



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E
PESQUISA – IDP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

RAFAEL FERREIRA DE SOUZA

**A CONSTRUÇÃO DO CRITÉRIO DE DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS DO
ARTIGO 33, §4º, DA LEI DE DROGAS**

Brasília - DF

2024

RAFAEL FERREIRA DE SOUZA

A CONSTRUÇÃO DO CRITÉRIO DE DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS
DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI DE DROGAS

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do professor doutor Rafael de Deus Garcia, apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Brasília - DF

2024

Código de catalogação na publicação – CIP

S729c Souza, Rafael Ferreira de

A construção do critério de dedicação às atividades criminosas do artigo 33 §4º, da Lei de Drogas / Rafael Ferreira de Souza. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

144 f.: il. color.

Orientador: Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia.

Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional) — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2025.

1.Direito penal. 2. Tráfico de drogas - aspectos jurídicos - Brasil. 3. Lei de Drogas. I.Título

CDDir 341.5555

RAFAEL FERREIRA DE SOUZA

**A CONSTRUÇÃO DO CRITÉRIO DE DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS DO
ARTIGO 33, §4º, DA LEI DE DROGAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

19 de dezembro de 2024

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Profa. Dra. Carolina Costa Ferreira

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Prof. Dr. Marcelo Semer

Universidade de São Paulo – USP

Agradeço,

Aos meus pais, Carlos Alberto e Beth, pela oportunidade da educação e pela presença constante e segura. Por toda a dedicação e pelo apoio incondicional que moldaram meu desenvolvimento pessoal e profissional, minha eterna gratidão.

À minha mulher, Bruna, pela compreensão e paciência durante as muitas horas sonegadas ao nosso convívio, essenciais para a conclusão desta jornada.

Ao meu orientador de mestrado, professor doutor Rafael de Deus Garcia, por quem tive a honra e a sorte de ser aceito. Seus direcionamentos e ensinamentos foram fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho. Aos doutores Carolina Costa Ferreira e Marcelo Semer, pela generosidade de dispor de seu valioso tempo para participar da avaliação deste trabalho e contribuir para o meu crescimento acadêmico.

Ao ministro André Luiz Mendonça, pela confiança depositada e pelo incentivo indispensável à realização desta etapa acadêmica.

Aos colegas do GMALM, pela convivência agradável e produtiva que tanto enriquece minha experiência.

Aos meus companheiros de trabalho no Supremo Tribunal Federal, na incansável labuta penal, de hoje e de sempre: Edvaldo, Fabão, Mariana Madera, Mário Ditticio, Gustavo Mascarenhas, Vinícius Vasconcellos, Caio Salles, Graziela, Alethéia, Dálethe, Humberto, Monique e Selene. Um agradecimento especial à Cíntia, cuja ajuda foi fundamental no início desta pesquisa.

Aos colegas do programa de pós-graduação do IDP, em especial a Rodrigo Casimiro, pelo presente do livro O Direito Penal da Guerra às Drogas, que muito me ajudou.

À comunidade acadêmica e a todos que, direta ou indiretamente, influenciaram meu percurso, deixando suas marcas em minha trajetória.

Meu mais sincero e profundo **MUITO OBRIGADO!**

RESUMO

Este trabalho investiga a aplicação do critério de "não se dedicar às atividades criminosas" como fundamento para a negativa da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas). O dispositivo, voltado a pequenos traficantes ou traficantes ocasionais, tem gerado interpretações judiciais marcadas por subjetividade e discricionariedade. A análise de sentenças de primeiro grau revela como os juízes utilizam a vagueza normativa do texto legal para justificar decisões baseadas em presunções ou características pessoais e contextuais, como a quantidade de droga apreendida, desemprego, local de abordagem ou histórico infracional, frequentemente desvinculadas de provas concretas e verificáveis. Sob o marco teórico do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, a pesquisa reflete sobre a necessidade de decisões judiciais fundamentadas em provas verificáveis e refutáveis pela defesa, de modo a evitar que situações jurídicas desfavoráveis sejam constituídas meramente pela interpretação subjetiva do magistrado. A pesquisa, realizada a partir de análise de conteúdo de sentenças, buscou responder às seguintes perguntas, que se complementam: como os juízes interpretam o conceito de não se dedicar às atividades criminosas, previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas? Quais fatores influenciam suas decisões e por que decidem como decidem? Os resultados demonstram que a vagueza do texto legal permite que práticas seletivas sejam legitimadas, reforçando estigmas sociais e reproduzindo categorias problemáticas da criminologia positivista, como a noção de "criminoso habitual". Além disso, evidenciou-se a influência da política de Guerra às Drogas na moldagem da atuação judicial, afastando-a de sua função primordial de garantia dos direitos fundamentais. Propõe-se a adoção de práticas interpretativas mais restritivas no âmbito judicial, baseadas em elementos concretos e submetidos ao contraditório, além da reforma legislativa para substituir critérios vagos por parâmetros objetivos e claros, promovendo maior segurança jurídica e equidade na aplicação da Lei de Drogas.

Palavras-Chave: tráfico privilegiado, discricionariedade judicial, garantismo penal, guerra às drogas.

ABSTRACT

This study investigates the application of the criterion "not being dedicated to criminal activities" as a basis for denying the mitigating factor of reduced penalty provided in art. 33, § 4, of Law n. 11.343/2006 (Brazilian Drug Law). The provision, designed to distinguish small-scale or occasional drug dealers from large-scale traffickers, has given rise to judicial interpretations marked by subjectivity and discretion. The analysis of first-instance rulings reveals how judges utilize the normative vagueness of the legal text to justify decisions based on presumptions or personal and contextual characteristics, such as the quantity of drugs seized, unemployment, the location of the arrest, or prior criminal records, often disconnected from concrete and verifiable evidence. Based on Luigi Ferrajoli's theory of penal garantism, the research reflects on the necessity of judicial decisions grounded in verifiable evidence that can be contested by the defense, thereby preventing unfavorable legal statuses from being created solely through the subjective interpretation of judges. The study sought to answer two complementary questions: How do judges interpret the concept of "not being dedicated to criminal activities," as set forth in Article 33, § 4, of the Drug Law? What factors influence their decisions, and why do they decide as they do? The findings demonstrate that the vagueness of the legal text allows selective practices to be legitimized, reinforcing social stigmas and reproducing problematic categories from positivist criminology, such as the notion of the "habitual criminal." Furthermore, the study highlighted the influence of the War on Drugs policy in shaping judicial behavior, distancing it from its primary role of safeguarding fundamental rights. The research proposes adopting more restrictive interpretative practices in the judiciary, grounded in concrete evidence subjected to adversarial testing, alongside legislative reform to replace vague criteria with clear and objective parameters, thereby promoting greater legal security and equity in the application of the Drug Law.

Keywords: privileged drug trafficking, judicial discretion, penal garantism, War on Drugs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – MARCO TEÓRICO E PERCURSO METODOLÓGICO PARA A COLETA, ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DO MATERIAL EMPÍRICO	20
1.1. Marco teórico	20
1.2. A pesquisa empírica	24
1.3. Abordagens metodológicas	26
1.4. A seleção do material empírico	28
1.5. Categorias e códigos de pesquisa	29
CAPÍTULO 2 – APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS	32
2.1. As sentenças	32
2.2. Quantidade e/ou natureza da droga envolvida (Código 2)	38
2.3. Anotações de atos infracionais (Código 4).....	53
2.4 Ausência de atividade laborativa (Código 8)	60
2.5 Ocorrências policiais, inquéritos ou processos em curso (Código 1).....	64
2.6 Declarações de policiais (Código 9) e local da abordagem conhecido como ponto de venda de drogas (Código 10).....	70
2.7 Conversas extraídas de aparelho celular ou interceptações telefônicas (Código 3) e anotação relacionadas ao tráfico, petrechos para fabricação e embalagem, estrutura montada para traficância (Código 5)	77
2.8 Concurso de pessoas (Código 6) e uso de veículo preparado para o transporte de droga (Código 7)	83
2.9 Conclusão do capítulo	85
CAPÍTULO 3 – ENTRE A LEGALIDADE E O DECISIONISMO – A DOGMÁTICA COMO FERRAMENTA DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO	90
3.1 O texto da lei: um enfoque criminológico.....	92
3.2 A estrita legalidade.....	97
3.3 O protagonismo judicial: o decisionismo com roupagens de discricionariedade e livre convencimento	100
3.3.1 O poder de disposição do juízo	106
CAPÍTULO 4 – A GUERRA ÀS DROGAS E A ATUAÇÃO JUDICIAL.....	112
4.1 Contextualização histórica da guerra às drogas	112
4.2 Uma guerra contra quem?	116
4.3 O papel dos juízes	121
CAPÍTULO 5 – PROPOSIÇÕES PARA MINIMIZAR O DECISIONISMO JUDICIAL E APRIMORAR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS.....	128
5.1 Enfoque da atuação judicial: reflexões sobre a aplicação da lei em vigor	128

5.1.1 O juiz: uma atuação menos decisionista.....	129
5.1.2 Os Tribunais e a uniformização jurisprudencial.....	130
5.2 Enfoque da alteração legislativa.....	131
5.2.1 Exclusão do critério de dedicação às atividades criminosas (seria possível?)	132
5.2.2 Revogação completa do dispositivo e a elaboração de novo artigo de lei	134
CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIAS	141

INTRODUÇÃO

Um dos principais desafios na implementação da lei n. 11.343, de 2006¹ reside na ausência de critérios objetivos para distinguir o usuário de drogas, cuja conduta é tipificada no artigo 28, do traficante, definido no artigo 33. A questão ocupou o Supremo Tribunal Federal por vários anos², considerado o debate sobre a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, uma discussão que persiste sem uma resolução definitiva, refletindo, inclusive, conflitos latentes entre as funções do Poder Judiciário e as competências do Poder Legislativo³.

De maneira similar, no que interessa ao presente trabalho, pensa-se que a legislação também apresenta lacunas significativas ao tentar diferenciar o pequeno traficante, cuja atividade tem impacto relativamente menor no tecido social, dos narcotraficantes, que estão envolvidos em redes criminosas de maior alcance.

É antiga a aspiração, por parte da doutrina, sobre a necessidade de criação de uma figura intermediária entre o usuário e o traficante, buscando a sanção proporcional para o pequeno traficante, aquele que, por exemplo, vende reduzida quantidade de droga em troca de uma porção, ao final, para satisfazer o próprio vício, ou ainda para a ‘mula’, entendido o termo como sendo aquele que aluga seu corpo para transporte de droga de um local para outro⁴.

Se é verdade que tais condutas são mais graves que o mero porte de drogas para consumo próprio, também é possível concluir que são menos reprováveis que outras condutas típicas de traficância, como a circulação de grande quantidade de drogas e a venda da substância proibida como meio de vida.

A lei n. 11.343, de 2006, de forma inovadora, no artigo 33, § 4º, previu uma causa de diminuição de pena, voltada ao agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa⁵. É o chamado *tráfico privilegiado*.

¹ BRASIL. Lei n.11.343, de 23 de agosto de 2006.

² A repercussão geral do tema foi reconhecida pelo STF em 09/12/2011 no âmbito do RE n. 635.659/SP. Fonte: andamento processual disponível para acesso público no sítio eletrônico do STF.

³ STF, RE 635.659/SP. O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 506 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da lei n. 11.343/2006, de modo a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couberem, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas. Julgamento finalizado em 26/06/2024.

⁴ ARAÚJO JUNIOR, Marco Antônio et al. *Leis Penais Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. “(...) §4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”

Para o acusado que tem o benefício reconhecido em seu favor, a diminuição da pena pode variar entre 1/6 e 2/3. Isso significa, exemplificativamente, que o condenado pelo crime de tráfico de drogas, cuja pena-base seja estabelecida em 5 anos (mínimo legal), ausente agravantes e causas de aumento, e sendo reconhecida a benesse na fração máxima (2/3), irá receber a reprimenda de 1 ano e 8 meses de reclusão, viabilizando a fixação de regime inicial de cumprimento de pena aberto, consoante disposto no art. 33, § 2, al. "c", do Código Penal⁶, bem assim a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do mesmo diploma⁷. Além disso, o reconhecimento do tráfico privilegiado, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, afasta a hediondez do delito, resultando importantes consequências na fase de execução penal⁸.

De outro lado, a negativa de incidência da causa de diminuição, ante a consideração do não preenchimento dos requisitos legais, limita a atuação do magistrado, na menos gravosa das hipóteses, à aplicação da pena mínima para o delito de tráfico de drogas, estabelecida em 5 anos. Dependendo dos contornos da prática delitiva reconhecida, caso estejam presentes circunstâncias judiciais negativas, agravantes ou causas de aumento, essa pode seguramente suplantar o patamar de 8 anos, ainda que se trate de pessoa não reincidente. Tal realidade implica na fixação de regime prisional semiaberto ou fechado para o início do resgate da reprimenda (art. 33, §2º, al. "b" e "c", do CP)⁹, bem como torna inviável a substituição por pena restritiva de direito (art. 44, inc. I, do CP)¹⁰.

Tem-se, portanto, evidenciada a importância do benefício, cuja aplicação ou negativa resulta no efetivo recolhimento do condenado ao cárcere ou não.

A lei estabelece tratamento penal menos rigoroso ao indivíduo caracterizado como pequeno traficante, ante o reconhecimento de menor juízo de reprovação da conduta, oportunizando mais rápida e eficiente reinserção na sociedade. Nesse sentido, na exposição de motivos da Lei de Drogas consta justamente essa preocupação no que se refere ao pequeno

⁶ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

⁷ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

⁸ STF, HC 118.533/MS. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o denominado tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não tem natureza hedionda. Apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei n. 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "*contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa*".

⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

¹⁰ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

traficante, declarando-se a necessidade de tratar de modo diferenciado os traficantes profissionais daqueles ocasionais, justificando-se a possibilidade de redução da pena¹¹.

A doutrina¹² e a jurisprudência¹³ indicam que a função é buscar distinguir o traficante eventual e não integrante de organização criminosa daquele profissional dedicado às atividades criminosas e integrante desse tipo de organização, punindo mais levemente o primeiro e buscando evitar seja ele, na prisão, cooptado definitivamente pelos agentes habituais do tráfico.

Nos exatos termos do texto legal, o benefício do tráfico privilegiado é direcionado ao agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Quanto à primariedade e aos maus antecedentes, tem-se situações jurídicas objetivas. Apesar da existência de importantes discussões a respeito da caracterização de tais critérios, os quais não serão objeto de estudo neste trabalho, eles são mais bem definidos pelo ordenamento jurídico e verificáveis nos registros criminais dos acusados, proporcionando um critério concreto e menos sujeito a interpretações variáveis¹⁴.

Relativamente aos critérios de dedicação às atividades criminosas e integração a organização criminosa, a situação é diversa, posto que apresentam campo aberto para interpretação judicial.

¹¹ “(...) Outra questão tratada pelo projeto, e que em sendo objeto de profunda discussão, é a que se refere ao pequeno traficante, de regra dependente, embora imputável, para quem sempre se exigiu tratamento mais benigno. Não olvidando a importância do tema, e a necessidade de tratar de modo diferenciado os traficantes profissionais e ocasionais, prestigia estes o projeto com a possibilidade, submetida ao atendimento a requisitos rigoroso como convém, de redução das penas, ao mesmo tempo em que se determina sejam submetidos, nos estabelecimentos em que recolhidos, ao necessário tratamento” Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html> Acesso em 27/06/2024.

¹² DELMANTO, Fábio Machado de A.; DELMANTO, Roberto; JÚNIOR, Roberto D. Leis penais especiais comentadas. Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553602209. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602209/>. Acesso em: 29 abr. 2024.

¹³ STF, HC 246.612-AgR/SP, Segunda Turma, Rel. Min. André Mendonça, j. 03/12/2024, p. 06/12/2024. “(...) A minorante dirige-se ao pequeno traficante, aquele não envolvido com a criminalidade, para o qual o tráfico de entorpecente é um fato episódico e ocasional.”

¹⁴ “O conceito de primariedade é alcançado por exclusão: é o agente não reincidente. O Código Penal dispõe, em seu art. 63, que a reincidência se verifica quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior, não prevalecendo a condenação anterior se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos (período depurador). Em relação ao conceito de bons antecedentes, grassa divergência na doutrina e jurisprudência. Para uma corrente, inquiridos em curso e processos em andamento poderiam ser considerados maus antecedentes, assim como condenações não definitivas e aquelas em que já se ultrapassou o prazo de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena. Para outra, à luz do princípio da presunção de inocência, somente as sentenças condenatórias transitadas em julgado que não possuem força para caracterizar reincidência, em razão de ter sido ultrapassado o período depurador, poderiam ser utilizadas para fins de maus antecedentes.” (MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas - Comentada - artigo por artigo, 3ª edição. Grupo GEN, 2012. E-book. ISBN 978-85-309-4559-6. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4559-6/>. Acesso em: 17 mai. 2024.)

Este estudo atém-se aos fundamentos mobilizados por juízes, em processos criminais de tráfico de drogas, para a consideração do critério *de dedicação às atividades criminosas* como motivação para a negativa da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

A inquietude que justificou o interesse na pesquisa particularizada do critério de dedicação às atividades criminosas partiu de observação continuada de sentenças e acórdãos condenatórios relativos a processos-crime de tráfico de drogas, no contexto de atividade profissional desenvolvida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, especialmente envolvido com a análise de processos de *Habeas Corpus*¹⁵.

Nessa condição de observador, percebeu-se uma quantidade significativa de decisões relacionadas a aplicação da pena por crimes previstos na Lei de Drogas, notadamente o tráfico de drogas, sendo particularmente intrigante a maneira como magistrados valem-se de argumentos abertos e precipuamente discricionários para considerar a dedicação do acusado às atividades criminosas, fundamentando dessa forma a negativa de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da lei n. 11.343/2006. Essa abordagem judicial revelou-se um fenômeno recorrente, ocasionando diversas reflexões a respeito da justiça das decisões e da proteção dos direitos de defesa dos acusados.

Parâmetros como ser '*conhecido no meio policial*', estar em '*local habitual de venda de drogas*', '*ausência de profissão ou prova de atividade lícita*', '*denúncias anônimas*', '*quantidade e tipo das drogas apreendidas*', '*registros de atos infracionais anteriores*', '*inquéritos em andamento*', '*concurso de pessoas*' etc., são elementos frequentemente observados nas sentenças condenatórias para fundamentar a negativa ao benefício, sem, contudo, contar com a necessária vinculação com provas concretas de envolvimento habitual no crime, produzidas sob o crivo do contraditório.

Tais observações sugerem que o dispositivo, na prática, propicia a ampliação do poder discricionário do juízo, na medida em que permite que o operador do direito introduza no pronunciamento judicial elementos variados, não necessariamente vinculados à prova produzida durante a instrução criminal.

Confirmando o cenário de recorrente afastamento da causa de diminuição a partir do critério de dedicação a atividades criminosas, tem-se como referencial importante a pesquisa nacional intitulada *Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas*, realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em parceria com a

¹⁵ O candidato exerce o cargo de assessor de ministro no Supremo Tribunal Federal, nível CJ-3, desde o mês de junho de 2016, até a atualidade.

Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério de Justiça e Segurança Pública (MJSP), que teve como universo de interesse processos criminais com decisão terminativa no primeiro semestre de 2019, em que haja réu indiciado, denunciado e/ou sentenciado por crimes de tráfico de drogas previstos no Título IV, Capítulo II, da Lei nº 11.343, de 2006 ou na antiga Lei de Drogas (Lei n. 6.368, de 1976)¹⁶.

Relativamente à minorante em foco, a citada pesquisa demonstrou que a aplicabilidade do art. 33, § 4º da Lei de Drogas foi analisada em 78,0% das sentenças objeto do estudo. Dentre essas, o benefício do tráfico privilegiado foi reconhecido em 44,9% dos pronunciamentos, sendo negado em 55,1% dos processos¹⁷.

Quando o tráfico privilegiado é negado, ou seja, no recorte dos 55,1% referidos, o principal fundamento é justamente de que o réu se dedica às atividades criminosas (que segundo a própria pesquisa, é um *conceito relativamente vago*), o qual aparece em 47,6% das decisões de não aplicação da minorante¹⁸.

É precisamente este o ponto objeto do estudo, ou seja, descortinar os critérios e fundamentações empregadas pelos magistrados para fins de afirmar a dedicação do acusado às atividades criminosas e afastar o importante benefício do tráfico privilegiado.

Conforme explicitado, ao mencionar-se os recorrentes argumentos operados por juízes, entende-se que a vagueza da norma, no ponto em que estabelece a negativa do benefício para o acusado que se *dedique às atividades criminosas*, não apenas abre espaço para considerável discricionariedade judicial, como também serve como mecanismo que propicia o decisionismo e o arbítrio punitivo, permitindo que o julgador incorpore considerações subjetivas e valorativas que vão além da conduta submetida a julgamento.

Semer, referindo-se ao dispositivo, aponta que “o tipo aberto permitiu interpretações que o esvaziaram por completo, em especial quando reconhecido que a participação no tráfico de entorpecentes, em si mesmo, já significa uma dedicação a atividades criminosas”¹⁹. A vulgarização da não aplicação do redutor, torna relativamente ineficaz a tentativa de distinguir

¹⁶ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília, DF: Ipea, 2023.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem, p. 84.

¹⁹ SEMER, Marcelo. Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 252.

grandes e pequenos traficantes e aplicar, aos últimos, penas significativamente menos severas, economizando encarceramento²⁰.

A problemática, sob perspectiva do texto da lei, vai além da discricionariedade judicial e envolve o próprio conceito de *dedicação às atividades criminosas*. A positivação do requisito negativo "não se dedicar às atividades criminosas", a rigor, busca identificar o "criminoso habitual", o "homem delinquent", remontando às teorias positivistas das Escolas Criminológicas do final do século XIX e início do XX, que atribuem ao indivíduo características inerentes de periculosidade²¹. Essa abordagem tem sido amplamente rejeitada pela criminologia crítica, pois perpetua estigmas e preconceitos ao desviar o foco do sistema penal da análise de condutas, direcionando-o, em vez disso, para julgamentos baseados em supostas predisposições criminais.

Na teoria do garantismo penal, estruturada por Luigi Ferrajoli, cujas premissas serão consideradas neste trabalho como marco teórico, a própria legitimação das decisões judiciais pressupõe que o acusado tenha a possibilidade de verificar e de refutar as alegações e provas apresentadas pelo órgão de acusação²². Sob tal perspectiva, a negativa do direito à causa de diminuição em comento a partir de elementos presumidos, ausente efetiva comprovação, construída no âmbito do processo-crime, parece violar elementos básicos de um sistema de justiça que, por determinação constitucional, deve prestigiar os direitos fundamentais dos acusados, como o efetivo contraditório e a presunção de inocência²³. A condição epistemológica da prova passa pelo poder do interessado em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas²⁴.

No mesmo sentido, Antonio Scarance Fernandes atesta que não se admite que uma parte fique sem ciência dos atos da parte contrária e sem oportunidade de contrariá-los. O que assegura o contraditório é a oportunidade de contraposição que tenha eficácia prática²⁵.

²⁰ Ibidem, p. 254.

²¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos; Trad. Sérgio Lamarão. - Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

²² FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. "Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 564.

²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional, 7. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 65.

Os pressupostos teóricos e os conceitos relacionados à Teoria do Garantismo Penal serão apresentadas no capítulo 1, na parte dedicada ao delineamento do marco teórico adotado para a pesquisa. No capítulo 2, apresenta-se os resultados de pesquisa empírica que revelou fundamentações empregadas pelos magistrados para afastar o tráfico privilegiado com base na *dedicação às atividades criminosas*. Os temas da legalidade e da discricionariedade judicial, sob a perspectiva da aplicação ou negativa da causa de diminuição, serão desenvolvidos com maior profundidade no capítulo 3 da dissertação.

Além disso, ao explorar como o critério de *dedicação às atividades criminosas* tem sido construído no âmbito dos processos relacionados ao crime de tráfico de drogas, propõe-se a reflexão a respeito das orientações de política criminal atualmente implementadas, sob a perspectiva de como tais diretrizes tem influenciado o tratamento legal do tráfico de drogas, em todas as etapas de atuação dos órgãos de justiça criminal, sobretudo na aplicação da pena, uma vez priorizadas a repressão e a punição em detrimento de quaisquer outras abordagens.

A discussão no Brasil está intimamente ligada às políticas norte-americanas de combate às drogas – *Guerra às Drogas (War on Drugs)*. Desde a década de 1970 as ações dos Estados Unidos da América nesse cenário estão embasadas sobre os pilares de controle de entrada de drogas, endurecimento de repressão contra o tráfico e a criação de mecanismos para desestimular o uso (como a prisão de usuários). Sua origem remonta à disputa eleitoral para a presidência dos EUA em 1968, tendo a campanha de Richard Nixon centrado-se na importância de restaurar a *lei e a ordem (law and order)* no país, com um discurso fundamentado na retórica do combate ao crime nas cidades²⁶.

Com efeito, as drogas e seus agentes consumidores, produtores e vendedores são tomados como ‘inimigos do Estado’ por supostamente causarem grande interferência na paz social, constantemente associados a outras formas de criminalidade violenta, contra a qual o Estado toma uma atitude repressiva²⁷.

A intensificação das leis de combate ao tráfico, seguindo um modelo espelhado no norte-americano, conduziu a uma realidade na qual o traficante passa a ser visto como o oponente a ser combatido e eliminado não só pelo Estado, mas também pela sociedade como

²⁶ MORAIS, José Victor Ibiapina Cunha; SOARES FILHO, Sidney. Garantismo ou guerra às drogas? A uniformização da discussão acerca do uso de ações penais em curso para afastar o tráfico privilegiado e as implicações na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará. *Revista dos Tribunais*. vol. 1055. ano 112. p. 217-235. São Paulo: Ed. RT, setembro 2023.

²⁷ ARGUELLO, Katie. MURARO, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais* | vol. 113/2015 | p. 317 - 356 | Mar - Abr / 2015 DTR\2015\3615.

um todo. Esse discurso de combate a um inimigo inevitavelmente assumiu contornos de “guerra”, levando a um grande crescimento do poder punitivo que acarretou a edição de leis, não só mais rigorosas, mas que implicavam em uma legislação violadora dos princípios que embasam os direitos e as garantias fundamentais, em nome da guerra contra as drogas²⁸.

Sendo esse o quadro, chama atenção o crescimento substancial da população carcerária no Brasil, fenômeno especialmente relacionado aos delitos tipificados na Lei de Drogas e que reflete as políticas adotadas ao longo das últimas décadas. Entre os anos de 1990 e 2016, o número de encarcerados aumentou em 483%, com o sistema penitenciário operando com uma ocupação média de 197,4%, e em alguns estados, como o Amazonas, a taxa de ocupação atingindo até 484%²⁹.

A discussão dessa política de *Guerras às Drogas* e suas implicações para as práticas judiciais será explorada no capítulo 4 da dissertação.

Esse é o contexto em que se pensa estar inserida a discussão sobre a causa de diminuição de pena em análise. A definição vaga de *dedicação às atividades criminosas* no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, representando um tipo aberto, confere aos operadores do direito, especialmente aos juízes como intérpretes finais da lei, uma discricionariedade considerável, potencializando hipóteses de decisões que podem levar à criminalização desproporcional de indivíduos, particularmente aqueles em situações de vulnerabilidade³⁰.

Ante o quadro delineado, que revela a discricionariedade judicial e a significativa influência da política de guerra às drogas sobre a atuação dos operadores do direito, a pesquisa propôs-se a responder a duas questões centrais, que se complementam no escopo do estudo: como os juízes interpretam o conceito de *não se dedicar às atividades criminosas*, previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas? Quais fatores influenciam suas decisões e por que decidem como decidem?

O objetivo foi testar a hipótese de que os critérios mais utilizados são abertos, vagos e de difícil ou impossível contraprova, mapeando a ocorrência de discricionariedades arbitrárias e fundamentações abstratas, calcadas em presunções e dados sem correspondência probatória.

²⁸ MORAIS, José Victor Ibiapina Cunha; SOARES FILHO, Sidney. Op. cit.

²⁹ Fonte: Jornal Nexo. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017.01/04/Lota%C3%A3o-de-presos-e-taxa-de-encarceramento-aqui-e-no-mundo>> Acesso em: 17/5/2019. Segundo referência da pesquisa, os dados temporais de 1990 a 2014 foram calculados com base na população carcerária do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias e a população brasileira segundo o IBGE. Em 2015, o dado foi obtido a partir do World Prison Brief. Em 2016, por meio dos dados do Conselho Nacional de Justiça (número de presos) e do IBGE (números da população brasileira).

³⁰ JESUS, Maria Gorete Marques de. A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas. 1 ed., 2. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

Para essa finalidade, foi realizada pesquisa empírica voltada a delinear como o parâmetro de dedicação a atividades criminosas tem sido construído nos processos criminais envolvendo tráfico de drogas. A análise foi desenvolvida tendo como recorte sentenças proferidas em primeiro grau de jurisdição, nas quais houve negativa do tráfico privilegiado com base na assertiva de que o acusado se dedica às atividades criminosas.

A partir da investigação de tais documentos pretendeu-se, sem aspirações representativas, confirmar a reiteração das ocorrências já percebidas durante a observação direta em atividade profissional. Este mapeamento inicial serviu como base para uma discussão mais ampla sobre as respectivas fundamentações das decisões judiciais.

A análise crítica dos dados revelados é o embasamento necessário para responder à pergunta complementar, qual seja, o ‘porque os juízes decidem como decidem?’ Esta etapa do estudo avaliou como a discricionariedade judicial, influenciada tanto pela vagueza normativa quanto pela política de guerra às drogas, pode enfraquecer o direito de defesa no âmbito do processo penal e a própria validade das decisões judiciais respectivas.

Ao final, a pesquisa procurou propor meios de fortalecimento da integridade do processo penal, sugerindo práticas judiciais e ajustes normativos que garantam uma interpretação do dispositivo de forma consentânea com os pressupostos garantistas e com os preceitos constitucionais. A intenção é contribuir na formulação de uma hipótese robusta para pesquisas mais amplas, com maior capacidade de articulação de recursos materiais e humanos, muito além do que uma dissertação permite.

A dissertação foi organizada em 5 capítulos, além desta introdução.

O capítulo 1 é dedicado à elaboração do marco teórico, explicitando-se os conceitos centrais da Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, especialmente no que tange aos conceitos de legalidade estrita e cognitivismo judicial. Descreve-se, ainda, o percurso metodológico da pesquisa, sobretudo delineando o material analisado, o contexto em que foi acessado e coletado, e as sistemáticas empregadas.

No capítulo 2, faz-se a apresentação dos resultados obtidos, através da análise de conteúdo das decisões judiciais, dando-se destaque aos casos emblemáticos e especialmente representativos que sustentam a hipótese de que os critérios usados para a negativa da minorante são vagos e de difícil contraprova. O capítulo deve proporcionar uma base sólida para as discussões teóricas subsequentes. O objetivo é revelar dados que sejam suficientes para responder à pergunta “como os juízes decidem?”

Em seguida, buscou-se apresentar reflexões capazes de elucidar o “porque os juízes decidem como decidem?” Assim, no capítulo 3, a partir das evidências coletadas no capítulo anterior e de revisão de literatura, propõe-se discussões a respeito do princípio da legalidade e da discricionariedade judicial, explorando como o tipo aberto influencia a prolação das decisões judiciais. Aqui, a partir de uma perspectiva criminológica sobre texto legal, também são apresentadas considerações a respeito da positivação do conceito de “criminoso habitual”, posto que o benefício legal é autorizado apenas ao indivíduo que “não se dedique às atividades criminosas”.

No capítulo 4, explora-se o contexto da política de *Guerra às Drogas*, que molda a problemática subjacente à legislação de regência do tema. Objetivou-se desenvolver estudo crítico sobre a influência nas práticas judiciais, explorando as consequências dessa abordagem para os direitos dos acusados e para a eficácia da legislação penal no tratamento da problemática das drogas.

No capítulo 5, serão apresentadas considerações a partir dos achados e das reflexões realizadas, propondo-se contribuições para o desenvolvimento dos temas, sobretudo apontando caminhos para uma atuação judicial menos decisionista.

CAPÍTULO 1 – MARCO TEÓRICO E PERCURSO METODOLÓGICO PARA A COLETA, ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DO MATERIAL EMPÍRICO

Definido o objeto da investigação e sua justificativa, torna-se essencial delinear o método de condução da pesquisa, estabelecendo as abordagens adotadas para alcançar os objetivos propostos.

1.1. Marco teórico

A redação aberta do § 4º, do art. 33 da Lei de Drogas, no ponto em que prevê que a causa de diminuição poderá ser aplicada apenas àquele que “não se dedique às atividades criminosas”, propicia espaço para a adoção de fundamentações amparadas em subjetivismos e presunções, abrindo margem para a ocorrência de discricionariedades e decisionismo. Essa é a hipótese a ser testada.

Para explorar essa problemática, a pesquisa se fundamenta em conceitos pertinentes à Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. Trata-se de um modelo de direito penal apoiado em princípios clássicos de proteção das liberdades individuais e de limitação do poder punitivo do Estado, revelando um sistema orientado a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo. O sistema esquematizado pelo mestre italiano representa, em sua essência, uma ferramenta de limitação do poder punitivo do Estado e de tutela da pessoa contra arbitrariedades³¹.

Em sua obra *Direito e Razão*, Ferrajoli apresenta os elementos estruturantes de uma epistemologia garantista, referindo ao que denomina *convencionalismo penal* (relativo à definição legislativa), e *cognitivismo processual* (alusivo à forma de comprovação jurisdicional do desvio punível)³².

No âmbito do convencionalismo penal, estabelece-se que apenas condutas formalmente descritas em tipos legais podem ser penalizadas e, ainda, desde que a prática de tais ações ou omissões previstas de forma abstrata na legislação seja efetivamente comprovada. Tal conceito é expressão do princípio da legalidade, que se relaciona diretamente com a definição legislativa, sendo pressuposto essencial para garantir previsibilidade no tratamento de condutas consideradas criminosas.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 38.

³² Ibidem.

Segundo o mestre italiano, o *princípio da legalidade estrita* é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter "constitutivo" e não "regulamentar" daquilo que é punível. Veja-se, como exemplo, as normas que, em ordenamentos passados, perseguiam as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo. Ou as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os "desocupados" e os "vagabundos", os "propensos a delinquir", os "dedicados a tráfico ilícito", os "socialmente perigosos" e outros semelhantes³³.

Essas ideias mostram-se especialmente relevantes no contexto da pesquisa, ao oferecer um suporte teórico essencial para as discussões acerca da redação do dispositivo da Lei de Drogas. Conquanto a norma determine a exclusão do importante benefício de diminuição de pena aos indivíduos "dedicados às atividades criminosas", a natureza aberta do tipo penal permite que os magistrados preencham seu conteúdo com base em considerações subjetivas ou presunções. Isso resulta, muitas vezes, no afastamento da minorante de forma arbitrária, sem o respaldo de provas concretas, constituindo a situação jurídica desfavorável ao acusado de forma a rotulá-lo como um "criminoso habitual".

O sistema garantista como um todo, nos moldes preconizados por Ferrajoli, especialmente considerando o pressuposto da culpabilidade como condição para a punição (*nulla actio sine culpa*), não admite "normas constitutivas", mas apenas "normas regulamentares" do desvio punível, asseguradas fundamentalmente pelo princípio da estrita legalidade. Em outras palavras, rejeita-se normas que simplesmente criam ou estabelecem, por si mesmas, situações de desvio sem impor qualquer regra de conduta, admitindo-se apenas disposições que estabeleçam proibições, ou seja, comandos normativos cujo conteúdo se limite a ações concretas, sobre as quais seja possível optar tanto pela abstenção quanto pela realização³⁴⁻³⁵.

De outro lado, o cognitivismo processual, relacionado à determinação concreta do desvio punível, refere-se à necessidade de que as decisões judiciais sejam tomadas a partir de conhecimento empírico, produzido no âmbito do processo, assegurando-se ao acusado, como

³³ Ibidem, p. 39.

³⁴ Ibidem.

³⁵ A partir desse primeiro elemento da epistemologia garantista, Ferrajoli propõe um conjunto de princípios voltados a materializar o sistema de garantias penais em sentido estrito. Tais princípios são representados por questionamentos atinentes a quando e como punir (garantias relativas à pena) e quando e como proibir (garantias relativas ao delito). São eles: 1) princípio da legalidade; 2) princípio da retributividade; 3) princípio da necessidade; 4) princípio da lesividade; 5) princípio da materialidade e 6) princípio da culpabilidade.

condição de legitimidade, a verificabilidade e refutabilidade das hipóteses acusatórias. Esse requisito afeta, naturalmente, aquela única parte dos pronunciamentos jurisdicionais que vem constituída por suas "motivações", quer dizer, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação.

O cognitivismo processual, portanto, é assegurado pelo que Ferrajoli chama de *princípio de estrita jurisdicinariedade*, que, segundo aduz, exige duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação. Para que o desvio punível não seja "constituído", mas "regulado" pelo sistema penal, não é suficiente, com efeito, que esteja pré-configurado por regras de comportamento³⁶.

Comportamentos como o ato obsceno ou o desacato, por exemplo, configuram delitos que podem ser considerados "em branco", cujas definições legais vagas e imprecisas levam, na prática, a uma identificação judicial que se baseia mais em valorações discricionárias do magistrado do que em provas concretas. Sob essa ótica, não só a lei, senão também o juízo penal, devem carecer de caráter "constitutivo", apresentando caráter "recognitivo" das normas e "cognitivo" dos fatos por elas regulados³⁷.

Assim, a pena somente poderá ser considerada legítima quando aplicada no curso de um processo penal jurisdicinalizado, em que a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações – de fato ou de direito – das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual³⁸⁻³⁹.

Tanto as garantias penais, identificáveis com o convencionalismo, como as processuais, afetadas ao cognitivismo, valem não apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade, representando, nas palavras de Ferrajoli, uma correlação biunívoca⁴⁰. De fato, não haveria que se falar em garantias materiais (como a sujeição à legalidade, por exemplo) se o julgador aplicasse uma pena à míngua da existência de um processo (ou, ainda

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 40.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem, p. 41.

³⁹ A partir do cognitivismo processual, é possível depreender quatro outros axiomas, que, somados àqueles extraídos do convencionalismo penal, conformam o modelo epistemológico garantista. São eles: 1) princípio da jurisdicinariedade; 2) princípio acusatório (ou separação entre juiz e acusação); 3) princípio do ônus da prova; 4) princípio do contraditório.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 494.

que existente, fosse este indevido). Da mesma forma, não se poderia imaginar a efetivação de uma certa garantia processual (como a jurisdicionabilidade) se o indivíduo fosse julgado por um crime não previsto em lei, ou sancionado a uma pena superior à legalmente autorizada⁴¹.

É justamente por tal razão que Ferrajoli afirma que o conjunto das garantias penais seria totalmente insatisfatório se não fosse acompanhado do conjunto correlato e, por assim dizer, subsidiário das garantias processuais. As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes – a lesão, a conduta e a culpabilidade –, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também “instrumentais” no que tange às normas penais, estas chamadas, por sua vez, “substanciais”⁴².

As proposições de Luigi Ferrajoli transcendem a mera descrição de sistemas penais existentes e se colocam no terreno do *'dever ser'*, delineando um quadro ideal para a administração da justiça penal. Essa perspectiva pode ser percebida, em alguma medida, como utópica, dada a sua aspiração a padrões elevados de racionalidade, justiça e proteção dos direitos fundamentais que frequentemente excedem as capacidades e as práticas dos sistemas judiciais atuais. No entanto, tal sorte não diminui a importância dos postulados por ele formulados; pelo contrário, o implemento deve ser buscado na maior medida possível, servindo como um guia para a reforma e a melhoria contínua do direito.

Na definição do autor, os axiomas garantistas não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. Trata-se, em outras palavras, de implicações deônticas, normativas ou de dever ser. A adoção destes modelos, começando pelo garantista no grau máximo, pressupõe, assim, uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados⁴³.

Não é difícil associar a problemática anunciada, sobre a construção do critério de *dedicação às atividades criminosas* na Lei de Drogas, à importância fundamental dos conceitos

⁴¹ MACÊDO RIBEIRO, M. H.; SAMPAIO, A. R.; MELO, M. E. V. Justiça Negocial e Garantismo Penal: A Fragilização da Epistemologia Garantista a Partir da Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro: Revista Direito em Debate, v. 30, n. 55, p. 215–229, 2021. DOI: 10.21527/2176-6622.2021.55.215-229. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10131>. Acesso em: 2 maio. 2024.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 496-498.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 90.

de legalidade estrita e de jurisdicionariedade estrita, conforme propostos por Luigi Ferrajoli, para assegurar que os direitos dos acusados sejam protegidos de forma eficaz no processo judicial.

Os critérios de verificabilidade e refutabilidade das hipóteses acusatórias, considerada a epistemologia garantista, assumem posição central da discussão proposta, não se tratando apenas de exigência teórica, mas um requisito prático essencial para garantir julgamentos justos e baseados em evidências concretas.

A interpretação e aplicação do direito pelos juízes, mesmo em sistemas jurídicos avançados, inevitavelmente envolve um componente discricionário. Esse poder decorre da necessidade inerente de interpretar normas legais, avaliar provas, contextualizar os fatos e determinar penas individualizadas. Embora essa liberdade interpretativa seja indispensável para a administração da justiça, ela também carrega consigo um risco de ilegitimidade, uma vez que abre espaço para decisões que podem se afastar dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico⁴⁴.

Essa tensão entre legalidade e discricionariedade será abordada ao longo do trabalho, com atenção especial à aplicação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, onde a ausência de critérios claros para a interpretação do termo "não se dedicar às atividades criminosas" cria um campo fértil para decisões potencialmente arbitrárias, comprometendo a previsibilidade e a uniformidade das decisões judiciais.

1.2. A pesquisa empírica

O estudo mapeou e analisou as fundamentações empregadas por magistrados, em processos envolvendo o crime de tráfico de drogas, para afirmar a dedicação do acusado às atividades criminosas e, conseqüentemente, negar o benefício do tráfico privilegiado. O objetivo foi testar a hipótese de que os critérios mais frequentemente utilizados, em alguma medida, são abertos, vagos, indeterminados, dificultando ou impossibilitando a contraprova, resultando em uma discricionariedade judicial arbitrária, baseada em presunções e evidências frágeis ou sem correspondência probatória.

Conforme já mencionado, a motivação inicial para o desenvolvimento desta pesquisa emergiu da observação de processos de *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal, onde

⁴⁴ Ibidem, p. 494-503.

frequentemente se debate a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado. A partir de análise exploratória inicial de sentenças proferidas por juízes de primeira instância dos Tribunais de Justiça foi identificada a recorrência de fundamentações abstratas, carregadas de subjetivismos, que geraram perplexidade e sugeriram uma análise mais aprofundada.

Concebeu-se então, para os fins da pesquisa, a necessidade de compilar um conjunto relevante de sentenças judiciais condenatórias para análise dos respectivos conteúdos, com o objetivo de obter uma compreensão abrangente das justificativas utilizadas pelos magistrados para negar tal benefício, confirmando ou infirmando a hipótese orientadora do trabalho. A forma de seleção do material será explicitada no item 1.4 abaixo.

A recente pesquisa do IPEA a respeito do perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas, já mencionada na introdução do trabalho, ofereceu um ponto de referência crucial, confirmando que a maioria das negativas do benefício do tráfico privilegiado gira em torno da suposta dedicação do acusado a atividades criminosas, ou seja, em 47 % das vezes em que o benefício é negado, a motivação relaciona-se com tal assertiva.

O patamar é expressivamente maior do que as outras hipóteses legais de negativa da benesse, quais sejam, a reincidência, os maus antecedentes e a integração a organização criminosa. Aparecendo em segundo lugar, em 29,3% dos casos analisados, tem-se o fato de o réu não ser primário. Os dois outros requisitos legais aparecem com menor frequência, constando maus antecedentes em 17,1% das sentenças, e a conclusão de que o réu integra organização criminosa em 13,8% delas⁴⁵. Estes dados reforçaram a necessidade de uma investigação detalhada sobre como essas conclusões são alcançadas nos tribunais, em particular no tocante a *dedicação às atividades criminosas*.

Vale consignar que o universo da referida pesquisa foi composto por 28.851 ações penais, sendo adotado o réu como unidade de análise. As inferências apresentadas naquela pesquisa correspondem ao universo estimado de 41.100 réus, entendidos como processos individuais, uma vez considerada a possibilidade de haver mais de um réu em um mesmo processo⁴⁶.

⁴⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília, DF: Ipea, 2023, p. 88.

⁴⁶ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília, DF: Ipea, 2023, p. 88.

O estudo do IPEA, contudo, não avançou na exploração dos fundamentos particularizados das sentenças que reconhecem a *dedicação às atividades criminosas*, sendo este um dos pontos que demonstra a relevância desta pesquisa.

Após a análise dos dados coletados das sentenças judiciais, o trabalho envolveu revisão bibliográfica, buscando integrar as observações empíricas com teorias jurídicas que compõe o marco teórico da pesquisa, focando particularmente nas noções de legalidade e de discricionariedade judicial. O propósito do estudo não é apenas identificar e analisar os padrões nas decisões judiciais relacionadas à dedicação a atividades criminosas, mas também interpretar essas observações.

Tal exame teórico visou explorar como, e se, a indeterminação legal e a discricionariedade judicial, potencializadas pela vagueza da norma do artigo 33, § 4º da Lei de Drogas, podem afetar a aplicação da lei e comprometer o direito de defesa do acusado. Além disso, a revisão irá considerar o impacto da política de *Guerra às Drogas* na atuação judicial, verificando a respectiva influência na aplicação da lei.

1.3. Abordagens metodológicas

A adoção de metodologia adequada revelou-se imprescindível para o fim investigar como a vagueza da norma se reflete nos critérios judiciais para interpretar o conceito de *dedicação às atividades criminosas* no contexto do tráfico privilegiado. Apenas através de rigor técnico, próprio da pesquisa acadêmica, seria possível sustentar a integridade dos resultados alcançados, propiciando a apresentação de justificativas e conclusões válidas, passíveis de reprodução em condições semelhantes, resultando em alguma contribuição significativa para o conhecimento científico.

A natureza de um trabalho científico não se baseia no quão “verdadeiros” ou “corretos” são os resultados produzidos, mas na capacidade desses resultados advirem de uma checagem crítica de hipóteses e na possibilidade mesma de tais resultados serem revistos por outros estudos e esforços de pesquisa⁴⁷.

A análise de conteúdo foi adotada como método central, explorando tanto dimensões qualitativas quanto quantitativas dos dados. A dinâmica de associar métodos em um mesmo trabalho empírico não é propriamente uma novidade, sendo cada vez menos possível tratar

⁴⁷ SAMPAIO, Rafael Cardoso. Análise de conteúdo categorial: manual de aplicação / Rafael Cardoso Sampaio, Diógenes Lycarião. - Brasília: Enap, 2021. Coleção Metodologias de Pesquisa. p. 59.

elementos quantitativos e qualitativos como componentes de realidades distintas e não complementares⁴⁸.

Consoante definição fornecida por Bardin, a análise de conteúdo é um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens⁴⁹.

Na mesma linha, Sampaio e Lycarião explicam que a análise de conteúdo é uma técnica de pesquisa científica baseada em procedimentos sistemáticos, intersubjetivamente validados e públicos para criar inferências válidas sobre determinados conteúdos verbais, visuais ou escritos, buscando descrever, quantificar ou interpretar certo fenômeno em termos de seus significados, intenções, consequências ou contextos⁵⁰.

Para os fins deste trabalho, a análise do conteúdo das decisões judiciais foi guiada pelos princípios estabelecidos por Bardin⁵¹, que envolvem a codificação sistemática e interpretação de textos (neste caso, pronunciamentos judiciais) para identificar padrões, temas ou significados. Segundo consta da obra de Bardin, as diferentes fases da análise de conteúdo organizam-se em torno de três polos cronológicos: *i*) a pré-análise; *ii*) a exploração do material; *iii*) o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação.

A análise qualitativa foi direcionada à interpretação dos textos judiciais, visando identificar e compreender os padrões e temas subjacentes que moldam as decisões. A codificação dos textos seguiu critérios específicos, explicitados no tópico 1.5 abaixo, para garantir que cada decisão seja analisada de maneira a refletir sua relevância e significado no quadro geral da pesquisa.

No tocante à análise quantitativa, embora a pesquisa não pretenda ser representativa do universo judicial brasileiro como um todo, essa abordagem ajudou a identificar a frequência de certos fundamentos nas decisões, considerado um relevante conjunto de documentos, fornecendo uma visão geral de quão comuns são as motivações, viabilizando a discussão a respeito da existência de uma tendência predominante que possa ser atribuída à discricionariedade judicial arbitrária, sob a influência da política de *Guerra às Drogas*.

⁴⁸ SEMER, Marcelo. Op.cit., p.154.

⁴⁹ BARDIN, Lawrence. Análise de Conteúdo. 2ª reimp. da 1ª edição de 2011. Tradução: Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. - São Paulo: Edições 70, 2011, p. 48.

⁵⁰ SAMPAIO, Rafael Cardoso. Op. cit., p. 17.

⁵¹ BARDIN, Lawrence. Op. cit., p.125.

O objetivo foi estabelecer uma hipótese sólida que possa servir como base para pesquisas mais extensas, envolvendo recursos humanos e materiais mais significativos do que os disponíveis para este trabalho. Não há, portanto, a pretensão de esgotar o exame do tema, mas apenas de fornecer pistas que possam ser seguidas posteriormente por todos aqueles interessados no problema.

1.4. A seleção do material empírico

Uma das decisões mais importantes para o desenho da pesquisa de análise de conteúdo é a definição da unidade de análise, ou seja, qual é a unidade de conteúdo sendo investigada⁵². No caso, a pesquisa concentrou-se na coleta de sentenças judiciais.

A seleção foi orientada por critérios específicos para garantir a relevância e adequação das decisões ao tema investigado, focando em pronunciamentos judiciais em processos de tráfico de drogas, especificamente nos casos em que a minorante do tráfico privilegiado foi negada em razão da *dedicação às atividades criminosas*.

Para a finalidade de acessar os documentos de interesse do estudo, a alternativa pensada em primeiro lugar direcionou à pesquisa direta nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça, procedimento que logo se mostrou pouco produtor, considerada a variabilidade dos ambientes virtuais, a dificuldade de identificação de processos específicos envolvendo a lei de drogas, bem como do acesso ao conteúdo dos documentos, que nem sempre contam com peças digitalizadas disponíveis, especialmente no tocante aos arquivos em padrão *Portable Document Format* (PDF) dos pronunciamentos judiciais.

Optou-se por aproveitar a disponibilidade do próprio sistema processual do Supremo Tribunal Federal, no ponto em que se mostrou possível, por meio de busca temática, a identificação de sentenças judiciais nas quais houve a análise da aplicação da causa de diminuição sob estudo. Ou seja, a base de dados do STF, funcionando apenas como canal de acesso, permitiu a procura e a identificação de processos nos quais a causa de diminuição objeto do estudo foi analisada e negada.

⁵² SAMPAIO, Rafael Cardoso. Op. cit., p. 51.

O trabalho de busca no sítio eletrônico do STF, especificamente no *Programa Corte Aberta*⁵³, cobriu o período de janeiro de 2023 a abril de 2024, revelando que, no referido intervalo, a Corte proferiu 1.010 decisões em processos de *Habeas Corpus* e de Recursos Ordinários em *Habeas Corpus*, das quais 667 tratavam especificamente de processos de tráfico de drogas.

Dentro deste subconjunto, mediante acesso às peças processuais, foram selecionadas 200 decisões (sentenças), considerados processos públicos, nas quais foi negada a aplicação da minorante com fundamento na *dedicação às atividades criminosas*. Os documentos estão compilados no Anexo 1 da dissertação, constando os arquivos, em formato PDF, relativos às 200 sentenças analisadas, numeradas de 1 a 200, em ordem crescente, de forma a propiciar a pronta identificação e o fácil acesso ao conteúdo examinado.

O recorte temporal escolhido foi definido objetivando capturar as mais recentes interpretações e aplicações judiciais relativas à causa de diminuição de pena. Este período é particularmente pertinente pois reflete práticas judiciais contemporâneas em um contexto de crescente debate sobre políticas de drogas e seus impactos no sistema de justiça penal.

Consoante classificação de Bardin, *corpus* é o conjunto dos documentos tidos em conta para serem submetidos aos procedimentos analíticos⁵⁴. Assim, o *corpus* da pesquisa é o material empírico representativo desse conjunto de decisões (sentenças) nas quais houve o afastamento da causa de diminuição.

A partir desse recorte, tensionou-se sistematizar as motivações de afastamento da causa de diminuição relacionadas a *dedicação às atividades criminosas*, verificando a construção dessa assertiva no âmbito dos processos.

1.5. Categorias e códigos de pesquisa

Como a pesquisa foi voltada ao mapeamento das fundamentações utilizadas por magistrados para afastar a causa de diminuição com base no critério de *dedicação às atividades*

⁵³ O *Programa Corte Aberta*, do Supremo Tribunal Federal, disponibiliza à sociedade a base de dados do Tribunal de forma ampla e transparente. Com quatro eixos de trabalho, o programa permite a visualização dos dados em um ambiente digital único, o que facilita a pesquisa por informações. Os dados ficam disponíveis em painéis que permitem a navegação e o acesso às estatísticas da Corte de forma simples e intuitiva. Eles reúnem informações como os processos em tramitação na Corte, os julgamentos em Plenário Virtual, a quantidade de decisões proferidas, histórico de temas de Repercussão Geral, taxa de provimento dos processos recursais, além das ações relacionadas à pandemia da covid-19, dentre outros. Dados disponíveis no endereço eletrônico: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/corteaberta/>

⁵⁴ BARDIN, Lawrence. Op. cit., p.127.

criminosas, identificando-as nas sentenças selecionadas para análise, o trabalho passou por elaborar indicadores passíveis de propiciar a verificação das ocorrências nas sentenças analisadas, resumindo, filtrando e condensando dados de acordo com os interesses de pesquisa. Com feito, uma análise de conteúdo será produtiva na medida em que suas categorias forem claramente formuladas e bem adaptadas ao problema de pesquisa e ao conteúdo sendo estudado⁵⁵.

A fase envolveu a leitura cuidadosa das decisões, especificamente nos capítulos de fundamentação e dosimetria da pena, para organizar os dados em categorias que pudessem refletir os critérios e fundamentações utilizados pelos juízes.

Para possibilitar a coleta e o registro padronizado das informações relevantes para a pesquisa, foi utilizado formulário eletrônico (Excel), consistente no Anexo 2 da dissertação, que contempla as seguintes colunas, representativas dos dados de identificação de cada documento analisado: **A)** Número de identificação da sentença objeto de análise, conforme representado no Anexo 1; **B)** Tribunal de origem; **C)** Ano do julgamento; **D)** Fundamento utilizado para afirmar a *dedicação às atividades criminosas*; e **E)** Órgão policial envolvido.

Figura 1:

Em seguida, a partir da efetiva execução da análise dos conteúdos dos documentos, foram identificados os fundamentos lançados em cada uma das sentenças, categorizando-os em códigos numerados, resultando a formulação de 16 códigos, representativos de todos os fundamentos encontrados, que serão apresentados no Capítulo 2 da dissertação. O procedimento teve por base o ensinamento de Bardin, no que indica que os temas que se repetem devem ser recortados do texto “em unidades comparáveis de categorização para análise temática e de modalidades de codificação para o registro dos dados”⁵⁶.

A	B	C	D	E
Sentença nº	UF	ANO	Código	Órgão policial de atuação
Sentença nº	UF	ANO	Código	Órgão policial de atuação
Sentença nº	UF	ANO	Código	Órgão policial de atuação
Sentença nº	UF	ANO	Código	Órgão policial de atuação
Sentença nº	UF	ANO	Código	Órgão policial de atuação
Sentença nº	UF	ANO	Código	Órgão policial de atuação
Sentença nº	UF	ANO	Código	Órgão policial de atuação
Sentença nº	UF	ANO	Código	Órgão policial de atuação
Sentença nº	UF	ANO	Código	Órgão policial de atuação
Sentença nº	UF	ANO	Código	Órgão policial de atuação

⁵⁵ SAMPAIO, Rafael Cardoso. Op. cit., p. 45.

⁵⁶ BARDIN, Lawrence. Op. cit., p.100.

Após a conclusão das diferentes operações delineadas, foi possível alcançar informações específicas sobre as fundamentações judiciais, permitindo inclusive a elaboração de *ranking* revelador da recorrência das motivações.

CAPÍTULO 2 – APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS

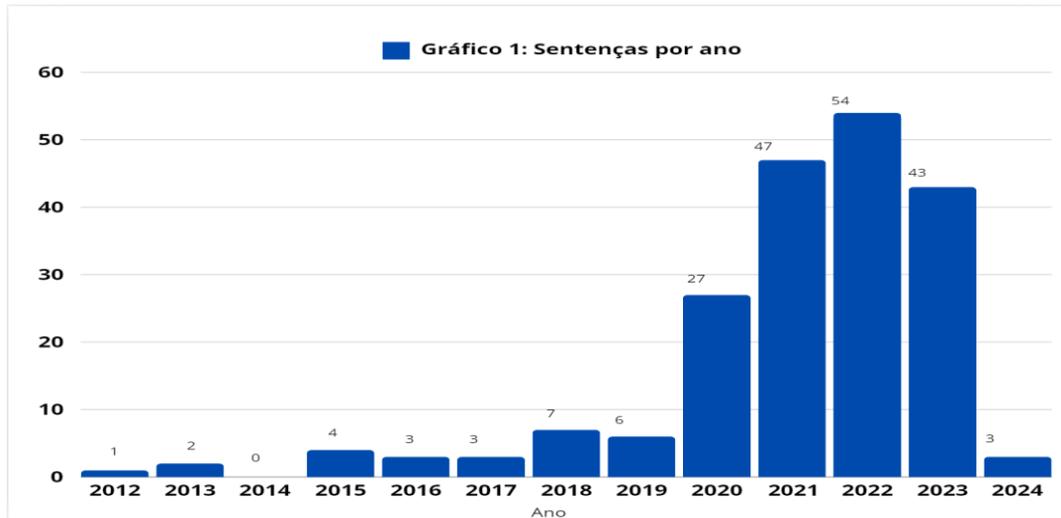
O estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), na pesquisa nacional intitulada *Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas*, em parceria com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério de Justiça e Segurança Pública (MJSP), traçou um importante raio-X dos acusados de tráfico de drogas e da própria atuação judicial, revelando, no que interessa especialmente a este trabalho, que a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas foi negada em 55,1% dos processos nos quais houve a análise da aplicação do dispositivo. Todavia, a pesquisa não avançou no estudo das fundamentações específicas utilizadas pelos juízes para justificar a negativa do benefício.

Este capítulo destina-se a apresentação e análise dos resultados da pesquisa empírica realizada sobre as sentenças selecionadas, voltada justamente a identificar as fundamentações utilizadas por juízes para negar a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, conforme previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a partir do critério de *dedicação às atividades criminosas*.

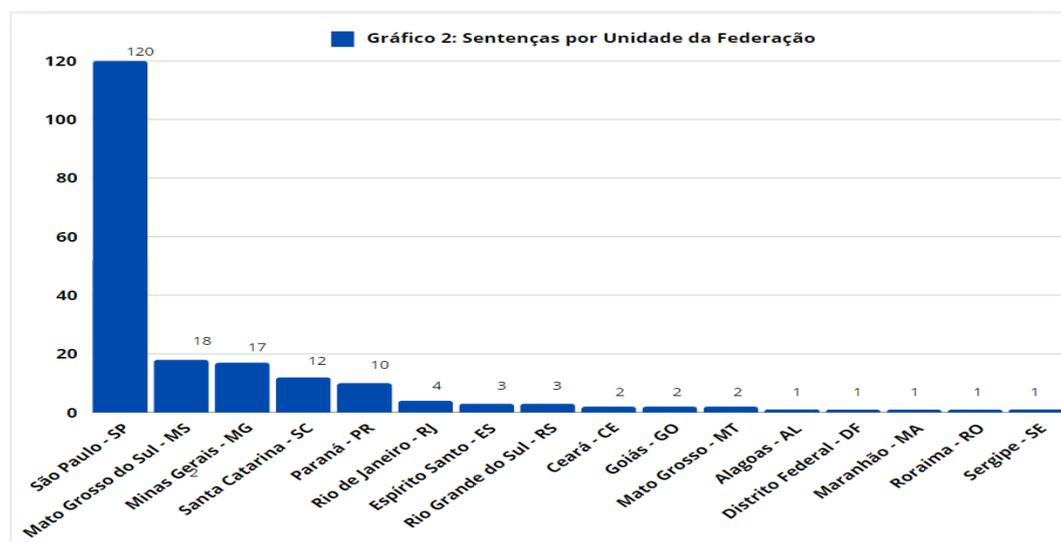
2.1. As sentenças

Das 200 sentenças selecionadas para a investigação, conforme a metodologia descrita, a maioria significativa dos pronunciamentos concentra-se no período de 2020 a 2023. Esse recorte temporal permitiu que o estudo se baseasse predominantemente em decisões recentes, refletindo a prática judicial contemporânea. Embora o *corpus* da pesquisa também incluía sentenças de anos anteriores, com a mais antiga datando de 2012⁵⁷, entende-se que não houve comprometimento das conclusões alcançadas, considerando que a Lei de Drogas vigora desde 2006.

⁵⁷ Sentença nº 107.



Em relação aos tribunais de origem das sentenças examinadas, a metodologia aplicada na coleta dos dados resultou em decisões provenientes de 17 Tribunais de Justiça. Destacam-se, no *corpus* da pesquisa, os Tribunais de São Paulo, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Santa Catarina, Paraná e Rio de Janeiro. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobressaiu-se significativamente, apresentando uma quantidade maior de decisões, conforme demonstrado no gráfico a seguir.



O elevado número de sentenças provenientes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não é surpreendente, considerando que esse é o maior tribunal de justiça do país, localizado no estado mais populoso e com o maior volume de processos judiciais em

andamento, com um vasto corpo de magistrados e servidores atuando em suas diversas comarcas⁵⁸.

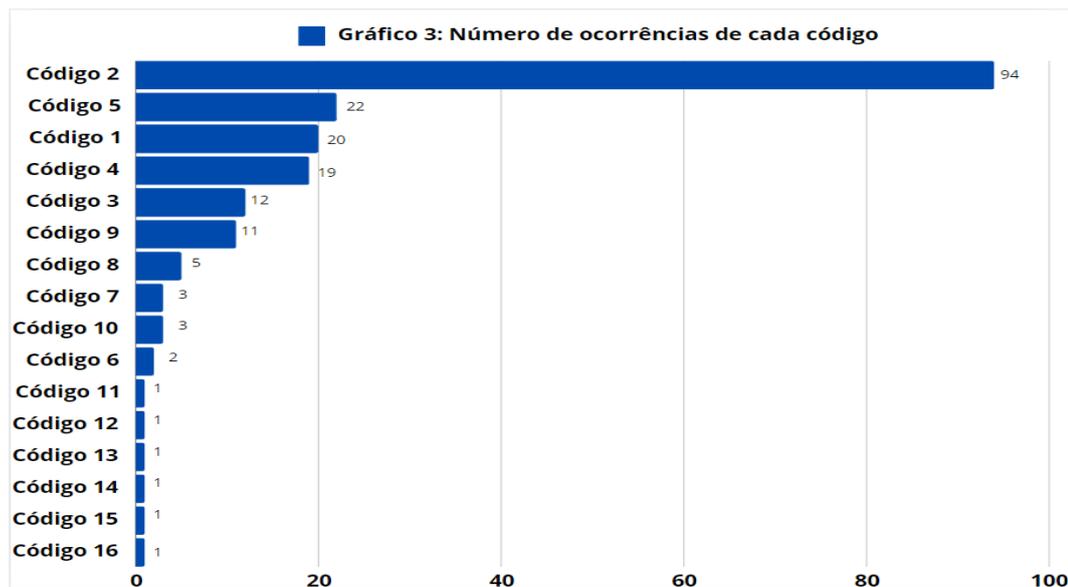
Embora a quantidade de decisões originadas desse tribunal seja substancialmente superior em relação aos demais estados, essa situação não compromete os objetivos da pesquisa. Isso porque, vale repisar, a seleção das sentenças não teve como finalidade a obtenção de dados estatísticos representativos do sistema judiciário brasileiro como um todo, mas sim a utilização de uma base de dados robusta para coletar informações sobre as fundamentações judiciais relativas ao tráfico privilegiado. O foco foi identificar fundamentações utilizados por magistrados para subsidiar reflexões acerca das decisões sobre reconhecimento ou negativa do benefício.

A exploração das sentenças possibilitou a criação de uma classificação sistemática, resultando em 16 códigos que representam os fundamentos (ou a ausência deles) que foram utilizados pelos juízes nas decisões judiciais objeto da pesquisa. Para tornar o capítulo acessível e facilitar a consulta específica do ponto, reproduzimos abaixo a lista dos códigos identificados, possibilitando uma navegação mais clara e direcionada aos pontos de interesse.

1. Ocorrências policiais, inquéritos ou processos em curso
2. Quantidade e/ou natureza da droga
3. Informações extraídas de aparelho celular ou interceptação telefônica
4. Registros de atos infracionais análogos a crimes
5. Anotações, maquinário, petrechos, estrutura organizada
6. Concurso de agentes
7. Uso de veículo preparado para o transporte de droga
8. Ausência de comprovação de atividade laborativa lícita
9. Depoimento ou informações dos agentes responsáveis pela prisão
10. Local conhecido como ponto de venda de drogas
11. Testemunhas oriundas de investigação policial
12. Indícios da prática de outro crime
13. Delito praticado contra adolescente (causa de aumento)
14. Ausência de fundamentação específica
15. Internacionalidade do tráfico
16. Vínculo associativo (art. 35 da Lei n. 11.343/2006)

⁵⁸ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números 2024 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2024.

Após a identificação dos 16 códigos representativos das fundamentações encontradas nas sentenças objeto do estudo, foi realizada a contagem das ocorrências. Esse processo permitiu não apenas a visualização clara da frequência com que cada fundamento foi utilizado, mas também a criação de um panorama geral das justificativas empregadas pelos magistrados ao afastar o benefício do tráfico privilegiado. A seguir, apresenta-se o gráfico ilustrativo que reflete a distribuição das ocorrências por código.



Outro dado relevante para o desenvolvimento das discussões foi a identificação do órgão policial responsável pela prisão dos envolvidos e encontro dos entorpecentes. Já foi dito que a prova observada por juízes para decidir pela condenação das pessoas acusadas por tráfico de drogas é, majoritariamente, aquela produzida pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, consistindo, precipuamente, em suas narrativas⁵⁹.

De fato, os critérios estabelecidos na lei para diferenciar o usuário do traficante, bem assim para definir se há dedicação a atividades criminosas, são genéricos e abertos, cabendo ao juiz, a partir da natureza e da quantidade da droga, do local e das condições em que se desenvolveu a ação, das circunstâncias sociais e pessoais do acusado, da conduta e dos antecedentes do agente⁶⁰, proceder ao correto enquadramento típico.

⁵⁹ JESUS, Maria Gorete Marques de. Op. cit., p. 49.

⁶⁰ BRASIL. Lei n.11.343, de 23 de agosto de 2006. art. 28, par. 2º.

Contudo, apesar da lei atribuir tal função ao magistrado, é a polícia quem primeiro classifica a conduta, a partir, exemplificativamente, da narrativa a respeito das circunstâncias da prisão, sobre o local ser ponto de venda de drogas, apontando com quem estava a droga ou ainda relatando eventual confissão informal, dentre outros elementos que serão considerados pelo juiz. No fim, “é a polícia quem define quem é usuário e quem é traficante”⁶¹.

Com efeito, a pesquisa mostrou que em 127 dos processos que resultaram nas sentenças analisadas, ou seja, 63,5% das análises, as prisões foram efetuadas pela Polícia Militar (PM), em sua maioria durante abordagens realizadas em contexto que, repetidamente, foi descrito nas sentenças como “patrulhamento de rotina”. Esses casos são representativos de prisões em flagrante, realizadas em contextos aleatórios, ou seja, sem a prévia instauração de qualquer procedimento formal de investigação.

A Polícia Rodoviária Federal (PRF) e as Guardas Civas Metropolitanas (GCM) também figuram como responsáveis pela ação em 21 processos, seguindo uma lógica semelhante: suas atuações resultaram de abordagens realizadas em operações de fiscalização de rotina, amparadas em argumentos como “fundada suspeita”, “informações preliminares” ou “denúncias anônimas”.

Ao compilar os dados, constatou-se que 148 das 200 sentenças analisadas estão diretamente relacionadas a ações desses órgãos (PM, PRF e GCM), representando 74% das ocorrências. Patamar próximo foi apontado na mencionada pesquisa do IPEA, onde se constatou, na parte em que revela o perfil dos agentes responsáveis pela abordagem, que a maior parte dos flagrantes realizados ficou a cargo das policiais militares (76,8%)⁶².

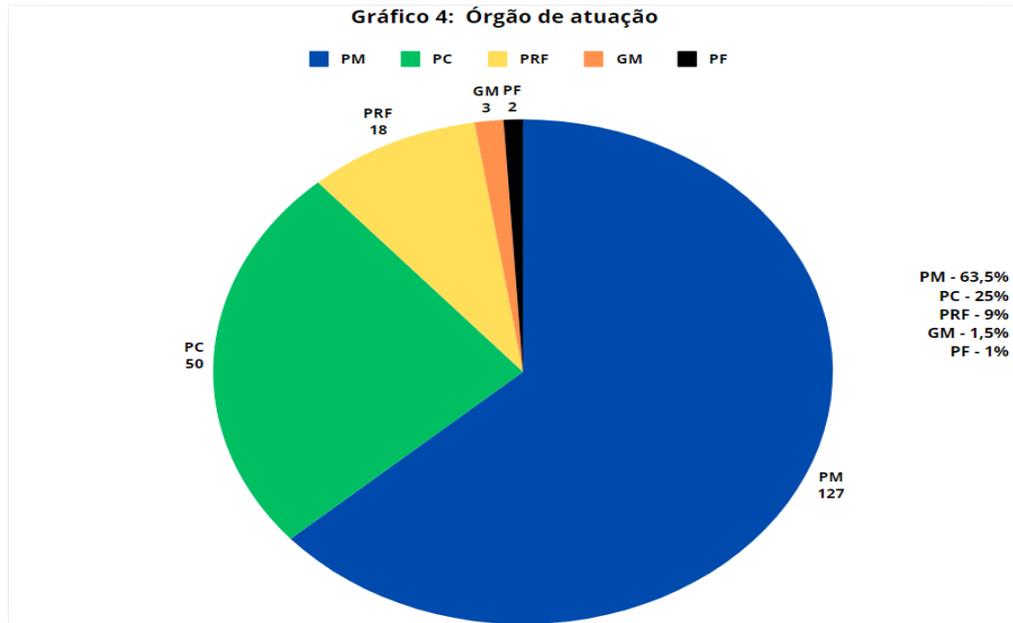
As expressões “patrulhamento de rotina” e “atitude suspeita” são utilizadas de maneira imprecisa, sendo esta última aplicada para descrever gestos, comportamentos e até mesmo indivíduos, evidenciando a subjetividade na definição dessas categorias. A abordagem policial pode ser motivada por uma mudança abrupta de comportamento, por um comportamento inquieto ao perceber a aproximação da polícia, por impressões subjetivas do agente, ou ainda pelo local onde a pessoa se encontra, suas roupas, gestos e cor da pele⁶³. Em outras palavras, essa aleatoriedade na atuação policial destoa da necessidade de construção de provas concretas e objetivas para fundamentar a alegação de *dedicação às atividades criminosas*.

⁶¹ JESUS, Maria Gorete Marques de. Op. cit., p. 49.

⁶² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília, DF: Ipea, 2023, p. 34.

⁶³ JESUS, Maria Gorete Marques de. Op. cit., p. 95-96.

Por outro lado, 50 sentenças revelam a atuação da Polícia Civil (PC). No entanto, mesmo nesses casos, salvo poucas exceções, como se verá, a prisão dos acusados não decorreu de investigações prévias significativas, mas sim de abordagens baseadas em informações circunstanciais.



A escolha dos códigos e das respectivas sentenças a serem comentados foi baseada na representatividade e na relevância para a discussão da controvérsia em análise, priorizando aqueles com maior ocorrência e que melhor subsidiam a reflexão crítica que será aprofundada nos capítulos 3 e 4 da dissertação. Os dados que não foram objetos de discussão individualizada, devido a menor frequência de aparição ou menor relevância para a hipótese da pesquisa, constam acessíveis para consulta nos Anexos 1 e 2.

É preciso repisar que a motivação inicial para este estudo decorreu de observação empírica da aplicação prática do dispositivo em questão, identificando-se uma tendência de fundamentações vagas e inconsistentes nas decisões judiciais para a negativa da minorante com base na assertiva de *dedicação às atividades criminosas*. Parte-se da premissa de que “a habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção. Não havendo prova nesse sentido, o condenado fará jus à redução de pena”⁶⁴.

⁶⁴ QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus. Comentários à Lei de Drogas. 2016. p. 50.

A hipótese considera a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que caminha no sentido de que a negativa da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, somente se justifica quando indicados expressamente fatos comprobatórios de que o agente se dedica a atividades ilícitas ou participa de organização criminosa⁶⁵.

O estudo a seguir deve fornecer uma base sólida para as discussões teóricas subsequentes sobre a própria redação do texto legal, bem como a discricionariedade judicial e a influência da política de guerra às drogas na aplicação da lei, ampliando o debate sobre a adequação e a consistência das fundamentações lançadas pelo Judiciário.

Estabelecidas essas premissas, passa-se à análise detalhada dos fundamentos utilizados nas sentenças judiciais.

2.2. Quantidade e/ou natureza da droga envolvida (Código 2)

O critério da quantidade ou natureza da droga apreendida desponta como o fundamento mais recorrentemente utilizado pelos magistrados para justificar a negativa da aplicação da causa de diminuição de pena prevista para o tráfico privilegiado. O código foi relacionado a 94 das 200 sentenças examinadas.

A Lei de Drogas não define critérios que associem objetivamente a quantidade ou a natureza do entorpecente com a caracterização do tráfico, tampouco estabelece uma ligação direta entre esses fatores e a concessão ou negativa da minorante em estudo. Assim, tanto um indivíduo flagrado com uma pequena quantidade de entorpecente pode ser considerado traficante, quanto uma pessoa transportando grandes quantidades de drogas pode ser vista como alguém atuando ocasionalmente ou uma única vez no crime.

Não há parâmetro legal para se determinar o que pode ser considerado pequena ou grande quantidade de droga. Por exemplo, foram observadas situações em que a negativa do benefício se deu a partir de apreensão de “30 pedras de crack” (sentença nº 54). Por outro lado, o mesmo critério foi utilizado para justificar a exclusão do benefício em casos de apreensões muito maiores, como “700 porções de maconha, pesando 949,60 gramas, 250 porções de

⁶⁵ STF, HC 203.977-AgR/SP, Rel. Min. Nunes Marques, Red. do Acórdão, Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 04/10/2021, p. 02/12/2021; HC 202.763-AgR/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 25/10/2021, p. 18/02/2022; HC 185.966-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 24/08/2020, p. 1º/09/2020; ARE 1.019.403-AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 22/09/2017, p. 04/10/2017.

cocaína com 178,10 gramas e 300 porções de crack com 46,5 gramas” (sentença nº 2), ou 820 quilos de maconha (sentença nº 87) e “*925 quilos de maconha*” (sentença nº 5).

O correto enquadramento típico, nesses contextos, envolve a prova, submetida ao crivo do contraditório, sendo insuficientes inferências baseadas na quantidade ou no tipo de substância. Espera-se que o magistrado, no âmbito do processo, ao decidir sobre o cometimento de um crime e todas as nuances relacionadas, alcance sua convicção a partir de dados que efetivamente possam ser comprovados, sendo indevidas as presunções e as deduções tautológicas. Isso porque, não se pode provar e menos ainda contraditar uma acusação indeterminada ou expressa mediante valorações, tanto inverificáveis quanto irrefutáveis⁶⁶.

No escopo da pesquisa, a análise das sentenças demonstrou uma tendência frequente de vincular, automaticamente, a posse de quantidades maiores de drogas à conclusão de que o acusado é um traficante habitual. As decisões analisadas indicam que essa abordagem, em muitos casos, substitui a necessidade de provas objetivas por suposições.

As sentenças a seguir comentadas são representativas do padrão argumentativo relacionado a esse raciocínio. Não se trata de questionar a conclusão a respeito da caracterização do tráfico de drogas, mas sim de lançar luz sobre os fundamentos utilizados para determinar que o acusado é indivíduo dedicado ao tráfico ou *dedicado às atividades criminosas*, questionando-se a respectiva validade, sobretudo sob a perspectiva de que todas as sentenças envolvem réus primários e sem antecedentes criminais.

Na sentença nº 2, colhe-se que um motorista de aplicativo foi abordado por policiais militares após denúncias de que estaria transportando drogas em seu veículo. As substâncias apreendidas incluíam quantidades significativas de maconha, cocaína e crack. Caracterizado o tráfico de drogas, identifica-se que a negativa da diminuição de pena se deu pela quantidade e diversidade dos entorpecentes, a partir do que, o magistrado concluiu que “obviamente” o acusado vinha fazendo do tráfico seu “meio de vida”, se *dedicando às atividades criminosas*.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 124.

Sentença nº 2**Estado de origem:** SP

Quantidade de droga envolvida: 700 porções de maconha, com peso líquido de 949,60 gramas, 250 porções de cocaína, com peso líquido de 178,10 gramas, e 300 porções de crack, com peso líquido de 46,5 gramas.

Contextualização fática: “Policiais Militares haviam recebido informações de que um motorista de aplicativo realizava o tráfico de drogas transportando entorpecente em um veículo Renault/Sandero, com placas finais 7977. Ao avistar o automóvel do acusado os policiais decidiram pela abordagem. Indagado, o acusado confessou o tráfico apontando que escondia as drogas em uma mochila no assoalho do veículo.”

Fundamentação para afastar o benefício: “Preso em flagrante delito quando trazia consigo e transportava substância entorpecente para venda no comércio ilícito de drogas, denota-se, de forma clara, que vinha fazendo do tráfico meio de vida, dedicando-se às atividades criminosas.”

“Quem se envolve com o tráfico, traz consigo e transporta substância entorpecente de espécies diversas, que certamente será oferecido para terceiros a preço pago, obviamente, se dedica às atividades criminosas. Há reconhecer, ademais, que **a simples atividade remunerada, a venda do entorpecente, demonstra de forma clara a supracitada dedicação.**

Não fosse isso, é bem verdade, ante ao quadro que se desenhou, foi **invertido o ônus da prova, incumbindo agora ao sentenciado provar que se tratava de atividade eventual.**”

Data da sentença: 21/10/2020

Sobressai a ideia, lançada na sentença, de que haveria a inversão do ônus probatório a respeito da necessária prova de *dedicação às atividades criminosas*. Ou seja, segundo a óptica adotada pelo magistrado, cumpriria ao acusado fazer prova de que sua conduta ilícita foi eventual, ao contrário de exigir-se que o Ministério Público se desincumbia desse encargo.

No caso relativo à sentença nº 54, envolvendo também a atuação da Polícia Militar, o interesse está em saber que o juiz considerou, a partir da quantidade droga, para julgar que as acusadas se *dedicam às atividades criminosas* (apesar de reconhecer a primariedade, a inexistência de antecedentes criminais e a ausência de provas de integração a organização criminosa), a suposição de que teriam “contato com fornecedores para o comércio no decorrer do tempo”, concluindo que a ação criminosa “não ia se esgotar em uma única venda”. A motivação foi idêntica para ambas as acusadas desse processo, mudando-se apenas as posições de “compradora” e “vendedora” do entorpecente.

Sentença nº 54**Estado de origem:** PR**Quantidade de drogas envolvida:** “30 pedras da substância vulgarmente conhecida como “crack”**Contextualização fática:** “... a equipe policial estava em patrulhamento pela região da ‘Vila dos Pacas’, local este conhecido por ser frequente o tráfico de drogas, e avistaram a denunciada Mayara em atitude suspeita, demonstrando nervosismo, tendo levado a mão ao bolso tentando dispensar algum objeto, momento em que os policiais realizaram a abordagem e lograram apreender R\$ 142,00 (cento e quarenta e dois reais) junto a quantidade de entorpecentes nas vestes do bolso da bermuda da acusada, que afirmou ter adquirido de F. C. C., para fins de comercialização, tendo inclusive indicado o local.**Fundamentação para afastar o benefício:** Acusada 1: “No presente caso, a meu ver, não incide a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da lei nº 11.343/06. Isto porque, apesar de não ser reincidente, não possuir maus antecedentes e não haver provas de integrar organização criminosa, **é certo dizer que a quantidade fornecida de droga para a outra acusada (30 pedras de crack) sinaliza que a ré se dedicava à atividade criminosa do comércio ilegal de entorpecente.**

Não há como sustentar que a conduta criminosa seja considerada episódica, afinal, **para adquirir essa quantidade de droga e repassar a outra acusada para entrega a terceiros, a título gratuito ou oneroso, certamente obriga a ré a ter contato com fornecedores para o recebimento do entorpecente e a comercializar no decorrer do tempo**, o que demonstra que a ação criminosa não ia se esgotar em uma única venda”

Acusada 2: “No presente caso, a meu ver, não incide a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da lei nº 11.343/06. Isto porque, **apesar de não ser reincidente, não possuir maus antecedentes e não haver provas de integrar organização criminosa, é certo dizer que a quantidade apreendida de droga (30 pedras de crack) sinaliza que a ré se dedicava à atividade criminosa do comércio ilegal de entorpecente.**

Não há como sustentar que a conduta criminosa seja considerada episódica, afinal, para receber essa quantidade de droga e entregar a terceiros, a título gratuito ou oneroso, certamente obriga a ré a ter contato com fornecedores para o recebimento do entorpecente e a comercializar no decorrer do tempo, o que demonstra que ação criminosa não ia se esgotar em uma única venda.”

Data da sentença: 21/04/2022.

Em outro caso, representado na sentença nº 63, em resumo, tem-se a atuação da Polícia Rodoviária Federal, em patrulhamento de rotina, resultando na apreensão de considerável quantidade de maconha. Esse contexto fático foi suficiente para que o magistrado alcançasse ao entendimento de *dedicação às atividades criminosas*, com suporte na afirmativa de ser “inverossímil” conclusão diversa, ficando comprovado, sob a visão do julgador, que o acusado “goza de prestígio no mundo nefasto do tráfico”, por lhe ter sido confiada a carga de entorpecentes.

Sentença nº 63

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: 362 (trezentos e sessenta e dois) tijolos, 23 (vinte e três) pacotes e 01 (um) invólucro a granel, de Cannabis sativa L, popularmente conhecida como maconha, com peso bruto total de 320,2 kg

Contextualização fática: “policiais rodoviários deram ordem de parada em fiscalização ao denunciado que desobedeceu a ordem e passou a fugir dos policiais empreendendo fuga pela rodovia sentido a esta cidade de Tupã/SP. Os policiais militares rodoviários passaram a acompanhar o investigado com apoio de outras viaturas que foram acionadas, até que seu veículo foi imobilizado em estrada rural próxima ao local dos fatos, oportunidade em que o denunciado desceu do veículo e correu pela pastagem sendo abordado. Na sequência, os agentes de segurança localizaram no interior do veículo 362 tijolos, 23 pacotes, e uma porção a granel, de MACONHA, sendo esta última porção semelhante a "skunk", sendo preso e posteriormente autuado em flagrante delito. Interrogado pela Autoridade Policial a fls. 07/08, o imputado confessou o crime, aduzindo que iria receber a importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para transportar as drogas.

Fundamentação para afastar o benefício: Com relação à CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA estampada no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, em que pese a argumentação da Defesa Técnica em seus memoriais finais, destaco a impossibilidade de aplicação na situação em comento. De acordo com o abalizado escólio de RENATO BRASILEIRO DE LIMA (Legislação Criminal Especial Comentada, Volume Único, Editora Juspodium, 5ª edição, p. 1.026), para fazer jus à benesse em comento, "o acusado deve desenvolver algum tipo de atividade laborativa lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para a criminalidade, sendo o crime de tráfico a ele imputado naquele processo um evento isolado em sua vida".

Verifico que, apesar da primariedade do acusado, foi apreendida vultosa quantidade de maconha (dentre tijolos, pacotes e um invólucro a granel, com peso bruto total de 320,2 kg). Referida somatória é deveras significativa para os padrões regionais do Município e Comarca de

Tupã e, de fato, comprova efetivamente que T. não é neófito no tráfico, demonstrando integração à organização criminosa e dedicação diuturna ao tráfico de drogas.

Significa dizer, portanto, que o increpado não faz jus à benesse estabelecida no §4º do art. 33 da Lei Federal 11.343/2006, **haja vista que dispunha de considerável quantidade de maconha. Inverossímil que T. não se dedique ao comércio espúrio**, uma vez que lhe foi confiada uma valiosa carga de entorpecentes - denotando que ele goza de prestígio no mundo nefasto do tráfico.

Data da sentença: 08/11/2023

Também na sentença nº 144 refere-se à atuação da Polícia Militar, em patrulhamento de rotina, resultando a apreensão de 51 pedras de crack. O juiz sentenciante expressou a concepção de que o crime de tráfico de drogas é necessariamente inserido em uma cadeia de criminalidade ampla, aduzindo que “a experiência traz como raríssimo a hipótese de o traficante agir solitariamente”. Concluiu que a expressiva quantidade de drogas apreendidas, acrescida de “um prato com resquícios de drogas”, seria situação apta a denotar não ser a acusada uma traficante eventual. Veja-se:

Sentença nº 144

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: 51 pedras de crack

Contextualização fática: “Os policiais militares narraram que em patrulhamento visualizaram um indivíduo na via pública, o qual empreendeu fuga para o interior da residência da acusada ao visualizar a viatura. Aduziram que ingressaram no imóvel, mas não lograram êxito em deter o indivíduo; todavia, com o auxílio do canil, localizaram no corredor do imóvel 51 pedras de crack embaixo de um entulho. Foi localizado ainda pelos militares um prato com resquícios de droga e uma nota de R\$ 2,00 em cima. Os militares prestaram depoimento sob compromisso, com presunção de veracidade dos fatos por eles narrados.”

Fundamentação para afastar o benefício: “Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. O tráfico é delito inserido em uma cadeia de criminalidade, pois necessário é aliar-se a outros delinquentes para a obtenção do entorpecente, desde o local da produção até chegar ao pequeno traficante que vende no varejo. Assim, a experiência traz como raríssimo a hipótese do traficante a agir solitariamente, ou seja, como aquele que produz e posteriormente vende o entorpecente produzido.

Em verdade, a grande maioria traz o traficante integrado a uma célula criminosa, numa cadeia necessária a consecução do objetivo comum, a disseminação da droga. **Em acréscimo, ponto que a quantidade de drogas apreendidas é expressiva, acrescida de um prato com resquícios de drogas, a denotar não ser a acusada uma traficante eventual. Desta forma, reputo que o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminosa, pelos vínculos necessários ao exercício do tráfico.**

Por conseguinte, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06

Data da sentença: 09/02/2023

É interessante observar que, enquanto os magistrados frequentemente recorrem à 'experiência comum' para descrever o comportamento de traficantes, raramente aplicam esse mesmo olhar crítico aos agentes policiais, cujas condutas também poderiam ser analisadas à luz de percepções comuns. Essa incorporação seletiva da realidade, que dá ênfase a determinadas presunções sobre o acusado, enquanto silencia outras possíveis reflexões, evidencia um viés na construção da narrativa judicial. Assim, cria-se uma dinâmica que reforça estigmas relacionados aos réus, ao mesmo tempo que naturaliza e legitima, de forma acrítica, a atuação policial.

As motivações se aproximam, em termos de raciocínio dedutivo, partindo-se da lógica de que a quantidade de entorpecente envolvido implica a conclusão de que o indivíduo está efetivamente relacionado a um contexto maior de envolvimento no tráfico de drogas. Em tese, é razoável considerar que um indivíduo encontrado com grande quantidade de substâncias ilícitas — seja na forma de embalagens ou já fracionadas, prontas para uma suposta distribuição ao consumidor final — possa estar envolvido de maneira mais profunda na atividade de tráfico de drogas.

Também no plano das ideias, é coerente inferir que a posse de drogas como a cocaína ou o LSD sugere um nível de sofisticação e envolvimento que vai além do comportamento de um novato no mundo do crime. A cocaína, por exemplo, pelo seu alto valor no mercado e pela demanda constante, pode indicar que o indivíduo possui recursos e contatos que não são acessíveis a iniciantes. Da mesma forma, o LSD, sendo uma droga menos comum e de mais difícil obtenção, pode sugerir um conhecimento especializado ou uma rede de contatos mais organizada, o que se afasta da figura de um simples usuário ou de alguém que está apenas começando a se envolver com o tráfico.

Essa lógica, contudo, levanta questionamentos importantes, especialmente no âmbito do processo penal. Inferências ou deduções podem ser adequadas para sustentar discussões no âmbito leigo, e não significa que estejam incorretas, mas não são suficientes para justificar uma situação jurídica desfavorável ao acusado em um processo penal.

O raciocínio que fundamenta uma condenação criminal, submetendo o indivíduo ao poder punitivo do Estado, inclusive no que tange à dosimetria da pena, não pode ser baseado em suposições ou raciocínios como "obviamente", "pela experiência deste magistrado", "goza de prestígio no mundo nefasto do tráfico" ou "situações como esta são raríssimas". Ainda que tais argumentos possam ser aceitáveis por alguém no plano das ideias, no processo penal é imprescindível a construção de provas objetivas e verificáveis, produzidas sob o crivo do contraditório.

Veja-se, ainda no contexto da quantidade de droga como fundamentação para negativa do tráfico privilegiado, a figura comumente denominada "mula" do tráfico. Tal indivíduo é identificado como aquele que é recrutado para transportar drogas, geralmente em troca de um pagamento irrisório ante as possíveis consequências para a conduta.

Normalmente, trata-se de pessoas vulneráveis, com pouca ou nenhuma ligação com o núcleo decisório do tráfico, mas que assumem grandes riscos. Muitas vezes, esses transportadores são coagidos ou atraídos pela necessidade financeira e acabam sujeitos às maiores penalidades se forem pegos, enquanto os verdadeiros beneficiários do esquema permanecem protegidos⁶⁷.

Sobre esse aspecto de vulnerabilidade, Fernandes, em estudo de caso realizado no âmbito de artigo científico no qual aborda a relação entre racismo, sexismo e o sistema de justiça criminal brasileiro, destaca a prisão de uma mulher negra, de origem namibiana, encontrada com 9.770 gramas de cocaína escondidas em um fundo falso de uma mala despachada. Ao final, essa mulher acabou condenada por tráfico internacional de drogas.

Segundo depoimento prestado às autoridades policiais e posteriormente ratificado em audiência judicial, tratava-se de uma costureira, mãe de duas crianças – uma de 7 anos e outra de 13 – com 32 anos na época dos fatos. Ela relatou ter sido contratada por um homem, cujo nome preferiu não revelar por temor, para transportar substâncias ilícitas. Conforme explicou,

⁶⁷ RODRIGUES, Bruno Porangaba. A proteção das mulas do tráfico transnacional de drogas à luz do Protocolo de Palermo e do Código Penal Brasileiro. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5866, 24 jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75283>. Acesso em: 12 out. 2024.

não tinha conhecimento sobre a forma de armazenamento ou a quantidade exata da droga que transportava. O valor prometido pelo transporte era de aproximadamente 1.500 dólares.⁶⁸

Esse exemplo ilustra como o tráfico internacional de drogas recruta pessoas em condições de fragilidade, expondo-as ao risco de severas consequências penais enquanto se beneficiam de sua situação de desamparo.

De fato, nos casos em que resta caracterizada a atuação da “mula”, a gradação do tráfico costuma revelar-se de maior monta, conforme constata-se, exemplificativamente, nas sentenças de nº 178, envolvendo apreensão de 58 quilos de maconha e 11 quilos de *skank*, e nº 184, relativa ao encontro de aproximadamente 10 quilos de *crack* e 14 quilos de cocaína. Essas quantidades são, realmente, compatíveis com a lógica de fluxo de material destinado a abastecer grandes mercados consumidores, experiência reveladora de provável atuação de indivíduos integrantes de estrutura organizada e funcionalizada ao comércio ilícito em larga escala.

Contudo, para o fim de determinar o grau de envolvimento do indivíduo com o mundo do crime, entende-se que não se sustenta a conclusão baseada apenas em inferências a respeito da quantidade de droga, exigindo-se a construção, dentro do processo, de um conjunto probatório sólido que comprove que a atuação do acusado não foi isolada ou esporádica, sendo tais situações plausíveis de ocorrer. Qualquer presunção deve, como princípio, beneficiar o acusado, e não operar em seu desfavor. A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo⁶⁹.

Cabe, portanto, comprovar de forma clara, por meio de elementos verificáveis, que o acusado tenha realizado atividades repetidas relacionadas ao tráfico, como, por exemplo, a realização de viagens frequentes transportando drogas, demonstrando-se, assim, a dedicação a tal atividade ilícita.

Os casos estudados, contudo, demonstram a recorrência de situações envolvendo a atuação aleatória da Polícia Militar ou Polícia Rodoviária Federal na abordagem de indivíduos supostamente em comportamento considerado suspeito, sob a óptica policial, resultando a apreensão de expressivas quantidades de drogas, levando aos magistrados a concluírem, automaticamente, se tratar de indivíduo dedicado ao tráfico.

⁶⁸ FERNANDES, Luciana Costa. “Com quem estão seus filhos?”: Discursos e práticas em autos judiciais e as condições de intersecção entre racismo, sexismo e colonialismo em uma ação penal. *Civitas: revista de Ciências Sociais*, [S. l.], v. 22, p. e40572, 2022. DOI: 10.15448/1984-7289.2022.1.40572. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/civitas/article/view/40572>. Acesso em: 27 nov. 2024.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 506.

Veja-se, no caso da sentença nº 7, que a “excessiva quantidade de drogas” foi considerada incompatível com o benefício, implicando prontamente a conclusão de dedicação a atividades criminosas, mencionando-se, ademais, o fato de haver transposição de fronteiras entre estados da federação.

Sentença nº 7

Estado de origem: RJ

Quantidade de drogas envolvida: 19.820 Kg de cocaína em 20 tabletes.

Contextualização fática: “A testemunha policial rodoviário federal C. F. G. B., em seu depoimento, confirmou os fatos descritos na denúncia, esclarecendo: “... que reconhece o acusado L. A., ora presente; que na ocasião encontrava-se fazendo uma operação de rotina quando os acusados foram abordados; que o acusado L. A. encontrava-se dirigindo o veículo e se mostrou muito nervoso quando o depoente indagou de onde ele estaria vindo; que desconfiando do acusado procederam uma revista o no interior do veículo, tendo encontrado a droga descrita na denúncia sobre o assoalho, nos pés do segundo acusado D.; que ambos os acusados indagados a respeito da droga encontrada, disseram estar levando a droga para São Paulo; que embora estivessem no sentido São Paulo, quando indagado de onde estava vindo, conforme acima mencionado, o acusado L. A. falou que estava vindo de São Paulo.”

Fundamentos para afastar o benefício: “Não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no §4º, art. 33, da Lei 11.343/2006, porque **a excessiva quantidade de drogas é incompatível com o benefício, o que mostra dedicação às atividades criminosas, além estar caracterizado o tráfico entre Estados da Federação**, que constitui causa de aumento de pena.”

Data da sentença: 21/03/2015

Idêntica lógica foi adotada nas sentenças nº 10 e nº 22, envolvendo, respectivamente, apreensões de 514,6 quilos de maconha e 5 quilos de cocaína. Em ambos os casos, tem-se a confissão dos acusados quanto ao transporte da droga, sendo a gradação do tráfico o elemento fundamental considerado pelo juiz para negar a causa de diminuição. Nenhum outro dado parece ter sido considerado, o que confirma a tendência observada de automatização na prolação da decisão. Mais uma vez, argumentos como “não é crível que o réu tenha transportado 5 quilos de pasta-base de cocaína, droga de altíssimo valor comercial, sem que haja envolvimento com organização criminosa” revelam o emprego de presunções no processo decisório.

Sentença nº 10**Estado de origem:** PR**Quantidade de drogas envolvida:** 514,6 quilogramas de maconha

Contextualização fática: “o acusado L. A., de forma consciente e voluntária, vinha transportando, mediante a utilização de um caminhão Scania/LK, de placas ACU-3160, acoplado a um semirreboque Randon, de placas [suprimido] (cf. itens 04 e 05 do auto de exibição e de apreensão constante da seq. 1.6), que conduzia, na ocasião indicada na denúncia, ao longo da Rodovia BR-277, neste Município de Cascavel/PR, um total de 514,6 quilogramas de maconha”

Os policiais militares inquiridos em juízo responderam: Que enquanto se deslocavam pela Rodovia BR –277, presenciaram um caminhão com a lona mal colocada; (ii) que decidiram promover a abordagem desse caminhão apenas por causa disso; (iii) que o condutor do caminhão, todavia, desobedecera à ordem de parada que lhe fora emitida tanto por intermédio de sinais luminosos, quanto por intermédio de sinais sonoros; (iv) que realizaram, assim, o acompanhamento tático desse caminhão, que viera a parar, logo depois, em um posto de combustível; (v) que o réu - que era o possuidor desse caminhão - ao parar nesse posto, simplesmente ignorava a presença policial; (vi) que em razão disso, realizaram buscas no caminhão do acusado, inclusive com o auxílio de cães farejadores, que sinalizaram a existência de material ilícito no veículo; (vii) que puderam constatar, na sequência, que o caminhão encontrava-se carregado com a droga discriminada na denúncia; (viii) que, além da droga, o acusado também estava a transportar uma carga de sucata, cuja nota fiscal chegara, inclusive, a exibir a equipe policial e (ix) que o acusado admitira, expressamente, que fora "contratado" para transportar essa carga de maconha de Diamante do Oeste/PR a Curitiba/PR, pelo que receberia R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Fundamentos para afastar o benefício: “Não há causas de aumento, nem de diminuição de pena a serem consideradas. Ressalte-se, neste passo, que a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não incide na espécie, uma vez que o acusado foi surpreendido realizando o transporte de vultosa quantidade de drogas - consubstanciada em mais de meia tonelada de maconha (cf. item 03 do auto de exibição e de apreensão constante da seq. 1.6) -, adremente e dissimuladamente carregadas em meio a mais de 20 quilogramas de sucata (cf. item 01 do auto de exibição e de apreensão constante da seq. 84.1), que também estava a transportar em seu caminhão, circunstâncias essas todas que, analisadas em conjunto, dão mostras de que o acusado integra ou vinha colaborando, conscientemente e voluntariamente, com organização criminosa.”

Data da sentença: 08/11/2021

Sentença nº 22

Estado de origem: MS

Quantidade de drogas envolvida: 5 (cinco)tabletes de substância entorpecente análoga à pasta-base de cocaína, totalizando 5 kg (cinco quilogramas)

Contextualização fática: “o réu CONFESSOU que mantinha consigo e transportava a droga apreendida em seu veículo, bem como confirmou o tipo e a quantidade da droga apreendida.

Ademais, os PRF S. A. J. e PRF E. M. T. J., inquiridos em juízo, apontaram com riqueza de detalhes, que ao vistoriar o veículo que era conduzido pelo réu localizaram o entorpecente (pasta-base de cocaína), sendo grande quantidade (5 kg).

Fundamentação para afastar o benefício: “Somente o réu primário, de bons antecedentes, que não se dedica à atividades criminosas e não integra organização criminosa, faz jus à causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Por oportuno, resta prejudicado o pedido de aplicação da benesse do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, eis que, **a grande quantidade de droga apreendida, de 5 quilos de PASTA-BASE DE COCAÍNA, ao meu ver, demonstra que o réu se dedica ao tráfico e integra organização criminosa.**

Resta claro que não se trata de "mula", transportadores de pequenas quantidades de droga, mas de pessoa com amplo envolvimento no tráfico. **Não é crível que o réu tenha transportado 5 quilos de pasta-base de cocaína, droga de altíssimo valor comercial, sem que haja envolvimento com organização criminosa.**

Nesse passo, a aplicação do redutor de pena, contrasta com a pretensão do legislador que editou a norma, pois não é crível classificar o réu como pequeno traficante ou dizer que se dedicava ao tráfico apenas para obter meios de subsistência ou pra estear seu próprio vício, diante da grande quantidade de droga apreendida, vale dizer, 5 kg de pasta-base de COCAÍNA.

Data da sentença: 09/08/2022

Fundamentação singular advém da sentença nº 29, originada do Tribunal de Justiça do Paraná, em caso envolvendo também a realização de patrulhamento de rotina pela Polícia Militar e a apreensão de 59,900 kg (cinquenta e nove quilos e novecentos gramas), em tabletes, de “maconha” e 14,200 kg (quatorze quilos e duzentos gramas) de invólucros de “Skank”, totalizando cerca de 74 kg (setenta e quatro quilogramas) da substância psicotrópica *Cannabis Sativa Linneu*, vulgarmente conhecida como “maconha”.

O magistrado, considerando os contornos da atuação policial e a quantidade de entorpecentes, reconheceu tratar-se de transporte de drogas realizado por “mula”. Contudo, utilizando-se da capacidade intuitiva, socorreu-se da “teoria do domínio funcional”, para fins de caracterizar a “mula” dentro de suposta associação ou grupo criminoso, especialmente “pela disseminação do transporte de grandes quantidades de modo camuflado”.

Sentença nº 29

Estado de origem: PR

Quantidade de drogas envolvida: 59,900 kg (cinquenta e nove quilos e novecentos gramas) de tabletes de “maconha” e 14,200 kg (quatorze quilos e duzentos gramas) de invólucros de “skank”, totalizando cerca de 74 kg (setenta e quatro quilogramas) da substância psicotrópica *Cannabis Sativa Linneu*, vulgarmente conhecida como “maconha”.

Contexto fático: “O denunciado foi abordado e preso em flagrante delito pela Polícia Militar, oportunidade em que foram apreendidos, além da droga e do veículo supradescritos, um celular da marca Motorola e um celular da marca Samsung.”

“Os Policiais Militares V. H. de A. G. e W. L., responsáveis pela abordagem do veículo conduzido pelo acusado, declararam extrajudicialmente (movs. 1.6 e 1.8), em síntese, que durante patrulhamento na BR 487, visualizaram trafegando um veículo suspeito Toyota Etios vindo do Mato Grosso do Sul, ostentando placa “de fora” e com a traseira bem baixa. Abordaram o veículo e fizeram busca padrão, encontrando no porta-malas a substância análoga à maconha, sendo que então deram voz de prisão ao acusado e a mulher que estava junto.”

“O acusado D., tanto na fase extrajudicial (mov. 1.10) como em juízo (mov. 176.4), confessou espontaneamente a conduta de transportar a droga, esclarecendo que realmente fora contratado para transportar a droga “maconha” apreendida no veículo que conduzia e que, para tanto, auferiria a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).”

Fundamentação para afastar o benefício: “A defesa dos réus pleiteou o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11343/06, conhecida como ‘tráfico privilegiado’. Esta minorante destina-se àquele traficante eventual, que praticou o comércio ilegal de drogas de maneira isolada, sendo ainda primário, de bons antecedentes e não integre organização criminosa, o que não se verifica neste caso.

Tornou-se inconteste nos autos que o acusado tinha conhecimento que transportava elevada quantia de droga no interior do veículo que conduzia, tendo sido contratado para tal finalidade, equiparando-o, assim, a membro integrante de organização criminosa.

Ademais, o réu pretendia transportar a vultuosa quantia de entorpecentes entre diferentes estados da federação, fato grave e de grande incidência em nosso país, especialmente em regiões fronteiriças como a qual nos encontramos.

O STJ já reforçou a necessidade de aplicar a teoria do domínio funcional para fins de caracterizar a "mula" dentro da associação, especialmente pela disseminação do transporte de grandes quantidades de modo camuflado: (...)

Por este motivo não há incidência da causa de diminuição requerida pela defesa que é incompatível com a conduta de transporte verificada nos autos, a qual se revela em carga expressiva e voltada para a disseminação.”

Data da sentença: 25/01/2022

Nesse ponto, cabe uma crítica específica à aplicação da teoria do domínio funcional mencionada pelo magistrado na sentença nº 29. Originalmente concebida com a finalidade dogmática de distinguir entre autor e partícipe em sentido amplo, essa teoria busca identificar quem exerce controle efetivo sobre o resultado criminoso, considerando o papel desempenhado pelo agente na estrutura delitiva.

Greco e Leite⁷⁰, com base nas lições de Roxin, destacam três manifestações concretas do domínio do fato: o domínio sobre a própria ação, o domínio da vontade e, no que interessa ao estudo, o domínio funcional do fato.

O domínio da ação refere-se à atuação de quem realiza, por si próprio, todos os elementos objetivos do tipo penal, configurando-se como autor imediato do delito. O domínio da vontade ocorre quando o agente exerce controle sobre a conduta de um terceiro que, por alguma razão, é reduzido a um mero instrumento para a realização do crime. Já o domínio funcional do fato relaciona-se às situações em que duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta para a prática de um delito, dividem tarefas relevantes para a execução do crime. Nesse caso, o controle é compartilhado entre os coautores, com cada um desempenhando um papel essencial para a concretização do fato típico.

Sobre o domínio funcional do fato, Nilo Batista leciona que

só pode interessar como coautor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio 'integral' do fato, do qual tocaria a cada coautor

⁷⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 102, n. 933, p. 61-92, jul. 2013. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/retrieve/107849/RTDoc%2016-10-06%203_47%20%28PM%29.pdf>. Acesso em: 6 out. 2016.

certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o coautor tem reais interferências sobre o 'Se' e o seu 'Como'; apenas, face à operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso. Pode-se entretanto afirmar com Roxin que cada coautor tem a sorte do fato total em suas mãos, 'através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato.⁷¹

A crítica aqui apresentada reside no fato de que o transporte de drogas realizado por "mulas" geralmente não envolve um papel de controle ou domínio sobre o resultado final do crime no contexto de uma suposta organização criminosa. Pelo contrário, trata-se de indivíduos subordinados a estruturas maiores, atuando de forma isolada e sem acesso ao planejamento ou à coordenação da atividade criminosa como um todo. A aplicação da teoria do domínio funcional no caso das "mulas", para vinculação do acusado a um contexto criminoso habitual e organizado, não se sustenta, pois, essas pessoas não exercem controle sobre o resultado ou as etapas da atividade criminosa; apenas executam ordens de terceiros em uma relação que, frequentemente, reflete vulnerabilidade socioeconômica ou até coação.

A utilização dessa teoria para justificar a exclusão do benefício do tráfico privilegiado subverte o ônus probatório, transferindo ao réu a responsabilidade de demonstrar que não pertence a uma organização criminosa ou que não se dedica a atividades criminosas.

Em todas as sentenças analisadas, o benefício do tráfico privilegiado foi afastado com base na dedicação do acusado às atividades criminosas. Ou seja, os réus desses processos são indivíduos primários e sem antecedentes criminais, a favor dos quais deveria ser adotada presunção favorável quanto ao nível de envolvimento em determinada atividade delitiva, e não o contrário. A questão toca o próprio ônus probatório de que deve se desincumbir o órgão de acusação.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há diversos precedentes externando o entendimento de que a motivação relacionada isoladamente a natureza ou a quantidade de entorpecente envolvido é insubsistente para afirmar a *dedicação às atividades criminosas*. Segundo a Corte, embora tais dados sejam elementos determinantes na eventual modulação da

⁷¹ BATISTA, Nilo. Concurso de agentes. - 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2024, p. 77.

minorante do tráfico privilegiado, de 1/6 a 2/3, não são aptas, por si sós, a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação a atividades criminosas.⁷²

Apesar de não ser objeto específico da pesquisa acompanhar o desenrolar dos casos nas instâncias de revisão (Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores), vale constar que, nos casos relacionados às sentenças nº 54, nº 7, e nº 10, o Supremo Tribunal Federal, em *Habeas Corpus*, reconheceu a ilegalidade dos fundamentos empregados pelos juízes de primeira instância para afirmar a dedicação a atividades criminosas, os quais foram confirmados pelos respectivos Tribunais de origem, tendo sido deferidas as ordens para reconhecer o direito à causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas⁷³.

De outro lado, quanto aos casos relativos às sentenças nº 63, nº 144 e nº 29, também chegaram ao Supremo Tribunal Federal, mediante *Habeas Corpus*. A Corte entendeu pela inexistência de ilegalidade e confirmou a visão adotada pelas instâncias ordinárias⁷⁴, revelando aparente contradição com a própria jurisprudência, tangenciando o casuísmo, circunstância que pode ser objeto de estudo aprofundado em outro trabalho de pesquisa.

2.3. Anotações de atos infracionais (Código 4)

A existência de anotações relacionadas à prática de atos infracionais constitui um dos critérios mais observado nas sentenças para fundamentar a negativa do benefício da causa de diminuição de pena.

Esse parâmetro apareceu em 19 das decisões analisadas, evidenciando uma lógica contingente: concluir que o indivíduo cuja adolescência foi marcada pela prática de ato infracional permanece no mundo do crime ao atingir a fase adulta. Em outras palavras, essa trajetória seria vista como um indicativo claro de *dedicação às atividades criminosas*, legitimando a negativa do benefício do tráfico privilegiado, ainda que tal raciocínio ignore nuances ou mudanças na vida do acusado desde a juventude.

⁷² STF, HC 203.822-AgR/RJ, Rel. Min. Nunes Marques, Red. do Acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 09/10/2021, p. 10/01/2022; HC 205.357-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 04/10/2021, p. 08/11/2021; HC 200.946-AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 23/08/2021, p. 26/08/2021.

⁷³ STF, HC 235.254/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24/11/2023, p. 04/12/2023; HC 226.615/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, j. 10/04/2023, j. 11/04/2023; e HC 227.806/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04/09/2023, p. 08/09/2023, respectivamente.

⁷⁴ STF, HC 237.357/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30/01/2024, p. 02/02/2024; HC 241.037/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/05/2024, p. 13/05/2024; HC 231.394/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 17/08/2023, p. 21/08/2023, respectivamente.

Na sentença nº 8, o magistrado realiza raciocínio direto, sem nenhuma outra argumentação passível de ser refutada, afirmando que por ostentar passagens pela Vara da Infância e da Juventude, o acusado, já adulto, se dedica, desde a adolescência a atividades criminosas.

Sentença nº 8

Unidade da federação de origem: DF

Quantidade de drogas envolvida: 9 (nove) porções da substância conhecida vulgarmente como cocaína, acondicionadas em plástico, com massa líquida de 4,17g (quatro gramas e dezessete centigramas), e 2 (duas) porções da substância conhecida como maconha, acondicionadas em plástico, perfazendo a massa líquida de 17,79g (dezessete gramas e setenta e nove centigramas); 4 (quatro) porções de maconha, acondicionadas em plástico, perfazendo a massa líquida de 29,05g (vinte e nove gramas e cinco centigramas).

Contextualização fática: “Em Juízo, as testemunhas policiais afirmaram que realizavam diligências nas proximidades de um parque e de quadra de esportes localizados há aproximadamente 80 metros da delegacia de polícia. Disseram que estavam fazendo patrulhamento quando visualizaram D., que costumeiramente era visto traficando no local, em atitude suspeita. Alegaram que puderam visualizar D. e D., com ajuste prévio, exercendo atitude típica de tráfico de drogas, qual seja, a troca de objetos com usuários que chegavam ao local. Disseram que o acusado D. era o responsável por abordar os usuários e recebia ligações, momento em que este repassava as porções de drogas para D., pessoa responsável pela entrega das drogas e o recebimento do dinheiro.”

Fundamentação para afastar o benefício: “O acusado D. ostenta diversas passagens peja VIJ, o que afasta a aplicação do tráfico privilegiado ao caso (ID 107376635, página 8). Destaco que as anotações anteriores de atos infracionais, a indicar o envolvimento do réu desde a menoridade com a atividade criminosa, caracterizam a dedicação à atividade criminosa e impede a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.”

Data da sentença: 21/02/2022

O argumento da habitualidade delitiva a partir da constatação de anotações por atos infracionais aparece também concatenado com a quantidade de droga envolvida, como nos casos representados nas sentenças nº 60 e nº 124, essa última envolvendo acusado com 18 anos de idade, ou seja, recém-saído da adolescência.

Sentença nº 60**Estado de origem:** MG**Quantidade de drogas envolvida:** 3.315 gramas de maconha em 283 invólucros

Contextualização fática: “durante operação policial para o combate do tráfico de drogas no local, a guarnição policial se posicionou em local estratégico e em monitoramento, e viu três indivíduos em atitude suspeita, avistando o denunciado V. R. recebendo uma mochila das mãos de indivíduo não identificado, e o denunciado V. A. observando o movimento do local. Diante das suspeitas, os militares deslocaram para o local onde os suspeitos estavam, ocasião em que V. A., ao avistar a guarnição policial, gritou para o denunciado V. R., para que este evadisse do local. Os suspeitos tentaram evadir do local, sendo alcançados e detidos, salvo o terceiro indivíduo, que fugiu, não sendo possível sua identificação. Submetidos à busca pessoal, nada de ilícito foi encontrado em posse de V. A. Em posse de V. R., no interior da mochila que estava em sua posse direita, foram localizadas 02 barras e 281 buchas de maconha”

Fundamentação para afastar o benefício: “Não é possível o reconhecimento da minorante disposta no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006, **considerando a existência de registros de ato infracional em desfavor do acusado quando adolescente, alinhada a considerável quantidade de entorpecente apreendido –3.315 gramas -,** o que demonstra sua dedicação criminosa.”

Sentença nº 124**Estado de origem:** SP

Quantidade de drogas envolvida: 5 (cinco) “trouxinhas” de maconha, pesando no total cerca de 9,570g (nove gramas e quinhentos e setenta miligramas), e 75 (setenta e cinco) pedras de “crack”, pesando cerca de 18,150 g (dezoito gramas cento e cinquenta miligramas)

Contextualização fática: “O Policial M. J. obtemperou que estava em patrulhamento de rotina, ocasião em que avistou o veículo conduzido pelo acusado, o qual já era conhecido nos meios policiais por tráfico de drogas e porte de arma. Ao avistar a viatura, o acusado acelerou seu veículo, chamando a atenção, razão pela qual resolveu abordá-lo. Foi dado sinal de luz para o acusado parar, todavia, o réu empreendeu fuga. Em dado momento, o acusado entrou numa garagem de um prédio, vindo a pular do carro em movimento, e o veículo chocou-se com outros estacionados. O acusado empreendeu fuga a pé, mas foi detido, porém foi necessário usar força física para contê-lo. Em revista, foi encontrada a quantia de R\$60,00, e um aparelho celular, sendo que no veículo foi localizado, com ajuda do canil, o entorpecente, sob o banco de trás do passageiro. O acusado negou a propriedade da droga.”

Fundamento para afastar o benefício: *In casu*, não há como cogitar se aplicar a causa especial de redução de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois **o acusado,**

com 18 anos de idade, possui passagens pela Vara da Infância local, por suposto envolvimento com tráfico ilícito de entorpecente (fls. 81/83 e 38/46), salientando-se que *in casu* a natureza e quantidade da droga apreendida indicam que o acusado faz da atividade criminosa seu meio de vida, não se tratando de traficante meramente eventual.

Data da sentença: 05/07/2018.

O caso examinado na sentença nº 106 merece atenção crítica. Envolve um indivíduo com um histórico substancial de atos infracionais, abrangendo pelo menos oito condutas que resultaram na instauração de procedimentos. Dado esse histórico, o magistrado concluiu por um padrão habitual de envolvimento em atividades criminosas. Em outras palavras: entendeu tratar-se de um “criminoso habitual”.

Sentença nº 106

Estado de origem: SC

Contextualização fática: 1. Segundo o apurado, a guarnição policial estava na Rua Hipólito Gregório Pereira monitorando as ações da denunciada K. P. G. - já conhecida nos meios policiais pela prática de narcotraficância -, ocasião que a visualizaram vendendo e entregando drogas a terceiros. Em dado momento, perceberam-na ingressando em um carro, dirigindo-se até a sua residência localizada na Rua Jorge Mussi, sendo prontamente seguida pelos policiais.

Após, referidos agentes públicos visualizaram-na novamente ingressando em outro veículo, oportunidade em que determinaram sua parada, ocasião em que a denunciada dispensou petecas de cocaína pela janela do automóvel em que se encontrava. Ato contínuo, após buscas pela residência da denunciada, os agentes públicos lograram êxito em encontrar um pote com cocaína e - mais precisamente em seu quarto -, uma porção de maconha, parte do dinheiro apreendido, dois celulares e uma balança de precisão, circunstâncias estas que, analisadas em conjunto, denotam a prática do crime de tráfico de drogas.

Fundamentos para negativa do benefício: “2.30. Em que pese a tese defensiva, em atenção às peculiaridades do caso em questão, tenho que não merece incidir, na espécie, a causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Embora, de fato, a acusada seja primária e não haja notícia acerca de maus antecedentes, há elementos suficientes a comprovar que K. P. G. se dedica à atividades criminosas.

2.32. Isso porque, mesmo contando com apenas 20 (vinte) anos de idade na época dos fatos, a acusada já respondeu diversas vezes por ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, sendo que nas sentenças exaradas nos autos n. 0012822- 21.2014.8.24.0023, 0000845-95.2015.8.24.0023, 0012822-21.2014.8.24.0023, 0019579- 94.2015.8.24.0023 e n. 0001788-

34.2017.8.24.0091, foi aplicada a medida de internação em seu desfavor. Além disso, também já foi garantido o cumprimento de medidas em meio aberto (autos n. 0017828-09.2014.8.24.0023, 0025836-72.2014.8.24.0023, 0030786-27.2014.8.24.0023, 0002860-56.2017.8.24.0091 e 0017828-09.2014.8.24.0023), as quais foram concedidas em sede de remissão.

2.33. Não fosse o bastante, nos autos n. 0029024-68.2017.8.24.0023 também foi aplicada em seu desfavor a medida socioeducativa de internação, pela prática de conduta análoga àquela prevista no art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal, pois teria matado a vítima por esta estar se envolvendo com uma pessoa de uma organização criminosa rival à sua organização.

2.34. A verdade é que desde seus 13 anos de idade K. vêm se dedicando a atividades ilícitas, praticando reiteradamente atos infracionais, especialmente o tráfico de drogas.”

Data da sentença: 10/02/2022

Aqui vale uma consideração de ordem semântica: o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 autoriza, atendidos os demais requisitos, a diminuição da pena imposta àquele que “não se dedique às atividades criminosas”. No entanto, o menor de 18 anos não pratica crime, visto que é penalmente inimputável, conforme estabelece o artigo 228 da Constituição Federal. Eventual cometimento de conduta tipificada como crime implica a caracterização de ato infracional, cuja apuração e julgamento ocorrem nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e legislação correlata. Dessa forma, não lhe é imposta uma pena, mas sim uma medida socioeducativa, a qual não possui efeitos na esfera penal.

Por essa razão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, há tempos, que condenações definitivas resultantes da prática de atos infracionais não podem ser utilizadas para caracterizar maus antecedentes ou reincidência⁷⁵.

Existem ao menos duas razões pelas quais é plausível entender-se ser inadequado o afastamento da minorante do tráfico privilegiado com base na prática anterior de atos de infracionais. A primeira diz respeito à dogmática penal: se adolescente não comete crime (fato típico e ilícito praticado por agente culpável), contraria a lógica agravar-lhe a pena, atribuindo-lhe juízo de maior culpabilidade, em virtude de atos cometidos enquanto se encontrava fora do alcance da norma penal.

A segunda razão é o especial âmbito de proteção às crianças e aos adolescentes, delineado no ordenamento jurídico pátrio a partir do art. 227 da Constituição Federal, em cujos termos “é

⁷⁵ STF, RE 229.382/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 26/06/2002, p. 31/10/2002.

dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A necessidade de se atentar para a proteção integral de crianças e adolescentes, evitando-se transferir para o âmbito penal consequências oriundas de fatos alusivos à menoridade, foi bem retratada pelo eminente Min. Edson Fachin, por ocasião do julgamento do HC n. 202.574-AgR/SP, no qual pontua que “a prática de atos infracionais pretéritos não deve repercutir na dosimetria da reprimenda do agente, sob pena de subverter o sistema de proteção integral ao estigmatizar o adolescente como criminoso habitual, desrespeitando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sujeito de direito”⁷⁶.

As sentenças analisadas evidenciam que a existência de registros relacionados a antecedentes infracionais tem sido amplamente utilizada para justificar a conclusão de que um indivíduo acusado de tráfico de drogas, ainda que primário e sem antecedentes criminais, é *dedicado às atividades criminosas*. Independentemente da presença de outras provas que demonstrem que o acusado faz do tráfico seu meio de vida, o benefício é afastado exclusivamente com base em seu histórico como adolescente infrator, levando à conclusão de que se trata de um "criminoso habitual".

A caracterização de uma pessoa como dedicada ao crime, ou seja, um criminoso habitual, a partir das anotações antecedentes pelo cometimento de atos infracionais transcende os aspectos dogmáticos e a violação ao princípio da presunção de inocência. Em verdade, a positivação dos termos “não se dedique às atividades criminosas” remete ao conceito de “criminoso habitual”, oriundo da criminologia positivista, amplamente criticado por sua base discriminatória, que consolida estigmas sociais e reforçam desigualdades.

A crítica ao conceito de "criminoso habitual" é essencial para compreender os impactos dessa abordagem nas decisões judiciais, uma vez que desloca o foco da análise objetiva de condutas para julgamentos subjetivos sobre a pessoa do acusado, ignorando a necessidade de elementos probatórios concretos e verificáveis.

Essa reflexão, que revela as problemáticas intrínsecas ao conceito de "criminoso habitual", será desenvolvida de forma mais aprofundada no capítulo 3 desta dissertação, no qual

⁷⁶ STF, HC 202.574-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 17/08/2021, p. 16/09/2021.

se analisará como essa concepção dialoga com a redação vaga e imprecisa do dispositivo legal, contribuindo para decisões judiciais potencialmente arbitrárias e desprovidas de fundamentação adequada.

Não obstante, a Terceira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do EREsp 1.916.596/SP, fixou o entendimento de que "o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração"⁷⁷.

No Supremo Tribunal Federal a questão é controversa. Há vários precedentes no sentido de que a existência de registro pretérito de atos infracionais não é fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas ⁷⁸. Externando entendimento diametralmente oposto, encontram-se precedentes recentes, sobretudo da Primeira Turma, indicando a “idoneidade de fundamentação para a negativa do redutor pautada no reconhecimento da dedicação a atividades criminosas com base em registros de prática de atos infracionais”⁷⁹.

É possível que um indivíduo com histórico de atos infracionais, particularmente relacionados ao tráfico de drogas, continue envolvido nesse tipo de atividade ilícita após a maioridade. No entanto, é essencial que, dentro do processo penal, essa conclusão seja construída com base em provas concretas. A existência de anotações de atos infracionais anteriores não pode, por si só, justificar a negação do benefício, sob o risco de fundamentar a decisão em presunções, e não em fatos verificáveis. O critério é, certamente, problemático e passível de gerar decisões baseadas em indevidas rotulações e presunções.

As sentenças nº 8, nº 60 e nº 124 foram submetidas à análise do Supremo Tribunal Federal por meio de *Habeas Corpus*. Nos casos nº 8 e nº 60, o STF decidiu pela inexistência de ilegalidade, mantendo o entendimento das instâncias ordinárias. O resultado é contrário à

⁷⁷ STJ, EREsp 1.916.596/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Rel. p/ acórdão Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, j. 08/09/2021, p. 04/10/2021.

⁷⁸ STF, HC 226.564-AgR, Rel. Min. Nunes Marque, Segunda Turma, j. 15/08/2023, p. 31/08/2023; HC 191.992-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 08/04/2021, p. 29/04/2021.

⁷⁹ STF, HC 192.147-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 24/02/2021, p. 20/04/2021; HC 235.834-AgR/SP, Rel. Min. Cristiano Zanin, Primeira Turma, j. 14/02/2024, p. 28/02/2024; RHC 218.441-AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 03/10/2022, p. 06/10/2022.

jurisprudência da Segunda Turma, demonstrando a evidente ambiguidade dos entendimentos adotados no âmbito da própria Corte⁸⁰.

No caso da sentença nº 124, o Tribunal não conheceu o mérito da questão, dado que a condenação já havia transitado em julgado, ficando mantida, portanto, a negativa do benefício⁸¹.

2.4 Ausência de atividade laborativa (Código 8)

Em uma parte significativa das decisões analisadas, a negativa do benefício do tráfico privilegiado foi fundamentada na ausência de comprovação de que o acusado exercia atividade laborativa lícita, ou ao menos essa circunstância foi mencionada como reforço argumentativo. Ainda que outros dados tenham sido circunstancialmente mencionados, como a quantidade de droga ou o histórico de atos infracionais, o fato de o réu não contar com trabalho formal é visto pelos magistrados como um indício relevante de *dedicação às atividades criminosas*.

Esse raciocínio, no entanto, merece reflexão cuidadosa, uma vez que pode resultar em decisões que penalizam a condição social e econômica do indivíduo, em vez de se basear em provas concretas que demonstrem efetivamente a ligação com o crime. O problema central dessa linha argumentativa reside na dificuldade, ou até impossibilidade, do acusado de refutar esse argumento no processo penal.

A respeito do perfil dos réus no âmbito dos processos de tráfico de drogas, Semer observa que a baixa capacidade financeira dos acusados pode ser inferida a partir de fatores como a nomeação de defensores públicos e a declaração de desemprego ou de ocupações de baixa renda, revelando o contexto socioeconômico em que os réus estão inseridos⁸².

O discurso da mídia e de muitos operadores do sistema de justiça criminal aponta a figura do narcotraficante no comando do grande e lucrativo negócio do tráfico de drogas, sendo estereotipado como o criminoso organizado, poderoso, violento e enriquecido pelo negócio ilegal dos entorpecentes. Contudo, conforme revela Zaccone, a realidade é outra: os presos por tráfico de drogas são, em sua maioria, pessoas extremamente pobres, com baixa escolaridade e que, geralmente, não estão armadas no momento da prisão⁸³.

⁸⁰ STF, HC 226.853/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/04/2023, p. 14/04/2023; HC 236.774/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/02/2024, p. 02/02/2024.

⁸¹ STF, HC 238.030/SP, Rel. Min. André Mendonça, j. 20/03/2024, p. 21/03/2024.

⁸² SEMER, Marcelo. Op.cit., p.153.

⁸³ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. - Rio de Janeiro: Revan, 2007. 2ª edição abril de 2008. p. 11.

Embora as condições sociais e pessoais do réu devam ser levadas em conta na definição do delito, conforme o art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, Jesus adverte que esses fatores frequentemente contribuem para que a seletividade policial e as discriminações socioeconômicas prevaleçam, direcionando situações jurídicas desfavoráveis contra os mais pobres⁸⁴.

Na sentença nº 55, para além da ausência de comprovação de atividade profissional lícita, houve menção ao histórico infracional do acusado, combinação que foi considerada suficiente para a conclusão de dedicação a atividades criminosas.

Sentença nº 55

Estado de origem: PR

Quantidade de drogas envolvida: “crack (15 unidades), maconha (14 buchas) e cocaína (8 pinos)” (p. 1)

Trechos de interesse: “Incabível, no caso, a incidência da causa especial de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, **diante da ausência de comprovação de que exerça atividade profissional lícita, o que demonstra a prática do tráfico como meio de vida,** mormente se observado os seus antecedentes infracionais, com práticas de atos infracionais análogos ao tráfico de drogas, entre outros, inclusive com medida de internação (seq. 11.1). Assim, muito embora atos infracionais não sejam considerados crimes para fins de reincidência, porém, é passível a consideração quando da análise da aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado” (p. 10)

Data da sentença: 23 de agosto de 2022 (. p. 13)

No caso da sentença nº 69, o interesse está em perceber que o juiz considerou, para assentar que o acusado se dedica com a atividades criminosas, o fato de a acusada não ter comprovado o exercício de atividade lícita, aduzindo que a afirmativa de que “trabalha com bicos”, não seria relevante quanto ao esclarecimento sobre a sua forma de sustento.

Sentença nº 69

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: “uma porção de maconha, pesando 2,45” (p. 1)

⁸⁴ JESUS, Maria Gorete Marques de. Op.cit., p. 46.

Trechos de interesse: “Desse modo, no que se refere à causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, se mostra inviável sua aplicação, pois de fato restou comprovado nos autos que o réu se dedica às atividades criminosas, fazendo da mercancia espúria o seu modo de sustento. Isso porque **não comprovou de forma satisfatória o exercício de atividade lícita, tampouco a proveniência do numerário consigo apreendido (mais de R\$ 8.000,00), o que faz concluir pela mercancia espúria como meio de vida.** Ademais, como já explanado, **limitou-se a afirmar que trabalha com "bicos", sem maiores esclarecimentos quanto à sua forma de sustento.**”

Data da sentença: 04/04/2023

Observa-se ainda, nas sentenças nº 160 e nº 193, a referência a quantidade de droga apreendida, para além da ausência de comprovação de atividade laborativa. Mesmo diante de outros elementos, o argumento baseado na falta de emprego não parece se sustentar como critério válido para reforçar a negativa da causa de diminuição. A justificativa acaba por reforçar uma perspectiva punitiva que ignora o contexto social e econômico em que muitos acusados se encontram.

Sentença nº 160

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: “(...) 9,9kg (nove quilogramas e novecentas gramas) da substância tetraidrocannabinol, popularmente conhecida como maconha (...)

Contextualização fática: As testemunhas F. dos S. N. e A. de S. A., policiais civis, relataram, em suma, que, dias antes da apreensão das drogas, receberam de um informante denúncia de que um “grande traficante”, conhecido como “Coringa”, tinha, na região onde se deram os fatos, dois auxiliares, sendo um para comandar o tráfico de drogas e outro para liderar o “tribunal do crime”. Foi-lhes indicado o endereço de uma tabacaria, onde costumeiramente os criminosos se encontravam, dentre eles um dos líderes, conhecido pelo apelido de “Indio”. Em determinada oportunidade, fizeram campana no local e notaram a presença de um indivíduo que lhes pareceu influente no local. Obtiveram do informante a confirmação de que se tratava de “Indio”. Passaram a acompanhá-lo, até que chegaram ao seu endereço, onde havia razoável movimentação de veículos e pessoas. Observaram que “Indio” chegava ao local com veículos diferentes. Tiveram notícia, pelo informante, de que havia outro endereço utilizado pelos criminosos e passaram a fazer campana no local. Neste endereço, havia movimentação ainda maior de veículos e pessoas, sendo que alguns automóveis foram vistos nos dois endereços observados. Um dia antes dos fatos, viram quando “Indio” chegou ao local a bordo de um veículo Logan prata e o guardou; essa foi a única oportunidade em que viram “Indio” e o acusado J. P.

juntos. Na data dos fatos, estavam em campana no segundo endereço, quando viram o veículo Logan preto passar pelo local, ocupado por quatro indivíduos. Por estarem em inferioridade numérica, solicitaram apoio de outras equipes para procederem à abordagem. Quando o apoio chegou, o veículo já havia deixado o local. Aproximaram-se do imóvel e viram, por uma janelinha que havia no portão, que, na garagem, estava o veículo Logan prata. Foi possível sentir forte odor de maconha e observar que, no automóvel, havia um invólucro aparentando ser um tijolo de droga. Aproveitando-se da facilidade de acesso, entraram na garagem e constataram que naquele invólucro havia maconha. Em vistoria no veículo, encontraram um compartimento onde estava armazenado o restante da droga.

Fundamento para negativa do benefício: “Deixo de aplicar ao réu o disposto no §4º, do art. 33, da Lei Antitóxico, por entender que a quantidade de entorpecentes apreendida quase dez quilos, passíveis ainda de fracionamento, deixa evidente sua ligação com traficantes maiores. **Além disso, o acusado não comprovou ocupação lícita que lhe garanta o sustento, o que reforça a ideia de que faz do tráfico de droga seu meio de vida.** Portanto, inaplicável o privilégio.

Data da sentença: 25/08/2021

Sentença nº 193

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: 6 (seis) porções de "*Cannabis Sativa L*" (297,62g), bem como guardavam e mantinham em depósito 22 tabletes e meio de *Cannabis Sativa L* (14 quilogramas). 15 tijolos de maconha;

Contextualização fática: A testemunha W. R. F. DA S., policial militar, disse que estava em patrulhamento de Jacareí e foi informando por um transeunte que uma mulher teria comentado em um salão de cabeleireiro que apesar da prisão do marido, a maior parte das drogas existentes em sua casa não teria sido localizada pela polícia. Narrou que identificaram a ré indicada pelo popular em frente sua residência e questionada sobre as denúncias, em tom sarcástico, disse que o marido já teria sido preso. No local, com apoio do canil conseguiram localizar 15 tijolos de "maconha" enterrados

Fundamentos para negativa do benefício: Na terceira fase da dosimetria penal, diante da primariedade e dos bons antecedentes da ré, considerando que foi apreendida volumosa quantidade de drogas, denotando que se trata de agente dedicada a atividade criminosa, ou seja, a traficância. **A denunciada não exerce outra atividade laborativa e habitual.** Não se trata de pequena traficante. Assim, deve ser afastada a aplicação da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Data da sentença: 28/05/2020.

Ao considerar a ausência de emprego formal, no contexto de conduta caracterizada como tráfico de drogas, como um indicativo válido de *dedicação às atividades criminosas*, o juiz pode, na prática, sob tal argumento, negar o benefício da causa de diminuição a uma ampla maioria de acusados por tráfico de drogas, afastando o foco da análise de provas objetivas sobre a conduta do acusado e deslocando-a para aspectos socioeconômicos que deveriam ser irrelevantes para a aplicação do direito penal.

2.5 Ocorrências policiais, inquéritos ou processos em curso (Código 1)

No que diz respeito a ocorrências policiais, investigações ou processos em curso, incluindo sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado, essas circunstâncias aparecem nas decisões analisadas, tanto de forma isolada quanto agregadas a outros elementos do caso concreto, como argumentos para sustentar que o réu se dedica a atividades criminosas. Nos termos encontrados nos documentos pesquisados, a conclusão parece resultado de uma operação lógica, ainda que não se trate de grandes quantidades de entorpecentes envolvidos, como no caso da sentença nº 1.

Sentença nº 1

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: 28,2g de cocaína e 85,7g de maconha

Trechos de interesse: “Com efeito, os Policiais Militares ouvidos em juízo confirmaram que o acusado não obedeceu à ordem de parada e empreendeu fuga. Durante o acompanhamento policial, o acusado então dispensou uma sacola e se desequilibrou, caindo da motocicleta, momento em que foi abordado.” (...)

“Na terceira fase, não há a incidência da redução do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que há indícios no sentido de que o acusado se dedica a atividades criminosas, em especial o tráfico de drogas. Com efeito, **o acusado responde por outro crime de tráfico de drogas perante a 6ª Vara Criminal de Guarulhos (proc. nº 1502418-80.2020.8.26.0535), sendo que lhe foi concedida a liberdade no dia 25 de novembro de 2020 (fl. 87)**. Contudo, A. D. voltou a ser preso em flagrante delito, pelo mesmo crime, poucos meses depois de ter sido solto, preterindo, assim, a confiança que lhe foi atribuída pela Justiça. Esse fundamento foi utilizado inclusive para converter a prisão em flagrante em prisão preventiva em audiência de custódia.”

Data da sentença: 22/06/2021

Também na sentença nº 9, relativa a um processo originado da atuação da Polícia Militar, o magistrado concluiu que o réu se *dedica às atividades criminosas* com base, exclusivamente, na existência de "quatro processos em andamento". Esse caso é emblemático, pois o próprio policial responsável pela prisão – que ocorreu durante uma abordagem motivada pela suposta tentativa de fuga do acusado – admitiu que não se recordava dos detalhes da ocorrência. Isso evidencia a ausência de uma investigação sólida ou de dados concretos sobre as circunstâncias factuais do caso, resultando em uma situação jurídica desfavorável para o réu, sustentada unicamente pela menção a esses "processos em curso".

Sentença nº 9

Estado de origem: RS

Quantidade de drogas envolvida: 8 tijolos de maconha, pesando 8 gramas, 44 pedras de crack, pesando 6,5 gramas, 1 rádio comunicador.

Trechos de interesse: “**O policial militar ouvido, apesar de não se recordar com detalhes do fato**, afirmou que havia duas pessoas no veículo e que este ao perceber a presença da guarnição tentou evadir-se, o que ocasionou a abordagem polícia.

“Na terceira fase, entendo não haver incidência de minorantes, nem majorantes. Afinal, deixo de aplicar a minorante prevista no §4º, do artigo 33, **tendo em vista que o acusado possui quatro processos em andamento**, o que apesar de não constituir os maus antecedentes, não pode ser desconsiderado para a aplicação da referida causa privilegiadora, pois não se enquadra na hipótese de não se dedicar às atividades criminosas, requisito este necessário para a aplicação da minorante.” **Data da sentença:** 05/10/2016

No caso da sentença nº 28, o interesse está em saber que o juiz considerou que ainda que o réu seja tecnicamente primário, ostenta duas condenações em primeira instância, além de responder a outras duas ações penais, todas por tráfico de drogas, para assentar que o acusado se dedica com a atividades criminosas.

Sentença nº 28**Estado de origem:** RS

Quantidade de drogas envolvida: “04 porções embaladas de cannabis sativa, conhecida popularmente como maconha, pesando aproximadamente 09 gramas; 16 pedras de crack, pesando aproximadamente 03 gramas; 05 buchas de cocaína, pesando aproximadamente 03 gramas” (p. 1)

Trechos de interesse: “Na ocasião, o denunciado, ao visualizar uma guarnição da ROCAM, rapidamente jogou algo no bueiro da rua. Em razão da atitude, os policiais militares efetuaram a abordagem, não encontrando nada em revista pessoal. Contudo, ao realizarem buscas no bueiro foram encontrados os entorpecentes acima descritos”. (...)

“No que se refere à minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, para seu reconhecimento não basta que o agente não possua antecedentes, se estiver demonstrado que se dedica às atividades criminosas ou integre organização criminosa. No caso presente, ainda que o réu seja tecnicamente primário, ostenta duas condenações em primeira instância, além de responder a outras duas ações penais, todas por tráfico de drogas, conforme consta de sua certidão de antecedentes. Ou seja, resta evidente que não se trata o presente de fato isolado em sua vida, contexto em que desatendidos os pressupostos de aplicação da minorante em exame, demonstrando-se que se dedica à mercancia ilícita” (p. 2-3)

Data da sentença: 29/7/2021

O raciocínio frequentemente observado nos pronunciamentos judiciais pode dar margem a distorções significativas. Considere, por exemplo, o caso de uma pessoa abordada em uma ação policial rotineira, encontrada na posse de certa quantidade de drogas. Tal situação pode resultar no registro de uma ocorrência policial, instauração de investigação e na posterior denúncia pelo crime de tráfico de drogas. Suponha, ainda, que, no curso do processo, a conduta venha a ser desclassificada para porte ou posse de drogas para consumo pessoal, ou que a pessoa seja absolvida, seja em primeira instância, seja em sede recursal. Imagine, ainda, alguém que seja vítima de uma notícia crime infundada, geradora de um registro policial ou de investigação que, ao final, revela a improcedência da acusação.

Nesse ponto, é pertinente refletir sobre a complexa questão da construção da condição de suspeito no crime de tráfico de drogas, muitas vezes consolidada a partir de registros policiais resultantes de abordagens cotidianas. Esses registros, que passam a figurar como ponto de partida para investigações, frequentemente decorrem de critérios subjetivos ou estigmatizantes aplicados pelas forças policiais. O chamado “tirocínio policial” ou o “código da rua” são

invocados para justificar atividades de policiamento voltadas à repressão ao tráfico de drogas, perpetuando preconceitos econômicos e sociais que recaem, em sua maioria, sobre indivíduos vulneráveis⁸⁵.

Nesses casos, apesar da insubsistência do registro policial ou da absolvição, o simples fato de ter havido um registro ou investigação anterior pode ter influenciado indevidamente a decisão de afastar o benefício do tráfico privilegiado.

Observe-se, ainda supostamente, o cenário em que, durante essa investigação — que posteriormente não se comprovaria —, o acusado tenha sido condenado pelo tráfico de drogas, e o benefício do tráfico privilegiado tenha sido negado com base justamente nessa investigação que não prosperou. Se essa decisão for mantida até o trânsito em julgado, o acusado estaria sofrendo as consequências de um fato que, ao final, sequer deveria ter sido considerado como prova de sua *dedicação às atividades criminosas*.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 10/08/2022, ao julgar recursos especiais repetitivos sob o Tema 1.139, consolidou o entendimento de que inquéritos e ações penais em andamento não podem ser utilizados como fundamentação para afastar a aplicação da redução de pena no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Conforme decidido, a aplicação da minorante exige uma avaliação definitiva dos fatos, ou seja, sendo enquanto não houver o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, eventuais ações contra o réu não podem ser consideradas para impedir a redução da pena pelo tráfico privilegiado.

A ministra Laurita Vaz, relatora do caso, reforçou que “os requisitos da minorante do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles”. Assim, a jurisprudência dominante do STJ foi confirmada, garantindo que o réu não seja prejudicado por acusações não confirmadas.

O mesmo raciocínio, aliás, foi empregado para a edição da Súmula nº 444 da Corte, a qual preconiza que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

Houve também o achado de sentenças em que o juiz considera a existência de processo em curso referente a prática de crimes não relacionados ao tráfico de drogas, como estupro de

⁸⁵ DEUS GARCIA, Rafael de; LACERDA, Marina; MURARO, Mariel; PIZA DUARTE, Evando C. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/pspvolume5/quem_suspeito_crime_traficos_droga.pdf

vulnerável, caso estampado na sentença nº 89, ou mesmo crime de furto, representado na sentença nº 125. Nesse último caso, a argumentação do magistrado circunscreveu-se ao resultado de pesquisa no “*web site* do Tribunal de Justiça de São Paulo” revelando que “o acusado responde por furto”.

Sentença nº 89

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: 92 porções da droga popularmente conhecida como maconha, pesando 108,58 gramas, bem como 109 porções de cocaína, com peso bruto de 87,02 gramas

Contextualização fática: Narra a denúncia, que policiais civis dirigiram-se ao local e avistaram o denunciado saindo de um terreno baldio. Em busca pessoal encontraram com ele a quantia de R\$510,00 em dinheiro, e no terreno, no exato local apontado em informações anônimas, foram localizadas as drogas mencionadas acima.

Fundamentos para negativa do benefício: O réu foi recentemente condenado nos autos 0000403-32.2018.8.26.0165 por crime de estupro de vulnerável, de modo que não pode ser considerado pessoa que não se dedique á atividades criminosas.

Data da sentença: 27/11/2018

Sentença nº 125

Estado de origem: MS

Quantidade de drogas envolvida: “Quinze quilos e trezentos gramas de maconha, acondicionados em quinze tabletes, além de oito quilos e duzentos gramas de Skank.”

Contextualização fática: Policiais Rodoviários Federal durante fiscalização na Rodovia BR-163, km 266, nesta cidade, abordaram M. H. M. M., o qual conduzia o veículo Citroen C3, placas HTD-0777. Os agentes públicos logo perceberam um forte odor de maconha vindo do interior do veículo, fato que resultou em uma vistoria. Os servidores públicos encontraram no interior das portas e no painel do automóvel quinze quilos e trezentos gramas de maconha, acondicionados em quinze tabletes, além de oito quilos e duzentos gramas de Skank.”

Fundamentos para negativa do benefício: “o modo de atuação do acusado faz concluir ele se dedica à atividade criminosa, **uma vez que foi possível extrair do *web site* do Tribunal de Justiça de São Paulo, que o acusado responde por furto.**”

Data da sentença: 06/10/2021

Merece destaque a sentença nº 114, onde o juiz considera, para afastar a causa de diminuição, o suposto cometimento de crime após o fato objeto do julgamento.

Sentença nº 114

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: 13,27 gramas de cocaína e 69,41 gramas de crack), além de porção grande de maconha (15,65 gramas).

Contextualização fática: "Consta dos autos que, na data dos fatos, durante patrulhamento de rotina pelo Bairro Águas Claras, na rua Padre Ângelo Rudello, na altura do numeral 512, policiais militares avistaram P.H. saindo do interior de um imóvel abandonado e, logo em seguida, o denunciado sentou na calçada defronte ao numeral 470 e soltou algo das mãos. Diante disso, os policiais abordaram P. H. e, durante revista pessoal, apreenderam, em suas mãos, R\$ 104,00 e 4 porções de maconha acondicionados em sacos plásticos. Durante a abordagem, os policiais encontraram, no chão, onde P. H. estava sentado, 7 microtubos de cocaína e 3 porções de “crack” envoltas em plástico branco. Em seguida, em buscas no imóvel de onde P. H. havia saído, os policiais apreenderam, também, debaixo de um tanque, 220 porções de “crack” envoltas em plástico branco.

Fundamentos para negativa do benefício: Na terceira fase, causas de aumento ou de diminuição de pena, observo que nada há para ser considerado, sendo incabível a incidência da causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06. Isto porque, **conforme já salientado, após ser solto neste processo, o réu voltou a ser preso em flagrante, por crime idêntico** – tráfico de drogas, o que demonstra a dedicação ao crime, fato que impede a incidência do redutor.

Data da sentença: 28/07/2022

O Supremo Tribunal Federal tem adotado a orientação de que a existência de inquiritos ou ações penais em andamento não constitui, isoladamente, motivo idôneo para o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não se prestando à comprovação do envolvimento com o crime organizado ou da *dedicação às atividades criminosas*⁸⁶.

Não obstante, há diversos julgados, inclusive proferidos recentemente, no sentido de ser viável que a existência de processos em curso seja levada em consideração, validamente, pelo

⁸⁶ STF, HC 205.080-AgR/RS, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 04/10/2021, p. 07/10/2021; HC 199.309/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 24/05/2021, p. 17/06/2021; HC 193.457-AgR/CE, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 17/05/2021, p. 07/06/2021; HC 210.211-AgR/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 22/08/2022, p. 15/09/2022.

magistrado, a fim de demonstrar o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade, sobretudo se agregados outros dados indicativos da mesma conclusão. Tal entendimento, aliás, tem encontrado acolhida em múltiplas decisões proferidas no âmbito da Primeira Turma⁸⁷.

As sentenças comentadas foram submetidas à análise do STF, através de *Habeas Corpus*. No caso da sentença nº 1, a ordem foi denegada, entendendo-se válido o fundamento utilizado para a negativa da causa de diminuição⁸⁸. Na sentença nº 9, o *Habeas Corpus* sequer avançou a matéria de fundo, por óbices processuais, ressaltando a inexistência de ilegalidade a ser reconhecida⁸⁹. No tocante a sentença nº 65, igualmente, a fundamentação foi cancelada pela Corte Suprema⁹⁰.

Por fim, no caso da sentença nº 28, o processo chegou ao STJ com o *Habeas Corpus* nº 844.289, no âmbito do qual foi deferida a ordem, para reconhecer o direito à causa de diminuição⁹¹.

2.6 Declarações de policiais (Código 9) e local da abordagem conhecido como ponto de venda de drogas (Código 10)

Conforme já apontado, das 200 sentenças analisadas, observou-se uma ampla predominância da Polícia Militar na realização das prisões, com a recorrente participação da Polícia Rodoviária Federal e das Guardas Civis Metropolitanas. Por outro lado, a atuação da Polícia Civil foi relacionada a menos sentenças, representando 50 casos, nem todos os resultantes de trabalho de investigação.

Embora o foco da pesquisa não tenha sido aprofundar nas discussões sobre a forma de atuação policial ou a legitimidade das abordagens, realizadas em sua maioria durante "patrulhamento de rotina" e com base em "atitudes suspeitas", os dados analisados revelam que grande parte das prisões decorreram de situações aleatórias. Esses casos geralmente ocorrem

⁸⁷ STF, HC 190.946-AgR/PI, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 03/05/2021, p. 16/08/2021; HC 211.408-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 28/03/2022, p. 26/05/2022; HC 203.316/AL, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 18/06/2021, p. 22/06/2021; RHC 203.535/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 24/08/2021, p. 26/08/2021; ARE 1.324.182/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 17/02/2022, p. 21/02/2022; e RHC 124.917/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do Acórdão Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 26/10/2020, p. 12/02/2021.

⁸⁸ STF, HC 223.733/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 09/01/2023, p. 11/01/2023.

⁸⁹ STF, HC 227.189/RS, Rel. Min. Nunes Marque, j. 02/05/2023, p. 04/05/2023.

⁹⁰ STF, HC 237.755/SE, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09/02/2024, p. 14/02/2024.

⁹¹ STJ, HC 844.289/RS, Rel. Min. Mezod Azulay Neto, j. 02/02/2024, p. 02/02/2024.

em contextos de ações policiais ostensivas, sem que tenham sido precedidas por investigações detalhadas.

Como resultado, o depoimento dos policiais envolvidos torna-se um elemento central para o convencimento dos magistrados, já que fornece informações sobre o contexto da abordagem e as percepções sensoriais captadas no momento da prisão e apreensão das drogas.

No entanto, essa dependência do relato policial pode extrapolar para considerações subjetivas, como impressões pessoais ou interações prévias com o acusado, sem a devida fundamentação em elementos verificáveis que comprovem, de fato, uma dedicação habitual às atividades criminosas. A declaração de que o acusado "é conhecido no meio policial" ou "dedica-se ao tráfico" deve ser questionada como elemento conclusivo e suficiente para negar o benefício do tráfico privilegiado.

Questiona-se: de que forma o acusado pode refutar a declaração do policial de que ele "é conhecido como traficante" ou que "é visto em local de venda de drogas"? Não se trata de duvidar da veracidade da palavra do policial ou das boas intenções do agente público. Mas se não há prova documentada de tal circunstância, parece inviável acolher as considerações como verdade no âmbito do processo.

Sobre o tema, Maria Gorete Marques de Jesus, a partir de ampla pesquisa sobre a construção da verdade jurídica no âmbito dos processos de tráfico de drogas, aponta para a existência de expressões, que vão além da "fé pública" e da "presumida veracidade", que justificam a acolhida das narrativas policiais como verdadeiras. Nesse sentido, concebe-se um conjunto de convicções que vão desde a concepção do policial como representante do Estado (crença na função policial), como outras baseadas no reconhecimento de um saber policial, legítimo e habilidoso (crença no saber policial), na credibilidade de que policiais irão agir para proteger a sociedade, ainda que empreguem violência ou estratégias ilegais (crença na conduta do policial), ou ainda na ideia de que os acusados podem mentir para se defenderem (crença de que o acusado vai mentir). Há ainda a ideia de que a justiça criminal e seus operadores têm o papel de defender a sociedade, tudo direcionando ao acolhimento das narrativas policiais como verdades praticamente inquestionáveis⁹².

Essas crenças "são combinadas, entrelaçadas, sustentadas umas pelas outras nas estratégias discursivas dos operadores do direito. Elas compõem o que chamamos de "regime

⁹² JESUS, Maria Gorete Marques de. Op. cit., p. 199.

de validação", um tipo de sistema em que os vocabulários são considerados ou não, a depender do repertório de crenças que lhes dá suporte"⁹³.

As sentenças nº 33 e nº 169 exemplificam claramente essa dinâmica. No primeiro caso, a prisão da acusada ocorreu após uma abordagem da Polícia Militar durante um “patrulhamento de rotina”. O magistrado, ao justificar a negativa da causa de diminuição de pena, faz menção às "informações prestadas pelos policiais" sobre o suposto “relacionamento íntimo da acusada com indivíduos já presos por tráfico”. No segundo, há menção às “declarações dos policiais militares dando conta de que o réu era sempre visto em locais de intenso tráfico.”

A ausência de provas concretas, como interceptações telefônicas, quebras de dados, filmagens ou fotografias, ou quaisquer outros meios de investigação válidos, torna indevida a consideração de tais "informações" como elemento suficiente para fundamentar uma situação processual desfavorável ao acusado.

Sentença nº 33

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: “01 (um) tijolo prensado de cocaína, pesando 516,6” (p. 1)

Contextualização fática: O policial militar C. C. G. de L. narrou que, no dia dos fatos, estavam em patrulhamento de rotina no bairro Boiçucanga, quando uma pessoa se aproximou e denunciou que uma mulher, que em certo horário e descrevendo as características, com uma criança, estaria trazendo drogas, de Guarujá a Boiçucanga. Realizaram a busca em alguns ônibus, quando se depararam com a pessoa com as descrições mencionadas, a ré Patrícia, que portava uma bolsa, recusando-se, inicialmente, a entregá-la aos policiais, porém, acabou cedendo, sendo localizados na referida bolsa 560 g de pasta de cocaína.

Fundamentos para negativa do benefício: “Na terceira fase, em que pese a primariedade técnica da acusada, verifico ser inaplicável ao presente caso a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, em razão das circunstâncias negativas em concreto envolvendo a prisão em flagrante da acusada, na companhia de seu próprio filho, **além de informações prestadas pelos policiais de relacionamento íntimo com pessoas presas por tráfico**, tudo a indicar seu seguro envolvimento e dedicação às atividades criminosas, consubstanciadas ainda pela expressiva quantidade de cocaína apreendida (01 tijolo prensado de cocaína, pesando 516,6 g) de natureza especialmente gravosa” (p. 7)

⁹³ Ibidem, p. 201.

Data da sentença: 10/09/2020

Sentença nº 169

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: “cento e quarenta (140) pinos contendo substância esbranquiçada, denominada cocaína, pesando aproximadamente 163,26g (cento e sessenta e três grama e vinte e seis centigramas), bem como oitenta e sete (87) porções contendo substância amarelada, denominada cocaína, na forma de “crack”, pesando aproximadamente 38,67 (trinta e oito gramas e sessenta e sete centigramas)” (p. 1)

Trechos de interesse: “Necessário esclarecer que não há que se falar em aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 para o réu, uma vez que referida norma visa à redução da punição do “traficante de primeira viagem”. **As declarações dos policiais militares dando conta de que o réu era sempre visto em locais de intenso tráfico, aliadas à imensa quantidade e variedade de drogas apreendidas, deixam claro o prestígio que o acusado gozava entre os que lhe forneciam os entorpecentes, fato que, sem dúvida, demonstra a condição de traficante que não está iniciando no comércio ilegal.** Como se não bastasse, quando interrogado em juízo, o réu informou que já foi internado na Fundação Casa em razão de fatos semelhantes, de modo a revelar que possui envolvimento com o comércio ilícito desde a sua adolescência.” (p. 6)

Data da sentença: 12/06/2023

A sentença nº 36 também ilustra a prevalência do depoimento policial como base para se concluir pela *dedicação às atividades criminosas*. No caso, o juiz considerou que "os três policiais militares, que realizavam patrulhamento no dia dos fatos, afirmaram que o réu, identificado como 'Neblina', era conhecido por comercializar drogas em sua residência". Um dos policiais destacou que tinha conhecimento dessa atividade há mais de um ano. Nesse contexto, levanta-se a questão: porque, se tal situação era conhecida há tanto tempo, não houve a devida comunicação ao órgão competente para investigação, possibilitando a instauração de um procedimento formal?

Sentença nº 36

Estado de origem: PR

Quantidade de drogas envolvida: “23g de cocaína e 14g de maconha, além de mais 13g de cocaína.

Contextualização fática: (PM) Em ocasião de patrulhamento, a equipe policial visualizou o ora denunciado e A. J. da S. em atitudes suspeitas, razão pela qual realizou abordagem e busca pessoal em ambos e constatou que Alécio, identificado como usuário de drogas, possuía em mãos 03 (três) porções de crack, adquiridas há instantes do denunciado, enquanto VINÍCIUS trazia consigo 22 (vinte e duas) porções do mesmo entorpecente, além da quantia de R\$ 30,00, provenientes da venda de drogas que acabara de fazer. Ato contínuo, a equipe policial adentrou na residência do denunciado e localizou uma porção maior de crack, bem como a quantia de R\$307,00 em dinheiro, oriundo do tráfico de drogas, motivo pelo qual efetuou a prisão em flagrante delito de V. e encaminhou A. à delegacia de polícia, consoante auto de prisão em flagrante delito

Fundamentação para negativa do benefício: “Há que se observar que o réu não faz jus à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06, em que pese o pleito da defesa (seq. 163). Conforme relatório do “Sistema Oráculo” acostado no seq. 164, apesar de possuir outros registros, o réu é primário e portador de bons antecedentes. Todavia, observa-se que o acusado fazia do comércio ilícito de entorpecentes seu meio de vida, não se tratando de traficante iniciante, revelando sua dedicação à atividade criminosa, há pelo menos 6 (seis) meses.

Nesse enfoque, **os três policiais militares, que realizavam patrulhamento na data do fato, afirmaram que o réu, identificado como “N.”, era conhecido por comercializar drogas em sua residência, frisando o policial V. que já tinha conhecimento dessa situação há mais de um ano.**

Ademais, os agentes apontaram que havia denúncias registradas no sistema “181 Narcodenúncia” em face do acusado, além do que recebiam informações de moradores da região.

Da própria narrativa do acusado, verifica-se que ele informou que, em razão da pandemia, perdeu o emprego e começou a comercializar drogas, durante cerca de 6 (seis) meses. E, a genitora do réu (seq. 117.6), salientou que após perder o emprego o acusado começou a vender entorpecentes, sendo que havia movimentação em sua residência. Por tais razões, incabível a concessão do benefício de redução da reprimenda ao acusado.”

Data da sentença: 25/01/2022

Outro aspecto relevante é o risco de parcialidade nos depoimentos de policiais. O relato de um agente público deve ser considerado com o mesmo rigor que qualquer outra prova

submetida ao juízo, não estando, evidentemente, isento de questionamentos. Essa cautela é especialmente importante em casos que envolvem abordagens de rotina ou em regiões marcadas por uma pressão constante para apresentar resultados no combate ao tráfico de drogas. No caso da sentença nº 136, tem-se que a policial militar responsável pela prisão “morava a poucas quadras da residência do réu e por isso começou a receber várias denúncias de tráfico via *whatsapp*.”

Sentença nº 136

Estado de origem: PR

Quantidade de drogas envolvida: “01 (uma) pedra de ‘crack’ fracionada e embalada, pronta para a venda, pesando no total aproximadamente 0,5 (meio) grama e 03 (três) porções de ‘maconha’, pesando no total aproximadamente 29 (vinte e nove) gramas)” (p. 1)

Trechos de interesse: “No caso dos autos, denota-se que o acusado guardava e mantinha a “maconha” e o “crack” em depósito de maneira autônoma, não voltada apenas à manutenção de eventual vício em drogas, e de forma habitual.

A policial militar U. F. S. relatou que morava a poucas quadras da residência do réu e por isso começou a receber várias denúncias de tráfico via *whatsapp*. No geral, as informações davam conta de que M. e D. comercializavam drogas em conluio (seq. 193).

Já os milicianos A. e N. acrescentaram que “em buscas no sistema foi localizado no disk denúncia uma denúncia informando sobre o tráfico de drogas no local (denúncia 16105/2017)” (seq. 4.3).

Tudo isso foi confirmado com a prisão em flagrante do réu na posse de “maconha” e “crack”. Na mesma ocasião, deteve-se o usuário L.H.P.C. saindo da casa de M., o qual portava 7g (sete gramas) de “maconha”, embalada de forma idêntica à encontrada com o acusado. Além de todas as evidências da dedicação do réu à atividade ilícita do tráfico, ele também confessou fazer uso de substâncias entorpecentes desde os dez anos de idade (seq. 175.1), razão pela qual estava plenamente inserido no submundo do tráfico, seja fomentando o comércio de drogas como usuário, seja efetivamente traficando (o que ficou provado no feito). Nesse contexto, imperioso reconhecer que o denunciado tem um passado maculado, na medida em que há anos vem cometendo de forma reiterada ao menos um crime da Lei Antidrogas, não sendo viável a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da sobredita Lei porque ficou evidenciado se tratar de agente que se dedicava à atividade do tráfico.” (p. 25)

Data da sentença: 24 de agosto de 2018 (p. 29)

O argumento trazido por depoimentos policiais de que o local da abordagem é conhecido como ponto de venda de drogas também proporciona distorções relevantes na aplicação da lei, uma vez que tal circunstância deve necessariamente estar comprovada no processo, para além de meras afirmações de conteúdo impossíveis de serem verificadas.

Conforme observa Jesus, a própria caracterização do tráfico de drogas envolve a relevância do território, do local identificado como ponto de venda de entorpecentes. Em sua pesquisa, a autora aponta que, diferentemente de outros tipos penais, o local desempenha papel fundamental na definição do delito de tráfico. Por exemplo, o lugar onde ocorre um furto não serve para definir ou comprovar o delito, nem o local de um crime de receptação é considerado indício para sua caracterização. No entanto, no tráfico de drogas, a identificação do local é tratada como um critério que define a infração, inclusive com respaldo legal. Essa informação – de que o local é conhecido como ponto de tráfico – frequentemente entra no processo pela narrativa policial e é recebida como verdade⁹⁴.

A partir dessa narrativa, a conclusão subsequente, alcançada de forma imediata, é a de que o indivíduo surpreendido no cometimento de alguma conduta relacionada a drogas é traficante e, para além disso, é *dedicado às atividades criminosas*. Em outras palavras, mesmo que o acusado alegue em sua defesa que estava no local apenas para adquirir drogas, e não para vendê-las, e que não existam outros elementos além da territorialidade - fundamentada unicamente no "conhecimento policial" - a prisão em um local conhecido como ponto de venda de drogas, devido à vagueza do dispositivo legal, já propicia a interpretação de que se trata de uma pessoa *dedicada às atividades criminosas*. Tal dinâmica pode ser observada na sentença nº 31.

Sentença nº 31

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: 79 porções de cocaína, 45 de maconha e 15 de crack

Trechos de interesse: Os Policiais Militares F. A. de S. e G. C. J., quando inquiridos em juízo, disseram que estavam em patrulhamento de rotina e que o local dos fatos é ponto de venda de drogas. Asseveraram que avistaram o acusado no recinto, sendo que o réu, ao perceber a presença dos agentes, apresentou nervosismo, motivo pelo qual foi abordado. Relataram que,

⁹⁴ JESUS, Maria Gorete Marques de. Op. Cit., p. 107-109.

em revista pessoal, encontraram as drogas apreendidas (79 porções de cocaína, 45 de maconha e 15 de crack), que estavam dentro de uma pochete que o réu utilizava na cintura.

Na terceira fase da dosagem, porque o crime foi cometido nas proximidades de uma escola, conforme pontuado pelo policial militar hoje inquirido, aumento a reprimenda do acusado em 1/6 (um sexto).

Ainda nessa fase, verifico que o acusado não tem direito à causa de redução mencionada no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, porque esta regra não incide ao caso concreto.

Em que pese o acusado não ostentar condenação criminal, é evidente que a benesse penal em questão é dirigida a pessoas que se envolveram com a traficância de forma pontual, ocasional, hipótese com a qual não se identifica o caso vertente. O acusado estava traficando em local amplamente conhecido por ser o maior ponto de venda de drogas da comarca, que é situado nas proximidades de uma escola. Além disso, o réu levava consigo quantidade grande quantidade de entorpecentes.

Data da sentença: 17/11/2020

Os casos representados nas sentenças nº 33, nº 36 e nº 31, chegaram ao STF mediante *Habeas Corpus*, tendo a Corte Suprema validados os fundamentos utilizados para ao afastamento da causa de diminuição⁹⁵.

Já no caso da sentença nº 169, a Corte, também em *Habeas Corpus*, reconheceu a ilegalidade na negativa do benefício e deferiu a ordem, reconhecendo o direito à minorante⁹⁶.

2.7 Conversas extraídas de aparelho celular ou interceptações telefônicas (Código 3) e anotação relacionadas ao tráfico, petrechos para fabricação e embalagem, estrutura montada para traficância (Código 5)

A pesquisa identificou decisões em que a fundamentação judicial, para fins de negativa ao benefício do tráfico privilegiado, se apoiou em elementos concretos, como a extração de dados de aparelhos celulares apreendidos durante a prisão ou em interceptações telefônicas realizadas previamente. Essas provas vão além de meras presunções, oferecendo ao julgador uma base sólida para concluir por um efetivo envolvimento do acusado com o tráfico de drogas.

⁹⁵ STF, HC 231.629/SP, Rel. Min. Cristiano Zanin, j. 09/10/2023, p. 16/10/2023; STF, HC 231.988/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 05/09/2023, p. 06/09/2023; STF, HC 231.503/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 23/08/2023, p. 24/08/2023, respectivamente.

⁹⁶ STF, HC 235.206/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30/11/2023, p. 04/12/2023.

O fato de o juiz mencionar especificamente o conteúdo de conversas, fotografias ou outros elementos que sugerem envolvimento contínuo do acusado no tráfico, concatenando-os com as demais circunstâncias delitivas, permite que o réu tenha a oportunidade de questionar a integridade dos dados, a validade das medidas judiciais, a identidade dos interlocutores ou até mesmo o contexto de conversas captadas.

Tem-se, portanto, situação que contrasta significativamente com situações abordadas anteriormente, nas quais a refutação por parte da defesa torna-se muito mais difícil devido à ausência de provas concretas e ao uso de suposições. Aqui, a referência a elementos concretos não apenas fortalece a acusação, mas também torna a defesa mais possível e legítima dentro do processo.

Antes de proceder aos comentários individualizados sobre algumas dessas decisões, é importante destacar que a validade da extração desses dados não é objeto de questionamento nesta pesquisa. Para os propósitos da análise, toma-se como premissa que os dados extraídos foram obtidos de forma legítima e puderam ser utilizados validamente como prova.

Na sentença nº 4, o magistrado concluiu que as conversas extraídas do aparelho celular revelaram uma intensa movimentação de comércio de drogas, corroborando a conclusão de que o acusado se *dedicava às atividades criminosas*, especificamente o tráfico de drogas.

Sentença nº 4

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: 4,88 gramas de *Cannabis sativa L.*, popularmente conhecida como maconha, acondicionada em 13 sacos plásticos

Contextualização fática: A testemunha A. J. da S. de A., policial militar, declarou que havia uma viatura policial em diligência na casa de outro indivíduo C. tendo recebido informação de que “C.” estaria na casa do réu, pois ambos eram amigos. Que em virtude de o policial civil [G.] já saber o endereço do réu, conduziu o policiamento até o local, tendo sido feito o contato com o acusado, o qual informou que “C.” não estava ali. Que foi solicitado para o réu se a guarnição poderia adentrar o imóvel para confirmar a informação, tendo o acusado franqueado a entrada na residência, onde, de fato, “C.” não estava. Que, contudo, dentro do guarda-roupa do réu, em uma divisória, foram encontradas treze porções de maconha e uma faca.”

“A propósito, os depoimentos prestados pelos policiais gozam de credibilidade, uma vez que prestam testemunho de forma compromissada e sob as penas da lei. Não havendo razões outras que indiquem a falta de compromisso com a verdade, a simples função por eles exercida não é de molde a ensejar o descrédito das declarações prestadas.

“Verifica-se que do aparelho celular do acusado foi extraída conversação típica de mercancia de entorpecentes em que o réu escreve para “D.” que “E pó nós não tem só maconha” e “D.” responde que “então, eu já to indo embora” e o acusado por sua vez escreve “Pergunta pra Luana se ela vai querer maconha pq não tenho pó”

Fundamentação para negativa do benefício: Inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, uma vez que ausente o requisito subjetivo, haja vista que as provas contidas nos autos indicam que o réu se dedica a atividades criminosas traficância de drogas, devendo-se destacar que com ele foram apreendidos 4,88 gramas de *Cannabis sativa L.*, popularmente conhecida como maconha, acondicionada em 13 sacos plásticos, assim como, **conforme se extrai da análise do conteúdo extraído de seu celular**, o seu vasto envolvimento fornecimento de entorpecentes a terceiros, havendo, ainda, o relato do policial de que sobre o réu pesavam denúncias anônimas de trafica de drogas no local dos fatos em tela. Ainda, das conversações extraídas de seu aparelho celular, verifica intensa movimentação de comércio de droga.”

Data da sentença: 22/02/2022

Em outro exemplo, retratado na sentença nº 61, destaca-se a relevância de uma prévia investigação conduzida pela Polícia Civil, que resultou no cumprimento de um mandado de busca e apreensão. Nesse contexto, imagens e conversas extraídas do celular do réu foram reveladas por meio de laudo pericial, fornecendo dados substanciais de sua participação contínua em atividades ilícitas relacionadas ao tráfico de drogas.

Sentença nº 61

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: 41,84g (quarenta e um gramas e oitenta e quatro centigramas) de maconha, distribuídos em 02 (duas) porções, bem como 8,75g (oito gramas e setenta e cinco centigramas) de cocaína, distribuídos em 29 (vinte e nove) porções

Contextualização fática: O policial civil W. A. G. narrou que na data do fato prestou apoio ao cumprimento de um mandado de busca e apreensão, o qual consistia na localização de elementos para constatação do tráfico entorpecente praticado pelo réu.

Ao chegar ao endereço constante no mandado, chamou por D., o qual afirmou a existência de drogas para consumo próprio no imóvel, esclarecendo que em um colchão na sala havia uma porção média de maconha envolvida em plástico filme, além de uma carteira contendo R\$ 100,00 (cem reais) em notas diversas.

Apesar de D. negar a existência de mais entorpecentes no local, o depoente localizou uma porção média de substância aparentando ser cocaína envolvida em plástico filme dentro de um guarda-roupa, além de uma sacola contendo 29 pinos da mesma substância e a quantia de R\$ 42,00 (quarenta e dois reais) em notas diversas.

Segundo o depoente, D. afirmou que as porções de maconha localizadas eram para consumo próprio, revelando que vendia as porções de cocaína pela quantia de R\$ 20,00 (vinte reais). Ao verificar o aparelho celular de D., o depoente visualizou diversas conversas que envolvendo a venda de droga, acrescentando ainda, ter localizado uma balança de precisão no local.

Fundamentos para negativa do benefício: Na terceira fase, incabível a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4ª, da Lei 11.343/06, porquanto há fortes indícios de que D. se dedique à atividade criminosa, notadamente porque o local dos fatos era alvo de inúmeras denúncias, tanto que **resultou na expedição de mandado de busca e apreensão na residência do agente, o que restou demonstrado pelas imagens e conversas constantes no laudo pericial do aparelho celular do réu (fls. 172/191)**. Assim, torno definitiva a pena em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Data da sentença: 04/07/2022

Também foram identificadas sentenças em que a fundamentação se baseou no encontro de petrechos e insumos utilizados na fabricação ou embalagem de entorpecentes, ou ainda na existência de uma estrutura dedicada a tais finalidades, levando a conclusão de que o réu se *dedicava às atividades criminosas*. A presença de balanças de precisão, materiais para fracionamento, matérias primas, cadernos de anotação contendo informações sobre o fluxo financeiro criminoso, além de utensílios usados no preparo e transporte das drogas são exemplos dos achados.

Sentença nº 110

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: uma porção de 2.950,00 gramas da droga '*Cannabis sativa*'; uma porção de 10,00 gramas da mesma droga; 46 (quarenta e seis pés) da planta '*Cannabis sativa*' (com peso 17.600,00 gramas), mais 15 (quinze) pés da mesma planta (com peso 28,24 gramas), plantas que constituem matéria-prima para a preparação da droga "maconha"

Contextualização fática: O policial civil M. A. T. disse que a DISE local recebeu 3 ou 4 denúncias de que existiria plantação de maconha e que o endereço da Rua Florianópolis, 310,

era sempre mencionado. Neste local, houve diligência com um drone e, assim, foi captada imagem de uma plantação de maconha. Antes que fizesse o pedido de busca domiciliar, recebeu a informação de que a droga seria retirada. Assim, aguardou no local e, com a chegada do acusado, ele foi abordado e localizado frasco com óleo de maconha. No interior do imóvel, localizou uma máquina para extração de óleo da droga, além de vasos com planta cannabis. Ainda de acordo com as denúncias a droga comercializada por ele era de qualidade diferente.

Fundamentos para negativa do benefício: Em terceira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição da pena, sendo inviável o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da lei antidrogas, pois a estrutura montada pelo acusado no local para cultivo de grande quantidade de cannabis sativa revela sua dedicação a atividades criminosas.

Essa conclusão é possível pela análise da estrutura instalada no imóvel, com iluminação e ventilação destinados ao desenvolvimento das plantas, demonstrando a dedicação do agente àquelas atividades, o que é corroborado pela grande quantidade de vasos com plantas em diferentes estágios de desenvolvimento, sendo arbustos e mudas da mesma espécie vegetal, o que revela a existência de verdadeira linha de cultivo contínuo, e não apenas eventual da droga, caso em que tenho como bem comprovada a dedicação do agente a atividades criminosas.

Data da sentença: 18/01/2023

Sentença nº 47

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: 69,910g de “Metil Benzoil Ecgonina”, vulgarmente conhecida por cocaína, acondicionadas em 281 tubos plásticos, do tipo 'eppendorf'; 410g da mesma substância “Metil Benzoil Ecgonina”, vulgarmente conhecida por cocaína, acondicionadas em segmento plástico transparente; outra menor porção de “cocaína”, acondicionada em segmento plástico com peso aproximado de 55,820g e 2,610g de “Cannabis Sativa L”, vulgarmente conhecida como maconha, acondicionada em 04 porções envoltas por segmento plástico.

Contextualização fática: Declarou que durante o patrulhamento ostensivo próximo à residência do indivíduo, v visualizaram que ele segurava algo em uma das mãos. Conforme já haviam algumas denúncias que o sujeito estava comerciando entorpecentes o abordaram, porém no momento que percebeu a proximidade dos policiais tentou evadir-se para o interior da residência, fechando bruscamente o portão onde fora impedido, devido a Sandro ter colocado sua mão para impedir que ele fechasse o portão. Em seguida, o sujeito foi contido, foi localizado o entorpecente em suas mãos e foi solicitado apoio policial e ao chegarem mais duas viaturas fizeram uma vistoria na residência. O indivíduo informou onde estava localizado mais drogas, e os policiais encontraram aproximadamente 281 'eppendorf' cheios e mais alguns vazios, um valor

em dinheiro, uma embalagem com uma porção de cocaína, um aparelho celular e uma arma de fogo. Indagado pelo policial, o indivíduo afirmou estar comercializando os entorpecentes, assim foi dada a voz de prisão em flagrante e este foi conduzido para a Delegacia de Polícia Civil.

Fundamentos para negativa do benefício: Não reconheço a figura do tráfico privilegiado, na forma do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, porque a quantidade e variedade de drogas apreendida é expressiva, sem olvidar que os petrechos apreendidos (dinheiro, caderno de anotação, *eppendorfs* vazios) demonstram a dedicação do acusado ao crime de tráfico de drogas.

Data da sentença: 06/05/2020

Sentença nº 68

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: 950 (novecentos e cinquenta) gramas da droga Cannabis sativa pronta para o consumo; 36,55 Kg da planta Cannabis sativa, 194,69 gramas da droga cocaína.

Contextualização fática: O policial civil R. F. M. disse que havia informações da existência de uma estufa para cultivo de maconha no local. Iniciou trabalho de campo e observou uma chácara com grande quantidade de placas para geração de energia solar. Após, solicitou mandado de busca domiciliar, tendo sido dado cumprimento e, no local, encontrou diversas mudas e arbustos do gênero vegetal cannabis sativa e também documentos em nome do acusado. Em seguida, procurou o proprietário do imóvel, Sr. M., que prontamente afirmou que era o proprietário da chácara, mas que ela estava locada para D. C. de A. Efetuadas diligências, o acusado foi capturado e confessou que realmente era o locatário do imóvel e o responsável pelo cultivo das plantas. Constatou que a irrigação das plantas era sistema bastante sofisticado. Além disso, havia sistema elétrico de controle de iluminação, irrigação e temperatura.

Na geladeira do imóvel havia três sacos contendo folhas de maconha ressequidas, prontas para o consumo humano. Na casa do acusado, no Jardim Igaçaba, apreendeu certa quantidade de cocaína, mas não havia invólucros vazios ou anotações típicas da traficância.

Fundamentos para negativa do benefício: Em terceira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição da pena, sendo inviável o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da lei antidrogas, pois a estrutura montada pelo acusado no local para cultivo de grande quantidade de cannabis sativa revela sua dedicação a atividades criminosas.

Essa conclusão é possível porque o imóvel contava com sistema de irrigação, controle de iluminação e temperatura, em imóvel alugado e onde foram apreendidos vegetais já ressequidos, 139 arbustos da espécie vegetal *cannabis sativa* e outras 100 mudas da mesma

espécie vegetal, o que revela a existência de verdadeira linha de cultivo contínuo, e não apenas eventual da droga, caso em que tenho como bem comprovada a dedicação do agente a atividades criminosas, aplicando-se o entendimento seguinte:

Data da sentença: 14/02/2022

As sentenças que se baseiam em dados verificáveis — como interceptações telefônicas, registros de movimentações financeiras ou outros indícios objetivos produzidos sob o crivo do contraditório — devem ser vistas como exemplos positivos de uma atuação judicial mais consentânea com o postulado do “cognitivismo processual”, conforme delineado por Ferrajoli, referente à forma de comprovação jurisdicional do desvio punível.

Já foi dito que o implemento dessa racionalidade deve ser buscado na maior medida possível, servindo como um guia para a reforma e a melhoria contínua do direito. Assim, para assegurar a maximização do garantismo, é imprescindível que os magistrados fundamentem suas decisões em elementos concretos, mensuráveis e devidamente comprovados, em vez de recorrerem a presunções ou conjecturas.

Embora tenham sido identificadas sentenças em que o magistrado se preocupou em fundamentar o afastamento da causa de diminuição de pena com base em elementos concretos e verificáveis, demonstrando que o acusado, de fato, não era um traficante ocasional, essa constatação não elimina a problemática sobre a redação do dispositivo. Pelo contrário, evidencia a necessidade de uma análise mais profunda sobre a aceitação acrítica do conceito de “criminoso habitual” que, no caso, tem a roupagem de *dedicado às atividades criminosas*.

É nesse contexto que a redação vaga do dispositivo legal necessita ser revisitada e problematizada, sobretudo para evitar que conceitos históricos e estigmatizantes continuem a influenciar negativamente a prática judicial. Essa crítica será retomada no capítulo 3.

2.8 Concurso de pessoas (Código 6) e uso de veículo preparado para o transporte de droga (Código 7)

Com relação ao concurso de pessoas, os achados demonstram que a simples atuação conjunta pode ser entendida pelos magistrados como elemento revelador de habitualidade no tráfico de drogas. A redação do dispositivo, permissiva de ampla consideração do que se entende por *dedicação às atividades criminosas*, propicia o emprego de tal presunção.

No caso da sentença nº 108, o juiz negou a aplicação do benefício considerando o concurso de pessoas e o "*modus operandi*" utilizado, que envolvia a comercialização da droga escondida em uma caixinha simulando uma miniatura de bíblia. Nesse contexto, o magistrado argumentou que o envolvimento com outra pessoa e a forma de ocultação da droga indicavam a *dedicação às atividades criminosas*.

Sentença nº108

Estado de origem: SP

Quantidade de drogas envolvida: “cocaína, dividida em 18 invólucros individuais, com peso líquido aproximado de 11 gramas” que se encontravam dentro de uma caixinha (imitação de uma miniatura da bíblia) com o fim de comercializar a droga.

Contextualização fática: O policial militar C. em depoimento ao juízo, disse que: “foi acionado via COPOM por meio de denúncia com detalhes de vestuário dos Réus e os policiais foram averiguar o local, e fazendo-se busca pessoal, foi achado com o R. uma caixinha com cocaína e com A. a quantia de R\$ 305,00 em dinheiro trocado. Afirma que no momento da abordagem os Réus ficaram em silêncio”.

Fundamentos para negativa do benefício: No tocante ao Réu R. deixo de aplicar a minorante uma vez que o concurso de pessoas e o *modus operandi* da atividade criminosa demonstra que o Réu estava inserido em contexto que permite denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas.

Data da sentença: 06/08/2019

Por fim, tem-se o encontro de fundamentação relacionada ao preparo de veículo para o transporte de drogas, circunstância entendida como demonstrativa da profissionalidade da atuação.

Sentença nº 25

Estado de origem: MS

Quantidade de drogas envolvida: “27 tabletes de maconha, com peso total de 16,6kg, e 5 tabletes de haxixe, pesando 5,1kg” (p. 1)

Trechos de interesse: “O Policial Militar R. S. C. afirmou em juízo que estavam fazendo bloqueios de rotina e então deram ordem de parada ao veículo dirigido pela acusada. Que a acusada ficou bem nervosa. Que em vistoria do veículo localizaram a droga escondida embaixo do banco e na parte traseira lateral. (fls. 328).”

“Por outro lado, entendo que não é caso de incidência do §4º do artigo 33 da lei de drogas, conforme argumentado pela Defesa, vez que as circunstâncias em que os fatos ocorreram, sobretudo o *modus operandi* adotado – uso de veículo preparado para o transporte da droga, conduz à inevitável conclusão de que a ré se dedicava ou mesmo contribuiu de forma concreta com atividade criminosa.”

Data da sentença: 16/12/2021

Sentença nº 45

Estado de origem: MS

Quantidade de drogas envolvida: 14 quilos de maconha e 1,3 quilo de cocaína.

Contextualização fática: As testemunhas ouvidas em juízo afirmaram que atuavam com outros policiais e ao fiscalizarem o veículo encontraram a droga e o réu confessou ser o seu transportador. Informaram que o destino da droga era o estado de São Paulo e que o sentenciado receberia R\$ 4.000,00 pelo serviço.

Fundamentos para negativa do benefício: O privilégio previsto no artigo 33, § 4º da lei em comento não deve ser aplicado pois se trata de dois tipos de droga, aparentemente em partes ocultas do veículo, e o réu não atendeu ao chamado da justiça para participar da audiência, demonstrando desprezo pelo sistema de justiça. Caso se entenda que esses motivos não são suficientes para negar o benefício ou que haveria *bis in idem* com a dosimetria da pena, considere-se também que ele aderiu ainda que provisoriamente a uma organização criminosa internacional destinada ao tráfico de drogas nessa fronteira com o Paraguai.

Data da sentença: 12/07/2022

2.9 Conclusão do capítulo

Neste capítulo, foram apresentados dados para subsidiar resposta à pergunta “como os juízes decidem?” A análise empírica demonstrou a diversidade de fundamentos empregados pelos magistrados para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, conforme prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com base na *dedicação às atividades criminosas*. A rigor, há a rotulação de que se trata de um “criminoso habitual”.

Constatou-se a presença de motivações que nem sempre se baseiam em provas, submetidas ao crivo do contraditório, mas em critérios vagos e subjetivos. Tais embasamentos são evidenciados a partir de opiniões e impressões pessoais, depoimentos isolados e raciocínios

indutivos, que, ao final, acabam por presumir a dedicação do acusado às atividades criminosas, resultando em situação jurídica desfavorável ao réu, que, como anunciado na introdução deste trabalho, chega a determinar se o condenado será ou não recolhido ao cárcere para o cumprimento da pena imposta.

Essa dinâmica pode ser verificada nas situações em que o magistrado mencionou que “quem se envolve com o tráfico, traz consigo e transporta substância entorpecente de espécies diversas, que certamente será oferecido para terceiros a preço pago, obviamente, se dedica às atividades criminosas”⁹⁷, ou quando consta que “a excessiva quantidade de drogas é incompatível com o benefício”⁹⁸, ou ainda, quando o juízo, a respeito da dedicação, estabelece que “o acusado era conhecido por policiais por comandar o tráfico local, demonstram que o acusado atuava no tráfico de entorpecentes da localidade”⁹⁹.

Não se busca discutir a possibilidade ou mesmo a probabilidade de as conclusões alcançadas pelos magistrados refletirem o *mundo real*, mas sim analisar como essas conclusões são construídas no *mundo do processo*. Não se pretende ignorar os contornos da conduta delitiva submetida a julgamento, minimizar a importância das quantidades de drogas envolvidas nas apreensões, nem desconsiderar a experiência e capacidade técnica dos magistrados ou dos policiais envolvidos nos casos concretos.

Tem-se em jogo, aqui, a fundamentação judicial enquanto elemento central da legitimidade da decisão. Sob perspectiva do garantismo penal, “somente se o tema do juízo consistir em um fato empírico taxativamente determinado em todos os seus elementos constitutivos - ação, o resultado, a culpabilidade – pode ser objeto de prova no sentido estrito, assim como de comprovação contraditória e imparcial”¹⁰⁰. Ao contrário, não se pode provar e menos ainda contraditar uma acusação indeterminada ou expressa mediante valorações, tanto inverificáveis quanto irrefutáveis.

Questiona-se a validade de motivações alcançadas sem suporte probatório, resultado de conjecturas e da própria opinião do julgador. Vale mencionar o brocardo jurídico *quod non est in actis non est in mundo*, isto é, *o que não está nos autos não está no mundo*, reforçando que provas não formalmente apresentadas e incluídas nos autos não podem ser usadas como

⁹⁷ Sentença nº 2.

⁹⁸ Sentença nº 7

⁹⁹ Sentença nº 19

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Op. cit., p. 124.

fundamento para condenar o acusado ou, como no caso em questão, influenciar a dosimetria da pena, especialmente para negar benefícios previstos em lei.

A análise das 200 sentenças descortinou um conjunto de fundamentações que puderam ser organizadas em apenas 16 códigos distintos. Os fundamentos mais recorrentes concentraram-se em poucos desses códigos, como a quantidade e/ou a natureza da droga, anotações relacionadas ao tráfico, a existência de investigações ou processos em curso, o registro de atos infracionais análogos a crimes e os depoimentos dos policiais envolvidos nas prisões.

Assim, embora a pesquisa tenha um escopo limitado, em comparação a estudos mais amplos, como o realizado pelo IPEA, e não pretenda retratar o funcionamento integral do sistema judicial brasileiro, considera-se que os dados coletados são suficientes para expor a problemática da aplicação desse dispositivo legal. Os fundamentos identificados se repetem de forma consistente, sugerindo que são, de fato, argumentos comumente empregados pelos magistrados.

Certamente, a pesquisa também revelou casos em que a negativa do benefício foi fundada em elementos concretos, como nas hipóteses das sentenças nº 4¹⁰¹, nº 47¹⁰², nº 61¹⁰³, nº 68¹⁰⁴, nº 110¹⁰⁵, nas quais foram referidos dados específicos, como fotografias, interceptações telefônicas, apreensão de maquinário ou a constatação de estrutura profissional voltada ao tráfico sistemático de drogas. Tais decisões representam um esforço positivo na tentativa de mitigar os efeitos da vagueza normativa e garantir maior legitimidade às decisões judiciais.

¹⁰¹ “(...) conforme se extrai da análise do conteúdo extraído de seu celular, o seu vasto envolvimento fornecimento de entorpecentes a terceiros, havendo, ainda, o relato do policial de que sobre o réu pesavam denúncias anônimas de trafica de drogas no local dos fatos em tela. Ainda, das conversações extraídas de seu aparelho celular, verifica intensa movimentação de comércio de droga.”

¹⁰² “(...) a quantidade e variedade de drogas apreendida é expressiva, sem olvidar que os petrechos apreendidos (dinheiro, caderno de anotação, *ependorfs* vazios) demonstram a dedicação do acusado ao crime de tráfico de drogas.”

¹⁰³ “(...) o local dos fatos era alvo de inúmeras denúncias, tanto que resultou na expedição de mandado de busca e apreensão na residência do agente, o que restou demonstrado pelas imagens e conversas constantes no laudo pericial do aparelho celular do réu.”

¹⁰⁴ “(...) o imóvel contava com sistema de irrigação, controle de iluminação e temperatura, em imóvel alugado e onde foram apreendidos vegetais já ressequidos, 139 arbustos da espécie vegetal *cannabis sativa* e outras 100 mudas da mesma espécie vegetal, o que revela a existência de verdadeira linha de cultivo contínuo, e não apenas eventual da droga, caso em que tenho como bem comprovada a dedicação do agente a atividades criminosas.”

¹⁰⁵ “(...) a estrutura montada pelo acusado no local para cultivo de grande quantidade de *cannabis sativa* revela sua dedicação a atividades criminosas. Essa conclusão é possível pela análise da estrutura instalada no imóvel, com iluminação e ventilação destinados ao desenvolvimento das plantas, demonstrando a dedicação do agente àquelas atividades, o que é corroborado pela grande quantidade de vasos com plantas em diferentes estágios de desenvolvimento, sendo arbustos e mudas da mesma espécie vegetal, o que revela a existência de verdadeira linha de cultivo contínuo, e não apenas eventual da droga, caso em que tenho como bem comprovada a dedicação do agente a atividades criminosas.”

Não obstante, o achado de decisões judiciais nas quais o dispositivo foi aplicado de maneira criteriosa não enfraquece a hipótese levantada pela pesquisa; ao contrário, reforça a problemática da discricionariedade excessiva no tratamento da matéria. A identificação de pronunciamentos que se alinham com a necessidade de fundamentação concreta permite contrastá-los com sentenças que se baseiam em critérios vagos e subjetivos. Essa disparidade, longe de invalidar a crítica, confirma a inconsistência na aplicação do dispositivo.

A redação vaga e indeterminada do artigo da Lei de Drogas, ao estabelecer a *dedicação às atividades criminosas* como critério para a exclusão do benefício do tráfico privilegiado, amplia significativamente o poder discricionário do magistrado, permitindo interpretações amplas, muitas vezes baseadas em julgamentos pessoais. Essa característica esvazia o tipo penal, ao invés de viabilizar a aplicação proporcional da pena para beneficiar o traficante ocasional, diferenciando-o do narcotraficante. Quando, por exemplo, a participação no tráfico, por si só, é usada como evidência de dedicação a atividades criminosas, o benefício é desvirtuado¹⁰⁶.

Veja-se o caso representado na sentença nº 2, onde o magistrado, considerando a própria figura elementar do tipo penal de tráfico de drogas, concluiu pela dedicação a atividades criminosas, ao mencionar que “a simples atividade remunerada, a venda do entorpecente, demonstra de forma clara a supracitada dedicação”, ignorando-se a necessária análise das circunstâncias fáticas e a própria conduta do réu.

Assim, o ponto central observado é que a redação vaga do dispositivo, ao estabelecer como requisito negativo para a aplicação da minorante que o acusado “*não se dedique às atividades criminosas*”, acaba por abrir um espaço interpretativo considerável, que, em alguns casos, pode representar arbitrariedade. Essa indeterminação normativa cria um terreno fértil para que fundamentos subjetivos sejam empregados, muitas vezes ancorados em dados que escapam ao crivo do contraditório, comprometendo a possibilidade de refutação pela defesa. A prática judicial revelada na análise das sentenças demonstra a pouca ou nenhuma preocupação nesse sentido.

A problematização do conceito de *não se dedicar às atividades criminosas*, central para a aplicação da causa de diminuição de pena, remete a questões mais profundas do ponto de vista criminológico. O dispositivo resgata a noção de “criminoso habitual”, amplamente criticada

¹⁰⁶ SEMER, Marcelo. Op.cit., p.251.

pela criminologia crítica e pelo garantismo penal, na medida em que desloca a análise do fato para julgamentos subjetivos sobre a pessoa do acusado.

Nos capítulos seguintes, serão apresentadas reflexões que aprofundam essa avaliação, com base no princípio da legalidade e no problema da discricionariedade judicial. A análise evidenciará como a falta de clareza na norma contribui para decisões judiciais que extrapolam a função de julgar o caso concreto, assumindo um caráter constitutivo da situação jurídica de indivíduo *dedicado às atividades criminosas*.

Será proposta uma revisão crítica do texto normativo, considerando a necessidade de maior precisão na redação da lei e a importância de limitar o espaço para interpretações arbitrárias. Esse esforço busca estabelecer conexões com os debates contemporâneos sobre as práticas judiciais no contexto da política criminal de guerra às drogas, analisada no capítulo 4, com vistas a fortalecer o processo penal como instrumento de justiça e proteção de direitos fundamentais.

CAPÍTULO 3 – ENTRE A LEGALIDADE E O DECISIONISMO – A DOGMÁTICA COMO FERRAMENTA DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO

Posto que o Direito penal possibilita as mais graves ingerências na esfera da liberdade dos cidadãos, admitidas pelo ordenamento jurídico, tem de se tomar especiais precauções contra o seu abuso. O princípio da preferência e reserva da lei se encontra, por isto, mais enraizado no Direito penal que em qualquer outra parte do Direito vigente¹⁰⁷.

O texto legal é o ponto de partida para a construção de uma norma jurídica, sendo claro que os conceitos de texto e de norma não se confundem. Ao prever, como requisito negativo ao benefício do tráfico privilegiado, que o acusado *não se dedique às atividades criminosas*, o legislador não especifica o que constitui essa dedicação, deixando a cargo do magistrado interpretar o contexto fático e definir, preenchendo o sentido e o alcance do enunciado, o que entende por indivíduo *dedicado às atividades criminosas*. A incerteza de sentido, não resulta apenas da vagueza das palavras, mas também da pluralidade de valores que informam a atividade do juiz e a esfera pública como um todo¹⁰⁸.

No ponto, adianta-se o questionamento sobre os motivos pelos quais a evidenciada postura punitivista dos magistrados no tocante ao crime de tráfico de drogas é adotada de forma recorrente nos pronunciamentos. Tal problemática não é novidade, tendo sido mencionada em diversos estudos especializados relacionados ao tema, apontando-se que a atividade dos juízes, nos processos de tráfico de drogas, tem sido de natureza complementar, relativizando princípios, adotando teorias, criando dogmas e ignorando situações de fato, tudo em favor de um bom combate às drogas¹⁰⁹.

No mesmo giro é a conclusão alcançada por Jesus, externada em seu trabalho sobre a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas¹¹⁰, no qual, aludindo a pesquisa realizada nesse contexto, afirma que juízes entrevistados disseram que o crime de tráfico exigia uma postura severa dos órgãos de justiça no combate às drogas, renunciando-se

¹⁰⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal: parte general. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares. p. 47.

¹⁰⁸ SANKIEVICZ, Alexandre. Desafios ao princípio da legalidade penal ante a imprecisão da linguagem jurídica. DPU nº 23 – Set-Out/2008 - Teoria e Estudos Científicos.

¹⁰⁹ VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra às drogas. 4 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 419.

¹¹⁰ JESUS, Maria Gorete Marques de. Op. cit.

ao papel do Poder Judiciário como guardião das leis. A pesquisadora destaca a problemática de magistrados que se equiparam a funções de órgãos de segurança pública, perdendo a “imparcialidade imprescindível ao julgamento”. “Acreditando que sua função é o combate à criminalidade”, os magistrados afastam-se da posição de garantidores do direito, tornam-se “mais uma arma apontada para a população”¹¹¹. O assunto será tratado especificamente no capítulo 4 da dissertação, onde serão aprofundadas as reflexões voltadas a responder ao questionamento “porquê os juízes decidem?”

Afinal, o que se entende por *dedicação às atividades criminosas*? No dicionário, “dedicação” é definida como a “característica, particularidade, estado ou comportamento da pessoa que se dedica a (alguém ou alguma coisa)”¹¹². A partir dessa definição semântica, pode-se inferir que *dedicação* implica intensidade e envolvimento contínuo (estado) de uma pessoa em determinada atividade. No contexto da lei de drogas, dedicar-se às atividades criminosas parece denotar uma adesão voluntária e reiterada a práticas ilícitas, evidenciando uma conduta sistemática e duradoura no campo da criminalidade.

O fato de uma pessoa praticar o tráfico de drogas por um período determinado – digamos, três semanas, nas quais teria negociado entorpecentes três vezes – seria suficiente à caracterização de dedicação duradoura à atividade ilícita? O indivíduo, flagrado com 2 quilos de cocaína escondidos no veículo que conduzia, pode ser rotulado como “criminoso habitual” com base nesse fato isolado? Ou aquele que é investigado por suposta prática de outro delito, ainda que não relacionado ao tráfico de drogas, pode ser classificado como alguém dedicado ao crime para fins de negativa do benefício? A não comprovação do exercício de atividade laborativa formal implica conclusão de que faz do tráfico meio de vida?

Indaga-se, como pode o acusado em um processo penal se defender de uma imputação de *dedicação às atividades criminosas* quando essa imputação, ainda que possa ser verdadeira, não encontra respaldo em dados verificáveis e sujeitos ao contraditório? Como contestar a validade da afirmação de um policial de que “o acusado é conhecido no meio policial”, ou refutar a presunção de que “a ausência de emprego formal indica relação direta com a dedicação a atividades criminosas”, baseando-se apenas na apreensão de determinada quantidade de droga ou no local da abordagem policial?

O texto legal não oferece critérios para responder a esses questionamentos. É necessário que o julgador considere elementos como a frequência das condutas ilícitas, o grau de

¹¹¹ Ibidem, p. 247.

¹¹² Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>

envolvimento, a extensão das atividades e a demonstração de comprometimento contínuo e sistemático com o tráfico de drogas ou, em geral, com atividades criminosas. É nesse ponto que surgem as mais variadas interpretações, amparadas, ou não, pelas provas constantes do processo, levando à imprevisibilidade das soluções empregadas pelo judiciário e, conseqüentemente, na própria ilegitimidade dos pronunciamentos.

O racional em torno da relação construída, neste trabalho, entre o dispositivo da lei de drogas e o princípio da legalidade envolve a noção de que é justamente a indeterminação do texto que propicia a existência de uma porta aberta para o decisionismo. Em outras palavras, em situações de indeterminação do texto legal, tem-se campo fértil à tomada de decisões judiciais baseadas mais na vontade do julgador do que em normas pré-estabelecidas. Por certo, a ausência de um método que assegure a "correção" no processo interpretativo não permite ao intérprete optar pelo sentido que melhor lhe aprouver¹¹³.

3.1 O texto da lei: um enfoque criminológico

O texto do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ao exigir que o réu *não se dedique às atividades criminosas* como requisito negativo para a aplicação da causa de diminuição de pena, remete, em essência, à ideia de negar-se o benefício ao “criminoso habitual”.

A conferência de sentido e significado ao termo “criminoso habitual”, ou no caso, *dedicado às atividades criminosas* carrega, em si mesmo, diversos momentos na história do Direito Penal moderno¹¹⁴. Neste ponto, não se pretende desenvolver uma investigação histórica aprofundada sobre o conceito de delinquência habitual, o que demandaria um estudo específico. Busca-se, antes, destacar os aspectos problemáticos associados a esse conceito e os efeitos de sua incorporação como critério negativo para a aplicação do benefício do tráfico privilegiado.

A questão remonta ao paradigma criminológico positivista, difundido entre o final do século XIX e o início do século XX, explicado por Anitua, de forma sintética, com base no “homem delinquente”, diferenciado como “outra raça”, em tudo diferente dos humanos normais, identificado a partir das características biológicas e psicológicas dos indivíduos, desenvolvendo-se teorias de natureza patológica sobre a criminalidade. Quando se destacava

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 6. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 87.

¹¹⁴ KASSADA, D. A.; SPONCHIADO, J. Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, [S. l.], v. 191, n. n. 191, p. 175–205, 2024. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/article/view/124>. Acesso em: 30 nov. 2024.

que alguém era diferente, isso queria indicar que esse alguém era inferior¹¹⁵. Por meio dessa abordagem, estabelecia-se uma distinção entre "indivíduos normais" e aqueles classificados como "criminosos"¹¹⁶.

Essa perspectiva, inicialmente desenvolvida por Cesare Lombroso, frequentemente mencionado como o "pai da criminologia", levou à formulação de categorias de delinquentes baseadas nas características observadas em pessoas detidas. Sinteticamente, essas características eram interpretadas como justificativas para enquadrá-las como "tipos" específicos de criminosos, considerados, portanto, aqueles que deveriam ser alvo da repressão penal¹¹⁷.

Tende-se a ver nas escolas positivistas o começo da criminologia como uma nova disciplina, ou seja, um universo de discurso autônomo, direcionada não ao estudo do delito em si, mas precipuamente ao indivíduo que o praticava, o "homem delinquente" e, como tal, clinicamente observável¹¹⁸. Sendo o delinquente espécie de subtipo humano, deve ser priorizado o seu estudo, sendo a análise do indivíduo mais relevante do que a análise do crime¹¹⁹. Os pensamentos de Lombroso influenciaram inúmeros criminologistas, concentrando-se essa nova disciplina no estudo clínico do "homem delinquente"¹²⁰.

Ferri (1828-1920) sistematizou as principais contribuições do positivismo criminológico em sua obra *Princípios de Direito Criminal*. Entre outros aspectos, destacou a rejeição ao conceito de livre arbítrio no direito penal, a defesa social como finalidade central da justiça criminal e a necessidade de estudar o crime a partir da figura do delinquente. Nesse contexto, estabeleceu uma classificação dos criminosos em cinco categorias: nato, louco, habitual, ocasional e passional¹²¹.

O primeiro, o nato, é aquele que apresenta uma carga congênita e orgânica para com o delito, motivo pelo qual não pode ser ressocializado. Já o louco tem uma anomalia física psíquica, que também é moral e que o leva a delinquir, enquanto o passional tem facilidade para exaltar-se, mas no geral é como o ocasional. O ocasional cede diante da oportunidade de

¹¹⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. cit., p. 297.

¹¹⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.29

¹¹⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. cit., p. 302.

¹¹⁸ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 29.

¹¹⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.93.

¹²⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. cit.

¹²¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. cit., p. 311-312.

delinquir, mas se o meio não favorece ele não age assim. Finalmente, o habitual revela uma tendência a delinquir adquirida, mas sem base orgânica¹²².

Escreve Ferri, citado por Ferrajoli

Entrar em um estabelecimento para condenados produzirá, quando os dados científicos sobre a gênese do delito tornarem-se consciência comum, os mesmos sentimentos desencadeados por uma visita a um estabelecimento de loucos ou de doentes comuns¹²³.

Garófalo, destacado expoente da criminologia positivista, sustentava que a defesa social consistia em uma luta contra os "inimigos naturais". Seu pensamento era impulsionado pela crença na existência de um "delinquente natural", conceito fundamentado mais em um racismo idealista do que em bases científicas. Para Garófalo, os delinquentes naturais eram aqueles desprovidos de sentimentos considerados essenciais e inatos aos seres humanos, como a piedade e a probidade. Na visão do autor, esses indivíduos eram irrecuperáveis, o que tornava inviável qualquer medida ressocializadora. Ele defendia, inclusive, a pena de morte para aqueles identificados como "sem piedade", por serem considerados incapazes de retornar ao convívio social¹²⁴.

Foi Garófalo quem introduziu o conceito de periculosidade, que definiu como uma "perversidade constante e ativa". Essa ideia foi amplamente utilizada para justificar práticas punitivas extremas e reforçar a exclusão social. Em obra publicada em 1909, Garófalo recorreu à metáfora da "guerra contra o delito" para reforçar seu entendimento de que o crime deveria ser combatido como uma ameaça natural e permanente à sociedade¹²⁵. A periculosidade rapidamente transformou-se na categoria penal fundamental do positivismo penal e, em geral, das doutrinas de defesa social¹²⁶.

As contribuições do positivismo criminológico, especialmente as de Ferri, com sua classificação dos criminosos, em particular o "criminoso habitual", exerceram um impacto significativo na consolidação de estereótipos sobre a criminalidade. Essas ideias promoveram a associação de determinados indivíduos ou grupos a características intrínsecas de periculosidade, fornecendo uma base teórica para legitimar intervenções estatais frequentemente sustentadas pelo discurso da "defesa social", reforçando preconceitos sociais e

¹²² Ibidem.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 249.

¹²⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. cit., p. 313-315.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 493.

contribuindo para práticas punitivas que ignoram os contextos sociais e econômicos que influenciam a conduta humana.

A partir de tais premissas históricas, percebe-se que a posituação dos termos *não se dedique às atividades criminosas* pela Lei de Drogas resgata, ainda que de forma não explícita, a ideia de “criminoso habitual” oriunda das teorias positivistas, conferindo-lhe aparente legitimidade. O uso desse conceito, amplamente vago e indeterminado, não apenas perpetua preconceitos históricos, mas também abre espaço para decisões judiciais fundamentadas em elementos subjetivos, presunções e valorações pessoais do magistrado. Tal prática contraria o princípio da legalidade estrita e dificulta a previsibilidade das decisões judiciais, fragilizando direitos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa.

A criminologia contemporânea, dos anos 30 em diante, se caracteriza pela tendência a superar as teorias patológicas da criminalidade, ou seja, as teorias baseadas sobre as características biológicas e psicológicas que diferenciam os sujeitos criminosos dos indivíduos normais, e sobre a negação do livre arbítrio mediante um rígido determinismo¹²⁷.

Conforme leciona Baratta, o salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia consiste, principalmente, na superação do paradigma etiológico (causas do crime) e de suas implicações ideológicas: a concepção do desvio e da criminalidade como realidade ontológica, existente em si mesmo, preexistente à reação social e institucional e a aceitação acrítica das definições legais como princípio de individualização daquela pretendida realidade ontológica.

Na perspectiva da criminologia crítica, em contraposição à velha criminologia positivista, a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas¹²⁸.

O conceito de “criminoso habitual” confronta um dos princípios basilares da tradição penal moderna: o de que ninguém deve ser punido por sua vida ou características pessoais, mas por um fato, previamente definido como crime e devidamente comprovado. Este princípio, consagrado no brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, assegura que a punição se baseie em comportamentos objetivamente definidos e não em juízos subjetivos sobre a personalidade ou o histórico do indivíduo.

¹²⁷ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 29.

¹²⁸ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 160-161.

A rigor, a condição de indivíduo *dedicado às atividades criminosas* acaba sendo constituída pelo magistrado. Sob essa ótica, o “criminoso habitual”, ou o “dedicado ao crime”, não revela apenas uma indevida categoria descritiva; é, sobretudo, um instrumento de poder disponibilizado ao magistrado que colabora para a criminalização secundária e a rotulação de determinados grupos, perpetuando desigualdades estruturais.

Esse processo de rotulação ou etiquetamento será apreciado no capítulo 4, no âmbito das considerações feitas sobre a política de guerra às drogas e a atuação judicial, onde constam considerações específicas sobre como a atribuição do *status* de *dedicado às atividades criminosas* depende necessariamente da atuação das instâncias formais de controle social, como a polícia, o judiciário e o sistema prisional (*labeling approach*).

Na formulação de Ferrajoli sobre a tipologia dos sistemas punitivos, delineados a partir da subtração progressiva de axiomas garantistas, refletindo determinados “graus de garantismo”, um sistema em que a lei configure status subjetivos diretamente incrimináveis exemplifica um modelo de direito penal autoritário¹²⁹. Essa concepção está relacionada à supressão do sexto axioma do garantismo penal, consagrado no princípio *nulla actio sine culpa* ou axioma da ação. Nesse contexto, a lei abandona sua função primordial de regular comportamentos, assumindo um caráter constitutivo dos pressupostos da pena, que passam a ser violados com base em características pessoais, e não em condutas específicas, sejam elas ativas ou omissivas¹³⁰.

O exemplo extremo desse modelo, conforme destaca o jurista italiano, encontra-se nas leis penais raciais, nas quais uma condição natural da pessoa constitui, em si mesma, o pressuposto para a aplicação da pena. Esse esquema foi reproduzido historicamente, como na perseguição penal de hereges e bruxas, no modelo nazista do “tipo normativo de autor”, no stalinista do “inimigo do povo” e, mais modernamente, no positivismo criminológico com os conceitos de “delinquente nato” ou “natural”¹³¹.

No ordenamento jurídico brasileiro, podem ser associadas a esse modelo certas normas que dispõem sobre medidas punitivas direcionadas a categorias como “ociosos”, “vagabundos”, “propensos a delinquir” e, de forma análoga, aos *dedicados às atividades criminosas*, tal como positivado no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 95-98.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 98.

Refletir sobre essa situação exige considerações à luz do princípio da legalidade no direito penal e a consequente necessidade de que as normas penais sejam claras e precisas, a fim de evitar interpretações arbitrárias e assegurar a previsibilidade das decisões judiciais.

3.2 A estrita legalidade

Não há, na doutrina de direito penal, princípio mais relevante que o da legalidade. Trata-se de um dos pilares do próprio Estado Democrático de Direito, sendo o sustentáculo de qualquer sistema que pretenda conferir segurança jurídica ao indivíduo, a partir da prévia definição das condutas caracterizadas como crime e das respectivas consequências jurídicas, dentre elas, todas as nuances da aplicação de uma pena. A liberdade de qualquer pessoa, em um sistema de legalidade, somente será suprimida ou restringida nos estritos termos da lei¹³².

Antes da radical transformação das ciências criminais, precisamente a partir do advento e da consolidação do princípio da legalidade como elemento constitutivo do direito penal, as punições se encontravam impregnadas por forte caráter moral. Leis obscuras e imprecisas, com traços de direito feudal, romano, canônico e de costumes, representando uma pluralidade de fontes, resultavam incontável arbitrariedade judicial e condenações baseadas em características do réu, e não apenas nas circunstâncias fáticas submetidas a julgamento¹³³.

Remontam às lições de Beccaria, expoente do pensamento iluminista, na obra *Dos delitos e das penas*, os ideais precursores da reforma desse sistema, a partir da menção aos princípios da legalidade e da humanidade das penas, em busca da racionalização dos métodos punitivos. O rompimento com as tradições passadas, com suporte no primado da lei, seria o caminho possível ao alcance do ideal de certeza no direito¹³⁴.

No sistema garantista desenvolvido por Ferrajoli, o princípio da legalidade decorre do convencionalismo penal, definido como o primeiro elemento da epistemologia garantista, e é classificado a partir dos princípios da mera legalidade, representada no brocardo *nulla poena et nulla crimen sine lege*, e da estrita legalidade, pelo qual, *nulla poena sine crimine et sine culpa*¹³⁵.

¹³² BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 65-67.

¹³³ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. 1. ed. - Florianópolis [SC]: Emais Academia, 2020. p. 31-32.

¹³⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. p. 51, *Apud* FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Op. cit., p. 31.

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 38.

A mera legalidade reflete o primado da reserva legal, segundo o qual apenas a lei pode qualificar uma conduta como criminosa, mesmo que o comportamento seja moralmente condenável ou visto como prejudicial à sociedade. A imposição de uma pena deve estar previamente e formalmente prevista e é condicionada pela definição de um delito específico. Assim, uma conduta só se torna punível quando há uma descrição legislativa que a configure como crime.

Tem-se uma proteção contra possíveis arbitrariedades, uma vez que o juiz deve se ater aos limites da lei. Dessa forma, o magistrado não pode considerar para fins de penalização qualquer comportamento que julgue imoral ou socialmente nocivo; deve se restringir estritamente aos atos tipificados pela legislação penal como crimes.

De outro lado, o princípio da estrita legalidade indica que a lei penal deve se referir a comportamentos puníveis e não a sujeitos puníveis. Em outras palavras: a lei penal não deve definir o crime a partir de características pessoais ou do estilo de vida da pessoa, mas com base em comportamentos concretos, descritos com a máxima precisão em todos os seus aspectos.

Ferrajoli concebe o princípio da legalidade estrita como uma “técnica específica de redação legislativa”¹³⁶, voltada a impedir que convenções penais sejam arbitrárias e discriminatórias, evitando-se que o foco das normas penais sejam indivíduos ou grupos, ao invés de se dirigir a regulação de comportamentos. Exemplos históricos mostram como certas normas foram criadas para perseguir categorias inteiras de pessoas – como bruxas, hereges, judeus, subversivos e inimigos do povo – sob a justificativa de um perigo social. Mesmo atualmente, subsistem normas em ordenamentos jurídicos que estigmatizam desocupados e “vagabundos”, ou que rotulam pessoas como propensas a delinquir, ou ainda, pessoas que se “dedicam às atividades criminosas”, nos termos como previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

De fato, diversos pronunciamentos analisados na pesquisa parecem revelar fundamentações afetas muito mais às características pessoais, sociais ou territoriais relacionadas aos acusados do que aos fatos submetidos a julgamento.

Rememore-se, exemplificativamente, os contornos da sentença nº 55, na qual constou ser *incabível, no caso, a incidência da causa especial de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, diante da ausência de comprovação de que exerça atividade profissional lícita, o que demonstra a prática do tráfico como meio de vida, mormente se*

¹³⁶ Ibidem.

observado os seus antecedentes infracionais; nº 1, na qual o juiz afirmou que há indícios no sentido de que o acusado se dedica a atividades criminosas, em especial o tráfico de drogas. Com efeito, o acusado responde por outro crime de tráfico de drogas; ou ainda na sentença nº 136, onde constou, como argumento para o afastamento do benefício, que o acusado confessou fazer uso de substâncias entorpecentes desde os dez anos de idade.

As constatações colocam em contexto a atuação judicial e demonstram a pertinência da crítica elaborada a partir da técnica legislativa empregada na elaboração do dispositivo, resultando um tipo aberto.

As exigências de lei prévia, escrita, estrita e certa, consoante classificação doutrinária de Francisco de Assis Toledo a respeito do princípio da legalidade, funcionam como garantias contra o arbítrio punitivo¹³⁷. Inequivocamente, sob todos os aspectos, o princípio da legalidade concebe-se vocacionado à limitação do poder punitivo Estado, de modo a tornar essencial a exigência de uma definição clara e precisa dos crimes e das respectivas consequências jurídico-penais. A lei penal, no Estado Democrático de Direito, deve ser suficientemente específica para garantir que o réu seja julgado com base em fatos objetivos e não em avaliações pessoais.

Nilo Batista ensina que formular tipos penais valendo-se de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, equivale a nada formular, pois a obediência ao princípio da legalidade pressupõe a descrição precisa das condutas proibidas no tipo penal, com a eliminação de palavras que não tenham precisão semântica¹³⁸.

A ausência de técnica legislativa que reflita com a maior claridade possível os desejos e as valorações da comunidade sempre derivará em juízos arbitrários, próprios da insegurança jurídica e do terror penal que caracterizaram o Direito penal da Idade Média e que ainda qualificam alguns Estados totalitários contemporâneos¹³⁹.

Com efeito, a ilegitimidade dos pronunciamentos judiciais decorrente da vagueza do texto legal pode ser mitigada e até mesmo evitada por meio da adoção de uma técnica legislativa mais rigorosa e precisa. A utilização de textos claros e objetivos reduz significativamente o caráter vago e indeterminado dos tipos legais, além de minimizar os riscos associados ao decisionismo judicial, agravado por técnicas legislativas que empregam linguagem polissêmica e deliberadamente vaga ou genérica, permitindo interpretações amplas e subjetivas¹⁴⁰.

¹³⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. p. 21-22.

¹³⁸ BATISTA, Nilo. Op. Cit., p. 78.

¹³⁹ SANTOS, Lycurgo de Castro. O princípio de legalidade no moderno direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 15/1996. p. 182-199.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit.

Há de se reconhecer, contudo, que embora o esforço do legislador possa ser direcionado à elaboração de um texto preciso e claro, é impossível que todos os termos sejam inequívocos. Compreende-se, aqui, a relevância do papel do juiz como verdadeiro “dique” do poder punitivo do Estado, a partir da expectativa de que os julgamentos sejam realizados de forma técnica, e não de modo que a atuação do magistrado funcione como um empuxo punitivo.

3.3 O protagonismo judicial: o decisionismo com roupagens de discricionariedade e livre convencimento

A noção de discricionariedade, no âmbito da jurisdição, surge no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas, a partir da descoberta da indeterminação do direito, abandonando-se o ideal da figura do juiz como “boca da lei”, resultando a conclusão de que no momento da decisão, sempre resta um espaço não completamente preenchido pela razão, o qual, inevitavelmente, será ocupado pela vontade do intérprete-juiz¹⁴¹.

Tratando-se aqui de discricionariedade no campo da jurisdição, é pertinente pontuar a diferença substancial para o que se entende por discricionariedade administrativa, pela qual o administrador, a partir de uma finalidade previamente especificada em lei, é conferida a opção de adotar os meios necessários para o atingimento dos fins por ela estabelecidos. Nesse caso, a própria legislação autoriza que o administrador, por um juízo de conveniência e oportunidade, implemente – de forma fundamentada – as finalidades contidas na lei. Com efeito, o ato administrativo discricionário sempre fez parte da zona de autonomia do administrador, ficando tradicionalmente fora do alcance do controle judicial, ao menos em termos de conteúdo.

Na discricionariedade judicial, “o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no direito”¹⁴². Situações de ilegitimidade se assemelham, nesses termos, ao arbítrio do déspota no sistema administrativo pré-Estado Liberal. Ou seja, “o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo Judiciário”¹⁴³. Discernir onde há discricionariedade ao

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 70.

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 72.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 73.

invés de arbitrariedade é uma tarefa difícil, posto que em ambas as situações, o problema é o mesmo: a falta de controle de conteúdo¹⁴⁴.

Dworkin, citado por Streck, em sua crítica ao positivismo discricionário de Herbert Hart, distingue três sentidos para o termo discricionariedade. O primeiro é a discricionariedade em sentido limitado, que não apresenta grandes dificuldades, envolvendo a escolha entre duas ou mais alternativas, aproximando-se do conceito de discricionariedade administrativa. Os outros dois significados são a discricionariedade em sentido fraco e forte. No sentido forte, a discricionariedade implica a incontornabilidade da decisão de acordo com algum padrão previamente estabelecido.

É justamente nesse sentido forte que se concentra a crítica ao positivismo de Hart, no que sustenta que, na ausência de uma regra clara e pré-estabelecida, o juiz estaria legitimado a agir discricionariamente, criando a norma individual que dirá o que deve ser feito no caso concreto. Nessa hipótese, “alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente”¹⁴⁵.

Segunda crítica Streck, referindo-se à realidade brasileira, “em qualquer ‘espaço’ de sentido - vaguezas, ambiguidades, cláusulas “abertas” etc. -, o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Mais grave ainda, quando esse ‘espaço’ se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como ‘axiomas com força de lei’ ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional”¹⁴⁶.

Sob a perspectiva da imprecisão do texto legal analisado neste trabalho, parece relevante o alerta de que a inexistência de um método capaz de assegurar a “correção” do processo interpretativo não justifica que o intérprete atribua ao texto o sentido que lhe pareça mais conveniente. “A vontade e o conhecimento do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade)”¹⁴⁷.

O fenômeno da discricionariedade, nesse sentido, acaba sendo sinônimo de arbitrariedade, refletindo o exercício de um poder que não é conferido ao julgador, posto que não regulável, refletindo a escolha livre de motivos para a decisão, com a atribuição de sentidos

¹⁴⁴ Ibidem, p. 78.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 74.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 70.

amparados por discursos exógenos, desconsiderando outras opções relevantes aos interessados. Trata-se de “discutir - ou, na verdade, pôr em xeque - o grau de liberdade dado ao intérprete (juiz) em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição”¹⁴⁸.

Quando não há uma regra clara, o juiz age com discricionariedade, escolhendo entre alternativas com base em princípios que não são obrigatórios. Esse poder legitima decisões incontroláveis segundo padrões antecipados. Em contextos de indeterminação semântica – como vaguezas, ambiguidades e cláusulas abertas – o campo interpretativo frequentemente é percebido como um vasto terreno para a subjetividade do intérprete¹⁴⁹.

A imprecisão do termo *não se dedique às atividades criminosas* no contexto do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, possibilita que o magistrado fundamente sua decisão em elementos outros que não exclusivamente critérios cognitivos objetivos. Assim como ocorre com outras normas de caráter vago e de difícil verificação, a definição legal não oferece base que permita regular a atividade judicial de forma a delimitar que a conclusão de determinado acusado se dedica a atividades criminosas apenas com respaldo nas provas.

A pesquisa empírica realizada revelou que, de fato, os magistrados recorrem a fundamentos amplos e vagos, como "ausência de emprego formal" ou “quantidade de droga apreendida,” que, por si só, não comprovam envolvimento com práticas criminosas, mas refletem percepções pessoais ou sociais sobre a conduta do réu. Esse cenário impossibilita a aplicação de uma motivação puramente cognitiva e afasta o juiz da condição de submeter-se estritamente à lei. A posição jurídica de *dedicado às atividades criminosas* acaba sendo constituída pelo juízo.

Quando o juízo a respeito dessa *dedicação às atividades criminosas* é realizado, por exemplo, a partir da afirmação de que “a experiência traz como raríssima a hipótese do traficante a agir solitariamente, ou seja, como aquele que produz e posteriormente vende o entorpecente produzido”, conforme observado na sentença nº 144, nada mais se tem como motivação do que a própria opinião do julgador. Essa *etiqueta* de pessoa dedicada ao tráfico é simplesmente constituída pelo magistrado.

Na medida em que o magistrado precisa acionar elementos absolutamente desvinculados do contexto fático do processo, como, também, no caso da sentença nº 22, ao negar a causa de diminuição porque, segundo a própria opinião, “não é crível que o réu tenha

¹⁴⁸ Ibidem, p. 71.

¹⁴⁹ Ibidem.

transportado 5 quilos de pasta-base de cocaína, droga de altíssimo valor comercial, sem que haja envolvimento com organização criminosa”, a figura do “criminoso dedicado ao tráfico” é criada pelo próprio julgador, e não regulada pela lei e pela atuação vinculada o magistrado aos elementos passíveis de serem contraditados.

A problemática ainda é mais evidente quando levados em conta elementos de mera territorialidade, quando considerado, por exemplo, o local de uma abordagem policial, como implementado pelo magistrado na sentença nº 169, ao afirmar, no contexto de avaliação sobre a aplicabilidade da causa de diminuição, que “as declarações dos policiais militares dando conta de que o réu era sempre visto em locais de intenso tráfico”. Ou quando é considerada a condição de não ter emprego, como observado na sentença nº 55, na qual o magistrado afirmou que “diante da ausência de comprovação de que exerça atividade profissional lícita, o que demonstra a prática do tráfico como meio de vida”.

A dosimetria da pena, instituto afeto à hipótese central deste trabalho, segundo aponta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é matéria sujeita à “discricionariedade judicial”, por ser “relativa ao mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático-probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada”¹⁵⁰. Assim, seria cabível somente o controle da legalidade dos critérios utilizados pelos magistrados¹⁵¹.

Embora a individualização da pena envolva certo grau de liberdade inafastável, inclusive para atendimento ao princípio constitucional da individualização das penas (art. 5º, XLVI), essa liberdade deve ser exercida dentro de parâmetros minimamente objetivos, sem o que, tem-se campo aberto para a arbitrariedade e a impossibilidade de controle do pronunciamento.

A instável jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, acaba por legitimar argumentos que, ao serem reiteradamente observados, geram precedentes que reforçam nos juízes de primeira instância a convicção de legitimidade de decisões fundamentadas em suposições. Esse direcionamento jurisprudencial, em certa medida, pode fomentar a percepção de que a caracterização de uma pessoa como *dedicada às atividades criminosas* pode ser estabelecida com base em um contexto de livre convencimento do julgador.

¹⁵⁰ STF, HC 203.100-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 27/09/2021, p. 04/10/2021.

¹⁵¹ STF, HC 192.670/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 07/12/2020, p. 14/12/2020; HC 131.842-AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 06/11/2018, p. 16/11/2018; HC 186.143-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 24/08/2022, p. 31/08/2020; e HC 180.118-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 08/04/2021, p. 29/04/2021.

A título exemplificativo, rememore-se os casos em que o juízo de primeira instância negou o benefício, e tal decisão foi confirmada por todas as instâncias de revisão e pelo próprio STF, a partir de motivações consideradas inválidas sob a óptica adotada neste trabalho, justamente por representar situação em que o afastamento do benefício do tráfico privilegiado se deu sem qualquer menção a dados verificáveis¹⁵².

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 101.519¹⁵³, processo que consideramos emblemático para as discussões aqui travadas, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido da possibilidade de decisões fundamentadas em presunções, o que aparenta estar em desalinho com o princípio do *favor rei*, que preconiza que a dúvida deve favorecer o acusado.

O caso em questão abordava a aplicação da causa de diminuição prevista para o tráfico privilegiado, e a negativa do benefício foi justificada com base na complexidade do crime organizado, em especial o tráfico de drogas. Segundo o entendimento consignado na decisão, é incomum que se disponha de provas diretas da participação contínua do acusado nessas atividades.

O Tribunal fez constar que exigir comprovação direta impossibilitaria a eficácia da repressão a esse tipo de delito, razão pela qual a jurisprudência admite o uso de provas indiciárias como forma de assegurar o livre convencimento motivado do magistrado. Abaixo, destaca-se o seguinte trecho do voto condutor do acórdão, reproduzido *ipsis litteris*, para delimitar com precisão o problema em análise:

na seara do Direito Processual Penal, o princípio do *favor rei* não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*. Tanto procede a afirmação, que o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, assim a definindo no art. 239: “*Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*”.

(...)

Através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

Quer-se dizer que, no caso *sub judice*, nenhum reparo se tem a fazer à atividade intelectual empreendida nas instâncias inferiores, onde se entendeu, além de outros

¹⁵² Vide capítulo 2.

¹⁵³ STF, HC 101.519/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/03/2012, p. 26/04/2012.

elementos, que, por ter sido apreendida elevada quantidade de droga com o paciente, é lícito concluir, por raciocínio dedutivo, que o mesmo se dedica a atividades criminosas.

(...)

Ora, os criminosos não circulam com uma “carteira de identificação de pessoa dedicada a atividades criminosas”. É sabido que a criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva.

O livre convencimento não deve servir como porta aberta para dizer o que se quer. Sob essa blindagem, furta-se ao dever de motivação, o que é inadmissível no atual estado da arte do processo penal democrático¹⁵⁴. Ou existem elementos concretos e verificáveis que comprovem a situação jurídica atribuída ao indivíduo, no caso habitualidade e a reiteração criminosa no tráfico de drogas, em uma decisão baseada em dados objetivos e precisos, ou, em sua ausência, as conclusões adotadas pelo julgador acabam por se basear em juízos subjetivos, preferências pessoais ou preconceitos.

O protagonismo judicial, com roupagem de livre convencimento, conforme incentivado no exemplo do julgado do STF, é frequentemente apresentado como uma modernização da função judicante, invocando um judiciário mais independente e imbuído de senso de justiça. E aqui reside o perigo, conforme adverte Pinho: “a proposta, inegavelmente sedutora para os incautos, traz a nódoa da discricionariedade e do arbítrio”¹⁵⁵.

Caso a interpretação seja vista como um mero ato de vontade, cria-se um cenário propício ao decisionismo, permitindo que o juiz atribua qualquer significado aos casos sob sua análise. Dentro do conceito da “moldura kelseniana”, tudo se torna possível, e decisões podem ser tomadas desconsiderando normas técnicas, ignorando a doutrina e fundamentando-se em razões desvinculadas do Direito¹⁵⁶.

Tal cultura jurídica favorece decisões *pret-à-porter*, termo interessantemente empregado Lenio Streck, citado por Ana Pinho, para referir à tendência de adaptar soluções jurídicas ao gosto pessoal do julgador. A expressão *prêt-à-porter*, originária do francês, significa literalmente “pronto para vestir” e é empregada no contexto da moda para designar

¹⁵⁴ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão final. Tese (Doutorado) - Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, 2011. p. 32.

¹⁵⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Op. Cit., p. 34.

¹⁵⁶ Ibidem.

roupas produzidas em larga escala, com tamanhos e modelos pré-determinados, destinadas ao consumo imediato, em contraste com as peças feitas sob medida. No dicionário da língua portuguesa, o termo é definido como “roupa que não é feita sob medida; roupa "pronta para levar"¹⁵⁷.

No contexto deste estudo, a expressão pode ser usada de maneira figurada para criticar decisões judiciais que se baseiam em modelos pré-formatados, prontos para uso, sem o devido cuidado com a análise individualizada dos fatos e das provas de cada caso concreto. É justamente essa circunstância encontrada em diversos pronunciamentos judiciais objeto da pesquisa, quando a pecha de indivíduo dedicado a atividades criminosas parece ser atribuída de forma automática, a partir de juízos pré-estabelecidos.

Quando a conclusão sobre se tratar de alguém *dedicado às atividades criminosas* advém do raciocínio direto, exemplificativamente, a partir de anotações por atos infracionais, como no caso da sentença nº 8 (“o acusado D. ostenta diversas passagens peja VIJ, o que afasta a aplicação do tráfico privilegiado); ou porque estava transportando determinada quantidade de drogas, hipótese revelada na sentença nº 2 (“preso em flagrante delito quando trazia consigo e transportava substância entorpecente para venda no comércio ilícito de drogas, denota-se, de forma clara, que vinha fazendo do tráfico meio de vida, dedicando-se às atividades criminosas); o que se tem, é uma atuação judicial automatizada e desvinculada da necessária análise probatória exigível para que o juízo seja regulado, conforme o critério de estrita jurisdiccionariedade proposto por Ferrajoli.

3.3.1 O poder de disposição do juízo

Em sua análise crítica da função judiciária¹⁵⁸, Ferrajoli aponta que mesmo nos sistemas jurídicos mais avançados, o papel do juiz não é puramente cognitivo, mas inevitavelmente inclui um elemento de poder discricionário. Tal fenômeno é uma consequência inescapável da necessidade de interpretar leis, avaliar provas, contextualizar fatos e determinar penas apropriadas. Essa liberdade interpretativa confere ao judiciário uma capacidade potestativa, que, embora necessária para a administração da justiça, também introduz um grau de ilegitimidade que é tanto inevitável quanto irremediável¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 494.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 503.

Essa perspectiva é, em certa medida, revelada por Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, obra na qual o jurista apresenta importante reflexão a respeito da discricionariedade judicial na interpretação e aplicação da lei, considerados casos de indeterminação intencional ou não intencional por parte do legislador. Nessas situações, a norma a ser executada forma apenas uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo ato é conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum sentido possível, todos válidos dentro do contexto legal proporcionado¹⁶⁰.

Das formulações de Kelsen, poucos temas pareceram ter gerado tantos debates, dúvidas, e mal entendimentos quanto as suas considerações acerca da interpretação, do exercício hermenêutico¹⁶¹. O mau uso do que Kelsen denominou “moldura da norma” vem servindo como uma espécie de álibi para a justificação do uso indiscriminado da discricionariedade¹⁶². Nesse sentido, a metáfora da moldura perde seu sentido se afirmarmos que pode ser traçada livremente pela autoridade judicial, ou seja, permitindo que juízes ultrapassem os limites da legalidade com suas orientações pessoais. Tal leitura tendenciosa pode levar à conclusão de que se trata de uma livre criação do intérprete chancelada por um positivista normativista da envergadura de Hans Kelsen¹⁶³.

Tamanha “elasticidade”, indevidamente atribuída a Kelsen, faz com que o julgador possa alcançar qualquer resultado em sua decisão, sem ter, com isso, que se ater à devida fundamentação ou até mesmo à adequação constitucional¹⁶⁴. André Ramos Tavares descreve essa moldura como o “*plexo de possibilidades semânticas da norma*”, um espectro de interpretações que, apesar de amplo, não é ilimitado¹⁶⁵.

Decidir é um ato de escolha entre as alternativas permitidas. É da natureza da aplicação das normas a existência de um espaço em relação ao qual, aparentemente, operam uma quantidade grande de saídas interpretativas possíveis¹⁶⁶. Isso não quer dizer ou sugerir que o

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. - 9ª ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. - (RT- textos fundamentais; 5). p.150.

¹⁶¹ PEREIRA, Paulo Henrique Rodrigues. A moldura kelseniana: formulação dos limites da interpretação na teoria pura do direito. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 43, p. 221-244, ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.95195>.

¹⁶² PENNA, Bernardo Schimidt; CARNIO, Henrique Garbellini. A má leitura da “moldura da norma” de Kelsen como álibi para discricionariedade judicial: Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 16, n. 39, p. 81-99, maio/agosto 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v16i39.417>

¹⁶³ Ibidem, p. 86.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 96.

¹⁶⁵ A Interpretação Jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti) realista. In DIMOULIS, Dimitri. *Et al* (coord) Teoria do Direito Neoconstitucional – superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p.148.

¹⁶⁶ PEREIRA, Paulo Henrique Rodrigues. Op. cit., p.10.

Estado dê um cheque em branco para o juiz decidir como quiser. É que, não obstante tenha uma margem considerável de poder para construir a sua decisão, todo juiz sabe ou pelo menos intui que há interpretações-limite sobre o sentido e alcance dos textos normativos, a partir das quais tudo o mais não passa de uma tentativa autoritária de fazer prevalecer a vontade pessoal em detrimento dos limites impostos pela legalidade¹⁶⁷.

Em todas as leis existe, junto a um núcleo “luminoso”, “uma zona de penumbra”, que cobre “casos discutíveis”, nos quais as palavras da lei, embora não sejam prontamente aplicáveis, não são também claramente excluíveis. A penumbra, contudo, pode ser reduzida ou aumentada, razão pela qual devemos falar em graus de taxatividade e de verificabilidade jurídica¹⁶⁸. O ponto é saber quando o grau de indeterminação do tipo viola a própria legalidade, assim como definir a fronteira entre interpretações válidas e inválidas.

A segurança e a previsibilidade do Direito Penal estão intimamente ligadas ao poder de verificação das hipóteses acusatórias, o qual deve prevalecer para que o sistema seja cognitivo, isto é, baseado em fatos que possam ser submetidos ao contraditório a fim de construir o convencimento do julgador. Trata-se, neste ponto, do segundo elemento da epistemologia do sistema garantista SG proposto por Ferrajoli, qual seja, o cognitivismo processual na determinação concreta do desvio punível, afeto a motivação das decisões judiciais, tendo a legalidade como condição de sua efetividade. Tal preceito vem assegurado pelo que o mestre italiano denomina “jurisdicionariade estrita”, alcançada a partir das condições de verificabilidade ou refutabilidade das alegações da acusação¹⁶⁹.

Como vimos, a imposição de uma pena deve estar fundamentada na prática de uma conduta que seja descrita e classificada de maneira inequívoca como delito, não apenas pela lei, mas também pela construção acusatória, tornando-se assim passível de prova e confronto judicial, conforme o axioma *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Ao mesmo tempo, para que o julgamento se apoie em uma análise empírica e não seja meramente assertivo, é necessário que as alegações da acusação estejam efetivamente sujeitas à verificação e sejam passíveis de contestação. Assim, elas somente serão validadas se sustentadas por provas e contraprovas, de acordo com a máxima *nullum iudicium sine probatione*¹⁷⁰.

¹⁶⁷ PENNA, Bernardo Schimidt; CARNIO, Henrique Garbellini. Op. cit.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 118.

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 40.

Percebe-se que o critério de estrita jurisdicionariedade depende logicamente do princípio da estrita legalidade, cuja ausência implica uma "jurisdicionariedade simples ou em sentido amplo"¹⁷¹. Com efeito, a exigência de que o juízo condenatório seja realizado com suporte em provas verificadas e contraditadas deriva um modelo teórico e normativo de processo penal fundado na cognição ou comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações -de fato ou de direito - das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual¹⁷². Fora isso, tem-se expressão do decisionismo, que, para Ferrajoli

é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social. Esta subjetividade se manifesta em duas direções: por um lado, no caráter subjetivo do tema processual, consistente em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a "tipos normativos de autor" ou sua congênita natureza criminal ou periculosidade social; por outro lado, manifesta-se também no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato¹⁷³.

Quando o texto legal é vago, representando um tipo aberto, como ocorre com os termos *que não se dedique às atividades criminosas*, abre-se espaço para o que Ferrajoli denomina poder de disposição, entendido como um poder judicial que se afasta da comprovação fática e cognitiva e se ancora em juízos valorativos ou interpretações subjetivas, que não estão necessariamente amparadas por provas concretas.

Sobre o tema, Ferrajoli identifica quatro aspectos ou dimensões do poder judicial: o poder de comprovação (ou verificação probatória), o poder de interpretação (ou denotação), o poder de conotação e, enfim, o referido poder de disposição¹⁷⁴. Os três primeiros são considerados intrínsecos, fisiológicos e necessários à função jurisdicional, presentes mesmo nos sistemas garantistas mais avançados. Por poder de comprovação, entende-se a verificação dos

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 41.

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 46.

¹⁷⁴ Ibidem.

fatos, ou seja, à análise das provas para estabelecer a verdade processual. Poder de interpretação envolve a aplicação da lei aos fatos verificados, determinando se uma conduta se enquadra em determinado tipo penal. O poder de conotação diz respeito à avaliação das circunstâncias específicas do caso, como agravantes e atenuantes, permitindo a individualização da pena. Ainda que seus exercícios comportem a intervenção de juízos de valor e de critérios pragmáticos de solução de incertezas, os três fenômenos estão ligados a atividades cognitivas¹⁷⁵.

No entanto, o poder de disposição é visto como patológico e incompatível com sistemas garantistas. Ele surge nos espaços de insegurança ou indeterminação da lei, onde faltam critérios objetivos para a decisão judicial. “O poder de disposição consiste precisamente nesta autonomia do juiz, chamado a integrar depois do fato o pressuposto legal com valorações ético-políticas de natureza discricionária”¹⁷⁶. Nesses casos, o juiz não se baseia em atividades cognitivas, mas em opções ou juízos de valor que não estão ancorados em elementos legais ou factuais verificáveis. O poder de disposição cresce, às custas do poder de verificação jurídica e fática, à medida que se aumenta a indeterminação dos pressupostos legais e processuais, expandindo o espaço para decisões arbitrárias¹⁷⁷.

A ilegitimidade do poder de disposição judicial resulta de uma deficiência estrutural de garantias normativas e se distingue fundamentalmente do poder de verificação, pois não se pauta em decisões acerca da verdade, mas em julgamentos baseados em outros valores. Isso contraria os pressupostos de estrita legalidade e de estrita jurisdicionariedade do modelo garantista SG. Assim, “à medida que abrem incertezas insolúveis no plano cognitivo, tais carências deixam espaço ao poder de disposição, isto é, ao decisionismo do juiz, inevitavelmente informado por critérios subjetivos de justiça substancial ou políticos.”¹⁷⁸

O ponto é propício para mencionar o importante papel da dogmática como forma de limitação do poder punitivo arbitrário. O direito não é apenas o que os Tribunais dizem que é. Fosse assim, qual seria o sentido de se aprofundar nos estudos jurídicos e na construção teórica? Esse questionamento enfatiza a necessidade de uma prática judicial fundamentada e consistente, ancorada em princípios e normas, e não apenas na subjetividade do julgador¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 159.

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 163.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 159.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 161.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. *Apud* PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Op. cit.

A conclusão aponta para a necessidade de um esforço duplo: primeiramente, de um aprimoramento da técnica legislativa, com a adoção de normas mais claras e taxativas, capazes de reduzir o espaço para arbitrariedades. Em segundo lugar, uma mudança na cultura judicial, em que os magistrados assumam uma postura de autocontenção, baseando suas decisões exclusivamente em elementos concretos e verificáveis.

É nesse contexto que se deve avançar na discussão sobre a legalidade e a legitimidade das decisões judiciais no âmbito do tráfico privilegiado, reafirmando a importância de um sistema jurídico que opere dentro dos limites da legalidade estrita e da verificabilidade das hipóteses acusatórias.

CAPÍTULO 4 – A GUERRA ÀS DROGAS E A ATUAÇÃO JUDICIAL

Os modelos de política criminal e de direito penal se vinculam aos modelos políticos de Estado. A história de Estados totalitários ou marcados pelo autoritarismo evidenciou que as bases filosóficas que fundamentaram o sistema jurídico-penal acabaram por adotar uma análise em torno do próprio indivíduo e não, propriamente, em torno da conduta praticada e do possível resultado danoso. Este direcionamento do sistema jurídico-penal à análise da própria pessoa em si pode dificultar, impedir ou, até mesmo, eliminar direitos e garantias protetoras às liberdades pessoais, de maneira a utilizar os discursos jurídicos pautados na defesa pela segurança e pela contenção de sujeitos perigosos¹⁸⁰.

4.1 Contextualização histórica da guerra às drogas

Entre os anos de 1990 e 2016, o encarceramento no Brasil teve aumento de 483%¹⁸¹. O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), do Ministério da Justiça, aponta que o país possui uma alta taxa de encarceramento, com cerca de 726.000 presos no ano de 2016, constituindo-se, assim, a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos da América (2.145.100 presos) e da China (1.649.804 presos), superando a Rússia (646.085 presos). Nesse contexto, a ocupação média dos nossos presídios é de 197,4%, consideradas 1.456 unidades penitenciárias, chegando a extremos, como no estado do Amazonas, cujo dado é de 484%.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023, recente estudo elaborado a partir de informações fornecidas pelas secretarias de segurança pública estaduais, pelas polícias civis, militares e federal, entre outras fontes oficiais da Segurança Pública, aponta que o total de pessoas privadas de liberdade no Sistema Penitenciário brasileiro, em dezembro 2022, era de

¹⁸⁰ KASSADA, D. A.; SPONCHIADO, J. Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [S. l.], v. 191, n. n. 191, p. 175–205, 2024. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/article/view/124>. Acesso em: 29 nov. 2024.

¹⁸¹ Fonte: Jornal Nexo. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/grafico/2017.01/04/Lota%C3%A3o-de-presos-e-taxa-de-encarceramento-aqui-e-no-mundo>> Acesso em: 17/5/2019. Segundo referência da pesquisa, os dados temporais de 1990 a 2014 foram calculados com base na população carcerária do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias e a população brasileira segundo o IBGE. Em 2015, o dado foi obtido a partir do World Prison Brief. Em 2016, por meio dos dados do Conselho Nacional de Justiça (número de presos) e do IBGE (números da população brasileira).

826.740 indivíduos, ao passo que o número de vagas no sistema é de 596.162, ou seja, representando um déficit de 230.578 lugares¹⁸².

Os dados levam à conclusão, já externada na apresentação do Anteprojeto de Lei que atualiza a Lei de Entorpecentes, elaborado por comissão presidida pelo ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, do Superior Tribunal de Justiça, entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados, em 7/2/2019, e que resultou no Projeto de Lei nº 4.565/2019, em trâmite na Casa Legislativa, de que a atual política brasileira sobre drogas não foi capaz de obter sucesso quanto à redução de crimes, não tendo havido efetiva prevenção ou dissuasão do uso ou do comércio de substâncias psicoativas proibidas¹⁸³.

Nesse contexto se insere a preocupação a respeito de como a política de drogas adotada pelo Brasil impacta no crescente número de pessoas encarceradas, sendo o tráfico de drogas o crime com maior expressão dentre aqueles pelos quais são acusadas ou condenadas as pessoas presas no país. Aproximadamente 1/3 da população carcerária masculina, e 3/4 da feminina, constitui-se de pessoas presas em razão de crimes relacionados à Lei de Drogas¹⁸⁴. Em dezembro de 2022, o número de mulheres presas no sistema penitenciário estadual e federal era de 45.257¹⁸⁵.

A título comparativo, observa-se que 28% das pessoas recolhidas ao cárcere estão sendo processadas ou encontram-se condenadas por tráfico de drogas. Esse percentual é de 25% considerado o crime de roubo, 12% o de furto, 11% no tocante ao delito de homicídio, 5% quanto a crimes relacionados a armas de fogo, 3% para latrocínio, 3% receptação, 2% quadrilha ou bando e 1% violência doméstica, restando 10% de pessoas envolvidas em crimes diversos¹⁸⁶.

Como se observa, o aprisionamento de pessoas acusadas ou condenadas por tráfico de drogas tem sido o grande propulsor do crescimento extremamente acelerado da população prisional no país. Tal quadro, na conjuntura de repressão ao tráfico de drogas, remonta à adesão progressiva do Brasil à política de combate às drogas enunciada pelo governo dos Estados Unidos da América, especialmente no período compreendido entre o final das décadas de 1960

¹⁸² Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023, Tabela 75, p. 277. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>> Acesso em: 20/05/2024.

¹⁸³ Apresentação do Anteprojeto de Lei que atualiza da Lei nº 11.343/2006. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em 20/05/2024.

¹⁸⁴ BRASIL, Governo Federal. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Dados disponíveis em: <ww.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil> Acesso em 17.05.2019.

¹⁸⁵ Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023, Tabela 76, p. 278. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>> Acesso em: 20/05/2024.

¹⁸⁶ PIMENTA, Vitor Martins. Por trás das grades: o encarceramento em massa no Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 106.

e 1980, nas gestões dos presidentes Nixon e Reagan¹⁸⁷. Ao longo dos anos, a legislação brasileira tem adotado uma abordagem predominantemente repressiva, chegando ao auge com a edição da chamada Lei de Crimes Hediondos e a atual Lei de Drogas¹⁸⁸.

Em uma breve contextualização histórica, pode-se mencionar que a legislação brasileira anterior a 1914 não dispunha de conteúdo normativo capaz de demonstrar coerência programática específica com relação à política de tratamento das drogas no país¹⁸⁹. Apenas a partir da subscrição, pelo Brasil, do protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, ocorrida em Haia, em 1912¹⁹⁰, que a política criminal brasileira começa a adquirir configuração em direção ao denominado modelo sanitarista.

Tal metodologia caracteriza-se pela utilização de aparatos higienistas, tendo como instrumento as barreiras alfandegárias, para lidar com a questão das substâncias tóxicas entorpecentes. Naquele contexto, vigente na primeira metade do século XX, a dependência é considerada doença e, ao contrário dos traficantes, os usuários não eram criminalizados, mas estavam submetidos a rigoroso tratamento, inclusive com internação obrigatória¹⁹¹. Essa sistemática predominantemente sanitarista prevaleceu no país por aproximadamente 50 anos, até 1964.

A Convenção Única Sobre Entorpecentes, formalizada em Genebra, no ano de 1961, é apontada como um dos principais marcos da política antidrogas no Brasil. Trata-se de diploma

¹⁸⁷ PIMENTA, Vitor Martins. Op. cit.

¹⁸⁸ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.

¹⁸⁹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 20. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 1997. pp. 130-131.

¹⁹⁰ A adesão se confirmou no Decreto n. 2.861, de 1914, e posterior edição do Decreto n. 11.481, de 10 de fevereiro de 1915, que tratava do “abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína” e mediante o qual determinada a observância da Convenção.

¹⁹¹ Roberta Duboc Pedrinha, ao fazer abordagem histórica do programa de criminalização das drogas no Brasil, destaca que “o Decreto 4.294, de 1921, revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890. Este novo dispositivo legal especificou o termo entorpecente, como uma qualidade designativa às substâncias mencionadas como venenosas. Tal termo somente abandonaria a legislação em 2006. O referido Decreto foi regulamentado pelo Decreto 14.969, de 1921, que determinava a criação dos sanatórios para os toxicômanos. Entretanto, enquanto não fossem implantados, cabia interdição na Colônia de Alienados. Mais tarde adveio o Decreto 20.930, de 1932, alterado pelo Decreto 24.505, de 1934, revogado pelo Decreto-Lei 891 de 1938, que conduziria ao artigo 281 do Código Penal de 1940. A alternância de decretos na década de 30 reverbera as sucessivas tendências das Convenções Internacionais, como a de Haia (1912) e as de Genebra (1925, 1931 e 1936), que confirmaram influências sofridas pelo Brasil. Trata-se, consoante o mestre Nilo Batista, da internacionalização do controle, característica permanente do sanitarismo. O modelo sanitarista foi reformado de fora para dentro, pois a legislação interna brasileira funcionou como ressonância europeia, decorada com nuances tropicais. Contemplava a venda sob receituário médico rubricado pela autoridade sanitária, figura que ganhou enlevo. Logo na primeira metade do século XX desenhou-se o modelo de segurança pública do sanitarismo. Quando sobreveio o Código Penal de 1940, firmou-se a opção por não se criminalizar o consumo de drogas.” (PEDRINHA, Roberta Duboc. “A Efetivação da (in) segurança pública: o combate às drogas engendrado no Brasil”. Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Ed. Revan. 2014).

que tem como objetivo o combate ao abuso de drogas por meio de ações internacionais coordenadas, mediante duas formas de intervenção e controle: a primeira é a limitação da posse, do uso, da troca, da distribuição, da importação, da exportação, da manufatura e da produção de drogas exclusivas para uso médico e científico; a segunda, o combate ao tráfico de drogas implementado por cooperação internacional visando deter e desencorajar os traficantes¹⁹². Nesse contexto é iniciada a “ideologia da diferenciação”, caracterizada pela diferenciação entre o traficante, definido como criminoso, e o consumidor, tratado como doente¹⁹³.

O Brasil internalizou o texto mediante o Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964¹⁹⁴, optando de forma plena pelo denominado modelo bélico - *Guerra às Drogas* - evidenciado pela expansão da repressão no combate aos entorpecentes, alinhando-se ao contexto internacional representado pela política antidrogas, sobretudo, conforme anunciado, desenvolvida nos Estados Unidos da América.

O golpe militar de 1964 e a adoção da denominada Doutrina de Segurança Nacional (DSN) no sistema de seguridade pública propiciaram terreno fértil para a transição do modelo sanitário para o bélico de política criminal, equiparando os traficantes aos inimigos internos do regime, considerando as drogas como elemento de subversão. Não por acaso, a juventude associou o consumo de drogas à luta pela liberdade. Roberta Duboc Pedrinha leciona que nessa época, da Europa às Américas, a partir da década de 60, a droga passou a ter uma conotação libertária, associada às manifestações políticas democráticas, aos movimentos contestatórios, à contracultura, especialmente as drogas psicodélicas, como maconha e LSD¹⁹⁵.

A entrada em vigor da lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, promoveu ampliação das condutas típicas relacionadas ao tráfico, fenômeno apontado por Zaffaroni¹⁹⁶ como “*multiplicação dos verbos*”, que chegaram a 18 no artigo 12 da lei¹⁹⁷.

¹⁹² UNODC - United Nations Office on Drugs and Crime - < <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html> > Acesso em: 26/07/2023.

¹⁹³ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Op. cit., p. 87.

¹⁹⁴ BRASIL. Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964.

¹⁹⁵ PEDRINHA, Roberta Duboc. “A Efetivação da (in) segurança pública: o combate às drogas engendrado no Brasil”. Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La legislación de antidrogas latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario”. In: Fascículos de Ciências Penais. Volume: 3. Número: 2. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1990, p.18.

¹⁹⁷ BRASIL. Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976. [...] “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.[...]”

Na visão de Salo de Carvalho, a nova lei instaura no Brasil modelo inédito de controle, acompanhando as orientações político-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais, distinguindo primordialmente das legislações anteriores quanto à gradação das penas, cujo efeito reflexo será a definição do modelo configurador do estereótipo do narcotraficante¹⁹⁸.

A atual lei de drogas, a lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 introduziu a despenalização quanto ao usuário de entorpecentes, prevendo no artigo 28 sanções de natureza não privativas de liberdade, sem, contudo, amenizar a situação daquele a quem imputado o delito de tráfico, inclusive exasperando a pena com relação a tal delito – 5 a 15 anos de reclusão – impondo severo tratamento processual e executório, na linha da Lei de Crimes Hediondos.

Pois bem. Esse contexto, envolvendo o arcabouço normativo e as taxas de encarceramento, revela que a *Guerra às Drogas* aparece como o '*carro-chefe*' da política criminal brasileira, legitimando a punição antecipada através de prisões cautelares (sendo o encarceramento preventivo a resposta rápida e imediata às demandas punitivas oriundas do pânico moral criado em torno da questão das drogas) e duras condenações.

4.2 Uma guerra contra quem?

A eleição do uso e do comércio de droga e de seus sujeitos como inimigos da sociedade tem reduzido toda a discussão sobre o problema ao âmbito do penal, impossibilitando a busca por soluções menos danosas e efetivas alternativas à criminalização, em face da demonstração da absoluta incapacidade resolutiva do sistema penal¹⁹⁹.

O regime proibicionista intensificou os efeitos negativos associados à criminalização. Para Salo de Carvalho, a tentativa de desmotivar a prática criminosa resultou na ampliação da criminalização secundária; a repressão ao consumo contribuiu para a estigmatização social dos usuários; e o combate ao tráfico ilegal acabou por criminalizar setores vulneráveis da sociedade. A persistência na ilegalidade das drogas gerou graves problemas sanitários e econômicos, além de favorecer a corrupção entre agentes do poder repressivo. Também foram

¹⁹⁸ CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 69.

¹⁹⁹ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 277-278

instituídos regimes punitivos severos para consumidores e pequenos comerciantes, ao mesmo tempo em que se restringiram iniciativas médicas e sociais voltadas à prevenção²⁰⁰.

Segundo aponta Ana Luísa Leão de Aquino Barreto²⁰¹, a ideia em si de guerra é emblemática, não casual. Uma guerra é sempre contra alguém, e não contra algo; a afirmação alardeada de que estaríamos vivendo uma guerra contra às drogas busca esconder os verdadeiros significados desse modelo bélico de lidar com a repressão ao tráfico de drogas. O *traficante-herage*, mistificado pela mídia hegemônica, parece bem diferente daqueles capturados nas ruas e vielas das cidades brasileiras em *atitude suspeita*: são pequenos traficantes não violentos, primários, presos em flagrante sozinhos e desarmados, que constituem a massa que ocupa as prisões brasileiras²⁰².

Corroborando essa conclusão, pesquisa do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP) demonstrou que a maioria das pessoas presas por esse tipo de crime eram homens (87%), jovens na faixa etária de 18 a 29 anos (75,6%), negros (59%), apresentavam até o primeiro grau completo (60%), declararam exercer algum tipo de atividade remunerada (62,17%), disseram serem usuários de algum tipo de droga (58%) e não tinham antecedentes criminais (57%)²⁰³.

A população carcerária brasileira, particularmente aqueles que cumprem penas relacionadas a infrações de drogas, não se encaixa exatamente na imagem estereotipada do criminoso perigoso de alto risco para a sociedade. Longe disso, os corredores superlotados de nossos presídios frequentemente abrigam jovens de comunidades periféricas, cujas circunstâncias socioeconômicas os tornam alvos da política de combate às drogas. Esta disparidade entre a imagem estigmatizada de criminosos perigosos e a realidade daqueles que enfrentam a penalização por delitos relacionados a drogas levanta questões críticas sobre a justiça e a eficácia da atual abordagem legal e política.

O perfil dos encarcerados revela muito sobre a seletividade do sistema de justiça criminal, mas pouco esclarece as dinâmicas complexas da economia do tráfico de drogas, que envolve uma diversidade de atores sociais, incluindo agentes públicos, empresários e políticos,

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. Prisões cautelares e tráfico de drogas: um estudo a partir de processos judiciais nas varas de tóxicos em Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* | vol. 148/2018 | p. 209 - 242 | Out / 2018 | DTR\2018\19808.

²⁰² BOITEUX, L. F. R. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, S. S. (Org.). *Drogas uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCrim, 2014.

²⁰³ JESUS, Maria Gorete Marques de. "O que está no mundo não está nos autos": a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2016. p. 21.

raramente alvo de ações repressivas. Os casos de tráfico encaminhados diariamente à justiça criminal refletem um recorte territorializado, fragmentado e voltado para o varejo. Assim, a realidade das prisões brasileiras é marcada pelo super encarceramento de jovens, negros e pessoas com baixa escolaridade, evidenciando a vulnerabilidade estrutural dos alvos do sistema penal²⁰⁴.

Esse fenômeno, contudo, não deve ser interpretado como prova de que determinados grupos cometem mais crimes, mas como resultado de uma repressão estatal direcionada, representada por abordagens policiais que configuram claramente, sob a perspectiva da criminologia crítica, um processo de etiquetamento social (*labeling approach*)²⁰⁵.

Segundo essa abordagem, sinteticamente, a criminalidade não deve ser vista como uma característica ontológica preexistente, mas como uma realidade social formada pelas definições e pela resposta do sistema de justiça criminal. Ou seja, a criminalidade é “um ‘bem negativo’ distribuído socialmente em processos protagonizados por sujeitos-autores de comportamentos definidos como desviantes e sujeitos-detentores do poder de definir tais comportamentos como desviantes”²⁰⁶.

O "criminoso" não é alguém intrinsecamente distinto, como defendiam os positivistas, mas um *status* social conferido a determinados indivíduos selecionados pelo sistema penal. A atribuição do *status* de "delinquente" depende necessariamente da atuação das instâncias formais de controle social, como a polícia, o judiciário e o sistema prisional. Aqueles que, apesar de terem cometido atos puníveis, não são alcançados por essas instâncias, não recebem tal rótulo nem são tratados como criminosos pela sociedade.

Nesse contexto, o *labeling approach* se concentra nas reações das instituições de controle social e em sua função de "criar" a criminalidade ao selecionar e estigmatizar determinados indivíduos. Essa compreensão é extraída de Baratta, ao afirmar que

não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das

²⁰⁴ PIMENTA, Vitor Martins. Op. cit., p. 103.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Bruna Froés de. TEODORO, Frediano José Momesso. Órgãos de segurança, seletividade penal e estado de exceção: uma análise crítica. Revista brasileira de ciências criminais. ISSN 1415-5400, Nº. 148, 2018, págs. 373-394

²⁰⁶ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal / tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 1ª reimpressão, março de 2013, p. 11-12

instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como "delinquente". Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes²⁰⁷.

O etiquetamento ocorre, assim, quando certos indivíduos são rotulados como criminosos, como forma de reação por parte da sociedade não etiquetada, reforçando estigmas e legitimando práticas de exclusão social. A seleção desses sujeitos pelo Estado, por meio de seus órgãos de repressão, baseia-se em critérios que combinam características físicas, vestuário, locais, horários etc.

Pimenta, ao citar Baratta, descreve essa realidade como um padrão de “criminalidade perseguida”, no qual o sistema penal concentra sua atuação na repressão de desvios aos quais as populações mais pobres estão particularmente expostas. Em contraste, deixa de direcionar sua atenção às formas de criminalidade associadas às classes mais abastadas, como a criminalidade econômica²⁰⁸. Trata-se de uma política de “grande encarceramento” que, ironicamente, não alcança os grandes infratores, posto que não se revela como política de “encarceramento dos grandes”.

A partir do momento que o indivíduo é ‘tocado’ pelos órgãos de repressão, passa a ser rotulado como infrator, através do processo de criminalização secundária resultante do etiquetamento atribuído (quem será tratado como criminoso?)²⁰⁹, passando a carregar o estigma que o associa a uma recorrência de tal conduta delitiva. A partir do momento em que certos indivíduos são etiquetados como *dedicados às atividades criminosas*, especialmente por meio de elementos que extrapolam a conduta delitiva propriamente dita, cria-se uma barreira quase intransponível para que tais pessoas sejam vistas de forma desvinculada do estigma do "criminoso".

²⁰⁷ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 86.

²⁰⁸ PIMENTA, Vitor Martins. Op. cit., p. 104.

²⁰⁹ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 89.

Nenhuma outra legislação penal é tão explícita ao propiciar a atividade de etiquetamento quanto a Lei de Drogas, seja na diferenciação do usuário e do traficante, seja ao positivar o conceito de *dedicação às atividades criminosas*.

Essa realidade parece bem revelada nas sentenças analisadas, quando a dedicação a atividades criminosas é afirmada pelo magistrado a partir de iterações anteriores do acusado com o sistema de justiça criminal, como no caso de investigações antecedentes ou anotações por atos infracionais. Essas interações, muitas vezes desprovidas de comprovação a respeito de habitualidade delitiva (lembre-se das hipóteses de registros de ocorrências e investigações que posteriormente mostram-se insubsistentes), acabam servindo como fundamento para rotular o indivíduo como "criminoso habitual".

Um exemplo emblemático dessa dinâmica pode ser observado na sentença nº 169, na qual o magistrado considerou a abordagem policial em local conhecido como ponto de tráfico de drogas como fundamento suficiente para justificar a dedicação do acusado a atividades criminosas. Não foram apresentados elementos objetivos que vinculassem o réu a uma prática reiterada de tráfico, mas apenas a circunstância de estar em um espaço socialmente estigmatizado.

Outro exemplo, na sentença nº 1, demonstra como investigações ou processos em curso são tomados como prova da dedicação a atividades criminosas. Ainda que a jurisprudência já tenha enfatizado que tais elementos, por si só, não configuram provas concretas de envolvimento habitual no crime, o magistrado utilizou esses registros de forma acrítica, criando um vínculo direto entre a existência de investigações e a presunção de habitualidade delitiva.

Esse processo de etiquetamento é especialmente verificado quando o juízo considera elementos de presunção ou circunstâncias alheias a práticas delitivas, como a ausência de atividade laborativa formal ou o local de abordagem policial.

Na sentença nº 69, a ausência de comprovação de atividade laborativa lícita foi determinante para afastar o benefício do tráfico privilegiado. Nesse caso, o julgador partiu da premissa de que a falta de emprego formal indicaria a dedicação a atividades criminosas. Tal argumentação deixa evidente como características socioeconômicas do acusado são frequentemente utilizadas para rotulá-lo como um "criminoso habitual", desconsiderando a necessidade de um vínculo concreto entre o réu e a prática reiterada de crimes.

4.3 O papel dos juízes

Na compreensão Valois, a guerra às drogas acaba representando verdadeira guerra às pessoas, pelo que, de uma metáfora utilizada para congregiar esforços contra as drogas, o termo guerra às drogas tem mostrado a sua incoerência e passa a poder ser ironicamente usado para desvendar uma guerra real contra pessoas. Guerra às drogas é sinônimo da criminalização arbitrária de certas relações que o ser humano trava com algumas substâncias, mas drogas não morrem, não levam tiros e não são encarceradas, enfim, aos poucos o termo guerra às drogas vem revelando a sua face exclusivamente desumana de uma guerra contra pessoas. A análise do direito precisa ser trazida para essa realidade, as normas devem deixar de ser objeto de alienação do profissional do direito para, em conjunto com as consequências das opções do legislador, poderem ser pensadas de outra forma²¹⁰.

Apontando a existência de um viés de discricionariedade arbitrária, o mesmo autor anuncia que desde que a política de drogas evoluiu para uma abordagem de guerra às drogas, com a criminalização dominando o discurso, restou pouco espaço para a política em si. A criminalização predomina, marginalizando outras abordagens preventivas ou terapêuticas. A ênfase recai quase exclusivamente na repressão.

Uma das características das guerras é a discricionariedade do combatente, que em um ambiente de batalha não quer - não tem tempo nem possibilidades - estabelecer critérios nos se ataques. Assim, desde que a política de drogas se transformou em política de guerra às drogas, sendo a criminalização o fim do debate, pouco de política sobrou. O viés da discricionariedade arbitrária se contrapõe a um dos objetivos principais do direito que é o de limitar o poder para proteger os cidadãos contra as arbitrariedades do Estado. A discricionariedade permitida sobre as pessoas quando o assunto é drogas é tanta que como guerra mesmo é possível entender muitas das violações de direito ocorridas²¹¹.

O artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, que tipifica o crime de tráfico de entorpecentes, exemplifica a amplitude discricionária concedida ao judiciário: as penas podem variar drasticamente, de 1 ano e 8 meses, no caso de aplicação da causa de diminuição do § 4º, até 15 anos, considerada a pena máxima prevista para o tipo.

²¹⁰ VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra às drogas. 4 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 20-21.

²¹¹ VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 23.

Tal variação não só abre indevido espaço para possíveis arbitrariedades nas decisões judiciais, como também reflete um exercício de poder que muitas vezes faz o papel de reforçar a política de *Guerra às Drogas*. Essa discricionariedade, campo aberto para decisões autoritárias, ilustra como as práticas judiciais podem acabar por perpetuar uma abordagem predominantemente punitiva, alinhando-se mais com objetivos de repressão do que com a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesse sentido, Valois, comentando o tipo penal alusivo ao crime de tráfico de drogas, menciona que um tipo penal desses é a prova cabal da discricionariedade autoritária do direito e, portanto, da ficção de sua neutralidade, e, assim, podem todos os que veem no sistema econômico a causa das diferenças sociais e o reprodutor de injustiças unirem-se em torno do fim da guerra às drogas, que equivale ao fim de um dos instrumentos desse sistema.

Inclusive as dificuldades que o abolicionismo encontra diante da concepção castradora de que sua meta é utópica, não estão presentes no debate sobre o problema da guerra às drogas. Se almejar o fim do sistema penal, do encarceramento, parece meta distante, pode-se perfeitamente raciocinar que o início desse combate passa pelo fim dessa guerra falida e pela abolição de um tipo penal flagrantemente arbitrário, bastando imaginar que é o único tipo com graves penas que não recebe consenso social absoluto²¹².

Como amplamente defendido neste trabalho, a definição vaga de *dedicação às atividades criminosas* no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, confere aos operadores do direito, especialmente aos juízes como intérpretes finais da lei, uma discricionariedade considerável, potencializando hipóteses de decisões que podem levar à criminalização desproporcional de indivíduos, particularmente aqueles em situações de vulnerabilidade.

A análise do contexto no qual a legislação brasileira se desenvolveu e é aplicada revela que a atuação dos órgãos de justiça criminal, incluindo a Polícia, o Ministério Público e, especialmente, o Judiciário, está profundamente relacionada com a explicitada política de *Guerra às Drogas (War on Drugs)*, entendida como pano de fundo de toda a controvérsia alusiva ao tratamento do tráfico e do consumo de drogas no país, inclusive no tocante à aplicação da pena pelos magistrados.

Assim, além dos problemas decorrentes da técnica legislativa adotada na elaboração do dispositivo estudado neste trabalho, conforme exposto no capítulo antecedente, tem-se que a

²¹² Ibidem, p. 30.

pluralidade de valores que permeia a atividade judicial desempenha um papel crucial na explicação de porque os juízes decidem da forma como decidem.

A pesquisa realizada confirmou que atuação dos magistrados no âmbito de aplicação da lei de drogas não se circunscreve à análise da conduta praticada pelo acusado em face do tipo penal. Pelo contrário, os fundamentos encontrados nas sentenças confirmam a suposição que deu origem à inquietação justificante do estudo específico da causa de diminuição do tráfico privilegiado. Ou seja, que os juízes recorrem a critérios vagos e subjetivos, extrapolando os limites objetivos dos fatos apresentados no processo e incorporando elementos que transcendem a avaliação concreta da conduta, como aspectos pessoais do réu, suposições sobre seu estilo de vida ou interpretações indutivas desconectadas de provas verificáveis.

Os dados da pesquisa refletem diretamente a atuação dos juízes de primeira instância, que são os responsáveis pelo contato direto e imediato com a produção das provas no processo penal. Esses magistrados são os que ouvem depoimentos de testemunhas, interrogam os acusados e colhem as declarações dos policiais, desenvolvendo assim uma percepção imediata da realidade dos fatos e dos elementos apresentados. Esse envolvimento direto lhes dá uma perspectiva única sobre os detalhes do caso e sobre a credibilidade das provas e das testemunhas, circunstância inexistente por ocasião dos julgamentos realizados pelos Tribunais, onde o material de análise resume-se aos papéis.

A presunção de tráfico de drogas por parte da polícia, com a chancela do Ministério Público e do Judiciário, ocasiona uma verdadeira inversão do ônus da prova²¹³. A própria pesquisa, relembre-se, resultou no encontro de decisão onde textualmente há alusão a inversão do ônus probatório sobre a dedicação a atividades criminosas, contando que “ante ao quadro que se desenhou, foi invertido o ônus da prova, incumbindo agora ao sentenciado provar que se tratava de atividade eventual”²¹⁴.

Aqui cabe um recorte específico. A maioria das prisões relacionadas ao crime de tráfico de drogas, analisadas nas sentenças, foi realizada por órgãos cuja atribuição constitucional primária não é a investigação criminal, mas a atividade ostensiva. Os casos representaram 74% das ocorrências²¹⁵. Trata-se de um regime de controle penal das práticas delitivas relacionadas às drogas exercido por meio de permanente vigilância, executada principalmente através das famigeradas “abordagens de rotina” ou “patrulhamentos de rotina”, descontextualizadas de

²¹³ Ibidem, p. 422.

²¹⁴ Sentença nº 2.

²¹⁵ Gráfico nº 4.

qualquer processo investigativo prévio, primordialmente em cenário de “fundada suspeita”. Zaccone, a respeito dessa conjuntura, aponta que

o controle penal do comércio e circulação destas substâncias proibidas também é exercido (...) através do poder configurador positivo, ou seja, de práticas policiais que são exercidas como forma de vigilância, à margem da autorização legal. Em se tratando de drogas ilícitas, este poder de vigilância pode se manifestar, por exemplo, quando um policial obriga alguém a cuspir ou quando cheira os dedos das mãos de uma pessoa na tentativa de identificar um possível consumo de drogas ilícitas, ou ainda quando as ‘batidas’ policiais impõem verdadeiros toques de recolher nas comunidades pobres ²¹⁶.

A predominância da atuação desvinculada de prévias investigações contribui para um cenário onde as decisões judiciais são fortemente influenciadas por relatos policiais, frequentemente recebidos como prova decisiva. A "guerra às drogas" cria uma conjuntura em que os depoimentos de agentes policiais são revestidos de uma presunção de veracidade quase absoluta, mesmo na ausência de outros elementos probatórios que possam corroborar as informações, comprometendo, em muitos casos, o rigor probatório necessário à formação de uma decisão judicial fundamentada.

Esse fenômeno é explicado, em parte, pelo já ilustrado "regime de validação" descrito por Jesus, que destaca um conjunto de crenças que legitimam as narrativas policiais no processo penal. Entre elas, a crença na função policial como representante do Estado, no saber técnico do agente, na conduta moral dos policiais e na suposta tendência dos acusados de mentir para se defenderem ²¹⁷.

Rafael de Deus Garcia observa que, nos processos relacionados ao tráfico de drogas, é incomum a apresentação de testemunhas, incluindo usuários de drogas, prevalecendo quase sempre a versão fornecida pelos policiais como única base probatória. Essa realidade se explica, em grande parte, pela ausência de uma exigência judicial mais rigorosa para a produção de outras provas, o que leva à aceitação do testemunho policial como suficiente. Essa prática é frequentemente justificada pela ideia de que o tráfico de drogas ocorre em contextos discretos e ocultos, dificultando a obtenção de outras evidências. ²¹⁸

²¹⁶ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Op, cit., p. 76

²¹⁷ Vide item "2.5 Código 9 - Declarações de policiais e Código 10 – local da abordagem conhecido como ponto de venda de drogas " do capítulo 2 da dissertação.

²¹⁸ DEUS GARCIA, Rafael de. Processo Penal e algoritmos: o direito à privacidade aplicável ao uso de algoritmos no policiamento. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, 2022, p. 135

Emerge, nesse cenário, um sintoma claro de gestão probatória seletiva, em que mesmo a presença de outras provas no processo, não logra retirar a centralidade conferida à prova testemunhal de origem policial. Essas declarações, frequentemente apresentadas nos autos, acabam sendo utilizadas primordialmente para reforçar a narrativa acusatória, enquanto outras evidências são relegadas a um papel secundário²¹⁹.

Quando o juiz declara que a prova da defesa "ficou isolada", ou que "a defesa não se desincumbiu do ônus probatório de comprovar que não se dedica a atividades criminosas", na verdade, o real significado é o de que a prova da defesa foi simplesmente contrária ao depoimento policial.

Um juiz neutro, asséptico e absolutamente imparcial é uma impossibilidade antropológica²²⁰. A atuação dos magistrados é influenciada por vários fatores, incluindo sua formação jurídica, a cultura institucional do órgão judiciário e as expectativas sociais em relação ao combate ao crime. Nesse ponto, é possível inferir que os juízes, muitas vezes, são pressionados a dar respostas que atendam a um desejo social por segurança e ordem, no caso, especialmente influenciados pela condição posta pela política de guerra às drogas, o que pode levá-los a adotar uma postura mais punitivista. Além disso, a estrutura de um sistema que permite discricionariedade significativa nas decisões judiciais abre espaço para que fatores extraleais, como convicções pessoais e valores morais, influenciem suas decisões.

Essa perspectiva é corroborada por Jesus, na conclusão externada em seu trabalho sobre a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas²²¹. Aludindo à pesquisa realizada nesse contexto, a autora afirma que alguns juízes entrevistados disseram que o crime de tráfico exigia uma postura severa dos órgãos de justiça no combate às drogas, renunciando-se ao papel do Poder Judiciário como guardião das leis. Gorete destaca a problemática de magistrados que se equiparam a funções de órgãos de segurança pública, perdendo a "*imparcialidade imprescindível ao julgamento*". "*Acreditando que sua função é o combate à criminalidade*", os magistrados afastam-se da posição de garantidores do direito, tornam-se "*mais uma arma apontada para a população*"²²².

Nesse mesmo sentido, Semer aponta que o desempenho do Poder Judiciário nos processos relativos aos delitos da Lei de Drogas revela verdadeira (e indevida) adesão dos

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Curso avançado de direito constitucional – VII. 1ª parte. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2004.

²²¹ JESUS, Maria Gorete Marques de. Op. cit.

²²² Ibidem, p. 247.

juízes à referida sistemática de Guerra às Drogas. Não apenas um viés de condenação no tráfico, mas também uma pequena incursão na tarefa de individualizar as condutas, inclusive para aplicação das penas. As consequências do pânico moral parecem tão contundentes sobre a necessidade de reprimir o tráfico que se tem a impressão de que em cada processo é o próprio crime de tráfico que está em julgamento, não o réu²²³.

A atividade dos magistrados no campo da guerra às drogas tem sido de natureza complementar, relativizando princípios, adotando teorias, criando dogmas e ignorando situações de fato, tudo em favor de um bom combate às drogas. O judiciário, como efeito, tem agido como verdadeiro aliado da polícia de drogas. Dizendo de outra forma, o judiciário, que era para ser um órgão garantidor de direitos e, mais do que isso, um alicerce de cientificidade e coerência diante da fraqueza e suscetibilidade demonstradas pelo Legislativo, apresenta-se também com sua política de drogas que, como todas nesse campo, é mais polícia do que polícia²²⁴.

Juízes e tribunais brasileiros agem como que alistados na guerra, entendendo-se capazes de atingir o tráfico ilícito com suas condutas e interpretações rigorosas. Ao invés de diminuir a incidência do tipo penal, legitimam-no e ampliam-no. As condutas de trazer consigo e ter em depósito drogas entre as que tipificam o crime de tráfico é revelador do interesse do Estado em tornar o poder punitivo cada vez mais discricionário, e a desnecessidade de comprovação de dolo de comércio por parte da jurisprudência torna a posse de uma substância o aval para que o Judiciário decida se o possuidor pensava, especulava ou tentava com ela praticar uma atividade de comércio.

É imprescindível refletir sobre o papel transformador que o Judiciário deveria desempenhar nesse contexto. Em vez de atuar como uma extensão das forças de segurança pública, legitimando práticas repressivas e ampliando os efeitos deletérios da política de guerra às drogas, o magistrado deveria assumir sua função primordial de garantidor dos direitos fundamentais, conforme exigência de um Estado Democrático de Direito. Isso implica adotar uma postura técnica e independente, baseada exclusivamente em provas concretas e submetidas ao contraditório, afastando-se de interpretações especulativas ou punitivistas.

A atuação judicial que privilegia a proteção de direitos não abdica da responsabilidade de julgar, mas reafirma o compromisso com os princípios da legalidade, proporcionalidade e dignidade humana. O juiz, como um "dique", deve impedir que o poder punitivo extrapole os

²²³ SEMER, Marcelo. Op. cit., p. 242.

²²⁴ VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 419.

limites estabelecidos pela Constituição, garantindo que o combate ao tráfico de drogas não se transforme em instrumento de estigmatização e marginalização de parcelas vulneráveis da sociedade.

Ao invés de perpetuar práticas que reforçam a seletividade penal e a ampliação do encarceramento, o Judiciário tem a oportunidade de corrigir distorções, promover justiça e contribuir para uma política criminal mais racional e alinhada aos preceitos democráticos. Afinal, o fortalecimento de um sistema jurídico baseado em evidências e respeito às garantias legais não apenas qualifica as decisões judiciais, mas também promove maior legitimidade ao próprio combate ao tráfico.

CAPÍTULO 5 – PROPOSIÇÕES PARA MINIMIZAR O DECISIONISMO JUDICIAL E APRIMORAR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS

Com base nas análises realizadas nos capítulos anteriores, que destacaram os efeitos negativos da vagueza do dispositivo legal e da ausência de critérios para a definição de *não se dedicar às atividades criminosas*, propõem-se algumas ações destinadas a minimizar, ou mesmo eliminar, a recorrência de decisões judiciais fundamentadas em elementos que não sejam verificáveis e, conseqüentemente, não possam ser refutados pela defesa, em conformidade com os preceitos de um sistema processual garantista.

O objetivo é traçar diretrizes que reduzam as incertezas interpretativas, promovendo maior segurança jurídica e afastando a atuação do Poder Judiciário de influências que favoreçam o decisionismo e a arbitrariedade.

A abordagem será realizada a partir de duas perspectivas. A primeira refere-se à atuação dos órgãos do Poder Judiciário (juízes e Tribunais), enfatizando posturas que podem ser adotadas para fortalecer a fundamentação das decisões e a coerência dos pronunciamentos como um todo. A segunda relaciona-se à necessidade de reforma legislativa, para o caso de uma causa de diminuição voltada ao pequeno traficante ou traficante ocasional, destacando a importância de uma redação normativa mais clara e objetiva, capaz de limitar a discricionariedade judicial e garantir maior previsibilidade na aplicação da norma.

5.1 Enfoque da atuação judicial: reflexões sobre a aplicação da lei em vigor

Embora a redação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas apresente sérios desafios, amplamente discutidos ao longo deste trabalho, é fundamental reconhecer que a norma permanece em vigor e constitui o parâmetro com o qual o Poder Judiciário deve operar.

Com base nessa realidade, propõe-se que o Judiciário adote uma postura de dupla responsabilidade: de um lado, garantir que a aplicação da norma seja sustentada por elementos concretos e verificáveis, evitando interpretações especulativas ou baseadas em juízos subjetivos; de outro, exercer um papel de autocontenção, atuando como um verdadeiro "dique" do poder punitivo do Estado.

Tais posturas implicam, sobretudo, rejeitar a adesão irrestrita aos ditames da política de guerra às drogas, conforme criticado no capítulo 4 desta dissertação, priorizando decisões que respeitem os princípios constitucionais, prevenindo arbitrariedades ou excessos punitivistas.

5.1.1 O juiz: uma atuação menos decisionista

O papel dos magistrados, principalmente na primeira instância, é de extrema relevância no contexto da aplicação da Lei de Drogas, posto que é nesse nível que o contato direto com as provas deveria proporcionar uma análise criteriosa e restritiva, baseada exclusivamente em elementos concretos constantes nos autos. A autocontenção interpretativa, aqui sugerida, significa limitar a decisão judicial ao que é estritamente verificável, evitando qualquer exclusão do benefício do tráfico privilegiado a partir de juízos especulativos.

Apesar das críticas desenvolvidas a respeito da redação do texto legal, há de se reconhecer, contingencialmente (a solução considerada definitiva será abordada no próximo tópico), a possibilidade de aplicação do dispositivo de forma criteriosa. Destaca-se, por exemplo, fundamentações baseadas em dados resultantes de interceptações telefônicas, apreensão de anotações relacionadas à contabilidade do tráfico de drogas ou investigações antecedentes que revelem a prática delitativa reiterada ou o vínculo do acusado com atividades ilícitas. Na pesquisa empírica realizada, esses elementos apareceram preponderantemente em decisões relacionadas aos códigos 3, 5, 11 e 16, conforme explicitado no capítulo 2 da dissertação.

Por outro lado, argumentos baseados em elementos como o local da prisão, a ausência de emprego formal ou a reputação do acusado perante os agentes policiais são frágeis e frequentemente desprovidos de suporte probatório. Na apresentação da pesquisa, esses critérios aparecem precipuamente nas sentenças vinculadas aos códigos 1, 2, 4, 8, 9 e 10.

A enorme prevalência da atuação da Polícia Militar em casos de condenações por tráfico de drogas justifica reflexão específica. Como exposto no capítulo 4 da dissertação, o “regime de validação”, apontado por Jesus, atribui à palavra do policial uma presunção de veracidade quase absoluta. No entanto, para que o contraditório seja efetivo, é imprescindível que toda alegação apresentada nos autos seja sustentada por provas que possam ser confrontadas. Apenas dessa forma é possível assegurar decisões judiciais que respeitem os limites constitucionais e legais, conforme os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. Fundamentações como aquelas observadas nas sentenças vinculadas aos códigos 9 e 10 devem ser evitadas como motivações exclusivas.

A adoção de tais posturas por parte dos magistrados não apenas qualifica o processo decisório, mas também contribui para a construção de um sistema penal mais justo, afastando práticas que reforcem a seletividade e a arbitrariedade na aplicação da Lei de Drogas.

5.1.2 Os Tribunais e a uniformização jurisprudencial

A ausência de uniformidade nas decisões judiciais constitui um desafio significativo no contexto da aplicação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Esse cenário é agravado pela margem de discricionariedade conferida aos magistrados em razão da vagueza do texto legal, conforme analisado no capítulo 3 desta dissertação.

Dessa forma, a jurisprudência dos tribunais desempenha um papel crucial para orientar e uniformizar a aplicação das leis. No caso da pesquisa, tem-se como essencial o estabelecimento de critérios claros e consistentes em relação à exclusão do benefício do tráfico privilegiado, evitando-se a aplicação desigual da lei a situações semelhantes.

A pesquisa empírica realizada no capítulo 2 revelou uma ampla diversidade de entendimentos empregados nas sentenças de primeira instância, ainda que relacionados a um mesmo código. O Brasil, com sua dimensão continental e pluralidade social, apresenta cenários extremamente distintos, não sendo difícil imaginar que a abordagem judicial sobre o tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, diverge significativamente daquela observada em pequenos municípios do interior.

Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), desempenham um papel fundamental na consolidação de parâmetros que proporcionem segurança jurídica. Uma jurisprudência consistente não apenas reduz margens para ocorrência de pronunciamentos decisionistas, como também reforça a previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais. Essas funções são intrínsecas à própria finalidade dos precedentes, que, ao serem devidamente estabelecidos, podem impor graus significativos de vinculação aos magistrados das instâncias inferiores, promovendo um sistema mais estável e coerente.

O STJ, por exemplo, tem consolidado posições importantes, como no julgamento de recursos repetitivos sobre o Tema 1.139, no qual se firmou o entendimento de que inquéritos e ações penais em andamento não podem ser utilizados como fundamento para afastar o benefício do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Da mesma forma, a Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp 1.916.596/SP, reconheceu a possibilidade de considerar históricos infracionais

apenas quando houver fundamentação idônea que demonstre circunstâncias excepcionais, como a gravidade dos atos pretéritos e a proximidade temporal com o crime em apuração.

É necessário, contudo, expandir essa postura para outros aspectos da aplicação do art. 33, § 4º, sempre com a finalidade de eliminar a margem para interpretações amplas ou subjetivas.

No âmbito do STF, persistem controvérsias que dificultam a consolidação de entendimentos a respeito da causa de diminuição. Foi apontada, no capítulo 2, a existência de precedentes, em ambas as Turmas da Corte, que tratam de maneira divergente temas como a utilização de atos infracionais e processos em curso para fundamentar a exclusão do benefício. Enquanto parte da jurisprudência rejeita o uso de registros pretéritos como fundamentos idôneos, outra parte valida sua utilização, sobretudo quando combinados a outros elementos indicativos de dedicação a atividades criminosas²²⁵.

Essa disparidade de entendimentos na mais alta instância judicial do país compromete a previsibilidade das decisões, criando um ambiente de incerteza jurídica. A sorte de um acusado pode depender, em grande medida, do magistrado ou do órgão colegiado (Primeira ou Segunda Turma) que julgará seu caso.

O alinhamento entre as instâncias judiciais, especialmente sob direcionamento dos tribunais superiores, é essencial para limitar a discricionariedade e evitar decisões arbitrárias.

O aprofundamento sobre a atuação dos tribunais, sob a perspectiva da construção da jurisprudência, não é objeto de estudo neste trabalho, servindo apenas para reflexão a respeito de posturas a serem implementadas em prol da melhor aplicação da lei, em especial do art. 33, § 4º da Lei de drogas.

5.2 Enfoque da alteração legislativa

As críticas desenvolvidas no capítulo 3 da dissertação, envolvendo o princípio legalidade, a vagueza do texto e o próprio conceito de *dedicação às atividades criminosas*, que remete ao problemático estigma de “criminoso habitual”, resultam na conclusão de que a solução definitiva para a problemática que justificou este estudo é a alteração legislativa.

Propõe-se que o dispositivo da lei de drogas seja revisado, pelo menos a partir de duas alternativas. A primeira, a alteração do texto em vigor, com a exclusão do critério de *não se*

²²⁵ Vide capítulo 2.

dedicar às atividades criminosas. A segunda, com a revogação completa do dispositivo e a elaboração de novo artigo de lei tratando da causa de diminuição respectiva ao tráfico privilegiado.

5.2.1 Exclusão do critério de *dedicação às atividades criminosas* (seria possível?)

Cabe refletir se seria possível a simples retirada dos termos *não se dedique às atividades criminosas* do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Nessa hipótese, seriam mantidos na lei, como critérios negativos para a observância do tráfico privilegiado, apenas a reincidência, os maus antecedentes e a integração a organização criminosa.

A sugestão de suprimir apenas o texto alusivo a *não se dedicar às atividades criminosas* representaria, à primeira vista, uma medida mínima para aprimorar a aplicação do dispositivo. Como demonstrado na introdução deste trabalho, esse critério é o mais frequentemente utilizado para negar o benefício do tráfico privilegiado, o que indica sua centralidade nos fundamentos judiciais.

Sua remoção resultaria em menor abertura interpretativa do texto normativo, restringindo a fundamentação dos magistrados a elementos objetivos ou menos subjetivos. Além disso, essa alteração afastaria o dispositivo de elementos estigmatizantes oriundos da criminologia positivista, evitando que o acusado seja rotulado como um “criminoso habitual”.

No entanto, a simples retirada do termo gera uma lacuna significativa, dificultando a análise dos casos concretos, especialmente sobre a consideração de tratar-se de um pequeno traficante, a partir apenas dos demais critérios. Isso porque, com a exclusão do termo *não se dedicar às atividades criminosas*, qualquer pessoa primária, sem antecedentes criminais e que não tenha vínculo comprovado com uma organização criminosa, teria direito automático ao benefício.

Nessa perspectiva, a quantidade de drogas apreendidas, ou o encontro de petrechos utilizados em laboratório de fabricação de drogas, ou investigações demonstrando o efetivo envolvimento na atividade de tráfico, por exemplo, serviriam apenas para determinar a gradação do benefício (entre 1/6 e 2/3), sem impedir sua aplicação.

Isso certamente geraria discrepâncias: grandes traficantes, não sendo reincidentes ou comprovadamente associados a organizações criminosas, poderiam ser beneficiados; ao mesmo tempo, uma “mula” transportando drogas poderia ter sua pena reduzida na fração mínima.

Ressalte-se que os demais critérios também apresentam problemáticas significativas, reforçando a necessidade de uma revisão legislativa mais abrangente, como será explorado no tópico seguinte. Mesmo a reincidência, frequentemente considerada um critério objetivo, apresenta desafios para justificar a negativa do benefício. A análise desse critério, baseada na folha de antecedentes criminais, não leva em conta a proporcionalidade da punição nem o tipo de delito que fundamenta a reincidência.

Nesse sentido, surge uma questão relevante para reflexão: seria razoável negar o benefício a uma pessoa reincidente em crime contra a honra? Ou a um indivíduo com antecedentes relacionados a fatos remotos e que, pela prescrição, não configuram reincidência? A atual redação da lei, ao impedir a concessão da causa de diminuição nesses casos, compromete a diferenciação pretendida entre pequenos traficantes e grandes narcotraficantes.

Um precedente recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ilustra essas dificuldades. A Corte decidiu que a “ínfima quantidade da droga apreendida não justifica o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo perfeitamente cabível a sua aplicação em patamar intermediário (1/2), diante da reincidência”²²⁶. Nesse caso, embora reincidente, o acusado teve reconhecido o direito à redução da pena. Apesar de acertada, a decisão expõe a dependência da análise subjetiva do julgador e o caráter discricionário do dispositivo.

Embora o estudo dos demais critérios do dispositivo não seja o foco deste trabalho, é pertinente ponderar sobre sua adequação aos princípios constitucionais.

A análise realizada evidencia que a revogação ou reforma integral do artigo de lei seria a solução mais coerente com as premissas desenvolvidas, conforme será detalhado no tópico a seguir.

²²⁶ STJ, HC 660.930/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 14/09/2021, p. 21/09/2021.

5.2.2 Revogação completa do dispositivo e a elaboração de novo artigo de lei

A segunda alternativa diz respeito a reformulação da lei, com a revogação do dispositivo e a elaboração de novo artigo, através do qual possam ser estabelecidos critérios objetivos a respeito da gradação do tráfico de drogas para fins de aplicação de uma causa de diminuição em favor do acusado não envolvido com o tráfico em grande escala, mantendo-se, com outra roupagem, a figura do tráfico privilegiado.

A solução definitiva para a problemática desenvolvida neste trabalho exige, portanto, que seja eliminada a vagueza do texto e abertura do conceito de *dedicação às atividades criminosas*, buscando a redação de dispositivo elaborado à luz dos princípios da regulatividade e da taxatividade das normas penais, de modo a promover maior clareza e objetividade.

A introdução de parâmetros quantitativos claros, por exemplo, relacionados à quantidade de drogas apreendidas, poderia contribuir significativamente para uniformizar a aplicação do benefício. Em vez de depender de juízos subjetivos sobre a "dedicação" do réu, o legislador poderia estabelecer reduções proporcionais de pena com base em patamares objetivos, considerando a quantidade e o tipo de substância.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.565/2019, que propõe alterações substanciais à Lei de Drogas. A iniciativa busca conferir maior objetividade ao enquadramento típico do tráfico de drogas, avançando, ainda, no tratamento da diminuição de pena ao estabelecer critérios claros baseados nas quantidades de substâncias entorpecentes envolvidas.

Consta do projeto, por exemplo, previsão de que a aquisição, posse, armazenamento, guarda, transporte, compartilhamento ou uso de drogas ilícitas, para consumo pessoal, em quantidade de até 10 (dez) doses não constitui crime. Reserva, contudo, ao Poder Executivo a elaboração de tabela correspondente aos quantitativos alusivos a cada droga ilícita.

De outro lado, ainda segundo a proposição legislativa, o fato de determinada pessoa ser encontrada com quantidade superior às 10 doses não significará, automaticamente, que se trata de traficante. Pelo contrário, o entorpecente permanecerá sendo considerado como substância

destinada ao consumo pessoal, se em decorrência das condições em que se desenvolveu a ação, ficar caracterizado que a droga ilícita se destinava exclusivamente para uso próprio ²²⁷⁻²²⁸

O projeto também inclui uma ressalva específica, estabelecendo que não constituem crime as práticas de aquisição, posse, armazenamento, guarda, transporte, compartilhamento e uso de drogas ilícitas, assim como o semeio, cultivo ou colheita de plantas das quais se possa extrair substâncias ou produtos classificados como drogas ilícitas, desde que destinadas ao uso medicinal, terapêutico, ritualístico ou científico, mediante autorização do órgão competente ²²⁹.

A proposição legislativa, de forma inédita, introduz a previsão de sanções administrativas para condutas relacionadas ao consumo de drogas ilícitas em determinados contextos. Tais sanções aplicam-se quando o consumo ocorre em locais públicos, nas proximidades ou no interior de espaços específicos, ou em situações de proximidade com crianças, adolescentes ou pessoas vulneráveis. Além disso, prevê-se a imposição de sanções administrativas para condutas como adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou consumir drogas ilícitas em quantidade superior a 10 doses, desde que fique demonstrada a exclusiva finalidade de uso pessoal. ²³⁰

A tentativa de incorporar critérios objetivos à legislação para caracterizar e graduar a própria conduta típica, com base em parâmetros claros e verificáveis, apresenta potencial significativo para fortalecer a segurança jurídica na atuação estatal. Essa abordagem, particularmente no contexto dos órgãos de justiça criminal, pode trazer benefícios substanciais para a promoção da justiça, prevenindo tratamentos injustos ou desiguais e assegurando maior uniformidade na aplicação da lei.

Ademais, considerando o exposto, é possível vislumbrar um cenário mais favorável para a redução do encarceramento em massa. A adoção de critérios objetivos pode evitar que indivíduos não envolvidos com o tráfico sejam indevidamente encarcerados e, ao mesmo tempo, direcionar usuários problemáticos para tratamentos e programas de reabilitação, substituindo a abordagem meramente punitiva por uma política mais eficaz e humanitária.

²²⁷ Anteprojeto de Lei que atualiza da Lei n° 11.343/2006. Disponível em:<https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Anteprojeto.pdf> Acesso em 26/07/2023.

²²⁸ O Deputado Alexandre Padilha (PT-SP), ao apresentar o Projeto de Lei n° 4.565/2019, promoveu alterações no texto originalmente elaborado pela comissão de juristas. Entre as mudanças, destaca-se a introdução de um limite de 30 doses como parâmetro para a descriminalização das condutas relacionadas à aquisição, posse, armazenamento, guarda, transporte, compartilhamento ou uso de drogas ilícitas para consumo pessoal.

²²⁹ Anteprojeto de Lei que atualiza da Lei n° 11.343/2006. Disponível em:<https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Anteprojeto.pdf> Acesso em 26/07/2023.

²³⁰ *Ibidem*.

Especificamente no que tange ao presente estudo, destaca-se na proposta legislativa a previsão da diminuição da pena com base na quantidade de droga apreendida, sem exigir a consideração de outros elementos. Segundo o projeto, para crimes envolvendo entre 100 e 1.000 doses de entorpecentes, o magistrado deverá aplicar uma redução de pena de 1/6 a 1/3. Já nos casos em que a quantidade apreendida for entre 10 e 100 doses, a redução deverá ser de 1/2 a 2/3.

Embora o projeto ainda preserve certa discricionariedade na definição do *quantum* da redução, a estipulação de quantidades específicas como critérios objetivos reduz significativamente o campo para interpretações subjetivas ou discrepantes. Essa abordagem direciona o magistrado a uma análise mais técnica, promovendo maior segurança jurídica e consistência na aplicação da lei. O texto da proposta legislativa está apresentado abaixo, detalhando essas diretrizes:

Art. 41. As penas previstas nos artigos. 33-A, 33-B, 33-C, 33D, 33F, 33G, 33H, 33-I, 34, 36 e 37 desta Lei serão reduzidas de um sexto a um terço quando:

- I – a quantidade de droga apreendida for superior a 100 (cem) doses e inferior a 1.000 (mil) doses;
- II - o réu confessar a prática do delito.”

Art. 41-A. As penas previstas nos artigos. 33-A, 33-B, 33-C, 33D, 33F, 33G, 33H, 33I, 34, 36 e 37 desta Lei serão reduzidas da metade a dois terços, quando:

- I – a quantidade de droga apreendida for superior a 10 (dez) doses e inferior a 100 (cem) doses;
- II – o réu colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização e apreensão de drogas, dinheiro ou outros valores decorrentes da atividade criminosa ou que a financiem, armas munições;
- III – em relação à mulher que, em situação de violência doméstica, na forma da lei específica, pratica o crime, por determinação de seu companheiro ou companheira, independentemente de este responder em coautoria.²³¹

Também há especial atenção para a hipótese da conduta de levar drogas para o interior de unidade prisional, em favor de cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente em linha reta ou colateral até o terceiro grau. Conforme exposto em linhas anteriores, ¾ da população

²³¹ Anteprojeto de Lei que atualiza da Lei nº 11.343/2006. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Anteprojeto.pdf> Acesso em 26/07/2023.

carcerária feminina diz respeito a mulheres acusadas ou condenadas por delitos relacionados a Lei de Drogas.

Segundo a socióloga Julita Lemgruber, primeira mulher a chefiar a administração do sistema carcerário do Estado do Rio de Janeiro, essas mulheres atuam como pequenas traficantes, "*geralmente apoiando os companheiros, desempenhando papel secundário no tráfico; muitas vezes são flagradas levando drogas para os companheiros nos presídios. Elas não representam maiores perigos para a sociedade e poderiam ser incluídas em políticas de reinserção social*"²³².

Nesse contexto, atentando-se para essa realidade, a proposta legislativa estabelece tipo penal específico, com pena menor do que a atualmente prevista no art. 33 da Lei de Drogas, considerada a hipótese de introdução de drogas em unidade prisional.

Introdução de drogas ilícitas em unidade prisional

Art. 33-E. Introduzir, sem intuito de lucro, drogas ilícitas, em penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar, casa de albergado, centro de observação, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, cadeia pública ou de unidade de internação, tratamento ou recuperação de criança ou adolescente, ou equivalente, para cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente em linha reta ou colateral até o terceiro grau.

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa de 200 (duzentos) a 500 (quinhentos) dias-multa.²³³

Outro exemplo de como o projeto busca promover proporcionalidade na aplicação das penas é a previsão de abrandamento para os casos de "transporte de drogas ilícitas por meio de terceiro instigado ou coagido", cenário tipicamente associado às chamadas "mulas" do tráfico. Nessa hipótese, a proposta legislativa estabelece que o juiz poderá, inclusive, deixar de aplicar qualquer pena, desde que fique comprovado que o agente atuou sob grave coação. Essa previsão reconhece as circunstâncias específicas em que indivíduos vulneráveis são forçados ou induzidos a participar de atividades criminosas, conferindo ao magistrado a possibilidade de aplicar uma resposta penal mais justa e adequada ao caso concreto.

²³² Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, realizado em Brasília/DF, pelo Conselho Nacional de Justiça, em junho de 2011.

²³³ Anteprojeto de Lei que atualiza da Lei nº 11.343/2006. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Anteprojeto.pdf> Acesso em 26/07/2023.

Transporte de drogas ilícitas por meio de terceiro instigado ou coagido

Art. 33-D. Transportar drogas ilícitas a pedido, por ordem ou coação, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa de 200 (duzentos) a 500 (quinhentos) dias-multa.

§ 1º Se o tráfico é internacional, as penas aumentam-se em um terço.

§ 2º O juiz poderá, nos casos de ordem ou coação, deixar de aplicar a pena ou diminuir a pena cominada de um terço até a metade se, em razão do transporte, o agente é obrigado a enfrentar perigo concreto a sua vida ou saúde, situação desumana ou degradante, ou qualquer forma de coação resistível.²³⁴

²³⁴ Anteprojeto de Lei que atualiza da Lei nº 11.343/2006. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Anteprojeto.pdf> Acesso em 26/07/2023.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo, buscou-se compreender como e por que os juízes decidem acerca do critério de *não se dedicar às atividades criminosas*, previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

A causa de diminuição do tráfico privilegiado foi concebida para permitir a aplicação de penas proporcionais àqueles reconhecidos como pequenos traficantes ou envolvidos ocasionalmente com o tráfico de drogas. Apesar dos outros requisitos negativos ao implemento do benefício (a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a não integração a organização criminosas), também apresentarem relevantes problemas na aplicação da norma, é o critério de *não se dedicar às atividades criminosas* o mais problemático, ao passo que é o mais recorrentemente observado nas sentenças que negam a observância do benefício.

Conforme demonstrado pela pesquisa empírica, fundamentada na análise de conteúdo de sentenças proferidas por magistrados de diferentes tribunais, o critério de *dedicação às atividades criminosas* é frequentemente aplicado com base em motivações vagas e desconectadas das provas concretas produzidas sob o crivo do contraditório. Os juízes utilizam elementos subjetivos e presunções para justificar a exclusão do benefício, o que dificulta, ou mesmo inviabiliza, a verificação e a refutação da hipótese acusatória por parte da defesa. Tal quadro é agravado pela vagueza do texto legal, caracterizado como um "tipo aberto", que amplia consideravelmente o campo de discricionariedade judicial, sendo uma porta aberta ao decisionismo e ao arbítrio punitivo.

Sob o marco teórico do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, destacou-se que um sistema de justiça penal, que não seja identificado como autoritário, deve ser regido por normas claras e por decisões embasadas em provas verificáveis. A situação jurídica desfavorável de uma pessoa considerada *dedicada às atividades criminosas*, como observado neste trabalho, é frequentemente constituída pelo juízo de forma dissociada dos pressupostos do cognitivismo processual e da estrita jurisdiccionariedade.

A problemática, contudo, não se limita à aplicação judicial do dispositivo, mas envolve o próprio conceito de pessoa *dedicada às atividades criminosas*. Esse termo remonta à criminologia positivista do final do século XIX, movimento que propiciou, por meio de figuras como Lombroso e Ferri, o desenvolvimento de ideias como as de "homem delinquente" e "criminoso habitual". Essas categorias, marcadas por viés discriminatório, perpetuam estigmas

e desviam o foco da análise penal de condutas concretas para julgamentos subjetivos sobre o caráter ou a suposta predisposição criminosa dos indivíduos.

Ademais, o estudo ressaltou como a política de guerra às drogas influencia a atuação judicial. Ancorada em premissas repressivas e punitivistas, essa abordagem molda o sistema de justiça criminal para reforçar preconceitos estruturais e práticas seletivas, contribuindo para o superencarceramento de grupos vulneráveis. A rotulação de indivíduos, como ocorre no contexto da teoria do etiquetamento (*labeling approach*), estigmatiza pessoas em situações de vulnerabilidade, frequentemente com base em elementos que extrapolam os dados probatórios constantes dos autos, como a ausência de atividade laborativa, o local da abordagem policial ou o simples depoimento policial no sentido de ser o acusado “conhecido do meio policial”.

A pesquisa concluiu que mudanças são necessárias em dois níveis. Primeiramente, no âmbito judicial, é essencial que os magistrados adotem práticas interpretativas mais restritivas, embasando suas decisões exclusivamente em elementos concretos, verificáveis e submetidos ao contraditório. Deve-se evitar fundamentações genéricas ou baseadas em presunções, priorizando provas que possam ser efetivamente refutadas pela defesa. No nível dos tribunais, a uniformização da jurisprudência é imperativa, estabelecendo critérios claros para fundamentações válidas, a fim de prevenir discrepâncias entre casos semelhantes e assegurar a aplicação equitativa da lei.

No plano legislativo, propõe-se a revogação do dispositivo, com a formulação de um novo texto que contemple uma causa de diminuição direcionada ao pequeno traficante ou traficante ocasional, com critérios objetivos relacionados a quantidades de drogas. Tal medida reduziria a subjetividade e as margens para arbitrariedades, promovendo maior segurança jurídica. O modelo ideal ainda precisa ser formulado.

Espera-se que os pensamentos apresentados neste trabalho contribuam para reflexões que resultem, ao final, na aplicação mais justa e equitativa da Lei de Drogas, alinhada aos valores constitucionais e democráticos que sustentam o Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos; Trad. Sérgio Lamarão. - Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- ARAÚJO JUNIOR, Marco Antônio *et al.* Leis Penais Especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ARGUELLO, Katie. MURARO, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no brasil. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 113/2015 | p. 317 - 356 | Mar - Abr / 2015 DTR\2015\3615.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal / tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 1ª reimpressão, março de 2013.
- BARDIN, Lawrence. Análise de Conteúdo. 2ª reimp. da 1ª edição de 2011. Tradução: Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. - São Paulo: Edições 70, 2011.
- BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. Prisões cautelares e tráfico de drogas: um estudo a partir de processos judiciais nas varas de tóxicos em Salvador. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 148/2018 | p. 209 - 242 | Out / 2018 | DTR\2018\19808.
- BATISTA, Nilo. Concurso de agentes. - 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2024.
- _____. Política criminal com derramamento de sangue. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BOITEUX, L. F. R. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, S. S. (Org.). Drogas uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCrim, 2014.
- CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. - Rio de Janeiro: Revan, 2007. 2ª edição abril de 2008.
- DELMANTO, Fábio Machado de A.; DELMANTO, Roberto; JÚNIOR, Roberto D. Leis penais especiais comentadas. Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553602209. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602209/>. Acesso em: 29 abr. 2024.

- DEUS GARCIA, Rafael de. Processo Penal e algoritmos: o direito à privacidade aplicável ao uso de algoritmos no policiamento. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, 2022. _____; LACERDA, Marina; MURARO, Mariel; PIZA DUARTE, Evando C. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/ptbr/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica>
- DIMOULIS, Dimitri. A Interpretação Jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti) realista. Teoria do Direito Neoconstitucional – superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p.148.
- FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A deslateralização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. 1. ed. - Florianópolis [SC]: Emais Academia, 2020.
- FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional, 7. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- FERNANDES, Luciana Costa. “Com quem estão seus filhos?”: Discursos e práticas em autos judiciais e as condições de intersecção entre racismo, sexismo e colonialismo em uma ação penal. Civitas: revista de Ciências Sociais, [S. l.], v. 22, p. e40572, 2022. DOI: 10.15448/1984-7289.2022.1.40572.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4. ed. Rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- GRECO, Luís; LEITE, Alair. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 102, n. 933, p. 61-92, jul. 2013.
- JESUS, Maria Gorete Marques de. A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas. 1 ed., 2. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020.
- KELSEN, Hans. O Que é Justiça. Trad. Luis Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. _____ . Teoria Pura do Direito. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. - 9ª ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. - (RT- textos fundamentais; 5).
- MACÊDO RIBEIRO, M. H.; SAMPAIO, A. R.; MELO, M. E. V. Justiça Negocial e Garantismo Penal: A Fragilização da Epistemologia Garantista a Partir da Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro: Revista Direito em Debate, v. 30, n. 55,

- p. 215–229, 2021. DOI: 10.21527/2176-6622.2021.55.215-229. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10131>. Acesso em: 2 maio. 2024.
- MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas - Comentada - artigo por artigo, 3ª edição. Grupo GEN, 2012. E-book. ISBN 978-85-309-4559-6. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4559-6/>. Acesso em: 17 mai. 2024.
- MORAIS, José Victor Ibiapina Cunha; SOARES FILHO, Sidney. Garantismo ou guerra às drogas? A uniformização da discussão acerca do uso de ações penais em curso para afastar o tráfico privilegiado e as implicações na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará. Revista dos Tribunais. vol. 1055. ano 112. p. 217-235. São Paulo: Ed. RT, setembro 2023.
- OLIVEIRA, Bruna Froés de. TEODORO, Frediano José Momesso. Órgãos de segurança, seletividade penal e estado de exceção: uma análise crítica. Revista brasileira de ciências criminais. ISSN 1415-5400, Nº. 148, 2018.
- PEDRINHA, Roberta Duboc. “A Efetivação da (in) segurança pública: o combate às drogas engendrado no Brasil”. Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- PENNA, Bernardo Schimidt; CARNIO, Henrique Garbellini. A má leitura da "moldura da norma" de Kelsen como alibi para discricionariedade judicial: Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 16, n. 39, p. 81-99, maio/agosto 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v16i39.417>.
- PEREIRA, Paulo Henrique Rodrigues. A moldura kelseniana: formulação dos limites da interpretação na teoria pura do direito. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 43, p. 221-244, ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.95195>.
- PIMENTA, Vitor Martins. Por trás das grades: o encarceramento em massa no Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Para além do garantismo: uma proposta hermenéutica de controle da decisão final. Tese (Doutorado) - Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, 2011.
- QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus. Comentários à Lei de Drogas. 2016.

- RODRIGUES, Bruno Porangaba. A proteção das mulas do tráfico transnacional de drogas à luz do Protocolo de Palermo e do Código Penal Brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5866, 24 jul. 2019.
- SAMPAIO, Rafael Cardoso. *Análise de conteúdo categorial: manual de aplicação / Rafael Cardoso Sampaio, Diógenes Lycarião*. -- Brasília: Enap, 2021. Coleção Metodologias de Pesquisa.
- SANKIEVICZ, Alexandre. Desafios ao princípio da legalidade penal ante a imprecisão da linguagem jurídica. DPU nº 23 – Set-Out/2008 - Teoria e Estudos Científicos.
- SANTOS, Lycurgo de Castro. O princípio de legalidade no moderno direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 15/1996.
- SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2017.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*.
- VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 4 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "La legislación de antidrogas latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario". In: *Fascículos de Ciências Penais*. Volume: 3. Número: 2. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1990.