do inimigo, que é nada mais do que a segregação como punição diante de sua ideia como uma ameaça à sociedade por sua personalidade. E, em sua aplicação ao

presente caso, compreende-se que no Brasil há a punição do traficante e não apenas do tráfico de drogas, do negro e não de suas condutas ilícitas.

Ademais, diante da absurda concepção de punição de uma pessoa em decorrência de sua personalidade e, considerando o tratamento do indivíduo por sua forma de vida e por seu comportamento no âmbito social em desconformidade com as condutas classificadas como aceitáveis em sociedade, entende Zaffaroni, Alagia e Slokar (2000) que:

“Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direito de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso (ZAFFARONI; ALAGIA, SLOKAR, p. 18, 2000).”

Isto é, diante da aplicação da legislação é possível notar com facilidade que as características individuais (classe social, raça, vestimentas, local de moradia e outros) são elementos determinantes para a personificação do delinquente e a punição de sua carga histórica construída em cima de anos de segregação social e não de fato pelo crime que foi ou poderá vir a ser praticado.

Ora, é inconteste o caráter puramente preconceituoso do Direito Penal do autor que, além de fortalecer a estigmatização do protótipo criminoso criado, ainda condena personalidades diversificadas e viola os ideais assegurados pela Carta Magna, que visa em seu âmago a incidência do Direito Penal do Fato: punir o ilícito praticado.

E, nesse ponto, acerca do sistema presente na Constituição Federal de 1988, compreende-se que, apesar da adoção ao Direito Penal do Fato, o art. 59 do Código Penal apresenta grande disparidade ao condicionar a pena à análise e quantificação de questões essencialmente sociais:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)

Portanto, torna-se nítido que, na prática, o sistema penalista brasileiro fundamenta sua atuação na existência de um ilusório inimigo social, de forma que se promove, ainda que de forma subconsciente, a divisão da sociedade e a exclusão - como punição - da parte da sociedade etiquetada como potencialmente criminosa, expressando a natureza intolerante com

esses sujeitos e a atuação vingativa, que vai em desacordo com o intuito ressocializador presente na legislação penal brasileira, a exemplo do artigo 1º da Lei de Execução Penal. Logo, nesse sentido entende Da Silva (2021, pág. 14) que:

“Isso refuta o objetivo que se declara na Constituição, o que verbaliza a forma como esse sistema age de maneira totalmente discriminatória, preconceituosa e seletiva, dando ênfase maior à conduta realizada por alguns indivíduos e ao local que mora ou até mesmo atenuando a sua conduta, não importando se é exatamente igual à conduta praticada por outros. (...) Essa concepção institucionaliza o extermínio e uma discriminação sistemática dos negros, eis que pertencem a um grupo social de extrema vulnerabilidade. Diante disso, será o Direito Penal do autor quando a aplicação da sanção penal estiver ligada à personalidade do autor e sua vivência social como fundamento da decisão condenatória.” (G.n)

3. ANÁLISE

3.1 Caso Rafael Braga: exposição analítica

Rafael Braga Vieira, catador de latinhas e morador do Rio de Janeiro, durante as manifestações em 20 de junho de 2013 foi preso em flagrante ao ser abordado com um pinho sol e uma água sanitária, sendo acusado de almejar a utilização desses produtos como coquetel molotov durante os protestos, apesar de não ter participado dos mesmos.

Assim, através do processo nº 0212057-10.2013.8.19.0001 foi comunicada a prisão, com base na pena do art. 16, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 10.826/03, baseando-se do disposto no procedimento investigatório, que afirma ter sido Rafael abordado logo após sair de um estabelecimento comercial que estava com a porta arrombada, lhe sendo imputada a conduta delituosa de posse ilegal de artefato explosivo ou incendiário, cuja pena máxima prevista pela lei é de 06 anos.

Diante disso, o Despacho de Flagrante foi baseado apenas no testemunho dos policiais presentes durante a abordagem que, apesar de ter ocorrido na entrada de um estabelecimento comercial durante os protestos, não possuiu testemunhas civis acerca do estado em que as embalagens “inflamáveis” foram encontradas e as circunstâncias que rodeiam a situação, apesar da declaração do Inspetor Eduardo Nogueira Vieiros, em fl. 80 dos autos físicos, ao afirmar que, “em virtude das manifestações **havia muita gente na rua**, mas o réu era o único com frascos na mão”. (grifo nosso)

Além disso, afirmou-se ainda que, de acordo com o policial que estava lotado no Esquadrão Antibombas, uma das garrafas supostamente pertencentes à Rafael possuía um líquido inflamável.

Por conseguinte, nas páginas 70 a 72 dos autos processuais, encontra-se presente o “Laudo Técnico Número 267 / EA / 2013”, produzido pelo Esquadrão Antibombas em 22 de julho de 2013. No citado documento se pôde constatar que:

“O etanol constatado em uma das garrafas é um produto inflamável ao funcionamento de motores a explosão, estando o mesmo aparentemente na sua composição normal, pois no teste de combustão, não foi constatado aumento de aceleração e nem retardamento na sua ignição. (...) a água sanitária constatada na outra garrafa **é um produto não inflamável utilizado em limpeza domiciliar.** (...) **esses engenhos submetidos a exame encontravam-se aptos a serem acionados (por chama) lançados, porém com mínima aptidão para funcionar como “coquetel molotov”** (...) **apresentando contudo, ínfima possibilidade de funcionar como coquetel molotov.**”. (grifo nosso)

Logo, pela lógica do Sistema penalista e considerando a tipificação penal, é situação ensejadora da aplicação da figura presente no art. 17 do Decreto-Lei nº 2.848/1940, qual seja: crime impossível. E, conforme ali previsto, não se pune a tentativa quando o meio utilizado não possui eficácia para consumir a conduta almejada, sendo a situação descrita pelo Laudo Pericial produzido por autoridade competente e desconsiderado durante a prolação da sentença condenatória.

Ademais, em depoimento, aduziu Rafael que havia encontrado as duas garrafas lacradas e as tirou da loja abandonada, pois, por ser morador de rua, era o local onde dormia. Entrementes, em sede de alegações finais, o Ministério Público insistiu na materialidade e autoria, além de ter considerado estar a versão defensiva isolada dos fatos processuais, ainda ignorou por completo a conclusão apontada no laudo produzido.

Inclusive, cumpre enfatizar que, apesar de o réu negar a existência de panos no gargalo das embalagens plásticas com os produtos, o *decisium* foi baseado puramente no depoimento dos policiais civis responsáveis pela prisão em flagrante, observada aqui a incidência da previsão da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao afirmar que, “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.”

Assim, em que contende existirem outros elementos de prova e circunstanciais que poderiam amparar a negativa dos fatos aduzidos pelo acusado, o Juiz entendeu por ser uma “tentativa desesperadas de esquivar-se das imputações do *Parquet* (...) versão pueril e inverossímil”, conforme se vê em fl. 124 dos autos processuais.

Por conseguinte, apesar da farta presença de informações que poderiam amparar os pontos suscitados pelo Defensor Público e acima citadas, Rafael Braga foi condenado à pena de 05 anos de reclusão e 10 dias-multa, em regime fechado. Nenhum dos recursos foram acolhidos e providos, tornando-se definitiva a sua condenação.

Por fim, acerca desse processo, em 08 de outubro de 2014, o acusado ganhou o direito de se beneficiar da progressão de regime e utilizar tornozeleiras enquanto trabalhava. Todavia, em 12 de janeiro de 2016, Rafael é abordado por policiais na região de sua residência e preso em flagrante forjado, conforme afirmam testemunhos.

Nesse ponto se inicia a análise do segundo ilícito imputado à Rafael Braga pela justiça e pelos policiais do Estado do Rio de Janeiro.

Da leitura da denúncia oferecida pelo Parquet nos autos processuais, constatou-se que, no Complexo de Favelas do Alemão, o denunciado havia sido abordado e trazia consigo, com

finalidade de tráfico, 0,6g (seis decigramas) de maconha e 9,3g (nove gramas e três decigramas) de cocaína, distribuídos em 06 cápsulas.

Ademais, no termo de declaração do policial Pablo Vinicius Cabral em fl. 04 do processo criminal nº 0008577-71.2016.8.19.0001, ele afirmou que em operação à favela, foi informado por um morador não identificado que havia um indivíduo portando materiais entorpecentes a poucos metros do local. E, nesse ponto, encontra-se estranheza, visto que, apesar de afirmarem acerca da presença de um terceiro que teria informado acerca da suposta prática de Rafael, ele não foi identificado e acostado como testemunha civil.

Entretantes, conforme a declaração em fl. 05, Rafael havia saído de casa para comprar pão a pedido de sua genitora e, enquanto caminhava, fora abordado com arrogância por policiais militares e que nunca esteve em posse de drogas ou outros artifícios. Além disso, informou ainda que foi conduzido pelos militares para o quintal de uma residência, onde foi ameaçado de lhe ser imputada a posse de pistola, saco de drogas e fogos de artifícios, sendo constantemente indagado acerca dos membros do movimento sob socos, chutes e ameaças, apesar de enfatizar a todo momento que de nada sabia e que era trabalhador.

A prisão em flagrante foi baseada nas condutas tipificadas nos artigos 33, 35 e 37, todos da Lei nº 11.343/2006, imputando ao acusado a participação e associação para com o tráfico, de forma estável, duradoura e permanente, diante do porte das substâncias entorpecentes, fogos de artifício e da localidade em que foi abordado, sendo que está é notoriamente conhecida pela prática do tráfico de drogas.

Inclusive, tal acusação baseada essencialmente na região que o autor reside (fl.06 ss), apesar de absurda e preconceituosa, foi amparada pelo entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em crimes que possuam autoria coletiva, como o tráfico, não há necessidade de individualização da função desempenhada, ao considerar que não existe traficante autônomo.

E, como se não bastassem todas as arbitrárias situações vivenciadas por Rafael Braga, assim como no primeiro processo ora analisado, na presente situação também há incidência da Súmula 70, originada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que considera o testemunho oral de policiais como prova suficiente para condenações.

A defesa do acusado requereu o relaxamento da prisão e de forma subsidiária a revogação da prisão preventiva, expondo que ele não possuía nenhuma conduta que o desabonasse, atuando como auxiliar de serviços gerais em um escritório de advocacia desde 2014, além de possuir família estável e residir com a genitora e irmãos.

Isto é, tendo em vista as circunstâncias envoltas ao caso, os advogados enfatizaram o constrangimento ilegal imposto ao acusado, que não oferecia risco à ordem pública ou à aplicação da lei penal, sendo tão somente seu direito se defender solto, diante da regra geral de nosso ordenamento que preza pela liberdade. Nesse sentido é o excelente argumento em fl. 38 e ss, ao grifarem que:

“O auto de prisão em flagrante nº 022-00274/2016 carece de mínimos indícios de ocorrência dos crimes dos arts. 33, 35 e 37 da Lei federal nº 11.343/2006, visto que não há nada a demonstrar que o acusado tenha traficado, se associado com outrem, ou colaborado de qualquer forma para a prática do crime de tráfico de drogas. A mera convicção da autoridade policial, formada a partir dos depoimentos dos milicianos que efetuaram a prisão do acusado, contra os quais pesam graves denúncias de abusos, sem qualquer outro elemento e sem que uma mínima investigação tenha sido realizada previamente, não é prova, nem mesmo indício, da ocorrência de crimes complexos como os de tráfico, associação e colaboração com o tráfico de drogas. (...) mas é preciso relativizar a presunção de veracidade dos depoimentos de agentes policiais, sob pena de impossibilitar às vítimas a demonstração dos abusos policiais que sofrem e nos afastarmos por completo dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, os quais sustentam um Estado que ainda se pretenda democrático e de direito. É fato notório, hodiernamente, que muito abuso tem sido cometido sob o pretexto da política de proibição, combate e guerra “às drogas” e, exatamente por isso, provas de acusação consistentes exclusivamente em depoimentos de policiais devem ser apreciadas, cada vez mais, com as mais sérias ressalvas” (grifo nosso)

Nesse sentido, é interessante citar que o acusado é negro, estava utilizando vestes simples e chinelo, com apenas o dinheiro para comprar pão na padaria próxima à sua moradia na “Favela” e, possuía em sua perna uma tornozeleira eletrônica, estando assim presentes todos os elementos que reforçam os estereótipos de traficante. Ora, é inconteste os resquícios da figura do inimigo na presente situação, especialmente diante da consideração, pelo juiz ao converter em prisão preventiva, de que o acusado possuía personalidade voltada para a prática delitiva, a fim de amparar o *periculum in libertatis*.

Ademais, diante da análise do auto de prisão, da legislação criminal e jurisprudências dos Tribunais Superiores à época dos fatos quanto aos elementos necessários para se caracterizar a associação para o tráfico, é contundente que não existem provas nos autos que coadunem o dolo de Rafael em se associar com permanência e estabilidade à prática de traficância, sendo, por conseguinte, nítida a atipicidade do caso em comento.

Em continuidade, a testemunha de defesa, Evelyn Barbara Pinto Silva, afirmou que observou, de sua casa, a abordagem brusca ocorrida em desfavor de Rafael e que presenciou ainda as agressões dos policiais e avisou à mãe do acusado. Além disso, o principal ponto de

seu depoimento evidencia a fragilidade da aplicação absoluta da Súmula 70 do TJRJ. Isso porque, a testemunha declarou que Rafael não levava consigo sacola, e que o mesmo “estava andando com o braço assim, balançando.” (fl. 160)

Inclusive, sequer se poderia afirmar que os depoimentos dos milicianos envolvidos na abordagem são harmônicos, eis que, conforme narrado em fl. 318 pelo Instituto de Defensores de Direitos Humanos, o primeiro militar que teria visualizado Rafael portando a sacola com os entorpecentes modificou a sua versão, de modo que afirmou que outros indivíduos estavam com o acusado, além de omitir a existência de uma padaria próxima ao local. Abaixo se vislumbra a divergência:

“Dos termos de declarações dos policiais militares Pablo Vinicius Cabral e Victor Hugo Lago, lavrados em sede policial, às fls. 3-4, consta a assertiva: *“um morador não identificado informou que havia um indivíduo a poucos metros do local onde se encontravam com material entorpecente, a fim de comercializá-lo. Ato contínuo, foram até o local informado e encontraram Rafael Braga Vieira.”*

“Já em juízo, o policial militar Pablo Vinicius Cabral, contrariando a informação anteriormente prestada, afirmou que “um colaborador veio até a guarnição informar que existia **um grupo** de pessoas comercializando drogas umas duas ruas à frente. Nós fomos lá verificar e eu **avistei um grupo** correndo, só que o meliante ficou”.

Ora, não há como se considerar o depoimento dos policiais como prova apta e absoluta dos fatos, especialmente diante de tantas inconsistências entre seus depoimentos e o relatado por testemunha. Isto é, a diferença acima exposta não foi a única encontrada nas falas de Victor Hugo, eis que, apesar de afirmar que o informante foi falar com ele acerca do comércio, seu colega Pablo Vinicius Cabral prestou depoimento e disse que “uma outra equipe foi informada, por um morador desconhecido (...) essa outra equipe passou a informação e nós fomos até o local.” (fl. 319)

E, como se não bastasse, o policial Fernando de Souza Pimentel, apesar de afirmar não ter presenciado a abordagem ou a revista, informou que a informação acerca da existência de um indivíduo nas proximidades portando entorpecentes partiu dos dois milicianos acima citados, enfatizando novamente a inconsistência de suas falas.

Aliás, até mesmo acerca da conduta do acusado durante a abordagem se verificou divergência entre os depoimentos de ambos os policiais, eis que o primeiro reafirmou que Rafael negou os fatos, enquanto o segundo declarou que ele permaneceu em completo silêncio da abordagem até a delegacia.

Dessa maneira, apontadas acima as incoerências dos depoimentos dos militares, essas não foram as únicas, sendo certo que as declarações não possuem guarida para representar o

que de fato ocorreu. Nesse sentido eram as jurisprudências predominantes no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro à época dos acontecimentos e julgamento:

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO E CORRUPÇÃO ATIVA. DECRETO CONDENATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DIANTE DA INSUFICIÊNCIA PROBATORIA OU REDIMENSIONAMENTO DE PENA. Embora em casos desse jaez seja comumente empregado o teor da Súmula 70 deste E. Tribunal, verifica-se que, ao término da instrução, ainda pairam dúvidas acerca do cometimento das condutas imputadas ao ora apelante. Isso porque, além de o mesmo não ter sido visualizado praticando atos de mercancia, e também não ser conhecido pelos milicianos que atuavam na base da policia militar instalada naquela comunidade, nada há que evidencie a prática do tráfico de drogas e quiçá da associação ao tráfico, esta por absoluta ausência de comprovação da estabilidade e permanência. Por outro lado, de acordo com os depoimentos emitidos em juízo, o entorpecente foi arrecadado há uma distância de quase dez metros do local da abordagem, dentro do "morro do cavaleão", fato este que, somado às circunstâncias já mencionadas, não permite concluir como certa a autoria delitiva. Outrossim, os policiais verberaram que o ora apelante fez promessa de pagamento em dinheiro acaso fosse liberto, mas sequer souberam informar o valor, não havendo mínimo de substrato fático-probatório quanto à imputação pelo crime de corrupção ativa. Com isso, sopesadas todas as provas angariadas ao longo da instrução, e verificando a existência de duas versões conflitantes, não há como deixar de observar o princípio in dubio pro reo, que importa na absolvição, com espeque no art. 386, VII, do CPP. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. TJRJ. Apelação Criminal n 0 0000078-34.2014.8.19.0087. 7a Câmara Criminal. Rei. Des. Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes. Acórdão decidido por unanimidade. Julgamento em 27.01.2015. Publicado no DJe 30.01.2015. (grifo nosso).

Nos autos físicos, em fl. 356 e seguintes, foi proferida a sentença. E, apesar de absurdo, o magistrado afirma que os policiais que participaram da prisão em flagrante do réu e da apreensão das substâncias entorpecentes apresentaram depoimentos harmônicos entre si, apesar da incontestável divergência entre suas declarações, conforme acima enfatizado por trechos citados pela defesa de Rafael.

Ademais, não obstante o depoimento de Evelyn Barbara em fl. 194, o Juiz entendeu que, por ser vizinha do acusado e diante da proximidade com a família dele, seu intuito era tão somente eximir a responsabilidades inerentes às condutas ilícitas praticadas por Rafael. Todavia, embora tenha aplicado a Súmula 70 do TJRJ com caráter absoluto e integral, esqueceu-se o magistrado da previsão do art. 342 do Código Penal, onde se determina que é conduta ilícita fazer afirmação falsa ou omitir a verdade sendo testemunha, sob pena de ser condenado em até 4 anos de reclusão.

Ora, diante do perigo de reclusão, não há proximidade entre famílias que faça a declarante mentir ou ocultar a verdade sobre o que ocorreu na abordagem. Afinal, caso fosse esse o caso, poderia Evelyn ter afirmado que viu todas as agressões e ameaças a fim de

beneficiar Rafael, o que não ocorreu, já que a mesma narra que após uma agressão inicial na abordagem, os militares levaram o acusado até outra localidade, o que comprometeu a sua visão dos acontecimentos seguintes.

Por conseguinte, o magistrado, Ricardo Coronha Pinheiro, julgou procedente a denúncia oferecida pelo Ministério Público para condenar o acusado, com base nas condutas tipificadas em arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2005, à pena de 11 anos e três meses de reclusão, além do pagamento de 1.687 dias-multa. Outrossim, o regime inicial para o cumprimento da penalização foi o fechado.

Foi impetrado *habeas corpus* e, posteriormente, interposto Recurso de Apelação com base no art. 600, caput, do Código de Processo Penal. E, neste último, foi arguida a nulidade absoluta, diante da afronta à Súmula Vinculante nº 11 do STF:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

Isso porque, durante a instrução criminal, Rafael permaneceu algemado sem que fossem apontadas justificativas fundamentadas e concretas acerca do perigo que o acusado poderia representar aos presentes. Nesse sentido, destacou a defesa em fl. 422:

“Tal fato se observa claramente a partir manifestação do juízo de fl. 219, o qual adotou integralmente como justificativa para a gravosa medida "as razões expostas pelo MMO Magistrado que presidiu a audiência de fl. 190/193", **hipótese que viola o preceito legal descrito no art. 93, IX, da CRFB/88. Fato é que não existem razões imutáveis entre a primeira e a segunda audiência que justificariam o emprego tão gravoso de algemas no apelante**, o que nos conduz à consequência de que o processo deve ser então anulado desde a segunda parte da audiência de instrução e julgamento, datada de 11 de maio de 2016.” (grifo nosso)

Ademais, diante da negativa por parte do magistrado acerca da utilização de outros elementos probatórios durante o processo, a defesa apontou incontestemente cerceamento de defesa, violando-se assim o previsto no art. 5º, LV, da CF/88, além de outros pontos que já haviam sido enfatizados acima. O parecer da desembargadora foi no sentido de se reconhecer o recurso, rejeitar as preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do Recurso de Apelação.

Entrementes, acerca do *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a liminar para que o paciente pudesse aguardar o julgamento final do remédio constitucional em

prisão domiciliar, só podendo sair de sua residência para tratamentos de saúde, tendo em vista que Rafael, diante do ambiente insalubre dos presídios, havia sido internado com tuberculose.

Destarte, os advogados da defesa de Rafael recorreram da decisão proferida em 1º grau e entraram com embargos infringentes e, em 23/11/2018 o símbolo da seletividade do direito penal brasileiro foi absolvido da acusação de associação com tráfico de drogas e teve sua pena reduzida para seis anos. Por fim, diante dos fatos expostos e das minúcias analisadas, cumpre destacar que estes serviram como embasamento para a posterior análise que será desenvolvida no tópico seguinte, onde serão comparados essencialmente o tratamento dado pelo judiciário aos pretos e pobres, ainda que existam provas robustas de sua inocência. Isto é, devem existir centenas de “Rafaeis Bragas” presos injustamente nos cárceres brasileiros.

3.2 A precariedade da Justiça brasileira e o tratamento do indivíduo em desigualdade social como inimigo da política antidrogas

Conforme enfatizado nos tópicos anteriores, é imprescindível destacar que o §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 apresenta critérios puramente subjetivos:

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

(...)

§ 2º Para determinar se a droga se destinava 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. (g.n.)

Ora, é notório que esses parâmetros permitem a existência de margens para a discricionariedade e abusividade, desde o primeiro contato em uma abordagem por policiais, indo até as decisões e análises dos elementos pelos magistrados. Isso porque, os critérios utilizados para diferenciar o indivíduo usuário do indivíduo que trafica têm auxiliado na disseminação e fortalecimento dos estereótipos acerca do primeiro que, diante da subjetividade existente nos elementos para se determinar o destino da droga, é confundido e etiquetado como traficante.

Inclusive, com o intuito de explanar a fragilidade da legislação penal brasileira no que diz respeito às questões das drogas e a constante guerra travada entre o Estado e o traficante, considerado como o principal inimigo da sociedade, expõe-se abaixo uma tabela expositiva

criada com a finalidade de se destacar algumas das contradições presentes nos depoimentos dos policiais militares que atuaram no caso em que imputaram a prática do tráfico de drogas envolvendo Rafael Braga e que foram utilizados como base única para a condenação.

Isso porque, ainda um leigo poderia notar, através de uma simples leitura das análises feitas pelo Magistrado, que estas estão em completa desarmonia com a realidade dos fatos e os elementos probatórios presentes nos autos físicos.

Quadro 1 - Quadro comparativo entre falas divergentes dos policiais militares³

<p>Quantas pessoas suspeitas estavam presentes no momento da abordagem?</p>	<p>- Policiais Pablo Vinicius Cabral e Victor Hugo Lago (declarações em fls. 3 e 4)</p> <p>"Um morador não identificado informou que havia um indivíduo a poucos metros do local onde se encontravam com material entorpecente, a fim de comercializá-lo. Ato contínuo, foram até o local informado e encontraram Rafael Braga Vieira." (<u>Pág. 426, Recurso de Apelação</u>)</p> <p>- Os mesmos milicianos durante o depoimento em Juízo</p> <p>"um colaborador veio até a guarnição informar que existia um grupo de pessoas comercializando drogas umas duas ruas à frente. Nós fomos lá verificar e eu avistei um grupo correndo, só que o meliante ficou." (<u>Pablo Vinicius</u> - 1:07 até 1:31 da mídia acostada às fls. 195 do processo - <u>Pág. 427, Recurso de Apelação</u>)</p> <p>"Uma outra equipe foi informada, por um morador desconhecido, que tinha elemento fazendo tráfico de drogas na rua 29. Essa outra equipe passou a informação e nós fomos até o local. Chegando no local, uma curva, vi o elemento, há uns cinquenta metros de distância, menos, e, ao avistar o soldado CABRAL, que estava na minha frente, eu vinha em seguida, se desfez da sacola e outros elementos que estavam lá foram... se evadiram." (<u>Victor Hugo</u> - 00:43 até 01:13 da mídia acostada às fls. 220 do processo - <u>Pág. 428, Recurso de Apelação</u>)</p>
	<p>- Trechos citados em Sentença fl. 363/364 dos autos físicos acerca dos depoimentos dos policiais presentes na abordagem e que pertenciam a mesma guarnição.</p>

³ Neste ponto, importante destacar que, apesar da tentativa de contato com a vara onde tramitou o processo criminal nº 0008577-71.2016.8.19.0001 para ter acesso às mídias onde estão localizadas a integralidade dos depoimentos de todos os envolvidos, até a data da entrega deste artigo, não obtivemos resposta. Portanto, as comparações serão com base em trechos citados pela defesa de Rafael no Recurso de Apelação (fl. 414 e seguintes dos autos físicos digitalizados).

<p>Quem recebeu a informação do colaborador não identificado?</p>	<p>"Narrou a testemunha policial militar Pablo Vinicius Cabral (fl. 195) que estavam em patrulhamento de rotina, com intuito de garantir a segurança de trabalhadores que implantavam blindagem no posto policial, na Comunidade da Vila Cruzeiro, quando um "morador" foi ATÉ A GUARNIÇÃO POLICIAL informar que havia um grupo de pessoas comercializando drogas nas proximidades." (<u>fl. 430 do Recurso</u>)</p> <p>"Victor Hugo Lago, que também participou da prisão em flagrante delito do réu, em depoimento prestado neste Juízo à fl. 220, confirmou, na essência, as declarações da testemunha anterior, seu colega de farda Pablo Vinicius, narrando que estavam fazendo a segurança de uma equipe de engenharia na Vila Cruzeiro, quando foram acionados em razão de INFORMADA por um morador acerca da existência de um grupo de elementos que realizava tráfico de entorpecentes nas proximidades, mais precisamente na "Rua 29"." (<u>fl. 431 do Recurso</u>)</p> <p style="text-align: center;">- Policiais da mesma guarnição, mas que não participaram da abordagem inicial</p> <p>"Defesa: Certo! Eu não entendi, eu queria que você esclarecesse: foi uma patrulha que informou ou foi uma noticia de crime anônimo? Por que... Farlei: Foi uma patrulha que informou que havia uma senhora que passou... Defesa: Ah tá! Então foi uma patrulha que informou que havia uma senhora que passou... Por que... Farlei: Acho que foi uma senhora, ou um senhor, mais uma vez não me recorde." (06:05 até 06:23 da mídia acostada às fls. 247 do processo - <u>fl. 433 do Recurso</u>)</p> <p>"Juízo - O que os outros policiais informaram ao Senhor? Pimentel - Então que tavam fazendo a ponta, o um e o dois, o pessoal que tava na frente, e que se deparou com uma informação, foram informados que tava tendo, tinha, elementos comercializando entorpecentes. (...) Defesa - Mas você não sabe quem informou o ponta um e o ponta dois? Pimentel - Segundo eles foi um transeunte, que eu não presenciei." (2:04 até 2:18 e 09:20 até 09:25 da mídia acostada às fls. 248 do processo - <u>fl. 434 do Recurso de Apelação</u>).</p>
	<p style="text-align: center;">- Pablo Vinicius Cabral</p> <p>"Defesa: Ele falou alguma coisa no momento da prisão? Cabral: Não, não. Defesa: Houve algum diálogo na sua abordagem do Rafael?"</p>

<p>Rafael Braga falou algo durante o caminho ou na abordagem?</p>	<p>Cabral: Negativo.</p> <p>Defesa: Quando você o abordou, você não falou absolutamente nada pra ele, nenhuma palavra?</p> <p>Cabral: Negativo.</p> <p>Defesa: Desde a hora que você abordou até o caminho pra delegacia, nenhuma palavra?</p> <p>Cabral: Negativo.” (11:44 até 11:51 da mídia acostada às fls. 195 do processo - <u>fl. 435 do Recurso de Apelação</u>).</p> <p style="text-align: center;">- Victor Hugo Lago</p> <p>"MPERJ: Ele falou alguma coisa na hora?</p> <p>Lago: Ele negou." (02:22 até 02:26 da mídia acostada às fls. 220 do processo - <u>fl. 435 do Recurso de Apelação</u>.)</p> <p style="text-align: center;">- Farley Alves de Figueiredo</p> <p>“Juízo - Me responde uma coisa, foi perguntado ao réu sobre esse fato? Você se lembra qual foi a informação que ele deu?</p> <p>Farley: Ele falou que não era dele. Agora, precisamente o que ele estava fazendo não me recordo, mas ele falou que o material não era dele." (02:29 até 03:15 da mídia acostada às fls. 247 do processo - <u>fl. 435 do Recurso</u>)</p>
<p>Os policiais levaram Rafael direto para a delegacia ou passaram pela base da UPP?</p>	<p style="text-align: center;">- Victor Hugo Lago</p> <p>"Nós voltamos com ele até onde estava a viatura, próximo do local onde seria colocada a cabine blindada, ele adentrou no interior da viatura, e conduzimos à delegacia. (...) Não levamos ele pra base da UPP, fomos direto pra delegacia." (06:59 até 07:30 da mídia acostada às fls. 220 do processo - <u>fl. 436 do Recurso</u>)</p> <p style="text-align: center;">- Pablo Vinicius Cabral</p> <p>"O contêiner Vila Cruzeiro, foi encaminhado ele até o contêiner Vila Cruzeiro. Ele saiu aproximadamente uns 600 metros do local onde a gente pegou e caminhando até o contêiner da Vila Cruzeiro." (16:06 até 16:16 da mídia acostada às fls. 195 do processo - <u>fl. 435 do Recurso</u>)</p> <p style="text-align: center;">- Fernando de Souza Pimentel</p> <p>Pimentel - (...) Ele foi conduzido salvo-engano até a base blindada que nós temos lá, e não me recordo se já estava instalada ou não, se já estava em funcionamento e de lá conduzimos a viatura para a delegacia.</p> <p>Defesa - Então ele não foi levado diretamente para a delegacia, ele foi à base blindada?</p>

	<p>Pimentel - É (...)." (10:20 até 10:39 da mídia acostada às fls. 248 do processo físico - fl. 437 do Recurso)</p>
<p>Rafael estava com dinheiro?</p>	<p>- Pablo Vinicius Cabral "Defesa: Foi apreendido dinheiro? Ele tinha dinheiro na posse dele? Cabral: Negativo, negativo." (14:18 até 14:22 da mídia acostada às fls. 195 do processo - fl. 437 do Recurso)</p> <p>- Farley Alves de Figueiredo "Sim, eu vi. Era cocaína, dinheiro, não sei quanto (...)." (02:45 até 02:53 da mídia acostada às fls. 247 do processo - fl. 437 do Recurso)</p>
<p>Existe uma padaria próxima ao local da abordagem de Rafael?</p>	<p>- Pablo Vinicius Cabral "Defesa: Essa área que ocorreu a diligência é uma área residencial? Cabral: É uma comunidade. Só existem residênc... Defesa: Residências, né? Por ali, né, junto com essas residências tem comércios, existe esse tipo de coisa por ali? Cabral: No local onde o Rafael foi pego? Não." (09:45 até 10:04 da mídia acostada às fls. 195 do processo - fl. 438 do Recurso)</p> <p>- Farley Alves de Figueiredo e Fernando de Souza Pimentel "Juízo - Tem comércio esse local? Pimentel - Tem uma padaria, tem comércio sim. Defesa - Existia algum comércio, alguma localidade comercial ali? Farley: Sim." (05:24 até 05:30 e 07:44 até 07:48 das mídias acostadas às fls. 248 e 247, respectivamente, do processo - fl. 438 do Recurso)</p>

Assim, diante de todas as contradições expostas acima e que foram enfatizadas por diversas vezes pela defesa do acusado durante o curso do processo, torna-se interessante citar outra tese defensiva, também ignorada pelo magistrado durante a análise dos elementos probatórios que coadunam a inocência de Rafael:

"27. Não se desconhece o teor da súmula nº 70 do Egrégio Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, mas é preciso relativizar a presunção de veracidade dos depoimentos de agentes policiais, **sob pena ele impossibilitar às vítimas a demonstração dos abusos policiais que sofreram e nos afastarmos por completo dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do Contraditório e da ampla defesa, os quais sustentam um Estado que ainda se pretenda democrático e de direito.** 28. É fato notório, hodiernamente, que muito abuso tem sido construído sob o pretexto da política de proibição, combate e guerra "às drogas" e, exatamente por isso, provas de acusação consistentes exclusivamente em depoimentos de policiais devem ser apreciadas, cada vez mais, com as mais sérias ressalvas. 29. É imperioso então reconhecer-se as falhas das abordagens policiais ante as incontáveis

divulgações pelas mídias das arbitrariedades e abusos perpetrados por maus policiais que, sob o manto da presunção de agentes públicos, cometem as mais bárbaras **violências contra cidadãos desamparados que, na condição ele jovens, pobres, negros e moradores de periferias em sua grande maioria, carregam consigo, diariamente, o forte estereótipo e preconceito da criminalidade, reverberado massivamente pelo repetitivo discurso de que toda pessoa que mora em favela, principalmente se o "lugar é conhecido como ponto de droga", é traficante ou associado ao tráfico. 30. Assim, não raras vezes esses socialmente desprivilegiados e excluídos são presos por maus agentes pelo Estado com o único fim de mostrar serviço à população, sem que faça qualquer questionamento sobre a veracidade de suas acusações.**" (Fl. 40 dos autos físicos - grifo nosso).

Em continuidade, conforme afirma ainda E. Raúl Zaffaroni (2007) acerca da violação aos direitos inerentes aos indivíduos, em caráter mundial, constata-se que:

“O certo é que desde 1948 esse direito penal que admite as chamadas medidas segurança - ou seja, as penas ou algumas das penas como mera contenção de um ente perigoso - viola o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (...) É inevitável que o Estado proceda desta maneira, porque por trás da máscara acredita encontrar um inimigo, retira-lhe a máscara e com isso, automaticamente, elimina-o do seu teatro (ou de seu carnaval, conforme o caso). Certamente o Estado pode privá-lo de sua cidadania, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assim a um ser humano pelo simples fato de sê-lo. O tratamento como coisa perigosa, por mais que isso ocultado, incorre nessa privação. **Não é possível pretender que esse tratamento diferenciado possa ser aplicado a um ser humano sem afetar seu caráter de pessoa, quando essa condição é absolutamente incompatível com as puras contenções que só são admissíveis quando passageiras ou diante de condutas lesivas, em curso ou iminentes, que devem ser detidas, isto é, no momento da agressão ou imediatamente antes, a título de coerção direta** (ZAFFARONI, p. 18-19, 2007).” (grifo nosso)

Desta forma, não é apenas a subjetividade dos conceitos de usuário e traficantes que permitem a atuação abusiva das figuras autoritárias do Estado, mas também a complexidade acarretada pelo grau de imprecisão do conceito e quantificação das drogas, necessária para uniformização das condenações e análise pelos magistrados e policiais da atuação daquele sujeito no âmbito criminal.

Isto é, por não existir um limite concreto acerca da quantidade que um indivíduo poderá portar para que seja considerado tão somente um usuário, essa escolha ficará a critério do juiz, que utilizará de outros elementos puramente preconceituosos para definir se os entorpecentes seriam para consumo ou venda, como ocorreu no caso de Rafael Braga, ao ter sido caracterizado para a traficância, o local onde reside ser região dominada pelo Comando Vermelho, uma das maiores organizações voltadas para a traficância em âmbito nacional.

Nesse sentido, conforme se vislumbra em jurisprudências recentes dos Tribunais Brasileiros, há grande discrepância entre as quantidades de drogas portadas e que são consideradas como elemento configurante do tráfico:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **TRÁFICO DE DROGAS. PENA BASE. QUANTIDADE DE DROGA.** TRÁFICO PRIVILEGIADO. AÇÕES PENAIS EM CURSO NÃO AFASTAM A INCIDÊNCIA DA MINORANTE. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O montante da exasperação fica a cargo da discricionariedade vinculada do julgador, porquanto inexistente critério objetivo no Código Penal - CP. Rever tal montante requer o revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus. **Contudo, no caso dos autos, a natureza e a quantidade de droga apreendida (46,5g de maconha) não evidencia maior reprovabilidade do delito que justifique qualquer incremento na pena base.** 2. Consoante precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 3. Agravo Regimental no habeas corpus desprovido. (STJ - AgRg no HC: 712312 PI 2021/0397258-1, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 15/02/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2022) (grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.** PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. **ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA.** NÃO CONFIGURAÇÃO. PENA-BASE. AUMENTO. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DE DROGAS. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA CONCEDER EM PARTE O HABEAS CORPUS. 1. Para a configuração do crime de associação para o tráfico, necessária a evidência do vínculo estável e permanente do acusado com outros indivíduos. Há que ser provado, de forma concreta e contextualizada, o crime de associação, autônomo, independentemente dos crimes individuais praticados pelo grupo associado. 2. **Hipótese em que as instâncias ordinárias não indicaram elementos concretos indicativos da estabilidade e permanência dos réus na associação criminosa voltada à comercialização ilícita de drogas, havendo a indicação apenas do concurso de agentes em crime de tráfico, cuja quantidade de droga apreendida se mostra inexpressiva (70 porções individualizadas de crack, massa bruta de 16,71 gramas).** 3. Tratando-se de fato incontroverso nos autos, não há se falar em prática do delito do art. 35 da Lei 11.343/2006, uma vez que se exige, para configuração referido delito, a comprovação da estabilidade e da permanência, sendo incabível a simples associação eventual, como no caso. 4. Embora o art. 42 da Lei 11.434/06 permita que o juiz, ao fixar a pena, considere, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, quantidades muito pequenas de droga não justificam a exasperação da sanção básica. 5. **A inexpressiva quantidade de droga apreendida - 70 porções de crack, acondicionadas em plástico transparente, apresentando massa bruta de 16,71 gramas - não serve para exasperar a reprimenda básica do delito de tráfico.** 6. Agravo regimental parcialmente provido. Concessão parcial da ordem de habeas corpus. Absolvição pela prática do delito previsto no art. 35 da Lei 11.346/06. Exclusão da valoração negativa da natureza da droga apreendida. (Re) fixação da pena de Matheus de Oliveira Cavalheiro em 5 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 583 dias-multa, e da pena de Jonathan da Rocha Winck Victorino em 8 anos e 2 meses dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e 680 dias-multa. (STJ - AgRg no HC: 638941 SC 2021/0003752-9, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR

CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 08/06/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/06/2021) (grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORDEM CONCEDIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. AGRAVO PROVIDO.** 1. Nos crimes de tráfico de drogas, é consabido que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. **No caso, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas com os pacientes (250,9g maconha e 27,13g de cocaína) não constituem uma quantia expressiva, a afastar a elevação da pena-base, por não extrapolarem o tipo penal.** 2. "Prevalece, nesta Corte Superior, o entendimento de que a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, sendo necessário, para tanto, a indicação de outros elementos ou circunstâncias capazes de demonstrar a dedicação do réu à prática de atividades ilícitas ou a sua participação em organização criminosas" (AgRg no REsp 1.866.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/5/2020). 3. Agravo regimental provido para reduzir pena de WILLIAN DOS SANTOS PIRES para 5 anos de reclusão, além do pagamento 500 dias-multa, em regime fechado, e a de LUCAS VICENTE PIRES DOS SANTOS para 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 180 dias-multa, em regime aberto, devendo a pena privativa de liberdade ser substituída pelo juiz da execução, conforme previsto no art. 44, § 2º, do Código Penal. (STJ - AgRg no HC: 656477 SP 2021/0097046-4, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 26/10/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2021) (grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). AUSÊNCIA DE PROVA DA MERCANCIA. EXCEPCIONAL AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO MINISTERIAL. ABSOLVIÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Não se desconhece a copiosa manifestação desta Corte Superior no sentido de que o pleito de absolvição ou de desclassificação do crime de tráfico exige, em tese, o revolvimento de fatos e provas, providência não cabível no espectro de cognição do recurso especial. Contudo, é possível a esta Corte Superior verificar se a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias é juridicamente idônea e suficiente para dar suporte à condenação, o que não configura reexame de provas, pois a discussão é eminentemente jurídica e não fático-probatória. 2. Na inicial acusatória, foi imputada à Recorrente a conduta de ter em depósito, com o fim de mercancia, 3,7g de crack. Porém, o quadro fático incontroverso consignado no acórdão recorrido não demonstra satisfatoriamente o fim de mercancia da droga apreendida, nem afasta a afirmação da Recorrente de que a substância apreendida se destinava ao consumo por parte de seu cônjuge. 3. Da simples leitura do acórdão recorrido, sobreleva o fato de a Recorrente ter sido condenada por tráfico de drogas, a despeito da diminuta quantidade de entorpecente apreendido em sua residência (3, 7g de crack) e de não haver sido mencionado nenhum elemento concreto nos autos que indique a efetiva destinação comercial da substância. A condenação está lastreada tão-somente em depoimentos de policiais que, por sua vez, se limitaram a reportar o conteúdo de denúncias anônimas de que a Recorrente exerceria o tráfico, bem assim na ausência de ocupação lícita. 4. Na distribuição estática do ônus da prova, no processo penal, compete ao Ministério Público provar os elementos do fato típico e, na hipótese em apreço, não se pode concluir pela prática do crime de tráfico de drogas somente com base na quantidade de entorpecente apreendido na residência da Recorrente - 3,7g de crack -, muito menos nas declarações no sentido de que existiriam "denúncias apontando a acusada como traficante", ou seja, notícia criminis inqualificada. Vale dizer, o juízo condenatório é de certeza, não pode ser substituído por juízo de probabilidade. 5. Concluir que as instâncias ordinárias não se valeram do melhor

direito na condenação da Recorrente não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 33 da Lei de Drogas. No sistema acusatório, repita-se, constitui ônus estatal demonstrar de forma inequívoca a configuração do fato típico. 6. Mostra se descabida a eventual desclassificação para o crime de posse (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), uma vez que este encontra-se com a punibilidade extinta, pela consumação da prescrição punitiva. 7. Recurso especial provido para absolver a Recorrente da imputação da prática do crime do art. 33. caput, da Lei n. 11.343/2006, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. (STJ - REsp: 1917988 RS 2021/0020584-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 11/05/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2021) (grifo nosso)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. ORDEM CONCEDIDA. 1. No processo penal brasileiro, em razão do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção "pela livre apreciação da prova" (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação. 2. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976). 3. O alargamento da consideração sobre quem deve ser considerado traficante acaba levando à indevida inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais. 4. Na espécie em julgamento, em que pese a existência de condenação definitiva anterior por crime da mesma natureza em desfavor do acusado, em nenhum momento foi ele surpreendido comercializando, expondo à venda, entregando ou fornecendo drogas a consumo de terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades, a fim de eventualmente comprovar a alegação do Ministério Público **de que o réu "foi surpreendido trazendo consigo e transportando, para fins de tráfico, 06 (seis) porções de cocaína"**. 5. **Considerada a ínfima quantidade de droga apreendida (1,54 gramas de cocaína) e o fato de que o réu, em juízo, negou a traficância, retratando-se da suposta confissão informal realizada perante os policiais militares responsáveis pela sua abordagem, opera-se a desclassificação da conduta a ele imputada, em respeito à regra de juízo, basilar ao processo moderno e derivada do princípio do favor rei e da presunção de inocência, de que a dúvida relevante em um processo penal resolve-se a favor do imputado.** 6. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (beyond a reasonable doubt), pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a parte objecti, quer a parte subjecti. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorra de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas. 7. Por tal motivo, não se pode transferir ao acusado a prova daquilo que o Ministério Público afirma na imputação original e, no ponto, não se pode depreender a prática do crime mais grave tráfico de drogas tão somente a partir da apreensão de droga em poder do acusado ou de seu passado criminógeno. Salvo em casos de quantidades mais expressivas, ou quando afastada peremptoriamente a possibilidade de que a droga seja usada para consumo próprio do agente e a instância de origem não afastou essa hipótese, cumpre ao titular da ação penal comprovar, mediante o contraditório judicial, os fatos articulados na inicial acusatória, o que, no entanto, não ocorreu, como se depreende da leitura da sentença e do acórdão. 8. É de considerar-se, outrossim, que do Ministério Público, instituição que, acima de tudo, se caracteriza pela função fiscalizatória do direito (custos iuris), espera-se mormente ante a

necessidade de direcionar seus limitados recursos e esforços institucionais com equilibrada ponderação uma atuação funcional imbuída da percepção de que o Direito Penal é o meio mais contundente de que dispõe o Estado para manter um grau de controle sobre o desvio do comportamento humano, e que, por isso mesmo, deve incidir apenas nos estritos limites de sua necessidade, não se mostrando, portanto, racionalmente defensável que a complexidade do atual perfil de atribuições "converta os agentes de execução do Ministério Público em simples 'despachantes criminais', ocupados de pleitear meramente o emprego do rigor sistemático de dogmática jurídico-penal, ademais de meros fiscais da aplicação sistemática e anódina da pena." (Paulo César Busato, O papel do Ministério Público no futuro Direito Penal brasileiro. In: Revista de Estudos Criminais. Doutrina Nacional. v. 2, n. 5, p. 105-124). 9. Ordem concedida, para cassar o acórdão impugnado e, por conseguinte, restabelecer a sentença que, desclassificando a imputação original, condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 0000013-48.2017.8.26.0569). Fica mantida inalterada a condenação relativa ao cometimento do delito descrito no art. 333 do Código Penal. (STJ - HC: 705522 SP 2021/0359332-6, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 14/12/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2021)

Ora, como vislumbra-se, a porção idêntica à quantidade de entorpecentes imputadas à Rafael foi desclassificada para a prática da conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (consumo), tendo em vista a presunção de inocência e quantidade ínfima de drogas.

Todavia, para o processo analisado no tópico anterior, as porções de cocaína (6 pinos/cápsulas) e maconha (0,6g - seis decigramas) foram consideradas elementos que indicavam para a traficância, apesar da mesma quantidade ter sido apontada como para consumo pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC 705522 (vide última jurisprudência citada).

Portanto, infere-se que a justiça criminal brasileira, apesar da assiduidade da Guerra às Drogas, utiliza ainda de elementos frágeis e contraditórios para condenar pela prática das condutas ilícitas previstas essencialmente no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, sendo que, estes indivíduos alvos da política criminal são, em sua maioria, homens negros, pobres e residentes em áreas de traficância e/ou pobreza. Assim:

“Pobres, miseráveis, marginalizados e excluídos serão considerados como desviantes na medida em que estão fora das representações sociais dominantes, consistindo em uma realidade na qual “[...] a criminalização, e o exercício deste poder, estão estreitamente ligados à estratificação e à estrutura antagônica da sociedade” (BARATTA, 2011, p. 113 *apud* Dutra, 2020, p. 23 e 24).

4. CONCLUSÃO

Conforme previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. Isto é, somente a legislação poderá criar deveres e direitos aos sujeitos da sociedade, sendo portanto, uma nítida incidência do princípio da legalidade ao garantir que a população não seja alvo de discricionariedades estatais, visando garantir a liberdade como preceito essencial do Estado de Direito. Assim, como enfatizado durante esse trabalho, a aplicação da figura do Direito Penal do autor, apesar da escolha pela CF/88 pela aplicação do Direito Penal do fato, representa violação às garantias proporcionadas pelo princípio da legalidade.

Destarte, no âmbito criminal, o que importa não é a incidência ou o juízo de valor no que diz respeito à conduta ilícita praticada, mas sim o que aquele indivíduo rotulado como inimigo representa para a sociedade através de um perigo hipotético diante da similaridade entre a sua personalidade “voltada para o crime” e as características selecionadas para descrever o criminoso habitual. Assim, de acordo com a crítica de Zaffaroni e Pierangeli:

“Um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de uma conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Ob. Cit., p. 119-120.)

REFERÊNCIAS

ABREU, Deborah Mayane. A seletividade penal e a lei de drogas. Monografia (Bacharelado em Direito) – PUC Goiás, 2020.

BAUMAN, Zigmund. **Culture as Praxis**. (1973). Sage Publications Ltd; Revised ed. edição (22 fevereiro 1999). 208 p.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Poder executivo: Brasília, 1976.

_____. **Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Poder executivo: Brasília, 1976.

CARVALHO, Pedro Henrique Franco de. **Resquícios do direito penal do autor no Brasil**. 2014. 44 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.

COELHO, Sérgio Reis; MENDONÇA, Gilson Martins. Da ideologia da defesa social ao movimento de reação social: analisando o labelling approach e seus reflexos no direito brasileiro. **Publica Direito**, 2009.

DA SILVA, GEISSON. Direito penal do autor e direito penal do fato. **Salão do Conhecimento**, v. 7, n. 7, 2021.

DUTRA, Fernanda Stephanie Romualdo. **Lei 11.343/06 e encarceramento de indivíduos do sexo masculino, negros e pobres: uma análise à luz da seletividade penal**. 2020. 51 f. Monografia (Graduação em Direito) - Escola de Direito Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2020.

JAKOBS. Gunther. **Direito Penal do Inimigo** - organização e introdução: Luiz Moreira, Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução dos originais em alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

MARTINS JÚNIOR, Fernando Nogueira. Penalística Marginalia: Considerações sobre os fundamentos sociológico-políticos da dogmática de Eugênio Raul Zaffaroni. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, n. 1, 2011.

VIEIRA, Raphael Douglas. **Da seletividade do Direito Penal brasileiro e a falência do sistema penitenciário nacional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Amazonas, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2000. p. 07.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v.1. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 119-120.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O inimigo do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas Editora Revan, 2007. 317 p.