



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
MESTRADO PROFISSIONAL EM SEGURANÇA PÚBLICA, JUSTIÇA E  
CIDADANIA**

**SAULO MURILO DE OLIVEIRA MATTOS**

**TRÁFICO DE DROGAS OU PORTE PARA CONSUMO  
PRÓPRIO?**

**“DE CARA” COM O MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA**

Salvador - BA

2017

**SAULO MURILO DE OLIVEIRA MATTOS**

**TRÁFICO DE DROGAS OU PORTE PARA CONSUMO  
PRÓPRIO?**  
“DE CARA” COM O MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em  
Segurança Pública, Justiça e Cidadania, da Universidade  
Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do título  
de mestre em Segurança Pública.

Orientador: Dr. Riccardo Cappelletti

Salvador - BA

2017

M444

Mattos, Saulo Murilo de Oliveira

Tráfico de drogas ou porte para consumo próprio?  
“de cara” com o Ministério Público da Bahia / por Saulo Murilo  
de Oliveira Mattos. – 2017.  
177f.

Orientador: Prof. Dr. Riccardo Cappi.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,  
Faculdade de Direito, 2017.

1. Tráfico de drogas. 2. Drogas - Abuso. 3. Bahia - Ministério  
Público. I. Cappi, Riccardo. II. Universidade Federal da Bahia. III.  
Título.

CDD-345.0277

**SAULO MURILO DE OLIVEIRA MATTOS**

**TRÁFICO DE DROGAS OU PORTE PARA CONSUMO  
PRÓPRIO?  
“DE CARA” COM O MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA**

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Segurança Pública Justiça, e Cidadania, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do título de mestre em Segurança Pública.

Área de Concentração: Segurança Pública

Linha de Pesquisa: Vitimização e criminalidade

Aprovada em     de     de 2017.

**BANCA EXAMINADORA**

Dr. Riccardo Cappi (orientador)

Doutor em Criminologia e Mestre em Ciências Econômicas

*Université Catholique de Louvain* da Bélgica

Dr. Elmir Duclerc Ramalho Júnior

Doutorado em Direito

Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro

Dr. Fábio Roque da Silva Araújo

Doutor em Direito Público

Universidade Federal da Bahia

*Dedico esta pesquisa exclusivamente a você, minha filha; estou à espera do seu primeiro choro, Luna; do seu primeiro sorriso; do brilho de vida que será mais forte em mim; em dois meses e meio, nos conheceremos.*

## **DESPALAVRA**

*Hoje eu atingi o reino das imagens, o reino da  
despalavra.*

*Daqui vem que todas as coisas podem ter qualidades  
humanas.*

*Daqui vem que todas as coisas podem ter qualidades de  
pássaros.*

*Daqui vem que todas as pedras podem ter qualidades de  
sapo.*

*Daqui vem que todos os poetas podem ter qualidades de  
árvore.*

*Daqui vem que os poetas podem arborizar os pássaros.*

*Daqui vem que todos os poetas podem humanizar as  
águas.*

*Daqui vem que os poetas devem aumentar o mundo  
com as suas metáforas.*

*Que os poetas podem ser pré-coisas, pré-vermes, podem  
ser pré-musgos.*

*Daqui vem que os poetas podem compreender o mundo  
sem conceitos.*

*Que os poetas podem refazer o mundo por imagens, por  
eflúvios, por afeto.*

**Manoel de Barros**

## AGRADECIMENTOS

Para mim, uma das melhores energias da vida é a gratidão. É quando se percebe que a caminhada para a realização de nossos objetivos se tornou mais leve, porque contamos com o apoio de pessoas queridas. Que seja uma palavra de incentivo, uma escuta atenciosa, uma conversa descontraída! E mesmo que sejam vivenciados momentos de solidão, não se pode perder o horizonte de ideias e sentimentos compartilhados.

Agradeço à força divina, porque não tenho medo de dizer que tenho fé;

À minha família matriz: meu pai (*in memoriam*), pela presença de espírito em minha vida; minha mãe, pela doçura que me acalma e me protege; e meus irmãos, por serem irmãos, e isso é muita coisa nesse mundo de angústias;

À minha Pretinha, minha Carlinha, querida esposa, que atura meus momentos de mau humor, que acredita em mim, que me auxiliou na pesquisa com seu olhar diferenciado, inclusive no manejo de Excel para elaboração de tabelas; que abriu seu ventre para receber do meu (nosso) amor a nossa Luna;

A meu orientador Riccardo Cappi, pela leveza e sinceridade no processo de orientação; por se colocar aberto ao diálogo e me fazer pensar no que é a atividade de pesquisa empírica; a minha forma de pensar passou a ser diferente, e para melhor;

Ao amigo e compadre Samuca, um otimista que, sem perder o tom crítico, acredita na força dos sonhos; obrigado pelo incentivo e troca de ideias;

Ao colega Luciano Borges, por ter feito as audiências criminais quando precisei me ausentar da comarca de Jequié para frequentar a aulas do mestrado;

Aos servidores do Ministério Público em Jequié, Nildo, Franclin e Gabriel, que nem imaginam o quanto foi importante contar com a ajuda deles nas atividades diárias da promotoria; um destaque especial para Nildão, que chegou junto comigo nas demandas da 6ª promotoria;

Aos colegas Camila, Poliana e Celso, pelas instigantes conversas sobre a atividade de pesquisa empírica;

A Carol, querida colega de mestrado, pelo auxílio na formatação do trabalho;

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. **Tráfico de drogas ou porte para consumo próprio? “De Cara” Com o Ministério Público da Bahia.** Dissertação (Mestrado Profissional). Programa de Pós-Graduação (Stricto Sensu) em Segurança Pública, Justiça e Cidadania. Universidade Federal da Bahia, 2017.

## RESUMO

A presente pesquisa, a partir da metodologia quanti-qualitativa, busca, por uma linha prevalentemente indutiva, analisar como ocorre, na prática, a distinção feita pelo promotor de justiça entre tráfico de drogas e porte de drogas para consumo próprio quando recebe um inquérito policial, já que a Lei n. 11.343/2006 não oferece parâmetros seguros sobre essa distinção. Ao ter por base material empírico produzido pelo Ministério Público da Bahia, a pesquisa, mais do que revelar os critérios distintivos usados pelos promotores de justiça que integram a Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador, objetiva captar a lógica de pensamento que envolve tais profissionais, utilizando-se de marcos teóricos que partem da dogmática processual penal à Criminologia, nas suas vertentes de Criminologia Crítica e Pós-Crítica. Adota-se a linha teórica de um processo penal que desenvolva uma perspectiva de redução de danos penais.

Palavras-chave: Ministério Público; tráfico de drogas; processo penal; criminologia.



MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. **Drug trafficking or postage for own consumption? "De Cara" With the Public Ministry of Bahia.** Dissertation (Professional Master's). Postgraduate Program (Stricto Sensu) in Public Security, Justice and Citizenship. Federal University of Bahia, 2017.

### **ABSTRACT**

The present research, based on the quantitative-qualitative methodology, seeks, through a predominantly inductive line, to analyze how in practice the distinction made by the prosecutor between drug trafficking and possession of drugs for own consumption when receiving a police investigation, since Law no. 11.343 / 2006 does not provide reliable parameters for this distinction. Based on empirical material produced by the Bahia Public Prosecutor's Office, the investigation aims at capturing the logic of thought that surrounds these professionals, rather than revealing the distinctive criteria used by the prosecutors who are part of the Toxic Crimes Team of Salvador, using theoretical frameworks that depart from the criminal procedural dogma to Criminology, in its aspects of Critical Critical and Post-Critical Criminology. It adopts the theoretical line of a criminal procedure that develops a perspective of reduction of criminal damages.

**Keywords: public prosecutor; drug trafficking; criminal proceedings; criminology**

## LISTA DE TABELAS

Tabela 01: Relação promotor e total de desfechos

Tabela 02: Quantitativo de desfechos

Tabela 03: Classificação delitiva

Tabela 04: Variáveis que se destacaram nos desfechos

Tabela 05: Variáveis que se destacaram nos desfechos (continuação)

Tabela 06: Denúncia e perfil das testemunhas

Tabela 07: Tipo e combinação de droga no universo dos desfechos

Tabela 08: Quantidade de droga apreendida – maconha

Tabela 09: Quantidade de droga apreendida: cocaína

Tabela 10: Quantidade de droga apreendida: crack

Tabela 11: Associação das variáveis analisadas segundo o tipo de desfecho do processo

Tabela 12: Associação das variáveis analisadas segundo o tipo de desfecho do processo (segunda parte)

Tabela 13: Faixa etária

Tabela 14: Relação entre faixa etária e tipo de desfecho

Tabela 15: Relação entre processos que o autor do fato responde em varas de tóxicos e tipo de desfecho

Tabela 16: Relação entre processos que o autor do fato responde em outras varas criminais e tipo de desfecho

Tabela 17: Faixa de valores combinado com a presença de droga

Tabela 18: Relação entre faixa de valores combinado com a presença de droga e tipo de desfecho

Tabela 19: Variação dos desfechos em razão da droga apreendida – maconha

Tabela 20: Variação dos desfechos em razão da droga apreendida - cocaína

Tabela 21: Variação dos desfechos em razão da droga apreendida - crack

Tabela 22: Variação dos desfechos em razão da combinação das drogas apreendidas

Tabela 23: Quantidade de maconha por desfecho de remessa

Tabela 24: Quantidade de cocaína por desfecho de remessa

Tabela 25: Quantidade de crack por desfecho de remessa

## **LISTA DE GRÁFICOS**

Gráfico 01: Percentual de desfechos do Ministério Público

Gráfico 02: Percentual da classificação delitiva no universo dos desfechos

Gráfico 03: Percentual do tipo de droga apreendida

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
1.1 POR QUE “DE CARA”?.....	12
1.2 DE QUE PROCESSO PENAL ESTAMOS FALANDO (A PERSPECTIVA MACROSSOCIOLÓGICA)?.....	15
1.3 QUESTÃO DE PARTIDA , JUSTIFICATIVA E OBJETIVOS DA PESQUISA.....	19
<b>2 METODOLOGIA E PESQUISA EMPÍRICA.....</b>	<b>23</b>
2.1 DA INICIATIVA EXPLORATÓRIA.....	24
2.2 O CORPUS EMPÍRICO DA PESQUISA: UMA BREVE DIFERENCIAÇÃO ENTRE AMOSTRA E UNIVERSO DE ANÁLISE.....	28
2.3 ÉTICA NA PESQUISA E A CONDIÇÃO DO PESQUISADOR: NATIVO OU OBSERVADOR-ESTRANGEIRO?.....	30
2.4 COLETA, SISTEMATIZAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS.....	33
2.5 CAMINHOS EPISTEMOLÓGICOS E TEÓRICOS DA PESQUISA.....	39
2.6 ALGUMAS PESQUISAS SOBRE ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO CONTROLE DAS DROGAS ILÍCITAS.....	44
<b>3 A POLÍTICA INTERNACIONAL DE DROGAS E SEUS REFLEXOS NAS LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....</b>	<b>51</b>
3.1 BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA SOBRE A POLÍTICA INTERNACIONAL DE DROGAS.....	51
3.2 O PROIBICIONISMO: A MARCA REGISTRADA DAS CONVENÇÕES DA ONU SOBRE DROGAS.....	54
3.3 UMA TENDÊNCIA INTERNACIONAL ANTIPROIBICIONISTA?.....	57
3.4 O TRÁFICO DE DROGAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DA IDEOLOGIA PROIBICIONISTA.....	60
3.5 A LEI N. 11.343/2006: A RETÓRICA LEGISLATIVA DE REDUÇÃO DE DANOS E A CONTÍNUA LÓGICA REPRESSIVA.....	63
3.6 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS E A RACIONALIDADE PENAL MODERNA: AS POLÍTICAS INTERNACIONAL E NACIONAL DE DROGAS NA MESMA TRADIÇÃO PENAL.....	66
<b>4. DOIS DEBATES EM CURSO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DO QUASE (IN) OFENSIVO PORTE PARA CONSUMO PRÓPRIO AO TRÁFICO DE DROGAS .....</b>	<b>72</b>
4.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635859/SP: A OPORTUNIDADE DE UM DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS.....	72
4.2 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ATOS PROCESSUAIS E O RESPECTIVO QUADRO TEÓRICO.....	75
4.3 OS TRÊS PRIMEIROS VOTOS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006: QUANDO COMENTÁRIOS LATERAIS INDICAM FORMAS DE PENSAR DO ÓRGÃO DE CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO.....	81
<i>4.3.1. O voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes.....</i>	<i>82</i>
<i>4.3.2 O voto-vista do Ministro Edson Fachin.....</i>	<i>84</i>
<i>4.3.3 O Voto do Ministro Luis Roberto Barroso.....</i>	<i>86</i>

<b>5. ANÁLISE DOS DADOS.....</b>	<b>89</b>
5.1 CONHECENDO OS DADOS: O PERFIL PROCESSUAL PENAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.....	90
<i>5.1.1 Entre acusar e não acusar: poucas opções processuais ao Ministério Público.....</i>	<i>92</i>
<i>5.1.2 A classificação delitiva predominante.....</i>	<i>97</i>
5.2 CHEGANDO MAIS PERTO DAS SITUAÇÕES-PROBLEMA ANALISADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	99
<i>5.2.1 Um padrão de ocorrência.....</i>	<i>99</i>
<i>5.2.2 A multiplicidade una dos bairros, residências e profissões.....</i>	<i>102</i>
<i>5.2.3 Racialmente indiferente ?!.....</i>	<i>103</i>
<i>5.2.4 O jargão do Ministério Público.....</i>	<i>107</i>
<i>5.2.5 Quantidade, tipo e combinação de drogas.....</i>	<i>109</i>
<i>5.2.6 Bens e objetos apreendidos.....</i>	<i>115</i>
5.3 OS DESFECHOS E AS VARIÁVEIS PREDOMINANTES.....	115
<i>5.3.1 As primeiras variáveis: gênero, ronda de rotina, perseguição policial, revista pessoal e prisão em flagrante.....</i>	<i>115</i>
<i>5.3.2 A faixa etária.....</i>	<i>122</i>
<i>5.3.3 Antecedentes criminais.....</i>	<i>123</i>
<i>5.3.4 Muito ou pouco dinheiro?.....</i>	<i>126</i>
<i>5.3.5 A variação dos desfechos em razão da quantidade, tipo e combinação de drogas.....</i>	<i>129</i>
5.4 OS VOCABULÁRIOS DE MOTIVOS DOS DESFECHOS.....	133
<i>5.4.1 Denúncia e vocabulários de motivos: várias palavras para uma única forma de acusar.....</i>	<i>135</i>
<i>5.4.2 Pedidos de remessa e vocabulários de motivos: a pequena quantidade de drogas que também serve para denunciar.....</i>	<i>137</i>
<i>5.4.3 Pedidos de diligências e vocabulários de motivos: para além da materialidade e autoria delitivas, outras perguntas que poderiam ser feitas pelo Ministério Público.....</i>	<i>140</i>
<i>5.4.4 Pedidos de arquivamento e vocabulários de motivos: a dificuldade de uma análise substancial do crime de tráfico de drogas.....</i>	<i>141</i>
<i>5.4.5 Observações críticas: indícios e materialidade de uma seletividade discursiva acusativa.....</i>	<i>142</i>
<b>6. DE QUE PROCESSO PENAL REALMENTE ESTAMOS FALANDO (DEPOIS DO DADOS) ?.....</b>	<b>146</b>
6.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS ALGEMAS DO PARADIGMA ETIOLÓGICO.....	146
6.2 A AÇÃO PENAL: UM PODER DIFUSO-REPRESSOR.....	150
6.3 O DESCUIDO COM A IMPUTAÇÃO DE TRÁFICO DE DROGAS.....	154
6.4 ALTERNATIVAS PROCESSUAIS PARA UMA POLÍTICA CRIMINAL DE REDUÇÃO DE DANOS.....	157
<b>7. CONCLUSÕES.....</b>	<b>165</b>
REFERÊNCIAS.....	171

## 1 INTRODUÇÃO

No livro *Eu não vim fazer um discurso*, Gabriel Garcia Marquez, ao tratar do seu processo de escrita, afirma que muitas de suas histórias permaneceram durante anos em sua cabeça, como se estivessem em processo de amadurecimento até que chegasse o dia em que ele teria que sentar diante de sua máquina de escrever e dar vida a essas histórias ou ser tomado pelas vidas dessas histórias.

Há um pouco disso nesta pesquisa, e não se quer estabelecer uma comparação com a genialidade de Garcia Marques. Durante um bom tempo, sentiu-se um incômodo reflexivo sobre esse vasto tema que é a criminalização das drogas. Certas distorções entre o que era propagandeado pela televisão e a vida sentida no dia a dia mostravam que outros pontos de vista sobre o tema precisavam ser escritos e divulgados.

Nem todo usuário se tornava dependente. Nem todo usuário praticava crimes para comprar drogas. Nem todo traficante de drogas morava na periferia. Ainda assim, a polícia seguia com seu ríspido cassetete para acalmar as fantasias daqueles que tocassem em drogas ilícitas, fosse usuário ou traficante.

Como essas distorções ainda permanecem e se intensificaram através de novos discursos, inclusive envernizados com conceitos de direitos humanos, já não dava mais para esperar. Surgiu uma inquietante pergunta: o que o Ministério Público tem a ver com isso?

Com enfoque no Ministério Público da Bahia, a presente pesquisa se propõe a discorrer sobre o processo de criminalização (secundária) das drogas, considerando um conhecido questionamento que envolve as agências de controle formal da criminalidade, que diz respeito a como distinguir o tráfico de drogas do porte para consumo próprio.

### 1.1 POR QUE “DE CARA”?

Por mais um dia de sobriedade. Este é o lema dos Alcoólicos Anônimos (AA). Quando se estará sóbrio nesse mundo de desassossego com tantas realidades que parecem ficções? A (des) informação também entorpece. E pode nos fazer sentir na Floresta do Alheamento, com “um torpor lúcido, pesadamente incorpóreo, que provoque uma estagnação entre o sono e a vigília, num sonho que é uma sombra de sonhar, podendo a atenção boiar entre dois mundos para que seja vista cegamente a profundidade de um mar e a profundidade de um céu; e estas

profundezas interpenetram-se, misturam-se, e não saberemos onde estamos nem o que sonhamos.” (Bernardo Soares-Fernando Pessoa)

Tantas falas e bússolas morais. Esquecemos de perguntas simples. Por que algumas drogas são lícitas e outras não? Por que uns são definidos como traficantes, e outros usuários, se a quantidade de droga é a mesma?

Escolhi a expressão “De Cara” pela força de sua simplicidade, pelo cheiro de rua que traz e por entender que convida a uma lucidez relativa ao cotidiano, mais natural. Pode-se estar “De Cara” porque a onda passou. Mas há uma poeira da viagem quando se acha que a onda passou. Foi o que um conhecido falou. Mais um problema. O discurso oficial sobre a droga é sempre um discurso sobre o outro. É sempre o outro que usou, que traficou. Há ainda uma vergonha generalizada de se falar sobre as próprias experiências. O tema não entra nas rodas de conversa do mundo jurídico, se é que existem rodas de conversa no Direito. Porque não contamos a nossas histórias, torna-se difícil elaborar e se apropriar do discurso que se refere a uma vida que segue.

O neurocientista Carl Hart (2014, p. 4024) lembra que “toda vez que uma 'nova' droga é introduzida numa sociedade e um número relativamente pequeno de indivíduos marginalizados faz uso delas, histórias incríveis sobre os efeitos da droga se disseminam e são aceitas como verdadeiras.” Destaca que, na década de 1930, esse fenômeno social aconteceu com a maconha, quando autoridades divulgaram que a maconha seria uma das principais causas que tornam as pessoas psicóticas, levando-as a cometer assassinatos.

Volte-se à expressão “De Cara”. Escolhi “De Cara” porque realmente é preciso estar frente a frente com a acusação, com o que tem sido produzido pela persecução penal do Ministério Público. “De Cara”, porque é importante, para abordagens sobre esse Poder Estatal que persegue, estar de cara limpa, lúcido, ainda que essa lucidez seja de tempo determinado. “De Cara”, porque alguns achados empíricos da pesquisa geraram certa surpresa no pesquisador. Deixaram-no “de cara no chão”. “De cara”, porque o processo de alienação mental tem acontecido na cara dura.

“Só foi um baseado, doutô”. Ainda sim, muitos foram, e ainda têm sido, presos com “base em um baseado”. Tantos outros levados a sanatórios. A questão é séria. O encarceramento continua enlouquecendo pessoas mais do que as drogas.

Não sei se a questão passa por afirmar que “o sujeito sentado agora ao seu lado no metrô cheirou para acordar hoje de manhã; ou o motorista do ônibus que te leva pra casa porque quer fazer hora extra sem sentir dor na cervical. As pessoas mais próximas de você cheiram.” (Roberto Saviano – ZeroZeroZero).

Mas posso afirmar que existem grandes ciladas morais no tema drogas, e que essas ciladas chegam à instituições. Foi o que aconteceu no caso que envolveu a prisão de Gilberto Gil, no ano de 1976, por portar maconha para consumo pessoal no quarto de um hotel na cidade Florianópolis. O promotor de justiça que o acusou como incurso no art. 281 do Código Penal estava preocupado com o que seria dito na televisão pelo artista, porque os filhos dele eram fãs de Gilberto Gil. Ficou preocupado com a deformação moral de sua família. Porém, não deixou de pedir a condenação de Gilberto Passos Gil Moreira. Apesar de um pouco extenso, merece ser lido esse relato, registrado por João Santana Filho no livro *Gilberto Gil Expresso 222*.

Depois do julgamento, preocupado, um homem aproximou-se de Gilberto Gil. 'Doutor, eu posso lhe chamar de doutor?', perguntou a ele. Gil sorriu. O homem preocupado foi direto ao assunto:

-Agora eu estou aguardando com ansiedade o seu pronunciamento. Com ansiedade porque tenho crianças em casa e elas não me seguem. Elas seguem a você.

Gil, calmo, lhe respondeu:

-Não se impaciente doutor. Pode ficar tranquilo que suas crianças ouvirão meu pronunciamento. Elas saberão o que eu vou dizer.

Este homem preocupado, minutos antes havia pedido a condenação do 'criminoso Gilberto Passos Gil Moreira' a um ano de reclusão como infrator do art. 281 do Código Penal, por porte de maconha. Este pai que temi as palavras de Gilberto Gil era o bacharel Valdemiro Borini, promotor público de Florianópolis.

E eu, que não presenciei esta cena, viveria dias depois uma sucessão de acontecimentos, palavras, gestos dispersos no pátio de um sanatório. Um sítio, um circo da grande tragédia da loucura. Instituto São José, 11 quilômetros de Florianópolis, clínica psiquiátrica onde Gil foi recolhido junto como baterista Chiquinho Azevedo após o julgamento.

Ali, de certa maneira servimos de ponte para que ele fizesse aquilo que prometera ao promotor. Aquilo que desde o momento em que assumiu a culpa ele havia prometido a si próprio, a toda sociedade brasileira, a seus pais e a seus filhos. Durante os três dias que passei com Gil, sem que eu soubesse nasci aqui em Salvador a minha primeira filha. É para ela, Suriá Luií, jovens, velhos, homens da justiça, educadores, estudiosos e tantos outros envolvidos pelo medo e pela dúvida que dedicamos este trabalho, que abrimos esta discussão. Uma reflexão maior que pode ser englobada nesta afirmação de Gil – O problema das drogas é uma coisa que foi discutida em níveis profundos no mundo inteiro. Por que não no Brasil ? Porque manter esse obscurantismo, esse medo da modernidade, esse medo da atualidade, esse medo de estar hoje no mundo?

Nós, os promotores de justiça, empreendedores morais<sup>1</sup>?

---

<sup>1</sup> Expressão utilizada pelo sociólogo Howard Becker.



## 1.2 DE QUE PROCESSO PENAL ESTAMOS FALANDO (A PERSPECTIVA MACROSSOCIOLÓGICA)?<sup>2</sup>

Ao fim, corre-se o risco de uma provável pena privativa de liberdade. Este o peso maior do processo penal, mesmo quando se quer acreditar que é possível realizar um processo com uma acusação responsável, defesa efetiva e sentença justa para aquilo que se permitiu conhecer sobre o caso penal.<sup>3</sup>

Ao fim, corre-se o risco de uma *severa* pena privativa de liberdade. Este o fardo do processo penal das drogas, para o qual incide a Lei n. 11.343/2006 com seus robustos tipos penais: ao tráfico simples, o máximo de pena privativa de liberdade é de 15 anos (art. 33, caput); ao financiamento do tráfico, máximo de 20 anos (art. 36).

A instrumentalidade do processo penal, na definição de máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais no processo de concretização do Direito Penal (LOPES, 2010, 29), parece irrealizável quando em análise as violentas oscilações de humor do rito judiciário. De fato, o discurso jurídico de efetivação de garantias constitucionais processuais penais, apesar de se ter estabelecido com algum vigor, não assumiu força suficiente para evitar a permanência das arbitrariedades do Poder Estatal, principalmente nos países de democracia tardia ou em amadurecimento.

A depender das categorias sociais dos envolvidos, acusação, defesa e magistratura revelam faces e fases diferenciadas. Em termos práticos, a instrumentalidade do processo penal coloca-se como uma instrumentalidade de riscos desiguais.

A imagem que surge é de uma naturalizada sobreposição de discursos no processo penal, pois a palavra da acusação, em regra estatal, constitui – faz de alguém um acusado –, a palavra do Juiz constitui – faz de alguém um sentenciado –, mas a palavra da defesa pode (des) constituir, desde que os direitos e garantias fundamentais sejam minimamente respeitados. Não por acaso que a presunção de inocência é ponto sensível, como garantia político-democrática, do processo acusatório. Até pode ser vista, desde que considerada sua

---

2 Pergunta proposta pelo professor Elmir Duclerc na apresentação do nosso projeto de qualificação.

3 Expressão usada por Jacinto Nelson Miranda Coutinho para se referir ao conteúdo do processo penal.

aplicabilidade prática, como referencial para se saber de qual modelo de processo penal estamos falando.

Acompanha-se o pensamento de que “por mais aperfeiçoado que esteja o sistema de garantias penais, a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca pode ser objetivamente certa e objetiva. A *interpretação* da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de um escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas.” (FERRAJOLI, 2002, p. 33)

Vê-se que as narrativas dos envolvidos no processo penal são desiguais, porque pende a tensão Estado *versus* indivíduo. Por hipótese, para um mesmo fato, coloque-se em posição de acusado estando do outro lado o Estado como acusador e, depois, o particular como acusador. A maior tensão ficará na primeira imagem. Para neutralizar esse efeito, o discurso jurídico da igualdade formal – afinal, todos não são iguais perante a Lei? - iguala o que há de naturalmente desigual no processo penal para gerar a fé de que a sobreposição discursiva característica desse tipo de processo não abala a promessa de um mundo onde todos são iguais.

Esse desnivelamento intersubjetivo conecta-se a “uma concepção estruturante do Estado e do Direito Público, que racionaliza e sistematiza as relações entre o Estado e os indivíduos, submetendo estes tão-somente a uma estrutura jurídica hierarquicamente construída [...]” (ARAGÃO, 2007, p. 14).

Por isso, Marília Muricy (2015, p.4), indo além dos horizontes do processo penal, ao discutir a problemática da homogeneização do ser para a Ciência do Direito, registra que foram escritas milhares de páginas para validar o argumento da universalidade, que dificultou o “estabelecimento de suportes epistemológicos para a Ciência do Direito”, sendo utilizado para legitimar diversas teorias jurídicas, ainda que contraditórias entre si.

Essa reflexão deve se acompanhada da dimensão macrossociológica brasileira (histórica, política, geográfica, econômica e cultural), que apesar de não ser o objeto de estudo da presente pesquisa, pode ser aqui anunciada, até porque, de certo modo, uma síntese desses saberes já se encontra internalizada pelo senso comum.

Logo, fala-se de um país de dimensões continentais, com frágeis relações políticas na América Latina, de capitalismo e democratização tardia, de 400 anos de pura escravidão e apenas 129 anos de libertação escrava (foi o último país das Américas a abolir a escravidão), de 20 anos de ditadura e que passa por forte instabilidade econômica, política e institucional, com recentes golpes políticos legitimados por discursos jurídicos estritamente legalistas e por uma certa mídia seletiva e deturpada dos fatos sociais.

Aparentemente triviais essas informações, porque repetidas cotidianamente. Mas o ponto que se destaca é o que se esquece. Na aplicação do processo penal do dia a dia, não é dada a devida importância pelos sujeitos processuais ao quadro macrosociológico em que está imerso o processo penal brasileiro, como se as categorias sociais, político-culturais, raciais e econômicas não influenciassem na dinâmica do processo penal. Dá-se, por ilusão teórica, um processo penal asséptico, atado à ideia de respeito às normas procedimentais.

As práticas judiciais do processo penal brasileiro, ao invisibilizarem as profundas raízes de um passado de Brasil-Colônia e de um presente de reminiscências ditatoriais que não deixam o planejamento democrático constitucional se corporificar, seguem imperturbavelmente seu ritmo punitivo, flutuando sobre a realidade, mesmo quando os coturnos oficiais decalcados no chão das narrativas estatais lembram que a tinta usada tem cor vermelha.

O Código de Processo Penal Brasileiro, que não tem seguido os movimentos de reformas processuais penais na América Latina (Peru, Colômbia, Argentina, Chile etc<sup>4</sup>), está ideologicamente ancorado no ano de 1941, quando o Ministro da Justiça e dos Negócios Interiores – o Sr. Francisco Campos -, na Exposição de Motivos do Código, deixou claro que “urge que seja abolida a injustificável primazia do interesses do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.” Trata-se de Código de inspiração fascista, em que há expressa referência às ideias do Ministro Rocco, que guiou as reformas do processo penal italiano para efetivar as ideais de Mussolini.

Portanto, marque-se a hipótese macrosociológica em que deve ser vista a pesquisa: um processo penal inserido numa sociedade política, econômica, cultural e racialmente desigual, com constantes atavismos escravocratas e ditatoriais. Resiste-se à tendência de se esquecer esse evidente contexto.

O sociólogo Jessé Souza (2015, p. 11) denuncia que houve um sequestro da inteligência brasileira para que se sustente um Brasil de desigualdades. Fotografando com suas críticas palavras que a classe média, ilusoriamente, acredita ter alcançado o poder, de modo que “intelectuais e especialistas distorcem o mundo para tornar todo tipo de privilégio injusto em privilégio merecido ou, na maior parte dos casos, privilégio invisível enquanto tal.”

Consequentemente, as instituições que atuam no Sistema de Justiça Criminal devem ser sentidas nesse fluxo histórico, com integração entre a microsociologia e a

---

4 No sítio do Centro de Estudios de Justicia de Las Americas (CEJA) – [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)-, encontra-se vasto material bibliográfico e de pesquisa empírica sobre o panorama das reformas processuais penais na América Latina.

macrossociologia. Ao explicar essa ideia de integração, Alessandro Baratta (2002, p. 27) diz que “não se trata, apenas, de determinar a área de pesquisa de uma sociologia especial, mas também, e talvez ainda mais, o problema da relação funcional, e portanto explicativa, dos fenômenos estudados na área assim circunscrita, com a estrutura socioeconômica de que fazem parte.” Para ele, somente com ênfase nessa perspectiva, pode-se construir uma teoria crítica da realidade social do Direito e que se possa ser chamada de Criminologia Crítica.

Poeticamente, Ernesto Sabato (2000, p. 39) enfatiza a relação entre a micro e macrovisão humanas da seguinte forma: “habrá siempre un hombre tal que, aunque su casa se derrumbe, estará preocupado por el Universo. Habrá siempre una mujer tal que, aunque el Universo se derrumbe, estará preocupada por su casa.”<sup>5</sup>

Com Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004, p. 20), recebe-se a ideia de que a estrutura social interfere no desenvolvimento dos métodos de punição, pois a “transformação em sistemas penais não pode ser explicada somente pela mudança das demandas da luta contra o crime, embora esta luta faça parte do jogo. Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção.”

O sistema capitalista tem as suas formas de punir, que são precedidas por suas próprias formas de acusar. Historicamente, a passagem do Capitalismo, nos séculos XIV e XV, está associada ao aparecimento de leis penais de proteção do patrimônio da burguesia contra os ilícitos da classe subalterna. À frente desse novo processo econômico, a burguesia passa a se preocupar como garantir, politicamente, através de leis, a preservação de seu capital. Nesse período, “a legislação era francamente contra as classes subalternas. Mesmo quando o procedimento criminal como tal era o mesmo para todos os estados e classe, rapidamente apareciam procedimentos especiais que iriam afetar apenas as classes subalternas.” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 37).

Por essa lente histórica, cujo grau *deveria* se concentrar à medida que sai da História Global, passa pela História do Brasil, até chegar ao caso penal, não se pode achar que é despreziosa a relação entre tipos penais abertos da Lei n. 11.343/2006, altas penas privativas de liberdade e encarceramento em massa. Usa-se o verbo dever no futuro do pretérito, porque o ritual judiciário continua míope diante do caso penal.

A forma de se relacionar socialmente ao estilo casa-grande e senzala permanece na sociedade brasileira. O drama histórico dessa época não foi eliminado com atos formais de abolição da escravatura e proclamação da república, tendo sido incorporado às práticas

---

<sup>5</sup> Em tradução livre: “Haverá sempre um homem que, ainda que sua casa desmorone, estará preocupado com o Universo. Haverá sempre uma mulher que, ainda que o Universo desmorone, estará preocupada com sua casa.”

punitivas, das quais são “exemplares o apego inquisitório à tortura e a compulsão policialesca pelo encarceramento seletivo da juventude negra da periferia”. (CARVALHO, 2014, p. 13)

Não por acaso, o novo relatório do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Ministério da Justiça), publicado em 26 de abril de 2016, informa que o tráfico de drogas segue, na análise estatística do Ministério da Justiça, como a principal causa do encarceramento em massa brasileiro; Confirma-se, assim, através de um Direito e Processo Penal específicos (das Drogas), o histórico processo de exclusão social em que está imerso o Brasil.

Não se trata de uma nova onda punitiva, mas da atualização das históricas razões de punir - inclua-se acusar – que seguem estruturadas pela lógica econômico-política. Isso sem esquecer de que o processo penal, como ambiente comunicacional, inclui a perspectiva de Poder Simbólico desenvolvida por Bourdieu (1989, p. 11), para quem “as relações de comunicação são, de modo inseparável, relações de poder, que dependem, na forma e no conteúdo, do poder material ou simbólico acumulado pelos agentes (ou pelas instituições) envolvidos nessas relações e que, com o dom ou *potlatch*, podem acumular poder simbólico”.

### 1.3 QUESTÃO DE PARTIDA , JUSTIFICATIVA E OBJETIVOS DA PESQUISA

O ponto de impulso da pesquisa está em uma questão simples e instigante, seja para quem a realiza com o olhar de dentro, seja para quem a desenvolve com o olhar externo ou de baixo ou de cima do sistema de ideias que movem a instituição Ministério Público na relação com o processo penal: quais são os critérios utilizados pelos promotores de justiça com atribuição nas Varas de Tóxicos de Salvador para diferenciar, ao receberem o inquérito policial, o crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006) do porte de droga para consumo pessoal (art. 28)?

O caráter polêmico da pergunta se estabelece pelas multivariadas possibilidades de respostas que, no plano da abstração teórica, podem ser construídas com o aporte da dogmática penal e processual penal, nem sempre afinadas com outros saberes, em especial o criminológico.

Reduzindo-se a pergunta: na prática, como os promotores de justiça de Salvador diferenciam o tráfico de drogas do porte para consumo próprio?

Diante dessa pergunta, outros desdobramentos indagativos surgem: na falta de critérios legalmente preestabelecidos, como se estabelecer um referencial teórico-prático que preserve o princípio da independência funcional ? Qual a política criminal praticada por esses

promotores de justiça nesse processo de diferenciação? Essa problemática é local ou abrange os demais Ministérios Públicos? A atuação desses promotores de justiça, para essa distinção de infrações penais, respeita o fundamento constitucional de um devido processo penal constitucional?

A pergunta dinamiza o olhar epistemológico ao promover a ida do pesquisador ao campo prático para que haja a produção teórica, que, por sua vez, poderá ser utilizada, de forma interventiva, nesse mesmo campo prático, que já deixará de ser o mesmo, e assim por diante. Com essa linha de observação, surge a necessidade de se buscar o conhecimento experimentado pelos promotores de justiça, que, como regra, encontra-se registrado em suas peças jurídicas.

A pergunta de partida convida a um mergulho no empírico.

A pergunta de partida convida a observar um ato comum: a prática de acusar. No tema em questão, cabível ao Ministério Público. Por que observá-lo? Em um contexto de situações-problemas<sup>6</sup> criminais que se repetem diariamente, já que o fluxo de casos de tráfico e porte de drogas é intenso, concebe-se como plausível que a elaboração de denúncias se dê em larga escala e uniforme. Supõe-se que essa uniformidade provoque desajustes processuais e sociais.

Bem pertinente Álvaro Pires (2014, p. 52) quando expressa que “uma das tarefas das ciências sociais reside, portanto, em manter visível o que tem tendência a se tornar novamente invisível, ou a tornar de novo visível o que já foi descoberto, mas nós havíamos perdido de vista; em suma, impedir que seja *recoberto* o que foi *descoberto*, ou descobrir uma outra vez, ou de outro modo, a mesma coisa.”

Quer-se deixar descoberto o ato de acusar, ainda que seja uma rotineira atividade institucional do Ministério Público

Não existe apenas essa justificativa. Filosoficamente, olhar com o sentir, sem consentir com ideais puramente retóricos, a atuação do Ministério Público no início da persecução penal em Juízo é se perguntar, de outra forma, qual a real expectativa que se pode ter sobre o programa democrático constitucionalmente previsto para essa instituição? É que a atividade processual penal passa necessariamente pelos fundamentos da República Federativa do Brasil: a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF/88).

A pesquisa poderá ser usada como fonte de dados capazes de auxiliar na compreensão dos mecanismos de controle penal do tráfico de drogas, especialmente no que se refere à atuação do Ministério Público, que, por vocação constitucional (art. 127 e 129 da Cf/88), assume uma dupla face no processo penal: ao tempo que acusa, restringindo a liberdade

---

6 Trata-se de expressão de inspiração abolicionista..

individual, também deve zelar pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais alcançados pelo Sistema de Justiça Criminal.

Se revelados quais critérios são empregados pelos promotores de justiça na imputação do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) em confronto com a possibilidade de desclassificação inicial para o porte para consumo próprio, abrir-se-á espaço a uma discussão institucional de suporte empírico. Com isso, permite-se debater se esses critérios, que em última análise são indicadores dos modos de pensar e de fazer (acusar) dos promotores de tóxicos em Salvador, são proporcionais e aceitáveis segundo uma perspectiva constitucional e humanizante do Direito Penal, até porque existe uma expectativa social da realização institucional do Ministério Público nos moldes previstos na Constituição.

Lembremos que estudo realizado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (Política de Drogas e Encarceramento: um panorama América-Europa-2016) demonstrou que “*os delitos relacionados a drogas estão entre os maiores motivos de encarceramento no mundo.*”

A atualidade do problema de pesquisa impulsiona para uma análise sobre a atuação dos agentes estatais preponderantes no processo penal. Se a polícia caracteriza o fato como crime em termos investigativos, é o Ministério Público que filtrará o que foi elaborado pela atividade policial. Como é feito esse filtro é uma pergunta que antecede a propositura da ação penal. Note-se que, de certa forma, ao ser debatida no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (RE n. 635659), coloca-se em evidência o agir institucional do Ministério Público, que, nesse *leading case*, ofereceu denúncia referente ao porte de 3 (três) gramas de maconha (art. 28).

No cenário internacional, a problemática das drogas tem sido discutida constantemente, inclusive com inovadoras posturas estatais sobre o tema, a exemplo do que ocorreu no Uruguai, que, no ano de 2013, legalizou e regulamentou a produção, o uso e comércio de marijuana, mais conhecida como maconha.

No âmbito da ONU, a XXX Sessão Especial da Assembleia Geral ocorrida entre os dias 19 a 21 de abril de 2016 na cidade de Nova York, mais conhecida como UNGASS 2016, assumiu, ao menos teoricamente, um perfil um pouco menos repressor, que resultou na aprovação de uma nova resolução, assim intitulada: “*Nosso compromisso de abordar e enfrentar eficazmente o problema mundial das drogas.*”

A importância vital do estudo pretendido – e o adjetivo vital deve ser entendido em sua literalidade - é que a imputação do Ministério Público sobre o que é, ou não, tráfico de drogas atinge vidas cujos rumos são negativamente delimitados por esse dizer estatal. Fica

perceptível como a palavra constrói e interfere na realidade, principalmente quando esse discurso é produzido pelo Ministério Público.

Esses são alguns dos motivos que justificam a pesquisa e convidam a uma reflexão crítica sobre o proceder institucional do Ministério Público da Bahia em relação à questão criminal das drogas.

Com isso, a pesquisa apresenta um objetivo geral que é identificar o que baliza essa distinção prática entre tráfico de drogas e porte para consumo, buscando-se captar qual a lógica (racionalidade) de acusação que subjaz essa atuação dos promotores de justiça com atribuição nas Varas de Tóxico de Salvador, que constitui um sistema próprio de acusação.

Conectados a essa direção mais ampla de pesquisa, destacam-se alguns objetivos específicos: a) identificar e analisar criticamente o referencial criminológico e político-criminal da prática acusativa<sup>7</sup> desses promotores de justiça, isto é, a suma do conjunto de ideias penais (lato sensu) dessa práxis criminalmente definitoria; b) aferir o potencial de danosidade penal desse conjunto de ideias à dignidade do ser humano; c) a depender dos resultados teórico-empíricos, propor alternativas processuais penais ao modelo de processo penal delimitado na práxis acusativa.<sup>8</sup>

Espera-se que a pesquisa possa atender os objetivos aqui delineados, não só por uma exigência científica em si, mas porque esses propósitos apontam para um debate sobre o pensamento institucional no que se refere à persecução penal dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, e desse debate, se levada a sério o potencial danoso que o processo penal naturalmente carrega em si, podem surgir boas práticas processuais penais por parte do Ministério Público. Por boas práticas, entendam-se aquelas que valorizam a dignidade humana.

---

7 Optou-se pela expressão “acusativa” em vez de “acusatória”, que está ligada ao sistema acusatório. Como é bem sensível a discussão sobre a adequação do processo penal brasileiro ao modelo de sistema acusatório, que realmente se preocupa em garantir direitos e garantias fundamentais, é relevante essa distinção para que se fixe que nem sempre a prática acusativa do Ministério Público corresponderá a uma prática acusatória.

8 Prefere-se usar o termo “acusativa” a usar o termo “acusatório”, porque este remete à ideia de um sistema de acusação desenvolvido com respeito ao princípio acusatório, que se afasta das bases do sistema inquisitivo. Entendemos que o processo penal brasileiro faz pouco caso desse perfil acusatório de processo penal.



## 2 METODOLOGIA E PESQUISA EMPÍRICA

A metodologia é uma parte sensível da pesquisa. Em torno dela, as expectativas se diversificam. O mundo acadêmico espera a cientificidade do pesquisador. O próprio pesquisador quer-se se fazer crer que acertou no método, porque suspeita que desse acerto sairá inevitavelmente a grande obra científica.

Testar hipóteses preconcebidas ou sugerir hipóteses ao final? Seria científica uma pesquisa que impulsionada por uma questão de partida “apenas” chegou a outras interrogações ou não conseguiu responder com exatidão a sua questão de partida?

Álvaro Pires (2014, p.53) assinala que existem, no mínimo, duas visões em termos de metodologia: a primeira estaria vinculada a um paradigma estrito e fechado, em que o pesquisador confia em uma única epistemologia, um único tipo de dados e um só protocolo de tratamento, acreditando dar conta de todos os aspectos do objeto da pesquisa; na segunda, “em analogia com a falência comercial e a concordata, o pesquisador está no papel do credor em relação à sua própria epistemologia e à sua confiança em um único protocolo de tratamento dos dados”, e não espera mais que estes possam lhe reembolsar a dívida completamente, pois “reconhece que sua epistemologia e sua maneira de tratar os dados estão à beira da falência, por haver outros aspectos pertinentes dos objetos que são, melhor ou suficientemente bem servidos, por outras formas de fazer”.

Em crítica mais ácida, Howard Becker (1999, p. 18) chama a metodologia clássica de “especialidade proselitizante”, porque os metodólogos querem apregoar uma maneira certa de fazer uma coisa, querendo converter os outros a estilos de trabalho apropriados, intolerantes com o “erro”, com a convicção autoconfiante de que “Deus está do nosso lado”, o que é típico das religiões proselitizantes.

A metodologia aqui concebida, que integra a segunda visão metodológica acima apresentada por Álvaro Pires, não é um passo a passo cartesiano que conduz a resultados irrefutáveis. Antes, representa a possibilidade de diálogos desenvolvidos pelo autor da pesquisa com o seu objeto em construção, de como se deu essa interação que repercute em escolhas de leituras e movimentações do olhar do pesquisador.

A exposição metodológica - é o que se pensa - oferece os caminhos traçados pelo pesquisador. Com essa exposição, outros pesquisadores podem enxergar novos caminhos para que seja proveitosa a viagem metodológica. Nem tudo pode ser visto pelo pesquisador. Fala-

se em pontos cegos da pesquisa<sup>9</sup>, que outras leituras críticas podem sugerir. Os pontos cegos seriam, a depender da pertinência com o objeto, novas perguntas.

Aposta-se na metodologia como um fazer humano com as vicissitudes possíveis que o fazer humano carrega em si. Não foi escolhida uma postura asséptica e matemática. Inviável agir assim, pois o objeto de pesquisa escolhido é genuinamente humano e foi sendo talhado nas próprias leituras dos dados a que teve acesso o autor, o que também pode ser dito para a metodologia em si.

Que fique claro que não somos contra o método, nem acreditamos que o anarquismo teórico e metodológico é mais humanitário e apto a estimular o progresso nas ciências sociais (FEYERABEND, 2011, p. 32). Apenas nos afastamos da ideia de Ciência como uma atividade de “resolução de quebra-cabeças” (KUHN, 2013, p. 103), para, então, compreender que o devir metodológico também se expressa no desencontro, no desassossego do pesquisador, pois a *“vida é arte do encontro, embora haja tanto desencontro pela vida”*. (Vinicius de Moraes)

A metodologia empregada é predominantemente indutivo-analítico, pois não está centrada em hipóteses preestabelecidas e buscou construir seus achados teórico-empíricos ou a plausibilidade de suas afirmações a partir da análise dos dados obtidos. Decorre, pois, de uma indução empírico-analítica, com potencial heurístico, pois “constituem fundamentos teóricos, empiricamente fundamentados, e virtualmente passíveis de serem aplicados noutra local.” (PIRES, 2014, p. 159).

Por outro lado, pode-se dizer que a pesquisa trabalha tanto com aspectos quantitativos, a partir de tabelas expressivas de percentuais referentes a variáveis gerais (sexo, idade, profissão etc) e variáveis específicas (quantidade de droga, forma de abordagem policial), quanto com aspectos qualitativos, em que surge o olhar interpretativo e crítico do pesquisador para buscar as concepções dos promotores de justiça que integram a Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador.

Com isso, a pesquisa assumiu um perfil composto (quanti-qualitativo), pois entende-se, assim como proposto por Mirian Goldenberg (2001 p. 63), que a pesquisa qualitativa é útil para identificar conceitos e variáveis relevantes de situações que podem ser estudadas quantitativamente. Além disso, o estudo qualitativo pode explorar casos desviantes da ‘média’ que não costumam aparecer nos relatórios estatísticos, bem como questões difíceis de quantificar, a exemplo de sentimentos, motivações, crenças e atitudes individuais.

---

9

Expressão usada por Álvaro Pires.

Entre as tabelas de variáveis, umas univariadas, outras multivariadas, criou-se espaço para o singular. Certos desfechos em razão de certas variáveis tiveram um tratamento mais isolado, como forma de aprofundar a discussão sobre a problemática; e descobriu-se que essas unidades de análise tinham muita coisa a dizer sobre as variáveis destacadas.

Até a ausência de dados ou sua insuficiência em algumas situações foi relevante para a leitura dos demais dados. Por exemplo, a variável “raça” não se revelou proeminente nos desfechos dos promotores de justiça, embora estudos sociológicos mostrem que o sistema de justiça criminal atue predominantemente sobre negros.

## 2.1 DA INICIATIVA EXPLORATÓRIA

A pesquisa empírica é uma novidade para o autor, até então acostumado com a literatura jurídica marcada por revisões de literatura e pensamentos dogmáticos e dogmatizantes. Teve-se a oportunidade de produzir alguns textos mais ligados à dinâmica do real, ao que acontece no dia a dia do Ministério Público. Porém, algo que mais lembra o relato de um caso ou experiência profissional vivida, nada seriamente comprometido com o fundo epistemológico que ampara a pesquisa empírica.

Parece certa a reflexão de que “a análise do Direito como objeto de uma pesquisa empírica é algo recente e ainda muito pouco consolidada na formação acadêmica da faculdade de Direito. De fato, o que observamos em nossa cotidianidade é a transmissão da ideia de um Direito formalista, positivista, dogmático, distante do universo da pesquisa empírica”. (LEMOS, 2017, p. 11)

A fim de começar a entender a pesquisa empírica e como o tema proposto à investigação se relacionaria com os dados produzidos pelo Ministério Público, decidi ir a “campo”, oportunidade em que pude conversar informalmente com um dos promotores de justiça que integram a Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador. Não foram desenvolvidas outras iniciativas exploratórias, porque o perfil metodológico que se apresentou na pesquisa não exigiu esse comportamento do pesquisador.

Ainda assim, a única ida a campo foi uma experiência interessantíssima e trouxe informações que contribuíram para a estruturação da pesquisa.

Ao relato:

*“No dia 22 de julho de 2016, iniciando o trabalho de campo, fui até a sede do Ministério Público do Estado da Bahia, no Centro Administrativo de Salvador, para obter alguns dados iniciais referentes à pesquisa que estou desenvolvendo no Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania – UFBA.*

*De modo geral, a pesquisa aborda o tema Ministério Público e Política Criminal de Drogas – entre o tráfico de drogas e porte para consumo próprio.*

*O objetivo dessa primeira atividade exploratória foi ter uma conversa com a supervisora da Central de Inquéritos de Salvador, e depois com uma promotora de justiça com atribuição para atuar numa das Varas de Tóxicos de Salvador.*

*Na Central de Inquéritos, que registra a entrada de todos inquéritos relacionados aos crimes praticados em Salvador e distribuídos a todas as promotorias criminais da Capital, bem como todas as manifestações processuais e extraprocessuais dos respectivos promotores quanto a esses inquéritos (oferecimento de denúncia, promoção de arquivamento, pedido de desclassificação delitiva, requerimento de diligência etc.), obtive dados estatísticos referentes a crimes consumados e tipificados na Lei n. 11.343/2006, os quais, em razão de critério territorial, são da competência das Varas de Tóxicos de Salvador.*

*A Central de Inquéritos, através de sistema próprio de coleta de dados, registra, quantitativamente, os crimes cometidos em Salvador e considera diversos critérios para os fins desse registro, cuja finalidade maior é estabelecer um mapa do crime na comarca de Salvador: tipo de crime, instrumento do crime, bem jurídico tutelado, tempo (ano, dia e horário), local (bairro), profissão e grau de escolaridade do autor do fato, entres outros aspectos distintivos.*

*Nesse contexto, verificou-se que a Central de Inquéritos elegeu, no seu novo sistema de informações, a “Lei de Drogas” como objeto de análise. Até então foram catalogados dados do período de julho de 2015 a março de 2016, referentes a 1.115 infrações penais relacionadas a tipos previstos na Lei n. 11.343/2006. A sistematização das informações tem se desenvolvido aos poucos e constantemente.*

*Nesse universo infracional, apareceram os seguintes crimes com os respectivos percentuais de incidência: tráfico de drogas – 81,99%; tráfico e associação – 15,94%; porte para consumo próprio – 1,48%; associação para o tráfico – 0,49%; fabricação de objeto destinado à produção de drogas – 0,10%.*

*Já quanto aos pronunciamentos ministeriais, o sistema aponta, em relação ao crime de tráfico de drogas, que é o que possui específica pertinência com o objeto da pesquisa, que 82% dos pronunciamentos são representados por denúncias, 2,85 % por promoções por*

*incompetência do juízo (pedido de desclassificação do art. 33 para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006), 2,26% por manifestações que requereram a remessa dos autos de inquérito policial a outras promotorias por falta de atribuição (pedido de desclassificação do art. 33 para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006) e o percentual restante é representado por pronunciamentos ministeriais diversos.*

*Depois desse contato com a Central de Inquéritos, fui até a sala de apoio das promotorias criminais de Salvador, que fica no 1º subsolo da sede do MP/BA, onde encontrei com a promotora de justiça para conversarmos sobre a dinâmica das promotorias de tóxicos.*

*Nesse diálogo, que durou aproximadamente 01 hora e ocorreu, inicialmente, na presença de duas outras promotoras – uma também com atribuição em tóxicos e outra com atribuição na infância e juventude -, surgiram informações interessantes, abaixo reproduzidas em linguagem livre.*

*Em Salvador, existem 03 Varas com atribuição em Tóxico, perante a quais atuam 10 promotores de justiça – um homem e 09 mulheres, que integram a Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvo. A maior parte dos inquéritos policiais corresponde ao pequeno traficante, o “mula” que fica na ponta, na rua, com pequenas porções de drogas para comercializar, e que o perfil desses traficantes se repete: negro, pobre, desdentado e da periferia.*

*Os crimes de organizações criminosas que envolvem a prática de tráfico de entorpecentes estão sendo julgados pela Varas de Organizações Criminosas. Mas, independentemente desse aspecto processual, raramente ocorrem grandes apreensões de drogas. Chegam poucos casos de mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. Em regra, elas aparecem em situação de flagrância quando estão levando drogas para um companheiro seu que está custodiado na delegacia ou no presídio.*

*Destacou que, depois da audiência de custódia, caiu o percentual de indivíduos que ficam presos por tráfico de drogas no curso do processo. As Varas de Tóxicos de Salvador são bem movimentadas, com constante audiências de instrução e julgamento. Há uma CentraL de Inquéritos on line, de maneira que os inquéritos policiais que chegam são remetidos, por sistema on line (Cion), para os promotores de justiça.*

*Os promotores de justiça de tóxicos realizam reuniões para discutir temas da prática diária das promotorias de justiça. Numa dessas reuniões, foi discutido como diferenciar o traficante do usuário de drogas. Essas reuniões não são obrigatórias nem sistemáticas. Os promotores, quando sentem a necessidade de se reunir, se encontram para uma conversa entre eles.*

*A promotora de justiça com quem conversamos disse que, na sua atuação profissional, considera os antecedentes criminais do indivíduo (registros policiais etc) e a quantidade de droga apreendida para verificar se a hipótese é de usuário ou traficante. Cita o exemplo do crack: 10 gramas de crack permite que sejam feitos vários pacotinhos para serem comercializados. Para ela, o que seria uma quantidade pequena, nesse caso não é.*

*Criticou o trabalho investigativo da polícia, tendo sido afirmado que o inquérito policial se resume ao auto de prisão em flagrante por tráfico de drogas e que vem com muitas falhas. Os promotores, por conta desses defeitos, marcaram uma reunião com a polícia civil.*

*Afirmou que se sente à vontade para pedir o arquivamento de inquéritos policiais de tráfico de drogas por falta de justa causa para a propositura da ação penal, até porque a polícia não faz um trabalho investigativo prévio que aponte para a ocorrência ou não de tráfico de drogas em determinada localidade.*

*De forma descontraída, disse que é a favor da legalização, mas acha importante que haja uma distinção entre drogas pesadas e leves. Acredita que uma discussão sobre a diferenciação entre tráfico de drogas e usuário é importante no âmbito institucional, mas entende que necessariamente os promotores com atribuição para tóxicos devem participar dessa troca de ideias, para que não haja apenas um debate doutrinário, sem colher as experiências de quem diariamente lida com a questão criminal das drogas.”*

Há, no mínimo, duas formas de se relacionar com a fala da promotora de justiça informalmente entrevistada: vê-la como a exposição de um pensamento profissional isolado ou ampliar a perspectiva dos detalhes revelados na entrevista para contextualizá-los num universo maior, em que se dá a atuação dos promotores de justiça que integram a Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador. É o que se verá no capítulo de análise dos dados (cap. 5).

## 2.2 O *CORPUS* EMPÍRICO DA PESQUISA: UMA BREVE DIFERENCIAÇÃO ENTRE AMOSTRA E UNIVERSO DE ANÁLISE

Para começar a desenvolver a questão de partida – quais critérios que os promotores de justiça criminais de Salvador utilizam para determinar, ao analisar o inquérito policial, se o caso é de tráfico de drogas ou porte para consumo próprio? -, nos detivemos em 446 desfechos (denúncias, remessas, diligências e arquivamentos) produzidos por esses promotores, que formam a denominada Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador. São 10 promotores de justiça: nove mulheres e um homem.

Respeitou-se a nomenclatura constante no material disponibilizado pelo Sistema Integrado de Informação do Ministério Público da Bahia (SIMP). De acordo com essa nomenclatura, fala-se em desfecho em vez de manifestação do promotor de justiça, e em pedido de remessa em vez de manifestação por desclassificação ou incompetência. Com isso, espera-se ter-se mantido fiel à matriz dos dados.

Os 446 desfechos correspondem ao período de 01 de abril a 31 de junho de 2016, ou seja, três meses. Escolheu-se esse período, descartando-se os meses de janeiro, fevereiro e março, porque estes meses correspondem, em regra, ao período em que os promotores de justiça gozam férias, há muitos feriados (carnaval e semana santa), o que não seria interessante para representar o fluxo normal de produtividade dos promotores de justiça.

Por outro lado, estender o período poderia comprometer a viabilidade da própria pesquisa. Não foi concedida licença para que o autor pudesse se dedicar exclusivamente à pesquisa. As atividades laborativas continuaram com força total ao tempo do processo de pesquisa.

No entanto, depois de analisados os dados, percebeu-se que não seria necessária uma extensão maior de tempo, porque os padrões de ação institucional começaram a aparecer. Tudo mais se tornaria sobra. Assim, mesmo sem o propósito metodológico inicial de gerar uma saturação empírica, pode-se dizer que esta ocorreu na pesquisa, cumprindo o propósito de sinalizar quando o pesquisador já pode parar a coleta de dados para que não haja desperdício de tempo, porque possível obter uma generalização empírica (PIRES, 2014, p. 198).

Dito isso, para que se esclareça qual espaço empírico que delimita a pesquisa, importante estabelecer se o *corpus* da pesquisa constitui uma amostra ou um universo de análise.

Não é uma distinção fácil e dependerá de certa forma do enfoque dado às palavras amostra e universo de análise, e principalmente como é direcionado o olhar do pesquisador para o empírico a que tem acesso no processo de construção do objeto. É que a palavra amostra “pode conter uma dupla significação. No sentido estrito ou operacional, ela designa exclusivamente o resultado de um procedimento visando extrair uma parte de um todo bem determinado; no sentido amplo, ela designa o resultado de qualquer operação visando constituir o *corpus* empírico de uma pesquisa” (PIRES, 2014, p. 154).

Conforme sinalizado no início do tópico, a análise proposta na pesquisa se refere a todos os 446 desfechos (denúncias, pedidos de remessa, diligências e arquivamentos) produzidos pela Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador. Não foi realizado um processo de

extração desse universo de análise de 446 desfechos para constituir uma amostra em sentido operacional.

Portanto, o corpus empírico é o universo de análise em si, constituído de 446 desfechos. Deve-se “tomar a noção de universo de análise ao pé da letra: *o universo sobre o qual o pesquisador trabalha, ou que ele tem ao seu alcance* (a panela, a universidade X onde ele constrói a sua lista de estudantes, o hospital onde ele faz suas observações, etc).” (PIRES, 2014, p. 166).

### 2.3 ÉTICA NA PESQUISA E A CONDIÇÃO DO PESQUISADOR: NATIVO OU OBSERVADOR-ESTRANGEIRO?

O autor da pesquisa integra, na qualidade de promotor de justiça, o Ministério Público do Estado da Bahia desde o ano de 2011. Propôs-se a fazer o Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania proveniente de convênio celebrado entre o Ministério Público do Estado da Bahia e a UFBA, quando então surgiu a ideia de analisar os desfechos (denúncias, pedidos de remessa, pedidos de diligência e promoções de arquivamento) dos promotores de justiça de Salvador em relação ao crime de tráfico de drogas.

Duas preocupações de cunho ético sugeriram para o pesquisador: como ter acesso aos dados sem interferir, e até mesmo violar, a atividade funcional dos promotores de justiça com atuação na Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador e como seria falar, mantendo-se o compromisso com a Ciência, da atividade funcional da instituição que integra, para a qual também tem o dever de ética profissional.

A primeira questão foi resolvida com a assunção de certo estado de nudez, de se despir da vestimenta de promotor de justiça para colocar roupas mais apropriadas à lucidez que envolve a atividade de pesquisa.

Assim, solicitei, na qualidade de aluno-pesquisador do mestrado profissional, através de e-mail ao Coordenador da Central de Inquéritos do Ministério Público do Estado da Bahia, em Salvador, os dados utilizados na pesquisa.

Decorridos 15 dias, um dos servidores da Central de Inquéritos respondeu ao e-mail com um relatório referente ao funcionamento da Equipe de Crimes de Tóxicos, o quantitativo total de desfechos, bem como quantitativo separado por tipo de desfecho. Também foi dito que tais desfechos não estavam sob sigilo e que eu poderia ter acesso, por ser integrante da instituição, a inteireza dos desfechos, que estavam registrados e disponíveis na plataforma



digital do SIMP-BA (SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA).

Senti um certo bloqueio, pois parecia estar em situação de vantagem em relação a qualquer outro pesquisador. Fui visitar a Central de Inquéritos, que conta com um sistema de georreferenciamento das ocorrências de crimes da Lei n. 11.343/2006 em Salvador.

Em conversa com o referido servidor, ele me explicou que poderia disponibilizar todos os desfechos produzidos no mês de abril a junho de 2016, o que também poderia ser feito para outra pessoa em atividade de pesquisa científica. Disse que estava com tempo limitado em razão da natural e excessiva demanda do Ministério Público e que gostaria de contar com a minha compreensão para acessar os dados e sistematizá-los.

Mais tranquilo com a questão da transparência no acesso aos dados, passei a consultar o SIMP-BA, baixando desfecho por desfecho.

A segunda questão parecia mais tormentosa. Não foi no entanto. Sou de forte tendência crítica, tanto para a autocrítica quanto à observação alheia. Entenda-se bem. O viés crítico proposto não alimenta a visão iconoclasta de que nada presta institucionalmente e de que não vale a pena atuar na área criminal. Nesse nicho do Direito, a possibilidade de reconstrução de narrativas do Ministério Público pode promover a redução de danos penais para o humano. Esse o sentimento que me mobilizou na pesquisa.

Ouvi de muitos colegas que não seria interessante propor uma investigação científica que expusesse, em alguma medida, as vísceras institucionais, o que poderia me colocar, para ficar numa linguagem mais direta, em maus lençóis, principalmente na área criminal, em que o Ministério Público impera como “senhor” da ação penal.

Não foi uma questão de coragem, mas de impulso vital. A questão de partida pedia, no fluxo mental de leituras e reflexões, para ser pensada e comentada. Aos poucos, as primeiras observações surgiram.

Nesse percurso, no segundo semestre de 2016, fui promovido para a 3ª promotoria de Jequié, com atribuição precípua em tóxicos. Nela permaneci por mais de um ano. Constatei, com muita dor promovida pela autocrítica, que aquilo que eu tentava observar no meu campo de pesquisa, situado em Salvador, acontecia comigo na atuação em Jequié.

Quantas denúncias por mim propostas poderiam ser narradas de forma mais detalhada. Quantas atuações policiais poderiam ser barradas com pedidos de arquivamentos que considerassem a ilicitude dos elementos informativos produzidos nos inquéritos policiais. Quantos pedidos de prisão preventiva poderiam, sob uma visão mais constitucionalmente

critérios, evitados. Muito disso passou para o Judiciário, que só fez confirmar a visão do Ministério Público.

Não afirmo com essa caracterização quase cênica, mas de pura realidade, que fui irresponsável. Quero dizer que o sistema de justiça criminal é forte, porque lida com o excesso de demandas repetitivas, que produzem atuações institucionais em massa, irrefletidas, longe mesmo do sentido mais comum da palavra reflexão.

Esse peso gravitacional – para o negativo – que o sistema de justiça criminal impõe, esse peso transforma os operários do direito – expressão nem sempre bem acolhida academicamente – em zumbis do Direito, mas zumbis que ainda não perderam a capacidade de gerar campos de mortos civis, acusados e sentenciados com expressões gerais sobre o crime praticado. Zaffaroni já havia avisado que a questão criminal é uma questão de “cadáveres adiados”.

Sou, enquanto promotor de justiça, em medidas inexatas, aquilo que critico. Esse o meu drama. Mas quero propor algo humanamente diferente para o processo penal desenvolvido pelo Ministério Público da Bahia. Essa a minha esperança ética e cientificamente possível.

Pois bem, a fala do pesquisador é de um nativo ou de um estrangeiro?

Não me considero, só pelo vínculo institucional, um nativo do Ministério Público da Bahia. Existem alguns pensamentos diferenciados no Ministério Público do Estado da Bahia, uns revelados, outros não, muitos a caminho de se mostrarem, mas ainda submersos na real imaginação de uma censura institucional. Não sustento o discurso fanático que diz: “Sou Ministério Público desde pequeno”; “Sou Ministério Público na veia.” Para mim, esse sentimento, de padrão nacionalista, não é a prova de que se tem vocação para ser promotor de justiça.

Paradoxalmente, sou nativo na significação simples que essa palavra encerra. Os quase sete anos de atuação no Ministério Público da Bahia me fizeram, como eu disse acima, incorporar práticas questionáveis da *gente que acusa* e práticas saudáveis da *gente que humaniza no exercício da função*.

Penso, com a leitura de *O Nativo Relativo*, de Eduardo Viveiros de Castro, que o nativo tem um saber próprio, que não é aquele dito e escrito pelo antropólogo, que quase sempre o coloca em posição de objeto, servil, inapto à produção da própria fala. Se posso ser nativo, quero que seja respeitada a crueza da matriz nativa, a perspectiva própria que essa condição revela. Não se deseja a apropriação de um discurso pronto, que esqueça a essência

constitucional do Ministério Público. Ter direito a um Ministério Público Democrático é um direito humano.

Por isso, Viveiros de Castro (2002, p. 5) alerta que o antropólogo “sabe demais sobre o nativo desde antes do início da partida; ele predefine e circunscreve os mundos possíveis expressos por esse outrem; a alteridade de outrem foi radicalmente separada de sua capacidade de alteração. O autêntico animista é o antropólogo, e a observação participante é a verdadeira (ou seja, falsa) participação primitiva.” É preciso estar atento ao que se diz sobre o Ministério Público, aos anseios de poder que se depositam nessa instituição, principalmente na área criminal.

Todavia, não basta ser e não ser um nativo ao mesmo tempo. Acentue-se o paroxismo. Para a pesquisa, sou um estrangeiro também. Apoio-me na definição de Georg Simmel (2005, p. 1-3), que não a usa em sentido habitual, atribuindo-lhe conotação filosófica para dizer que o estrangeiro é aquele que pode se mover, embora não siga adiante, porque ainda sente a necessidade ficar em determinado espaço.

Pires (2014, p.82), a interpretar esse texto, diz que o estrangeiro introduz um “elemento frio” na relação do grupo, “porque não abandonou totalmente sua liberdade de se deslocar”, tampouco diz “amém” para o grupo, “não está a reboque da perspectiva do grupo”. Mas que, a despeito desse elemento frio, é também “um amigo e um aliado preocupado com o grupo, possuído pelo desejo de transformar o mundo de modo mais adequado e interessante para o ser humano.”

Mergulhamos na pesquisa, mas sem perder a capacidade de emergir e buscar outros mares ou descanso em terra. A nossa proposta de seriedade científica compatibiliza-se com a tentativa de fugir de um certo “*instinto de rebanho*” (NIETZSCHE) que move o pensamento institucional.

## 2.4 COLETA, SISTEMATIZAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS

A partir do relatório de informações disponibilizado pela Central de Inquéritos de Salvador, com funcionamento na sede do Ministério Público do Estado da Bahia, tive condições de saber quais são os desfechos que aparecem na análise dos inquéritos policiais de tráfico de drogas. Explique-se que, apesar de ser possível a realização de investigação pelo

próprio Ministério Público na fase preliminar do processo penal, todos os desfechos (446) do período de abril a junho de 2016 se referem a inquéritos policiais.

Surgiram quatro desfechos: a) denúncia; b) pedidos de remessa c) requerimento de diligências d) requerimento de arquivamento. No quantitativo de requerimento de diligências, não foram contabilizados os desfechos em que houve denúncia com requerimento de alguma diligência complementar, porque entra no sistema apenas como denúncia.

O relatório indica que foram produzidos 446 desfechos do Ministério Público no período de abril a junho de 2016. Com nosso login e senha no Sistema Integrado no Ministério Público do Estado da Bahia, fizemos o *download* de todos esses desfechos, que foram colocados, respectivamente, em 04 pastas.

Feita essa triagem, passou-se à etapa de tabulação dos dados e elaboração de uma planilha no Excel. Etapa importantíssima, porque uma tabulação mal feita repercutiria negativamente no cruzamento de ideias na etapa de análise dos dados.

Antes de se falar de como foi realizada a tabulação dos dados, exponha-se uma decisão metodológica adotada no curso da pesquisa. A ideia inicial era fazer, do ponto de vista de coleta de dados, uma pesquisa em dois tempos: no primeiro, extrair-se-iam os dados dos desfechos para categorizá-los em possíveis linhas de discursos de acusação; no segundo, a partir das ideias obtidas com a interpretação dos dados, seriam feitas entrevistas semiestruturadas com os promotores de justiça responsáveis pela produção desses dados, isto é, todos os promotores de justiça que integram a denominada Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador.

Percebeu-se que, apesar da empolgante intenção metodológica e científica, não se teria tempo nem estrutura física de pesquisa para se lançar, com a seriedade que a problemática requer, nesse segundo tempo. O que fazer?

Não houve frustração. Ficou-se no primeiro tempo da pesquisa, tendo sido incorporadas as intenções do segundo tempo. Quero dizer que a entrevista foi dirigida ao sistema em si, para os documentos produzidos e retratados na forma de desfechos processuais do Ministério Público. O ato indagativo passou a ser dirigido à ação processual penal (sentido amplo)<sup>10</sup> dos promotores de justiça que integram a Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador

Nesse particular, relembre-se que o *insight metodológico* de Margarida Garcia (2014, p. 182) foi fundamental. Ela propõe novos horizontes epistemológicos na pesquisa empírica

---

<sup>10</sup> Nesse particular, quando se fala em ação processual penal, quer-se se referir as possíveis providências processuais que podem ser adotadas pelo Ministério Público ao analisar o inquérito policial.

em Direito, sob a perspectiva do que se pode chamar de “descentrar” o sujeito, “entrevistar” o sistema e “dessubstancializar” as categorias jurídicas.

Com essas três atitudes verbais, a autora enfatiza a necessidade de se observar as mensagens produzidas pelo sistema jurídico enquanto sistema social, sem se ater tanto a aspectos pessoais do indivíduos que participam desse sistema, priorizando-se, ainda, maior abertura dos conceitos jurídicos às ciências sociais, a facilitar uma abordagem multidisciplinar do objeto de pesquisa.<sup>11</sup>

Ainda assim, apesar de ter sido abraçada a postura indagativa em relação ao sistema jurídico, não foi possível adotar literalmente a metodologia proposta pela referida autora. Isso solicitaria maior aprofundamento em sua proposta, o que extravasaria o espaço de tempo disponibilizado para a presente pesquisa.

Registre-se, também, que as entrevistas com os atores do processo de acusação – os promotores de justiça – também são importantes para que sejam captadas as mensagens desse sistema jurídico. Não as fizemos, repita-se, apenas pela opção metodológica acima explicitada, mais compatível com o tempo que dispusemos.

Volte-se ao processo de tabulação.

Com os desfechos organizados em pasta, passei a leitura de 15 peças jurídicas por tipo de desfecho, a fim de gerar tabelas-tipo no Excel com algumas variáveis gerais e outras específicas, sem prejuízo de que outras variáveis fossem incorporadas na planilha no processo de leitura das 446 peças jurídicas. Consideramos também as variáveis sugeridas pela Lei n. 11.343/2006, extraídas do art. 28,§2º: “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Portanto, adotou-se por base no processo de tabulação, para início da pesquisa, as seguintes tabelas-tipo:

---

<sup>11</sup> “(i) o “descentramento” do sujeito (retirando-lhe o lugar de destaque na análise) é uma estratégia que permite melhor descrever e captar a distância que pode existir entre as representações dos atores e a comunicação do sistema (ao qual eles se filiam) – a qual mais produz o ator, do que o inverso; (ii) a entrevista qualitativa concebida como “entrevista reflexiva” com o sistema é uma metodologia promissora para *observar* a comunicação do sistema - a *comunicação* do sistema jurídico se torna o elemento a partir do qual podemos captar *empiricamente* o Direito como sistema social; (iii) finalmente, a dessubstancialização das categorias jurídicas nos parece uma condição necessária para poder desenvolver um olhar *externo* sobre o Direito e tornar possível a pesquisa multidisciplinar neste domínio. Essa estratégia é essencial para permitir ao pesquisador – que pretende observar o Direito de um ponto de vista externo – controlar suas observações e as distinguir das observações produzidas pelo ponto de vista interno.”(GARCIA, 2014, p. 185)

**Tabela Tipo - I**

Promotor	Número do desfecho	Tipo de desfecho	Nome do autor do fato	Faixa etária	Gênero	Raça	Profissão
-	-	-	-	-	-	-	-

**Tabela Tipo - II**

Promotor	Número do desfecho	Desfecho	Tipo de Droga	Forma de acondicionamento	Quantidade
-	-	-	-	-	-

**Tabela Tipo - III**

Promotor	Número do desfecho	Desfecho	Horário da ocorrência	Confissão da propriedade da droga	Presença de arma de fogo	Presença de dinheiro
-	-	-	-	-	-	-

**Tabela Tipo - IV**

Promotor	Número do desfecho	Desfecho	Classificação delitiva	Forma de atuação policial	Situação prisional
-	-	-	-	-	-

Para algumas variáveis, não foi possível obter uma noção quantitativa, porque os dados apareciam com alta diversificação ou nada constava a título de informação sobre essa variável, como aconteceu com a variável “outros objetos”. Mas, na maior parte das variáveis, foi possível gerar expressões numéricas em forma de percentual.

Para gerar essas expressões numéricas, utilizou-se a ferramenta “filtro”, através da qual, na planilha do Excel, pode-se saber por quantas vezes incidiu uma determinada informação. Por exemplo, com o filtro “denúncia” e “masculino”, chega-se ao quantitativo de denúncias e de autores do fato do sexo masculino.

Conseguiu-se sistematizar, em termo de percentuais, quais desfechos e variáveis predominaram no universo de análise, tendo-se uma primeira dimensão da atuação institucional na persecução penal de tráfico de drogas.

Depois, a explorar outras camadas dessa atuação institucional, passou-se à elaboração de tabelas multivariadas, preconizando a relação variável por tipo de desfecho. Com isso, percebeu-se qual a influência das variáveis no universo dos desfechos. Por exemplo, como a quantidade ou combinação de drogas, a um só tempo, repercutem nos desfechos de denúncia, pedidos de remessa, requerimentos de diligência e promoções de arquivamento.

Essa lógica foi muito importante para o contraste dos desfechos de denúncia e pedidos de remessa, para os quais é possível perceber a variação entre a opção denunciar por tráfico de drogas ou pedir a desclassificação para porte de drogas para consumo próprio.

A sistematização dos dados em expressões quantificáveis não inviabilizou, conforme já destacado em itens anteriores, a leitura qualitativa dos dados, até porque as variáveis nada mais são, nessa pesquisa, do que signos linguísticos retirados das narrativas dos quatro tipos de desfecho. Mais uma vez, o respeito à expressão da matriz empírica é importante para o grau de confiabilidade da pesquisa.

Enquanto signos linguísticos, tais variáveis são exteriorizações do pensamento. O qualitativo e quantitativo andam juntos nesse caso. A análise dos dados foi enriquecida com observações tópicas sobre casos que, numa linha puramente estatística, seriam ditos como esquecidos, não representativos, mas que foram surpreendentes ao oferecer uma nova qualidade de interpretação dos dados sistematizados.

Por esse trilhar metodológico, deu-se atenção, embora sem o intuito de uma análise de discurso propriamente dita, aos principais argumentos que figuraram nos desfechos, na tentativa de esboçar um vocabulário de motivos que integram um perfil de atuação institucional que se padroniza para tentar conter uma enxurrada de questões criminais.

Foram citados trechos dessas justificativas do pensamento institucional, que, por sua vez, também permitem um olhar mais agudo sobre os dados sistematizados, a satisfazer a curiosidade de um leitor/observador que poderia sussurrar mentalmente: “ Ah! É assim que Eles, os promotores de justiça, pensam”.

Do ponto de vista teórico, não se deixou a análise para depois. À medida que os dados foram sistematizados, mostrados em tabelas e gráficos, expôs-se as conexões teóricas realizadas com os dados. Foi-se da abordagem de um processo penal crítico a intercessões com a Criminologia Crítica a caminho de uma Criminologia Pós-Crítica, com conexões com a Racionalidade Penal Moderna.

Porém, antes de se passar à análise dos dados propriamente dita, desenvolveu-se suporte teórico e jurisprudencial, conforme se nota nos capítulos 3 e 4, sobre a política internacional de drogas e os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre a distinção

entre tráfico de drogas e porte para consumo próprio, a fim de que se tenha uma noção de quais as principais ideias que compõem e influenciam a atuação das instituições do sistema de justiça criminal quando em questão o tema drogas.

Com isso, facilita-se obter a percepção de como atuam os promotores de justiça da equipe de crimes de tóxicos de Salvador. Vale dizer: se reproduzem, e em qual intensidade isso se dá, a lógica de pensamento historicamente moldada pela política internacional de drogas e se têm aptidão para inovar a jurisprudência brasileira.

Pois bem, na postura de diálogo que se atribuiu à presente pesquisa, foram feitas remissões a outras pesquisas empíricas ligadas, em parte ou totalmente, ao objeto desta. Não se partiu para uma revisão bibliográfica exaustiva, até porque isso retiraria a inspiração criativa que surge da leitura dos dados em si. Afinal, a pesquisa “deve contribuir à literatura acadêmica, à tarefa comum ou empreendimento social de aprender sobre o mundo.”(EPSTEIN; KING; 2013, p.57).

A leitura prévia de textos entrou como instrumento de reflexão até determinado ponto, quando se começou a perceber o risco de que os dados obtidos fossem manipulados por uma diretriz cega e doutrinariamente arbitrária. Influenciar teoricamente o olhar do pesquisador é uma coisa. Dominá-lo é outra, que faz da pesquisa uma proposta dogmática teatralizada com supostos achados empíricos.

Compartilha-se da lucidez de Jean-Pierre Deslauriers e Michèle Kérisit (2014, p. 135), para quem “a pesquisa qualitativa confere à revisão um matiz que lhe é próprio; o pesquisador qualitativo hesita em nela confiar total e cegamente, pois a experiência prova que a literatura científica pode permanecer surpreendentemente muda sobre assuntos, contudo, evidentes.”

Pensa-se que, para além das citações sobre a Criminologia Crítica, Teoria dos Jogos aplicada ao processo Penal, Cultura do Controle etc, a visão teórica do pesquisador/observador é dita pelo próprio processo de escrita da pesquisa, pelos tópicos estabelecidos, pelas interrogações feitas e posturas assumidas ou não, que revelam o seu olhar. Ao escrever, o pesquisador naturalmente mostra o movimento teórico que o constitui.

No filme *o Carteiro e o Poeta*, dirigido por Michael Radford, há uma passagem em que se diz que a poesia depois de escrita não pertence mais ao poeta. O que dizer, por exemplo, de uma pesquisa que apostou em certo viés teórico mas foi recebida e consagrada no mundo científico sob outro viés? Não se tem domínio sobre a palavra, ou melhor, não se tem o domínio que se espera ter sobre a palavra.

A linguagem em si revelam os marcos teóricos da pesquisa, mas sempre passíveis de serem remarcados pelo caráter dinâmico e construtivo da leitura.



## 2.5 CAMINHOS EPISTEMOLÓGICOS E TEÓRICOS DA PESQUISA

Ainda nessa parte de exposição metodológica, considera-se importante externalizar quais perspectivas epistemológicas e teóricas que motivam o contato indagativo do pesquisador com o empírico. Certamente, outras leituras a partir da questão de partida podem ser feitas, e nem sempre são captadas pelo pesquisador. Isso é normal, porque vários são os olhares e pensamentos que invadem a atividade de pesquisa até que se estabilizem em ideias escritas.

É a tal relevância do ponto de vista, o momento em que se diz de onde se pretende olhar a problemática. Como bem pontua Eduardo Viveiros de Castro (2002, p. 17), “não se trata de afirmar a relatividade do verdadeiro, mas sim a verdade do relativo. [...] Não é um relativismo, isto é, afirmação de uma relatividade do verdadeiro, mas um relacionismo, pelo qual se afirma que *a verdade do relativo é a relação.*”

Foi a expressão *Criminologia do Olhar*, de Riccardo Cappi (2017, p. 277 e ss), que nos trouxe inspiração para essa diferenciação fluida entre olhar epistemológico e olhar teórico. Olhares que tendem a interagir a todo momento. Quando deixa de acontecer essa interação sensível, coloca-se em risco a criatividade da atividade de pesquisa.

Por que o (s) olhar (es)? Intuitivamente, o olhar é a forma como se concretiza e exterioriza a dinâmica razão e sentimento no humano. Está entre o cérebro e o coração, ainda que não garanta a justeza das medidas da razão e da emoção para cada ponto de interrogação que se apresenta na vida.

Se, numa perspectiva de construção da realidade social, é possível falar em maneiras de definir as situações-problema e de como os atores sociais reagem a elas, pode-se ir um pouco mais além para dizer que não é “somente importante apreender a forma de definir os acontecimentos, como também de perceber nesta forma uma relação com a maneira pensada para reagir a eles” (CAPPI, 2017)<sup>12</sup>.

Por outro lado, não se pode esquivar da ideia relacional de que essa tentativa de enxergar as maneiras de pensar e ver a situação-problema (aquilo que é definido como crime) é modelada também, quando em evidência o objeto de pesquisa, pelas maneiras de pensar e ver que acompanham o pesquisador.

<sup>12</sup> Riccardo Cappi (2017, p. 279-280) lembra que “as operações de definição, nomeação e conhecimento comportam uma apreensão parcial da realidade. Sendo que esta apreensão, além disso, é interessada, no sentido de que ela serve a um objeto específico, a um interesse particular do observador. Ou seja, o conhecimento de um fenômeno é necessariamente parcelar e parcial; ou ainda, deformado e deformante. (...) A definição ou a nomeação de um fenômeno ou de uma realidade implicam, portanto, na consideração de alguns aspectos e na exclusão de outros.”

Gaston Bachelard (2005, p. 18), ao refletir sobre a formação do espírito científico, observou que “quando o espírito se apresenta à cultura científica, nunca é jovem. Aliás, é bem velho, porque tem a idade de seus preconceitos. Aceder à ciência é rejuvenescer espiritualmente, é aceitar uma brusca mutação que contradiz o passado”

Enfim, qual o olhar epistemológico empregado na pesquisa? Com essa pergunta queremos saber de que forma se estabelece a relação de conhecimento entre o pesquisador e o objeto construído a partir da questão de partida. Isso não anula o conjunto de leituras a que já teve acesso o pesquisador. Não se acredita no zero teórico, no ponto de partida teoricamente limpo.

Para isso, esclarece-se que, ao se indagar sobre quais critérios são usados pelos promotores de justiça para diferenciar o tráfico de drogas do porte para consumo próprio, o conhecimento não se propõe de forma psicologizante – quais as intenções pessoais, medos, histórias de vida e preconceitos desses promotores de justiça. O que se pretende conhecer é qual (is) mensagem (ns) são transmitidas por esse subsistema jurídico de acusação, - os promotores da equipe de crime de tóxico de Salvador - , no âmbito de um sistema jurídico maior de acusação<sup>13</sup>, quando operacionalizam a distinção tráfico/porte para consumo.

Por isso, repetimos que o olhar epistemológico que predomina na presente pesquisa é de observação do sistema de acusação (lógica de pensamento) de tráfico de drogas desenvolvido pelos promotores de justiça que integram a Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador, a partir da perspectiva de “descentramento do sujeito” (GARCIA,2014, p.194)

Qual o olhar teórico, então?

Diferentemente do estado de arte da literatura, jurídica ou não, sobre a problemática apresentada, compreende-se por olhar teórico a diretriz reflexiva que o pesquisador/observador pretende adotar na sua caminhada de pesquisa empírica. Para que se chegue a essa linha de reflexão, as leituras e experiências anteriores são sim importantes. É a bagagem do espírito viajante do pesquisador, porém, se não são submetidas ao árduo processo de reflexão, mais se assemelham a um conhecimento enciclopédico.

Porém, esse olhar não é fixo. À medida que a pesquisa se desenvolve com sucessivas leituras, diálogos e práticas profissionais, o olhar vai sendo temperado com novas paisagens teóricas. Na pesquisa empírica, principalmente quando os dados são analisados, sugerindo o desenvolvimento de novas concepções que possam interferir na construção do objeto, sente-se

<sup>13</sup> Esclareça-se que a relação entre sistemas e subsistemas proposta na presente pesquisa não adota a complexidade teórica da tese de Niklas Luman, que requer, segundo entendemos, uma leitura mais profunda, demorada e debatida para sua exata compreensão. Ficamos apenas com uma distinção mais simples, conforme enunciado pelos autores dos textos citados nesse item, que elaboram suas diretrizes epistemológicas a partir daquele autor.

essa mobilidade do olhar teórico com mais intensidade. Inclusive, depois da análise dos dados, podem surgir novas diretrizes teóricas.

Por isso, tendo em vista a densidade histórica do processo penal brasileiro, de forte carga autoritária e repressiva, e por tudo aquilo de negativo que o Proibicionismo representa na esfera punitiva, do plano internacional ao nacional, com encarceramento massivo, a pesquisa se apoia teoricamente na concepção de um processo penal de redução de danos penais<sup>14</sup>, desenvolvido a partir de uma acusação responsável, aberto a outros saberes na medida que estes permitam o desenvolvimento de estratégias processuais voltadas a minimizar essa danosidade punitiva, que, em última escala, aniquila o respeito ao humano em seu conjunto mínimo de direitos e garantias fundamentais.

Não se trata apenas de tentar ler os dados com a lente teórica da Criminologia Crítica a caminho de uma Criminologia Pós-Crítica, da Racionalidade Penal Moderna ou da necessidade de um maior humanismo no processo penal brasileiro, como se estivesse confrontando, ao modelo de equações matemáticas, os achados da pesquisa com os conceitos desses marcos teóricos, que sabemos que auxiliam positivamente na proposta de um processo judicial de redução de danos penais.

A questão é mais sensível. A efetividade e alcance do olhar teórico estão condicionados à criatividade que pode emanar da relação entre os dados e os marcos teóricos escolhidos pelo pesquisador. Há aí a importante dimensão da criatividade teórica fundamentada nos dados, quando, portanto, aparecem propostas que alargam, estreitam ou requalificam o olhar teórico anterior.

Com foco na pesquisa, a pergunta a ser feita é: como pensar o processo penal de drogas, *uma vez mais*, depois de analisados os dados? Qual seria a dimensão interventiva/criativa dessa teorização de base empírica? Diz-se *uma vez mais* porque antes o processo penal já foi pensado teoricamente com concepções abstratas.

Algo a mais: essa divisão de olhares teóricos e epistemológicos não segue necessariamente a cronologia acima apresentada. Por acontecer no espaço psicológico, o vaivém de ideias é intenso e, muitas vezes, só se consegue ter essa percepção distintiva quando a pesquisa está perto do final.

A explícita direção teórica, com seu potencial político naquilo que se entende que saber é poder, sem perder de vista a dimensão crítica de que o poder institui o saber

---

14 Apesar de parecer redundante a expressão processo penal de redução de danos penais, optou-se usá-la nesses estritos termos por duas razões: a) o termo redução de danos é bastante amplo engloba uma variedade de possíveis danos; b) a expressão redução de danos costuma estar associada ao campo da saúde pública e, na pesquisa, optou-se por um enfoque criminológico.

(Foucault), é eticamente recomendável, porque atualmente nas ciências sociais, mais do que pretender defender um conhecimento destilado, é importante produzir um conhecimento útil e “explicitamente orientado por um projeto ético visando à solidariedade, à harmonia e à criatividade. O ‘viés’ era um problema; agora, sob a condição de ser eticamente bem orientado, ele é o que conta para a ciência.” (PIRES, 2014, p. 44)

É com Salo de Carvalho(2014) que, na temática Drogas, toma-se por orientação um processo penal de redução de danos penais<sup>15</sup>. Não se entrará na fileira discursiva que, de forma muito criteriosa, aborda como soluções ideais, a serem tomada em uma só rajada, o antiproibicionismo e o abolicionismo São miradas intelectuais fortes e preocupadas com a dignidade do ser, mas que, em *Terra Brasilis*,<sup>16</sup> são de difícilima concretização. Basta acompanhar as estranhas variações teóricas do julgamento do recurso extraordinário (RE 635659) que versa sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Para o referido autor (2014, 179-182), “a perspectiva garantista (no direito penal), entendida como atuação crítica desde o interior do sistema jurídico positivado, é de otimização da estrutura dogmática como freio aos excessos punitivos do Estado, como limitação da coação direta ínsita às práticas da administração da justiça penal.” Por isso, defende a criação de um espaço próprio para a construção de práticas judiciais de redução dos danos causados pelos acentuados processos de criminalização vivenciados no Brasil. Enxerga na Constituição uma excelente fonte normativa da qual se pode extrair uma política criminal de redução de danos.

Nessa linha de abordagem, Gabriel Divan (2015, p. 512), por exemplo, ao tratar a justa causa para a ação penal enquanto instrumento político-criminal, destaca que o “‘custo’ (não apenas financeiro, mas ‘humano’) da intervenção estatal na esfera de relações e interesses, deflagrando a intromissão da teia social ou política pela política criminal e seu elemento mais invasivo (o sistema jurídico-penal) precisa ser medido.”

A ideia é visualizar, dentro do Sistema Proibicionista, pontos de redução de danos penais e de controle dos arbítrios estatais até que ocorra a virada paradigmática para o Antiproibicionismo. O ritmo legislativo nesse sentido é muito lento ou quase em ponto morto. Esperar de parte do Poder Legislativo esse completo giro paradigmático para que sejam

---

15 Ao abordar uma teoria agnóstica do processo penal, Elmir Duclerc (2015, 1.327) lembra que “ao fim e ao cabo, a pena criminal resta tão legitimada quanto a *guerra* e, nesse sentido, talvez represente o maior dos paradoxos do próprio fenômeno jurídico da atualidade. Uma teoria agnóstica do processo penal, portanto, é aquela que não pretende ignorar ou ocultar ideologicamente esse paradoxo, mas, antes, reconhecê-lo na sua irracionalidade, mas procura dar-lhe um tratamento minimamente racional, conforme uma lógica de *redução de danos*.”

16 Expressão conhecida a partir da leitura dos textos de Lenio Streck.

respeitados direitos e garantias fundamentais pode comprometer a existência de muitas vidas, forçosamente desaparecidas por uma política criminal de drogas vampiresca e autorreferente.

Nesse particular, com viés de positiva transformação social e de conformação com o dirigente projeto humanista da Constituição Federal, aparece a interação entre dogmática processual e penal, Criminologias Críticas e Políticas Criminais Alternativas, como possibilidade de estabelecer práticas processuais para que haja uma contenção do pesado e específico Direito Penal de Guerra às Drogas (Luis Valois).

Mas tal interação deve ser concebida de modo que os saberes criminológicos e político-criminais não sejam imobilizados pela tradicional arrogância da dogmática processual e penal positivista, que os coloca em posição servil.

A proposta de produção de conhecimento que pode se expressar na presente pesquisa não pretende uma justaposição formal de disciplinas para a discussão de um problema comum, mas a inter-relação entre os conhecimentos, científicos ou não, naquilo que pode influenciar no arejamento da dogmática processual penal. Não se nega a importância da dogmática, mas se solicita que não seja praticada de maneira acrítica.

É preciso declarar também que, muitas vezes, a interdisciplinaridade é confundida com uma sequência de citações de outras disciplinas na produção de um texto, o que cumpre uma função argumentativa ou de embelezamento retórico da linguagem escrita, a esconder a deficiência comunicativa entre os saberes que se pretende expor.

Não temos o domínio, palavra que deve ser entendida como formação acadêmica, de outras disciplinas. A interdisciplinaridade só pode ser vista aqui como pontos de contatos reflexivos com outras disciplinas, que permitam um olhar mais vivo e colorido sobre a temática colocada em investigação.

A interdisciplinaridade, mais do que a expressão textual em si, é o anteparo reflexivo dessa expressão.<sup>17</sup>

A transdisciplinaridade estaria um passo à frente, algo mais maturado, proveniente da efetiva fusão de saberes, que na concepção do total, pudesse romper ou demarcar novo paradigma de conhecimento. Talvez não seja o caso da pesquisa. Talvez seja o caso de afirmar que se está a caminho da transdisciplinaridade (Paviani, 2008, 22).

---

17 Álvaro Pires (2015, p. 231-232) apresenta três significados para a palavra interdisciplinaridade: a) enquanto “disciplina de encruzilhada”, que congrega vários saberes, a exemplo da Criminologia; b) enquanto processo de pesquisa sobre um determinado tema, no qual pesquisadores de diferentes áreas se debruçam sobre o objeto de pesquisa e compartilham seus respectivos saberes; c) enquanto cultura interdisciplinar de cada pesquisador/observador, o que tem mais a ver com a capacidade de transitar, com certo domínio, por diversos saberes, a exemplo de Foucault e outros pensadores.

Portanto, parafraseando-se Protágoras, filósofo da Antiguidade, que disse que "o homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são enquanto são, das coisas que não são enquanto não são", a interdisciplinaridade ou o caminho para a transdisciplinaridade se expressam na pesquisa na medida da capacidade criativa do pesquisador em relação a seu objeto.

## 2.6 ALGUMAS PESQUISAS SOBRE ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO CONTROLE DAS DROGAS ILÍCITAS

A multilateralidade do tema drogas permite que sejam desenvolvidos vários tipos de investigações científicas sobre o assunto, da mais teórica e dogmática até as que prezam por um substrato empírico, com atividades de pesquisas de campo.

No âmbito do Direito Penal e Processual Penal, em diálogo com linhas de pensamento sobre Criminologia e Política Criminal, as pesquisas sobre o controle de drogas ilícitas passaram a analisar as formas de atuação das instituições que vivenciam a prática de investigar, acusar e julgar atos que possam ser enquadrados nas molduras criminais da Lei n. 11.343/2006, especialmente o tráfico de drogas (art. 33).

Nessas pesquisas, opta-se, em regra, por uma perspectiva diferente sobre o controle penal das drogas. Presta-se atenção no olhar institucional sobre a questão criminal das drogas, para além de uma discussão estabelecida só com interpretações doutrinária e histórica da legislação de drogas. Busca-se espaço para que a interpretação crítica da práxis criminal seja sentida na tentativa de uma reformulação mais humana da política criminal de drogas brasileira.

Pela problematização que sugerem sobre os horizontes do controle penal de drogas ilícitas no Brasil, destacamos algumas pesquisas.<sup>18</sup>

A pesquisa "Tráfico e Constituição: um estudo jurídico e social do art. 33 da nova Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais", dirigida pelos professores Luciana Boiteux, Carlos Eduardo Japiassu, Geraldo Prado, Vanessa Batista, representantes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e Beatriz Vargas, Ella Wiecko Volkmer de Castilho, representantes da Universidade de Brasília, pode ser vista como um dos grandes marcos para

---

<sup>18</sup> Certamente, há outras pesquisas empíricas relevantes que o autor da presente pesquisa desconhece. Por isso, a escolha das pesquisas comentadas se deu nos limites do conhecimento do autor.

uma nova concepção de produção legislativa no Brasil, em que o debate sobre a produção legislativa sobre o tráfico de drogas é precedido de investigação científica empírica.

Essa pesquisa foi desenvolvida no curso do Projeto Pensando o Direito, decorrente de uma parceria firmada entre a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e o PNUD (Programa das Nações Unidas Para Desenvolvimento). Ou seja, com esse Projeto a Academia se direciona a produzir conhecimento para o aperfeiçoamento substancial da produção normativa, estimando-se que as novas leis e reformas legislativas transformem positivamente a sociedade.

O problema dessa pesquisa se refere à aplicação do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pelo Poder Judiciário nas cidades do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, a partir do tratamento penal dado à figura do comerciante de drogas ilícitas pela nova Lei de Drogas, que não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário, pequeno, médio e grande traficante.

A pesquisa de campo foi direcionada para os dados obtidos em sentenças judiciais e acórdãos de condenações por tráfico na cidade do Rio de Janeiro (foro central estadual e federal, Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 2ª Região), assim como nas varas especializadas do Distrito Federal, nas varas criminais federais do DF, nos Tribunais de Justiça e Regional Federal da 1ª Região.

A coleta de dados envolveu o período de 7 de outubro de 2006 a 31 de maio de 2008, quando também foram analisados acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Para a leitura desses dados, os autores respaldaram suas observações na Criminologia Crítica e no Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, sem desprezar a dogmática penal e processual penal e os conceitos da Sociologia

Conforme indicado na pesquisa (2009, p. 14), a metodologia empregada foi “a pesquisa bibliográfica e a análise de dados oficiais e etnográficos para compreender a dimensão social e jurídica do fenômeno do tráfico de drogas, sua interface com a realidade social e as influências sofridas, pela Lei brasileira de drogas, dos tratados internacionais para controle de drogas.”

Após serem analisados, do ponto de vista quali-quantitativo, mais de setecentas decisões judiciais (sentenças e acórdãos), surgiram, na referida pesquisa, algumas conclusões:

a) O Brasil adota modelo proibicionista clássico em relação ao tráfico de drogas, com altas penas privativas de liberdade, e um proibicionismo moderado para o porte de drogas para consumo pessoal, com medidas alternativas à prisão;

b) O art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é um tipo penal aberto, que autoriza, na prática, a aplicação de penas desproporcionais aos envolvidos no comércio ilícito de entorpecentes, já que não diferencia o pequeno, médio e o grande traficante, o que viola o princípio da proporcionalidade;

c) A quantidade e o tipo de droga apreendida quase nunca são levados em consideração para a aplicação de sanção penal adequada ao caso concreto;

d) A redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 não obedece, na prática, a critérios objetivos e está submetida a forte dose de subjetivismo do Poder Judiciário;

e) Para se definir a escala penal do crime de tráfico de drogas, deve-se estabelecer, a exemplo de outros países, uma diferenciação entre drogas pesadas e leves, bem como ser considerada o grau de participação do indivíduo no ciclo de comercialização da droga ilícita e a quantidade de droga apreendida;

f) Propôs-se distinção legislativa entre o traficante-comerciante e o traficante-dependente e uma melhor redação para o art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, a fim de que seja identificado quem realmente é o pequeno traficante.

Seguindo esse estilo de pensar, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende escreveu tese de doutoramento, apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, intitulada “A ilusão do Proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal”, cujo problema formulado se referiu a seguinte pergunta: “como os juízes do Distrito Federal estão aplicando a nova Lei de Drogas?”

Nessa pesquisa, foram analisadas 662 sentenças originárias das quatro varas especializadas de entorpecentes do Distrito Federal em processos iniciados no ano de 2009, com o objetivo central, segundo a autora (2011, p. 01), de “haver uma aproximação empírica com a prática judiciária, para verificação das condições em que se realiza a criminalização secundária no âmbito das denominadas drogas ilícitas.” Para a interpretação dos resultados obtidos, a autora se valeu do enfoque materialista da Criminologia Crítica, com análise do próprio discurso judicial contido nas decisões.

A pesquisa de Beatriz Vargas começa com uma provocação, quase subversiva ao mundo acadêmico, pois assume logo nas primeiras páginas o caráter ideológico que acompanhará a pesquisa. Com isso, não entra na linearidade dissimulada de certos textos jurídicos, em que o autor, certo de sua imodificável postura mental e emocional diante do problema de pesquisa, ainda se diz neutro.



Beatriz Vargas comunica a emoção de seu pensamento sobre o tema, ao dizer, na introdução de seu trabalho, que a descriminalização da oferta e do consumo de drogas não aparece como conclusão, podendo ser qualificada como ideia principal que justifica sua pesquisa, e que o “o desenvolvimento da análise que se propõe realizar está, portanto, longe de pressupor um observador neutro, mas, ao contrário, é confessadamente crítico em relação ao seu objeto, a sentença em processos por tráfico de drogas, assumindo-se uma postura abertamente antiproibicionista” (2011, 02).

Essa pesquisa, por sua vez, através de dados estatísticos e análises qualitativas das sentenças, concluiu que:

a) O movimento expansionista da resposta punitiva se dirige preferencialmente aos mais vulneráveis, o que é facilmente perceptível nas varas especializadas de entorpecentes do Distrito Federal;

b) Na quase totalidade dos casos (92,9%), foi mantida na sentença a classificação contida na denúncia, numa demonstração inequívoca da elevada margem de êxito de acolhimento da versão do Ministério Público e, ao mesmo tempo, a pequena margem de sucesso da intervenção da defesa;

c) A análise do discurso judicial aponta para a prevalência de um *padrão* de sentença menos interessado na “demonização” do traficante, embora as representações sociais do inimigo público n. 1 ainda estejam presentes no interior da fundamentação judicial;

d) Confirma-se, pela desigualdade de tratamento resultante do programa criminalizador, a necessidade de o Direito Penal se retirar do campo das drogas, criando a possibilidade de medidas reais no interesse da saúde pública.

A tese de doutoramento de Marcelo da Silveira Campos, intitulada “Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo”, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, impressiona pela abrangência e profundidade com que abordou o controle penal das drogas ilícitas, tomando-se por base territorial o sistema de justiça criminal atuante na cidade de São Paulo, especificamente a atividade da polícia investigativa (boletins de ocorrência policial) e do Poder Judiciário (sentenças judiciais).

O autor da pesquisa, através de tabelas, gráficos, estatísticas, estudos de caso único, de Direito Comparado, e análise de vocabulários, se debruça nos discursos que guiaram os debates parlamentares sobre a Lei n. 11.343/2006 e nos reflexos jurídico-penais da aplicação dessa lei na cidade de São Paulo, que resultou em massivo encarceramento.

Diz o autor (2015, 17) que a nova lei drogas é um dispositivo dividido em duas metades (médica e criminal), e que é possível demonstrar, com razões históricas, que “numa sociedade como a brasileira, na qual coexistem, dentro de uma lei, princípios universais de cidadania junto com princípios hierárquicos (Campos, 2014), o sistema de justiça criminal irá rejeitar a parte médica do dispositivo e, por conseguinte, vai privilegiar a pena afliativa de prisão”.

Em considerações finais, o autor conclui que a pesquisa confirmou a hipótese inicial de que a forma seletiva de atuação do sistema de justiça criminal faz com que muitos usuários sejam presos e sentenciados como traficante. Para ele, pelo conceito de dispositivo encontrado em Michel Foucault, a nova lei de drogas emergiu de uma tecnologia política complexa, porque é um conjunto heterogêneo que compreende discursos, instituições, práticas, medidas administrativas e enunciados morais, os quais, em última análise, ainda dão espaço para a aplicação irrestrita da lógica criminal repressiva.

Pesquisa que contribui para a ampliação do horizonte empírico e social do controle penal das drogas foi a desenvolvida pelo Observatório de Prática Penal da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia, que resultou no Anuário Soteropolitano de Prática Penal – ano 2014-2015. Ao se debruçar sobre prisões em flagrante, essa pesquisa, dentre outras conclusões, afirma que a variedade de drogas apreendidas é um dos principais fatores para determinar a classificação delitiva, já que aquele que traz consigo um só tipo de droga pode sustentar, com maior verossimilhança, a condição de usuário.

Identificou que processos de drogas mais pesadas, como o crack, ou com o fator 'variedade de droga' presente, recebem tratamento penal mais severo pelo sistema de justiça, com prisões preventivas e definitivas mais demoradas. Além disso, observou-se que, em muitos casos, a vida pregressa do indivíduo foi determinante para se firmar o tempo de prisão cautelar e definitiva ou até mesmo a classificação delitiva no auto de prisão em flagrante.

Outra pesquisa que se destaca é a de Felipe Figueiredo Gonçalves da Silva, que, com a tese de mestrado “Não compre, plante? A tipificação penal das situações de cultivo de canábis pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo”, desenvolvida na Fundação Getulio Vargas, analisou quais critérios concretos que realmente interferem nas decisões judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo para se dizer se uma situação de cultivo de Cannabis Sativa é destinada a fins de consumo ou não.

A pesquisa concluiu (2016, p. 179-180) que “a mecânica de aplicação dos dispositivos da Lei de Drogas envolve disputas na interpretação do seu sentido normativo” e que “a opção por um modelo que não define os crimes a partir de leques de quantidade de drogas e/ou

plantas não é problemática em si. No entanto, ela impõe um ônus ao sistema de justiça criminal de se aparelhar para poder lidar com suas atribuições.”

Segundo o autor da pesquisa, o ponto sensível do tema consiste em tratar abertamente das inúmeras questões que envolvem a estrutura da justiça criminal para definir se o caso é de cultivo, consumo ou tráfico de drogas, embora ainda considere que uma tarifação legal mínima sobre a quantidade associada ao tipo de droga seja importante para conter o excesso de discricionariedade judicial.

Maria Mendonça Raupp (2005), com a tese de mestrado “O Seletivo Mundo da Justiça: análise de processos penais de tráfico de drogas”, apresentada na Universidade de São Paulo (USP), Programa de Pós-Graduação em Sociologia, trata da seletividade do sistema de justiça criminal, que, ao contrário do que pensava inicialmente a autora, se faz seletiva a partir de uma lógica própria, e não com base apenas em fatores extralegais.

Assim, ao analisar processos criminais de tráfico de drogas do Poder Judiciário da cidade São Paulo, relacionando-os ao conceito de campo jurídico de Pierre Bourdieu, e conclui que se “a justiça criminal parece ‘reconhecer’ um tipo de tráfico, aquele de pequeno porte, em detrimento do ‘desconhecimento’ do tráfico de grande porte, de outro “explicita a luta interna entre os profissionais do direito nos processos de tráfico de drogas e aponta para sua eficácia simbólica de legitimar a criminalização das classes populares”.

Por outro viés, agora no âmbito da Infância e Juventude no que se refere à prática de ato infracional similar ao tráfico de drogas, Vera Malaguti Batista, com a tese *Difíceis Ganhos Fáceis. Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*, elaborou estatísticas de criminalização por drogas na 2ª Vara de Menores do Rio de Janeiro, trabalhando na faixa temporal de 1968 e 1988, para, então, analisar os discursos dos agentes que atuam nesse sistema específico, a começar pela delegacia e instituições que acolhem esses adolescentes envolvidos com o tráfico de drogas. As estatísticas estão relacionadas com a etnia, escolaridade, idade, local de moradia, naturalidade e trabalho dos adolescentes.

Nesse marcante trabalho acadêmico, Vera Malagutti (2003, 134 e 135) exterioriza sua percepção criminológica no sentido de que a visão seletiva do sistema penal quanto aos adolescentes infratores e a distinção de tratamento dada aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado de um certo consenso social sobre o consumo de drogas, leva à conclusão de que “o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.”

Nesse fluxo de achados empíricos acima delineados, em que se destaca o teor crítico contra a tradicional opressão do Sistema de Justiça Criminal, a presente pesquisa pretende

analisar como ocorre o processo de criminalização secundária de tráfico de drogas (Zaffaroni) a partir dos desfechos produzidos pelos promotores de justiça da Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador quando recebem inquéritos policiais com a capitulação jurídica do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

### **3 A POLÍTICA INTERNACIONAL DE DROGAS E SEUS REFLEXOS NAS LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Pela estrutura globalizada que as relações político-econômicas e sociais assumiram com a consagração do Capitalismo, torna-se difícil pensar em determinado tema apenas do ponto de vista local. Organismos internacionais se tornaram fontes normativas. Estabeleceram internacionalmente padrões de tratamento jurídico e político sobre temas que tocam diversos países, independentemente de pertencerem ao mesmo bloco econômico ou não. É o caso das questões políticas que envolvem os refugiados, a proibição de tortura, de uso de armamento nuclear etc.

Para uma questão multissetorial e histórica, como a temática drogas, houve também uma mobilização da comunidade internacional, com elaboração de convenções que regulam minudentemente o assunto e vinculam os países signatários. Há, mais do que isso, o compartilhamento impositivo de uma determinada política criminal de drogas que, a pretexto de garantir a proteção de direitos humanos, regula a necessidade de recrudescimento punitivo, ainda que com algumas suaves concessões para as ideias que defendem o incremento de políticas públicas como resposta à problemática do comércio e uso de drogas.

Relevante ter essa primeira percepção para que a leitura sobre a forma de atuar das agências oficiais de controle penal no denominado combate às drogas não se dê ingenuamente, como se não houvesse uma articulação política bem pensada e proposital entre os responsáveis pela legislação nacional e os emitentes das diretivas internacionais sobre a política mundial de drogas, os que têm poder real de voto/veto na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

Esse entrelaçamento de poder, que parece distante, repercute nas formas de pensar e atuar dos integrantes daquelas agências, porque está incrustado nas leis que tratam do tema drogas. É o caso da Lei n. 11.343/2006. É também sob essa perspectiva que os dados da pesquisa devem ser compreendidos.

#### **3.1 BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA SOBRE A POLÍTICA INTERNACIONAL DE DROGAS**

O aspecto ilícito que é enfatizado no controle internacional da produção, distribuição e uso de entorpecentes não é algo historicamente aleatório. Houve um direcionamento da

política internacional de drogas, que, com razões morais, religiosas e econômicas, resultou, predominantemente, no controle penal das drogas ilícitas.

Mas nem sempre foi assim. O contato *in natura* com substâncias alucinógenas era feito por comunidades indígenas e africanas pré-coloniais em momentos de relaxamento do viver cotidiano e também como desenvolvimento da religiosidade comunitária. A *cannabis sativa*, por exemplo, era utilizada para propiciar uma expansão psíquica que levasse a uma conexão com o divino.

Luciana Boiteux (2006, p.26) afirma que “a história do controle internacional de drogas é bastante recente, mas não menos intrigante. Apesar de haver hoje uma relação próxima entre uso de drogas e proibição, o consumo e a circulação de substâncias como cocaína, ópio e *cannabis* eram legais até o início do século XX, quando eram comumente usadas sob a forma recreativa ou medicinal.”

Interessa questionar, então, quais razões fizeram com que drogas anteriormente lícitas passassem para a margem da ilicitude penal.

A Guerra do Ópio de 1839 a 1842 exemplifica como os interesses político-econômicos foram determinantes para estabelecer a extensão do proibicionismo que regula a política criminal internacional de drogas.

Nessa guerra, travada entre o Reino Unido e a China, disputou-se o controle comercial do ópio, que era largamente consumido pelos chineses. A Coroa Britânica era o principal exportador de ópio, comprado da Índia, e tinha o lucrativo mercado chinês, que, irrestritamente, comprava o ópio em poder dos ingleses. Ao perceber que a sociedade chinesa usava excessivamente o ópio, o governo chinês, além de proibir a produção de papoula, vetou a importação do ópio, o que causou prejuízos econômicos aos britânicos.

Com essas e outras proibições comerciais chinesas, Inglaterra e China travaram esse histórico conflito bélico, motivado pelo controle comercial do ópio, sendo que, entre 1856 e 1860, houve a Segunda Guerra do Ópio. Nas duas guerras, os ingleses saíram vitoriosos.

Ao se referir a esse contexto histórico, Luis Carlos Valois (2017, p. 39) conta que, ao se fazer uma análise lógica, algumas informações históricas podem parecer equivocadas, porque se a Inglaterra tinha interesse no chá chinês, a China conseqüentemente não teria uma queda vertiginosa no estoque de sua prata, porque venderia o chá para a Inglaterra, mas parece que outros interesses econômicos se destacaram, como “a corrupção dos funcionários chineses que ganhavam com o tráfico, os transportadores de ópio das colônias inglesas na Ásia e os próprios países asiáticos beneficiados pela venda do ópio que plantavam, eram questões da complexidade de todo comércio”.

No ano de 1909, ainda para discutir o limites da comercialização internacional do ópio, - se somente para fins medicinais ou não -, realizou-se a Conferência de Xangai,<sup>19</sup> com forte presença política dos Estados Unidos. Nessa Conferência, projetou-se a 1ª Convenção sobre Ópio, de Haia, realizada em 1912. Em 1925, estabeleceu-se a 2ª Convenção Internacional sobre o Ópio.

No ano de 1931, estabeleceu-se a 1ª Convenção de Genebra, cuja finalidade foi limitar a fabricação e regulamentar a distribuição de drogas narcóticas a finalidades médicas e científicas. Em 1939, elaborou-se a 2ª Convenção de Genebra, voltada precipuamente para eliminação do tráfico de drogas perigosas.

Em 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), esse órgão passou a estabelecer as diretrizes da política internacional de drogas. Com a ONU, três convenções passaram a ser a referência legal sobre o tema: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, seguida pela Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e pela Convenção sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. Na realidade, são três convenções complementares, que, a partir de uma proposta de cooperação internacional, estabelecem medidas e estratégias de repressão ao uso e tráfico de drogas.

A partir dessa base legislativa internacional, houve nítida expansão e padronização de um controle penal proibicionista das drogas, muitas vezes sem respeitar questões culturais, a exemplo da criminalização do uso da folha de coca em alguns países andinos, a exemplo da Bolívia. Assim, ao campo proibicionista destacado internacionalmente com o ópio, outras drogas narcóticas foram incorporadas, como a *cannabis* e a cocaína, além de terem sido incluídas drogas sintéticas psicotrópicas (anfetaminas, LSD etc.).

Com a ONU, consolidou-se uma política criminal internacional de drogas extremamente proibicionista, focada na cooperação internacional dos países signatários e adeptos das Convenções, que tiveram e ainda devem modificar suas legislações nacionais para compatibilizá-las com as diretrizes internacionais.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> “A importância da Conferência de Xangai está na criação de um esboço de um sistema de cooperação internacional em assuntos de droga, que inspirou a primeira convenção sobre o ópio de 1912, e inaugurou a prática de encontros diplomáticos para o controle de drogas psicoativas, motivados pelo *ímpeto proibicionista norte-americano*.” (BOITEUX, 2006, p.38).

<sup>20</sup> “A partir da II Guerra Mundial, foram os organismos internacionais, particularmente a Organização *Mundial de Saúde* (OMS) e a Organização *das Nações Unidas* (ONU), que contribuíram para universalizar os diversos modelos — com seus respectivos discursos sobre as drogas proibidas e suas características. A primeira organização, por meio de seus informes técnicos elaborados por especialistas da medicina e da farmacologia fundamentalmente; e a segunda, não apenas através de suas comissões de Especialistas (muitos provenientes das ciências médicas, mas com uma importante presença de juristas), mas sobretudo com a promulgação de seus diversos convênios e protocolos e com a criação de uma série de organismos encarregados de sua aplicação. Um exemplo recente é a Convenção *Única sobre Estupefacientes* de 1961 e o *Protocolo* de 1972 que a modifica,

O programa de globalização de combate ao tráfico de drogas foi, expressamente, delineado nos considerandos da Convenção da ONU de 1988, que reconhece que “*a erradicação do tráfico ilícito é da responsabilidade coletiva de todos os Estados e que nesse sentido é necessária uma ação coordenada no âmbito da cooperação internacional e que é necessário reforçar e intensificar os meios jurídicos eficazes de cooperação internacional em matéria penal para eliminar as atividades criminosas internacionais de tráfico ilícito.*”

O Brasil, através de decretos, promulgou todas essas Convenções da ONU sobre drogas, que, em síntese, estão ancoradas na Ideologia e Movimentos de Defesa Social<sup>21</sup>, com os quais foi possível estabelecer “um modelo genocida de segurança pública, pois voltado à criação de situações de guerras internas”. (CARVALHO, 2014, p. 73).

### 3.2 O PROIBICIONISMO: A MARCA REGISTRADA DAS CONVENÇÕES DA ONU SOBRE DROGAS

Nitidamente, as Convenções sobre Drogas da ONU, organismo internacional que conta com 193 países-membros, adotou o modelo Proibicionista para realizar o controle penal das drogas, que, enquanto um das possíveis formas de controle social, visa à erradicação do tráfico de entorpecentes.

Esse modelo imposto internacionalmente pela ONU, devido à relevância geopolítica dos Estados Unidos no cenário global e sua predominância política no processo de tomada de decisões da ONU, é, com pequenas variações, uma reprodução ideológica da legislação antidroga norte-americana baseada na política de guerra às drogas e eliminação do inimigo externo.<sup>22</sup> Luiz Carlos Valois (2017, p. 233 ) afirma que, em relação à política mundial de

---

assim como o Convênio *sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971*. A primeira organização internacionaliza o *discurso médico* e a segunda o *discurso jurídico*. É preciso lembrar sem dúvida que ambos se desenvolvem apenas no século XX, tendo sido os Estados Unidos seu promotor fundamental no campo internacional” (OMO, 1990, p. 22)

21 Salo de Carvalho (2014, p. 87) explica que “apesar de IDS e MDS estarem pautados em pressupostos similares, ambos projetando horizonte de maximização do sistema de repressão penal, não podem ser confundidos, pois sua funcionalidade será diversa, isto é, a IDS pauta os saberes sobre o crime e criminalidade definindo sua forma de interpretar o fenômeno delitivo; o MDS, sob p influxo do sistema de ideias da IDS, gera ações político-criminais cujo escopo é universalizar a tecnologia penal.” Leia-se IDS como ideologia da Defesa Social , e MDS, movimentos de defesa social.

22 “Esta associação entre controle de drogas e minorias nos EUA sempre esteve presente na percepção social das drogas: fazia-se uma ligação entre um determinado tipo de droga e um grupo específico temido ou rejeitado dentro da sociedade, normalmente com conotações racistas. Assim, originalmente, a cocaína e a heroína eram associadas aos negros, a maconha aos mexicanos, o ópio aos chineses, o álcool aos irlandeses, o que leva à suposição que a opção criminalizadora do modelo proibicionista norte-americano baseava-se no preconceito racial e social, e visava a impor maior controle social às minorias, e manter a dominação do grupo social hegemônico: os brancos puritanos.” (BOITEUX, 2006, p. 65 e 66)



drogas, a ONU pode ser vista, dentre as análises críticas possíveis, como “um teatro para legitimar o que as superpotências decidem de antemão.”

Maurides de Melo Ribeiro (2013, p. 25), ao retratar a historicidade do proibicionismo, conta que a proibição de consumo de drogas ilícitas, de alguma forma, apareceu como política pública na maior parte das nações ocidentais no século XIX. Porém, é nos Estados Unidos que a tendência ganhou o formato de movimento político estruturado. Relata que o início do Proibicionismo, de forma mais ostensiva, ocorre no Estado de Ohio, a partir da união entre as igrejas locais (católica e protestantes), e que, com “o *slogan* “ ao badalar dos sinos das igrejas de Ohio, os *saloons* devem partir”, o movimento tinha como sua plataforma política o fim do comércio de álcool, por julgá-lo a causa da degradação moral e física que acreditavam ter cometido”.

A lógica proibicionista, sem mitigações pontuais, é unilateral, já que atribui, como objetivo principal, à criminalização geral do uso, comércio e produção de entorpecentes, sancionados com pena privativa de liberdade, a possibilidade de eliminação de todo e qualquer problema – social, político, religioso e econômico etc – relativo às drogas. Objetivava-se, com essa forma de controle penal, um ideal moral de abstinência e pureza do ser, com uma sociedade livre de substâncias alucinógenas.

Luciana Boiteux (2006, p.48) diz que o modelo proibicionista, ao defender como padrão comportamental a cultura branca anglo-saxã norte-americana, não respeita a diversidade étnica, cultural e religiosa de outros povos, já que pretende impor uma moral de temperança e virtude de um grupo social específico. E mais: do ponto de vista crítico, “essa globalizada intervenção do sistema penal sobre produtores, comerciantes e consumidores das selecionadas drogas tornadas ilícitas é uma das maiores fontes de violações a princípios assegurados em normas inscritas nas declarações internacionais de direitos humanos e nas constituições democráticas”.

Os discursos da droga que, inicialmente, serviram de base para a totalizante política proibicionista da ONU foram os discurso ético-jurídico e médico-sanitário-jurídico, com transição, posteriormente, para o discurso bélico. Estabeleceu-se, com essas forças argumentativas, a ideologia da diferenciação, em que o consumidor de drogas passou a ser tratado como doente e o traficante como delinquente.

Rosa Del Olmo (1990, p. 29 e 30) destaca que:

[...] pode-se afirmar que na década de sessenta se observa um duplo discurso sobre a droga, que pode ser chamado de *discurso médico-jurídico*, por tratar-se de um híbrido dos modelos predominantes (o modelo médico-sanitário e o modelo ético-jurídico), o qual serviria para estabelecer a *ideologia da diferenciação*, tão

*necessária para poder distinguir entre consumidor e traficante. Quer dizer; entre doente e delinquente. É por isso, por exemplo, que em fevereiro de 1966 se aprovaria nos Estados Unidos o Narcotic Addict Rehabilitation Act pelo qual, por lei (discurso jurídico), se permite ao consumidor optar por uma sanção civil, ou seja, escolher entre o tratamento e a reabilitação ou a prisão, isto é, o discurso jurídico reforça o discurso médico, que por sua vez estava adquirindo importância desde 1963, quando, por lei, o Instituto Nacional de Saúde Mental lhe destinou um papel fundamental na solução dos problemas sociais do país. Assim se difundiria o estereótipo da dependência para o consumidor, com o qual se inicia a experiência com diferentes tipos de tratamento ao longo da década.*

Todavia, a multiplicidade discursiva que pretende atribuir coerência teórico-prática ao Proibicionismo não conseguiu evitar a crise paradoxal por que passa esse modelo: o endurecimento da legislação internacional não evitou o crescimento mundial da produção, uso e tráfico ilícito de entorpecentes.<sup>23</sup>

Exemplificativamente, o Harrison Act de 1914 e a Lei Seca norte-americana de 1919 – leis proibicionistas radicais - não conseguiram abolir, nem mesmo reduzir, o consumo de álcool e outras substâncias entorpecentes nos Estados Unidos.

Por que insistir em um modelo criminal proibicionista evidentemente fracassado?

Para Nilo Batista (1998, p. 88), uma política criminal de guerra às drogas possui resultados positivos para a chamada indústria do crime, tanto para aumento dos gastos públicos com equipamentos melhores, readequação das divisões encarregadas da inteligência policial e da expansão do sistema penitenciário, quanto no campo da segurança privada, por constituir uma espécie de novo setor que ganhou espaço econômico diante da deficiência da segurança pública estatal.<sup>24</sup>

Por outro viés, mais político-social, Maria Lucia Karam (2013, p. 06) nota que a guerra às drogas é uma guerra seletiva, destinada a vulneráveis, que são seus produtores, comerciantes e consumidores pobres, em regra pardos e negros, marginalizados, sem possibilidade, de alguma forma, ascenderem ao Poder. Só conhecem o Poder na qualidade de marginalizados submissos.

23 Esclareça-se que, no Relatório Mundial sobre Drogas no ano de 2015, a UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) informou que a prevalência do uso de drogas no mundo permanece estável. Relata que, aproximadamente, 246 milhões de pessoas, ou um pouco mais de 5% da população mundial entre 15 e 64 anos de idade, usaram drogas ilícitas em 2013, e que usuários de drogas problemáticos, por outro lado, somaram por volta de 27 milhões, das quais quase metade são pessoas que fazem uso de drogas injetáveis.

24 “Essa máquina gigantesca, capaz de redirecionar frustrações orçamentárias oriundas do fim da guerra fria, deve uma bela fatia de suas engrenagens à ilegalidade da droga, e trata de realimentar todos os mitos que, a partir da droga, desatam pânico sociais e instam por repressão penal. É fácil perceber que os lucros da indústria do controle do crime são tributários da política criminal adotada, para compreender as verdadeiras razões pelas quais as orientações político-criminais passam, neste período, a assumir uma posição de destaque no debate político em geral, bem como os verdadeiros compromissos dos representantes das correntes chamadas de “lei e ordem”. A mudança de identidade do inimigo, da guerra fria para a guerra contra as drogas e o “crime organizado” internacional, se reflete também na indústria cultural do crime: sai de cena o agente soviético ruivo que Sean Connery matava, entre uma namorada e outra, e entra um homem latino, muito parecido com todos nós, perverso traficante que teve a desventura de conhecer a filha de Charles Bronson.” (BATISTA, 1998, p. 89)

Enfim, quanto à política criminal de drogas no mundo, a ONU sabe muito bem de que lado está.

### 3.3 UMA TENDÊNCIA INTERNACIONAL ANTIPROIBICIONISTA?

A rigidez do controle penal proibicionista imposto pela ONU, que, através de suas Convenções, expressou a possibilidade de pena de prisão para o usuário de drogas, não inibiu o desenvolvimento de políticas criminais alternativas, principalmente em países europeus que, através de suas legislações, optaram por políticas de redução de danos, despenalização do usuário de drogas ilícitas, despenalização do pequeno tráfico e descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Esses pontuais movimentos de enfraquecimento do Proibicionismo foram mais perceptíveis em países europeus, como a Alemanha, Bélgica, Itália, Espanha, Portugal. A participação desses países integrantes da União Europeia nas discussões mundiais sobre políticas de drogas promovidas pela ONU exerceu forte influência para que a política de redução de danos fosse, aos poucos, oficialmente incorporada pelo ONU.

Esclareça-se que já na Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 e Convenção Psicotrópica de 1971, havia uma tímida preocupação com a prevenção do uso de drogas ilícitas, embora o foco sempre tivesse sido a cooperação internacional de repressão armada ao tráfico ilícito de entorpecentes, fortalecida com a normativa estabelecida pela Convenção de Viena de 1988.

Eram previsões normativas bem gerais, que indicavam que as partes que assinaram a Convenção poderiam investir na formação de pessoal para o tratamento, reabilitação e readequação social de quem tivesse feito uso indevido de substâncias entorpecentes.

Com a XX Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU (UNGASS), realizada em Nova York, nos dias 08 e 9 de junho de 1988, reconheceu-se que o problema das drogas é multilateral e que o desenvolvimento de políticas públicas de saúde e reestruturação sociofamiliar é fundamental para enfrentá-lo.

Após dez anos da UNGASS de 1988, a Comissão de Narcóticos das Nações Unidas fez uma análise da efetividade das metas propostas naquela Sessão e observou que há uma inclinação global para a estabilização do ciclo ilícito do tráfico de drogas (produção, comércio e uso).

Em 2010, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime publicou documento intitulado da *Coerção à Coesão – Tratamento da Dependência de Drogas por meio de cuidados em saúde e não na punição*, produzido por Gilberto Gerra, da Divisão de Saúde e Prevenção de Drogas do UNODC, e Nicolas Clark, do Departamento de Saúde Mental e Abuso de Substâncias da OMS, com base nas deliberações de um grupo de especialistas internacionais presentes em uma oficina técnica realizada em Viena em outubro de 2009.

Esse documento representa uma discussão preliminar sobre a possibilidade de uma nova política mundial de drogas, menos repressiva. Já no prefácio, assinado por Antonio Maria Costa, à época Diretor Executivo da UNDOC, lê-se que o objetivo visado é “descrever um modelo de referência que sai do sistema de justiça penal para o sistema de tratamento e que seja mais eficaz do que o tratamento compulsório, o que resulta em menos restrição da liberdade, é menos estigmatizante e oferece melhores perspectivas para o futuro do indivíduo e da sociedade.”

Nessa sequência de acontecimentos relevantes sobre a política mundial das drogas, destaca-se a XXX Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU ocorrida entre os dias 19 a 21 de abril de 2016 na cidade de Nova York, mais conhecida como UNGASS 2016, que resultou na aprovação de uma resolução com o seguinte título “*Nosso compromisso de abordar e enfrentar eficazmente o problema mundial das drogas.*”

Esse documento não representou uma ruptura com o paradigma proibicionista, até porque reafirma, expressamente, a necessidade de que seja efetivado o conteúdo das três Convenções anteriores sobre drogas, de perfil extremamente repressivo. Porém, incorpora novos eixos temáticos sobre a questão das drogas, reconhecendo a complexidade multilateral desse problema para que sejam propostas medidas e estratégicas que respeitem os direitos humanos.

Nesse documento, abordam-se recomendações operacionais sobre a redução da demanda de drogas e medidas conexas, incluída a prevenção e o tratamento do uso abusivo de drogas, como outras questões relacionadas à saúde, recomendações operacionais para assegurar a disponibilidade de substâncias submetidas à fiscalização e o acesso a elas com fins exclusivamente médicos e científicos, além de medidas para a aplicação eficaz da lei, combate à lavagem de dinheiro associada ao tráfico de drogas e promoção de atos de cooperação judicial.

Por outro lado, devido à falta de consenso das nações envolvidas na UNGASS 2016, esse novo documento internacional deixou de abordar a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, a questão da pena de morte prevista para o tráfico de drogas em alguns

países, o aspecto étnico-racial envolvido na criminalização das drogas, a possibilidade de regulação do comércio e uso de drogas, já que alguns Estados do EUA e o Uruguai regulamentaram o mercado referente à *cannabis* para fins medicinais ou recreativos.

Destaca-se também o reconhecimento de que sejam aplicadas sanções penais realmente proporcionais aos crimes relacionados com drogas, o que serve de alerta para uma revisão substancial do regime penal do tráfico e uso de drogas dos países integrantes da ONU. Esse novo registro documental da ONU<sup>25</sup> não significou uma revolução estrutural da política antiproibicionista que embasou as três Convenções anteriores sobre drogas. De certa forma, representou uma frustração para aqueles que esperavam adoção de medidas essencialmente descriminalizantes, até porque essa tendo sido uma tendência experimentada por muitos países, seja no espaço legislativo, seja no campo jurisprudencial.<sup>26</sup>

Permanece, ainda, com um ideal moral higienista ao dizer que a ONU reconhece a “[...]determinación de hacer frente al problema mundial de las drogas y promover activamente una sociedad libre del uso indebido de drogas [...]”

Por outra análise, revelou, com sua abertura textual para implementação de direitos humanos, alguma evolução para a política mundial de drogas, que – suspeita-se - demorará para ser sentida na prática, principalmente na política de redução de danos, que tem sido utilizada, mesmo quando prevista em lei, como retórica para amenizar as tensões decorrentes das severas práticas punitivas autorizadas pelo Proibicionismo.

Salo de Carvalho (2014, p. 415) destaca que, no cenário internacional, cresce a pressão para a internacionalização dos julgamentos dos delitos de tráfico em caso de extraterritorialidade, com o intuito de que sejam criados Tribunais Internacionais Especializados no processamento e julgamento de crimes de tráfico, operando-se, desta forma, um estilo mais sofisticado para a continuidade da guerra às drogas.

---

25 Mais uma vez, expressa-se o ideal religioso e paradoxal de que seja construída uma sociedade universal livre das drogas, desprezando-se aspectos históricos, atemporais e culturais do uso e comércio de certas drogas em determinados países, a exemplo da folha de coca na Bolívia. Essa é a ideia que se extrai dessa passagem do texto formalizado pela UNGASS 2016.

26 Na Argentina, a Corte Suprema, com base no art. 19 da Constituição desse país, descriminalizou a posse de drogas para consumo próprio. A propósito, veja-se a seguinte ementa: “TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES - DERECHO A LA PRIVACIDAD - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - CONSTITUCION NACIONAL Cabe declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23737, en cuanto incrimina la tenencia de estupefácnicos para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, pues en tales condiciones, conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. (ARRIOLA SEBASTIAN Y OTROS s/CAUSA N° 9080 A. 891. XLIV. RHE 25/08/2009 T. 332 P. 1963)”. No Brasil, aguarda-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, em que o Supremo Tribunal Federal apreciará a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343/06, que incrimina o porte de drogas para consumo pessoal.

### 3.4 O TRÁFICO DE DROGAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DA IDEOLOGIA PROIBICIONISTA

A Constituição Federal de 1988 trouxe, especialmente no art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, diversas normas de conteúdo penal e processual penal, que limitam, abstratamente, o exercício do poder punitivo estatal. A ideia é evitar o cometimento de arbitrariedades pelo Estado, principalmente quando se teve um passado marcado nitidamente por um regime ditatorial.

Nessa visão humanista, fala-se em um Direito Penal e Processual Penal constitucionais, que servem de parâmetro para a elaboração, interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional.

Mas há mandados de criminalização na Constituição Federal<sup>27</sup>, que também estão inseridos no capítulo dos direitos fundamentais, e é nessa orientação criminalizante que se encontra o tratamento jurídico do tráfico ilícito de entorpecentes.

O art. 5º, XLIII, da CF/88 diz que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. Já o inciso LI registra que nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

Como se vê, a Constituição Federal estabeleceu qual o tratamento penal deve ser destinado pela legislação ordinária ao tráfico ilícito de entorpecentes. Uma abordagem jurídica rigorosíssima, pois o equipara a crime hediondo (Lei n. 8.072/90). Essa forma de abordar o tráfico ilícito de drogas tem *status* de norma constitucional fundamental, porque colocada entre normas constitucionais cujos conteúdos são direitos e garantias fundamentais que limitam o poder punitivo estatal.

---

<sup>27</sup> “Decerto, aos mandados constitucionais de penalização perfazem um tema a ser compreendido a partir desse *relacionamento material* que compartilham, entre si, a Constituição e do Direito Penal. Relação essa que está logicamente associada à vinculação existente entre a *ordem axiológica constitucional* e a *ordem legal dos bens jurídicos*. Entre ambas, verifica-se uma relação de implicação, a qual, se não chega ao plano da perfeita identidade, caracteriza-se, na lição de Figueiredo Dias, como uma relação de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido (mútua referência) e, sob o ponto de vista da sua tutela, de fins. Uma tal correspondência deriva da circunstância de que a Constituição constitui o quadro referencial obrigatório – e não apenas sugestivo, haja vista sua superioridade normativa - da atividade normativa.” (FELDENS, 2012, p. 36)

Ampliando-se o olhar jurídico em direção à legislação internacional sobre drogas, percebe-se que esse Dirigismo Constitucional Penal não é aleatório.<sup>28</sup> Provém da necessidade de confirmar e conformar na ordem interna aquelas diretrizes repressoras escritas nas três Convenções da ONU sobre drogas.

Salo de Carvalho (2014, p. 50) observa que no Brasil, longe de cumprir o programa constitucional de realização dos direitos fundamentais, existe uma “*conformação belicista do sistema repressivo advinda da gradual e constante incorporação de signos criminalizadores transnacionalizados, operando várias violações aos direitos dos sujeitos vulneráveis à incidência das agências punitivas.*”

Com isso, naturaliza-se na legislação infraconstitucional sobre drogas, a partir da lupa constitucional proibicionista, o senso de que quanto mais intensa a previsão de punição par ao tráfico de drogas, mais seguro se estará. Como diz Vera Regina (2017, p. 6), “no senso comum do capitalismo globalizado sob a ideologia neoliberal (doravante CGN), domina uma leitura da criminalidade violenta de rua como sendo o grande inimigo causador da insegurança individual e coletiva, responsável pela arquitetura de uma sociedade tão encarceradora quanto encarcerada.”

A criminalização do tráfico de drogas na Constituição de 1988 revela a opção por uma política criminal de drogas proibicionista, embora não tenha sido feita referência penalizadora (pena privativa de liberdade) ao porte de drogas para consumo pessoal, considerado infração de menor potencial ofensivo (Lei n. 9.099/90), conforme se extrai das sanções previstas no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.).<sup>29</sup>

---

28 “Se comum na doutrina constitucional a crítica à inefetividade do dirigismo constitucional no que tange à salvaguarda dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs), em matéria penal este diagnóstico é parcial e impreciso. Inegavelmente ainda há enorme déficit entre o direito penal e processual penal e os comandos da Constituição. Todavia essa falta de harmonização ocorre apenas em relação às normas que fixam direitos e garantias individuais- normas e princípios constitucionais limitativos. No que tange às cláusulas incriminadoras (dirigismo penal) percebe-se movimentação inversa, ou seja, há total adaptação, quando não o extravasamento das barreiras possíveis, da legislação ordinária às normas constitucionais punitivas.” (CARVALHO, 2014, p. 268)

29 Em pesquisa empírica intitulada *Tráfico de Drogas e Constituição*, Luciana Boiteux (2009, p. 47), se referindo à seletiva atuação policial de colheita de elementos informativos que embasarão um processo penal por tráfico de drogas, destaca que: “o formato da Lei penal parece contribuir para tal ocorrência, quando estabelece tipos abertos e penas desproporcionais, pois concede amplos poderes ao policial, tanto para optar entre a tipificação do uso e do tráfico, como ao não diferenciar entre as diversas categorias de comerciantes de drogas. O resultado dessa equação é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma Lei extremamente punitiva e desproporcional, tem a sua atuação limitada pela corrupção, que filtra os casos que chegam ao seu conhecimento, sendo este um ciclo vicioso que muito tem contribuído para a superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, e para a absoluta impunidade dos grandes”

Em visão sistêmica, propondo uma leitura mais condizente com os ideais constitucionais, Marcelo Mayora Alves (2009, p. 246) entende que, na realidade, ao ser lido o texto constitucional, o que se pode considerar é a existência de uma pauta mínima de criminalização, porque “*o mandado constitucional de criminalização do tráfico de drogas é cumprido pelo legislador ordinário com a simples previsão legal da conduta enquanto crime, não havendo nenhuma imposição de apenamento gravoso.*”

Carlos Ayres Britto (2010, p. 43) chama atenção para o fato de que o sistema constitucional brasileiro tem o humanismo como categoria constitucional a ser adotada como referência interpretativa para as normas constitucionais, embora a prática ainda insista em atestar o desrespeito a essa categoria.

A necessidade de coesão entre mandados constitucionais de penalização e o respeito à proteção de direitos e garantias fundamentais é um ponto de tensão que, ultrapassado o aspecto legislativo centralizado pela Lei n. 11.343/2006, alcança as agências formais de controle penal no processo de criminalização secundária (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário etc), que, na prática, dimensionarão as consequências jurídicas decorrentes de uma aplicação proporcional ou desproporcional dos artigos 33 e 28 da Lei n. 11.343/2006, independentemente de se ter uma Constituição que proclama a existência de um *Estado Democrático de Direito*.

Chega-se à percepção de que a resposta punitiva extraível da Constituição realiza um movimento pendular entre o máximo de punitividade para o comércio ilícito de entorpecentes e o mínimo para porte para uso próprio. No entanto, “esse movimento criminalizador pendular, em casos relevantes e muito comuns no cotidiano forense, é definido por circunstâncias nebulosas, de baixa perceptividade e de difícil comprovabilidade, motivo pelo qual é fundamental estabelecer rígidos critérios de definição.” (CARVALHO, 2014, p. 272)



### 3.5 A LEI N. 11.343/2006: A RETÓRICA LEGISLATIVA DE REDUÇÃO DE DANOS E A CONTÍNUA LÓGICA REPRESSIVA

A Lei n. 11.343/2006 é o resultado de um natural processo de desgastes e avanços de tantas outras legislações que trataram da prevenção e repressão ao uso, produção e comercialização ilícita de drogas.

Historicamente, foi-se de um marco legal mais simples, em que não havia uma incriminação específica quanto ao uso e venda de entorpecentes – período das Ordenações Filipinas -, passando-se por diversos decretos, Código Penal Republicano de 1890, Código Penal de 1940, ratificação de várias Convenções Internacionais sobre Entorpecentes, até chegar no movimento de descodificação do Direito Penal, quando, no final da década de 1970, a matéria drogas se tornou objeto de legislação específica, por exemplo com as Leis n. 5.726/71 e 6.368/76. Esta última revogou o art. 281 do Código Penal de 1940.<sup>30</sup>

À Lei n. 6.368/76 seguiu-se a Lei n. 10.409/2002, ambas revogadas posteriormente pela Lei n. 11.343/2006, que, entre críticas, interpretações doutrinárias e polêmicas aplicações jurisprudenciais, tem regido a matéria há 10 (dez) anos<sup>31</sup>.

Essa historicidade da legislação de drogas brasileira é também uma historicidade político-ideológica. As leis refletem as condições parlamentares de sua produção e a Constituição que as ampara. Na realidade, no plano legislativo brasileiro, no tratamento penal das drogas, houve uma transição integrativa do modelo sanitário para o bélico.<sup>32</sup>

Diz-se transição integrativa, porque esses modelos não se repelem. Haverá predomínio de um ou outro a depender do contexto político nacional e das diretrizes internacionais, podendo existir, em um só documento legal, ideologias de higienização social, lei e ordem,

---

30 “Assim, é lícito afirmar que, embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir da década de 40 é que se pode verificar o surgimento de *política proibicionista sistematizada*. Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito. No caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38). A edição do Decreto-Lei 891/38, elaborado de acordo com as disposições da *Convenção de Genebra* de 1936, regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, e, ao cumprir as recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes.” (CARVALHO, 2014, p.62)

31 Foi realizado nos dias 25 e 26 de abril de 2017, sob a direção da Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), seminário interdisciplinar para discutir o cenário penal brasileiro após 10 (dez) anos da Lei n. 11.343/2006

32 Para Nilo Batista (1998, p 82 ), “a substituição de um modelo sanitário por um modelo bélico de política criminal, no Brasil, não representa uma metáfora acadêmica, e sim a intervenção dura e frequentemente inconstitucional de princípios de guerra no funcionamento do sistema penal.”

segurança nacional e/ou de índoles mais libertárias, antiproibicionistas. A lei n. 11.343/2006 é um exemplo disso.

Como já se disse, as Constituições também ditam as políticas criminais de seus respectivos países, e, nesse particular, a Constituição de 1988 representa uma política de endurecimento penal em matéria de drogas, quando diz, no inciso XLIII, do art. 5º, que “*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (..)*”. Para esse objetivo constitucional, foi editada a Lei n. 8.072/90, que consolida a equiparação do tráfico de drogas ao crime hediondo.

É nesse contexto que deve ser interpretada a Lei n. 11.343/2006 e seu duplo programa político: redução de danos e repressão criminal ao uso e tráfico ilícito de drogas.

Luciana Boiteux (2006, p. 167) observa que a política criminal de drogas brasileira se caracteriza no início do século XXI por um estilo de proibicionismo moderado, que diferencia o sancionamento da conduta do usuário de drogas, que não tem mais contra si uma ameaça de pena privativa de liberdade prevista em lei, embora a conduta do traficante de drogas siga com previsão de penas rigorosas.

Diverge-se dessa percepção, pois a baixa, média ou alta intensidade do proibicionismo não deve ser aferida apenas com base no que está previsto em lei, mas sobretudo com a constatação do grau de aplicabilidade dessas leis que tentam reduzir os danos individuais, de saúde pública, penais, sociais e econômicos da política proibicionista.

No Brasil, com as práticas de encarceramento cristalizadas no chamado “Combate ao Tráfico de drogas”, a implementação real do programa de redução de danos ainda está na dimensão onírica.

Sobre a redução de danos, Maurides de Melo Ribeiro (2013, p. 46 ) esclarece que, diferentemente da lógica proibicionista, ela se funda nos princípios de pluralidade democrática, exercício da cidadania, respeito aos direitos humanos, visando-se “a melhora do quadro geral do cidadão que usa drogas, sem que lhe seja exigida a abstinência ou imposta a renúncia ao consumo dessas substâncias”.

O artigo que principia a Lei n. 11.343/2006 institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, que tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas (art. 3).

Essa suposta boa intenção legislativa quanto a uma política de drogas de redução de danos, além de encontrar obstáculos práticos para sua implementação, diante do padrão de controle criminal proibicionista, é reduzida, por essa razão mesma, a uma tentativa legislativa brasileira de adequar, abstratamente, sua legislação sobre drogas a difundida noção jurídica de respeito aos direitos humanos.

O art. 26 da Lei n. 11.343/2006 é representativo dessa crise de efetividade normativa referente à pretendida política de redução de danos estabelecida pela referida Lei. Com esse artigo, o usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário. No entanto, a realidade penitenciária, envolvida num estado de coisas inconstitucional (Daniel Sarmiento), revela o oposto: no sistema penitenciário, inexistente tratamento adequado de saúde as esses indivíduos. O uso e o tráfico de drogas continuam sendo responsáveis pelo grande encarceramento penal no Brasil<sup>33</sup>

Portanto, essa metáfora de redução de danos prevista na Lei n. 11.343/2006 apenas tenta suavizar, com o recurso da abstração legislativa, a contundente política punitivista dessa lei, que continuou com uma tipicidade penal múltipla e abertíssima em relação ao tráfico de drogas, a criminalização de atos preparatórios (art. 34) e, entre outras situações questionáveis, a não descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, que segue, apesar da despenalização, sem a fixação de uma quantidade mínima que estimule uma diferenciação prática entre uso e tráfico de entorpecentes.<sup>34</sup>

Que fique nítida a proposta ideológica da Lei n. 11.343/2006. A combinação legislativa de lógicas de pensamentos diferentes – redução de danos e repressão criminal a drogas - não é casual. Decorreu de uma negociação parlamentar referente a aumentos e diminuições de penas de tipos penais, como o porte de droga para consumo próprio e o tráfico.

Marcelo da Silveira Campos (2015, p. 15), em estudo empírico sobre a tramitação da Lei n. 11.343/2006 no Congresso Nacional, afirma, após analisar os discursos parlamentares, que essa lei simboliza a metáfora do copo meio vazio e meio cheio, ao permitir, por um lado,

---

33 É o que se extrai do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, divulgado pelo Ministério da Justiça.

34 “Neste sentido é que se pode perceber a falácia politicista presente na Lei 11.343/06, baseada no pressuposto de existência do bom poder público realizador dos direitos sociais e não interventor na órbita dos direitos individuais. Por outro lado, agregado à falácia politicista, é igualmente possível visualizar verdadeira inversão ideológica no discurso de redução de danos ao utilizar sua base conceitual e principiológica para legitimar políticas e intervenções proibicionistas.” (CARVALHO, 2014, p. 241-242)

a emersão de um vocabulário médico sobre a redução de danos a partir da premissa do fim da pena de prisão para o usuário, mas intensificando, uma vez mais, a centralidade da pena de prisão ao aumentar a pena mínima do crime de tráfico de drogas para 05 anos. Conclui que essa foi a condição predominante de aceitabilidade parlamentar para a aprovação da nova Lei de Drogas.

### 3.6 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS E A RACIONALIDADE PENAL MODERNA: AS POLÍTICAS INTERNACIONAL E NACIONAL DE DROGAS NA MESMA TRADIÇÃO PENAL

Existem resistentes obstáculos, exemplificados nos modos de pensar e fazer o Direito Penal, que impedem que a política criminal de drogas no mundo seja repensada para além da obrigação estatal de punir e de se impor uma pena de prisão àquele que se envolve com o tráfico ilícito de drogas. Tais maneiras de pensar são tão fortes que é possível encontrar, mesmo em discursos penais opostos, como os de índole arbitrária e liberal, pontos de apoio para reforçar a obrigação estatal de punir. É a necessidade estatal de infligir um mal necessário ao violador da norma para que se permaneça garantida uma boa vida em sociedade.

No Brasil, assim como em outros países da América Latina, o vértice constitucional não controla os diversos ângulos da política criminal de drogas e sua íntima relação com um Direito Penal direcionado pelas agências formais de poder, que já sabem quais serão os alcançados pelo poder punitivo.

Tais agentes que deveriam agir em respeito à legalidade jurídica, mas que na prática atuam acima dessa legalidade, ressentem-se, pois, da dificuldade proposital de desenvolver uma legalidade libertária (Luiz Eduardo Soares), impulsionados que estão pelas forças das ideias do histórico passado repressor que conduz o presente.

Lembre-se, ainda, que, mesmo nos Estados Unidos, que se consideram os guardiões do berçário da democracia ocidental, a política criminal de drogas vivenciou os mais altos picos de repressão com a política de tolerância zero.

Mas por que essa combinação entre democracia e obrigação de punir se tornou usual, integrante do senso comum sobre a ideia de justiça, como se não houvesse alternativas menos violentas de resoluções de conflito?

É algo secular, referente a um sistema de ideias que, por conta da força atrativa desses modos de pensar e fazer do próprio sistema penal, não consegue se renovar, embora ocorram

tentativas de rompimento da tessitura das bordas desse sistema, que, de forma diferenciada, está imerso em outros sistemas. No caso, fala-se do Direito Penal e Processual Penal brasileiros, e mais particularmente do Direito Penal e Processual das Drogas.

Alessandro Baratta (2004, 112), ao pensar sobre uma Introdução à Criminologia das Drogas, utiliza como ponto de partida a hipótese sociológica de que a atual política de drogas é um sistema autorreferencial, que se reproduz ideológica e materialmente, através de um mecanismo geral em que cada ator ou grupo de atores dentro do sistema encontra a confirmação da própria imagem da realidade nas ações de outros atores do sistema, como se fosse um processo circular, no qual cada ator depende do outro, o que torna improvável a modificação da imagem da realidade ou de sua atitude.

O controle social é também um controle de ideias e ideais. Como o controle penal é uma forma de controle social, inclusive a mais utilizada no século XXI, interessa saber quais ideias inspiram esse tipo de controle, cuja privação de liberdade, mesmo com as tentativas inovadoras dos movimentos de Direito Alternativo, Teoria Crítica do Direito, Justiça Restaurativa, se perpetua como a sanção penal prioritária.

É o gozo sistêmico através da inflicção de dor no corpo humano com a imposição da pena privativa de liberdade. As clássicas teorias da pena (retribuição, dissuasão, prevenção especial etc), apesar de nomes jurídicos diferentes, estão centradas nessa noção de imposição de dor através da pena privativa de liberdade, que só será aplicada oficialmente através do processo penal.<sup>35</sup>

Nos limites e propósitos da presente pesquisa, entende-se que a política criminal de drogas proibicionista, que prevalece no Brasil e na grande maioria dos países, mesmo com as tentativas descriminalizadoras e liberalizantes de alguns países europeus e latino-americanos, se situa na denominada racionalidade penal moderna, uma concepção teórica estabelecida por Álvaro Penna Pires, a qual permitirá compreender alguns porquês de o proibicionismo e seu massivo encarceramento serem divulgados como únicas possibilidades de resolução da problemática das drogas.

Ao estudar a história dos saberes sobre o crime e a pena, Álvaro Pires indica a obra de Beccaria - *Dos Delitos e Das Pena* - como um momento marcante de estabelecimento da

---

35 De acordo com Richard Dubé e Alvaro Pires (2010, p. 33): “É o que se passa atualmente em relação à estratégia dominante do sistema de direito penal quanto à possibilidade de constituir e de estabilizar um sistema inovador de ideias sobre a pena criminal que favoreça sanções não carcerárias e desfavoreçam as longas penas de encarceramento. As velhas semânticas da retribuição, da dissuasão, da denúncia (ou reprovação) simbólica e da reabilitação prisional intervêm- cada uma à sua maneira, e isso, tanto no sistema quanto no seu ambiente – para nos lembrar por que é importante punir (comunicar-agir) e fazê-lo de forma “coerente” com relação aos hábitos que foram estabelecidos na historicidade do sistema.”

racionalidade penal moderna, que dirá as principais características do sistema de pensamento da justiça criminal a partir da segunda metade do século XVIII no ocidente.

Para conceituar a racionalidade penal moderna, o referido autor (2004, p. 41) parte da ideia de que, num processo de diferenciação sistêmica, “a justiça penal produz o seu próprio sistema de pensamento na medida em que se constitui como um subsistema do sistema jurídico, no âmbito de um processo em que o direito se diferencia *no interior* do direito”, e, nesse processo de construção identitária, a pena de prisão, enquanto pena afliativa colocada como resposta principal do sistema, revela o autorretrato do Direito Penal.

Esse estilo de pensar que traduz o autorretrato do Direito Penal atualiza uma linha de pensamento medieval “segundo a qual é a pena afliativa que comunica o valor da norma de comportamento e o grau de reprovação em caso de desrespeito”. O Direito Penal só se reconhece enquanto tal dentro dessa perspectiva de obrigação de punir com uma pena privativa de liberdade.

Por essa perspectiva, Álvaro Pires (2004, p. 43) afirma que “a racionalidade penal moderna constitui portanto um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade penal e de uma outra estrutura normativa.”

São esses obstáculos que afastam a imaginação jurídica em matéria penal para que sejam pensadas maneiras menos afliativas de resolução dos conflitos, o que dificulta, segundo Álvaro Pires, uma mutação realista e humanista do Direito Penal. É que “o conceito de *autorização de punir* nos limites do mal injusto, vem então substituir o critério de obrigação de punir, que constitui uma asserção não demonstrada.” (PIRES, 1999, p.33)

As Assembleias Extraordinárias e Convenções da Onu sobre Drogas demonstram, pela abrangência que representam, o quão o Direito Penal das Drogas e sua respectiva política criminal não conseguem modificar seu autorretrato proibicionista e punitivo, em que é enfatizada a pena privativa de liberdade. As concessões feitas quanto às políticas de redução de danos, se bem reparadas, são compensadas com aumento de doses de punitividade para outros pontos da política criminal de drogas, como o denominado combate às organizações criminais de tráfico de drogas.

A normativa internacional, apesar do atual e intenso movimento contra-hegemônico de descriminalização da posse de drogas para consumo próprio, sequer conseguiu atender a essa específica reivindicação, ao menos para representar uma adesão à possibilidade de maneiras de se pensar políticas criminais de drogas alternativas. Um exemplo textual é a nova resolução proveniente da UNGASS, abordada em itens precedentes. A imagem moral de um mundo

melhor, livre de drogas, continua sendo a referência estética desejada pela ONU, que determina as novas feições da mesma cara punitiva do Direito Penal e Processo Penal das Drogas.

Nesse conjunto de ideias, encaixa-se a reflexão de que, na história dos sistemas penais, “o marco teórico de definição das metanormas que direcionarão as agências administrativas (Polícia e Ministério Público), judiciais (Magistrados singulares e Tribunais) e executivas (Agentes Penitenciários) será a formulação do tipo penal ideal do criminoso pelo positivismo criminológico.” (CARVALHO, 2014, p. 136)

No Brasil, é perceptível essa dificuldade renovatória na política criminal de drogas. O art. 28 da Lei n. 11.343/2006 ao deixar de estabelecer a clássica pena privativa de liberdade para o usuário ensejou o aparecimento de diversas interpretações doutrinárias: descriminalização, despenalização, infração penal *sui generis* etc. Prevaleceu a interpretação, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, de que a ausência de previsão legal de pena privativa de liberdade não implicou *abolitio criminis*, mas “a ocorrência, pois, de 'despenalização', entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.” (STF - RE 430105 QO, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007)

Essa discussão jurídica desenvolvida assim que a Lei n. 11.343/2006 entrou em vigor deve-se à retirada da pena privativa de liberdade como sanção do art. 28, o que, em última análise, altera a essência da definição legal de crime que está escrita no art. 1º da Lei e Introdução ao Código Penal: “*considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa*”

A pena privativa de liberdade, em suas faces retributivas, de prevenção geral e especial, ainda que a legislação se preocupe com os limites do exercício do direito de punir, incorporando direitos e garantias fundamentais, é o alicerce do sistema penal, que não consegue enxergar, pelas formas de pensar que circulam no sistema, a necessidade de uma mutação humanista, que se desapegue da privação da liberdade como pena prioritária desse sistema.

Daí Álvaro P. Pires e Jean François Cauchie (2011, p. 302 e 303) considerarem, a princípio, o art. 28 da Lei n. 11.343/2000 como um caso de inovação acidental em matéria de penas, porque as penas previstas “não são penas clássicas como a multa ou a prisão, mas sim penas que não têm usualmente o status jurídico de penas criminais. Essa seleção pode ser

considerada então como ‘altamente improvável’ na prática legislativa ocidental moderna (criação de sanções criminais).”

Lembre-se, mais uma vez, que a Lei n. 11.343/2006, que previu uma política de redução de danos e “despenalizou” a resposta estatal ao porte de drogas de consumo próprio, é também a lei que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de drogas e incorporou novos tipos penais, reforçando-se, dentro do subsistema de Direito Penal da Drogas, a lógica principal da racionalidade penal moderna: a obrigação estatal de punir com a necessária infligência de dor através de uma pena privativa de liberdade, e que só se fará presente, em termos de democracia, desde a existência de um processo penal.

A título ilustrativo, lembre-se que, no dia 23 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 118533, por maioria de votos, julgou que o denominado tráfico privilegiado (art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006) não deve ser considerado crime hediondo. Na perspectiva da racionalidade pena moderna, resta saber se esse foi um julgamento da Suprema Corte que inovou “acidentalmente” a jurisprudência nacional, já que uma das tônicas do julgamento foi o superencarceramento de mulheres presas em situações típicas de tráfico privilegiado, ou reflete uma real mudança das formas de julgar dos ministros do Supremo Tribunal Federal em relação ao crime de tráfico de drogas, pois, enquanto representantes máximos do Poder Judiciário, têm o concreto potencial de inovar o sistema de Justiça Penal, o que poderá repercutir no sistema político penal.<sup>36</sup>

À racionalidade penal moderna há de se acrescentar o substrato teórico de uma racionalidade processual penal moderna, porque é através do processo penal, com a lógica da obrigação estatal de acusar (*in dubio pro societate*, princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, *in dubio pro societate* na fase de pronúncia), que é concretizada a obrigação de punir, de infligir a dor que priva a liberdade humana sem pensar em alternativas penais e processuais penais menos aviltantes.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixou algumas teses que corporificam essa tradição de punir: a) a condenação transitada em julgado pela prática do tipo penal inserto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 gera reincidência e maus antecedentes, sendo

---

<sup>36</sup> Em pesquisa empírica coordenada por Maíra Machado, cujo objetivo foi realizar um estudo sistemático das *proposições legislativas* em matéria penal que tramitaram na Câmara dos Deputados após a Constituição Federal entre 1988 e 2006, constatou-se a dificuldade de se inovar em matéria legislativa penal. De acordo com essa pesquisadora, os resultados obtidos na pesquisa podem ser sistematizados ao redor de dois obstáculos à inovação em matéria penal: (i) o par indissociável entre “crime” e “pena” (sobretudo de prisão) e (ii) a mobilização das teorias (modernas) da pena para justificar as proposições legislativas. (MACHADO, 2009, p. 63 e 64).



fundamento legal idôneo para majorar a pena; b) o princípio da insignificância não se aplica aos delitos de tráfico de drogas e porte de substância entorpecente para consumo próprio, pois trata-se de crime de perigo abstrato ou presumido; c) a utilização da reincidência como agravante genérica e circunstância que afasta a causa especial de diminuição da pena do crime de tráfico não caracteriza *bis in idem*.

Situados os reflexos político-criminais da diretriz internacional proibicionista na legislação interna brasileira, a sugerir, que tanto no plano internacional como nacional, prevalece uma tradição punitiva de base ideológica proibicionista, considera-se proveitosa, para que também se possa entender em que estágio se encontra o pensamento jurisprudencial brasileiro, fazer uma breve análise do recurso extraordinário n. 635.859/SP em trâmite no Supremo Tribunal Federal, que, atualmente, é o caso judicial de destaque nacional em que estão sendo discutidos aspectos criminais da política de drogas brasileira.

#### **4. DOIS DEBATES EM CURSO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DO QUASE (IN) OFENSIVO PORTE PARA CONSUMO PRÓPRIO AO TRÁFICO DE DROGAS**

Neste capítulo, analisar-se-á o recurso extraordinário n. 63589/SP em trâmite no Supremo Tribunal Federal, o qual versa sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Trata-se de caso interessantíssimo, porque retomou o debate nacional sobre a questão criminal das drogas, expondo quais as tendências dogmáticas e criminológicas da Suprema Corte, a quem cabe zelar pela Constituição Federal, além de deixar visível o posicionamento de outras instituições que atuam nesse *leading case*, a exemplo do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Portanto, ao propósito da presente pesquisa, interessa ver, com maior proximidade, não só esse complexo de ideias penais em que está situado o representante maior da jurisprudência brasileira, o STF, responsável por guiar, ora de forma vinculativa, ora persuasivamente por conta de sua representatividade nacional, o entendimento dos demais Tribunais, mas também a atuação processual do Ministério Público, e tentar perceber, com isso, em que medida esse perfil de atuação institucional pode ser emblemático para outros Ministérios Públicos brasileiros.

Com uma visão mais específica, há de se perguntar se a lógica de acusação apresentada pela atividade processual do Ministério Público no caso que originou o RE. 635.859/SP, e nesse próprio recurso, corresponde à lógica de acusação desenvolvida pelos promotores de justiça que integram a Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador.

##### **4.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635859/SP: A OPORTUNIDADE DE UM DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS**

Se os Juizados Especiais Criminais, por determinação constitucional, são competentes para julgar infrações penais de menor potencial ofensivo, que são corriqueiras e ligadas ao homem do povo, daquele que toma um cafezinho com pão francês numa dessas esquinas dos centros urbanos, não é de se esperar que desse campo de atuação profissional surjam grandes debates jurídicos, que possam envolver toda a sociedade brasileira e até determinar o comportamento de futuras gerações.

A sorte do caso que deu origem ao Recurso Extraordinário n. 63589/SP, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, foi diferente do que costuma acontecer nos Juizados Especiais

Criminais. A questão do porte de drogas para consumo pessoal, especificamente a *cannabis sativa*, tomou proporções difusas, a proporcionar uma ampliação do debate institucional e social sobre a constitucionalidade do art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 quando confrontado com o direito à intimidade previsto no art. 5, inciso X, da Constituição Federal e o princípio da lesividade do Direito Penal.

A sequência de atos processuais relacionadas a esse caso pode ser resumida da seguinte forma:

a) O Ministério Público do Estado da comarca de Diadema no Estado de São Paulo ofereceu denúncia contra Francisco Benedito de Souza por ter sido encontrado, por agentes penitenciários, com 3g de maconha em sua cama na cela n. 3 da penitenciária de Diadema;

b) Após a instrução criminal, houve condenação pelo art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 2 meses de prestação pecuniária;

c) A defesa apelou, requerendo que o réu fosse absolvido por considerar que o fato é atípico, já que não há lesividade na conduta de portar droga para consumo pessoal (inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006) e, alternativamente, requereu a absolvição do acusado por insuficiência de provas;

d) O Ministério Público contra-arrazou com o intuito de que fosse mantida a sentença condenatória, sendo que a Turma Julgadora do Colégio Recursal do Juizado Especial negou provimento ao apelo;

e) Contra a esse acórdão foi interposto recurso extraordinário pelo Defensor Público Geral do Estado de São Paulo, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, tendo sido destacada a violação do art. 5º, inciso X, da CF/88 pelo art. 28 da Lei n. 11.343/2006;

f) Não foram oferecidas contrarrazões do Ministério Público ao recurso extraordinário, tendo sido reconhecida, no plano de admissibilidade, a repercussão geral desse meio impugnativo;

g) A Procuradoria-Geral da República já se manifestou pelo desprovimento do recurso;

h) Várias entidades participam no processo como *amicus curiae*, a exemplo das instituições Viva-Rio e Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia – CBDD;

i) O Ministro Relator Gilmar Mendes proferiu voto; o Ministro Edson Fachin e Luís Roberto Barroso já lançaram seus votos;

l) O julgamento foi paralisado em decorrência do pedido de vista do Ministro Teori Zavaschi em 10 de setembro de 2015;

Antes de serem feitos alguns destaques sobre os posicionamentos institucionais revelados no RE n. 635859/SP, esclareça-se que, neste capítulo, não se proceder-se-á a um estudo de caso único, nem mesmo a uma análise documental propriamente dita, até porque o objeto da presente pesquisa recai sobre outras fontes documentais e visa discutir o processo de distinção de classificação delitiva por tráfico/porte de drogas de feitas pelos promotores de justiça com atuação na Varas de Tóxicos de Salvador.

Por envolver uma temática polêmica, há uma tendência de que as observações e questionamentos da comunidade jurídica sobre o RE n. 635859/SP se concentrem no aspecto substancial da discussão – manter criminalizado ou não o porte de drogas para consumo pessoal -, esquecendo-se de outros pontos também importantes.

Num segundo olhar, mais problematizador, sobre o RE 635859/SP, alguns aspectos assumem cores fortes: a) a atuação processual do Ministério Público do início da demanda até o parecer do Procurador-Geral da República no Supremo Tribunal Federal; b) as “verdades sabidas” reveladas pelos votos dos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luis Roberto Barroso e c) a democratização do debate no processo penal, com ampla participação de *amicus curiae* (amigos da corte), que, em regra, costuma ocorrer quando o rito do procedimento penal assume trâmite típico de processos objetivos (ADIN, ADC e ADPF); d) o peso argumentativo da Moral na conformação das decisões do Supremo Tribunal Federal;

Por ter correlação direta com o objeto da pesquisa, os conteúdos das alíneas “a” e “b” serão desenvolvidos logo mais.

Verificar a constitucionalidade da estrutura típica do art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006 é também analisar, ainda que reflexamente, aspectos da constitucionalidade do art. 33, caput, da Lei n. 11343/2006, que contém os verbos daquele tipo penal.

Outro ponto de vista interessante é que a repercussão geral atribuída ao RE 635859/SP representa uma amostra natural da atuação seletiva do sistema de justiça criminal em relação a milhares de casos de porte de drogas para consumo próprio registrados nos Juizados Especiais Criminais dos Estados Brasileiros. O fato remete a uma pessoa inserida na criminalidade e no sistema penitenciário brasileiro, já que as três gramas de maconha foram encontradas em uma cela.

Na realidade, utilizando-se de uma comparação com as técnicas de pesquisa empírica, pode-se dizer que o instituto da repercussão geral consiste num instrumento, previsto em lei, de seleção, por amostragem, de casos judiciais.

O destino do processo de base que originou o RE n. 635859/SP seria o esquecimento, a prateleira de processos arquivados, porque processos assim, mesmo quando patrocinados

por advogados particulares, não têm como endereço final o dos Tribunais Superiores. É o que nos fornece uma observação geral da prática forense

No caso do RE n. 635859/SP, houve uma fecundação jurídica na discussão sobre a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, o que foi feito através da interposição do recurso pelo Defensor Público Geral do Estado de São Paulo

Essa atuação impugnativa do Defensor Público Geral do Estado de São Paulo pode ser classificada como um típico ato de litigância estratégica<sup>37</sup> em defesa de direitos humanos. Pretendeu, com a questão da inconstitucionalidade do art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, ampliar os limites decisórios desse *leading case*, já que, no recurso extraordinário, a discussão sobre (in) constitucionalidade de dispositivo legal pode alcançar o estado de coisa julgada de efeitos *erga omnes*.

Nesse formato de litigância, o interessado não pretende discutir apenas aspectos do caso em si, mas almeja uma transcendência do debate para que sejam destacadas projeções políticas, sociais e de direitos humanos capazes de exercer uma mudança do entendimento jurisprudencial sobre determinado assunto.

Porém, o fato de uma das partes estar motivado para uma discussão judicial em termos de litigância estratégica não significa que a outra parte desenvolverá sua perspectiva processual de igual forma. Parece que foi isso que aconteceu com o Ministério Público no RE n. 635859/SP, que não conseguiu enxergar uma oportunidade para ampliar o debate sobre a forma de atuação institucional do Ministério Público na temática criminal das drogas.

#### 4.2 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ATOS PROCESSUAIS E O RESPECTIVO QUADRO TEÓRICO

É no volume 01 do extenso processo referente ao RE n. 635859/SP, disponibilizado pelo sítio do Supremo Tribunal Federal, que se encontram as principais peças processuais referentes à atuação do Ministério Público. Destacaremos alguns aspectos.

A denúncia, de fls. 59 a 61, apresentou narrativa condizente com o art. 41 do Código de Processo Penal, isto é, descreveu o fato criminoso com todas as suas circunstâncias. A

---

37

Segundo Leticia Osório(2014, p. 15), “o litígio estratégico busca, por meio do uso do Judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais. Os casos são escolhidos como ferramentas para a transformação da jurisprudência administrativa e dos tribunais, visando à formação de precedentes de modo a provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas.”

narrativa englobou desde o ato de vistoria dos agentes penitenciários, em que foram encontradas 3 gramas de maconha com Francisco Benedito de Souza, até o momento em que este foi conduzido à delegacia de polícia. Além disso, o órgão acusatório expôs os motivos pelo qual entendeu que a droga se destinava a consumo próprio, ressaltando, portanto, o elemento subjetivo do crime.

A narrativa está dividida em 06 parágrafos. Considerada a baixa complexidade dos fatos, tem-se que a denúncia, enquanto peça inicial acusatória, foi bem elaborada.

Por ser uma peça processual de referência, pois é a base concreta do princípio da correlação entre acusação e sentença no processo penal, passa-se a transcrevê-la:

Consta do incluso termo circunstanciado que em 21 de Julho de 2009, por volta das 18h20min, na Rua Caramuru, n. 1.255, Vila Conceição, nesta cidade e comarca de Diadema, no interior do CDP, FRANCISCO BENEDITO DE SOUZA, dados qualificativos a f. 02, guardava em sua cela, de n. 3, localizada no raio 21, drogas, para consumo próprio, ou seja, substâncias entorpecentes e psicotrópicas sob controle especial da Portaria SVS/MS 344/98, que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consistente em 01 (um) invólucro de substância aparentemente e entorpecente de cor esverdeada aparentando ser maconha, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 4 e laudo de constatação de fls. 5.

Segundo consta dos autos, os agentes penitenciários do CDP de Diadema faziam a vistoria de rotina no raio 21, na cela nº 3, onde encontraram dentro de um marmite, na última cama do lado esquerdo, um pequeno pacote com substância esverdeada aparentando ser maconha.

Ato contínuo, ao indagarem aos detentos ali residentes, o increpado Francisco Benedito de Souza informou ser de sua propriedade a droga encontrada, sendo certo que iria utilizá-la para seu uso pessoal.

Nesse sentido, os agentes penitenciários informaram o ocorrido à Direção do CDP, que solicitou a formal apreensão do ilícito, conforme consta no ofício de fls. 6.

Os agentes penitenciários levaram o detento para a delegacia a fim de informar o ocorrido. Nesta, os agentes penitenciários mantiveram sua versão de que encontraram a possível substância entorpecente durante procedimento de rotina pelo raio 21, cela nº 3, da penitenciária, e o preso Francisco Benedito de Souza também manteve sua versão assumindo que a referida substância era sua e que esta era para consumo próprio.

O material foi encaminhado à perícia, a qual constatou positivamente para *Cannabis Sativa L* (maconha), conforme laudo toxicológico de fls.46. O laudo de constatação de fls. 5 constou positivo para 3,0 (três) gramas de substância entorpecente.

Neste caso, o questionamento que se impõe à atuação ministerial não é de forma, mas de conteúdo: por que não promover o arquivamento dos autos investigativos fundamentando-o na insignificância do ato em si (posse de 3 gramas de maconha), apta a gerar a atipicidade do fato? Por que não exercer um juízo de ponderação entre o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, de suposta matriz constitucional, e a necessidade de uma tutela jurisdicional adequada ao usuário de drogas (redução de danos penais), de efetiva matriz constitucional, afastando-o, com o arquivamento dos autos, do repetido processo de criminalização secundária?

Salo de Carvalho (2014, p. 183), ao se referir às possibilidades de descriminalização judicial, lembra que “a partir da Constituição, na análise crítica da legalidade, o operador do direito, realizando o controle difuso e movimentando-se nas lacunas e na rede de antinomias, tece possibilidades descriminalizadoras”.

A se pensar que, na estrutura dialética do processo penal, ao Ministério Público é possível, ao final da instrução, negar a hipótese acusatória com um pronunciamento pela absolvição ou, em sede recursal, concordar com as razões recursais do impugnante, consideramos que as alegações finais e as contrarrazões ministeriais, no caso em apreço, também deve ser analisadas, até para que se tenha uma noção prática do grau de mobilidade reflexiva do pensamento institucional.

Às fls. 108/109, após audiência una de instrução e julgamento, em que foram ouvidas as duas testemunhas de acusação - dois agentes penitenciários que procederam à apreensão da droga com Francisco Benedito de Souza -, o Ministério Público requereu que a denúncia fosse julgada procedente para que o réu fosse condenado à prestação de serviços à comunidade. Não foram arroladas testemunhas de defesa.

Do ponto de vista probatório, o que se sobressai nas alegações ministeriais é que, para reforçar sua intenção acusatória, o órgão ministerial conjuga o teor dos dois depoimentos dos policiais prestados em Juízo com a confissão extrajudicial feita pelo réu na fase policial, embora esse réu, em Juízo, tenha expressamente negado ser o proprietário da droga, versão que, pelas regras do Código de Processo Penal, deveria substituir a confissão perante a autoridade policial. Segue um trecho das alegações finais:

**Na fase extrajudicial, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, o acusado confessou a prática delitativa, declarando à autoridade policial que o invólucro de maconha encontrado no marmitex no interior da cela era de sua propriedade. Nesta data, o acusado negou os fatos descritos na denúncia, alegando que a maconha foi encontrada no interior do marmitex na cela e ele por estar acompanhando a visita teve que assumir a propriedade da droga. Todavia, a sua negativa não encontra respaldo nas provas carreadas aos autos e está totalmente isolada.** Os agentes penitenciários que participaram da revista no interior da cela, confirmaram o encontro de um invólucro de maconha dentro de um marmitex e após retornarem todos os detentos para o interior da cela, questionaram a quem pertencia a droga, quando o acusado assumiu a propriedade da mesma, sem qualquer constrangimento. **A confissão extrajudicial do acusado foi corroborada pelos depoimentos dos agentes conforme acima mencionado, o que autoriza um seguro decreto condenatório.** Diante do exposto, requeiro seja julgada procedente a presente ação penal, condenando-se o acusado nos precisos termos da denúncia, devendo ser considerados os maus antecedentes do acusado demonstrados às fls. 70/73, bem como a reincidência demonstrada às fls. 39, sendo aplicada ao mesmo a pena de prestação de serviço à comunidade. Desde já concordo com a incineração da droga apreendida. **(grifo nosso)**

Por outro lado, em resposta às razões recursais do apelante, que pugnou pela reforma da sentença condenatória para que fosse absolvido pela atipicidade do fato, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006 ou, subsidiariamente, fosse absolvido por insuficiência probatória quanto à autoria, o Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 140 a 157), na qual buscou rebater os pontos levantados pela defesa.

Nessa peça processual, o Ministério Público, em referência à atipicidade e inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, afirmou que as argumentações do apelante eram equivocadas, porque o art. 28 respeitou o princípio da anterioridade da lei incriminadora e a conduta do apelante se enquadrou no referido artigo, devendo ser considerada, ao menos no quesito formal, como crime. Apenas com esse argumento, de estrita legalidade para previsão de crimes em espécie, concluiu que o art. 28 é constitucional.

Para reforçar sua ideia-base, frisou que o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado sobre o tema no Recurso Extraordinário n. 430.10-9-RJ, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (j. 13-02-2007), no qual ficou estabelecido que o legislador infraconstitucional, quanto ao art. 28, realizou um processo de despenalização, que não se confunde com a descriminalização. E concluiu, quanto a esse capítulo do recurso de apelação, que o art. 28 não representa uma lesão à privacidade e intimidade do usuário de drogas, porque tutela a saúde pública, que, sem dúvidas, deve prevalecer sobre a liberdade individual, conforme orienta o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Seguem trechos das contrarrazões ministeriais que consideramos relevantes para a visualização crítica do atuar institucional:

Em primeiro lugar, lembro do princípio da anterioridade consagrado pela nossa Magna Carta em seu artigo 5º, XXXIX, o qual dispõe que 'não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal'.

Dessa forma, se foi criado um artigo específico, qual seja, o artigo 28, para dispor que o porte para uso pessoal de drogas é crime, não há que se discutir, **ao menos no quesito formal**, que tal conduta, quando e se praticada, é considerada crime, pois o próprio legislador a definiu como tal e o fez respeitando o princípio supracitado. **Além do que, a conduta do apelante se subsume totalmente ao artigo em questão.** Portanto, embora seja uma lei infraconstitucional, esta está em convergência e harmonia com a nossa Constituição Federal. Além do que, *até o momento tal artigo não foi declarado atípico*, tampouco inconstitucional devendo ser normalmente aplicado, mesmo porque, o entendimento de que tal artigo fosse inconstitucional não restou amparado sequer pela Corte Brasileira. É o que se depreende do Recurso Extraordinário n. 430.10-9 RJ, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (j. 13-02-2007) sendo que de tal julgamento constou o seguinte: [...].

No mais, não há que falar em lesão à intimidade ou à privacidade do usuário de drogas, uma vez que o tipo penal em análise tutela a saúde pública, portanto, um interesse coletivo, sendo que este, diante de uma liberdade individual, deve, sem dúvida prevalecer. **Ou seja, o interesse da coletividade deve prevalecer sobre o**



**interesse individual** de um indivíduo, mesmo porque, **há o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.** (grifo nosso)

O interessante dessa passagem das contrarrazões ministeriais é que fica nítido o olhar formalista do Ministério Público para o art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006. As expressões e trechos grifados justificam esta observação. Utilizou-se a expressão “ao menos no quesito formal” e a assertiva “a conduta do apelante se subsume totalmente ao artigo em questão” para se afirmar que o porte de drogas para consumo próprio é crime. Pode-se dizer que a referência de tipicidade que domina o texto é a tipicidade formal.

Percebe-se, também, que, para a discussão entre proteção do bem jurídico saúde pública *versus* proteção do direito à intimidade e privacidade, contou-se com apenas um parágrafo, sem ter sido externalizada no texto qualquer técnica de ponderação de interesses constitucionalmente protegidos. Com recurso a um postulado de Direito Administrativo – o princípio da supremacia do interesse público sobre privado -, determinou-se que o interesse coletivo, a saúde pública, deve prevalecer sobre o interesse privado, o direito à intimidade expresso na possibilidade de portar droga para consumo próprio. .

Curiosamente, no Direito Administrativo, o postulado da supremacia do interesse público sobre o privado, utilizado na manifestação ministerial como princípio de solidez inabalável para determinar a constitucionalidade do art. 28, passou por uma reconfiguração de conteúdo. Gustavo Binenbojm (2014, p. 36), conhecido administrativista, destaca que “não há como conciliar no ordenamento jurídico um ‘princípio’ que, ignorando as nuances do caso concreto, pré-estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público”.

Seguindo essa mesma linha de pensar, de leitura formalista do evento criminoso, em que o crime equivale a um juízo positivo de tipicidade formal, a manifestação do Procuradoria Geral da República, subscrita pelo Subprocurador-geral Wagner Gonçalves em 31 de maio de 2011, no RE 635659/SP (fls. 200/202), repete a mesma linha de argumentação acima mencionada:

No caso, o bem jurídico tutelado é a *saúde pública*, que fica exposta a perigo pelo porte da droga proibida, independentemente do uso ou da quantidade apreendida. A conduta daquele que traz consigo droga de **uso próprio, por si só, contribui para a propagação do vício no meio social. O uso de entorpecentes não afeta apenas o usuário em particular, mas também a sociedade como um todo.**

Sobre a questão, ensina o Jurista Vicente Greco:

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo (a droga) para uso próprio, é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo viciado,

quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo da difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a forma de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno.

É importante destacar que, com o advento da Lei n. 11.343/06, aboliu-se, acertadamente, a pena de prisão ao usuário surpreendido na posse de drogas. **Reconheceu-se a necessidade de adoção de uma política criminal baseada nas tendências internacionais modernas, dispensando-se ao usuário de drogas um tratamento preventivo e terapêutico, de acordo com o caso concreto, minimizando a intervenção do direito penal nesta seara.**

**Entretanto, verifica-se que o legislador optou por manter como crime o porte e/ou posse de entorpecentes para consumo próprio.** Apesar disso, inclusive, do surgimento de várias correntes defensoras da legalização das drogas, o fato é que não só o tráfico mas também o uso de entorpecentes é crime, que deve ser, consideradas suas particularidades, punido, mesmo com penas brandas. Não se pode, síntese, falar em inconstitucionalidade do dispositivo em questão. (grifos nossos)

Se comparadas as assertivas grifadas, percebe-se que o Ministério Público até reconhece a necessidade de menor intervenção do Direito Penal na problemática do uso de drogas para que haja um enfoque preventivo, contudo não consegue avançar para promover uma interpretação substancial do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, com a razão orientada para a dignidade humana. Estanca sua caminhada argumentativa no apego à lei e repete o padrão de raciocínio circular de que se a lei previu que é crime, logo é crime ou é crime porque a lei assim o previu.

E mais: adota, textualmente, como premissa de partida a presunção, de cunho criminológico etiológico, de que “uso próprio, por si só, contribui para a propagação do vício no meio social. O uso de entorpecentes não afeta apenas o usuário em particular, mas também a sociedade como um todo.”

Nessa forma de pensar, prevalece a interpretação gramatical e estrita da lei. Embora seja um detalhe, e não se pretende com isso menosprezar a atividade intelectual de quem produziu a manifestação processual, utilizou-se como referência doutrinária um livro do jurista Vicente Greco Filho do ano de 1982, seis anos antes da entrada em vigor da atual Constituição da República, que convida à releitura, a partir dos valores nelas estabelecidos, dos diversos ramos do Direito, principalmente o Penal, que afeta as principais liberdades do indivíduo.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Esse pensamento do Ministério Público Federal permanece atual, conforme se extrai da leitura do voto n. 25 55/2016, publicado no boletim da 2ª CCR, ano V, 2016, Edição 87, disponível em [www.mpf.mp.br](http://www.mpf.mp.br). Acesso em 30 de março de 2017.

#### 4.3 OS TRÊS PRIMEIROS VOTOS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006: QUANDO COMENTÁRIOS LATERAIS INDICAM FORMAS DE PENSAR DO ÓRGÃO DE CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO

Não se pode dizer que a discussão jurídica sobre a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é infundável. Chegará ao fim, ao menos formalmente, porque posta, através de recurso extraordinário, à disposição das mentes constitucionalistas dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Quando tudo estiver decidido sobre este tema, haverá ainda forte ressonância social dessa estridente discussão sobre a descriminalização judicial do porte de drogas para consumo próprio. Mas se poderá dizer: finalmente, o Supremo Tribunal Federal, decidiu.

Apesar dessa perspectiva finita do debate judicial sobre a constitucionalidade do art. 28, parece imprevisível como será decidido o tema e qual o alinhamento político-criminal que se pretenderá fazer no Supremo Tribunal Federal para se estabelecer um mínimo de consenso que permita uma decisão da Suprema Corte em conformidade substancial com os valores constitucionais. É imprevisível, porque os três votos até então existentes - do Ministro-Relator Gilmar Mendes, do Ministro Luis Roberto Barroso e do Min. Edson Fachin - são bens peculiares, para não dizer incongruentes entre si.

O que também chama atenção nesse palpitante debate jurídico é que os ministros do Supremo Tribunal Federal, em seus votos, se pronunciaram sobre a política criminal brasileira, como também expuseram suas percepções sobre o tráfico de drogas. Ao propósito da presente pesquisa, que se preocupa com aspectos criminológicos e político-criminais do pensamento institucional do Ministério Público, essas considerações merecem ser destacadas.

Os votos estão permeados de signos linguísticos que revelam valores morais, políticos e sociais e, de certo modo, visões pessoais de cada ministro, com expressões que contêm vazões emocionais.

Como foi dito, se fará um recorte desses votos naquilo que for pertinente à questão de partida da pesquisa, que busca saber como se dá essa lógica de diferenciação entre tráfico de drogas e porte para consumo próprio quando o Ministério Público analisa investigações policiais.

#### 4.3.1. O voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes

Conhecido por sua expertise em controle de constitucionalidade e bastante influenciado pela linha doutrinária alemã sobre o tema, o Ministro-Relator Gilmar Mendes desenvolveu o controle de constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 por três ângulos: a) controle de evidência<sup>39</sup>; b) controle de justificabilidade<sup>40</sup>; c) controle material de intensidade.<sup>41</sup>

O ganho reflexivo que o voto proporciona ao debate centra-se no controle de justificabilidade, no qual se preconiza uma atitude do legislador de buscar estudos técnicos, elementos empíricos sistematizados, ente outras opções, antes de legislar. Por essa diretriz de controle de constitucionalidade, observou-se que no projeto de Lei n. 11.343/2006 não houve menção a estudos técnicos quanto à necessidade de criminalização da posse de drogas para consumo pessoal como garantia de proteção do bem jurídico saúde pública.

Percebe-se que, em seu voto, o Ministro se refere a diversos estudos empíricos para declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Propõe-se uma mudança de enfoque sobre o tema drogas, da discussão puramente abstrata pautada pela premissa de que o combate ao uso de drogas reduz a criminalidade e demanda-se por uma análise empírica, apoiadas em pesquisas quantitativas e qualitativas, de maneira a permitir um processo legislativo de repercussão social positivamente transformadora.

Sobre esse tipo de controle, fez-se a seguinte explicação no voto (2016, p. 15):

**No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, portanto, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na concepção de determinada política criminal, pois do conhecimento dos dados que serviram de pressuposto da atividade legislativa é que é possível averiguar se o órgão legislativo utilizou-se de sua margem de ação de maneira justificada. (grifo nosso)**

39 Colhe-se do voto esta explicação: “o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental.”

40 De acordo com o voto, “nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se verificar se o legislador levantou e considerou, diligente e suficientemente, todas as informações disponíveis, e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma. Enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de maneira sustentável.”

41 Para Gilmar Mendes, “o terceiro nível, o controle material de intensidade aplica-se às intervenções legislativas que, a exemplo das leis penais, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal.”

O voto do Ministro Relator se mostrou surpreendente, no sentido literal desse adjetivo. No fluxo de leitura do voto, em que foram desenvolvidas teses sofisticadas sobre o controle de constitucionalidade de normas penais, não se espera que, ao final do voto, para declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, numa discussão na qual predomina a ponderação entre o direito à saúde pública e o direito à intimidade, se passasse a uma análise de cunho político-criminal e processual sobre a necessidade de se diferenciar o usuário e o traficante de drogas.

Há, de fato, uma proposta real de abertura do debate sobre como uma determinada conduta pode ser considerada tráfico de drogas, questionando-se, no voto, as premissas e diretrizes que devem envolver a atividade de acusação

Com isso, por inferência, elabora-se o seguinte quadro de assertivas que podem ser retiradas do voto do Ministro-Relator:

a) a política criminal de drogas brasileira é incongruente (p. 16);
b) falta de objetividade da Lei n. 11.343/2006 na distinção entre usuário e traficante (p. 18);
c) em regra, o tratamento de usuário de drogas alcança os socialmente vulneráveis (p. 39);
d) critérios objetivos fundados, por exemplo, no peso, natureza e pureza da droga são importantes para a distinção entre traficante e usuário (p. 41);
e) a ausência desses critérios objetivos pode levar à inadmissível seletividade do sistema penal, com tratamento penal mais rigoroso dos socialmente vulneráveis (p. 42);
f) a apresentação imediata do preso em flagrante com drogas ao juiz é medida imperativa para o correto enquadramento em tráfico ou posse de drogas para consumo pessoal (p. 42);
g) a finalidade é elemento subjetivo chave para definição do tráfico (p. 51);
h) o ônus da prova da finalidade para tráfico de drogas é da acusação, devido ao princípio da não-culpabilidade (p. 51);
i) os critérios objetivos para diferenciar tráfico de posse para consumo pessoal não são absolutos, podendo impor um ônus argumentativo de maior ou menor intensidade para a acusação (p. 52);

Essas assertivas, assim como as dos outros ministros, expõem uma vivência jurisprudencial que contribuem para o repositório teórico usado na interpretação dos dados coletados na presente pesquisa.

### 4.3.2 O voto-vista do Ministro Edson Fachin

O voto-vista do Ministro Edson Fachin, que é conhecido por ter desenvolvido pensamento doutrinário de intrínseca relação entre Direito Civil e o Direito Constitucional, embora não tenha apresentado a robustez técnica do voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes, principalmente quanto ao controle de constitucionalidade, também surpreendeu ao dizer mais do que se poderia esperar de uma análise jurídica que tinha como objeto a inconstitucionalidade do art. 28.

O Ministro Edson Fachin, ao prover o recurso extraordinário parcialmente, não só ressaltou, em sua fundamentação, que parâmetros objetivos são importantes para a distinção entre traficante e usuário de drogas, como determinou ao SENAD e CNPC, órgãos do Poder Executivo, que emitam, provisoriamente, indicativos de quantidades mínimas para diferenciar o traficante do usuário no caso concreto (p. 19).

Destacou, ainda, à semelhança do voto do relator, que “a adoção imperativa da audiência de apresentação em até 24 horas, poderá extirpar, perante o juiz, qualquer desvio prático no emprego de tal critério, especialmente diante do tráfico”. (p. 18)

Na parte dispositiva do voto-vista, ainda inova judicialmente ao propor a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas, que auxiliará na resolução da demanda em apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e a necessária regulamentação desse voto.

Diferentemente do voto do Ministro Gilmar Mendes, cujas considerações sobre parâmetros objetivos para diferenciar o usuário do traficante de drogas ficaram na fundamentação do voto, no voto-vista houve uma ampliação, sem provocação da parte recorrente, do que se foi pedido no recurso extraordinário, passando a ser tema de decisão a diferenciação objetiva entre usuário e traficante.

Não seria o caso, diante do que propõe o Ministro Edson Fachin, de se analisar também a constitucionalidade do art. 33 da Lei n. 11.343/2006?

Essa linha de decisão mais ampliativa, cujo acerto é discutível no campo das técnicas de controle de constitucionalidade que podem ser empregadas pelo Supremo Tribunal Federal quando em análise um recurso extraordinário, não conseguiu se libertar, porém, de certos esquemas de raciocínios que se autoperpetuam devido à forte política criminal de drogas repressiva ainda predominante.

Vejamos alguns trechos do voto-vista:

A dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante. Repito: **a dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante** (p. 02, grifo nosso)

Consente-se que simbolicamente a Lei 11.343 'representa uma nova política na seara das drogas'. **A manutenção da proibição do tráfico simultaneamente à descriminalização, não obstante a ausência de dados indisputáveis sobre isso, apenas abona estímulo à traficância**, seja pela lucratividade, seja por uma possível ampliação do mercado de consumo (p. 03)

Essencialmente é preciso deixar nítido que o consumo de drogas pode acarretar sérios transtornos e danos físicos e psíquicos, eventualmente até mesmo a morte de quem as consome. Além disso, **também se associam muitas vezes ao consumo de drogas outros danos potenciais como o cometimento de delitos para a manutenção do eventual vício** (p. 03, grifo nosso).

Por isso, o controle de constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343 constitui uma **análise da compatibilidade do texto em relação à opção político-criminal** (p. 6, grifo nosso)

No entanto, cabe reconhecer, sem prejuízo da nulidade constitucional adiante chancelada, **que o usuário, apesar da autodeterminação que pode lhe assistir, fomenta, ainda que reflexamente, o tráfico**. Este, pois, é o destinatário das causas cujos efeitos estão em pauta (p. 16, grifo nosso).

Percebe-se que, mesmo com conclusões decisórias que representam um avanço na conformação da política criminal de drogas brasileira, prevalece a base de pensamento tradicional de que o usuário é o responsável pelo tráfico de drogas, que o uso de drogas é a causa primária dos outros tipos de delitos que se destinam a suprir o vício do usuário, a equiparação entre usuário eventual e o dependente e que é paradoxal a descriminalização do uso e a manutenção da criminalização do tráfico de drogas.

Por fim, há uma afirmação lançada no voto-vista, a qual sugere que um novo conteúdo, e eu diria um novo parâmetro de constitucionalidade, seja integrado ao controle de constitucionalidade das normas penais. O Ministro Edson Fachin afirmou que “o controle de constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343 constitui uma análise da compatibilidade do texto em relação à opção político-criminal (p. 6)”. Não se sabe qual a intenção dogmática dessa afirmação, mas, de fato, registrou-se textualmente que a política criminal de drogas extraível da Constituição Federal passa a compor o parâmetro de controle de constitucionalidade das normas penais.

### 4.3. 3 O Voto do Ministro Luis Roberto Barroso

Relembre-se que os recortes textuais dos votos até então proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, citados acima, foram aqueles referentes à política criminal de droga e a sugestões de como distinguir o tráfico de drogas e o porte de drogas para consumo pessoal, duas perspectivas diretamente ligadas ao objeto da pesquisa.

As elaborações conceituais do Ministros decorrem de aplicação teórica ao caso concreto, o que revela, por si, o estado da arte sobre o tema num formato mais real, de produção do direito que incidirá na realidade social. O que se constata também é que muitos estão sendo habilitados nesse processo penal de segundo grau para, segundo suas visões, dizerem o que pensam sobre este Direito Penal das Drogas atuante no Brasil. Através dos *amicus curiae*, as marcas de um debate penal e processual penal mais pluralizado começam a ser delineadas,

Das anotações para o voto oral do Ministro Luis Roberto Barroso, há mais considerações sobre a política criminal de drogas e os critérios mínimos que podem ser utilizados para diferenciar o traficante de drogas do usuário de drogas. Foi um voto em que foram debatidas, se bem que de forma resumida, afirmativas clássicas sobre a política criminal de drogas repressiva.

O voto está repartido em premissas fáticas e filosóficas. Contudo, mesmo ao propor uma redução dos danos penais e processuais penais na política criminal de drogas brasileira, inicia com uma premissa filosófica higienista/médica, típica da política de drogas de Lei e Ordem, para qual todo usuário é dependente e o consumo de drogas deve ser eliminado da vida do ser humano. Disse o Ministro:

**1. O consumo de drogas ilícitas, sobretudo daquelas consideradas pesadas, é uma coisa ruim. Por isso, o papel do Estado e da sociedade deve ser o de: a) desincentivar o consumo; b) tratar os dependentes; e c) combater o tráfico.** Portanto, nada do que se dirá aqui – e creio que isso vale para todos os Ministros, independentemente de sua posição – deve ser interpretado como autorização ou incentivo ao consumo de drogas. (p. 2, grifo nosso)

Observe-se que há o uso da palavra *combater*, apropriada para a experiência de guerra. Se existe combate, existe inimigo a ser rendido ou exterminado. Nesse particular, o voto deixa entrever um alinhamento intelectual com uma política bélica de drogas, de um Direito Penal de Guerras às Drogas (Valois)



A questão é que o uso dessa palavra, ou melhor, ideologia de guerra se aplica veementemente ao processo penal, que deveria ser, por tudo que o Brasil já passou historicamente – colonização sanguinária, escravidão, golpes escancarados e disfarçados -, um espaço democrático para o encontro de ideias e provas.

Contraditoriamente, na sequência da exposição de seu pensamento, o Ministro considerou pontos centrais da política criminal de drogas estabelecida mundialmente, e disse: “a) a guerra às drogas fracassou; b) é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira; c) o modelo criminalizador e repressor produz um alto custo para a sociedade e para o Estado, resultando em aumento da população carcerária, da violência e da discriminação; d) a criminalização afeta a proteção da saúde pública.”

Em consenso com os demais Ministros, também votou pela adoção de critérios objetivos quantitativos para diferenciar o tráfico e a posse de drogas para uso pessoal e refletiu sobre a intensidade do ônus argumentativo do Poder Judiciário para que prevaleça, no caso concreto, a classificação delitiva de tráfico de drogas. Dois trechos dos votos merecem ser lembrados.

**É preciso estabelecer um critério por alguns motivos óbvios. O primeiro, naturalmente, é diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, evitando que a sorte de um indivíduo fique ao sabor do policial ou do juiz ser mais liberal ou mais severo. O segundo, mais importante ainda, é que a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. Ela produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu e destacado por todas as pessoas que lidam com o problema: os jovens de classe média para cima, moradores dos bairros mais abonados, como regra, são enquadrados como usuários; os jovens mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes.**

[...]

Minha preferência pessoal, neste momento, seria pela fixação do critério quantitativo em 40 gramas. Porém, em busca do consenso ou, pelo menos, do apoio da maioria do Tribunal, estou propondo 25 gramas, como possível denominador comum das diferentes posições. **Cabe deixar claro que o que se está estabelecendo é uma presunção de que quem esteja portando até 25 gramas de maconha é usuário e não traficante. Presunção que pode ser afastada pelo juiz, à luz dos elementos do caso concreto. Portanto, poderá o juiz, fundamentadamente, entender que se trata de traficante, a despeito da quantidade ser menor, bem como de que se trata de usuário, a despeito da quantidade ser maior. Nessa hipótese, seu ônus argumentativo se torna mais acentuado.** (p. 12-13, grifo nosso)

Se em outra parte do voto foi identificado o verbo combater, para designar ação mais adequada para neutralizar o tráfico de drogas, nas citações acima os combatidos aparecem textualmente. São “os jovens mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes.”

Pois bem, o debate está posto à mesa do Poder Judiciário, com a participação de diversas entidades interessadas no tema. A discussão principal – criminalizar ou não o porte

de drogas para consumo pessoal – se desdobrou em outra não menos relevante – quais critérios podem diferenciar o tráfico de drogas do porte para consumo próprio, embora não tenha sido levantado debate sobre a (in) constitucionalidade do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. O Ministros votantes não parecem estar muito preocupados em uniformizar o posicionamento sobre o tema. Contudo, alguns posicionamentos institucionais já podem ser caracterizados, a exemplo, conforme visto, da atuação processual do Ministério Público, que, respaldado por uma legalidade estritamente formal, não conseguiu visualizar o tema sob um prisma mais substancial, de direitos humanos.

No RE n. 635859/SP, fica claro como a força das ideias de uma diretriz internacional proibicionista repressiva, que exerceu grande influência no conteúdo legislativo brasileiro sobre a questão das drogas, conforme visto no capítulo 3, dificulta o exercício de uma mobilidade de pensamento jurisprudencial para que sejam elaborados outros caminhos à convencional política criminal de drogas que não aqueles que resultem em criminalizações sucessivas e encarceramentos massivos.

Portanto, ao se analisar no próximo capítulo os dados da presente pesquisa, deve-se ter em mente esse referencial legislativo e jurisprudencial em que, do ponto de vista criminológico e macrossocial, está inserido o Ministério Público da Bahia, bem como os desafios de atuação institucional que a crítica a esse referencial sugere.

## 5. ANÁLISE DOS DADOS

A análise dos dados é uma fase importante da pesquisa. Pode-se dizer que em um momento de enraizamento teórico, quando conceitos podem ser revistos e novas definições podem ser formuladas a partir do substrato empírico. Se existe uma percepção teórica, por exemplo, de que o Ministério Público em regra dedica sua persecução penal a casos de grande apreensão de drogas, os resultados obtidos com a análise dos dados podem confirmar essa percepção ou apresentar outra, bem diferente.

Na presente pesquisa, a análise dos dados, com as técnicas metodológicas utilizadas (quali-quantitativa), apresenta ao Ministério Público da Bahia a possibilidade de ver como está ocorrendo sua persecução penal nos casos de tráfico de drogas em Salvador, abrindo espaço para que se discuta quais direcionamentos institucionais podem ser adotados diante do que tendo sido produzido pelos promotores vinculados àquela persecução penal.

Diante do substrato empírico apresentado, os dados foram relacionados a concepções teóricas críticas que permitissem uma análise mais sensível, destacando-se aspectos gerais revelados pelas tabelas estatísticas e correlacionado-os com detalhes de alguns casos individuais que chamaram a atenção do autor da pesquisa.

Ainda sim, sentiu-se a necessidade de que fosse retomada a discussão de certos eixos temáticos, extraídos desses mesmos dados, para que se pensasse em novos caminhos ao processo penal das drogas, discussão da qual se ocupa o capítulo 6, cujo embasamento teórico foi precedido pelos capítulos 3 e 4.

## 5.1 CONHECENDO OS DADOS: O PERFIL PROCESSUAL PENAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS<sup>42</sup>

Foram analisadas 446 manifestações do Ministério Público referentes ao período de 01 de abril a 30 de junho de 2016. As manifestações aparecem na plataforma digital do Sistema Integrado do Ministério Público do Estado da Bahia (SIMP) com a palavra desfecho. Esse Sistema considera que o Ministério Público, ao analisar inquéritos policiais, pode chegar a quatro possíveis desfechos: a) denúncia; b) pedido de remessa; c) requisição de diligência; d) promoção de arquivamento.

Uma vez que o objeto da pesquisa está relacionado à indagação de como os promotores de justiça de Salvador distinguem, ao analisar o inquérito policial, se estão diante de uma situação-problema de tráfico de drogas ou posse de drogas para consumo pessoal, explique-se que o denominado pedido de remessa se refere ao desfecho do promotor de justiça que entende que o caso é de posse de drogas para consumo pessoal, remetendo o inquérito diretamente ao promotor de justiça com atribuição nos Juizados Especiais Criminais, ou provoca o Juízo perante o qual atua para que se declare incompetente e remeta os autos ao Juízo dos Juizados Especiais Criminais.

As variáveis usadas na pesquisa tiveram por base a linguagem utilizada pelos promotores de justiça em seus desfechos. Portanto, são referências textuais das quais podem ser extraídas o modo de pensar do promotor de justiça quando elabora um desfecho processual.

Recusou-se, diante de algumas lacunas que surgiram no processo de questionamento do objeto da pesquisa, como a cor do autuado, a tentação de analisar dados que poderiam ser encontrados nos inquéritos policiais que antecederam esses desfechos. Por outro lado, essas lacunas são importantes para a finalidade da pesquisa. Sugerem que se observe qual foi a atitude do promotor de justiça na ausência de informação.

É preciso dizer também que o autor da pesquisa não disporia de tempo hábil e recursos humanos para manusear adequadamente dois blocos empíricos que, embora complementares,

---

42

Apesar de usarmos a expressão Ministério Público da Bahia, ela deve ser entendida, a partir da delimitação do objeto da pesquisa, como Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador, composta por 10 promotores de justiça. De outro ângulo, o uso da expressão atenta para o potencial generalizante dos resultados da pesquisa, podendo abranger, com uma leitura compreensiva, as práticas de outros promotores criminais com atribuições em Varas de Tóxicos de outras cidades.

são bastante densos: as investigações criminais traduzidas em inquéritos policiais e os desfechos processuais em si.

Esclarece-se que, para os registros de prisão em flagrante que apareceram nos desfechos, não foi possível obter informação quanto à realização de audiência de custódia. No SIMP, não existe campo para que seja incluída essa informação

Há 10 (dez) promotores de justiça com atribuição perante as três Varas de Tóxicos de Salvador, localizadas no Fórum Criminal de Sussuarana. Desses promotores de justiça, 09 (nove) são mulheres e 01 (um) homem. Quatro promotores de justiça atuam perante a 1ª Vara de Tóxicos. Os outros quatro perante a 2ª Vara de Tóxicos. E dois na 3ª Vara de Tóxicos.

Os inquéritos policiais foram distribuídos por sorteio (“*distribuição automática*” realizada pelo SIMP) entre esses promotores de justiça que integram a denominada “Equipe de Crime de Tóxicos.

Optou-se por não mencionar os nomes dos promotores de justiça, porque a pesquisa se refere à atividade processual penal desenvolvida pelo promotor de justiça e não ao promotor de justiça em si.

A tabela n.1 indica a relação entre promotor de justiça e total de desfechos (denúncia, remessa, diligências e arquivamento) produzidos no período de abril a junho de 2016.

**Tabela 1. Relação entre promotor e total de desfechos (N=446)**

Promotor de Justiça	Denúncia	Remessa	Diligência	Arquivamento	Total
Promotor 01	55	03	02	01	61 (13,68%)
Promotor 02	36	10	04	03	53 (11,88%)
Promotor 03	47	01	02	01	51 (11,43%)
Promotor 04	27	02	03	00	32 (7,17%)
Promotor 05	40	05	05	00	50 (11,21%)
Promotor 06	45	04	01	03	53 (11,88%)
Promotor 07	40	00	03	03	46 (10,31%)
Promotor 08	18	05	03	01	27 (6,05%)
Promotor 09	33	02	02	01	38 (8,52%)
Promotor 10	31	01	02	01	35 (7,85%)
<b>Total Geral</b>	<b>372</b>	<b>33</b>	<b>27</b>	<b>14</b>	<b>446 (100%)</b>

Como se vê, apesar de os promotores de n. 4, 9 e 10 terem respondido por uma menor quantidade de inquéritos policiais, não houve, no contexto geral, maiores diferenças em relação ao número de inquéritos distribuídos para cada promotor de justiça. Com isso, a

análise institucional a ser feita a partir dos desfechos produzidos por esses promotores de justiça se mostra em uma média estatística equilibrada de produção de desfechos, que não permite dizer que os resultados obtidos decorreram da atuação isolada de determinado promotor de justiça.

Nos subitens e tópicos seguintes, analisar-se-á qual desfecho tende a prevalecer na atividade de persecução penal da Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador, quais variáveis se destacaram, como se deu a escolha do tipo de desfecho em razão dessas variáveis e quais argumentos jurídicos que se estabilizaram no modo de pensar e acusar dos promotores de justiça que integram essa equipe.

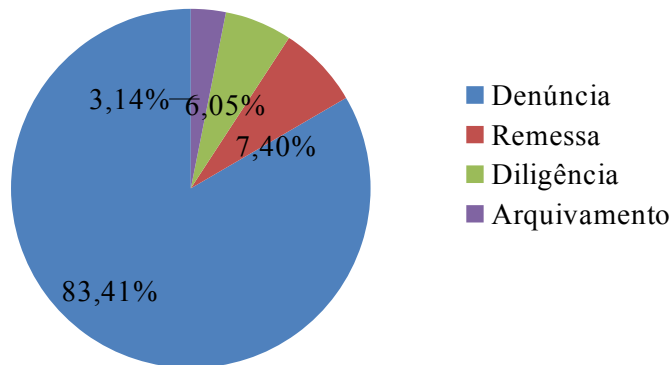
### 5.1.1 Entre acusar e não acusar: poucas opções processuais ao Ministério Público

Conforme tabela 02 e gráfico 01, a primeira, e ao mesmo tempo central, constatação que se faz é que a providência processual que domina a resposta do Ministério Público para os inquéritos de tráfico de drogas é a denúncia, a denominada peça inaugural do processo penal, que aparece em 372 casos (83,4%) contra 33(7,40%) pedidos de remessa, 27 (6,05%) pedidos de diligências e 14 (3,14%) pedidos de arquivamento.

**Tabela 2 - Quantitativo de desfechos**

<b>Tipo de desfecho</b>	<b>Contagem</b>	<b>Percentual</b>
Denúncia	372	83,41 %
Remessa	33	7,40%
Diligência	27	6,05%
Arquivamento	14	3,14%
<b>Total</b>	<b>446</b>	<b>100%</b>

**Gráfico 01 -Percentual de desfechos do Ministério Público**



Reposicionar a atenção para como funciona o sistema processual penal brasileiro nos auxilia a iniciar a leitura sobre essa disparidade quantitativa entre os desfechos do Ministério Público.

O art. 16 do Código de Processo Penal impõe que o Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, *imprescindíveis ao oferecimento da denúncia*. O art. 42, considerando outro momento do processo penal, diz que o Ministério Público *não poderá desistir* da ação penal (art. 42 do CPP).

Com esses dois artigos, já se percebe que a orientação do sistema processual penal brasileiro é direcionada à prevalência da propositura da ação penal como resposta à situação-problema apurada pela polícia. Observe-se que o art. 16 do CPP vincula a necessidade de requerimento de diligências ao oferecimento da denúncia. Desconsidera a possibilidade de que o promotor esteja em dúvida sobre a viabilidade da pretensão acusatória e apenas pretenda decidir sobre o oferecimento da denúncia quando algumas fontes de elementos informativos forem fornecidas pela autoridade policial, a exemplo da oitiva de testemunhas, de parentes da vítima, de pessoas mencionadas nas declarações do indiciado.

Na forma como redigido, o art. 16 do CPP autoriza que o promotor de justiça decida pelo ato-denúncia, mesmo não tendo à sua disposição elementos informativos suficientes, e depois busque na investigação, a pretexto de diligências complementares, a confirmação de

sua hipótese mentalmente preestabelecida. Portanto, o que se destaca é que, do ponto de vista prático – e isso é muito sério –, por questões de convicção íntima, escondidas em uma boa retórica discursiva, pode-se ter a decisão funcional de ser elaborada uma denúncia, contando-se com a confirmação posterior da atividade investigativa policial.

Substitui-se a postura reflexiva e crítica por um padrão de comportamento automático, repetitivo e de larga escala de produção de denúncias. Acolhe-se o ato de denunciar como a melhor opção do sistema processual penal, o que se torna visível na consagrada fórmula “*in dubio pro societate*”. Na dúvida, há de se defender a sociedade com demandas penais. Melhor denunciar e esperar o que resultará da instrução criminal. É assim que o sistema processual penal brasileiro tem funcionado, e não poderia ser diferente para os crimes de tóxicos.

Do ponto de vista de Direito Positivo, o *in dubio pro societate* não tem fundamento jurídico na Constituição, tampouco no desgastado Código de Processo Penal de 1941. É uma visão totalmente distorcida do princípio da presunção de inocência (art. 5, LVII, da CF/88). Inverte-se o pensamento para dizer que, se com o processo penal em andamento a dúvida favorece o réu, antes de instaurado deve-se presumir sua culpabilidade para que a sociedade esteja bem amparada em termos de punitividade. Retoma-se a clássica luta entre o Bem e o Mal, em que as instituições podem desempenhar papéis heroicos na eliminação do Mal. Estabelece-se, pois, para usar a expressão de José Luiz Díez Ripollés (2015, p. 47), uma política processual penal de bem-estar autoritário.

Paulo Rangel (2004, p. 83) lembra que “o Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade locomoção com uma acusação penal. Só o fato de se acusar alguém já impede o exercício de determinados direitos civis e políticos.”

De fato, o Estado Democrático de Direito, roupagem estatal que o Brasil quis vestir em 1988, é incompatível com acusações infundadas, escoradas na areia movediça da dúvida, porque toda acusação deve ter fundamento plausível, base fática e jurídica minimamente palpável, sob pena de interferir injustificadamente em vários direitos do cidadão – liberdade, segurança, felicidade, paz, liberdade de expressão etc.

Havendo dúvida na apreciação dos elementos informativos do inquérito policial, e não sendo esclarecedoras ou até mesmo inviáveis as tais diligências complementares, a filtragem constitucional que a dignidade humana inspira e espalha por todo sistema processual penal determina a promoção de arquivamento do inquérito policial. A regra deve ser: *in dubio pro Constitutio* (na dúvida, protege-se a Constituição).



A ideia reinante de que acusar deve ser a regra, mesmo quando houver dúvidas, também está estruturada no procedimento penal da Lei n. 11.343/2006, que não deixou outras opções ao Ministério Público senão oferecer denúncias, requerer diligências e promover excepcionalmente o arquivamento (art. 54). Na referida lei, não há espaço para soluções processuais alternativas, com exceção dos arts. 28, 33, §3º, e 38, que são de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais.

Com tipos penais abertos e de múltiplos verbos (*c.f.* arts. 33 e 34), facilita-se bastante o enquadramento dos fatos nos tipos penais, o que potencializa a força da lógica *in dubio pro societate* no momento de acusar.

Os percentuais apresentados pela tabela 02 e gráfico 01 passam a desconfortante e duvidosa sensação de que, mesmo com a histórica deficiência estrutural e de autonomia financeira que envolve a polícia civil de Salvador, essa polícia tem atendido a contento a demanda investigatória do Ministério Público. Os arquivamentos de inquéritos policiais representa percentual inexpressivo. Seria uma hipótese, de fato, crível?

Em contraponto, outro pensamento interessante que pode ser extraído dessa primeira análise institucional é que o controle externo da atividade policial investigativa, quantitativo e principalmente qualitativo, não tem sido promovido pelo Ministério Público.

Cogitável, pois, a hipótese de que a voz que denuncia repete a voz que investiga. O Ministério Público do Estado da Bahia, em matéria de tóxicos, pode estar reproduzindo acriticamente, quando deveria exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, inciso VII, da CF/88), os discursos das autoridades policiais ou do escrivão e agente de polícia, que, na prática, muitas vezes conduzem a investigação.

Como o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é uma das sólidas bases da dogmática processual penal brasileira, acredita-se que esse princípio – há ainda de se questionar se é juridicamente um princípio -, com o reforço do *in dubio pro societate*, integra o arquétipo jurídico dos executores desse fenômeno de fabricação de denúncias ao estilo industrial, isto é, sem se aproximar do caso penal.

O exercício da ação penal é também o exercício do controle externo da atividade policial. Não podem ser construídas narrativas a partir de atividades investigativas ilícitas. Os fatos assim apurados, quando não declarada a invalidade do procedimento investigativo, sequer poderão compor a história, de cunho condenatório, contada pelo promotor de justiça ao juiz. Os fatos devem ser contados em “curso de ação”, a partir de método tópico interrogativo, pois não se trata de um texto em que está amplamente franqueado o “uso do discurso de

cobertura ou retórico”. A história narrada deve ter um fundamento real. (ROSA, 2016, p. 97-98).

Aury Lopes (2010, p. 232) ressalta que “a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar à sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal.”

Assume-se, então, o conceito de acusação responsável como direito fundamental do cidadão, conforme ensina André Luis Tabosa de Oliveira (2010, p. 192), para quem a acusação deve ser um ato processual de respeito aos direitos fundamentais do cidadão e representativo de um eficiente controle externo da atividade policial, principalmente dos elementos informativos colhidos com o inquérito.

Parcela de doutrinadores questionam essa postura denunciada do Ministério Público, e a associa ao largo campo punitivista que sustenta as instituições do sistema de justiça criminal. Afrânio Silva Jardim, procurador de justiça aposentado do Ministério Público do Rio de Janeiro, com base em sua intensa experiência profissional, afirma que a estratégia punitivista, apoiada pela grande mídia, tem encontrado “‘terreno fértil’, pois os nossos órgãos de persecução penal e do Poder Judiciário, com as costumeiras exceções, são compostos por pessoas de formação conservadora, acrílicas e, por vezes, profundamente elitistas”, e destaca que “a falta de cultura geral torna policiais, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário presas fáceis do autoritarismo (...)”

Por isso, ao destacar o processo penal como instrumento de contenção do Poder Punitivo, Elmir Duclerc (2015, p. 48-49) propõe uma nova base principiológica para a ação penal pública, quando diz que “a noção de legalidade no exercício da ação, se apresenta como um limite ao poder de persecução penal, e não como exigência de sua atuação” e que, dessa forma, a noção de fragmentariedade do Direito Penal deve refletir no próprio exercício do poder de persecução penal, “sobretudo num momento da história em que as casas legislativas têm abusado da criação de tipos penais e do aumento de penas, tornando cada vez mais vazio de sentido o brocardo *nullum crimen sine lege*.”

Nereu José Giacomolli (2006, p. 78) lembra que a rigidez imposta pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal favorece “a que operadores jurídicos, ante esta insuportável situação, se lancem a práticas marginais de solução dos procedimentos investigativos ou dos processos penais, elegendo prioridades”.

Identificado o oferecimento da denúncia como a principal resposta do Ministério Público para as investigações policiais de tráfico de drogas, interessa-nos saber em torno de quais variáveis giram o desfecho final de acusar e os porquês de que em certas situações, em vez de denúncias, são feitos pedido de desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Numa só indagação, como o olhar do Ministério Público faz essa distinção?

Antes, porém, faça-se uma breve destaque sobre as classificações delitivas encontradas nos desfechos do Ministério Público.

### 5.1.2 A classificação delitiva predominante

Os desfechos mostraram que a classificação delitiva predominante foi a figura básica do tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006). Conforme tabela 03 e gráfico 02, apareceu, de forma isolada, em 326 (73,09%) ocasiões. Por apenas três vezes (0,67%), o tráfico de drogas aparece combinado com a prática de associação delitiva. Somente em três situações, o tráfico aparece combinado com uma das causas de aumento do art. 40 da Lei n. 11.343/2006. Quando o tráfico de drogas esteve associado ao porte de arma de fogo, prevaleceu com a incidência de 46 vezes (10,31 %) a figura típica do art. 14 da Lei n. 10.826/2003, em que a arma de fogo não é de uso restrito. O porte de arma de fogo de uso restrito, associado à droga, aparece em 20 (4,48%) casos.

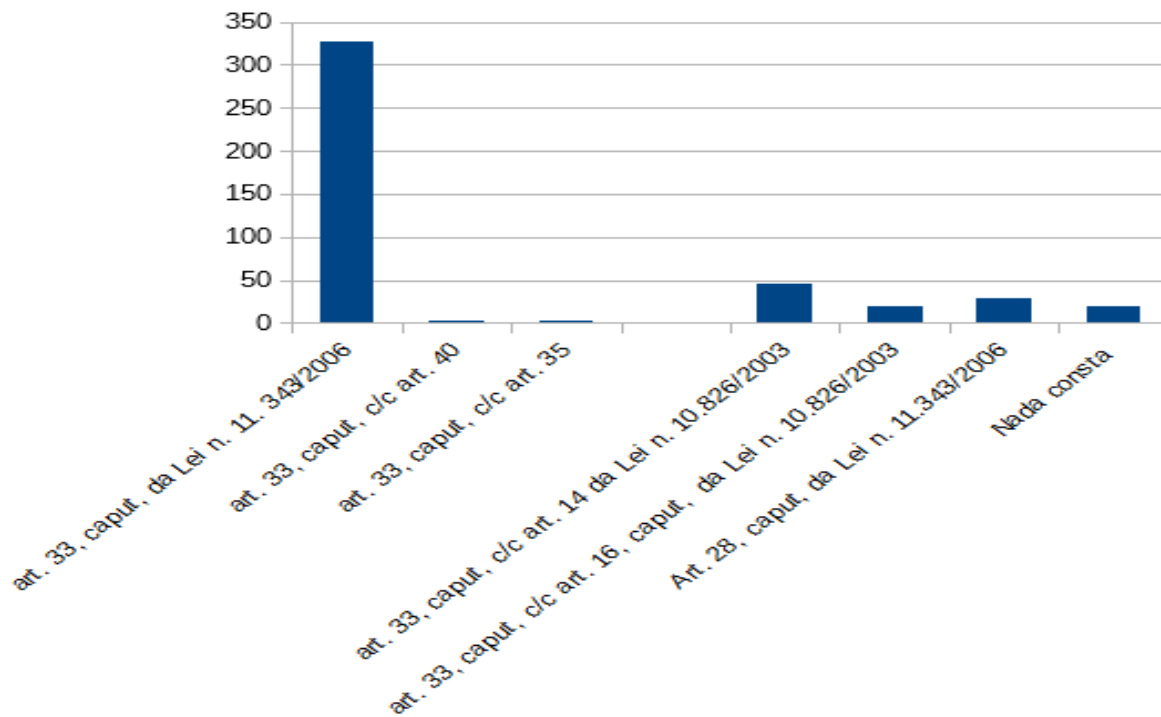
**Tabela 3 - Classificação delitiva no universo dos desfechos<sup>43</sup>**

Classificação delitiva	Contagem	Percentual
art. 33, caput, da Lei n. 11. 343/2006	326	73,09 %
art. 33, caput, c/c art. 40	3	0,67 %
art. 33, caput, c/c art. 35	3	0,67 %
art. 33, caput, c/c art. 14 da Lei n. 10.826/2003	46	10,31%
art. 33, caput, c/c art. 16, caput, da Lei n.	20	4,48%

43 De acordo com o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, considera-se em situação de tráfico de drogas aquele que, dentre outros verbos, importar, exportar, remeter, preparar, adquirir, ter em depósito, vender, guardar drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. De acordo com o art. 28, caput, dessa mesma Lei, aquele que adquirir, guardar, ter em depósitos, entre outros verbos, drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, para consumo pessoa. Segundo o art. 35, considera-se que há uma associação para o tráfico quando duas ou mais pessoas se associarem para praticar, reiteradamente ou não, crimes previstos no art. 33 O art. 40 prevê situações em que a pena do tráfico de drogas pode ser aumentada de um 1/6 a 2/3, a exemplo do agente que praticar a infração de tráfico nas imediações de estabelecimentos estudantis. De acordo com o art. 14, caput, da Lei n. 10.826/2003, encontra-se em situação de porte de arma de fogo de uso permitido aquele que portar, deter, adquirir, dentre outros verbos, arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização legal. Porém, se a arma de fogo for de uso restrito, incidirá o art. 16 da Lei n. 10.826/2003.

10.826/2003		
art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006	28	6,28%
Nada consta	20	4,48%
Total	446	100%

**Gráfico 02 - Distribuição da classificação delitiva (N=446)**



A tabela e o gráfico acima já indicam que atuação processual penal dos promotores que compõem a Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador ocorre, prevalentemente, sobre o que se poderia chamar de “tráfico básico”.

## 5.2 CHEGANDO MAIS PERTO DAS SITUAÇÕES-PROBLEMA ANALISADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

### 5.2.1 Um padrão de ocorrência

Observou-se que a capitulação jurídica que prevalece é a do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. No entanto, mais do que dizer qual capitulação jurídica tende a predominar nos desfechos, releva notar se há um perfil de ocorrência (situação-problema) sobre o qual atua o Ministério Público e quais as características desse tipo de situação-problema.

De acordo com as tabelas 4 e 5, abaixo indicadas, é possível falar de um padrão de ocorrência que pauta a atividade de persecução penal do Ministério Público da Bahia

As tabelas mostram que, nessas ocorrências de tráfico de drogas (446), sobressaíram alguns aspectos da interação atividade policial e cidadão em situação de flagrante. Prevaleceu a atividade policial em ronda de rotina, no turno noturno, com revista pessoal do cidadão de sexo masculino, que *costuma* confessar a posse da droga e, em regra, não está armado. Nos inquéritos policiais que registraram esse padrão de ocorrência, geralmente são produzidos laudos toxicológicos provisórios .

**Tabela 4 – Variáveis que se destacaram nos desfechos (N=446)<sup>44</sup>**

<b>Gênero</b>		
Masculino	414	93,95 %
Feminino	24	5,38%
Nada consta	3	0,67%
<b>Horário da ocorrência</b>		
Matutino	95	21,30%
Vespertino	90	20,18%
Noturno	143	32,06%
Nada consta	118	26,46%
<b>Circunstância da ocorrência</b>		

44 Cada variável, nessa tabela, se refere ao total de desfechos, que é igual a 446 (N).

Ronda de rotina	355	79,60%
Notícia anônima	37	8,30%
Diligência	18	4,04%
Operação policial	14	3,14%
Outras	9	2,01%
Nada consta	13	2,91%
<b>Ocorrência de perseguição policial</b>		
Não	242	54,26%
Sim	176	39,46%
Nada consta	28	6,28%

**Tabela 5 – Variáveis que se destacaram nos desfechos (continuação - N=446)**

<b>Circunstâncias em que a droga foi encontrada</b>		
Revista pessoal	337	75,56%
Residência	49	10,99%
No veículo	6	1,35%
Próximo ao acusado	15	3,36%
Entre as partes íntimas	5	1,12%
Outras	14	3,14%
Nada consta	20	4,48%
<b>Presença de laudo de constatação provisório</b>		
Sim	420	94,17%
Não	6	1,35%
Nada consta	20	4,48%
<b>Confissão de posse</b>		
Sim	214	47,98%
Não	139	31,27%
Nada consta	93	20,85%

Situação prisional		
Sim (prisão em flagrante)	400	89,69%
Não (prisão em flagrante)	8	1,79%
Preventiva/temporária	2	0,44%
Nada Consta	36	8,07%

Em termos de percentuais, a atuação da polícia na forma *ronda de rotina* aparece em 355 (79,60%) casos, sendo que, em regra, a droga foi apreendida através de *revista pessoal* (75,56%). Embora não tenha prevalecido, a perseguição policial alcançou expressão numérica considerável, de 176 casos (39,46%) contra 242 (54,2%) em que não houve essa ação policial.

Houve poucas situações de apreensão da droga na residência em residência (11,43%). Pouco mais da metade dos investigados (40,13%) confirmou a posse da droga, enquanto 38,34% não o fez. Neste item, a perda de informação (nada consta) chegou a 20,85%. O gênero masculino aparece por 414 vezes (93,95%).

Em 400 casos (89,69%) constatou-se que, no momento do desfecho processual do Ministério Público, o investigado tinha sido preso em flagrante. Houve dois casos de prisão provisória (prisão temporária e prisão preventiva). A presença de arma de fogo, associada à droga, aparece em apenas 66 (14,80%) casos. O laudo toxicológico de constatação provisória esteve presente em 420 casos (94,17%).

Essa caracterização do tráfico de drogas, a que se chega com os percentuais encontrados através das supramencionadas variáveis, abre espaço para que se questione sobre a existência de uma atuação padronizada, e de pouca criticidade, do Ministério Público, justamente para atender a esse perfil de situação-problema criminal. É o que se analisará itens à frente.

Porém, numa visão otimista, esse padrão de ocorrência, que se identifica na presente pesquisa, pode ser utilizado para que o Ministério Público se conscientize sobre o que, de fato, consiste sua persecução penal em relação aos crimes de tráfico de drogas e estabeleça diretrizes estratégicas para essa persecução. A partir disso, pode haver um redesenho da estrutura de contato entre Ministério Público e investigações de tráfico de drogas para que não se desperdice tempo e atuação processual com situações de pouca representatividade criminal, facilmente enquadráveis como porte de drogas para consumo próprio ou até passíveis de arquivamento.

A atuação estratégica se mostra positiva quando antecedida de confronto de ideias e diretrizes político-criminais dos membros da instituição, deixando-se aberta as veias institucionais para novo e constante fluxo de ideias, através do qual as práticas acusativas se tornam bem lapidadas.

### **5.2.2 A multiplicidade una dos bairros, residências e profissões**

Quanto aos bairros em que ocorreram as situações trazidas nos inquéritos policiais, por conta da variedade de dados, não foi possível categorizá-los. O mesmo aconteceu com o local de residência do autuado e sua profissão. Verificou-se, porém, que predominam, em quase caráter de “exclusividade, as localidades periféricas e mais pobres da capital baiana, e as profissões informais ou de baixa qualificação técnica (ajudante de pedreiro, engraxate, ajudante de padeiro, mototaxista, “faz tudo” etc).

Apareceram os bairros de Santa Mônica, São Caetano, Nordeste de Amaralina, Itapuã, Bairro da Paz, Mata Escura, Dom Avelar, São Marcos, Pau Miúdo, Boca do Rio etc. Alguns bairros de classe média como Imbuí, Brotas, Costa Azul e Barra aparecem como local de ocorrência, mas, quando aí praticado o tráfico de drogas, está vinculado a moradores de zonas periféricas.

Tal perfil do flagrante por tráfico de drogas também foi constatado na pesquisa de Beatriz Vargas (2011, p. 75), que ao analisar 622 sentenças originárias das quatro varas especializadas de entorpecentes do Distrito Federal, constatou, em relação à atividade policial, que é possível “falar numa pré-seleção perfeitamente defensável – ou mesmo ‘natural’ - do ponto de vista dos fins confessados do sistema proibicionista no setor das drogas ilícitas, quais sejam, a erradicação da droga e a defesa do bem jurídico da saúde pública”, e que há lugares que são imunes a esse controle punitivo, porque neles moram pessoas ou grupos não vulneráveis à atuação policial.

Os bairros onde rotineiramente aconteceram os flagrantes por tráfico de drogas, os bairros de residências dos réus e as profissões por eles ocupadas, espaços geográficos e

---

45 Vilma Reis(2001, 127-128) registra que “Salvador, uma cidade com 2.440.886 habitantes, é marcada pelo grande número de invasões”, como a “invasão do Corta-Braço, nos anos 1940, na região da Liberdade; a “invasão do Pinto”, nos anos 1960, no bairro da Ondina; a mais conhecida das ocupações urbanas nos anos 1980, a “invasão das Malvinas”. Todas elas combatidas com forte repressão policial, mas, nem por isso, durante o século XX, deixaram de ser erguidas, chegando, na atualidade, a representar 60% do solo ocupado da cidade, sempre nas encostas e despenhadeiros ou ao redor dos bairros de classe média”



profissionais destinados à gente humilde, herdeira de um passado escravocrata e inserida na camada oprimida da pirâmide capitalista, remetem a uma Criminologia Radical, que “descobre o sistema de justiça criminal como *prática organizada de classe*, mostrando a disjunção concreta entre uma *ordem social imaginária*, difundida pela ideologia dominante através das noções de igualdade legal e proteção geral, e uma *ordem social real*, caracterizadas pela desigualdade e opressão de classe (CIRINO, 2006, p. 15).”

A pulverização geográfica dos bairros de ocorrência e das residências dos investigados estão ligados entre si pelo cabo de aço da pobreza. Na realidade, todos esses bairros são um só: um grande chão de pobreza habitado pelo *homo sacer*<sup>46</sup> baiano. Por isso, Loic Wacquant (2015, p. 65), em análise macrossociológica sobre a correlação entre poder punitivo e condição social, destaca que essa política de penalização da precariedade social conta com o amplo apoio de diversos especialistas (criminólogos, ativistas políticos, jornalistas etc), que, com o auxílio de instituições supostamente neutras, transitam no campo burocrático, midiático e universitário, para divulgar falsas pesquisas até que se chegue ao consenso de que, como garantia da segurança pública, é indispensável colocar os bairros de periferia “sob o tacão policial e penal”.

Essa caracterização política, econômica e social na intervenção penal do tráfico de drogas lembra, ainda, a reflexão criminológica de que a “seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal.” (ZAFFARONI, 2014, p. 27).

Essa observação também foi feita por Nilo Batista (2007, p. 25), para quem o sistema penal é apresentado como *igualitário*, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é *seletivo*, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas.”

### 5.2.3 Racialmente indiferente ?!

A cor do investigado, enquanto dado a ser catalogado para análise, não apareceu nos desfechos do Ministério Público. A experiência profissional indica que esse dado costuma

---

46 Conforme Giorgio Agamben (2014, p. 113), “se é verdadeiro que a figura que o nosso tempo nos propõe é aquela de uma vida insacrificável, que, todavia, tornou-se matável em uma proporção inaudita, então a vida nua do *homo sacer* nos diz respeito de modo particular.”

ser mencionado na qualificação do investigado quando interrogado perante a autoridade policial. Porém, essa informação, em regra, não integra a qualificação feita pelo Ministério Público na elaboração de suas peças processuais penais, em especial a inicial acusatória, para a qual o art. 41 diz que “a denúncia ou a queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo (...).”

Da leitura dessa parte do texto legal, percebe-se que o dado cor tem o potencial de se tornar visível nas chamadas qualificações indiretas, quando não foram obtidas informações documentais do indivíduo. Mas esses tipos de qualificações, quase sempre infrutíferas, são excepcionais. Na realidade, no universo de análise apresentado, apenas em um caso o vocábulo “negro” se destaca. Surge no plural e de forma genérica.

Nesse caso, ocorrido em 16 de maio de 2015, F. G, após diligência policial, seguida de revista pessoal, foi encontrado no bairro São Cristóvão com 93 trouxas de maconha, a quantia de R\$ 12,00 (doze) reais. Possuía antecedentes criminais, que não foram especificados, e estava acompanhado de outro indivíduo. Nada constou em relação à sua idade, se confessou a propriedade da droga, se estava armado, qual o bairro de moradia. O desfecho do Ministério Público foi a promoção de arquivamento do inquérito policial:

Insta salientar que o indiciado possui antecedentes criminais, conforme consulta ao e-SAJ/TJBA, mas este detalhe, isoladamente, não caracteriza o delito de tráfico de drogas. Para o oferecimento da exordial acusatória é necessário que estejam presentes os pressupostos indispensáveis à existência da peça e no presente feito inexistem os indícios de autoria, vez que o inquérito policial não forneceu lastro probatório, seguro e idôneo, de que os Indigitados tenham praticado ou tenham concorrido para a infração penal tratada nestes autos, isto é, quem dispensou a necessária com a droga confiscada.

Assim, não há elementos suficientes para a deflagração de ação penal contra os Indiciados, pois não existe prova razoável de que sejam os autores do fato delituoso ventilado neste feito.

**Outrossim, temos que evitar o preconceito, o açodamento e a irreflexão em qualquer feito processual, principalmente na esfera criminal, a fim de que não sejam indiciados, processados, julgados e condenados apenas os negros, pobres e periféricos.**

A máxima a ser adotada é ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (**grifo nosso**).

De acordo com essa passagem do desfecho, apesar da preocupação criminológica exposta, não se pode afirmar com exatidão que o investigado era negro. Tem-se a impressão de que o profissional responsável pela elaboração da peça processual realizou uma pequena pausa reflexiva para desabafar sobre a cruel seletividade do sistema penal. Ao usar a primeira pessoa do plural, é como se lançasse um convite velado, porque naturalmente o destino dessa

peça processual não seria o de visibilidade institucional, ao Ministério Público da Bahia para que possa pensar sobre sua atividade processual penal.

Essa única menção à variável racial nos faz conectar à observação de Ana Luiza Pinheiro Flauzina (2006, p. 7), que denuncia a relação entre o Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro, relação esta que nem a Criminologia Crítica conseguiu destacar. Para ela, há uma Política de Estado, que amparada pelo mito da democracia racial, materializa seu instinto genocida nas “vulnerabilidades construídas em torno do segmento negro – das políticas de esterilização às limitações educacionais – passando por todas as interdições quanto à estruturação de uma identidade negra e, principalmente, pela produção em série de mortes, em grande medida, de competência do aparato de controle penal”.

O perfil crônico, e ainda assim imperceptível na escrita da tradição acadêmica, é que a questão racial assume no processo penal, mesmo com todo o drama racial que envolve a sociedade brasileira, um ar destilado, de que pouca importa a cor da pele do autuado/investigado, porque o processo penal é igualitário. Faz-se uma assepsia técnico-jurídico com o princípio da igualdade. A partir dele, constrói-se o discurso de que a ação penal não olha para a cor do indivíduo, isto é, que o atuar institucional se mostra racialmente indiferente.

Dá-se a impressão de que não parece ecoar no processo penal brasileiro a realidade cantada por Elza Soares, de que “a carne mais barata do mercado é a carne negra; que vai de graça pro presídio e para debaixo do plástico; que vai de graça pro subemprego e pros hospitais psiquiátricos” (Música: A carne).

Não parece convincente essa assepsia do processo penal. O sopro reflexivo deixado na transcrição do supramencionado desfecho ministerial mostra que, na dimensão do senso comum institucional, sabe-se do caráter classista e seletivamente racial desempenhado pela ação processual penal do Ministério Público, que reproduz uma seletividade racial anterior feita pela polícia.

Porém, essa seletividade fica disfarçada. O investigado que se apresenta como negro na investigação policial, não é revelado como tal na denúncia. O contato racial entre o sistema de justiça criminal (polícia, promotores, advogados e juízes) e investigado se realiza episodicamente. Depois do inquérito, somente haverá esse contato presencial na audiência de custódia – ainda de implementação incipiente – e na instrução criminal, quando a tensão para a resolução do caso penal estará tão forte que pouco importará a dimensão racial de quem está sendo julgado. A atenção estará voltada para a produção probatória e suas armadilhas processuais.

E assim, nas práticas processuais penais, a questão racial vai sendo diluída até chegar à falsa conclusão de que não existe racismo no Brasil.

Evandro Piza Duarte (2004, p. 16), ao denunciar o tratamento do negro como um cidadão invisível, levanta a poeira do tapete do mito da democracia racial brasileira que embevece as instituições estatais, quando proclama que “nossas instituições e nosso conhecimento precisam, urgentemente, de uma terapia da diversidade, da presença física e simbólica das identidades negras em nossos espaços públicos. Identidades que se desvelam na narrativa de uma experiência social. Sem isso, o negro permanecerá o ‘invisível’, para as práticas de emancipação, mas ‘identificado’ para as práticas de domínio.”

É tão sensível e ao mesmo tempo escamoteado o debate sobre a seletividade racial desenvolvida pelas agências penais, que nem mesmo a Criminologia Crítica, sob a lupa da reação social, conseguiu incorporá-lo na análise dos processos de criminalização ditados pelas relações hierarquizadas de poder. Bastante importante essa percepção, porque, a se enveredar pelo aprofundamento da discussão racial no processo penal, pode-se escorregar no atraente chão da Criminologia Crítica como resposta bastante para tal questão. Esse o destaque teórico foi feito por Ana Flauzina, seguida por outros autores como Riccardo Cappi, Evandro Piza etc.

Nessa forma de refletir, pense-se com Felipe Freitas (2016, p. 494-495), quando diz que a Criminologia Crítica estacionou na afirmação de que os negros são os mais vulnerabilizados, com a morte de seus corpos, pela seletividade da justiça criminal. Destaca bem que tal Criminologia não conseguiu incorporar leituras negras no debate criminológico, tampouco explicar “os modos de funcionamento das hierarquias raciais na composição da vulnerabilidade deste grupo”. Finaliza com a seguinte pergunta: por que a questão racial ficou no acostamento? É o que perguntamos também.

Esses pensamentos que criticamente abordam a Criminologia Crítica levam à ideia de que, como o elemento racial é sistematicamente esquecido nas práticas processuais penais, se desenvolveu um “antirracismo racista”<sup>47</sup> no processo penal, bem acolhido – repita-se - pelo

---

47 Conforme explica Eliezer Gomes da Silva e Eliana Borges da Silva (2009, 314), essa expressão se opõe à antológica expressão de Sartre – racismo antirracista. Os autores fazem uma bela análise do filme *Crash*, que a pretexto de ser anunciado como um filme antirracista, se mostrou estruturalmente racista: “certamente não terá sido “mera coincidência” a forma desnecessariamente racista com que os personagens negros são moralmente estruturados, ao serem inseridos numa cinematografia engajada na luta pelo racismo. *Crash* apresenta-se como de cunho antirracista, na medida em que delineia personagens vítimas de discriminação e preconceito, diretamente relacionados a sua etnia ou a sua nacionalidade, consideradas pelos ofensores como intelectual, social e moralmente inferiores. Entretanto, o filme também subscreve essa ideologia racista, quando deixa de atribuir a esses personagens (vítimas do racismo) qualidades morais, éticas ou intelectuais positivas, que não hesita em vincular aos personagens brancos do filme, a despeito das falhas morais que lhes delineia, como se verá adiante. Como que imbuído do propósito de deixar claro na trama ficcional que, talvez, em certos aspectos, as vítimas do preconceito, da discriminação, justifiquem, com seu comportamento e com suas atitudes, muitos

princípio da igualdade jurídica, por sua vez bem acolhido pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Ideia plausível de ser articulada com os desfechos ministeriais sobre tráfico de drogas.

A negação do racismo pode ser utilizada como uma eficaz técnica discursiva para que as práticas processuais penais racistas sigam visivelmente invisíveis.

#### 5.2.4 O jargão do Ministério Público

Uma observação a ser feita é a de que os desfechos do Ministério Público, na qualidade de narrativas oficiais, têm reproduzido as genéricas expressões que caracterizam a tradicional atividade policial, de amplíssima discricionariedade para os policiamentos ostensivo e investigativo. São as conhecidas expressões “em operação”, “em diligências”, “perseguição ininterrupta”, “ revista pessoal”, “em atitude suspeita”, “em região conhecida como tráfico de drogas”. Dos 27 requerimentos de diligências, não foram observados questionamentos sobre a ação policial ou eventual ambiguidade do discurso apresentado por policiais quando ouvidos na delegacia.

Conforme tabela abaixo (tabela 06), das 372 denúncias feitas pelo Ministério Público da Bahia, 315 (84,68%) trouxeram, ao menos, 3 policiais militares como testemunhas e 27 (7,26%) utilizaram, ao menos, dois policiais militares como testemunhas, que, em regra, segundo nos mostra a experiência profissional, confirmam em Juízo as narrativas do inquérito policial e, por conseguinte, os termos policialescos contidos na denúncia.

**Tabela 6. Denúncia e perfil das testemunhas**

<b>Arrolamento como testemunha</b>	<b>Total</b>	<b>Percentual</b>
Pelo menos 2 delegados	01	0,27%
Pelo menos 2 policiais civis	02	0,54%
Pelo menos 2 policiais militares	27	7,26%
Pelo menos 3 policiais civis	15	4,03%
Pelo menos 3 policiais militares	315	84,68%
Pelo menos 4 policiais militares	03	0,81%

dos fundamentos da ideologia racista. Reedita-se aqui, com ferramentas contemporâneas, um sub-reptício e subliminar discurso de uma intrínseca superioridade moral, a despeito de seu propósito de denunciar o racismo: o que seria dos negros não fossem os brancos?”

Pelo menos 5 policiais militares	01	0,27%
3 Agente de Presídio	05	1,34%
Apenas civis	03	0,81%
Total	372	100%

Esse contexto é preocupante, porque se naturaliza no desempenho da atividade de acusar uma linguagem que não lhe é própria, mas que é poderosa devido à dificuldade – as razões para isso são diversas (falta de estrutura, banalização do ato de acusar, casos repetitivos etc) – de se desenvolver um estilo independente e criticamente reconstrutivo daquilo que chega em termos de linguagem investigativa.

Observa-se que quando a investigação é conduzida pelo próprio Ministério Público, a denúncia tende a se apresentar com outro vocabulário. O problema não é de estética linguística, cujo valor deve ser reconhecido para que haja uma boa comunicação textual. O incômodo consiste no largo uso pelo Ministério Público de expressões que escondem, muitas vezes, a trágica história de arbitrariedades policiais que se atualizam no cotidiano pela proclamada necessidade de defesa social.

A composição *Tribunal de Rua*, de Marcelo Yuka, reflete bem a preocupação de que a atividade policial costuma se apresentar “só como mais uma dura, resquício de ditadura, mostrando a mentalidade de que se sente autoridade nesse Tribunal de Rua”.

Zaffaroni (2014, p. 138) lembra que “a cisão entre o discurso externo e a prática interna é claramente percebida pela população que se comporta em relação ao pessoal da polícia com grande desconfiança, de acordo com o *estereótipo popular* que mostra a polícia como o indivíduo ‘vivo’, ‘esperto’ e ‘corrupto’”. Mais incisivo, Valois (2017, p. 490 e ss) aponta o policial de rua “como o verdadeiro delegado, promotor e juiz”, e enfatiza que a polícia, na medida em que é “autorizada pelo judiciário a prender e servir de testemunha de suas próprias apreensões”, não encontra razões maiores para continuar as investigações e melhorar sua estrutura investigativa.

Assim começam os processos criminais<sup>48</sup> de tráfico de drogas em Salvador.

---

48 A expressão processos criminais deve ser lida em duplo sentido nessa frase, tanto para compreender a existência do processo criminal na acepção técnico-jurídica, como o processo de criminalização secundária realizado inicialmente pela Polícia e Ministério Público.

### 5. 2. 5 Quantidade, tipo e combinação de drogas

Não há um parâmetro objetivo e quantificável estabelecido pela lei, nem a jurisprudência sinaliza para qual quantidade, a depender do tipo de droga, pode-se afirmar, a princípio, que houve caracterização do art. 33 ou art. 28 da Lei n. 11.343/2006. O que a lei apenas menciona é que a quantidade e a natureza da droga são variáveis a serem consideradas para que o juiz classifique a conduta como porte de droga para consumo pessoal.

Em outra passagem da Lei n. 11.343/2006, o art. 42 coloca que, em relação ao tráfico de drogas, o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Percebe-se, porém, que o art. 28, §2º propõe uma figura típica de equiparação ao porte de drogas para consumo pessoal e utiliza especificamente a expressão pequena quantidade: “*as mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de **pequena quantidade de substância** ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. (grifo nosso)*”. O que seria essa pequena quantidade? O avanço interpretativo é que a própria lei – interpretação autêntica – indica que a ideia de porte de droga para consumo próprio está associada à pequena quantidade de droga.

Existe, portanto, uma autorizada e ampla discricionariedade para que a autoridade policial, Ministério Público e Poder Judiciário exerçam, com base na natureza, quantidade da droga e algumas outras circunstâncias do fato (local, as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente), a classificação delitiva por tráfico de drogas ou porte de drogas para consumo pessoal. No processo de criminalização secundária, o mesmo fato passa pelos diversos olhares das agências formais de controle penal, ora sendo confirmada a primeira visão oficial, a da polícia, ora sendo modificada, pelo Ministério Público ou Poder Judiciário.<sup>49</sup>

49 Luiz Flávio Gomes (2006, p. 161) explica que: “há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um *quantum* diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quanto o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e o traficante.” Esse autor esqueceu de mencionar a participação do Ministério Público enquanto agente capaz de proporcionar nova classificação delitiva ao denunciar ou adotar providência processual diversa, até porque é a instituição que deve fazer o controle externo da atividade policial. O site European Monitoring Centre for Drug and Drug Addiction (EMCDDA) expõe um quadro, com base no sistema de quantificação legal de drogas que possa caracterizar o delito de tráfico ou o porte de droga para consumo pessoal ([EMCDDA | Threshold quantities for drug offences](#)) nos países que integram a União Europeia.

Esclareça-se também que, diferentemente de alguns países europeus (.v.g Espanha), o Brasil não adota o critério de responsabilização criminal diferenciada para as denominadas drogas leves (*soft drugs*), a exemplo da maconha, e drogas pesadas (*hard drugs*), como a cocaína e o crack.<sup>50</sup>

A tabela n. 7 e o gráfico n. 03 mostram que o cenário empírico da pesquisa envolve uma certa variedade de drogas e quantidades. A maconha, cocaína e crack aparecem de forma isolada, mas também de forma combinada (cocaína e maconha; crack e cocaína; crack e maconha; crack, cocaína e maconha; crack, cocaína, LSD e maconha; crack, cocaína, maconha e haxixe). Houve situações em que o desfecho do Ministério Público (denúncia, remessa, diligências e arquivamento) não mencionou o tipo de droga.

**Tabela 7– Incidência do tipo de droga no universo dos desfechos (N=446)**

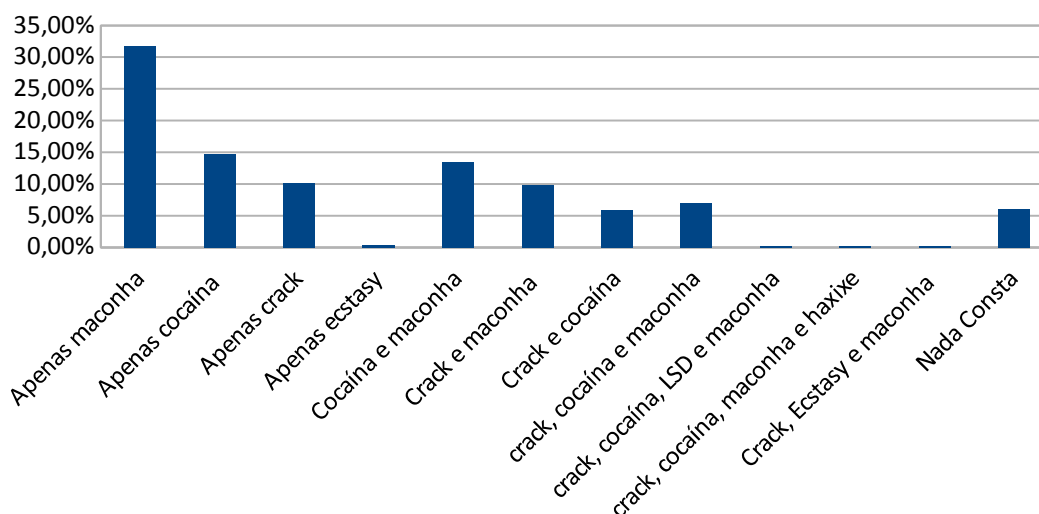
<b>Tipo de droga</b>	<b>Contagem</b>	<b>Percentual</b>
Apenas maconha	142	31,84%
Apenas cocaína	66	14,80%
Apenas crack	45	10,09%
Apenas ecstasy	2	0,45%
Cocaína e maconha	60	13,45%
Crack e maconha	44	9,87%
Crack e cocaína	26	5,83%
crack, cocaína e maconha	31	6,95%
Crack, cocaína, LSD e maconha	1	0,22%
crack, cocaína, maconha e haxixe	1	0,22%

50 De acordo com notícia veiculada no site do jornal Correio Braziliense, o Tribunal Constitucional da Itália, no ano de 2014, revogou lei penal que equipara drogas leves a drogas pesadas: “O Tribunal Constitucional da Itália revogou nesta quarta-feira uma lei sobre drogas, aprovada em 2006 pelo governo de Silvio Berlusconi, que equiparava as drogas leves às drogas pesadas: O Tribunal pronunciou a ilegitimidade constitucional da chamada lei Fini-Giovanardi, mas as razões para a revogação só serão apresentadas dentro de dois ou três meses. Esta lei, que equiparava as drogas leves àquelas muito mais nocivas, previa sanções de até vinte anos de prisão pelo tráfico de haxixe, um delito que antes tinha pena de entre dois e seis anos de prisão. Representantes políticos de esquerda e organizações que lutam pelos direitos dos presos saudaram a decisão do tribunal. “É uma vitória para todos”, comentou a deputada Enza Bruno Bossio, do Partido Democrata, enquanto o senador Luigi Manconi evocou o “abuso de poder” representado pela lei Fini- iovanardi, qualificada também de absurda, inútil e nociva por outros deputados do PD. Maurizio Gasparri, senador pela Forza Italia (FI), partido de Silvio Berlusconi, denunciou uma decisão que terá consequências sociais devastadoras, já que esta lei tinha, segundo ele, excelentes resultados de prevenção.” Acesso em 31/07/2017. Disponível em [http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/mundo/2014/02/12/interna\\_mundo,412579/tribunal-da-italia-revoga-lei-que-equiparava-drogas-leves-a-pesadas.shtml](http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/mundo/2014/02/12/interna_mundo,412579/tribunal-da-italia-revoga-lei-que-equiparava-drogas-leves-a-pesadas.shtml)



Crack, Ecstasy e maconha	1	0,22%
Nada Consta	27	6,05%
Total	446	100 %

**Gráfico 03 - Distribuição do percentual do tipo de droga apreendida**



Como se vê, a droga mais frequente na apreensão foi a maconha (31,84%), seguida da cocaína (14,80%) e da combinação de ambas (13,45%). Ao lado dessa informação, é interessante saber em qual faixa de quantidade as apreensões de drogas costumam acontecer. Explique-se que, no universo de 446 desfechos, só foi possível estabelecer tais faixas de quantidade de droga quando a maconha, cocaína e crack aparecem isoladamente, isto é, em 253 casos, o que corresponde a 56,73% no universo de análise.

Isso acontece porque, em vários desfechos do Ministério Público, principalmente os relacionados à combinação de drogas, estas não aparecem com seu respectivo peso, mas com a caracterização de ter sido apreendida em trouxas, pedrinhas, porções, tabletes, saquinhos. Diante disso, não se obteve um filtro adequado para essas informações. Nessas situações, a quantidade é representada pela forma como a droga foi fracionada.

Todavia, é possível observar qual desfecho do Ministério Público prevalece para cada combinação de droga, independentemente do peso da droga. Adotar-se-á essa perspectiva em tópico seguinte, quando outras variáveis serão analisadas.

Foram elaboradas as seguintes tabelas para as drogas maconha, cocaína e crack, o que nos permitirá conhecer, desde já, em torno de que quantidade de droga o Ministério Público da Bahia empenha seus esforços persecutórios.

**Tabela 08 - Quantidade de droga apreendida – maconha**

Quantidade	Frequência	Percentual	Percentual acumulado
Até 1g	01	0,70%	0,70%
De 1 g a 10 g	03	2,11%	2,81%
De 10 g a 50g	50	35,21%	38,02%
De 50g a 100g	24	16,90%	54,92%
De 100 g a 1 kg	28	19,72%	74,64%
De 1 kg a 10 kg	08	5,63%	80,27%
De 10 kg a 100 kg	04	2,82%	83,27%
Mais de 100 Kg	-	-	-
Nada consta	24	16,90%	100%
Total	142	100%	100%

**Tabela 09 - Quantidade de droga apreendida: cocaína**

Quantidade	Frequência	Percentual	Percentual acumulado
Até 1 g	2	3%	3%
De 1 g a 10 g	9	14%	17%
De 10 g a 50 g	27	41%	58%
De 50 a 100g	11	16%	74%
De 100 g a 1 kg	5	8%	82%
De 1 kg a 10 kg	2	3%	85%
De 10 kg a 100 kg	-	-	-
Mais de 100 Kg	-	-	-
Nada consta	10	15%	100%
Total	66	100%	100%

**Tabela 10 - Quantidade de droga apreendida: crack**

<b>Quantidade</b>	<b>Frequência</b>	<b>Percentual</b>	<b>Percentual acumulado</b>
Até 1 g	02	4,44%	4,44%
De 1 g a 10 g	17	37,78%	42,22%
De 10 g a 50 g	11	24,44%	66,66%
De 50g a 100g	1	2,22%	68,88%
De 100 g a 1 kg	02	4,44%	73,32%
De 1 kg a 10 kg	-	-	-
De 10 kg a 100 kg	-	-	-
Mais de 100 Kg	-	-	-
Nada consta	12	26,67%	100%
Total	45	100%	100%

Pois bem, as tabelas indicam que predomina a faixa de drogas de 10g a 50g para maconha (35,21%) e cocaína (41%), sendo que especificamente para o crack houve maior incidência na faixa de drogas de 1g a 10g (37,78%). Só houve quatro casos de apreensão de drogas na faixa de 10 kg a 100 kg (2,82%), que foi especificamente para a droga maconha. A faixa de 1kg a 10kg também está associada a poucos casos: 8 para a maconha (5,63%), 2 para a cocaína (3%) e nenhum para o crack.

Tanto para a maconha, cocaína e crack, nada aparece na faixa mais de 100kg.

As tabelas, quando comparadas, tornam plausível a conclusão de que a persecução criminal do Ministério Público da Bahia está direcionada a situações de apreensão de drogas de pouca expressividade, inclinadas, quando muito, à figura do pequeno ou médio traficante de drogas.

Mais ainda: considerado o percentual acumulado, tem-se que a faixa de droga predominante alcança, aproximadamente, a média de 72% para as apreensões de 1g até 1kg, o que confirma a plausibilidade da inferência acima descrita.

Acredita-se, portanto, que a persecução penal dos promotores de justiça de tóxicos de Salvador está concentrada, na prática, em situações de tráfico de drogas que se distanciam, em muito, do perfil traçado pelo projeto transnacionalizante e proibicionista dos Estados Unidos e da grande mídia, que conseguiram dominar os conceitos do senso comum com a seguinte imagem: traficante é aquele que comercializa altas quantidades de drogas lesivas à saúde e segurança pública, o que justifica o combate fortemente armado contra esse tipo de criminoso.

O Observatório de Prática Penal da Defensoria Pública do Estado da Bahia (2014, p. 11 e 66-67)), através de pesquisa realizada entre os anos de 2011 e 2014, que monitorou “a tramitação de 1.573 (mil, quinhentas e setenta e três) persecuções penais iniciadas a partir de

prisões em flagrante, sendo 468 (quatrocentos e sessenta e oito) em tramitação nas Varas de Tóxicos, obteve conclusões interessantes quanto ao tráfico de drogas, e que se aproximam do que aqui se obteve:

Os resultados acima (Gráfico 38) demonstram que, na maior parte dos casos, os sujeitos presos em flagrante por tráfico de drogas traziam consigo quantidades muito pequenas da substância, com exceção da maconha, mesmo já ajustados os valores em função dos padrões de uso de cada droga.

**O caso mais emblemático é o do crack, em que 67,02% dos presos traziam consigo quantidade inferior a 10g da substância. Embora seja difícil arbitrar um peso médio, em gramas, de uma pedra de crack, já que se trata de uma substância proibida e, portanto, sem nenhum tipo de controle de qualidade ou de padronização das medidas ou porções, a observação dos próprios casos integrantes da amostra e as estimativas dos órgãos do sistema de justiça criminal apontam para um peso médio que varia muito, entre 0,24g e 1g, a depender da fonte e da perspectiva.**

A melhor investigação científica disponível sobre os padrões médios de consumo é a `Pesquisa Nacional sobre Uso de Crack`, da Fundação Oswaldo Cruz, que, em 2012, reportou um consumo médio diário de crack de 13,42 pedras pelos usuários, sendo 14,66 pedras para os consumidores residentes nas capitais

Por isso, é possível estimar, apesar das limitações, que o consumo médio individual diário da substância varia de 3,51g a 14,66g, o que demonstra, com segurança, que os indivíduos presos em flagrante, sob a acusação de tráfico, na posse de até 10g de crack, tinham consigo quantidade de droga perfeitamente compatível com a condição de usuário.

Ao revés, para a maconha, substância cujo uso é permitido ou tolerado em alguns países, e que por isso permite uma estimativa dos padrões de uso a partir da legislação em vigor, é uma droga que os presos em flagrante acusados de traficá-la traziam consigo quantidades um pouco mais elevadas, mesmo já ajustadas para os valores diários de uso.

Nas jurisdições que autorizam ou toleram o consumo de *cannabis* para fins recreativos<sup>36</sup> (Uruguai, Portugal, estados norte-americanos do Colorado, de Washington, do Oregon, do Alasca e o Distrito de Colúmbia), a quantidade limite de posse varia entre 1 e 2 Oz (uma e duas onças), o que equivale, no sistema métrico, a 28,35 a 56,7g. **Portanto, pode-se julgar que os sujeitos flagrados, sob a acusação de tráfico, na posse de até 50g de maconha, tinham consigo quantidade perfeitamente compatível com a condição de usuário.** No período estudado, 27,99% dos presos na posse de maconha tinham consigo essa quantidade.

É evidente que a quantidade de droga não é o único critério relevante para o enquadramento da conduta do sujeito, sendo possível, teoricamente, que o usuário tenha consigo grande quantidade e, por outro lado, que o traficante porte quantidade pequena da substância. O sistema adotado no Brasil exige a verificação simultânea de várias circunstâncias para formação do juízo (natureza, quantidade, local, condições da ação, antecedentes do preso), mas, sem dúvida, essa abertura, projetada para permitir a avaliação de cada caso, deixa muito a desejar em termos de segurança jurídica e leva ao quadro de aprisionamento em massa de pessoas na posse de quantidades muito pequenas, quase insignificantes, das substâncias apreendidas (**grifo nosso**).

Mariana Mendonça Raupp (2005, p. 64), ao analisar processos penais do Poder Judiciário do Rio de Janeiro, também chegou a esse retrato empírico, e concluiu que “o tráfico de drogas que é apreendido pela justiça criminal é aquele, na definição da literatura

especializada, de pequeno porte, o do varejo, o micro. E, ainda, mesmo dentre o tráfico do varejo percebe-se uma preferência por aqueles ocorridos no interior da favela.”

### **5.2.6 Bens e objetos apreendidos**

Em certas situações, ao lado da droga foram apreendidos alguns objetos, os quais foram mencionados nos desfechos. Foram encontrados balanças de precisão, coletes, cadernetas, carros, celulares, cartões de crédito, crucifixos etc. Em muitos casos, nada constou quanto à apreensão desses bens. A apreensão de outros objetos mostrou-se circunstancial. Com isso, não foi possível realizar uma sistematização dessa informação estatisticamente.

Como prevaleceu o desfecho denúncia por tráfico de drogas, pode-se dizer que, diante dessa lacuna informativa quanto à apreensão de objetos que poderiam detalhar a atividade de tráfico de drogas, que a caracterização de tráfico pelo Ministério Público não é influenciada por esse tipo de apreensão.

Para se ter uma noção, o item balança de precisão é mencionado em apenas 18 desfechos, considerado o universo de 446.

Em nenhum caso foi identificada ação policial que tivesse, como se diz na linguagem de guerra ao tráfico de drogas, “fechado a boca”.

## **5.3 OS DESFECHOS E AS VARIÁVEIS PREDOMINANTES**

### **5.3.1 As primeiras variáveis: gênero, ronda de rotina, perseguição policial, revista pessoal e prisão em flagrante**

Tem-se uma ideia, com a leitura dos tópicos anteriores, sobre qual quadro empírico se desenvolveram os desfechos dos promotores de justiça da Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador. Adiante, serão destacadas as variáveis que deram suporte a essa diferenciação de desfechos – denúncia, remessa, diligências e arquivamentos –, principalmente para as denúncias e pedidos de remessa, cujo contraste de informações gira em torno de uma pergunta de dupla face: por que esse caso é de tráfico de drogas, e não porte para uso? Por que esse caso é de porte para uso, e não tráfico de drogas?

Os pedidos de diligências e arquivamento realçam o contraste entre denúncias e pedidos de remessa, porque indicam as situações em que o órgão de acusação necessita completar seu raciocínio sobre o caso penal ou está convencido de que é inviável denunciar.

Conforme visto em tópicos anteriores, o desfecho prevalecente foi a denúncia. No universo de 446 desfechos, houve 372 (83,41%) denúncias contra 33 (7,4%) pedidos de remessa, 27 (6,05) pedidos de diligências e 14 (3,14) pedidos de arquivamento.

As tabelas a seguir apresentam a relação entre as variáveis identificadas na pesquisa e os tipos de desfecho.

**Tabela 11 - Associação das variáveis analisadas segundo o tipo de desfecho<sup>51</sup>**

<b>Variáveis</b>	<b>Denúncia N (%)</b>	<b>Remessa N (%)</b>	<b>Diligência N (%)</b>	<b>Arquivamento N (%)</b>
<b>Gênero</b>				
Masculino	350 (94,09)	32 (96,97)	26 (96,30)	11 (78,57)
Feminino	22 (5,91)	----	1(3,70)	1 (7,14)
Nada consta	---	1 (3,03)	---	2 (14,29)
Total	372	33	27	14
<b>Confissão de posse</b>				
Sim	189 (50,81)	24 (72,73)	1 (3,70)	---
Não	126 (33,87)	1 (3,03)	5 (18,52)	7 (50,0)
Nada consta	57 (15,32)	8 (24,24)	21(77,78)	7 (50,0)
Total	372	33	27	14
<b>Perseguição policial</b>				
Sim	169(45, 43)	4 (12,12)	3 (11,11)	---

<sup>51</sup> Como forma de auxiliar a leitura das tabelas 11 e 12, informa-se que os percentuais calculados levaram em consideração o quantitativo total de cada grupo de desfecho (denúncia, remessa, arquivamento, diligência). Mas nas explicações sobre a tabela, a fim de apresentar a porcentagem predominante da variável em relação à sua incidência nos desfechos considerados conjuntamente, apresentou-se, pelo dinamismo que a análise impõe, novos percentuais. Dito de outra forma, no primeiro o cálculo percentual considera a variável por coluna. No segundo, considera-se por linha.

Não	201(54,03)	26 (78,79)	9 (33,33)	6 (42,86)
Nada consta	2 (0,54)	3 (9,09)	15 (55,56)	8 (57,14)
Total	372	33	27	14
<b>Presença de arma de fogo</b>				
Não	303 (81,94)	27 (81,82)	10 (39,28)	6 (42,86)
Sim	65 (17,52)	03 (9,09)	-----	01 (7,14)
Nada consta	02 (0,54)	03 (9,09)	17 (60,71)	07 (50,0)
Total	372	33	27	14
<b>Referência ao laudo de Constatação</b>				
Sim	371 (99,73)	30 (90,91)	11 (40,74)	8 (57,14)
Não	1 (0,27)	1 (3,03)	4 (14,81)	---
Nada Consta	---	2 (6,06)	12 (44,44)	6 (42,86)
Total	372	33	27	14

**Tabela 12. Associação das variáveis analisadas segundo o tipo de desfecho (segunda parte)**

Variáveis	Denúncia N (%)	Remessa N (%)	Diligência N (%)	Arquivamento N (%)
<b>Circunstâncias da atividade policial</b>				
Ronda de rotina	306 (82,26)	26 (78,79)	16 (59,26)	9 (64,29)
Notícia anônima	33 (8,87)	2 (6,06)	2 (7,41)	1 (7,14)

Diligência policial	15 (4,03)	1 (3,03)	1 (3,70)	1(7,14)
Operação policial	13 (3,49)	2(6,06)	---	---
Abordagem a visitantes no presídio	5 (1,34)	---	---	---
Nada consta	---	2(6,06)	8 (29,63)	3 (21,43)
Total	372	33	27	14
<b>Como a droga foi encontrada</b>				
Revista pessoal	299 (80,38)	24 (70,59)	9 (33,33)	5 (35,71)
Residência	45 (12,10)	2 (5,88)	2 (7,41)	---
No veículo	6 (1,61)	1 (2,94)	---	---
Próximo ao acusado	8 (2,15)	2 (5,88)	---	5 (35,71)
Entre as partes íntimas	5 (1,34)	---	---	---
Outras	8 (2,15)	3 (8,82)	12 (44,44)	4 (28,57)
Nada consta	1 (0,27)	2(5,88)	4 (14,81)	---
Total	372	33	27	14
<b>Participação em facção</b>				
Bonde do Maluco	17 (4,57)	---	---	---
Caveira	3 (0,81)	---	---	---
Comando da Paz	1 (0,27)	---	---	---
Katiara	3 (0,81)	---	---	---
Referência Genérica	1 (0,27)	---	---	---
Nada Consta	347 (93,28)	---	---	---
Total	372	---	---	---



<b>Situação prisional</b>				
Flagrante	367 (98,66)	15 (45,45%)	14 (55,85)	4 (28,57)
Preventiva	1 (0,27)	---	---	---
Temporária	---	---	1 (3,7)	---
Solto	2 (0,54)	3 (9,09)	2 (7,41)	1 (7,14)
Nada consta	2 (0,54)	15 (45,45)	10 (37,04)	9 (64,29)
Total	372	33	27	14

As tabelas acima mostram que para o desfecho denúncia, que encabeça a forma de atuação processual penal dos promotores de justiça da Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador, predominaram as variáveis sexo masculino (94,09 %), ronda de rotina (82,26%), revista pessoal (80,38). Também foi constatado que a situação de o investigado ter sido preso em flagrante foi uma referência constante nas denúncias, isto é, em 367 casos(98,66%). Foi mencionada a existência de laudo de constatação em 371 (99,73) denúncias.

Esses dados apresentam novos percentuais se essas mesmas variáveis forem analisadas por linha, o que torna possível avaliar qual variável predominou ao serem confrontados os quatro tipos de desfechos.

Com essa forma de observar, a variável sexo masculino aparece em 350 vezes (83,53%) na denúncia contra 32 (7,64%) nos pedidos de remessa, 26 (6,21%) nos pedidos de diligência e 11 (2,63%) nos pedidos de arquivamento. Já a variável ronda de rotina aparece por 306 vezes (85,71%) nos desfechos de denúncia, 26 (7,28%) vezes em relação a pedidos de remessa, 16 (4,48%) para diligência e 9 (2,52%) nos pedidos de arquivamento.

Para a variável revista pessoal, contabilizam-se 299 (88,72%) denúncias em contraste com 24 (7,12%) pedidos de remessa , 09 (2,67%) pedidos de diligências e 5 (1,48%) de arquivamento. Em relação à variável ter sido preso em flagrante, apareceu em 367 (91,75%) denúncias contra 15 (3,75%) pedidos de remessa, 14 pedidos de diligências (3,50%) e 4 (1%) pedidos de arquivamento.

O laudo de constatação também assumiu influência decisiva quanto ao tipo de desfecho escolhido pelo promotor de justiça. Aparece em 371 (88,33%) desfechos de denúncia contra 30 (7,14%) pedidos de remessa, 11 pedidos de diligência (2,62%) e 08 (1,90%) arquivamentos.

Assim, é plausível afirmar que as variáveis sexo masculino, ronda de rotina, revista pessoal, ter sido preso em flagrante e existir laudo de constatação são, pela variação de

percentagem apresentada, decisivas para determinar se o fato se amolda ao tráfico de drogas ou porte de drogas para consumo, prevalecendo a conclusão ministerial, exteriorizada no desfecho denúncia, que o fato se enquadra como tráfico de drogas.<sup>52</sup>

Em relação à variável presença de arma de fogo<sup>53</sup>, embora no universo de análise dos 446 desfechos não tenha sido predominante, porque só foi constada em 70 situações (15,65%-tabela 01), verifica-se que nessas 70 situações houve 65 (92,86%) desfechos de denúncia, 03 (4,29%) pedidos de remessa, seguidos de um 01 (1,43%) pedido de diligência e 01 (1,43%) pedido de arquivamento. Concebível, pois, que a presença de arma de fogo assume forte relevância para que o desfecho final seja uma denúncia por tráfico de drogas.

A variável perseguição policial aparece em 169 casos (45,43%) contra 201 (54,03%) com resultado negativo dos 372 desfechos de denúncia. Nessa comparação, a diferença percentual não é significativa (8,6%), com um leve predomínio, portanto, da resposta negativa.

Porém, ao se aproximar a lente de observação, verifica-se, do total de 176 situações de perseguição policial, que os 169 casos de denúncia assume o percentual de 96,02% contra 2,27% (4) para os pedidos de remessa e 1,70 % (3) para os pedidos de diligência. Isso autoriza a inferência de que, diante da variável perseguição policial (universo de análise menor) vista horizontalmente, isto é, na linha dos quatro tipos de desfechos (denúncias, pedido de remessa, diligências e arquivamento), tende a prevalecer o desfecho denúncia.

Dos 33 pedidos de remessa, em 26 (78,79%) não foi constatada perseguição policial, sendo que dos 27 pedidos de diligência em 15 (55,56%) não houve perseguição, e dos 14 pedidos de arquivamento em 08 (57,14 %) também não houve perseguição, o que fortalece a afirmativa acima no sentido de que a variação da atividade processual penal do Ministério Público é determinada pela intensidade da atividade persecutória da polícia.

Percebe-se que a variável participação em facção criminosa se restringe ao quantitativo de 25 casos (6,72%), o que, no universo de análise dos desfechos, não é representativo. Ocorre que desses 25 casos todos resultaram no desfecho denúncia. Torna-se plausível a conclusão de que o Ministério Público não tem sua rotina de persecução criminal dirigida a organizações criminosas de tráfico de drogas, mas, quando identificada uma facção criminosa ou até mesmo quando feita menção genérica à participação em facção criminosa, tende há forte prevalência do desfecho denúncia.

---

52 Em relação à classificação delitiva prevalente no universo de desfechos, verificar tabela n. 2

53 Considera-se a arma de fogo também estando presente a droga.

Quanto à menção genérica de participação em facção criminosa, que aconteceu em um caso (0,27% - tabela 12), aparece da seguinte forma na denúncia:

Inferese, ainda, da investigação, que os Denunciados estavam associados de forma estável entre si e com Facções Criminosas para a prática de tráfico de drogas, conforme se infere do interrogatório policial do denunciado W. e das mensagens de monitoramento do tráfico reveladas pelos Policiais quando da análise do celular do denunciado A.<sup>54</sup>

As tabelas mostram outros números interessantes. No ciclo de desfechos de denúncias, a variável confissão prevalece com incidência de 189 vezes (50,81%), mas também predomina no universo dos pedidos de remessa, havendo incidido por 24 vezes (72,73%). Assim, é pertinente deduzir que a confissão da posse da droga, por si só, não determina se o desfecho será de denúncia ou pedido de remessa.

Outra análise possível é que quando a variável confissão da posse da droga é lida por linha, o que compreende o universo de 214 casos de confissão, considerando-se todos os grupos de desfechos (denúncia, remessa, diligência e arquivamento), as 189 denúncias que se referiram à confissão do investigado assume o percentual de 88,32%, o que indica, com boa pertinência lógica, que tende a prevalecer o desfecho denúncia quando presente essa variável.

Das 49 situações em que a droga foi encontrada na residência, 45 (91,84%) resultaram em denúncia, duas (4,08%) em pedido de remessa e duas (4,08) em pedido de diligência. Dos 07 casos em que a droga foi encontrada em um veículo, 6 (85,71%) resultaram em denúncias e 1 (14,29%) em pedido de remessa. Dos 10 casos em que a droga foi encontrada próxima o acusado, 8(80%) resultaram em denúncias e 2 em pedidos de remessa (20%).

Dos 5 casos em que a droga foi encontrada nas partes íntimas, todos resultaram em denúncia. Acrescente-se que esses 5 casos se referem a mulheres que tentavam entrar com a droga no presídio.

Com isso, admite-se como verossímil que, para as variáveis droga encontrada na residência, em veículo, próximo ao investigado (a) ou em suas partes íntimas, tende a prevalecer o desfecho denúncia.

Houve um caso em que a denúncia foi feita sem referência ao laudo de constatação. Levaram-se em conta outros aspectos do inquérito policial, como o depoimento dos policiais e o auto de exibição e apreensão. Por se tratar de caso único no grupo das denúncias, transcreve-se parte da denúncia:

A autoria está provada diante do teor dos depoimentos das testemunhas constantes dos autos. A materialidade do fato está consubstanciada no auto de exibição e

---

<sup>54</sup> Deixamos apenas a inicial dos denunciados como forma de preservação de suas identidades.

apreensão de fls. 05. Isto posto, restando a autoria e materialidade delitivas comprovadas pelas testemunhas e auto de exibição e apreensão, conforme peças constantes do Inquérito Policial incluso, verifica-se que, a conduta do denunciado encontra-se tipificada no artigo 14 da Lei n. 10.826/03 e artigo 35 da Lei 11.343/2006 [...]

Essa atitude de denunciar sem o laudo de constatação, mas impulsionado por outros elementos informativos, contraria recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, que entende que:

De acordo com a Lei 11.343/2006, não se admite a prisão em flagrante e o recebimento da denúncia pelo crime de tráfico de drogas sem que seja demonstrada, ao menos em juízo inicial, a materialidade da conduta por meio de laudo de constatação preliminar da substância entorpecente, que configura condição de procedibilidade para a apuração do ilícito em comento (HC 388.361/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 12/05/2017)<sup>55</sup>

Em relação aos pedidos de diligência, de modo geral, teve maior incidência o item “nada consta”, o que indica que o Ministério Público tende a requisitar elementos informativos à autoridade policial quando a atividade investigativa pouco mostra sobre as variáveis apresentadas nas tabelas acima.

### 5.3.2 A faixa etária

A análise dos desfechos mostra que os envolvidos com o tráfico de drogas são em sua maior parte jovens, que estão na faixa etária de 18 a 34 anos, que corresponde, em termos de percentual acumulado, a 62,1% dos casos. No entanto, considerado o percentual de cada faixa etária, prevalece a de 18 a 24 anos (42,15%).

Para as denúncias, a maior incidência ficou na faixa etária de 18 a 24 anos (50,27%). Nos pedidos de remessa, apareceu somente um caso nessa faixa. Para os outros 32, não foi constatada informação sobre a idade, o mesmo acontecendo para os 27 pedidos de diligência e os 14 pedidos de arquivamento.

**Tabela 13– Faixa etária dos investigados**

Faixa etária	Contagem	Porcentagem	Percentual Acumulado
--------------	----------	-------------	----------------------

<sup>55</sup> Uma nota de ordem técnico-jurídica: não concordamos que o aludo de constatação provisório é condição de procedibilidade, porque não qualquer exigência legal nesse sentido.

18 a 24 anos	188	42,15%	42,15%
25 a 29 anos	55	12,33%	54,48%
30 a 34 anos	34	7,62%	62,1%
35 a 45 anos	11	2,47%	64,57%
46 a 60 anos	04	0,90%	65,47%
Mais de 60 anos	01	0,22	65,69%
Nada consta	153	34,30%	100%
Total	446	100%	100%

**Tabela 14 – Relação entre a faixa Etária e tipo de desfecho**

<b>Faixa etária do autor do fato</b>	<b>Denúncia</b>	<b>Remessa</b>	<b>Diligências</b>	<b>Arquivamento</b>
18 a 24 anos	187 (50,27%)	1 (3,03%)	-	-
25 a 29 anos	55 (14,78%)	-	-	-
30 a 34 anos	34 (9,14%)	-	-	-
35 a 45 anos	11 (2,96%)	-	-	-
46 a 60 anos	4 (1,08%)	-	-	-
Mais de 60 anos	1 (0,27%)	-	-	-
Nada consta	80 (21,51%)	32(96,97%)	27 (100%)	14 (100%)
Total	372	33	27	14

Como se vê, é aceitável a conclusão de que os indivíduos submetidos à persecução penal não são “velhos” traficantes de drogas.

### **5.3.3 Antecedentes criminais**

Quanto aos antecedentes criminais, no universo dos 446 desfechos não foi mencionada a existência de condenações com trânsito em julgado.

Aparecem referências a processos criminais em andamento, ora especificamente nas Varas de Tóxicos, ora em outras Varas Criminais. Mas na maior parte dos desfechos não foram citados inquéritos policiais ou ações penais em curso: 322(86,56%) denúncias com “nada consta” para Vara Criminais de Tóxico e 347 (93,28%) denúncias com nada consta para outras Varas Criminais. Porém, no pequeno universo em que foram feitas referências à

existência de ações penais em curso, predominou, com quase exclusividade, o desfecho denúncia (c.f tabelas 15 e 16).

Houve 33 (97,44%) denúncias quando o investigado respondia à ação penal em apenas uma Vara de Tóxicos contra 01 pedido de remessa (2,56%) para esse tipo de situação processual.

Houve 11 (73,33%) denúncias quando o investigado respondia em apenas uma Vara Criminal não especializada em Tóxicos, ao passo que, para esse mesmo perfil de antecedentes, houve 03 (20%) pedidos de remessa e 01 (6,67%) de diligência.

Chama ainda atenção que o termo genérico “vários processos” surge na narrativa de duas denúncias (0,54%), a fundamentar a probabilidade de o réu ser, de fato, traficante de drogas.

**Tabela 15. Relação entre processos que o autor do fato responde em Varas de Tóxicos e tipo de desfechos**

Referência a processos que o autor do fato responde em Varas de Tóxicos	Denúncia	Remessa	Diligências	Arquivamento
Em apenas uma Vara de Tóxicos	38 (10,22%)	01 (3,03%)	-	-
Em duas Varas de Tóxicos	03 (0,81%)	-	-	-
Em mais de duas Varas de Tóxicos	09 (2,42%)	-	-	-
Nada consta	322 (86,56%)	32 (96,97%)	27 (100%)	14(100%)
Total Geral	372(100%)	33(100%)	27(100%)	14 (100%)

**Tabela 16 – Relação entre processos que o autor do fato responde em outras varas criminais e tipo de desfecho**

Referência a números de processos que o autor do fato responde em outras varas criminais	Denúncia	Remessa	Diligências	Arquivamento
Em apenas uma Vara Criminal	11 (2,96%)	03 (9,09%)	01 (3,70%)	-
Em apenas uma Vara do Júri	06 (1,61%)	-	-	-
Em duas Varas Criminais	03 (0,81%)	-	-	-
Em duas Varas do Júri	01(0,27%)	-	-	-
Em três Varas Criminais	01(0,27%)	-	-	-
Em três Varas do Júri	01 (0,27%)	-	-	-
Uso do termo “vários processos”	02 (0,54%)	-	-	-
Nada consta	347 (93,28%)	30 (90,91%)	26 (96,30%)	14 (100%)
Total	372 (100%)	33 (100%)	27 (100%)	14 (100%)

Pode-se afirmar, ainda, que os dados apresentados nas tabelas acima estão associados, de certa forma, à mesma base de pensamento que autorizou o primeiro enunciado do Concrim do Ministério Público do Estado da Bahia, que é um Conselho de Promotores e Procuradores de Justiça, os quais, após debates em reunião, estabelecem enunciados não vinculativos para pautar a atuação institucional na seara criminal. Transcreva-se esse enunciado:

No que concerne à aplicabilidade do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, a dedicação do agente a atividades criminosas pode ser extraída de elementos como a quantidade, diversidade e natureza do entorpecente apreendido, da existência de condenações sem trânsito em julgado, ações penais e inquéritos policiais em curso, bem como de procedimentos investigatórios criminais, como obstáculo à concessão do referido benefício.

Esse enunciado contou com aprovação unânime em reunião realizada no dia 29 de maio de 2015. Percebe-se que o pensamento institucional do Ministério Público da Bahia está voltado para a criação de obstáculos a fim de que não seja caracterizado a figura do tráfico privilegiado (art. 33,§4º, da Lei n. 11.343/2006). Além de considerar ações penais e inquéritos policiais em curso para a não concessão do benefício de redução de pena previsto no art. 33,§4º, em violação expressa ao art. 5, inciso LVII, da CF/88, que trata da presunção de inocência, a instituição traz empecilhos não estabelecidos pela norma processual penal especia.

Para que fique claro, o artigo 33,§4º, da Lei n. 11.343/2006 apenas diz que o agente será beneficiado da redução de pena de um sexto a dois terços se for primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Diga-se uma vez mais: o pensamento institucional ignora o respeito constitucional ao princípio de presunção de inocência promovido pela súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça, que diz que é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Ignora a definição de organização criminosa trazida pela Lei n. 12.850/2013 (art. 1º, §1º), para a qual considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Enfim, havendo antecedentes criminais, que não precisam derivar de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, bastando que haja, no mínimo, um processo criminal

em andamento, específico ou não de tráfico de drogas, tende a prevalecer o desfecho denúncia por tráfico de drogas.

### 5.3.4 Muito ou pouco dinheiro?

A maior parte dos investigados foi presa em flagrante devido a rondas de rotina da polícia. De modo geral, foram denunciados pela prática do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Sendo assim, questiona-se se esses cidadãos, rotulados inicialmente como traficantes de drogas pela polícia, estavam portando, além de drogas, algum dinheiro e qual a faixa de valores predominante em relação às quantias por eles apresentadas.

As tabelas a seguir mostram que as quantias apreendidas em poder dos autuados não são representativas de altos valores. Apenas 7 (1,56%) casos acima de R\$ 1.000,00 foram registrados.

A faixa predominante foi a de valores até R\$ 50,00 (18,44%), embora em 280 desfechos não tivesse sido feito referência a qualquer valor (62,22%). O desfecho predominante quando o dinheiro está associado à droga é a denúncia. Observe-se, porém, que mesmo quando o dinheiro não aparece – que são os 219 “nada consta” (58,24%)- houve o desfecho denúncia.

As denúncias se concentraram na faixa de valores de até R\$ 50,00 (21,01%)

**Tabela 17: Faixa de valores combinado com a presença de droga**

Faixa de valores	Contagem	Porcentagem	Percentual Acumulado
Até R\$50,00	83	18,44%	18,44%
Acima de R\$ 50,00 até R\$ 100,00	35	7,78%	26,22%
Acima de R\$ 100 até R\$200	22	4,89%	31,11%
Acima de R\$ 200 até R\$ 300	09	2,00%	33,11%
Acima de R\$ 300 até R\$400	06	1,33%	34,44%
Acima de R\$400 até R\$ 500	04	0,89%	35,33%
Acima de R\$ 500 até R\$1.000	04	0,89%	36,22%
Acima de R\$ 1.000	07	1,56%	37,78%
Nada Consta	280	62,22%	100%
Total	446	100%	100%



**Tabela 18: Relação entre faixa de valores combinado com a presença de droga e tipo de desfecho**

Faixa de valores	Denúncia	Remessa	Diligências	Arquivamento
Até R\$50,00	79 (21,01%)	1 (3,03%)	1(3,70%)	2 (14,29%)
Acima de R\$ 50,00 até R\$ 100,00	31 (8,24%)	2 (6,06%)	1 (3,70%)	1 (7,14%)
Acima de R\$ 100 até R\$200	17 (4,52%)	4 (12,12%)	-	1 (7,14%)
Acima de R\$ 200 até R\$ 300	09 (2,39%)	-	-	-
Acima de R\$ 300 até R\$ 400	06 (1,60%)	-	-	-
Acima de 400 até R\$ 500	04(1,06%)	-	-	-
Acima de R\$ 500 até R\$1.000	04 (1,06%)	1 (3,03%)	-	-
Acima de R\$ 1.000	07 (1,86%)			
Nada consta	219 (58,24%)	25 (75,76%)	25 (92,59%)	10 (71,43%)
Total	372 (100%)	33 (100%)	27 (100%)	14 (100%)

Percebe-se também que acima da faixa de R\$ 200, 00 decai a variação de desfecho, com domínio do desfecho denúncia e apenas uma situação de pedido de remessa, situada na faixa de R\$ 500,00 a R\$ 1.000,00.

Nesse caso de pedido de remessa, no qual foi requerida a desclassificação do art. 33, caput, para o art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, o valor apreendido foi de R\$ 754,30 reais e o agente do fato estava com 47,80 gramas de maconha, divididas em duas porções, encontradas em seu veículo quando passou por blitz policial. Transcreva-se parte do parecer:

Os Policiais constataram que o Flagranteado trazia consigo a importância de R\$ 754,30 (setecentos e cinquenta e quatro reais e trinta centavos) e a quantidade de 47,80 g (quarenta e sete gramas e oitenta centigramas), em forma de erva seca, distribuída em 2 (dois) porções, ambas acondicionadas em papel pautado branco, no interior de um saco plástico, conforme Auto de Exibição e Apreensão de f.08.

Interrogado pela Autoridade Policial (fl. 10), o Indiciado confirmou a posse e propriedade dos entorpecentes, negando, todavia, ser traficante de drogas. Discorreu que, após sair do trabalho, no Mercado Modelo, passou em frente ao Elevador Lacerda e comprou cinquenta gramas de maconha para uso próprio, em virtude ser usuário do referido entorpecente desde os 17 anos; que a droga custou o equivalente a R\$100,00 (cem reais) e que a importância de R\$ 754,30 (setecentos e cinquenta e quatro reais e trinta centavos) havia retirado de sua conta-corrente e poderia comprovar.

A droga apreendida foi periciada, tendo o Laudo Pericial Preliminar de f. 16, concluído que se tratava de maconha, substância psicotrópica de uso proscrito no Brasil, na quantidade de 47,80 g (quarenta e sete gramas e oitenta centigramas), em forma de erva seca, distribuída em 2 (dois) porções, ambas acondicionadas em papel pautado branco, no interior de um saco plástico.

Dessa forma, verifica-se que as circunstâncias e o contexto da prisão (durante blitz), além da quantidade, não são indicativos da prática do crime de tráfico de drogas.

Além da pequena quantidade, nenhum apetrecho relacionado ao tráfico foi apreendido. Ademais, não houve confissão extrajudicial e nenhuma testemunha aponta o Indiciado como traficante.

**Em consulta ao sistema e-SAJ e ao Portal SSP não detectamos nenhuma ação penal contra o Indiciado.**

Para a deflagração da ação penal com a sua conseqüente tipificação, há necessidade de justa causa, a ser aferida pela presença do *fumus boni iuris*, sendo que no caso concreto, não há indícios suficientes de que o crime praticado se amolda ao tipo penal previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006. **A deflagração de uma ação penal, com a conseqüente movimentação da máquina judiciária, após a instrução criminal, certamente, ao seu final, ensejaria uma sentença de desclassificação para uso. (grifo nosso)**

O valor de dinheiro apresentado (R\$ 754,00) é abafado argumentativamente por outros critérios elencados pelo Ministério Público: a inexistência de confissão extrajudicial e de testemunhas, a pequena quantidade de droga, inexistência de ações penais em curso e de apetrechos relacionados ao tráfico de drogas, a circunstância de a droga ter sido apreendida em blitz policial e, por fim, a desclassificação delitiva em perspectiva. Com essa última razão, o Ministério Público, em prognose, visualiza que, ao final da instrução criminal, haverá forte probabilidade de que a conduta seja desclassificada para o art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, e, portanto, deixa de propor denúncia pelo art. 33.

É uma perspectiva interessante e que condiz com o uso proporcional da ação penal, mas que, em termos práticos, aparece silenciada pela rotina de produção de denúncias. Mais uma ideia de boa prática processual penal que não consegue visibilidade necessária para “inovar” no âmbito do Ministério Público da Bahia a forma de pensar a ação processual penal para os crimes de tráfico de drogas.

As tabelas apontam para a afirmação de que os sujeitos envolvidos com tráfico de drogas, submetidos ao etiquetamento criminal do Ministério Público da Bahia, não ostentam a fortuna e condições de vida luxuosas que a *mass media* costuma atrelar ao tráfico de drogas.

Com propriedade, Orlando Zaccane (2015, p. 23) observa que “um simples olhar pelos milhares de presos condenados por esse crime revela que, apesar de participarem do comércio ilegal de substância entorpecente, não passam daquilo que o criminólogo norueguês Nils Christie denominou de ‘acionistas do nada’, porque na realidade são “mulas” e “aviões” que nunca terão efetiva participação nos lucros daqueles que têm efetivamente poder econômico no comércio de drogas ilícitas.

Portanto, é possível afirmar que, embora não esteja vinculado à presença de dinheiro para realizar a caracterização delitiva de tráfico ou porte de drogas para consumo, o Ministério Público, nas ocorrências em que foi apreendido dinheiro, cuja faixa predominante foi de valores até no máximo R\$ 50,00, optou pelo desfecho denúncia.

### 5.3.5 A variação dos desfechos em razão da quantidade, tipo e combinação de drogas

Foi esclarecido (item 5.2.5) que, diante da forma como o material empírico se apresentou, apenas para as drogas maconha, cocaína e crack, quando apareceram de forma isolada, foi possível estabelecer um filtro através da gramatura da droga. Quando houve combinação de drogas, de dois ou mais tipos, a informação apareceu com referências a porções, tabletes, saquinhos, pedras ou dessa forma conjugada com a gramatura obtida eventualmente para algum tipo de droga. Ainda assim, optou-se por elaborar uma tabela para verificar como se deu a variação do desfecho do Ministério Público nas hipóteses em que as drogas aparecem combinadas, independentemente do peso exato.

As faixas de drogas usadas nesta pesquisa tiveram como referência as que foram usadas em outras pesquisas empíricas sobre drogas, como a desenvolvida por Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende (2011), *A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal*, e a coordenada por Luciana Boiteux e outros pesquisadores no âmbito da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, *Tráfico e Constituição – Série Pensando o Direito* (2009).

As tabelas abaixo mostram que a faixa de drogas predominante tanto para a maconha (27,19%) quanto para cocaína (45,54%) foi de 10g a 50g no que se refere ao desfecho denúncia, sendo que para o crack a faixa que se ressaltou foi a de 01g a 10g (36,59%).

Nessa faixa de 10g a 50g, em relação à maconha, houve 11 (25,58%) pedidos de remessa e um (2,33%) de arquivamento contra 31 (72,09%) desfechos de denúncia. Para a cocaína, teve-se com exclusividade o desfecho denúncia (100%), o mesmo para crack quando considerado nessa faixa.<sup>56</sup>

Diferentemente da maconha, percebe-se que tanto para cocaína quanto o crack, os quais possuem o mesmo princípio ativo, procedeu-se exclusivamente ao desfecho denúncia em todas as vezes que a droga se apresentou em quantidade superior a 10g. Permite-se inferir, portanto, que, à medida que o tipo de droga apreendido é mais lesivo ao humano (drogas pesadas), tende a aparecer o desfecho denúncia como resposta a essa situação.

Para a maconha, droga mais popular, a segunda faixa que se destaca é a de 50g a 100g, com 28 (90,32%) denúncias em contraste com 03 (9,38%) pedidos de remessa e um (3,13%) de arquivamento.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Para obtenção desses percentuais, a variável de faixa de drogas de 10g a 50g foi lida por linha, o que alcança, a um só tempo, os subgrupos denúncia, remessa, diligências e arquivamento.

<sup>57</sup> Para obtenção desses, a variável de faixa de drogas de 10g a 50g foi lida por linha, o que alcança, a um só tempo, os subgrupos denúncia, remessa, diligências e arquivamento.

Houve ao menos um caso de denúncia por tráfico de drogas para 1g de quaisquer dessas drogas (maconha, cocaína, crack), quantidade ínfima, que, ao nosso sentir, deveria resultar em arquivamento dos autos por ser insignificante ou resultar, numa solução mais ortodoxa, em desclassificação para porte de droga para consumo próprio (art. 28, §§1º e 2º, da Lei n. 11.343/2006).

Para essas mesmas drogas, aos menos uma dezena de denúncias foi elaborada sem que tenha sido verificado o peso da droga, o que contraria as determinações do art. 41 do CPP, que pede que o fato seja narrado na denúncia com todas as suas circunstâncias. É o que pode ser extraído do quantitativo do item “nada consta”.

Não houve desfechos de arquivamento para a droga cocaína. Foi registrado apenas um desfecho de arquivamento para a droga crack, porém nada constou sobre o peso da droga.

Dos quatro arquivamentos relacionados à droga maconha, apenas um se encontra na faixa de droga de 1Kg a 10kg. Foi o caso em que, mesmo tendo sido apreendida a quantidade 4.900g de maconha, não se identificou a autoria delitiva.

Abaixo, temos as seguintes tabelas:

**Tabela 19: Variação dos desfechos em razão da droga apreendida – maconha**

Quantidade	Denúncia	Remessa	Diligências	Arquivamento
Até 1 g	1(0,88%)	-	-	-
De 1 g a 10 g	3 (2,63%)	1 (5,00%)	-	-
De 10 g a 50 g	31 (27,19%)	11 (55%)	-	1 (25%)
De 50 a 100g	28 (24,56%)	3 (15%)	-	1(25%)
De 100 g a 1 kg	27 (23,68%)	-	-	-
De 1 kg a 10 kg	6 (5,26%)	-	1(25%)	1(25%)
De 10 kg a 100 kg	4 (3,51%)	-	-	-
Mais de 100 Kg	-	-	-	-
Nada consta	14 (12,58%)	5 (25%)	3 (75%)	1(25%)
Total	115 (100%)	18 (100%)	4 (100%)	4 (100%)

**Tabela 20: Variação dos desfechos em razão da droga apreendida - cocaína**

Quantidade	Denúncia	Remessa	Diligências	Arquivamento
Até 1 g	02 (3,08%)	-	-	-
De 1 g a 10 g	08 (12,31%)	01 (100%)	-	-
De 10g 50g	27 (41,54%)	-	-	-

De 50g a 100 g	11(16,92%)			
De 100 g a 01 kg	05 (7,09%)	-	-	-
De 1 kg a 10 kg	02 (3,08%)	-	-	-
De 10 kg a 100 kg	-	-	-	-
Mais de 100 Kg	-	-	-	-
Nada consta	10 (15,38%)	-	-	-
Total	65 (100%)	01 (100%)	-	-

**Tabela 21 - Variação dos desfechos em razão da droga apreendida - Crack**

Quantidade	Denúncia	Remessa	Diligências	Arquivamento
Até 1 g	01 (2,44%)	01 (50%)	-	-
De 1 g a 10 g	15 (36,59%)	01 (50%)	01(100%	-
De 10 g a 50g	10 (24,39%)	-	-	-
De 50g a 100g	1(2,44%)			
De 100 g a 1 kg	-	-	-	-
De 1 kg a 10 kg	1 (2,44%)	-	-	-
De 10 kg a 100 kg	-	-	-	-
Mais de 100 Kg	-	-	-	-
Nada consta	13 (31,71%)	-	-	1 (100%)
Total	41 (100%)	2 (100%)	1(100%)	1 (100%)

Essas tabelas tornam plausível a conclusão de que a persecução penal em juízo desenvolvida pelos promotores de justiça da Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador se concentra em faixas de droga facilmente atribuíveis à condição de usuário e, quando muito, à condição de pequeno traficante (art. 33,§4, da Lei n. 11.343). Mais uma vez, recorde-se a pesquisa feita pelo Observatório da Defensoria Pública do Estado da Bahia (2014, p. 68), que também dá suporte ao que se acaba de afirmar:

Nas jurisdições que autorizam ou toleram o consumo de *cannabis* para fins recreativos (Uruguai, Portugal, estados norte-americanos do Colorado, de Washington, do Oregon, do Alasca e o Distrito de Colúmbia), a quantidade limite de posse varia entre 1 e 2 Oz (uma e duas onças), o que equivale, no sistema métrico, a 28,35 a 56,7g. Portanto, pode-se julgar que os sujeitos flagrados, sob a acusação de tráfico, na posse de até 50g de maconha, tinham consigo quantidade perfeitamente compatível com a condição de usuário.

De acordo com a Pesquisa Nacional sobre Uso de Crack, realizada pela Fundação Fio Cruz e o Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde (2014, p. 62), revela-se que “ no Brasil, os usuários de crack e/ou similares referem consumir, num dia `normal` (padrão) de uso, 13,42 pedras/porções destas drogas (IC95%: 11,97- 14,88g)”. Ao

dialogar com essas informações, o Observatório da Defensoria Pública (2014, p. 68) concluiu que “é possível estimar que, apesar das limitações, o consumo médio individual diário da substância varia de 3,51g a 14,66g, o que demonstra, com segurança, que os indivíduos presos em flagrante, sob a acusação de tráfico, na posse de até 10g de crack, tinham consigo quantidade de droga perfeitamente compatível com a condição de usuário”.

Juliana de Oliveira Carlos (2005, p. 7), em pesquisa sobre política de drogas e encarceramento em São Paulo, divulgada pelo Consórcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC), explica que a quantidades-limite podem se utilizadas para diversos fins, como saber o caso é de tráfico de drogas ou porte para consumo pessoal, definir se a infração deve ser retirada da justiça criminal e auxiliar na determinação das penas aplicáveis ao tráfico de drogas, o que não impede sejam utilizados outros critérios previstos em lei.

Portanto, na faixa de drogas (de 10 a 50g) em que frequentemente atua a equipe de crimes de tóxicos de Salvador, encaixa-se a reflexão de que “talvez seja menos onerosa aos direitos e às garantias fundamentais, em havendo dúvida sobre a identificação do fato como tráfico ou uso próprio, a opção pela imputação do art. 28 da Lei de Drogas”, o que não impede que, em momento posterior, quando houver novos elementos probatórios, se proceda ao aditamento da denúncia. (CARVALHO, 2014, p. 303)

Como foi dito no início, não é só a quantidade e o tipo de droga que interfere no tipo de desfecho do Ministério Público. A tabela a seguir permite uma leitura interessante sobre qual tipo de desfecho pode ocorrer a depender das combinações de tipos de drogas.

**Tabela 22: Variação dos desfechos em razão da combinação de drogas apreendidas <sup>58</sup>**

Combinações	Denúncia	Remessa	Diligências	Arquivamento	Total
Cocaína e maconha	56(93,33%)	02(3,33%)	02 (3,33%)	-	60 (100%)
Crack e maconha	38(86,36%)	02(4,55%)	01(2,27%)	03 (6,82%)	44 (100%)
Crack e cocaína	24 (88,89%)	02 (7,41%)	01 (3,7)%	-	27 (100%)
crack, cocaína e maconha	29(90,63%)	-	01(3,23%)	01 (3,23%)	31 (100%)
crack, cocaína, LSD e maconha	01 (100%)	-	-	-	01 (100%)
crack, cocaína, maconha e haxixe	01 (100%)	-	-	-	01 (100%)
Crack, Ecstasy e maconha	01 (100%)	-	-	-	01 (100%)

<sup>58</sup> Para essa tabela, os percentuais foram estabelecidos considerando-se a leitura das variáveis por linha.

Lendo-se os tipos de combinações por linha, isto é, sem ser por grupo isolado de desfecho, constata-se que prevaleceu o desfecho denúncia, com média acima de 85%, quando houve a combinação de duas ou mais drogas, sendo que a partir da combinação de quatro drogas, o desfecho denúncia teve caráter de exclusividade.

Portanto, bem pertinente a afirmação de que a combinação de drogas é um elemento de forte relevância para que se opte pelo desfecho denúncia.

#### 5.4 OS VOCABULÁRIOS DE MOTIVOS DOS DESFECHOS

Seja qual for o desfecho adotado pelo Ministério Público diante de uma investigação preliminar, verificar-se-á uma ação institucionalizada, que, por imposição constitucional, deve de ser motivada (art. 93, inciso IX, da CF/88). O que se pretende nesse item não é fazer, através da técnica de análise do discurso, um destrinchamento dos dizeres institucionais materializados nas denúncias, pedidos de remessa, de diligências e arquivamentos.

Intenta-se esboçar um possível vocabulário de motivos que integra cada um desses tipos de ações institucionais e tentar extrair quais perspectivas teóricas estariam conectadas a esses “quereres<sup>59</sup>” do Ministério Público quando em análise uma situação-problema de tráfico de drogas. Far-se-á essa tentativa, porém ciente de que, “nesse campo da narrativa judicial, é preciso trabalhar com escrupulo, seja buscando as possibilidades de abertura ao horizonte do autor, seja indicando os obstáculos à compreensão de sua mensagem””. (VARGAS, 2011, p. 109)

Foi possível traçar um perfil das demandas de tráfico de drogas que chegam ao Ministério Público, geralmente o autor do fato está na faixa de idade de 18 a 24 anos de idade, com droga em quantidade de 10g a 50g (maconha e cocaína) ou de 1g a 10g (crack), morador de zona periférica, trabalhador informal, abordado em bairros periféricos, com quantia de dinheiro até R\$ 50,00, encontrado nas ruas de Salvador.

Essa singela construção do tipo e situação social daquele que é denunciado pelo Ministério Público só se torna viável porque as situações-problema levadas ao Poder Persecutório são demandas criminais repetitivas, que acabam sendo resolvidas por modelos de pensamento, de atuação e elaboração de peças jurídicas que atendem à praticidade de se produzir números estatísticos e indicar certa eficiência quantitativa. Os relatórios das Corregedorias dos Ministérios Públicos e do Conselho Nacional do Ministério Público

59 Expressão inspirada na música “O quereres”, de Caetano Veloso.

atestam o quanto é importante que a atividade institucional seja desenvolvida predominantemente sob o viés quantitativo.

Os modelos de peças jurídicas (denúncias, pedidos de remessa, de diligências e arquivamento) são convenientes para o dia a dia da ação institucional e acabam por incorporar um repertório de justificativas jurídicas que, ao se tratar do âmbito penal, não passaram por uma discussão prévia e aberta sobre o desenvolvimento de uma persecução penal estratégica pelo Ministério Público. Mas que, por outro lado, contaram, possivelmente, com o assentimento da maior parte dos promotores de justiça que exercem o chamado “combate ao tráfico de drogas” no Ministério Público da Bahia. Essa concordância - pode-se pensar dessa forma - oficializa *a posteriori* e indiretamente - o modelo de persecução penal que atenda à produção daqueles números persecutórios exigidos pela Corregedoria e pelo CNMP.

Aparece uma gramática mínima para que se possa acusar por tráfico de drogas, com seu próprio vocabulário de motivos, incorporados ao modelos de peças jurídicas produzidos por alguns promotores de justiça e transferidos ao demais.

Esses motivos seriam pessoais? Coletados de cada acusador público? Não. São motivos apresentados pelo subsistema de persecução penal no campo do tráfico de drogas, a serviço de um controle social punitivo priorizado pelo Ministério Público.

Não se pode esquecer que o Estado é, no mínimo, uma realidade de dupla face, decorrente de um progresso na direção de um grau de universalização superior (deslocalização, desparticularização etc) e, ao mesmo tempo, de um progresso rumo à monopolização, à concentração do poder e à constituição das condições de uma dominação central”. (BOURDIEU, 2014, p. 297)

Para se ir à frente com o propósito anunciado nesse item, informa-se que a expressão vocabulário de motivos foi retirada do texto do professor Charles Wright Mills (2016), com o título “Ações Situadas e Vocabulários de Motivos”. Teve-se conhecimento sobre a existência desse texto após a leitura do artigo de Mariana Raupp (2015) - “As pesquisas sobre o *sentencing*: disparidade, punição e vocabulários de motivos”, cujas ideias conduzem à reflexão de que existem vocabulários de motivos que contextualizam a ações do Ministério Público no campo penal.

Charles Wright Mills(2016, p. 01-09) explica que o tema vocabulários de motivos promove uma mudança de perspectiva na sociologia da linguagem, porque, ao deixar de enfatizar aspectos motivacionais particulares do indivíduo em si, busca abordar o comportamento linguístico observando sua função social de coordenação de várias ações humanas no convívio social.



Afirma que, “institucionalmente, situações diferentes possuem diferentes vocabulários de motivos apropriados para os seus respectivos comportamentos”, e que, através desses vocabulários, vários tipos de controles sociais são realizados. Exemplifica com os vocabulários de motivos criados pelas instituições religiosas desde o período pré-socrático e que são vocabulários de motivos morais, que tem poder explicativo em várias seitas religiosas. Repete, a chamar a atenção do leitor, que “práticas institucionais e seus vocabulários de motivos exercem o controle sobre faixas delimitadas de situações possíveis”.

Portanto, “o vocabulário de motivos é assim uma justificação aceita que merece consideração sociológica exatamente porque permite observar a concorrência entre os vocabulários de motivos e questionar por que uns são mais estáveis e dominantes do que outros.”(RAUPP, 2015, p. 186)

Com esses conceitos, alguns trechos dos desfechos analisados podem representar os vocabulários de motivos que integram as ações institucionais diferenciadas do Ministério Público no processo penal de drogas: denunciar, requerer a desclassificação para o art. 28, requisitar diligências e requerer o arquivamento.

#### **5.4.1 Denúncia e vocabulários de motivos: várias palavras para uma única forma de acusar**

Para as 372 denúncias oferecidas pelo Ministério Público, apareceram, com forte constância, como argumentos incorporados à narrativa de acusação por tráfico de drogas, os seguintes elementos textuais: as circunstâncias da prisão, a distribuição da droga, a forma de acondicionamento, a quantidade, a confissão extrajudicial e os depoimentos prestados no inquérito policial. Eventualmente, esses argumentos eram reforçados por outros, como a presença de quantia em dinheiro, prévias notícias anônimas, mensagens de celulares e petrechos destinados ao comércio de drogas.

São argumentos que, de certa forma, já estão estabilizados na perspectiva de acusação desenvolvida pelo Ministério Público e gozam de aceitabilidade suficiente no sistema de justiça criminal, para se afirmar, mesmo quando ausente o rigor técnico-jurídico necessário à elaboração de denúncias, que a denúncia por tráfico de drogas é uma opção válida.

A bem da verdade, as narrativas dos fatos, em regra, são finalizadas com uma síntese textual que enlaça genericamente esses argumentos para concluir que houve tráfico de drogas. Abaixo, trazemos três exemplos desse estilo narrativo:

As circunstâncias da prisão, assim como, a quantidade, a diversidade e a forma como as drogas se encontravam acondicionadas, não deixam dúvidas de que a droga apreendida com o acusado destina-se ao tráfico de entorpecentes.

Todas as circunstâncias do fato revelam a mercancia ilícita: o local onde ocorreu o flagrante; a postura do acusado; as substâncias apreendidas e respectivas quantidade e forma de acondicionamento; os depoimentos e declarações obtidas no curso do inquérito policial; enfim, as características que cercaram evento demonstram a destinação da droga para fins de tráfico, subsumindo-se o comportamento do denunciado a uma das múltiplas condutas do crime de tráfico de drogas

As circunstâncias da prisão, o entorpecente apreendido, a apreensão de petrechos relacionados ao comércio de entorpecentes e o conteúdo das denúncias anônimas confirmam que a mencionada substância ilícita apreendida destinava-se ao tráfico ilícito de drogas

**Embora a quantidade de drogas apreendidas não seja extremamente vultosa, trata-se de praxe habitual no tráfico realizado nas ruas desta capital, quando o traficante mantém consigo e seus pequenos vendedores uma quantidade mínima, objetivando, assim, menor prejuízo, acaso haja apreensão policial ou, mesmo, uma briga com grupos rivais.**

**As provas colhidas durante o procedimento preliminar revelam o tráfico. Todas as circunstâncias do fato: o local onde ocorreu o flagrante; a postura do acusado; as substâncias apreendidas e respectivas quantidade e forma de acondicionamento; os depoimentos e declarações obtidas no curso do inquérito policial; enfim, as características que cercaram o fato demonstram a destinação da droga para fins de tráfico, subsumindo-se o comportamento do denunciado a uma das múltiplas condutas do crime de tráfico de drogas (grifo nosso)**

É dessa forma, com referência a “categorias” genéricas e carregadas valorativamente de preconcebidas tensões sociais, como as expressões “o local onde ocorreu o flagrante” e a “postura do acusado”, que se estabiliza o padrão de acusação por tráfico de drogas. Também fica claro a certeza que o inquérito policial gera para aquele que acusa, pois o promotor de justiça se refere ao que foi produzido no inquérito policial através do vocábulo prova, apropriado a processos judiciais submetidos ao contraditório, e não a fases tipicamente inquisitoriais como o inquérito policial.

Nesse contexto, parece bem proveitosa a sugestão de Lenio Streck, que aposta na semiótica jurídica como método crítico do discurso jurídico-dogmático, o qual, muitas vezes, aparece como fato impeditivo/obstaculizante do Estado Democrático de Direito, transformando-se em uma espécie de censura significativa. O referido autor adverte que “o discurso jurídico dado não está desvinculado de sua fonte de produção, que é o grupo

dominante da sociedade, sendo instrumento de poder desse grupo. Daí a necessidade de se descobrir essa ideologia inscrita no discurso Direito Positivo.” (2005, p. 182).

#### **5.4.2 Pedidos de remessa e vocabulários de motivos: a pequena quantidade de drogas que também serve para denunciar**

Dos 33 pedidos de remessa, apenas dois foram motivados por falta de atribuição para apreciar a matéria em razão de o fato ter sido consumado em outra cidade. Os demais foram motivados por divergência com a tipificação feita no indiciamento da autoridade policial, que sugeriu a prática do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, mas o Ministério Público entendeu que seria hipótese do art. 28, caput, da referida Lei.

O esboço de um vocabulário de motivos para esses casos também se apresenta interessante, o qual deve ser lido em contraste com o padrão de acusação que se firmou na Equipe de promotores de Crimes de Tóxicos de Salvador. A expressão pequena quantidade, com as naturais variações adjetivas da língua portuguesa (irrelevante quantidade, ínfima quantidade e insignificante quantidade), apareceu nos 31 pedidos de remessa com classificação delitiva para o art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006.

Observa-se que, apesar de ter sido mencionado nos pedidos de remessa, o argumento “pequena quantidade” não apareceu como motivo exclusivo para determinar que os autos fossem remetidos para os Juizados Especiais Criminais. Esteve sempre associado às seguintes ideias-chaves: “inexistência de outras pessoas próximas ao local da prisão que denotem a ocorrência da prática de tráfico pelo indiciado” ou de que “nenhum apetrecho relacionado ao tráfico foi apreendido” ou que “não foi encontrada arma de fogo e dinheiro” ou “não foi realizado pela polícia um trabalho de campo antes da abordagem”.

As transcrições abaixo indicam, portanto, que os pedidos de remessa alinham, no plano discursivo, dois grupos de motivos para que haja a desclassificação para o art. 28 – a pequena quantidade da droga e a ausência de atos de investigação sobre outros elementos que pudessem caracterizar o tráfico de drogas (inexistência de busca e apreensão, monitoramento telefônico, realização de diligências ulteriores etc). Veja-se como esses motivos aparecem nos desfechos de remessa:

Fora isso, nenhuma outra diligência, a fim de se coletarem dados sobre possível traficância, se fez procedida. Diversas são as medidas processuais existentes, capazes de ensejar a colheita de informações, cujo acesso não poderia acontecer, salvo por ordem judicial. Contudo nada disso foi providenciado. Vê-se que não há

um trabalho de vigilância – móvel ou fixa – não foi pedida quebra de sigilo telefônico; busca e apreensão, etc. Inegável, igualmente, que a quantidade de drogas apreendidas é pequena e própria, considerando os outros elementos, ao consumo.

No caso presente, as circunstâncias que cercaram o fato levam a concluir pela guarda ou posse de droga, porém com o fim de uso próprio. Não foram arregimentadas quaisquer evidências relacionadas ao tráfico de drogas ou delitos afins. Não se procedeu a outras medidas de investigação, embora as circunstâncias descritas no auto de prisão em flagrante contribuíssem, mas cujos elementos fornecidos são tão vagos, que não permitem a formação da justa causa. Necessário atentar-se para a natureza das substâncias e sua irrelevante quantidade. O bem jurídico tutelado pelo artigo 33 da Lei de Drogas não foi violado. Ao contrário, a quantidade da droga apreendida, as circunstâncias do fato, apontam que as substâncias eram direcionadas ao consumo pessoal.

As circunstâncias e o contexto da prisão, além da quantidade, não são indicativos seguros da prática do crime de tráfico de drogas. Além da pequena quantidade, nenhum apetrecho relacionado ao tráfico foi apreendido. Também não há notícia de movimento de usuários/consumidores no local que pudessem estar adquirindo a droga com o Indiciado. Ademais, não houve confissão extrajudicial quanto ao tráfico, mas somente quanto ao uso, e nenhuma testemunha aponta o Indiciado como traficante.

No caso em análise, em que pese a impressão colhida pelos policiais de que a droga poderia destinar-se ao tráfico, tal circunstância, isoladamente, não induz à assertiva de que a droga encontrada com o Indiciado destinava-se àquela atividade, notadamente em razão da ínfima quantidade que foi apreendida e a ausência de circunstâncias outras indicativas daquela ação.

A referência à natureza da droga apreendida se deu em apenas cinco desfechos de remessa, que dizem respeito à apreensão de maconha. Autoriza-se a impressão de que a natureza da droga não é um motivo forte para determinar a desclassificação para o artigo 28.

Afinal, o que seria essa pequena, irrelevante, ínfima (termos usados nos desfechos) quantidade de drogas?

Ao se analisar os pedidos de remessa em que as drogas maconha, cocaína e crack aparecem isoladas e com gramatura expressa – o que representa o quantitativo de 20 (64,52%) casos no universo de 31 pedidos de desclassificação, chega-se às seguintes tabelas:

**Tabela 23 - Quantidade de maconha por desfecho de remessa**

<b>Faixa de droga</b>	<b>Pedidos de Remessa</b>
Até 5g	01 (25%)
De 5g até 10g	-
De 10g a 20g	06 (30%)
De 20g a 30g	05 (25%)

De 30g a 40g	-
De 40g a 50g	02 (10%)
De 50g a 60g	01 (5%)
Nada consta	05 (25%)
Total	20 (100%)

**Tabela 24-Quantidade de cocaína por desfecho de remessa**

<b>Faixa de droga</b>	<b>Pedidos de Remessa</b>
Até 5g	01 (100%)
De 5g até 10g	-
De 10g a 20g	-
De 20g a 30g	-
De 30g a 40g	-
De 40g a 50g	-
De 50g a 60g	-
Nada consta	-
Total	01(100%)

**Tabela 25. Quantidade de crack por desfecho de remessa**

<b>Faixa de droga</b>	<b>Pedidos de Remessa</b>
Até 5g	02 (100%)
De 5 até 10g	-
De 10g a 20g	-
De 20g a 30g	-
De 30g a 40g	-
De 40g a 50g	-
De 50g a 60g	-
Nada consta	-
Total	02 (100%)

Como se vê, para a maconha, em que houve predomínio da faixa de 10g a 20g, até 60 gramas a quantidade de droga pode ser adjetivada de pequena. Para a cocaína e o crack, a faixa é de 5 gramas. Lembremos, porém, que para essas mesmas quantidades, quando em

comparação os números e percentuais de desfechos de denúncias, pedidos de remessa, de diligências e arquivamento, prevaleceu o desfecho denúncia.

Portanto, essa noção de pequena quantidade só pode ser visualizada se considerada no grupo de pedidos de remessa, porque muitas denúncias também foram feitas a partir desses referenciais quantitativos, o que aponta para um amplo poder discricionário persecutório atribuído ao Ministério Público para definir o que é tráfico de drogas e o que não é.

#### **5.4.3 Pedidos de diligências e vocabulários de motivos: para além da materialidade e autoria delitivas, outras perguntas que poderiam ser feitas pelo Ministério Público**

Os requerimentos de diligências complementares exercidos pelo Ministério Público apareceram relacionados à falta de prova técnicas (laudos toxicológicos, perícia em armas de fogo e celulares), à necessidade de esclarecimento da autoria e, eventualmente, a circunstâncias do tráfico. Abaixo, seguem alguns trechos desse tipo de desfecho

Com base no art. 16, do Código de Processo Penal - CPP, encaminho a Vossa Excelência o presente Inquérito Policial para que sejam realizadas diligências que delimitem os fatos aqui noticiados, visando especificar com precisão a autoria e as circunstâncias do crime de tráfico de drogas, em questão, individualizando a conduta de cada indiciado, esclarecendo onde e com quem as drogas e os objetos, descritos no auto de exibição e apreensão, à fl. 11, foram devidamente localizados, sem prejuízo de demais diligências que julgar pertinentes.

Seja providenciada a realização de trabalho de campo, designando agente, visando à avaliação da conduta dos indiciados e seu envolvimento com o tráfico de drogas

Pelo que se infere dos depoimentos, a droga e os apetrechos apreendidos não foram encontrados na posse do Indiciado, como relata genericamente o Auto de Apreensão de f. 05 que utiliza a expressão “em poder de”, mas no local onde os quatro indivíduos estavam reunidos.

Para que exista justa causa para a ação penal, e para que esta tenha um mínimo de viabilidade de êxito no Judiciário, torna-se necessário ouvir novamente os Policiais responsáveis pela prisão em flagrante para que informem se, ao menos, viram o Indiciado dispensar alguns dos objetos ilícitos apreendidos.

Em relação aos 27 pedidos de diligências, não foram identificados questionamentos do Ministério Público sobre a quantidade de droga apreendida quando a gramatura da droga não apareceu de forma expressa. Porém, houve um caso em que a necessidade de diligência se referiu a uma situação em que foi apreendida a pequena quantidade de 2, 26g de crack. Não

houve casos de pedido de diligência para cocaína. Houve apenas um caso de pedido de diligência para a maconha, quando foi apreendida a quantidade de 3kg e se buscava saber quem era realmente o autor do fato. Os outros pedidos de diligência se referiram a situações em que houve combinação de mais de dois tipos de drogas.

Assim, é concebível dizer que a quantidade de droga apreendida não é um motivo que influencia os pedidos de diligências, pois houve pedidos de diligência tanto para pequenas quantidades (2,26g de crack) quanto para maiores apreensões de droga (3kg). Com isso, muitos desfechos de denúncias foram produzidos com base apenas em números de porções, trouxinhas e sacos plásticos com as drogas apreendidas, sem que houvesse maior preocupação com a quantidade real da droga e seu grau de pureza.

Basicamente, os pedidos de diligências se resumem a questionamentos sobre a autoria e materialidade delitiva, quando outras perguntas poderiam ser feitas para melhor esclarecimentos da situação-problema tráfico de drogas.

#### **5.4.4 Pedidos de arquivamento e vocabulários de motivos: a dificuldade de uma análise substancial do crime de tráfico de drogas**

Foram apenas 14 requerimentos de arquivamento, com 13 sob o fundamento exclusivo de autoria não identificada e um por duplicidade de inquérito policial sobre o mesmo fato. Alguns trechos dos pareceres dos promotores de justiça seguem abaixo.

Os autos em análise não geram evidências suficientes, capazes de justificar a propositura de uma demanda jurisdicional contra quaisquer indivíduos indiciados. Ausente demonstração devida de qualquer ligação entre a autoria, apontada aos indiciados, e fatos criminosos contidos na Lei de Drogas

Em que pese restar comprovada a materialidade do crime pelo exame realizado, não há, nos autos, indícios suficientes de autoria delitiva, vez que as drogas confiscadas foram encontradas ao lado do Acusado e em área pública, não havendo elementos que demonstrem que tais substâncias estavam em poder do mesmo.

Inconclusiva a autoria delitiva apurada neste procedimento. Salta à luz dos olhos a falta de substrato probatório para justificar qualquer ação penal, tendo em vista o conseguido neste inquérito policial.

Insta salientar que o indiciado possui antecedentes criminais, conforme consulta ao e-SAJ/TJBA, mas este detalhe, isoladamente, não caracteriza o delito de tráfico de drogas. Para o oferecimento da exordial acusatória é necessário que estejam presentes os pressupostos indispensáveis à existência da peça e no presente feito inexistem os indícios de autoria, vez que o inquérito policial não forneceu lastro probatório, seguro e idôneo, de que os Indigitados tenham praticado ou tenham

concorrido para a infração penal tratada nestes autos, isto é, quem dispensou a necessária com a droga confiscada

Não apareceram motivos relacionados à ausência de materialidade delitiva ou de atipicidade do fato, especificamente de atipicidade por porte insignificante de drogas, embora tenha sido usada, em alguns desfechos de remessa, conforme visto no item anterior, a expressão “irrelevante quantidade”, mais recomendada para a ideia de insignificância, que recomenda a providência processual de arquivamento dos autos investigativos.

Há certa dificuldade de se fazer uma análise mais substancial do tráfico/porte de drogas, de maneira que parece estar estabelecido como ponto de partida da atividade persecutória do Ministério Público da Bahia que todo e qualquer porte de drogas tem relevância jurídica. Por essa forma de pensar, necessariamente, ainda que seja mais leve a resposta estatal, como acontece nos casos de porte de droga para consumo pessoal, deve-se buscar alguma censura punitiva para os crimes de tóxicos.

Esse entendimento não é só do Ministério Público da Bahia, pois a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, conforme voto n. 2525/2016, endossa a tese de que não é possível declarar a atipicidade material do porte de droga para consumo próprio.

Pensamos que é importante fazer uma leitura substancial do crime de tráfico de drogas, como se pode realizar de fato através da tipicidade material, para justamente em alguns casos penais ser possível “dessubstancializar” o tráfico de drogas com o argumento de ausência de lesividade concreta ao bem jurídico protegido pela norma.

#### **5.4.5 Observações críticas: indícios e materialidade de uma seletividade discursiva acusativa**

Por se analisar a atividade de acusar desenvolvida pelo Ministério Público, quase sempre precedida pela elaboração argumentativa de que há indícios e materialidade do fato aparentemente delitivo<sup>60</sup>, permitiu-se o trocadilho técnico-jurídico para se afirmar também que os dados revelaram uma provável seletividade discursiva no processo de desenvolvimento da acusação por tráfico de drogas.

---

<sup>60</sup> Expressão utilizada por Aury Lopes Junior.



Tem-se isso em conta porque a análise da viabilidade do ato de acusar é complexa. Verifica-se se é possível promover a ação penal, se é hipótese de requerer o arquivamento das peças investigativas, ou se deve ser modificada a qualificação jurídica inicialmente proposta pela autoridade policial ou se antes devem ser requeridas diligências complementares.

Essas possibilidades se movimentam de forma não linear no espaço psicológico do promotor de justiça quando analisa o procedimento investigatório, e por isso mesmo integram, segundo a visão do autor do projeto de pesquisa, a atividade de acusação em si.

Nessa complexidade, a seletividade discursiva entra em jogo com o arsenal de palavras usados pelos agentes do sistema de justiça criminal, no caso o Ministério Público, para justificar suas ações oficiais. Mas pode ser que “o discurso jurídico-penal falso não seja nem um produto nem de simples conveniência, nem resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso em razão da necessidade de se defenderem os direitos de algumas pessoas.”(ZAFFARONI, 2014, p. 14).

O que se percebe, com a leitura do esboço de vocabulários de motivos dos desfechos, é que, para fundamentar os pedidos de desclassificação para o artigo 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, através do uso de negativas descritivas, critérios investigativos que, nem de longe, se mostraram presentes no universo das denúncias analisadas.

Ou seja, a justificar a desclassificação para o art. 28, argumenta-se, ao lado da existência de pequena quantidade de droga, a necessidade de que se respeite um rigor técnico-jurídico que substancie uma justa causa para a acusação, que, porém, não é praticado nas denúncias por tráfico de drogas.

Portanto, concretamente, nas denúncias, como regra, não se verificou preocupação com trabalho de vigilância – móvel ou fixa – da polícia, quebra de sigilo telefônico, busca e apreensão, se efetivamente foi visto algum dos investigados dispensar a droga, se havia outras pessoas passando no local e que também poderiam ter dispensado a droga encontrada, se foi encontrado algum apetrecho relacionado ao tráfico e se havia movimento de usuários/consumidores no local que pudessem adquirir a droga com o indiciado. No entanto, todos esses argumentos foram lançados, na forma de negativa, nos pedidos de remessa.

A seletividade discursiva é tamanha que houve pedidos de remessa em que os depoimentos dos policiais, que são mais de 90% das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, aparecem desprovidos de força convincente: “em que pese a impressão colhida pelos policiais de que a droga poderia destinar-se ao tráfico, tal circunstância, isoladamente, não induz à assertiva de que a droga encontrada com o Indiciado destinava-se àquela atividade”.

Algo raro de acontecer. Aí está a perplexidade. De fato, é preciso estar atento ao que disse Foucault (1999, p. 10): “por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e o poder.”

Essa seletividade se agrava quando percebemos que, nesse contexto, na mesma faixa de drogas em que houve pedidos de remessa, houve predomínio de desfechos de denúncia.

Como não são promovidos arquivamentos com base na insignificância da quantidade de droga apreendida<sup>61</sup>, o que é um efetivo obstáculo cognitivo à ação do Ministério Público na questão criminal das drogas (Por que é possível promover esse tipo de arquivamento no furto e no campo das drogas não?), aumenta-se a tensão entre a distinção tráfico/porte para uso, submetida, como se vê, a essa seletividade discursiva promovida pelo Ministério Público, que, mesmo com muitas palavras, não consegue transparecer as razões pela quais para determinados casos, na mesma faixa de drogas, uns são colocados como tráfico de drogas e outros não.

A seletividade discursiva acusativa, já que redundante em ações penais – os dados são nesse sentido –, decorre de uma discricionariedade não regradada e não fiscalizada da carga argumentativa de se justificar uma denúncia de tráfico de drogas. Volta-se a um ponto já debatido: a mágico brocardo *in dubio pro societate*. Com ele, fica clara a opção institucional de que é melhor denunciar por tráfico de drogas. Com ele, a pequena quantidade de droga engrandece-se processualmente para que seja caracterizada a figura típica do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

Com razão Mariana Raupp (2015, p. 184), quando pensa a seletividade do sistema criminal “não como uma inadequação, um desvio”, mas como lógica constante e produzida por esse sistema, e aponta para a necessidade de “observar a ‘luta’ de semânticas dentro do universo do direito criminal, e considerar outras narrativas, outras semânticas, talvez menos centradas na ideia de punição e de exclusão social como parte da realidade do universo jurídico-penal [...]”

Nesse conjunto de ideias, pelo modo como os argumentos foram *curiosamente* usados, em especial nos pedidos de remessa em contraste com as variáveis predominantes nas

---

61 Essa postura institucional conta com o suporte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Conforme orientação pacífica do STJ, “não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente por se tratarem de crimes de perigo abstrato ou presumido.(AgRg no REsp 1650876/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 30/08/2017). No mesmo sentido o STF, “a posse, por militar, de substância entorpecente, independentemente da quantidade e do tipo, em lugar sujeito à administração castrense (art. 290, caput, do Código Penal Militar), não autoriza a aplicação do princípio da insignificância. O art. 290, caput, do Código Penal Militar não contraria o princípio da proporcionalidade e, em razão do critério da especialidade, não se aplica a Lei n. 11.343/2006. 4. Habeas corpus denegado. HC 119458 / AM; Relatora: Min. Carmem Lúcia; Julgamento:25/03/2014; Órgão Julgador:Segunda Turma.”

denúncias, é plausível afirmar que o pedido de desclassificação para o artigo 28 (pedido de remessa), quando lembrado o modo de acusar “dogmaticamente” fundamentado no *in dubio pro societate*, é providência processual inicial excepcionalíssima, que parece acontecer em situações de vácuos investigativos

## 6. DE QUE PROCESSO PENAL REALMENTE ESTAMOS FALANDO (DEPOIS DO DADOS) ?<sup>62</sup>

Sem perder de vista a dimensão macrossociológica sinalizada no item 1.2, no qual foi feita pergunta muito próxima da que serve de título para esse capítulo, verificou-se que os dados representados nos desfechos do Ministério Público da Bahia apresentam aspectos que não só confirmam essa dimensão macrossociológica, de registros históricos escravocratas, ditatoriais e de lutas de libertação democrática, como permitem um aprofundamento de análise crítica sobre a repercussão dessa estrutura social no processo penal brasileiro.

Com a discussão enraizada nos dados, aspectos dogmáticos, criminológicos, político-criminais são postos sob uma clivagem conceitual mais nítida e propositiva, permitindo-se que sejam pensadas novas práticas processuais. É pensar que os dados têm algo a dizer sobre esse modelo de processo penal que busca se afirmar, teoricamente, como acusatório, mas que cultua práticas inquisitórias.

### 6.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS ALGEMAS DO PARADIGMA ETIOLÓGICO

Realizada a análise dos dados, em que se teve a oportunidade de dialogar com outras pesquisas empíricas e relacioná-los topicamente com marcos teóricos, entende-se como significativa a retomada, em dimensão mais ampla, da real caracterização do processo penal das drogas e de quais leituras podem ser extraídas para que surjam intervenções processuais e institucionais mais humanistas, em especial do Ministério Público do Estado da Bahia.

Vale a pena perguntar: afinal, com os dados postos à mesa, de que processo penal estamos falando?

A primeira observação que se faz é de que se está diante de um processo penal eminentemente policialesco. À falta de um controle externo efetivo da atividade policial, que deveria ser feito pelo Ministério Público, as narrativas policiais são judicializadas através das denúncias dos promotores de justiça, com forte propensão de serem confirmadas na instrução. Os policiais são as principais testemunhas.

Com isso a acusação, do ponto de vista linguístico, reproduz o texto policial, reforçado, ainda, com conclusões genéricas – “o local do crime é conhecido por tráfico” ou “o comportamento nervoso do investigado” - que tentam gerar o convencimento, na maior parte das vezes exitoso, de que se desenvolvia o tráfico de drogas. O caso penal perde sua espontaneidade fática para ser transformado em uma narrativa que atenda ao programa criminalizante vocalizado pelo Ministério Público.

Orlando Zaccone (2015, p. 16) diz que “opera-se, portanto, uma inversão total da estrutura formal do aparelho repressor. A magistratura e o Ministério Público passam a ter delimitadas as suas faixas de atuação pela polícia, que, na realidade das práticas informais, decide quem vai ser processado e julgado criminalmente.”

Essas abstrações usadas pelo promotor de justiça passam a se estabilizar como uma forma-padrão de acusar, que silenciam outros aspectos da situação-problema, gerando um denso bloco de vocabulários de motivos, direcionado a que prevaleça o desfecho denúncia, visto pelo Ministério Público como a melhor solução processual.

E através da “boca acusativa” do Ministério Público realiza-se um processo penal de confirmação seletiva, marcado pelas desigualdades socioeconômicas que estruturam as sociedades tardo-capitalistas, como a brasileira, e que oprime uma grande massa de jovens, sem profissão definida, residentes em periferia e atingidos pela atuação policial nessas periferias. Jovens presos, na sua maioria, com pequenas quantidades de drogas (10g a 50g para maconha e cocaína; 1g a 10g para o crack), em situações que suscitam dúvidas sobre a ocorrência de tráfico, pois poderiam ser considerados como usuários.

Numa análise prospectiva, pode-se dizer com Jock Young (2012, p. 74 ) que “a polícia deixou de suspeitar de indivíduos e passou a suspeitar de categorias sociais”, porque assim, diz ele metaforicamente, “joga-se o arrastão em águas de resultados mais prováveis e ricos, em vez de se tentar a sorte de achar ‘a maçã no cesto’, isto é, de efetuar prisões na base de indivíduo por indivíduo.”

Porém, a despeito desse contexto no qual a estrutura socioeconômica é visível no processo penal das drogas, tal nitidez parece, convenientemente, não ser percebida pelos olhos do Ministério Público<sup>63</sup>, que se acostumou a denunciar por tráfico de drogas. Não poderia ser diferente, ele é o próprio responsável pela definição desse padrão acusativo. Parafraseando-se o Teorema de Thomas, situações processuais penais definidas como reais são reais em suas consequências.

---

<sup>63</sup> Quando se fala em Ministério Público, refere-se especialmente ao conjunto de promotores que integram a Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador, isso sem prejuízo do potencial generalizante que os achados teóricos e empíricos podem ter para outros Ministérios Públicos.

Considere-se também, com as palavras de Alessandro Baratta (2004, p.112), que a atividade persecutória do Ministério Público se dá numa dimensão sociológica em que a política de criminalização de certas de drogas se mostra como um sistema autorreferencial, que se autopropaga ideologicamente e materialmente, de modo que os atores integrados nesse sistema confirmam sua própria imagem da realidade nas atitudes de outros atores, que também integram esse sistema. Desenvolve-se um processo circular em que se torna difícil a modificação dessa imagem.

Ficou claro, com as estatísticas obtidas, que a parte do Estado incumbida de definir quem figurará como réu no processo penal de tráfico de drogas atua a favor de uma excludente política criminal de drogas, oficialmente consagrada pelo Proibicionismo, que almeja a realização de uma sociedade sem drogas. Essa política criminal dita oficial se apoia em alguns pensamentos sociológicos, que são lembrados por Jacson Zillio (2017): a) existe um vínculo necessário entre consumo de drogas e dependência; b) o consumidor é um sujeito anormal, porque integra uma subcultura criminoso; c) que o consumidor certamente se tornará uma pessoa improdutiva, longe do convívio social e participará de carreiras criminosas; d) que o estado de saúde dos dependentes é irreversível; e) as respostas preventivas e repressoras são as ideais para a defesa da saúde pública.

Com isso, a atividade persecutória do Ministério Público, determinado que está para defender o bem jurídico saúde pública com a instauração de processos penais de tráfico de drogas, segue literalmente enquadrada no correcionalismo do paradigma etiológico de uma Criminologia Positivista, na qual o crime é visto como uma realidade preexistente, enfatizando-se aspectos biológicos e psicológicos que determinam o sujeito delinquente. Por esse viés, “o direito penal, então, assume a missão de garantia de uma identidade normativa da sociedade e, reconhecendo que a constituição da sociedade desenvolve-se por intermédio de normas, entende-se que o ataque à norma corresponde, em última análise, a um ataque a esta identidade social.” (PORTUGAL, 2013, p. 16)

A cegueira é tamanha que o Ministério Público não consegue, porque não quer enxergar ou não se abre ao debate transdisciplinar, perceber como é um dos grandes protagonistas da criminalização secundária que reafirma todos os dias uma “política criminal com derramamento de sangue”, que fica exposta nas múltiplas tolerâncias para com violações ao devido processo penal, no preconceito generalizado contra as garantias constitucionais dos acusados por tráfico de drogas” (BATISTA, 1998, p. 91)

Essa cegueira deliberada, determinada pela força messiânica das ideias do Proibicionismo brasileiro e internacional (convenções onusianas), impede a viragem

paradigmática e institucional do Ministério Público para acolher o paradigma da reação social, encontrado na Criminologia Crítica, tão necessária para que seja desenvolvida percepção autocrítica que abrirá espaço para a construção de novas narrativas e formas de atuar no processo penal, mais sensíveis ao que há de essencial no humano: a vida que pulsa.

Por isso, a pesquisa se apoia teoricamente na Criminologia Crítica, não para descrever os vários discursos criminológicos críticos que podem se enfiar nessa rubrica, mas para colocar o dedo nessa ferida estrutural do processo penal de drogas. Em uma estrutura social e político-econômica excludente, a pretexto de se fazer justiça penal, criminaliza-se mais e desnecessariamente com a provocação de novos processos penais pelo Ministério Público.

Alessandro Baratta (2002, p. 161) traz, mesmo ciente da variedade de discursos que a integram, o que seria essa Criminologia Crítica, quando explica, apontando para uma dupla seletividade do sistema de justiça criminal - uma que seleciona legalmente os bens jurídicos e respectivas ofensas e outra que seleciona indivíduos estigmatizados no grande universo de infratores da norma penal -, que para essa Criminologia a criminalidade é um “bem negativo”, distribuído desigualmente a partir da hierarquia sócio-econômica que rege a vida em sociedade.

A necessidade de mudança paradigmática do Ministério Público se apresenta trágica quando se percebe que teoricamente, impulsionados pelas atuais e constantes transformações sociais, políticas, éticas que se convencionou chamar de Pós-Modernidade, surgem movimentos de crítica à Criminologia Crítica, que tendem a se agrupar sob o nome de Criminologia Pós-Crítica (Criminologia Pós-Moderna).

Por esse estilo de pensar Pós-Crítico, reflete-se que o enfoque político e econômico, inspirado em textos do marxismo, conforme destaque feito pela Criminologia Crítica quando prioriza a reação social ao crime, exige novas leituras diante da complexidade de viver experimentada nessa fase social pós-moderna.

Salo de Carvalho faz aguçada revisão teórica do que se poderia entender como Criminologia Pós-Moderna e seus positivos reflexos para as dogmáticas penal e processual penal, ao ressaltar que nessa nova abordagem criminológica, mais do que se ter a atenção voltada para o crime, o criminoso, a reação social, as instituições de controle, o poder político e econômico, deve-se dirigir o foco para a “formação linguística e as formas de produção, de proliferação e de relocação dos discursos que se estabelecem nos processos de criminalização formal (primária e secundária) e informal”, com o que se poderá fazer uma análise crítica da gramática do crime. Sintetiza seu pensamento, quando afirma que na denominada Criminologia Pós-Moderna duas características fundamentais merecem ser destacadas: o

reconhecimento do fim das grandes narrativas e a impossibilidade aceitação de qualquer tipo de verdade universal. (CARVALHO, 2013, p. 77-83)

Do ponto de vista sociológico, ao discorrer sobre a transição paradigmática da modernidade para pós-modernidade<sup>64</sup>, Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 29) considera que para a teoria crítica pós-moderna todo conhecimento crítico tem que começar pela crítica do conhecimento, de maneira que, cientes do que aconteceu com as alternativas propostas pela teoria crítica moderna, não podemos nos contentar com um pensamento alternativo de alternativas, e sim buscar um pensamento alternativo de alternativas.

Configura-se, pois, o atraso da ciência jurídico-penal, a que se refere Alessandro Baratta (2002, p. 153), a qual possui “escassa permeabilidade às aquisições das ciências sociais”. Algemado do ponto de vista criminológico no paradigma etiológico, o Ministério Público não consegue buscar alternativas processuais penais que reduzam os severos impactos da política criminal proibicionista.

Ao se destacar, na presente pesquisa, uma leitura da realidade que considere o enfoque de desestruturação socioeconômica e sua respectiva conflituosidade social quando posto em exercício o Poder Persecutório Estatal - aquele que acusa definindo rótulos sociais, -, mas sem desconsiderar as narrativas e variáveis linguísticas que constituem essa ação, nos colocamos teoricamente numa perspectiva de Criminologia Crítica em transição para uma Criminologia Pós-Crítica (Pós-Moderna).

## 6.2 A AÇÃO PENAL: UM PODER DIFUSO-REPRESSOR

Fincado no paradigma etiológico, o Ministério Público desenvolve seu poder persecutório com predomínio do exercício da ação processual penal contra um público-alvo de pequenos traficantes, muitos que poderiam, sob outro olhar, ser caracterizados como usuários. A missão ideológica é erradicar o tráfico. Essa assertiva acha sua plausibilidade quando relembramos que do universo de análise de 446 desfechos 372 (83,41%) foram denúncias.

Pelo substrato teórico e empírico disposto anteriormente, entende-se que essa predileção por denunciar pode ser vista, para além da necessidade de se manter os socialmente

---

64 Não se faz aqui um aprofundamento do tema, que necessitaria de uma obra monográfica para enfrentá-lo ou até mesmo de várias, como as que foram escritas por Boaventura de Sousa Santos. A ideia é apenas contextualizar teoricamente o momento por que passa a Criminologia.



alijados em seus guetos dentro e fora da prisão, como manifestação de uma Cultura do Controle<sup>65</sup> que se apoderou do pensamento institucional.

Embora existam algumas ilhas de pensadores – promotores de justiça do dia a dia que resistem a esse *status* de anjo vingador -, de fato há um imobilismo de concepções processuais penais que não consegue se libertar da necessidade de punir o corpo humano com a pena privativa de liberdade.

A força gravitacional da tradição ocidental das ideias penais é muito forte (racionalidade penal moderna), fazendo com que as ações institucionais deságuem num panprocessualismo guiado sob a batuta do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Assim, uma práxis persecutória dissociada da ideia de inflição de dor através do processo sequer consegue provocar uma inovação accidental do sistema de justiça criminal.<sup>66</sup> A palavra inovação, nesse caso, assume a interpretação dada por Álvaro Pires (2011, p. 311), que considera que uma ideia só pode ser entendida como inovadora quando consegue, de fato, perturbar a matriz cognitiva do sistema.

Nesse último caso, em paráfrase à racionalidade penal moderna (Pires), dir-se-á que há uma racionalidade processual penal moderna: torna-se obrigatória a existência do processo penal para que haja a inflição da dor, do sofrimento, através da pena. Isso sem falar que, acolhida a visão de que o processo penal em si é um martírio, duplica-se a punição e a lógica da racionalidade penal moderna. Vale dizer: há um conjunto de ideias processuais penais (princípio da obrigatoriedade, *in dubio pro societate*, indisponibilidade da ação penal, prisão preventiva para assegurar a ordem pública etc) que instrumentalizam essa racionalidade penal moderna.

Essa postura panprocessualista – tudo processar e contra todos os possíveis envolvidos, não se pode esquecer do *equivocado in dubio pro societate* – fica mais confortável diante do farto cardápio de verbos que integram o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, em similitude, ainda, com os do art. 28. Vários são, portanto, os núcleos do tipo penal. É o modelo omnicompreensivo de tipicidade aberta que pretende alcançar todo o ciclo da droga (Muñoz Conde *apud* Salo de Carvalho).

---

65 David Garland (2014, p. 376), ao tratar da nova Cultura do Controle do Crime na ordem social da sociedade contemporânea, diz que essa nova cultura de controle do crime, que modifica a nossa forma de reagir ao crime e à sensação de insegurança, está pautada em três elementos: a) um previdenciarismo penal recodificado; b) uma criminologia do controle; c) um estilo econômico de pensamento.”

66 Álvaro Pires (2011, p. 325), ao escrever sobre o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, considera que se trata de um artigo que provocou uma inovação “accidental” do sistema punitivo, ao prever sanções que não se encontram dentro das escolhas sancionatórias tradicionais do Direito Penal.

E se torna mais nítida quando se verifica que não foi realizada qualquer promoção de arquivamento com base no princípio da insignificância, porque, conforme estabelece a jurisprudência dos Tribunais Superiores, o tráfico de drogas é crime de perigo abstrato, para qual se presume a lesividade do bem jurídico. Essa afirmação, ao lado de todas essas outras concepções dogmáticas que se escondem da realidade, é mais um obstáculo cognitivo para que o Ministério Público passe a desenvolver alternativas processuais penais menos aflitivas, a favor de uma “legalidade libertária” (Luiz Eduardo Soares).

Também a falta de critérios distintivos legislativos mais objetivos sobre o que seria tráfico ou porte de drogas, e isso sem qualquer pretensão de retirar o poder interpretativo do operador do Direito, contribui para a solidificação desse estilo processual penal.

O Ministério Público torna-se responsável, obviamente na medida que lhe cabe, por um modelo panóptico de processo penal de tráfico de drogas, usado para docilizar, através do olhar que a tudo está atento, os corpos daqueles submetidos à persecução penal. Dessa forma, “o corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma ‘anatomia política’, que é também igualmente uma ‘mecânica do poder’ que está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que se façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e eficácia que se determina” (FOUCAULT, 2014, p. 135).

Mas talvez quem se encontre do lado de dentro do Poder Persecutório Disciplinador continue vendado pela mística imagem de combate ao grande narcotráfico. Não é que este não exista. A questão é que ele não corresponde ao dia a dia da atividade persecutória do Ministério Público, o qual, no entanto, busca se justificar ideologicamente nessa imagem de combate, de guerra ao tráfico de drogas, quando a coisa, e tem-se que falar em coisa mesmo diante do estado de reificação do processo penal, se procede diversamente: acusações contra pequenos traficantes.

Como essas acusações acontecem de forma múltipla e difusa e, em regra, não são objetos de pesquisa - seja internamente por necessidade de produção de conhecimento institucional, seja externamente por observadores de outros campos do saber -, o discurso de combate ao crime organizado segue forte, a encher de orgulho aquele que combate – o acusador público – e aquele que é supostamente protegido por esse combate – o cidadão do dia a dia.

Assim, duas ou mais ações policiais de subida ao morro no Rio de Janeiro – cidade emblemática da questão da segurança pública no país - são veiculadas pela mídia televisiva, e se tem a conta certa da fórmula mágica da paz social. Entra em cena um autoritarismo *cool*,

“que nada tem a ver com o *velho* ou o de entreguerras, se propaga a partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional.” (ZAFFARONI, 2007, p. 69)

Pois bem, é preciso repetir a ideia de que o Poder Persecutório do Ministério Público age numa perspectiva difusamente repressora, que atinge diversas pessoas, mas que passa despercebida pela forte influência da ideologia moralizante que o inspira. Daí reconstruir, através de pesquisas empíricas, os (des) caminhos da persecução penal de tráfico de drogas contribui para destacar o que, apesar de visível, não consegue ser visto: a verticalização insensata do Poder Persecutório Estatal, que anda lado a lado com o Poder Punitivo Estatal. São duas vestimentas para o mesmo personagem, o Estado, protagonista do cerimonial de sangria processual nesses processos criminais de pequenos traficantes.

Essa imagem de uma sociedade de paz e amor, não porque conseguiu aprender a lidar com a questão histórica do consumo de drogas, mas porque pretende realizar todos os esforços para a erradicação das drogas, e sabe-se que essa preocupação se dá somente com drogas até então ilícitas, se associa à outra imagem, a do Ministério Público empreendedor moral (impositor de regras), na liderança de cruzadas morais para realizar o projeto maior de libertação das drogas

Howard Becker (2008, p. 153), em seus estudos de sociologia do desvio, ao abordar a questão dos *outsiders*, explica que as regras decorrem da iniciativa de alguém, sendo que as pessoas que tomam essa iniciativa podem ser consideradas *empreendedores morais* “ora criadores de regras, ora impositores de regras”. Explica que “as consequências mais óbvias de uma cruzada bem-sucedida é a criação de um novo conjunto de regras. Com isto, descobrimos muitas vezes que é gerado um novo conjunto de agências de imposição e de funcionários.”

Nesse particular, o poder-dever de propositura de ação penal pelo Ministério Público se transforma em parte integrante da anatomia institucional. O Ministério Público só se reconhece como Ministério Público desde que seja autor pleno da ação penal (art. 129, inciso I, da CF/88). Algo que, sem deixar de ser uma função institucional, passa a integrar o organismo institucional como concentração do desejo de punir do Poder Persecutório.

Portanto, de excelente razão o conceito de ação processual penal trazido por Aury Lopes (2010, p. 346), que ao significá-la como direito autônomo conexo instrumentalmente ao caso penal, não deixa de registrar sua dimensão de poder quando a qualifica como direito potestativo que sujeita o imputado às consequências processuais desse tipo de ação. De fato, no processo penal, todos poderes são reais e atingem o corpo total do acusado (estrutura física, mental, emotiva e espiritual).

### 6.3 O DESCUIDO COM A IMPUTAÇÃO DE TRÁFICO DE DROGAS

A repetição massiva de casos de pequenos tráficos de drogas provoca certa aridez na forma de atuar do sistema de justiça criminal, que, constantemente imerso num jogo de palavras, distancia-se cada vez mais das vidas política e economicamente selecionadas pelo processo penal. Consequentemente, torna-se mais rápido o giro da roda punitiva, que segue o ritmo da roda acusativa.

Na pesquisa, esse distanciamento ficou evidenciado pela forma genérica com que muitas imputações de tráfico de drogas foram formuladas, contando-se com presunções abstratas. Em diversos casos, não foi identificado o peso da droga que supostamente seria destinada ao comércio. Fez-se referências genéricas à existência de antecedentes criminais e de participação em organizações criminais para se concluir que se tratava de tráfico de drogas. E, quanto à finalidade posta como elemento subjetivo, viu-se que esse estilo de acusar presuntivo e com generalizações cresce em intensidade

A ampla cartela de verbos do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que não especifica o elemento subjetivo, facilita que a imputação por tráfico de drogas seja realizada pelo Ministério Público com poucos freios inibitórios, até porque, conforme predomina na doutrina, se está diante de um crime de perigo abstrato, cujo bem jurídico é a saúde pública.

Salo de Carvalho (2014, p. 279) chama atenção para o fato de que, se são radicalmente diferentes os tratamentos penal, processual penal e penitenciário dos crimes de tráfico e de porte para consumo, “necessário definir chaves de interpretação constitucionais que permitam caracterizar, com o mínimo de precisão possível, tais desvios puníveis, tentando reduzir os custos e os danos causados pela vagueza da estrutura criminalizadora.”

O que se verifica é um descuido com a imputação de tráfico de drogas. Não é de se surpreender. Afinal, esse tipo de processo trata de “cadáveres antecipados”. Há de se perguntar “que cadáveres antecipados há nos necrotérios?” (ZAFFARONI, 2013, p. 144).

Chega-se a um ponto interessante, que as bases teóricas de uma Criminologia Crítica a caminho de uma Criminologia Pós-Crítica permitem observar. Se a seletividade econômica e politicamente exercida pela polícia ocorre preferencialmente de maneira arbitrária, o exercício

da ação processual penal, nele incluído o processo de construção da imputação penal, pelo Ministério Público há de ser - permita-se o neologismo - “contrasseletivo”, não podendo ficar à espera, “com a boca escancarada cheia de dentes (Raul Seixas)”, de um possível desfecho contramajoritário do Judiciário, que, como já mostraram algumas pesquisas empíricas, tendem a confirmar a versão apresentada pelo Ministério Público<sup>67</sup>.

Se não consegue agir sob o influxo dessa perspectiva criminológica, que, ciente do poder criminalizador da reação institucional no controle social, busca reduzir danos penais através dessa “contrasseletividade”, torna-se difícil entender o papel do Ministério Público de garantidor de direitos fundamentais no processo penal.

Por isso, ao saber da seletividade arbitrária e das práticas investigativas excessivas que envolvem a polícia, o Ministério Público deve construir a acusação e não somente resumir os elementos informativos trazidos pela polícia. A denúncia deve ser resultado de uma postura acusatória ativa, que faça recortes de pertinência ou impertinência com a realidade, a fim de evitar que arbitrariedades investigativas que começam com a prisão em flagrante se reforcem e perpetuem durante a instrução criminal. Vale dizer: a narrativa desenvolvida na acusação decorre de um processo mental de costura, de ligamentos de pontos e recortes do tecido social que é levado ao conhecimento do promotor de justiça pelos discursos policiais.

Apesar de nem sempre ter sua importância reconhecida, a imputação é relevantíssima para o processo penal.<sup>68</sup> Arrisca-se dizer que ela é o coração do processo penal. Com ela, o réu sabe do que deverá se defender. Somente a partir dela e nos seus estreitos limites, o juiz poderá sentenciar. O conteúdo da imputação é o referencial da atividade probatória das partes.

Incide no processo penal o princípio da correlação entre acusação e sentença, que “impõe que a sentença julgue somente o que foi objeto da imputação, mas também tudo o que foi objeto da imputação. A sentença deve esgotar o conteúdo da pretensão, resolvendo-a totalmente, e nada resolvendo que esteja fora da mesma.” (BADARÓ, 2009, p. 121).

Enquanto categoria dogmática do processo penal, a imputação é a afirmação de um ou complexo de fatos que se atribui ao sujeito, desde que haja conformidade com o tipo penal. (BADARÓ, 2009, p. 74). Nesse sentido, “*imputação e pedido de condenação formam a acusação.*” (JARDIM, 2005, p. 146).

---

67 Nesse sentido, a pesquisa de Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende – A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal.

68 “Já a imputação penal não é uma simples adução, mas uma verdadeira atribuição de um fato criminoso a alguém. Não há uma simples dedução da premissa de fato e de direito e a formulação de um pedido que lhe seja consequência. O pedido que existe na imputação penal é de verificação, de investigação, do fato que se atribui ao imputado, para que se passe da suspeita à certeza de sua ocorrência, com a consequente condenação, se aquela restar provada. Não há um específico pedido de tutela de um determinado direito subjetivo, como consequência da prática de um fato que se subsume a uma categoria jurídica” (BADARÓ, 2009, p. 80)

Note-se que o conceito processual de fato é nitidamente diverso da noção penalística de fato. Naquele considera-se o fato enquanto acontecimento histórico concreto, neste o fato assume o caráter de entidade hipotética que compõe um tipo penal. A introdução do fato concreto na esfera processual se dá através da imputação. Aproxima-se, pois, da ideia pretendida pelo art. 41 do CPP, de que a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias<sup>69</sup>.

Por outro lado, conforme foi dito anteriormente, a atividade acusatória passa também pelo questionamento sobre a possibilidade de não imputação, desde que inexistente uma justa causa, faltar pressuposto/condição para o exercício da ação penal ou, para uma corrente minoritária, inexistir justificativa político-criminal para ser iniciado o processo. Ademais, impõe-se, pela ótica de defesa de direitos fundamentais do cidadão, que a acusação seja um ato responsável, decorrente de um controle qualitativo dos elementos informativos produzidos no inquérito policial. (OLIVEIRA, 2010, P. 192).

Não queremos negar outros fatores que interferem na elaboração da imputação. Muitas vezes, os promotores de justiça são sufocados por uma enxurrada de inquéritos policiais que invadem o gabinete. Por conta disso, esses promotores, sem estrutura de apoio (servidores e estagiários), tendem a perder a sensibilidade reflexiva no exercício da atividade acusativa. De momo inverso, quando há uma forte estrutura de apoio, corre-se o risco de que se desenvolva excessivamente a delegação de elaboração de denúncias a estagiários, sem que haja revisão pelo promotor de justiça

Dessa forma, entende-se que é preciso identificar, através de dados empíricos, quais as principais deficiências que envolvem as imputações feitas pelo Ministério Público. Se elas respondem as perguntas básicas que giram em torno do caso concreto para que seja possível o desenvolvimento de uma defesa efetiva e uma sentença justa. Solicita-se, no atual estágio do processo penal, um controle qualitativo da imputação feita pelo Ministério Público, principalmente quando a imputação decorre da análise de tipo penais abertos, a exemplo do tráfico de drogas.

Acredita-se que o ganho de qualidade da atividade de acusação não decorrerá somente de aspectos técnico-jurídicos. A reestruturação administrativa do Ministério Público, a mudança da cultura denunciata, a incorporação da oralidade, a redefinição do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, a realização de audiências de controle da imputação (fase intermediária) e o debate institucional sobre o desenvolvimento de uma persecução

---

69 Em relação ao art. 41 do Código de Processo Penal, Afranio Silva Jardim (2005, p. 147) sugere que “a rigor, a denúncia deve conter mais do que uma mera “exposição” do fato criminoso com todas as suas circunstâncias. A peça acusatória deve conter uma imputação deste fato, vale dizer, *o autor deve atribuí-lo ao réu.*”

penal estratégica, entre outros pontos de observação, agem conjuntamente para o surgimento de uma imputação condizente com o sistema acusatório.

#### 6.4 ALTERNATIVAS PROCESSUAIS PARA UMA POLÍTICA CRIMINAL DE REDUÇÃO DE DANOS

Defender uma articulação positiva entre criminologia, política criminal e dogmáticas penal e processual penal, desde que as primeiras não sejam postas em condição servil a essas últimas, é um bom passo para se começar a realizar o que se denomina de programa político-criminal de redução de danos, que pretende, na temática das drogas, conter e modificar o caráter expansionista da atual política proibicionista - pautada na ideologia da Defesa Social - e todas as consequências bélicas que essa estrutura ideológica permite.

Contudo, sem menosprezar a importância discursiva, inclusive acadêmica, resultante da integração desses saberes, é preciso pensar quais ações concretas podem exercer o giro paradigmático para essa política criminal mais atenta ao humano, principalmente quando se sabe das dificuldades políticas para que sejam aprovadas leis penais e processuais penais que preservem direitos fundamentais.

No contexto empírico vivenciado, há de ser perguntar quais instrumentos e estratégias processuais podem traduzir no processo penal essa leitura criminológica crítica e pós-crítica da realidade. Um passo adiante do discurso, como essa criminologia entra no processo penal?

Concebe-se, então, a necessidade de uma “*Criminologia da Praxis*”, que supere os muros acadêmicos e retire da crise matéria-prima para ações críticas transformadoras, através de programas concretos de ação para que haja uma minimização das disfuncionalidades provocadas pela incidência do poder punitivo (CARVALHO, 2014, p. 416).

Por essa concepção, o Ministério Público tem participação fundamental no desenvolvimento de programas concretos redutores de danos penais. Para se dizer isso, vale-se de uma das clássicas afirmações do processo penal: o Ministério Público é o titular privativo – há quem diga exclusivo – da ação penal pública (art. 129, inciso I, da CF/88). E se assim é, tendo em vista que o Poder Judiciário atua como fiscal anômalo do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, remetendo, quando discordar da promoção de arquivamento, o procedimento investigativo ao Procurador-Geral, a quem caberá a última palavra, o Ministério Público pode regular, pela necessidade de se estabelecer uma persecução penal estratégica, os termos desse “senhorio” sobre a ação penal pública e respectivo princípio

da obrigatoriedade da ação penal. A boca que acusa não precisa ser tão grande.

Essa regulação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que será não vinculativa para que seja respeitado o princípio da independência funcional, deve ser estabelecida pela Procuradoria Geral mediante recomendações aos demais promotores de justiça (art. 10, XII, da Lei n. 8.625/93). Que deve haver uma ampla discussão institucional, dividida em vários tempos – ora só com os integrantes da instituição, ora com estes e os integrantes dos outros saberes –, estar-se certo disso. Pesquisas empíricas sobre o tema e experiências trazidas de outros países colaborariam, sem dúvidas, para o florescimento de ideias penais menos aflitivas.

Essa práxis processual penal, colocada em dimensão de persecução penal estratégica, pode atingir intensidade que incomode o sistema legislativo e influenciar positivamente nos planos de reformas processuais penais. Não se acredita que a atuação isolada de um promotor de justiça teria esse potencial, mesmo que fundamentado nas melhores teorias que exigem respeito aos direitos humanos.

Segundo Alejandro Rodríguez (201, p. 84), a persecução penal estratégica “constituye una política criminal que tiene por objeto definir los hechos criminales que se van a perseguir, partiendo de una selectividad racional: el grado de afectación social de la conducta y el análisis de patrones delincuenciales”.

Dito isso, como propostas arejadoras do pensamento institucional, pensa-se, exemplificativamente, em quatro eixos da ação processual penal (lato sensu) do Ministério Público no que diz respeito ao tráfico de drogas: a) promoção de descriminalização judicial em casos insignificantes; b) estabelecimentos de parâmetros mínimos que diferenciem o porte para consumo, o pequeno e médio tráfico e o tráfico qualificado; c) saídas alternativas (acordo de não-persecução penal e suspensão condicional do processo); d) audiência de controle da acusação. Algumas dessas propostas, como as duas primeiras, podem ser colocadas internamente na própria instituição, ao passo que as duas últimas dependeriam de lei.

Acredita-se que, com o intuito de estabelecer diretrizes para uma persecução penal estratégica, pode o Ministério Público determinar, internamente, diretrizes quantitativas em que o promotor de justiça promoverá o arquivamento dos autos por entender que a quantidade de droga apreendida é insignificante (atipicidade material) ou porque a norma é inconstitucional por violar o princípio da lesividade do Direito Penal (controle incidental de constitucionalidade). Estará, dessa forma, sendo agente de um processo de descriminalização judicial.

Lembre-se que, se o Juiz não acolher pedido de arquivamento com esses fundamentos,



caberá ao Procurador-Geral dar a solução ao caso. Como essa ação institucional integra o plano de persecução penal estratégica da instituição, dificilmente haverá dissenso entre o Procurador-Geral e o promotor de justiça.

De igual maneira, a Procuradoria-Geral poderá estabelecer padrões mínimos de quantidade de droga, respeitada a especificidade de cada droga, que distingam o usuário do pequeno, médio e grande traficante de droga e até mesmo do traficante-dependente, além de estudo qualificado sobre outros critérios que auxiliem nessa distinção. Para isso, considera-se imprescindível o diálogo com profissionais da saúde pública, que poderão fornecer, de acordo com a realidade estadual ou federal, se for o caso do Ministério Público Federal, parâmetros de consumo por tipo de droga.

Essa frente de atuação é importantíssima, porque pode servir de referência para que tanto a jurisprudência e legislação sintam-se estimuladas a aderir ou ao menos discutir esses parâmetros quantitativos de droga que guiaram a imputação por tráfico. Na ausência de parâmetros razoáveis, multiplicam-se as arbitrariedades do sistema de justiça criminal. A ideia não é engessar a atividade de acusação, porque sempre será necessário buscar qual elemento subjetivo animou a ação punível, se essa subjetividade conduz ao porte ou ao tráfico de drogas. No caso concreto, poderá haver uma mudança de interpretação que remeta o indivíduo da condição de usuário, pego com quantidade-limite de drogas, para a condição de pequeno traficante, mas, para tanto, pelo que se foi discutido como persecução penal estratégica, o promotor de justiça terá um pesado ônus argumentativo para justificar sua ação processual penal.

Quanto a esse tema, bem ilustrativos são os comentários de Salo de Carvalho (2014, p. 306 a 308), que toma por base o avanço jurisprudencial e legislativos sobre a discussão das quantidades-limite de droga na Espanha:

Assim, em relação ao haxixe, p. ex., a quantidades ficam determinadas da seguinte forma: a) até 50 gramas o fato é atípico (posse para consumo pessoal); b) entre 50 gramas e 1kilo, considera-se posse moderada, recaindo a figura do tráfico simples; c) de 1kilo a 2,5kilos, a quantidade é de notória importância, incidindo as penas agravadas; d) acima de 2,5kilos, a posse passa a ser de extrema quantidade, aplicando-se as sanções do tráfico qualificado.

As quantias de notória importância, por serem intermediárias, balizam o sistema escalonado espanhol, sendo o limite para ingresso nas formas qualificadas 750 gramas para cocaína, 300 gramas para heroína e 10kilos para maconha, segundo dados do *Instituto Nacional de Toxicologia*.

A definição dos critérios e dos níveis de diferenciação, sobretudo entre consumo pessoal e comércio de drogas, ocorre conforme cálculo realizado pelas agências sanitárias do consumo médio diário de cada droga, este valor é triplicado em razão de o consumo ser projetado para três dias.

[...]

Como referido anteriormente, não se está a postular, com a introdução de critérios quantitativos de diferenciação entre uso e comércio e entre as várias hipóteses de

tráfico, a objetificação dos elementos do tipo. A estrutura da tipicidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06 é inconteste no que tange à incorporação do elemento subjetivo (*para consumo pessoal*), sendo este o critério substancial de definição da conduta. Todos os demais elementos previstos no §2º do art. 28 são, inequivocamente, indiciários e informativos (natureza e quantidade de droga, local e condições, circunstâncias sociais, pessoais e antecedentes do agente) à convicção judicial sobre a natureza da ação.

Seguindo-se esse perfil de pensamento, que busca conter os malefícios de um processo penal de tendência expansionista, entende-se que algumas propostas de despenalização e até mesmo de não persecução penal podem ser acordadas com aqueles que estejam envolvidos em situações típicas de pequeno e médio tráfico de drogas. Seriam saídas alternativas à proposta clássica de gerar um processo criminal.

Aos primeiros, viável, com autorização legislativa, a formalização de acordo de não persecução penal, não na forma proposta pela resolução n. 181/2017 do CNMP, que condiciona esse tipo de acordo a que o suposto autor do fato confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento (art. 18). Defende-se a realização de acordo de não-persecução penal na perspectiva de que seja evitada a dor que um processo penal de tráfico de drogas pode causar e na dimensão de que, para redução da conflituosidade social, não é necessário gerar sempre processos criminais.

O adendo que rapidamente se faz é que a referida resolução, ao tratar dos acordos de persecução penal, o restringiu, pela forma como o texto aparece, a crimes patrimoniais. Tema, sem dúvidas, controverso. Porém, se bem pensado e com estabelecimento de condições proporcionais, pode sim ser uma excelente alternativa de resolução do conflito penal.

Alternativa semelhante, com um grau a mais de intensidade, seria, nos casos de pequeno e médio tráfico de drogas, a possibilidade de oferecimento de denúncias com a proposta de suspensão condicional do processo, a exemplo daquela suspensão prevista no art. 9.099/95.

Pretende-se aqui lançar algumas ideias para que se possa repensar a questão do processo penal nos crimes de tóxicos, ideias que podem ser aprofundadas em espaço teórico próprio.

Quanto à audiência de controle da acusação, registramos que, no Brasil, país de lentas e tópicas reformas processuais penais, não há uma fase procedimental oral dedicada à análise da acusação. O que se tem é um superficial e quase automático ato de recebimento da peça acusatória realizado pelo Poder Judiciário, que, se bem visualizado como é feito na prática, não pode ser denominado de juízo de admissibilidade.

Por isso, precisamos dizer algo a mais sobre esse tipo de audiência.

A prática indica que prevalece muito mais a hipótese de recebimento da inicial do que a de rejeição, especialmente quando a acusação provém do Ministério Público, a quem, como se sabe, cabe a persecução penal em Juízo dos crimes de ação penal pública.

Aliado ao estranho brocardo jurídico *in dubio pro societate*, que se estabeleceu na fase preliminar investigativa, pode-se também falar em um postulado da confiança institucional acusativa. Ou seja, do ponto de vista interinstitucional, o Poder Judiciário confia excessivamente na atividade de acusação do Ministério Público, a ponto de se permitir a elaboração de decisões de recebimento de denúncias vazias de fundamentação jurídica. Fica no ar a antiga ideia de que o Rei (leia-se, o Estado) não erra. E assim nascem os processos penais brasileiros.

Estabeleceu-se, portanto, uma cultura de descontrole sobre a atividade acusativa. Tornou-se assunto insosso abordar temas referentes à viabilidade da acusação, aos requisitos formais da inicial e aos elementos substanciais da narrativa acusativa que a fazem se conectar com o caso penal.

Essa falta de controle se transformou em jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, que entende “como mero despacho a manifestação do magistrado de recebimento da denúncia, de modo que não cabe falar em nulidade por deficiência de fundamentação, pois somente na posterior decisão de absolvição sumária é que se exige o exame das teses relevantes e urgente (AgRg no RHC 77.693/PA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 30/03/2017). De igual forma, o Supremo Tribunal Federal, quando diz que “é pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que o recebimento da denúncia, por não ser ato decisório, não reclama fundamentação. (Agravo regimental não provido. (ARE 845341 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015).

Portanto, no Brasil há um controle teatral sobre o poder de acusar. Admitir-se, textualmente, a necessidade de controle sobre uma instituição constituída na Lei Maior para a defesa de interesses indisponíveis (art. 127) soa estridente e parece ter sabor amargo. Mas o devido processo penal só se estabelece, na prática, com o exercício das múltiplas formas de controle interinstitucional e, quando possível, com o esperado controle social.

Compartilha-se do posicionamento de que o controle da acusação no processo penal é espaço crucial para se saber qual sistema processual penal pende sobre determinado Estado. Juan R. Hurtado Poma (2014, p. 2-3) observa que:

Se conoce en el derecho comparado de tres sistemas de control de la acusación, el primero consiste en la apertura directa del juicio, en este sistema como es obvio la defensa carece de facultades para pronunciarse sobre la investigación preliminar y preparatoria, esto es propio de los sistemas inquisitivos, es el caso por ejemplo del Código de Procedimientos Penales; el segundo sistema es el control de la acusación

que solo puede ser provocado por un acto de oposición a la apertura del juicio efectuado por la defensa, por consiguiente si el acusado no formula su oposición se pasa directamente al juicio oral, pero si formula su oposición a la acusación se procede a su control, esto no es propio de nuestro sistema, aunque es la postura asumida en Argentina, Italia, Costa Rica y Portugal; finalmente el tercer sistema que proclama la obligatoriedad del control de la acusación, esto es que producido la acusación el control de la misma debe darse mandatoriamente, de modo tal que *el juez puede por varias razones regladas y fundadas rechazar la acusación*; el control que realiza el órgano jurisdiccional es un CONTROL DE LEGALIDAD de cómo viene cumpliéndose el EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL por parte del Ministerio Público; pues bien sabemos que el Fiscal no solo tuvo la “notitia criminal” sino que en el ejercicio de sus funciones constitucionales ha aperturado investigación preliminar y hasta preparatoria para llegar a la Acusación, en consecuencia en una sociedad democrática son necesarios no solo los controles intraórganos (por ejemplo los Fiscales Provinciales en el ejercicio de la acción penal y sus facultades investigativas son controlados por los Fiscales Adjuntos y Superiores) sino también los controles interórganos; **pues si reconocemos al Ministerio Público como la única institución constitucionalmente autorizado que para llevar a un ciudadano a juicio es razonable que esa función sea controlada por un ente externo como lo es el Poder Judicial, quien debe consentir la realizar de un JUICIO solo si la imputación está provista de fundamento serio como para eventualmente provocar una condena.** (grifo nosso)

A partir dessa citação, surge mais um argumento que indica que o sistema processual penal brasileiro possui forte ranço inquisitório, porque ausente, nos procedimentos ordinários, essa importante fase intermediária em que possível o controle horizontal da acusação.

Nesse contexto de ranço inquisitório, o quadro histórico de evolução legislativa do processo penal brasileiro se torna aterrorizante quando se tem acesso à informação de que países vizinhos abriram suas veias legislativas para a implementação de Novos Códigos Processuais Penais, em que os requisitos da imputação e a necessidade de uma audiência de controle de acusação estão positivados na forma de artigos de lei.

Nesses países, a exemplo de Chile, Guatemala, Peru, Colômbia, a discussão passou a outro nível, que se refere ao que pode ser apresentado, discutido e decidido na audiência de controle da acusação como etapa intermediária preparatória para o Juízo oral, em que o mérito do caso será efetivamente discutido. Adotou-se como perspectiva a realidade de que o processo penal, de fato, é um mal ao ser humano e que só se deve passar a uma segunda etapa, na qual possível a condenação de um indivíduo, quando houver elementos convincentes que, após o exercício de uma defesa penal referentes a aspectos formais, processuais e excepcionalmente substanciais da acusação<sup>70</sup>, ainda demonstrem que o procedimento deve seguir. O rigor estabelecido no controle da acusação corporifica o princípio da presunção de inocência.

Com adesão ao princípio da oportunidade regrada da ação penal, cujas hipóteses

---

70 A possibilidade de controle substancial da acusação faz parte de um corrente de pensamento bem minoritária.

também aparecem reguladas na lei, com a positivação dos requisitos da imputação e a audiência de controle de acusação, o processo penal, nesses países de histórico opressor, caminha para se tornar *devido* segundo a garantia fundamental de que todo cidadão tem direito a um devido processo legal.

Para que se tenha uma dimensão concreta do panorama legislativo de reforma processual penal na América Latina, cite-se alguns trechos do Código de Processo Penal do Chile, em que se pode visualizar nítida preocupação com o controle a ser exercido sobre a acusação.

Assim dispõe o referido Código de Processo Penal:

Artículo 259

Contenido de la acusación. La acusación deberá contener en forma clara y precisa:

- a) La individualización de el o los acusados y de su defensor;
- b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;
- c) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal;
- d) La participación que se atribuyere al acusado;
- e) La expresión de los preceptos legales aplicables;
- f) El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio;
- g) La pena cuya aplicación se solicitare y h) En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado.

Si, de conformidad a lo establecido en la letra f) de este artículo, el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307, y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. En el mismo escrito deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos o calidades.

La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica. (grifo nosso)

Esses artigos da legislação processual penal de países geograficamente próximos ao Brasil e de convergências histórico-culturais conduzem à reflexão sobre quais são os porquês que fazem com que no Brasil a discussão legislativa se encontre em ponto morto, uma vez que não há nada parecido no Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal Brasileiro. Esses artigos da legislação *hermana* mostram que, além de narrar o fato em si, o órgão de acusação deve detalhá-lo temporalmente, considerando circunstâncias anteriores, concomitantes e posteriores ao fato. Deve separar cada fato na denúncia e apontar quais meios de prova se referem a cada um, bem como a pena em concreto que espera ao final e o montante de reparação civil. Declaram o princípio do livre convencimento motivado e expreso para as acusações penais.

Mas os novos códigos de processo penais da América Latina não se contentaram em estabelecer um passo a passo para a formulação da acusação penal. Não basta cogitar como pode ser expressado o conteúdo primeiro do processo penal, esse “momento estelar do processo” (CARNELUTTI). Previu-se também um sistema de audiências para que haja um controle efetivo da acusação, no qual a defesa, antes do juízo de admissibilidade da acusação, poderá opor exceções, objeções, razões para extinção antecipada do procedimento penal, erros formais da acusação etc.

O Código de Processo Penal da República da Nicarágua, no seu artigo 265, prevê uma audiência inicial, cuja finalidade é determinar se existe causa para proceder ao Juízo Oral, iniciar o procedimento para intercâmbio de informações sobre as provas que integrarão o processo, revisar medidas cautelares e determinar alguns atos processuais, assegurada a presença do Ministério Público, do defensor e acusado.

Alberto Binder (2003, p. 189) destaca que “a fase intermediária cumpre a função de *discussão* ou *debate preliminar* sobre os atos ou exigências conclusivas da investigação. O acusado e seu defensor poderão objetar a acusação que pretenda submeter uma pessoa a julgamento sem contar com os elementos necessários para poder provar essa acusação.”

Essas modificações legislativas não almejam apenas o aperfeiçoamento técnico-jurídico da acusação. Representam mesmo a tentativa de se diminuir os graus de injustiças resultantes de investigações mal elaboradas, que não contêm informações de qualidade, e de acusações superficialmente motivadas, que expressam o vício da caneta punitiva. Ao Ministério Público, pelo papel dúbio que exerce no processo penal brasileiro, talvez caibam os Versos Íntimos do poeta Augustos do Anjos: “(...) *A mão que afaga é a mesma que apedreja.*”

As recentes modificações de Códigos Processos Penais latino-americanos apontam para o grau de descontrole sobre as imputações no processo penal, o que se agrava mais ainda quando em questão tipo penais abertos como o previsto para a versão clássica do tráfico de drogas, que conta com 18 (dezoito) possibilidades de acusação. Portanto, entende-se como indispensável esse tipo de audiência no procedimento de tráfico de drogas.

## 7. CONCLUSÕES

A pesquisa permitiu identificar qual padrão de acusação de tráfico de drogas que referencia a atividade processual dos promotores de justiça da Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador. Foi possível constatar quais variáveis tendem a prevalecer na distinção entre tráfico de drogas e porte para consumo próprio quando o promotor de justiça põe-se a analisar o inquérito policial.

Extraiu-se a lógica que forma esse subsistema de acusação por tráfico de drogas, não só pelo que o contraste das narrativas dos desfechos deixa perceptível, mas também pelo conjunto de densas ideias e concepções dogmáticas, jurisprudenciais e criminológicas que fazem com que esse modo de distinguir - identificado na pesquisa - tráfico de drogas e porte para consumo pessoal se mantenha constante.

Entre um e outro desfecho de um promotor de justiça aparecem tentativas de pensar a questão criminal das drogas de forma diferente, mais humana e preocupada em reduzir os danos penais característicos do processo penal das drogas. Porém, essas manifestações, por si só, sequer conseguem perturbar as ideias persecutórias que imperam no sistema de acusação ministerial.

Os resultados empiricamente fundamentados, que de certa forma se encontram distribuídos no texto e aparecem aqui para fins de destaque e síntese crítica, podem ser levados em consideração para a análise de outras práticas acusativas desenvolvidas pelos demais promotores criminais de tóxicos do Ministério Público da Bahia, e talvez para outros Ministérios Públicos, justamente porque, com a metodologia empregada, valorizou-se aspectos qualitativos que permitem essa “generalização empírico-analítica” (PIRES). Consequentemente, “quando se pressupõe sua pertinência alhures, a base empírica desses esclarecimentos se torna menos potente. Ganha-se no plano heurístico, mas perde-se no plano das nuances empíricas.” (PIRES, 2014, p. 159).

Essa integração de aspectos quantitativos e qualitativos numa só pesquisa é interessantíssima, porque os achados teórico-empíricos não se resumirão a uma resposta pronta, perfeita e acabada à questão de partida formulada, mas a tantas outras reflexões possíveis a que a pergunta de partida impulsiona. Isso não torna a proposta de produção de conhecimento através do empírico menos científica, mas quiça mais humana, no sentido das vicissitudes que envolvem o qualquer humano, “o ser tal, que de todo modo, importa.” (AGAMBEN, 2013, p. 10).

Degrau a mais nessa proposta de tratar a atividade de pesquisa é ter em mente que, pela opção metodológica prevalentemente indutiva, poder-se-iam não ter sido alcançadas respostas, mas apenas novas perguntas ou tão-somente outras percepções empíricas distantes das respostas que a pergunta pedia. Não foi o caso desta pesquisa. É a gostosa e séria aventura de lidar com o empírico.

Nesse momento de finalização da viagem científica, entende-se que as conclusões, a serem lidas em termos de plausibilidade, podem ser subdividas em três grupos a) respostas ou caminhos para as respostas à questão de partida; b) percepções criminológicas e político-criminais; c) alternativas processuais favoráveis à redução de danos penais. Essa subdivisão é didática, porque os conteúdos conclusivos possuem fluidez suficiente para interagir entre si.

No primeiro grupo, alinham-se as seguintes conclusões:

1. Na prática de distinção entre tráfico de drogas e porte de drogas para consumo próprio, prevaleceu o desfecho denúncia (83,41%) em relação aos desfechos de remessa, requerimento de diligências e pedido de arquivamento. É a solução “ótima” produzida pela sistema de acusação extraível da Equipe de Crimes de Tóxicos de Salvador;

2. As variáveis sexo masculino, ronda de rotina, revista pessoal, ter sido preso em flagrante, confissão da propriedade, existir laudo de constatação são, pela variação de percentagem apresentada, decisivas para determinar se o fato se amolda ao tráfico de drogas ou porte de drogas para consumo, prevalecendo, quando associadas, o enquadramento do fato no 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006;

3. As variáveis presença de arma de fogo e perseguição policial não apresentaram percentuais predominantes no universo geral de análise, mas no universo menor determinado por cada uma dessas variáveis prevalece o entendimento de que se está diante de hipótese típica de tráfico de drogas;

4. As faixas de drogas predominantes em que se deu a atuação dos promotores de justiça apresentam referenciais que indicam para a figura do pequeno traficante de drogas, podendo ser enquadradas com certa facilidade na condição de usuário, conforme foi observado nos desfechos de remessa. Porém, houve prevalecimento do desfecho denúncia de tráfico de drogas. Para a maconha e a cocaína, essa faixa se deu de 10g a 50g e para o crack de 1g a 10g.

5. A quantidade da droga, no contexto empírico apresentado, não foi capaz de, por si só, gerar a determinação típica de tráfico de drogas ou porte para consumo. Quando incidem outras variáveis, essa caracterização se torna mais visível, o que não descarta uma possível seletividade discursiva.



6. Quando houve combinação de dois ou mais tipos de drogas, predominou a caracterização de tráfico de drogas pelo Ministério Público. Essa lógica – a de denunciar por tráfico de drogas – também se encontra presente quando se passa da análise de casos de apreensão de maconha para casos de cocaína e crack, que possuem maior potencial lesivo à saúde do indivíduo;

7. Embora nos desfechos de remessa apareça com frequência a expressão “pequena quantidade”, é perceptível que os promotores de justiça não possuem um consenso em relação a essa pequena quantidade, que fica em torno de 10 a 20g, chegando a 60g, faixas de drogas em que, contraditoriamente, foram produzidas muitas denúncias;

8. De acordo com os dados apresentados, a expressão antecedentes criminais significa processos penais em andamento, sejam das varas específicas de tóxicos, sejam das varas criminais comuns, noção incompatível com o princípio da presunção de inocência. Quando considerada essa variável, prevaleceu o desfecho denúncia de tráfico de drogas;

9. No universo de análise, a condição de ser participante de organização criminosa foi pouco expressiva. Mas quando presente essa variável, optou-se pela caracterização processual de tráfico de drogas;

10. De modo geral, as narrativas apresentadas nos desfechos reproduzem a linguagem policial, com uma leve assepsia feita por termos jurídicos mais técnicos e genéricos, o que não impede que se fale em “jargão ministerial”, ou seja, a gramática acusativa é, noutros termos, a dantesca gramática policial. Talvez da junção dessas duas palavras (dantesco e policial) tenha surgido o termo *policialesco*.

11. Enfim, a variação da atividade processual penal do Ministério Público é determinada pela intensidade da atividade persecutória da polícia, sendo que o Ministério Público não tem sua rotina de persecução criminal dirigida a organizações criminosas de tráfico de drogas;

Para o segundo grupo, podem ser elencadas as seguintes conclusões:

1. O sistema de acusação revelado pelos promotores de justiça da equipe de crimes de tóxicos de Salvador atua sob o paradigma etiológico, em que o tráfico de drogas é considerado como uma realidade criminal preexistente, que para existir não teria a interferência das agências oficiais de controle, no caso o Ministério Público. Esse sistema comunica a mensagem de que, para eliminar essa indesejada realidade preexistente, a melhor solução é denunciar por tráfico de drogas. Para isso, o suspeito brocardo jurídico *in dubio pro societate* atualiza esse paradigma etiológico, ainda mais quando mobilizado pelo discurso de

defesa da sociedade, a qual só poderá atingir grau de bem-estar se erradicado o crime de tráfico de drogas;

2. Com essa paradigma, a atuação processual do Ministério Público se coloca em grande descompasso com a produção teórica de outros campos, em especial a Criminologia Crítica e a Crítica que já se estabeleceu a esse referencial teórico (Criminologia Pós-Crítica). Assim, com essa densa atuação processual penal do Ministério Público potencializa-se a oficial política criminal de drogas, voltada para a expansão do sistema penal;

3. Essa expansão do sistema penal, viabilizada na prática pelo excesso de denúncias contra pequenos traficantes, prováveis usuários de drogas, também pode ser explicada pela força das ideias penais punitivas que imperam no sistema de justiça criminal, pois, ao se destacar a denúncia por tráfico de drogas como a melhor resposta estatal para quase todos os casos, sobressai-se a ideia-síntese que essa denúncia se realiza porque ao final se terá uma pena privativa de liberdade decorrente de uma obrigação de punir, de infligir certa quantidade de dor no outro. A Racionalidade Penal Moderna, como caracteriza Álvaro Pires, invade o processo penal de drogas a tal ponto que se torna defensável uma Racionalidade Processual Penal Moderna – um conjunto de ideias processuais penais que estejam literalmente a serviço dessa inadiável obrigação de punir.

4. Os vocabulários de motivos apresentados nos desfechos mostram como esse conjunto de ideias conta com um padrão de linguagem seletivo, que se encontra estabilizado no sistema de justiça criminal. Com esses vocabulários de motivos, vivencia-se um distanciamento do caso penal, de modo que a obrigação de processar (princípio da obrigatoriedade) atualiza a obrigação de punir. Assim, a ação processual penal se apresenta como um poder difuso e repressivo com uma gramática acusativa de matriz policial.

5. Nesse sentido, naturaliza-se no desempenho da atividade de acusar uma linguagem que não lhe é própria, mas que é poderosa devido à dificuldade – as razões para isso são diversas (falta de estrutura, banalização do ato de acusar, casos repetitivos etc) – de se desenvolver um estilo independente e criticamente reconstrutivo daquilo que chega ao Ministério Público em termos de linguagem investigativa;

6. A desigualdade e hierarquização socioeconômica brasileira pode ser encontrada no processo penal das drogas, na medida em que os acusados, na sua maioria, são pobres, jovens, moradores da periferia, subempregados, com pouco dinheiro no momento da prisão – valores até R\$ 50,00 -, e abordados em bairros periféricos. Nesse contexto, as ações penais do Ministério Público, pela ótica do processo de criminalização secundária, confirmam uma política de drogas excludente, de alta danosidade penal e social;

No terceiro grupo, podem ser alinhadas, sem intuito salvacionista, as assertivas abaixo:

1. Inicialmente, deve ser promovido amplo debate institucional sobre as variáveis que podem auxiliar na distinção prática entre tráfico de drogas e porte para consumo pessoal, considerada a possibilidade de que sejam estabelecidas quantidades-limites por droga e combinação de drogas. Esse referencial quantitativo, conforme o nome sugere, é apenas uma baliza para a atuação institucional, sem engessá-la. Essa discussão deve ter a participação de profissionais de outros saberes (criminólogos, psicólogos, psiquiatras etc), pluralizando-se a abordagem sobre o tema. Com isso, ficarão mais claros os critérios de imputação de tráfico de drogas diante da tipicidade aberta do art. 33, caput, e do art. 28, caput, ambos da Lei n. 11.343/2006.

2. Esses critérios, uma vez chancelados por recomendação da Chefia Institucional (Procurador-Geral de Justiça), não seriam vinculativos. Mas pela forma como foram debatidos, em horizontalidade de produção de conhecimento com outros saberes, teriam uma forte dose persuasiva, gerando para o promotor de justiça que quisesse se afastar dessa orientação o ônus argumentativo de expor na narrativa de acusação os motivos pelos quais se afastou do parâmetro institucional. Esse modo de pensar não rasga o princípio da independência funcional, primeiro porque não é vinculativo, e sim persuasivo, e segundo porque o desenvolvimento de uma persecução penal estratégica condiz com a vocação constitucional do Ministério Público de defender interesses indisponíveis e socialmente democráticos (art. 127 e ss).

3. Com o desenvolvimento institucional de uma persecução penal estratégica, facilita-se ter uma estimativa de quais casos poderão ser arquivados porque são insignificantes, quais poderão ser submetidos a acordos de não-persecução penal, quais em que as diligências se mostrarão imprescindíveis e quais merecem uma atuação mais especializada do Ministério Público. Pode-se dividir esses casos nas seguintes categorias: de baixa estimativa (arquivamento); de média estimativa (variação entre acordos de não persecução e denúncias) e alta estimativa (denúncias e verificação de medidas cautelares para garantir o sucesso da persecução penal). Por esse canal de pensamento, o Ministério Público traz para si a possibilidade de desenvolver uma prática processual penal diferenciada, menos danosa, representante de uma Criminologia da Práxis.,

4. Essa persecução penal estratégica, se de fato tomar contornos práticos, pode impulsionar transformações jurisprudenciais e legislativas que acolham totalmente ou parcialmente seu conteúdo. Abre-se, pois, um caminho para um início de superação prática do

paradigma etiológico, casual-explicativo, em que estão imersas a práticas processuais penais do Ministério Público.

5. Entende-se que, por todo potencial danoso e conflitivo que envolve a acusação penal, é indispensável a realização de audiências de controle da acusação, o que seria um grande ganho no procedimento de tráfico de drogas diante, repita-se uma vez mais, da tipicidade aberta desse crime. Evitar-se-iam processos penais desnecessários, acusações infundadas, prolongamento de prisões preventivas, garantindo-se concretude na imputação, melhor delimitação dos casos de remessa, diligências e arquivamento. Pensa-se diferente do Supremo Tribunal Federal, que acredita, conforme expressado nos votos do RE n. 635659, que a audiência de custódia seria suficiente essas finalidades. A audiência de custódia está voltada para a legalidade do ato de prisão em flagrante, e só.

Enfim, essas conclusões são parciais, simplesmente porque representam o ponto de vista empiricamente embasado de um determinado pesquisador, com o compromisso ético de pensar em formas de reduzir os históricos danos do processo penal, que são bem visíveis no que se convencionou chamar de processo penal das drogas.

## REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE HIJO, Ricardo. **Derecho procesal -penal**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1950. v. 3.

ALVES, Marcelo Mayora. **Entre a cultura do controle e o controle cultural: um estudo sobre práticas tóxicas na cidade de Porto Alegre**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Tradução de Claudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica editora, 2013.

\_\_\_\_\_. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: editora UFMG, 2010.

\_\_\_\_\_. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci. D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BADARÓ, Gustavo. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: RT, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**; tradução Juarez Cirino dps Santos; Rio de Janeiro: Revan, 2002.

\_\_\_\_\_. **Criminología y Sistema Penal**. Buenos Aires: IBDEF, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. **Política criminal com derramamento de sangue**. Discursos sediciosos, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BOITEUX, Luciana. **Controle Penal sobre as Drogas Ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. **Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas**. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun./set. 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: HI, 2002.

BECKER, Howard. S. **Outsiders: estudos da sociologia do desvio**. trad. Maria Luiza X. De Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

- \_\_\_\_\_. **Segredos e truques da pesquisa**. Zahar, 2007.
- BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Lumen Juris, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Sobre o Estado: Cursos no Collège de France**. Tradução de Rosa freire de Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- CAPPI, Riccardo. **A maioria penal nos debates parlamentares: motivos de controle e figuras do perigo**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.
- CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**, Buenos Aires, 1994, EJEATra. Sentís Melendo.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro. Revan, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Criminologia da Reação Social**. Trad Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. **A Criminologia Radical**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
- DA SILVA FREITAS, Felipe. **Novas Perguntas para a Criminologia Brasileira: Poder, Racismo e Direito no Centro da Roda**. Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades, n. 238, 2016.
- DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990
- \_\_\_\_\_. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas Mãos da Criminologia- O controle penal para além da (des) ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luiz. **A política criminal na encruzilhada**. Tradução de André Luís Callegari. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. .

DUARTE, Evandro Charles Piza. Negro: Este Cidadão Invisível. **Revista Crítica Estudantil. Florianópolis: Instituto da Cultura e da Barbárie**, Fundação Boiteux, Ano v. 1, 2004.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia de las drogas**. v. 1 e 2. Madrid: Alianza Editoria. 1998.

FEYERABEND, Paul. K. **Contra o método**. Tradução Cesar Augusto Mortari. São Paulo: Editora Unesp. 2011.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. rev. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chouckr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2010. Disponível em [www.repositorio.unb.br](http://www.repositorio.unb.br)

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

\_\_\_\_\_. **Ordem do discurso (A)**. Edições Loyola, 1996.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir**. Leya, 2014.

GARCIA, Margarida. **Novos Horizontes Epistemológicos para a Pesquisa Empírica em Direito: “descentrar” o sujeito, “entrevistar” o sistema e dessubstancializar as categorias jurídicas**. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 1, n. 1, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11,343, de 23.08. 2006**. Editora Revista dos Tribunais, 2008

HART, Carl. **Um preço muito alto**. Zahar, 2014 (ePub).

HASSEMER, Winfried. **Descriminalização dos crimes de drogas: direito penal, fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

GARCIA MÁRQUEZ, Gabriel. **Eu não vim fazer um discurso**. Tradução de Eric Nepomuceno. Rio de Janeiro: Record, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **O devido processo penal:** abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015.

GOLDENBERG, Mirian. **A arte de pesquisar.** Editora Record, 1997.

GOMES DA SILVA, Eliezer; BORGES DA SILVA, Eliane. **Raça, gênero, classe, igualdade e justiça: representações simbólicas e ideológicas do filme Crash, de Paul Haggis.** Sociedade e Cultura, v. 12, n. 2, 2009.

LOPES JR, Aury. **(Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt.** Revista de Ciências Criminais 6. Porto Alegre: Nota Dez, 2002.

\_\_\_\_\_. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

MACHADO, M. et al. **Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil.** Série Pensando o Direito, n. 32, 2010.

MACHADO, Máira Rocha (Org). **Pesquisar empiricamente o direito.** São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MELCHIOR, Antonio Pedro et al. **Autoritarismo e processo penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MURICY, Marília. **Senso Comum e interpretação jurídica. 2006.** Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

NICORY, Daniel do Prado (Coord.). **Anuário Soteropolitano de Prática Penal-2014.** Disponível em [http://web2.defensoria.ba.def.br/portal/index.php?site=2&modulo=eva\\_conteudo&co\\_cod=11122](http://web2.defensoria.ba.def.br/portal/index.php?site=2&modulo=eva_conteudo&co_cod=11122). Acesso em 13/09/2017.

NIETZSCHE, Friedrich; DE SOUZA, Paulo César. **A gaia ciência.** Editora Companhia das Letras, 2017.

OLIVEIRA, André Luis Tabosa. **Acusação responsável como direito fundamental.** Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143093.pdf>, Acesso em 14 de julho de 2016.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PAVIANI, Jayme. **Interdisciplinaridade: conceitos e distinções.** Caxias do Sul: Educus, 2008.

PESSOA, Fernando. **Livro do desassossego: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa.** Editora Companhia das Letras, 2006.



PIRES, Alvaro Penna. **Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal.** Sociologias–Revista, 1999.

\_\_\_\_\_. et al. **Sobre direito, ciências sociais e os desafios de navegar entre esses dois mundos: uma entrevista com Álvaro Pires.** Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 2, n. 1, 2014.

\_\_\_\_\_. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos.** Novos Estudos Cebrap, v. 68, n. 3, p. 39-60, 2004.

\_\_\_\_\_. ; CAUCHIE, Jean-François. **Um caso de inovação "acidental" em matéria de penas: a lei brasileira de drogas.** Revista Direito GV, v. 7, n. 1, p. 299-329, 2011.

POMA, Juan Hurtado. **¿Que se discute em la audiencia de control de acusación?** Disponível em [www.cejamerica.org](http://www.cejamerica.org). Acesso em 18/09/2017

PORTUGAL, Daniela. **A Autopoiese no Direito e o Funcionalismo Sistêmico de Günther Jakobs na Aplicação da Lei Penal.** Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS, v. 8, n. 2.

POUPART, Jean et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos.** In: **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos.** Vozes, 2014.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

QUEIROZ, Paulo. **A propósito do conceito definitorial de crime.** Disponível em <http://www.pauloqueiroz.net/a-proposito-do-conceito-definitorial-de-crime/>. Acesso em: 16 de julho de 2016.

QUIVY, Raymond; VAN CAMPENHOUDT, Luc. **Manual de investigação em ciências sociais.** Lisboa: Gradiva, 1998.

KARAM, Maria Lucia. **A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. Drogas e cultura: novas perspectivas.** Salvador: EDUFBA, 2008.

\_\_\_\_\_. **A esquerda punitiva. Discursos sediciosos,** v. 1, n. 1, p. 79-92, 1996.

KHALED JR, Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?** Civitas-Revista de Ciências Sociais, v. 10, n. 2, 2010.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelso Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2013.

RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. **Por uma teoria do processo penal.** Florianópolis: Emporio do direito, 2015.

\_\_\_\_\_. **Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RAUPP, Mariana Mendonça. **O Seleto Mundo da Justiça: análise de processos penais de tráfico de drogas**. 2005. Tese de Doutorado.

\_\_\_\_\_. **O (in)visível tráfico de drogas: um estudo de sociologia das práticas jurídicas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 80, p. 346- 369, 2009.

\_\_\_\_\_. **As pesquisas sobre o “sentencing”: disparidade, punição e vocabulários de motivos**. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 2, n. 2, 2015.

REIS, Vilma. **Atucaiados pelo Estado: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações (1991-2001)**. 2013. Tese de Mestrado disponível: <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/13695>

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal**. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9856/1/2011>. Acesso em: 17 de julho de 2016.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos**. São Paulo: Saraiva, 2013

RISÉRIO, Antonio. **Gilberto Gil Expresso 2222**. Editora Corrupio.

RODRÍGUEZ, Alejandro. **Persecución penal estratégica**. 2016. Disponível em [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org). Acesso em 12/08/2017

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROSA, Alexandre Morais. **A teoria dos jogos aplicada o processo penal**. Santa Catarina: Empório do Direito, 2015.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. In: Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Cortez, 2013.

SABATO, Ernesto. **La resistencia**. Buenos Aires: Seix Barral, 2011.

SAVIANO, Roberto. **Zero Zero Zero**. Tradução Frederico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

SCHEERER, Sebastian. **Prohibición de las drogas en las sociedades abiertas. Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos**. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Madri: Dykinson, 2003.

SHECARIA, Sergio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Felipe Figueiredo Gonçalves da. **'Não compre, plante'? A tipificação penal das situações de cultivo de Canábis pelo Tribunal de Justiça de São Paulo**. Tese de Doutorado.

SIMMEL, Georg. **O estrangeiro**. Sociologia. São Paulo: Ática, 1983.

SOARES, Luiz Eduardo. **Legalidade libertária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite**. São Paulo: Leya, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade**. Seqüência; Estudos Jurídicos e Políticos, v. 13, n. 24, 1992.

\_\_\_\_\_. **À procura de uma semiologia do poder**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 2, n. 03, 1981.

VALOIS, Luis Carlos. **Direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: De Plácido, 2017.

VELHO, Gilberto. **Nobres & anjos: um estudo de tóxicos e hierarquia**. Fundação Getúlio Vargas, 1998.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **O nativo relativo**. Mana, v. 8, n. 1, p. 113-148, 2002

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

WRIGHT MILLS, Charles. **“Ações situadas e vocabulários de motivos”**. [Tradução de Mauro Guilherme Pinheiro Koury]. RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, v. 15, n. 44, p. 10-20, agosto de 2016. ISSN: 1676-8965.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2009

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Editora Revan, 1991

\_\_\_\_\_. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no direito penal**. Revan, 2007.

ZILIO, Jacson Luiz. **La criminalización de las drogas como política criminal de la exclusión**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 1, n. 1, p. 189-209, 2009.