

# A DISCRICIONARIEDADE E A INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI 11.343/2006

Gilnei Calmon Costa<sup>1</sup>  
Orientador: Bruno Texeira Bahia<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo analisa qualitativamente a aplicação da Lei 11.343/06 no Brasil, focando nos artigos 28 e 33, que tratam do uso e tráfico de drogas. Destaca a discricionariedade na interpretação desses artigos pelas autoridades policiais e judiciais e seus impactos sociais e no sistema de justiça. A pesquisa utiliza dados de ocorrências de tráfico de drogas e posse para consumo pessoal em Salvador, em dezembro de 2023, com base nos registros do Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal. Foram analisados 59 casos de Autos de Prisão em Flagrante (ADPFs) e 45 casos de Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs). Os resultados destacam a predominância da Polícia Militar, falta de objetividade na quantificação das drogas, discricionariedade na interpretação dos casos e desafios na aplicação da legislação.

**PALAVRAS-CHAVES:** tráfico de drogas, posse para consumo pessoal, ocorrências policiais, quantificação de drogas, discricionariedade, aplicação da lei.

**ABSTRACT:** This article qualitatively analyzes the application of Law 11.343/06 in Brazil, focusing on Articles 28 and 33, regarding drug use and trafficking. It highlights the discretion in interpreting these articles by police and judicial authorities and their social and justice system impacts. The research uses data on drug trafficking and possession in Salvador, December 2023, from the Institute of Public Security Statistics and Criminal Research. It analyzed 59 Arrests in Flagrante Delicto (ADPFs) and 45 Circumstantial Term of Occurrence (TCOs). Key points include occurrence location, responsible institution, reference weight for drug quantification, agent gender, amounts seized, and drug types. Results highlight Military Police predominance, lack of objectivity in drug quantification, case interpretation discretion, and legal criteria relativization, indicating challenges in consistently applying drug-related legislation.

**Keywords:** drug trafficking, possession for personal use, police incidents, drug quantification, discretion, law enforcement.

**SUMÁRIO:** 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS. 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06. 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS. 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

---

<sup>1</sup> Graduando em direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL) E-mail: gilnei.costa@ucsal.edu

<sup>2</sup> Especialista em Ciências Criminais (UFBA). Mestre e Doutor em Ciência Sociais (FFCH-UFBA Advogado Criminal, professor da UCSAL e Coordenador do Observatório de Violência Crime e Sociedade (OBVIO)- grupo de pesquisa (UCSAL) Integrante do Laboratório de Estudos Sobre Crime e Sociedade - LASSOS (UFBA), Coordenador do Observatório de Violência, Crime e Sociedade. Atua na área de pesquisa empírica em Direito, Fluxo de Justiça, Estudos Prisionais, Crime e Punição

## 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIS

O presente trabalho tem como objetivo analisar como a falta de critérios objetivos quanto a quantidade de drogas e as circunstâncias da prisão impactam para a formação de uma discricionariedade na imputação dos artigos 28<sup>3</sup> e 33<sup>4</sup> da Lei 11.343/06 pelas autoridades policiais, ao classificar usuários e traficantes, observando, ainda, os efeitos do racismo estrutural e institucional-

Os artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006 exemplificam a diferenciação legal entre o uso pessoal e o tráfico de drogas. O artigo 28 trata do porte para consumo pessoal, especificando cinco condutas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo) que, embora ilícitas, não acarretam pena de prisão. Por outro lado, o artigo 33 aborda o tráfico de drogas, abrangendo dezoito condutas relacionadas à produção, distribuição e comercialização de drogas, com penas severas que incluem reclusão de 5 a 15 anos e multa. A distinção entre usuário e traficante é fundamental para uma abordagem justa e eficaz na política de drogas, reconhecendo que usuários necessitam de apoio e tratamento, enquanto traficantes devem ser penalizados para coibir a disseminação de substâncias ilícitas.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a Lei 11.343/2006, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta do usuário de drogas, retirando o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal. Entretanto, continua sendo considerado um ilícito, um ato contrário ao Direito. Houve, portanto, uma descriminalização formal, mas não a legalização da droga (ou descriminalização substancial) (GOMES et al., 2007).

É possível concluir que a inserção da nova Lei de Drogas afastou a possibilidade de aplicar algum tipo de pena de prisão às condutas descritas no tipo penal do art. 28. Isso ocorre porque, legalmente, no Brasil, "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção, cabendo ao dispositivo em análise somente penalidades administrativas, como advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos. Logo, esse dispositivo normativo não pode ser definido como crime, nem pode ser considerado uma contravenção penal. Ele constitui um novo modelo de infração, chamado por alguns doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci, Luiz Flávio Gomes e Renato Marcão, de "sui

---

<sup>3</sup> Art.28 da Lei 11.343/06: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.

<sup>4</sup> Art.33 da Lei 11.343/06: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa

generis", devido à sua característica híbrida. Conseqüentemente, não podemos atribuir ao usuário de drogas a alcunha de criminoso.

As penas cominadas se resumem a medidas educativas, compostas por advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou cursos educativos. Todas são voltadas para conscientizar os usuários sobre os efeitos das drogas, afastando o caráter penal e direcionando o problema para a saúde pública. O legislador, entendendo o caráter de dependência associado às drogas, deu tratamento normativo diferenciado ao usuário quanto à reincidência. É possível admitir que o usuário reincida na prática desse delito sem reduzir os efeitos da transação penal. Sendo concedida a suspensão condicional, independentemente do lapso temporal da infração anterior, diferenciando-se do que é estabelecido pelo Código Penal<sup>5</sup>.

O objeto jurídico do artigo 28 se estrutura em dupla interpretação normativa. Para o saudoso professor Luiz Flávio Gomes, a lei estabelece dois comandos: o primeiro é direcionado ao agente, que pode ser qualquer pessoa que cometa alguma dessas condutas a qualquer tempo, pois é proibido adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga, ainda que seja para consumo pessoal. O segundo comando está associado à consequência por ter violado o primeiro e é direcionado à autoridade competente. Uma vez praticada a conduta proibida, o juiz está obrigado a aplicar uma pena cominada, que, nesse caso, se limita a uma sanção administrativa (GOMES et al., 2007).

Como esse bem jurídico está tutelado pelo Direito Penal brasileiro, ainda que as sanções sejam restritamente administrativas, o juiz está obrigado a aplicá-las, sob pena de responder criminalmente ou administrativamente em caso de omissão. Toda norma penal tem como objetivo final a proteção de um bem jurídico, e aqui não seria diferente. O bem jurídico tutelado imediato é a saúde pública, e os mediatos são a vida, a integridade física e psíquica das pessoas. Esses constituem o rol de proteção por parte do Estado, que dispõe de suas instituições para salvaguardar esses bens jurídicos, sendo interesse do Estado coibir as ações lesivas contra esses bens.

A infração do artigo 28 é classificada como norma de perigo abstrato, lesiva aos interesses da saúde pública e à vida do próprio usuário, o que mitiga o princípio da ofensividade. Pois não oferece risco a uma vítima direta, sendo limitada a uma conduta infratora. Está

---

<sup>5</sup> Art. 64 - Para efeito de reincidência:

Inciso I- Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação

proibido qualquer pessoa adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga. Essas ações são condutas que o agente está proibido de praticar. No caso do artigo em análise, a conduta do agente já consuma o crime: ele inicia os atos executórios e instantaneamente consuma o crime. Para ser punido, ele precisa estar cometendo o ato, não sendo cabível a tentativa.

O objeto de controvérsias está na idoneidade lesiva da conduta, ou seja, se a droga apreendida em posse do agente infrator tem como finalidade o consumo pessoal. Isso nos remete ao cerne da discussão sobre a discricionariedade interpretativa da norma. Pois, se não há critérios objetivos para definir a finalidade da droga, é necessário aferir critérios subjetivos para obter a materialidade formal da conduta do agente.

Inicialmente, o primeiro critério analisado está relacionado ao objeto material da infração. O artigo 28 da Lei 11.343/06 é considerado por Guilherme de Souza Nucci como uma infração *sui generis* e em branco. "*Sui generis*" porque não se trata de crime, nem tampouco de uma contravenção, e "em branco" porque ele considera a infração incompleta, uma vez que exige um complemento normativo ou valorativo, que, no caso em destaque, seria a lista de drogas e substâncias análogas fornecida pela Anvisa, vinculada ao Ministério da Saúde. Nesse caso, com esse complemento vindo do executivo, estaríamos diante de uma lei em branco heterogênea (ou heteróloga) (NUCCI, 2017).

Para iniciar a persecução penal, o Estado precisa atender o critério material da norma, ou seja, precisa provar que a droga apreendida em posse do agente consta no rol de substâncias proibidas pela Anvisa. Isso define o primeiro critério para materialidade formal. A partir da quantidade de droga apreendida, é possível aferir a sua finalidade. Obviamente, 1 tonelada de drogas apreendida em poder de um agente jamais poderá ser avaliada com a finalidade de consumo próprio. Os critérios objetivos facilitam o correto enquadramento da conduta. Já os critérios subjetivos dão margem para interpretações equivocadas e preconceituosas, culminando em aberrações processuais e consolidando o racismo estrutural que impera nas instituições do Estado brasileiro.

A problemática se estabelece ao analisar os critérios para qualificação desse tipo penal. O artigo 28 no seu parágrafo 2º 6, estabelece critérios para definição de usuário: "Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade

---

<sup>6</sup> 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.

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”.

A lei estabelece critérios relevantes para determinar se a droga era para consumo pessoal ou para traficância. Ainda que não seja clara a determinação quantitativa, algumas cifras se tornam indubitáveis. Entretanto, quando afastado o critério quantitativo, outras circunstâncias objetivas são apreciadas. A droga apreendida passa a ser relevante para aferir o desvalor da conduta, ou seja, se é cocaína, crack, maconha; as circunstâncias da apreensão, quanto ao local, se é zona típica de tráfico. Porém, o critério mais polêmico são os subjetivos. Analisar o agente mediante o seu quadro social é onde a lei se torna discricionária.

Para Guilherme de Souza Nucci, os critérios subjetivos destacados para a aplicação do artigo 28 da Lei 11.343/06 incluem as circunstâncias pessoais do agente, sua situação social e econômica, a quantidade e natureza da droga e a finalidade da posse (NUCCI, 2017). Esses critérios são fundamentais para assegurar uma diferenciação justa entre usuários e traficantes, promovendo uma abordagem equilibrada e proporcional no tratamento das questões relacionadas ao porte de drogas.

Os critérios relacionados às circunstâncias pessoais, situação social e econômica do agente, na maioria dos casos concretos, são relativizados em detrimento dos critérios objetivos e das circunstâncias da prisão. As regiões de comercialização de drogas são habitadas por indivíduos de baixa condição econômica e vulnerabilidade social. Logo, esse sujeito, quando flagrado com uma quantidade de drogas limítrofe, que pode ser associada ao consumo individual ou ao tráfico, e a droga acondicionada em recipiente com caráter comercial, somado ao fato de estar nas zonas de traficância, não tem os demais critérios apreciados, o que provoca uma inversão na finalidade da droga apreendida.

Por conseguinte, esses critérios dúbios para a definição do tipo penal protagonizam uma série de aberrações jurídicas. A falta de objetividade normativa impulsiona a interpretação equivocada das autoridades quanto ao tipo penal e está intimamente relacionada ao rumo processual. Como ficou demonstrado, a conduta do usuário tem tratamento específico na esfera penal, se aproximando de uma infração administrativa.

É notório um avanço no tratamento ao usuário de drogas a partir da análise do artigo 16 da Lei 6.368/76, revogada pela Lei 11.343/06. Esse instituto normativo previa a pena de seis meses a dois anos de detenção, contemplando a conduta da posse de drogas para consumo pessoal como criminosa, tratando esse fato como caso de polícia, formalizando a abertura de inquérito policial, e conseqüentemente o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o que gerava uma demonização social contra essa figura. O início do abrandamento dessa conduta

ocorreu com a promulgação da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), que passou a admitir a suspensão condicional do processo, conseqüentemente, a primeira despenalização da posse de drogas para consumo pessoal, ainda que não removesse o caráter criminoso da conduta. Mais adiante, com a chegada da Lei 10.259/2001, houve a concretização do conceito de infração de menor potencial para todos os delitos punidos com pena até dois anos, caracterizando o segundo passo para a despenalização do artigo 16 da Lei 6.378/76. Finalmente, para consolidar a tendência de despenalização, a promulgação da Lei 11.313/2006 passou a admitir como infração de menor potencial ofensivo todas as contravenções e delitos que cominasse pena máxima de até dois anos.

Se, por um lado, o legislador com a nova Lei de Tóxicos quis alterar o status de infração penal para “sui generis”, elevando o usuário de drogas à condição de vítima, instituindo uma política de drogas construída sobre a ótica da redução de danos, desmitificando a beligerância social contra esse indivíduo e inserindo uma política de uso controlado, como o álcool, afastando-se do combate policial, extinguindo a sanção penal e dispensando tratamento de saúde pública ao tema.

Por outro lado, o novo dispositivo normativo endureceu o tratamento para com o traficante. A nova redação aumentou a pena inicial para o crime de tráfico de 3 anos para 5 anos, acresceu de 30 a 360 dias multa para 500 a 1500 dias multa, criou agravantes específicas para o crime de tráfico envolvendo crianças e adolescentes, endureceu as condições para progressão de regime para reincidentes, ampliou a possibilidade de confisco de bens adquiridos com o dinheiro do tráfico, atingindo as organizações criminosas voltadas para a prática desse crime, inclusive, punindo de forma mais gravosa os financiadores, entre outras mudanças.

Essa discricionariedade extraída do parágrafo 2º do art. 28 torna-se o ponto nevrálgico da problemática, pois é uníssono entre os doutrinadores Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt que não cabe extensão subjetiva no Direito Penal quando as consequências jurídicas recaem sobre o bem jurídico liberdade. "A aplicação da lei penal deve ser restrita aos casos e pessoas que ela define claramente. A inclusão de sujeitos não mencionados na norma viola os princípios da legalidade e da segurança jurídica, pilares do Direito Penal moderno" (BITENCOURT, 2010).

## **2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06**

A Constituição Federal de 1988 instituiu a supremacia constitucional através do artigo 60, §4º, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais. Segundo esse princípio, qualquer lei infraconstitucional que promova tratamento desigual entre os indivíduos deve ser afastada

do ordenamento jurídico. No entanto, mesmo quando essas leis causam efeitos devastadores para a população menos favorecida, majoritariamente negra, a impugnação dessa norma não colocou os direitos fundamentais no centro do debate. Isso permite que as autoridades do Estado mantenham práticas seletivas, como ocorre com a discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Durante o julgamento destinado a reduzir as distorções provocadas pela discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/06<sup>7</sup>, observa-se um consenso entre os Ministros da Suprema Corte quanto às injustiças e aberrações jurídicas promovidas por essa norma para uma parte específica da população. No entanto, é notável a falta de atenção à questão da segregação racial. Ao impugnar a referida norma, através de recurso extraordinário e em tema de repercussão geral, a defesa do acusado alegou lesão ao princípio da intimidade e da vida privada sem fazer alusão à seletividade racial que a norma provoca. Isso demonstra o quanto a histórica democracia racial brasileira, como uma âncora, impede a elevação do debate sobre o tratamento jurídico desigual entre diferentes camadas sociais e raciais submetidas a abusos policiais.

Os ministros Gilmar Mendes<sup>8</sup> e Alexandre de Moraes<sup>9</sup>, em seus votos no julgamento que discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, reconhecem a seletividade normativa, como destaca o ministro Gilmar Mendes: “Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com privação da liberdade”. E Alexandre de Moraes acrescenta: “É possível constatar que os jovens, em especial os negros (pretos e pardos), analfabetos são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas (maconha ou cocaína) do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior”.

Os ministros apontam para a necessidade de estabelecer critérios objetivos para a subsunção da norma, pois entendem que há lacunas para arbitrariedade. Segundo eles, “a necessidade de equalizar uma quantidade média padrão como presunção relativa para

---

<sup>7</sup> <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>, acessado em 09/06/2024

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>, acessado em 15/11/2023

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre. Voto do ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>, acessado em: 15/11/2023

caracterizar e diferenciar o traficante do portador para uso próprio vai ao encontro do tratamento igualitário entre os diferentes grupos socioculturais, como medida de Justiça e Segurança Jurídica, diminuindo-se a discricionariedade das autoridades públicas”

A necessidade de previsão legal objetiva para conter as aberrações jurídicas protagonizadas pelo Sistema de Justiça torna-se imperiosa. Isso inclui a fixação de quantidades como critério, a fim de evitar a inversão do ônus da prova, ou seja, o usuário não precisaria comprovar que não é traficante, ao mesmo tempo em que não se produza impunidade ao traficante que se enquadra na quantidade e não é preso em flagrante.

O Supremo Tribunal Federal formou maioria sobre a necessidade de critérios objetivos para o enquadramento da conduta do crime de tráfico. No presente momento, o processo está sob vista do Ministro André Mendonça. Ainda que essa convergência possa abolir a conduta criminosa apenas para o porte de maconha, é unânime entre os ministros que já votaram que a subjetividade normativa deixa lacunas interpretativas e consolida o racismo estrutural presente no Brasil. Portanto, o voto do ministro Moraes construiu a tese no sentido de não tipificar o crime previsto no artigo 28 da Lei 11343/06 para a substância "maconha" e fixar o critério objetivo para determinar o agente que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo uma quantidade entre 25 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas.

A tese firmada não impede o enquadramento no crime de tráfico por quantidades inferiores à fixada. No entanto, determina que a autoridade judicial, de maneira fundamentada, justifique a conversão da prisão em flagrante, apontando obrigatoriamente os critérios caracterizadores do tráfico, tais como a forma de acondicionamento, diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, celulares com anotações de compra e venda, caderno de anotações, circunstâncias da apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico.

Com os critérios objetivos implementados a partir do julgamento do Supremo Tribunal, acreditamos que se formalizarão as balizas para conter a discricionariedade policial e dos operadores do direito, contaminados pelo racismo estrutural e pela política de guerra às drogas, que revoga a conduta do artigo 28 da Lei 11.343/06 para os jovens pretos, pobres e moradores de periferia. Ainda que passível de discricionariedade, a tese fixada possibilita fundamentar a prisão com porte menor do que os critérios objetivos, tendo como base os critérios subjetivos. Entretanto, a obrigatoriedade da fundamentação e a indicação dos critérios, diante do caso concreto, já promovem uma contenção na arbitrariedade.

Na contramão da maioria dos ministros da Suprema Corte e das políticas de redução de danos e de prevenção de riscos, implementadas por orientação da ONU (Organização das

Nações Unidas) e pelas legislações de outros países que despenalizam essa conduta e passaram a adotar medidas de saúde pública, houve um backlash (reação legislativa) que culminou na aprovação pela CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da PEC/45 de 2023, que tem por objetivo criminalizar o porte e a posse de substâncias entorpecentes, independentemente da quantidade.

### **3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS**

O presente capítulo visa analisar qualitativamente trabalhos acadêmicos e desenvolver métodos de pesquisa análogos, que consistem na interpretação de dados policiais e judiciais das instituições brasileiras a partir de relatórios oficiais em capitais do Brasil, tendo como ponto nevrálgico a discricionariedade do artigo 28 e 33 da Lei 11.343/06, os impactos sociais e para o sistema de justiça, e a eficácia dos critérios objetivos para determinação do enquadramento fático pelas autoridades.

Para analisarmos se há esse tipo de discricionariedade e se, nos casos concretos, esses institutos normativos são confundidos a ponto de resultar em um encarceramento em massa de uma parte específica da população, é necessário compreender os objetivos legislativos para distinguir as figuras do traficante e do usuário. Conforme demonstrado anteriormente, alguns critérios objetivos são considerados no momento da ocorrência, a partir dessas análises estudaremos como cada critério é tratado nos casos concretos.

No entanto, a controvérsia surge a partir da interpretação pelos autoridades dos critérios subjetivos que definem o marco inicial do processo e que pode culminar em injustiça. Observando a pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas', realizada por Gorete et al. (2011), que analisou 667 atos de prisão em flagrante na cidade de São Paulo com o objetivo de compreender o uso da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas, é possível concluir que a quantidade de drogas apreendida e as circunstâncias da prisão, nos casos pesquisados, estão dentro de um patamar dúbio quanto aos critérios objetivos, o que provoca uma discricionariedade na subsunção da conduta do agente flagrado.

“tem-se que em 62,13% das ocorrências foram apreendidas até 100 gramas de drogas, e em 33,83% foram apreendidas mais de 100 gramas [...]. Verifica-se que, apesar de o dinheiro ser apontado como importante elemento de prova da traficância, em 33,08% das apreensões os presos não apresentavam em seu poder nenhum dinheiro. Em 12,43% dos casos havia presença de até R\$30,00, em 20,81% dos flagrantes as pessoas foram encontradas com valores entre mais de R\$30,00 a R\$100,00, e em 33,38% foram encontrados mais de R\$ 100,00.

[...] Verificou-se que em 48% dos casos a droga não foi apreendida junto ao acusado, ou seja, não estava ele portando ou escondendo a droga consigo. [...] 74% dos casos

contaram apenas com o testemunho dos policiais que realizaram a apreensão do acusado, não estando presente nenhuma outra testemunha civil. [...] a frequência de confissão cai para aproximadamente 11%, sendo que cerca de 48% dos acusados permaneceram calados quando interrogados pelo delegado e 41% negaram a prática delituosa.

[...]Dentre os 52% de acusados que fazem alguma declaração na delegacia, tem-se que 30,66% deles afirmaram ser usuários de drogas, 28% disseram ter sofrido flagrante forjado e 21% negaram a propriedade da droga, disseram não serem donos dos entorpecentes encontrados [...] apenas 15% dos autos pesquisados apresentaram a foto da droga apreendida[...].

[...]Importante ressaltar que, apesar de a Lei de Drogas prever diversos tipos penais, houve pouca variação na classificação dada pelo delegado. Cerca de 76% dos casos foram enquadrados apenas no artigo 33, caput da lei 11.343/2006. Em cerca de 11% dos casos a classificação foi realizada combinada com outros delitos (porte de arma, corrupção de menores etc). Em quase 10% deles foram reunidos os artigos artigo 34 e 35, caput da Lei 11.343/2006, que dizem respeito ao maquinário, aparelhos para fabricação, produção da droga e à associação criminosa para cometer o crime, respectivamente[...]" (GORETE et al., 2011).

Os dados revelados pela pesquisa evidenciam que os critérios objetivos mais evidentes, relacionados à circunstância da prisão, o dinheiro apreendido e a quantidade de drogas apreendidas, não fornecem uma carga probatória valorativa para definir se o agente estava cometendo o crime de tráfico ou se estava na condição de usuário. Conseqüentemente, os critérios subjetivos tornam-se protagonistas na determinação da conduta adequada, aguçando a discricionariedade e afetando a própria autoridade policial.

Conforme destacado por Gorete et al. (2011), no âmbito da pesquisa mencionada, que teve como foco analisar extensivamente a perspectiva dos operadores do sistema de justiça criminal à luz dos casos concretos, trazendo no bojo do estudo a experiência dos operadores do direito, em uma passagem do texto se extra:

“Alguns delegados disseram ter tido, em alguns casos, dúvidas no momento da diferenciação entre traficante e usuário e na respectiva classificação do delito envolvendo drogas. Perguntou-se o que eles faziam nessas situações. Alguns delegados responderam que preferiam liberar o acusado e abriam inquérito policial para apurar o caso, outros disseram que mantinham o suspeito preso [...]” (GORETE et al., 2011)

Esse fato corrobora para uma triste realidade, consagrando o Brasil no topo dos países com as maiores populações carceraria do mundo, indubitavelmente, a falta de objetividade no enquadramento das condutas referentes aos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06 permite esse avanço da população carceraria, pois sem critérios objetivos, as anomalias judiciais quanto ao enquadramento fático se tornam recorrentes e inevitáveis, como evidencia Alvarenga et al (2021): “a falta de critério para distinguir entre usuários e traficantes contribuiu significativamente para aumentar exponencialmente o número de pessoas presas nos últimos anos. Segundo o próprio Infopen, em 2006 tínhamos 47 mil presos por crimes de drogas (14%

do total). Em 2013 passaram a 138 mil (1 em cada 4 presos), já em 2016 o número alcançou o total de 156.749 mil pessoas”.

Em outra análise, o trabalho das pesquisadoras Marilha Gabriela R. Garau e Perla Alves Bendo de O. Costa, apresentado no artigo “É posse para uso ou é tráfico? Um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06”, publicado na Revista Brasileira de Sociologia e Direito, é de suma importância para o objeto deste trabalho. O artigo busca compreender os critérios discricionários relacionados à distinção entre traficante e usuário de drogas a partir da análise dos policiais militares, que são os responsáveis pela maioria dos registros das ocorrências policiais envolvendo esse tipo de delito. Conforme Garau e Costa (2020), "a análise dos critérios discricionários utilizados pelos policiais militares no registro de ocorrências envolvendo drogas é fundamental para compreender a distinção entre traficante e usuário" (GARAU; COSTA, 2020)

Analisando a obra supracitada, é possível concluir que o policial militar, que figura como ponto de partida na maioria das ocorrências envolvendo o crime de tráfico de drogas, pratica o primeiro ato discricionário na avaliação do enquadramento fático. Essa figura, por atuar na ponta da lança da repressão estatal a esse tipo de delito, é o responsável por promover a seletividade em relação à formalização do caso. É ele quem vai determinar se a quantidade de droga apreendida é passível de flagrante, se as circunstâncias da abordagem policial por atitude suspeita são passíveis de determinar que a atuação do indivíduo apreendido ostentava estado de traficância, se a droga é leve ou pesada, dentre outros critérios subjetivos intrínsecos ao racismo estrutural.

Essa avaliação perpassa os critérios intraprocessuais e se estende às particularidades administrativas e pessoais, que incluem avaliar se a autoridade policial de plantão coaduna com o entendimento do policial militar que fará a denúncia, o tempo de aguardo para produção da ocorrência, as reiteradas idas ao fórum para prestar depoimento no curso do processo, se a viatura em que ele está trabalhando no patrulhamento tem ar-condicionado, o que definiria se ele aguardará a ocorrência na delegacia ou continuará no patrulhamento de rua sem ar-condicionado, entre outras.

“Haveria, portanto, um filtro anterior ao ingresso de determinado fato no sistema penal brasileiro enquanto tráfico ou uso. Isso porque, flagrar determinado sujeito na posse de entorpecentes pode não significar sua condução e entrada no sistema de justiça criminal. Assim como, flagrá-lo sem qualquer droga pode ensejar na sua condução à Delegacia. O policial militar pode não executar o flagrante, seja por conta de negociação ou por acreditar que os fatos não seriam suficientes para levar à uma condenação do indivíduo como traficantes. De igual modo, o policial pode conduzir a ocorrência no sentido de atribuir-lhe um contexto específico, ainda que os elementos

de prova também não sejam suficientes para ensejar a condenação do sujeito, desde que o contexto fático da ocorrência possa sustentar o argumento de tráfico. alguns delegados já teriam uma quantidade específica pré-fixada para enquadrar um fato com flagrante de tráfico de drogas. Se o delegado de plantão da delegacia responsável pelo registro do fato fosse um delegado que consideraria a quantidade ínfima era mais vantajoso resolver a situação no local e liberar o flagrante depois de “levantar um trocado qualquer” (GARAU; COSTA, 2020)

A partir das análises dessas pesquisas, que examinaram aspectos do cotidiano das instituições brasileiras, é possível traçar um roteiro que evidencia a discricionariedade da Lei 11.343/06. Inicialmente, essa discricionariedade é exercida pela polícia ostensiva, que na maioria dos casos é a primeira a entrar em contato com o agente flagrado em posse de drogas. Em seguida, cabe à autoridade policial decidir se lavrará o flagrante ou não, com base nas provas e nos relatos apresentados. Uma vez convencida, a autoridade policial lava o flagrante e o agente é submetido à audiência de custódia, momento em que o judiciário tem o primeiro contato com as provas e com o acusado.

É nesse momento que a seletividade racial prepondera. O último passo, aquele que deveria servir como barreira para a injustiça, equivocadamente, inverte o ônus da prova e submete ao réu a capacidade de provar que não estava cometendo o crime de tráfico. Essa inversão processual é responsável pelo encarceramento em massa, como argumenta o excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no julgado que discute a constitucionalidade do artigo 28 da lei em questão: essa prática é incompatível com a presunção de inocência, destacando que a acusação deve provar que a posse de drogas não era para consumo pessoal, e que a avaliação deve ser cuidadosa, especialmente em casos limítrofes.

Além disso, ele critica o uso do princípio 'in dubio pro societate' para justificar prisões preventivas, afirmando que, mesmo nesta fase, a defesa não deve ser obrigada a provar a inocência, e que o mínimo necessário para a prisão preventiva é a preponderância da prova. O ministro também ressalta a importância de um juiz neutro e desinteressado na avaliação das circunstâncias do flagrante, contrapondo-se à visão de policiais diretamente envolvidos na acusação.

A visão evidenciada no voto do Ministro Gilmar Mendes converge com o encontrado na pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas' (Gorete et al., 2011). A prisão provisória assume destaque na tramitação dos processos relacionados ao tráfico de drogas. Na análise dos casos concretos, o estudo apontou que 88,64% dos acusados em flagrante são mantidos presos. No caso da cidade de São Paulo, a competência das prisões em flagrante é do DIPO (Departamento de Inquérito Policial), e os juízes que fazem parte desse órgão estabeleceram um padrão para justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória.

“No âmbito da ciência do flagrante, antes de qualquer provocação da defesa, em atenção à Resolução nº 87, de 15/09/2009, do E. Conselho Nacional de Justiça, passo a decidir. Uma vez presente hipótese de flagrante delito, estando o auto de prisão formalmente em ordem, não vislumbrando nenhuma ilegalidade evidente na constrição ordenada, não há, por ora, razões para se determinar o relaxamento da prisão em flagrante.

De outro lado, à míngua de comprovação, desde logo, da satisfação de todos os requisitos legais ensejados da liberdade provisória, e porque ausente, dentre outros, demonstração de vínculo do auto do fato com o distrito da culpa, não é o caso de concessão de liberdade provisória de ofício.

No mais, mantida a prisão, regulamente comunicada, aguarde-se a vinda dos autos principais. Decorrido o prazo legal, cobre-se, assinalando prazo de 24h para atendimento. Ciência ao MP.” (GORETE et al., 2011)

Esses relatos reforçam o entendimento já demonstrado ao longo deste trabalho sobre como a falta de critérios objetivos da Lei 11.343/06 contribui para o encarceramento em massa e para diversos casos de injustiça. Além disso, evidenciam o quadro analisado pela pesquisa. Os pesquisadores selecionaram dois casos concretos para acompanhar o rito processual, mostrando como a discricionariedade na aplicação da lei afeta diretamente a vida dos envolvidos. Esse cenário destaca a importância de se repensar a legislação atual e buscar critérios mais claros e justos para distinguir entre usuário e traficante, conforme discutido anteriormente.

No primeiro caso, um homem de 30 anos, desempregado e morador de rua, foi preso com 8,5 g de maconha e R\$ 20,00. Ele negou a traficância, afirmando ser usuário de drogas, mas foi enquadrado no artigo 33 da Lei 11.343/06 e condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado. No segundo caso, dois jovens de 19 e 25 anos, com perfil socioeconômico mais favorecido, foram abordados com 475,2 g de maconha e uma balança de precisão. Ambos foram enquadrados no mesmo artigo, mas tiveram a liberdade provisória concedida pelo juiz, que considerou a quantidade de droga compatível com o consumo pessoal.

Os casos destacam como critérios objetivos distintos podem levar a desfechos processuais contraditórios. No primeiro caso, a falta de residência fixa e os antecedentes criminais resultaram na manutenção da prisão e na severidade da pena. No segundo, os bons antecedentes, a residência fixa e a possibilidade de contratação de advogados particulares contribuíram para a concessão da liberdade provisória. Essas diferenças refletem uma discrepância social que impacta diretamente as decisões judiciais e a aplicação das garantias constitucionais.

São garantias que deveriam estar ao alcance de qualquer cidadão, uma vez que todos são iguais perante a lei. Contudo, na prática, o racismo estrutural está enraizado nas instituições brasileiras. Embora a pesquisa em análise não tenha coletado dados científicos para chegar a essa conclusão, as narrativas são esclarecedoras, o que nos leva a acreditar que a

discricionariiedade do artigo 28 da Lei 11.343/06, além de promover uma seletividade racial quanto ao indivíduo que poderá ser enquadrado nele, acelera o encarceramento em massa da população negra e desfavorecida. Há uma relação convergente entre o crescente número da população carcerária nos últimos anos, após a promulgação da lei, e as mortes decorrentes de intervenções policiais (MDIP).

“[...] Os dados não nos deixam mentir: houve crescimento de 0,9% na taxa de pessoas privadas de liberdade; em números absolutos, estamos falando de 832.295 pessoas com a sua liberdade cerceada e sob a tutela do Estado. O cenário mudou muito pouco: são jovens de até 29 anos (43,1% da população carcerária), negros (68,2%), o mesmo perfil das vítimas majoritárias de Mortes Violentas Intencionais[...]

Os dados que permitem construir o perfil das vítimas da letalidade policial mantêm são faceta evidente e consolidada historicamente do racismo que estrutura a sociedade brasileira. 83% dos mortos pela polícia em 2022 no Brasil eram negros, 76% tinham entre 12 e 29 anos. Jovens negros, majoritariamente pobres e residentes das periferias seguem sendo alvo preferencial da letalidade policial e, em resposta a sua vulnerabilidade, diversos estados seguem investindo no legado de modelos de policiamento que os tornam menos seguros e capazes de acessar os direitos civis fundamentais à não-discriminação e à vida. O dado sobre local de ocorrência revela a prevalência (68,1%) dos espaços públicos como de maior frequência das ocorrências de MDIP, ao passo que, residências das vítimas e outros tipos de local somam juntos um terço das ocorrências, ou seja, 1/6 das vítimas de letalidade policial foi morta dentro de casa.” (FBSP, 2023)

Atualmente, a política nacional de combate às drogas imprime um aspecto paradoxal, focando na ação beligerante das forças policiais que atinge predominantemente a comunidade jovem, negra e pobre do país. Essa população é vulnerável à cooptação pelas facções criminosas, cada vez mais atuantes e presentes nessa parcela da sociedade. Conforme Alvarenga et al. (2021) destacam, "enquanto a era da sociedade capitalista industrial fez surgir os exércitos industriais de reserva à espera de uma oportunidade de inserção no mundo legal do trabalho, o capitalismo globalizado e tecnológico fez expandir os exércitos ilegais do narcotráfico, cuja condição pode ser aproveitada como matéria-prima à indústria do controle do crime. Sob este ponto de vista, os presídios brasileiros atestam a expansão do encarceramento no país, cuja relação crime, pobreza e cor da pele assume contornos dramáticos, merecendo destaque o comércio ilegal de substâncias psicoativas."

O fenômeno que pode ser observado à luz dessas pesquisas se divide em duas vertentes que, mais à frente, se entrelaçam. Uma está associada ao crescente número de mortes decorrentes de intervenção policial. Como demonstrado, essas mortes acontecem, em sua grande maioria, em zonas de conflito, regiões definidas pelo Estado como suscetíveis ao crime. Na prática, são regiões periféricas onde jovens são cooptados por organizações criminosas para comercializar drogas como meio de enriquecimento e geração de riqueza. Como reflete Alvarenga et al. (2021): “Ao analisar os dados estatísticos da violência relacionada à questão

das drogas e da sua consequência enquanto política de encarceramento e de extermínio, é possível observar a prevalência de um grupo específico de pessoas que são alvos para o sistema penal, justamente os jovens negros da periferia.

A outra vertente está relacionada ao estado de beligerância deflagrado pelo Estado. Os policiais de patrulhamento ostensivo realizam incursões rotineiras nessas regiões, sitiadas por organizações criminosas, para combater o crime de tráfico de drogas. Como demonstrado, esse agente do Estado figura como o precursor do processo penal para a grande maioria dos crimes de tráfico de drogas. Nele se concentra a discricionariedade material; é ele que vai determinar se o caso será conduzido a uma autoridade policial ou não, e será do depoimento dele que se extrairá a carga probatória para formalizar a denúncia, tornando-se figura imprescindível na produção desses alarmantes números da população carcerária.

Ciente da importância do seu papel na engrenagem processual nos crimes de tráfico e na manutenção do estado de guerra fomentado pelo Estado, esses agentes sabem que, para as pessoas inseridas nesse cotidiano, não cabe interpretação normativa favorável. A apreensão de drogas nessas zonas de conflito sempre estará relacionada ao tráfico de drogas, por um motivo posteriormente protetivo para eles. Essas incursões, por sua natureza, são violentas e raramente não vitimizam alguém. Como o sujeito que habita aquela região tem um estereótipo definido, e há, por parte das instituições estatais, um apoio a esse modelo repressivo, uma espécie de salvo-conduto foi criado para amparar esses agentes.

A conduta desses agentes é legitimada quando a morte decorrente de intervenção policial vitimiza um jovem negro com antecedentes criminais relacionados ao tráfico de drogas. É neste ponto que as vertentes se entrelaçam: até então, elas caminhavam paralelamente, uma vez que os números de mortes por intervenção policial e de encarceramento só crescem. No entanto, elas se cruzam em torno do mesmo agente que atua na linha de frente da política de opressão ao tráfico de drogas.

Portanto, o negro morador da favela, pobre e inserido na zona de conflito do estado de sítio criado pelas forças policiais para combater o tráfico de drogas, torna-se um alvo fácil da discricionariedade legislativa, não lhe sendo concedido um enquadramento mais brando da conduta, ainda que seja o correto. Assim, o artigo 28 da Lei 11.343/06 está tacitamente revogado pelas autoridades policiais nas condutas praticadas nessas localidades e para esse público.

#### **4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS**

Para encarar a problemática em questão, a pesquisa fará análise dos boletins de ocorrência registrados na cidade de Salvador durante o período de dezembro do ano de 2023.

Foram coletados todos os BOs (Boletins de Ocorrência) relacionados aos crimes do artigo 33 e do artigo 28 da Lei 11.343/06. A partir dos relatos das ocorrências, foram obtidas as seguintes informações: quem apresentou a ocorrência, referências de medidas para quantificação da droga apreendida, tipos de drogas apreendidas, sexo do agente flagrado, local da apreensão. Busca-se compreender como esses critérios foram utilizados para definir a subsunção da norma ao caso concreto.

Para obter os dados relacionados a essa pesquisa, o orientando foi ao Departamento de Polícia Técnica, no Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal, localizado no bairro dos Barris, no complexo do Instituto Médico Legal, na cidade de Salvador. Preencheu um formulário eletrônico com os dados pessoais, informou os dados que gostaria de obter e a finalidade. Após três semanas, recebeu os dados solicitados no e-mail pessoal, através de duas planilhas em Excel.

Uma planilha continha os dados relacionados aos TCOs (Termos Circunstanciados de Ocorrência) e a outra os ADPFs (Autos de Prisão em Flagrante). Foram registradas 59 ocorrências que resultaram em flagrante por tráfico de drogas e 45 que resultaram em TCO. As informações são separadas por colunas que contêm diversas informações, como número da ocorrência, local do fato, hora e data, origem do procedimento, relato do fato, tipo do local do fato, entre outras. Na coluna associada ao relato do fato, consta a descrição oficial do agente que fez a ocorrência. Dessa coluna, foram extraídas informações como quantidade e tipo de droga apreendida e a instituição que fez a ocorrência.

Inicialmente, vamos analisar a planilha dos ADPF. A partir do número da ocorrência, separamos caso a caso e passamos a analisar sete pontos: local da ocorrência, instituição que apresentou a ocorrência, referência de peso utilizada para quantificar a droga, sexo do acusado, valores apreendidos juntos com a droga, diversidade quanto ao tipo de droga e quais drogas foram apreendidas nas ocorrências que apresentaram um único tipo:

1. Local onde originou o flagrante: Cinquenta e quatro ocorrências foram em via pública, quatro ocorrências foram em instituto prisional e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: Cinquenta ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, quatro ocorrências pela Polícia Penal e cinco ocorrências pela Polícia Civil.
3. Referência utilizada para quantificar a droga: Cinquenta e duas ocorrências faziam menção a "trouxa", "pino", "pedra", "saco", "tablet"; seis ocorrências mencionaram "certa quantidade" e uma ocorrência utilizou quilograma como medida de referência.
4. Sexo do agente: Em cinquenta e uma ocorrências, o acusado foi do sexo masculino; em três ocorrências, o acusado era do sexo feminino; em três ocorrências, envolveram ambos os

sexos; e em duas ocorrências não envolveram acusados, foi apresentação de drogas apreendidas sem apresentar um suspeito.

5. Valores apreendidos: Vinte e uma ocorrências fizeram menção a valores apreendidos, e trinta e oito ocorrências não apresentaram valores.
6. Quanto à variedade de drogas apresentada: Dezenove ocorrências apresentaram somente um tipo de droga, dezessete ocorrências apresentaram dois tipos de drogas, e vinte e três ocorrências apresentaram três tipos de drogas.
7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: dez ocorrências foram de cocaína, sete ocorrências de maconha e duas ocorrências de crack.

A partir da análise dos dados, é possível confirmar alguns pontos já apresentados neste trabalho. Observa-se uma predominância quanto ao local que originou a ocorrência, à instituição responsável por deflagrá-la e ao sexo do agente em determinadas ocorrências. Nesta pesquisa, a Polícia Militar é responsável pela grande maioria das ocorrências, sendo a via pública o local onde ocorrem as abordagens policiais, confirmando o enredo policial de abordagem decorrente de atitude suspeita, e o sexo masculino é predominante entre os envolvidos. Um ponto que chama atenção é que as mulheres figuraram como as únicas flagradas tentando entrar com drogas nas instituições prisionais.

Outro aspecto alarmante é a falta de objetividade relacionada ao relato quantitativo da droga apreendida. Surpreendentemente, das 59 ocorrências, somente uma utilizou a unidade de medida quilograma como parâmetro quantitativo das drogas. Nas demais ocorrências, são mencionadas outras características que não mensuram a quantidade de drogas, o que gera falta de objetividade. Por exemplo, 3 'trouxas' de maconha podem representar 3g ou 300g, e 3 pinos de cocaína podem representar 1g ou até 10g. É imprescindível para o enquadramento fático que a quantidade seja determinada com uma unidade de medida mensurável, respeitando o critério objetivo da quantidade.

Percebe-se uma relativização dos demais critérios objetivos quando a ocorrência envolve mais de uma droga ou quando as drogas estão porcionadas em recipientes comerciais. Isso fica evidente nos relatórios das ocorrências, pois constam características que sugerem um quantitativo imaginário, mas não reportam um peso específico. Por exemplo, em 6 ocorrências, menciona-se “certa quantidade de drogas”. Outro ponto questionável é a relação entre as drogas e os valores apreendidos. Na maioria dos casos, não houve registro de valores, e nos poucos em que houve, apenas dois casos apresentaram valores acima de R\$ 200,00 (duzentos reais), o que sugere que esse critério não é observado.

Portanto, é possível concluir que, para o enquadramento fático no crime de tráfico na cidade de Salvador, durante o período analisado, as autoridades policiais utilizaram critérios relacionados à variedade da substância psicoativa, diversidade nos tipos de drogas, quantidade distribuída em embalagens porcionadas e circunstâncias da prisão. Nos casos em que houve uma única droga apreendida, as ocorrências mencionaram a quantidade em embalagens comerciais, como “60 trouxas de maconha”, “10 pedras de crack”, “18 pinos de pó”, relativizando completamente a medida quantitativa associada ao peso.

Em outra análise, foram observados os mesmos sete quesitos das ocorrências que ensejaram os ADPF, como forma de analisar e comparar os critérios utilizados para determinar o procedimento em cada caso. Foram registradas 45 ocorrências associadas ao crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, que, conseqüentemente, culminaram em Termo Circunstanciado de Ocorrência, uma vez que a lei não prevê sanção penal para esse tipo de delito. Sendo assim, os seguintes dados foram extraídos:

1. Local onde originou o flagrante: trinta e nove ocorrências foram em via pública, duas ocorrências foram em instituto prisional, três ocorrências em eventos festivos e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: trinta e um ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, duas ocorrências pela Polícia Penal, duas ocorrências pela Guarda Municipal, 1 ocorrência por um cidadão e nove ocorrências pela Polícia Civil.
3. Referência utilizada para quantificar a droga: quarenta ocorrências faziam menção a “trouxa”, “pino”, “pedra”, “saco”, “tablet”, “cigarro”, cinco ocorrências mencionaram “certa quantidade”.
4. Sexo do agente: quarenta e duas ocorrências o acusado foi do sexo masculino, três ocorrências o acusado era do sexo feminino.
5. Valores apreendidos: as quarenta e cinco ocorrências não apresentaram valores.
6. Quanto a variedade de drogas apresentada: quarenta e uma ocorrências apresentaram somente 1 tipo de droga, quatro ocorrências apresentaram 2 tipos de drogas.
7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: onze ocorrências foram de cocaína, vinte e cinco ocorrências de maconha, ocorrências de crack, duas ocorrências de ecstasy e uma ocorrência sem identificação.

Ao analisar os dados apresentados, é possível observar a predominância da Polícia Militar na condução das ocorrências. No entanto, há um aumento na participação de outras forças policiais e até mesmo de cidadãos, como no caso específico de um pai que denunciou a

filha por estar sob efeito de drogas e ter fugido de casa, uma situação comum envolvendo familiares de dependentes químicos.

A via pública continua registrando o maior índice de apreensão, evidenciando a rotina de abordagem policial. As instituições prisionais retornam ao quadro estatístico, e as ocorrências ainda são predominantemente protagonizadas por mulheres, o que inclui as duas ocorrências apresentadas pela Polícia Penal, registrada nessa pesquisa.

No entanto, surge um novo cenário: os eventos festivos. As barreiras policiais colocadas nas entradas dos eventos resultaram em apreensões de drogas para uso pessoal, um ambiente que não havia sido mencionado na análise das ocorrências de tráfico. Não houve relato de valores apreendidos em conjunto com as drogas nesse cenário de usuários.

Os destaques estão relacionados aos tipos de droga e à referência quantitativa. Nos casos analisados, em quarenta ocorrências, foi mencionada uma referência imprecisa como critério quantitativo, como 'trouxa', 'cigarro', 'pino', 'pedra'; nas demais ocorrências, não há menção a nenhum quantitativo específico, sendo utilizada a expressão 'certa quantidade de drogas' para definir a quantidade. Quanto à diversidade de tipos de drogas, observa-se uma predominância nas ocorrências envolvendo um único tipo de substância entorpecente, havendo apenas quatro casos com dois tipos de drogas apreendidas. A maconha surge como a droga mais apreendida entre os usuários, seguida da cocaína. Também são encontradas drogas sintéticas, o que indica o uso recreativo de drogas nesse contexto de pesquisa.

A luz das pesquisas, é possível afirmar que os critérios objetivos são mitigados diante do caso concreto, uma vez que não são mensuradas as quantidades por meio de medida de peso para o correto enquadramento fático. Houve também uma relativização dos critérios associados ao tipo e à variedade da droga apreendida para determinar o procedimento adequado. Ou seja, houve casos em que a droga apreendida era considerada 'pesada', como o "crack", havia mais de um tipo de droga na mesma ocorrência e foi enquadrada como crime de posse de droga para consumo pessoal. Por outro lado, em situações em que a ocorrência envolvia apenas um tipo de droga, como 'maconha', com baixo grau de reprovabilidade, foi enquadrada como tráfico.

Sendo assim, a falta de critérios objetivos, como quantidade reportada em medida de peso, diversidade de drogas e o peso atribuído à reprovabilidade da conduta, quando analisado o tipo de droga apreendida, corroboram para uma discricionariedade seletiva por parte das autoridades policiais, já bastante discutida ao longo deste trabalho. Esta pesquisa evidenciou que o documento originário do árduo Processo Penal, a ocorrência policial, não prevê nenhum tipo de formalidade quanto ao preenchimento dos critérios objetivos. O simples fato de haver mais de uma droga na apreensão, ou ter quantidade de porções expressivas segundo critério da

autoridade, é o bastante para um enquadramento mais grave da norma, criando uma extensão normativa in malam partem.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nos últimos anos, o debate sobre a atuação policial no combate ao tráfico de drogas tem sido objeto de intensas discussões. Nesse contexto, esta pesquisa buscou analisar os padrões de atuação das autoridades policiais, os critérios utilizados para caracterizar os crimes de tráfico e posse para consumo pessoal, bem como as possíveis implicações desses procedimentos.

Ao longo da análise dos dados, foi evidenciada uma predominância da Polícia Militar nas ocorrências relacionadas ao tráfico de drogas, especialmente em abordagens realizadas em via pública. Regiões periféricas e comunidades vulneráveis são frequentemente alvo dessas ações, o que levanta questões sobre seletividade e discriminação racial.

Um ponto alarmante é a falta de critérios objetivos na mensuração das quantidades de drogas apreendidas. Muitas ocorrências mencionam termos imprecisos, como "trouxa" ou "certa quantidade", sem uma medida de peso específica. Isso abre margem para interpretações subjetivas por parte das autoridades, influenciando no enquadramento dos casos.

Além disso, a diversidade de tipos de drogas apreendidas também não é devidamente considerada nos procedimentos policiais. A presença de mais de um tipo de droga na apreensão muitas vezes resulta em consequências mais graves para o acusado, mesmo em casos de posse para consumo pessoal.

A falta de formalidade nos procedimentos policiais, especialmente em relação ao preenchimento das ocorrências, também foi observada. A ausência de critérios claros pode contribuir para decisões arbitrárias e desiguais, afetando principalmente jovens e comunidades marginalizadas.

Diante desses achados, torna-se evidente a necessidade de revisão dos critérios e práticas adotadas pelas autoridades policiais no combate ao tráfico de drogas. É fundamental promover uma atuação mais objetiva, equitativa e respeitosa aos direitos individuais, evitando a perpetuação de estigmas e injustiças.

Os resultados desta pesquisa destacam a urgência de repensar as políticas de segurança pública relacionadas ao combate às drogas. A atuação policial deve ser pautada por critérios claros e objetivos, garantindo a igualdade perante a lei e evitando discriminações baseadas em gênero, raça ou condição socioeconômica.

A discricionariedade observada nos procedimentos policiais, aliada à falta de formalidade e à ausência de critérios objetivos, representa um desafio para a efetividade e a

justiça do sistema de justiça criminal. É essencial promover uma abordagem que respeite os direitos individuais e promova a segurança de forma mais eficaz e justa para toda a sociedade.

## 6 BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 89.

GOMES, Luiz Flavio et al. *Lei de Drogas comentadas artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 02 mar. 2017.

ALVARENGA, R.; ROSANELI, C. F.; FERREIRA, A. A.; LIMA, C. B. de. **Violência, guerra às drogas e racismo de estado no Brasil**. *Polis Revista Latinoamericana*, v. 20, n. 60, p. 130-148, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2021-N60-1505>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GARAU, Marilha Gabriela R.; COSTA, Perla Alves Bendo de O. **“É posse para uso ou é tráfico?”: um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06**. *Revista Brasileira de Sociologia e Direito*, v. 7, n. 1, p. 70-95, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MENDES, Gilmar. **Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MORAES, Alexandre. **Voto do Ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GORETE, Ana Maria de Oliveira; ANDRADE, Rafael de Brito; SILVA, Beatriz Santos da; SOUSA, Lucas Santana. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre a aplicação da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: USP, 2011.



## Relatório do Software Anti-plágio CopySpider

Para mais detalhes sobre o CopySpider, acesse: <https://copyspider.com.br>

### Instruções

Este relatório apresenta na próxima página uma tabela na qual cada linha associa o conteúdo do arquivo de entrada com um documento encontrado na internet (para "Busca em arquivos da internet") ou do arquivo de entrada com outro arquivo em seu computador (para "Pesquisa em arquivos locais"). A quantidade de termos comuns representa um fator utilizado no cálculo de Similaridade dos arquivos sendo comparados. Quanto maior a quantidade de termos comuns, maior a similaridade entre os arquivos. É importante destacar que o limite de 3% representa uma estatística de semelhança e não um "índice de plágio". Por exemplo, documentos que citam de forma direta (transcrição) outros documentos, podem ter uma similaridade maior do que 3% e ainda assim não podem ser caracterizados como plágio. Há sempre a necessidade do avaliador fazer uma análise para decidir se as semelhanças encontradas caracterizam ou não o problema de plágio ou mesmo de erro de formatação ou adequação às normas de referências bibliográficas. Para cada par de arquivos, apresenta-se uma comparação dos termos semelhantes, os quais aparecem em vermelho.

Veja também:

[Analisando o resultado do CopySpider](#)

[Qual o percentual aceitável para ser considerado plágio?](#)



Versão do CopySpider: 2.3.0

Relatório gerado por: [wendel.correia@hotmail.com](mailto:wendel.correia@hotmail.com)

Modo: web / normal

Arquivos	Termos comuns	Similaridade
TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf X <a href="https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm">https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm</a>	244	1,44
TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf X <a href="https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10867208/artigo-33-da-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006">https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10867208/artigo-33-da-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006</a>	74	0,86
TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf X <a href="https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64488/7/Dosimetria_Sancoes_Adm_Disciplin角度res.pdf">https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64488/7/Dosimetria_Sancoes_Adm_Disciplin角度res.pdf</a>	168	0,76
TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf X <a href="https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm">https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm</a>	199	0,67
TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf X <a href="https://www.incb.org/incb/en/news/press-releases/2024/the-role-of-the-internet-in-drug-trafficking-and-drug-use-is-highlighted-in-the-international-narcotics-control-board-annual-report.html">https://www.incb.org/incb/en/news/press-releases/2024/the-role-of-the-internet-in-drug-trafficking-and-drug-use-is-highlighted-in-the-international-narcotics-control-board-annual-report.html</a>	2	0,02
TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf X <a href="https://www.ussc.gov/research/quick-facts/drug-trafficking">https://www.ussc.gov/research/quick-facts/drug-trafficking</a>	0	0,00
TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf X <a href="http://www.google.com.br/url?esrc=s">http://www.google.com.br/url?esrc=s</a>	0	0,00
<b>Arquivos com problema de download</b>		
<a href="https://direito.legal/conceito-de-crime">https://direito.legal/conceito-de-crime</a>	Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Index 30 out of bounds for length 30	
<a href="https://www.sciencedirect.com/topics/biochemistry-genetics-and-molecular-biology/tablet-weight">https://www.sciencedirect.com/topics/biochemistry-genetics-and-molecular-biology/tablet-weight</a>	Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Erro: Parece haver uma restrição de acesso para esse arquivo. HTTP response code: 302403 - Server returned HTTP response code: 403 for URL: <a href="https://www.sciencedirect.com/unsupported_d_browser">https://www.sciencedirect.com/unsupported_d_browser</a>	
<a href="http://cefort.ufam.edu.br/taianacan/cat-b/avaliacao-na-educacao-infantil-2/?perpage=12&amp;paged=1&amp;order=ASC&amp;orderby=date&amp;pos=0&amp;source_list=collection&amp;ref=%2Ftainacan%2Fcat-b%2F">http://cefort.ufam.edu.br/taianacan/cat-b/avaliacao-na-educacao-infantil-2/?perpage=12&amp;paged=1&amp;order=ASC&amp;orderby=date&amp;pos=0&amp;source_list=collection&amp;ref=%2Ftainacan%2Fcat-b%2F</a>	Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - <a href="http://cefort.ufam.edu.br">cefort.ufam.edu.br</a>	



=====

**Arquivo 1:** [TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)  
**Arquivo 2:** [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm) (9324 termos)  
**Termos comuns:** 244  
**Similaridade:** 1,44%

**O texto abaixo é o conteúdo do documento** [TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)  
**Os termos em vermelho foram encontrados no documento**  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm) (9324 termos)

=====

PÚBLICA  
A DISCRICIONARIEDADE E A INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI  
11.343/2006

Gilnei Calmon Costa<sup>1</sup>  
Orientador: Bruno Texeira Bahia<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo analisa qualitativamente a aplicação da Lei 11.343/06 no Brasil, focando nos artigos 28 e 33, que tratam **do uso e tráfico de drogas**. Destaca a discricionariiedade na interpretação desses artigos pelas autoridades **policiais e judiciais** e seus impactos sociais e no sistema de justiça. A pesquisa utiliza dados de ocorrências de **tráfico de drogas e** posse **para consumo pessoal** em Salvador, em dezembro de 2023, com base nos registros do Instituto **de Segurança Pública** Estatística e Pesquisa Criminal. Foram analisados 59 casos de Autos **de Prisão em Flagrante** (ADPFs) e 45 casos de Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs). Os resultados destacam a predominância da Polícia Militar, falta de objetividade na quantificação das drogas, discricionariiedade na interpretação dos casos e desafios na aplicação da legislação.

**PALAVRAS-CHAVES:** **tráfico de drogas**, posse **para consumo pessoal**, ocorrências policiais, quantificação de drogas, discricionariiedade, aplicação da lei.

**ABSTRACT:** This article qualitatively analyzes the application of Law 11.343/06 in Brazil, focusing on Articles 28 and 33, regarding drug use and trafficking. It highlights the discretion in interpreting these articles by police and judicial authorities and their social and justice system impacts. The research uses data on drug trafficking and possession in Salvador, December 2023, from the Institute of Public Security Statistics and Criminal Research. It analyzed 59 Arrests in Flagrante Delicto (ADPFs) and 45 Circumstantial Term of Occurrence (TCOs). Key points include occurrence location, responsible institution, reference weight for drug



quantification, agent gender, amounts seized, and drug types. Results highlight Military Police predominance, lack of objectivity in drug quantification, case interpretation discretion, and legal criteria relativization, indicating challenges in consistently applying drug-related legislation.

Keywords: drug trafficking, possession for personal use, police incidents, drug quantification, discretion, law enforcement.

SUMÁRIO: 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS. 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06. 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS. 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 Graduando em direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL) E-mail: gilnei.costa@ucsal.edu

2 Especialista em Ciências Criminais (UFBA). Mestre e Doutor em Ciência Sociais (FFCH-UFBA Advogado

Criminal, professor da UCSAL e Coordenador do Observatório de Violência Crime e Sociedade (OBVIO)- grupo de pesquisa (UCSAL) Integrante do Laboratório de Estudos Sobre Crime e Sociedade - LASSOS (UFBA),

Coordenador do Observatório de Violência, Crime e Sociedade. Atua na área de pesquisa empírica em Direito,

Fluxo de Justiça, Estudos Prisionais, Crime e Punição

1

## 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS

O presente trabalho tem como objetivo analisar como a falta de critérios objetivos quanto a quantidade de drogas e as circunstâncias da prisão impactam para a formação de uma discricionariedade na imputação dos artigos 283 e 334 da Lei 11.343/06 pelas autoridades policiais, ao classificar usuários e traficantes, observando, ainda, os efeitos do racismo estrutural e institucional.

Os artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006 exemplificam a diferenciação legal entre o uso pessoal e o tráfico de drogas. O artigo 28 trata do porte para consumo pessoal, especificando cinco condutas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo) que, embora ilícitas, não acarretam pena de prisão. Por outro lado, o artigo 33 aborda o tráfico de drogas, abrangendo dezoito condutas relacionadas à produção, distribuição e comercialização de drogas, com penas severas que incluem reclusão de 5 a 15 anos e multa. A distinção entre usuário e traficante é fundamental para uma abordagem justa e eficaz na política de drogas, reconhecendo que usuários necessitam de apoio e tratamento, enquanto traficantes devem ser penalizados para coibir a disseminação de substâncias ilícitas.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a Lei 11.343/2006, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta do usuário de drogas, retirando o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal. Entretanto, continua sendo considerado um ilícito, um ato contrário ao Direito. Houve, portanto, uma descriminalização formal, mas não a legalização da droga (ou descriminalização substancial) (GOMES et al., 2007).



É possível concluir que a inserção da nova Lei de Drogas afastou a possibilidade de aplicar algum tipo de pena de prisão às condutas descritas no tipo penal do art. 28. Isso ocorre porque, legalmente, no Brasil, "crime" é a **infração penal** punida com reclusão ou detenção, cabendo ao dispositivo em análise somente penalidades administrativas, como advertência, **prestação de serviços à comunidade** e comparecimento a programas educativos. Logo, esse dispositivo normativo não pode ser definido como crime, nem pode ser considerado uma contravenção penal. Ele constitui um novo modelo de infração, chamado por alguns doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci, Luiz Flávio Gomes e Renato Marcão, de "sui

3 **Art.28 da Lei 11.343/06: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.**

4 **Art.33 da Lei 11.343/06: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena ? reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa**  
2

generis", devido à sua característica híbrida. Consequentemente, não podemos atribuir ao usuário **de drogas a** alcunha de criminoso.

As penas cominadas se resumem a medidas educativas, compostas por advertência, **prestação de serviços à comunidade** e comparecimento a programas ou cursos educativos. Todas são voltadas para conscientizar os usuários **sobre os efeitos das drogas**, afastando o caráter penal e direcionando o problema para a saúde pública. O legislador, entendendo o caráter de dependência associado às drogas, deu tratamento normativo diferenciado ao usuário quanto à reincidência. É possível admitir que o usuário reincida na prática desse delito sem reduzir os efeitos da transação penal. Sendo concedida a suspensão condicional, independentemente do lapso temporal da infração anterior, diferenciando-se do que é estabelecido pelo Código Penal<sup>5</sup>.

O objeto jurídico do artigo 28 se estrutura em dupla interpretação normativa. Para o saudoso professor Luiz Flávio Gomes, a lei estabelece dois comandos: o primeiro é direcionado ao agente, que pode ser qualquer pessoa que cometa alguma dessas condutas **a qualquer tempo**, pois é proibido adquirir, guardar, **ter em depósito, transportar ou** trazer consigo droga, ainda que seja **para consumo pessoal**. O segundo comando está associado à consequência por ter violado o primeiro e é direcionado à autoridade competente. Uma vez praticada a conduta proibida, o juiz está obrigado a aplicar uma pena cominada, que, nesse caso, se limita a uma sanção administrativa (GOMES et al., 2007).



Como esse bem jurídico está tutelado pelo Direito Penal brasileiro, ainda que as sanções sejam restritamente administrativas, o juiz está obrigado a aplicá-las, **sob pena de** responder criminalmente ou administrativamente **em caso de** omissão. Toda norma penal tem como objetivo final a proteção de um bem jurídico, e aqui não seria diferente. O bem jurídico tutelado imediato é a saúde pública, e os mediatos são a vida, a integridade física e psíquica das pessoas. Esses constituem o rol de proteção por parte do Estado, que dispõe de suas instituições para salvaguardar esses bens jurídicos, sendo interesse do Estado coibir as ações lesivas contra esses bens.

A infração do artigo 28 é classificada como norma de perigo abstrato, lesiva aos interesses da saúde pública e à vida do próprio usuário, o que mitiga o princípio da ofensividade. Pois não oferece risco a uma vítima direta, sendo limitada a uma conduta infratora. Está

5 Art. 64 - Para efeito de reincidência:

Inciso I- Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração

posterior tiver decorrido período de tempo **superior a 5 (cinco)** anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação

3

proibido qualquer pessoa adquirir, guardar, **ter em depósito, transportar ou** trazer consigo droga. Essas ações são condutas **que o agente** está proibido de praticar. No caso do artigo em análise, a conduta do agente já consuma o crime: ele inicia os atos executórios e instantaneamente consuma o crime. Para ser punido, ele precisa estar cometendo o ato, não sendo cabível a tentativa.

O objeto de controvérsias está na idoneidade lesiva da conduta, ou seja, **se a droga** apreendida em posse do agente infrator tem como finalidade o consumo pessoal. Isso nos remete ao cerne da discussão sobre a discricionariedade interpretativa da norma. Pois, se não há critérios objetivos para definir a finalidade da droga, é necessário aferir critérios subjetivos para obter a materialidade formal da conduta do agente.

Inicialmente, o primeiro critério analisado está relacionado ao objeto material da infração. O artigo 28 da Lei 11.343/06 é considerado por Guilherme de Souza Nucci como uma infração sui generis e em branco. "Sui generis" porque não se trata de crime, nem tampouco de uma contravenção, e "em branco" porque ele considera a infração incompleta, uma vez que exige um complemento normativo ou valorativo, que, no caso em destaque, seria a lista **de drogas e** substâncias análogas fornecida pela Anvisa, vinculada **ao Ministério da Saúde**. Nesse caso, com esse complemento vindo do executivo, estaríamos diante de uma lei em branco heterogênea (ou heteróloga) (NUCCI, 2017).

Para iniciar a persecução penal, o Estado precisa atender o critério material da norma, ou seja, precisa provar que a droga apreendida em posse do agente consta no rol de substâncias proibidas pela Anvisa. Isso define o primeiro critério para materialidade formal. A partir da quantidade de droga apreendida, é possível aferir a sua finalidade. Obviamente, 1 tonelada de drogas apreendida em poder de um agente jamais poderá ser avaliada **com a finalidade de** consumo próprio. Os critérios objetivos facilitam o correto enquadramento da conduta. Já os critérios subjetivos dão margem para interpretações equivocadas e preconceituosas, culminando



em aberrações processuais e consolidando o racismo estrutural que impera nas instituições do Estado brasileiro.

A problemática se estabelece ao analisar os critérios para qualificação desse tipo penal.

O artigo 28 no seu parágrafo 2º 6, estabelece critérios para definição de usuário: **Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade**

**6 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.**

4

**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?.**

A lei estabelece critérios relevantes **para determinar se a droga era para consumo pessoal** ou para traficância. Ainda **que não seja** clara a determinação quantitativa, algumas cifras se tornam indubitáveis. Entretanto, quando afastado o critério quantitativo, outras circunstâncias objetivas são apreciadas. A droga apreendida passa a ser relevante para aferir o desvalor da conduta, ou seja, se é cocaína, crack, maconha; **as circunstâncias da** apreensão, quanto ao local, se é zona típica de tráfico. Porém, o critério mais polêmico são os subjetivos. Analisar o agente mediante o seu quadro social é onde a lei se torna discricionária.

Para Guilherme de Souza Nucci, os critérios subjetivos destacados para a aplicação do artigo 28 da Lei 11.343/06 incluem as circunstâncias pessoais do agente, sua situação **social e econômica, a quantidade e natureza da** droga e a finalidade da posse (NUCCI, 2017). Esses critérios são fundamentais para assegurar uma diferenciação justa entre usuários e traficantes, promovendo uma abordagem equilibrada e proporcional no tratamento das questões relacionadas ao porte de drogas.

Os critérios relacionados às circunstâncias pessoais, situação **social e econômica do agente**, na maioria dos casos concretos, são relativizados em detrimento dos critérios objetivos e das **circunstâncias da prisão**. As regiões de comercialização de drogas são habitadas por indivíduos de baixa condição econômica e vulnerabilidade social. Logo, esse sujeito, quando flagrado com uma quantidade de drogas limítrofe, que pode ser associada ao consumo individual ou ao tráfico, e a droga acondicionada em recipiente com caráter comercial, somado ao fato de estar nas zonas de traficância, não tem os demais critérios apreciados, o que provoca uma inversão na finalidade da droga apreendida.

Por conseguinte, esses critérios dúbios para a definição do tipo penal protagonizam uma série de aberrações jurídicas. A falta de objetividade normativa impulsiona a interpretação equivocada das autoridades quanto ao tipo penal e está intimamente relacionada ao rumo processual. Como ficou demonstrado, a conduta do usuário tem tratamento específico na esfera penal, se aproximando de uma infração administrativa.

É notório um avanço no tratamento ao usuário **de drogas a** partir da análise do artigo 16 da Lei 6.368/76, revogada pela Lei 11.343/06. Esse instituto normativo previa a pena **de seis meses a dois anos** de detenção, contemplando a conduta da posse **de drogas para consumo pessoal** como criminosa, tratando esse fato como caso de polícia, formalizando a abertura de



inquérito policial, e conseqüentemente o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o que gerava uma demonização social contra essa figura. O início do abrandamento dessa conduta

5

ocorreu com a promulgação da Lei 9.099/95 (Lei dos **Juizados Especiais Criminais**), que passou a admitir a suspensão condicional do processo, conseqüentemente, a primeira despenalização da posse **de drogas para consumo pessoal**, ainda que não removesse o caráter criminoso da conduta. Mais adiante, com a chegada da Lei 10.259/2001, houve a concretização do conceito de infração de menor potencial para todos os delitos punidos com pena até dois anos, caracterizando o segundo passo para a despenalização do artigo 16 da Lei 6.378/76. Finalmente, para consolidar a tendência de despenalização, a promulgação da Lei 11.313/2006 passou a admitir como infração de menor potencial ofensivo todas as contravenções e delitos que cominassem pena máxima de até dois anos.

Se, por um lado, o legislador com a nova Lei de Tóxicos quis alterar o status **de infração penal** para ?sui generis?, elevando o usuário de drogas à condição de vítima, instituindo uma política de drogas construída sobre a ótica **da redução de danos**, desmitificando a beligerância social contra esse indivíduo e inserindo uma política de uso controlado, como o álcool, afastando-se do combate policial, extinguindo a sanção penal e dispensando tratamento de saúde pública ao tema.

Por outro lado, o novo dispositivo normativo endureceu o tratamento para com o traficante. A nova redação aumentou a pena inicial para o crime de tráfico de 3 anos para 5 anos, acresceu de 30 a 360 dias multa para 500 a 1500 dias multa, criou agravantes específicas para o crime de tráfico envolvendo **crianças e adolescentes**, endureceu **as condições para** progressão de regime para reincidentes, ampliou a possibilidade de confisco de bens adquiridos com o dinheiro do tráfico, atingindo as organizações criminosas voltadas **para a prática** desse crime, inclusive, punindo de forma mais gravosa os financiadores, entre outras mudanças. Essa discricionariedade extraída do parágrafo 2º do art. 28 torna-se o ponto nevrálgico da problemática, pois é uníssono entre os doutrinadores Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt que não cabe extensão subjetiva no Direito Penal quando as conseqüências jurídicas recaem sobre o bem jurídico liberdade. "A aplicação da lei penal deve ser restrita aos casos e pessoas que ela define claramente. A inclusão de sujeitos não mencionados na norma viola **os princípios da** legalidade e da segurança jurídica, pilares do Direito Penal moderno? (BITENCOURT, 2010).

## 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06

A **Constituição Federal de** 1988 instituiu a supremacia constitucional através do artigo 60, §4º, **com o objetivo de** garantir **os direitos fundamentais**. Segundo esse princípio, qualquer lei infraconstitucional que promova tratamento desigual entre os indivíduos deve ser afastada

6

do ordenamento jurídico. No entanto, mesmo quando essas leis causam efeitos devastadores para a população menos favorecida, majoritariamente negra, a impugnação dessa norma não colocou **os direitos fundamentais** no centro do debate. Isso permite que as autoridades do Estado mantenham práticas seletivas, como ocorre com a discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Durante o julgamento destinado a reduzir as distorções provocadas pela discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/067, observa-se um consenso entre os Ministros da Suprema Corte quanto às injustiças e aberrações jurídicas promovidas por essa norma para uma parte específica da população. No entanto, é notável a falta de atenção à questão da segregação racial. Ao impugnar a referida norma, através de recurso extraordinário e em tema de repercussão geral, a defesa do acusado alegou lesão ao princípio da intimidade e da vida privada sem fazer alusão à seletividade racial que a norma provoca. Isso demonstra o quanto a histórica democracia racial brasileira, como uma âncora, impede a elevação do debate sobre o tratamento jurídico desigual entre diferentes camadas sociais e raciais submetidas a abusos policiais.

Os ministros Gilmar Mendes<sup>8</sup> e Alexandre de Moraes<sup>9</sup>, em seus votos no julgamento que discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, reconhecem a seletividade normativa, como destaca o ministro Gilmar Mendes: "Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com privação da liberdade?". E Alexandre de Moraes acrescenta: "É possível constatar que os jovens, em especial os negros (pretos e pardos), analfabetos são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas (maconha ou cocaína) do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior?".

Os ministros apontam para a necessidade de estabelecer critérios objetivos para a subsunção da norma, pois entendem que há lacunas para arbitrariedade. Segundo eles, "a necessidade de equalizar uma quantidade média padrão como presunção relativa para

<sup>7</sup> <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>, acessado em 09/06/2024

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>, acessado em 15/11/2023

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre. Voto do ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>, acessado em: 15/11/2023

7

caracterizar e diferenciar o traficante do portador para uso próprio vai ao encontro do tratamento igualitário entre os diferentes grupos socioculturais, como medida de Justiça e Segurança Jurídica, diminuindo-se a discricionariedade das autoridades públicas?

A necessidade de previsão legal objetiva para conter as aberrações jurídicas protagonizadas pelo Sistema de Justiça torna-se imperiosa. Isso inclui a fixação de quantidades como critério, a fim de evitar a inversão do ônus da prova, ou seja, o usuário não precisaria comprovar que não é traficante, ao mesmo tempo em que não se produza impunidade ao traficante que se enquadra na quantidade e não é preso em flagrante.

○ Supremo Tribunal Federal formou maioria sobre a necessidade de critérios objetivos

para o enquadramento da conduta do crime de tráfico. No presente momento, o processo está sob vista do Ministro André Mendonça. Ainda que essa convergência possa abolir a conduta criminosa apenas para o porte de maconha, é unânime entre os ministros que já votaram que a subjetividade normativa deixa lacunas interpretativas e consolida o racismo estrutural presente no Brasil. Portanto, o voto do ministro Moraes construiu a tese no sentido de não tipificar o crime previsto no artigo 28 da Lei 11343/06 para a substância "maconha" e fixar o critério objetivo para determinar **o agente que** adquire, guarda, **tem em depósito, transporta** ou traz consigo uma quantidade entre 25 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas.

A tese firmada não impede o enquadramento no crime de tráfico por quantidades inferiores à fixada. No entanto, determina que **a autoridade judicial**, de maneira fundamentada, justifique a conversão da **prisão em flagrante**, apontando obrigatoriamente os critérios caracterizadores do tráfico, tais como a forma de acondicionamento, diversidade de entorpecentes, **a apreensão de** outros instrumentos como balança, celulares com anotações de compra e venda, caderno de anotações, circunstâncias da apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico.

Com os critérios objetivos implementados **a partir do** julgamento do Supremo Tribunal, acreditamos que se formalizarão as balizas para conter a discricionariedade policial e dos operadores do direito, contaminados pelo racismo estrutural e pela política de guerra às drogas, que revoga a conduta do artigo 28 da Lei 11.343/06 para os jovens pretos, pobres e moradores de periferia. Ainda que passível de discricionariedade, a tese fixada possibilita fundamentar a prisão com porte menor do que os critérios objetivos, tendo como base os critérios subjetivos. Entretanto, a obrigatoriedade da fundamentação e a indicação dos critérios, diante do caso concreto, já promovem uma contenção na arbitrariedade.

Na contramão da maioria dos ministros da Suprema Corte e das políticas de redução de danos e de prevenção de riscos, implementadas por orientação da ONU (Organização **das**

8

**Nações Unidas**) e pelas legislações de outros países que despenalizam essa conduta e passaram a **adotar medidas de** saúde pública, houve um backlash (reação legislativa) que culminou na aprovação pela CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da PEC/45 **de** 2023, **que tem** por objetivo criminalizar o porte e a posse de substâncias entorpecentes, independentemente da quantidade.

### 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS

O presente capítulo visa analisar qualitativamente trabalhos acadêmicos e desenvolver métodos de pesquisa análogos, que consistem na interpretação de dados **policiais e judiciais** das instituições brasileiras a partir de relatórios oficiais em capitais do Brasil, tendo como ponto nevrálgico a discricionariedade do artigo 28 e 33 **da Lei** 11.343/06, os impactos sociais e para o sistema de justiça, e a eficácia dos critérios objetivos para determinação do enquadramento fático pelas autoridades.

Para analisarmos se há esse tipo de discricionariedade e se, nos casos concretos, esses institutos normativos são confundidos a ponto de resultar em um encarceramento em massa de uma parte específica da população, é necessário compreender os objetivos legislativos para distinguir as figuras do traficante e do usuário. Conforme demonstrado anteriormente, alguns



critérios objetivos são considerados no momento da ocorrência, a partir dessas análises estudaremos como cada critério é tratado nos casos concretos.

No entanto, a controvérsia surge a partir da interpretação pelas autoridades dos critérios subjetivos que definem o marco inicial do processo e que pode culminar em injustiça.

Observando a pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas', realizada por Gorete et al. (2011), que analisou 667 atos **de prisão em flagrante** na cidade de São Paulo **com o objetivo de** compreender o uso da prisão provisória nos casos de **tráfico de drogas**, é possível concluir que a quantidade de drogas apreendida **e as circunstâncias da prisão**, nos casos pesquisados, estão dentro de um patamar dúbio quanto aos critérios objetivos, o que provoca uma discricionariedade na subsunção da conduta do agente flagrado.

Tem-se que em 62,13% das ocorrências foram apreendidas até 100 gramas **de drogas**, e em 33,83% foram apreendidas mais de 100 gramas [...]. Verifica-se que, apesar de o dinheiro ser apontado como importante elemento de prova da traficância, em 33,08% das apreensões os presos não apresentavam em seu poder nenhum dinheiro. Em 12,43% dos casos havia presença de até R\$30,00, em 20,81% dos flagrantes as pessoas foram encontradas com valores entre mais de R\$30,00 a R\$100,00, e em 33,38% foram encontrados mais de R\$ 100,00.

[...] Verificou-se que em 48% dos casos a droga não foi apreendida junto ao acusado, ou seja, não estava ele portando ou escondendo a droga consigo. [...] 74% dos casos

9

contaram apenas com o testemunho dos policiais que realizaram a apreensão do acusado, não estando presente nenhuma outra testemunha civil. [...] a frequência de confissão cai para aproximadamente 11%, sendo que cerca de 48% dos acusados permaneceram calados quando interrogados pelo delegado e 41% negaram a prática delituosa.

[...]Dentre os 52% de acusados que fazem alguma declaração na delegacia, tem-se que 30,66% deles afirmaram ser **usuários de drogas**, 28% disseram ter sofrido flagrante forjado e 21% negaram a propriedade da droga, disseram não serem donos dos entorpecentes encontrados [...] apenas 15% dos autos pesquisados apresentaram a foto da droga apreendida[...].

[...]Importante ressaltar que, apesar de a Lei de Drogas prever diversos tipos penais, houve pouca variação na classificação dada pelo delegado. Cerca de 76% dos casos foram enquadrados apenas no artigo 33, caput da lei 11.343/2006. Em cerca de 11% dos casos a classificação foi realizada combinada com outros delitos (porte de arma, corrupção de menores etc). Em quase 10% deles foram reunidos os artigos artigo 34 e 35, caput da Lei 11.343/2006, que dizem respeito ao maquinário, aparelhos para fabricação, produção da droga e à associação criminosa para cometer o crime, respectivamente[...]? (GORETE et al., 2011).

Os dados revelados pela pesquisa evidenciam que os critérios objetivos mais evidentes, relacionados à circunstância da prisão, o dinheiro apreendido **e a quantidade de drogas apreendidas**, não fornecem uma carga probatória valorativa para definir se o agente estava cometendo o crime de tráfico ou se estava na condição de usuário. Conseqüentemente, os critérios subjetivos tornam-se protagonistas na determinação da conduta adequada, aguçando a



discricionariedade e afetando a própria autoridade policial.

Conforme destacado por Gorete et al. (2011), no âmbito da pesquisa mencionada, que teve como foco analisar extensivamente a perspectiva dos operadores do sistema de justiça criminal à luz dos casos concretos, trazendo no bojo do estudo a experiência dos operadores do direito, em uma passagem do texto se extra:

?Alguns delegados disseram ter tido, em alguns casos, dúvidas no momento da diferenciação entre traficante e usuário e na respectiva **classificação do delito** envolvendo drogas. Perguntou-se o que eles faziam nessas situações. Alguns delegados responderam que preferiam liberar o acusado e abriam inquérito policial para apurar o caso, outros disseram que mantinham o suspeito preso [...]? (GORETE et al., 2011)

Esse fato corrobora para uma triste realidade, consagrando o Brasil no topo dos países com as maiores populações carcerária do mundo, indubitavelmente, a falta de objetividade no enquadramento das condutas referentes aos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06 permite esse avanço da população carcerária, pois sem critérios objetivos, as anomalias judiciais quanto ao enquadramento fático se tornam recorrentes e inevitáveis, como evidencia Alvarenga et al (2021): ?a falta de critério para distinguir entre usuários e traficantes contribuiu significativamente para aumentar exponencialmente o **número de** pessoas presas nos últimos anos. Segundo o próprio Infopen, em 2006 tínhamos 47 mil presos por crimes de drogas (14%  
10

do total). Em 2013 passaram a 138 mil (1 em cada 4 presos), já em 2016 o número alcançou o total de 156.749 mil pessoas?.

Em outra análise, o trabalho das pesquisadoras Marilha Gabriela R. Garau e Perla Alves Bendo de O. Costa, apresentado no artigo ?É posse para uso ou é tráfico? Um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06?, publicado na Revista Brasileira de Sociologia e Direito, é de suma importância para o objeto deste trabalho. O artigo busca compreender os critérios discricionários relacionados à distinção entre traficante e usuário **de drogas** a partir da análise dos policiais militares, que são os responsáveis pela maioria dos registros das ocorrências policiais envolvendo esse tipo de delito. Conforme Garau e Costa (2020), "a análise dos critérios discricionários utilizados pelos policiais militares no registro de ocorrências envolvendo drogas é fundamental para compreender a distinção entre traficante e usuário" (GARAU; COSTA, 2020)

Analisando a obra supracitada, é possível concluir que o policial militar, que figura como ponto de partida na maioria das ocorrências envolvendo o crime de **tráfico de drogas**, pratica o primeiro ato discricionário na avaliação do enquadramento fático. Essa figura, por atuar na ponta da lança da repressão estatal a esse tipo de delito, é o responsável por promover a seletividade em relação à formalização do caso. É ele quem vai **determinar se a** quantidade de droga apreendida é passível de flagrante, se **as circunstâncias da** abordagem policial por atitude suspeita são passíveis de determinar que a atuação do indivíduo apreendido ostentava estado de traficância, **se a droga** é leve ou pesada, dentre outros critérios subjetivos intrínsecos ao racismo estrutural.

Essa avaliação perpassa os critérios intraprocessuais e se estende às particularidades administrativas e pessoais, que incluem avaliar **se a autoridade** policial de plantão coaduna com



o entendimento do policial militar que fará a denúncia, o tempo de aguardo para produção da ocorrência, as reiteradas idas ao fórum para prestar depoimento no curso do processo, se a viatura em que ele está trabalhando no patrulhamento tem ar-condicionado, o que definiria se ele aguardará a ocorrência na delegacia ou continuará no patrulhamento de rua sem ar-condicionado, entre outras.

?Haveria, portanto, um filtro anterior ao ingresso de determinado fato no sistema penal brasileiro enquanto tráfico ou uso. Isso porque, flagrar determinado sujeito na posse de entorpecentes pode não significar sua condução e entrada no sistema de justiça criminal. Assim como, flagrá-lo sem qualquer droga pode ensejar na sua condução à Delegacia. O policial militar pode não executar o flagrante, seja por conta de negociação ou por acreditar que os fatos não seriam suficientes para levar à uma condenação do indivíduo como traficantes. De igual modo, o policial pode conduzir a ocorrência no sentido de atribuir-lhe um contexto específico, ainda que os elementos

11

de prova também não sejam suficientes para ensejar a condenação do sujeito, desde que o contexto fático da ocorrência possa sustentar o argumento de tráfico.

alguns delegados já teriam uma quantidade específica pré-fixada para enquadrar um fato com flagrante de tráfico de drogas. Se o delegado de plantão da delegacia responsável pelo registro do fato fosse um delegado que consideraria a quantidade ínfima era mais vantajoso resolver a situação no local e liberar o flagrante depois de ?levantar um trocado qualquer? (GARAU; COSTA, 2020)

A partir das análises dessas pesquisas, que examinaram aspectos do cotidiano das instituições brasileiras, é possível traçar um roteiro que evidencia a discricionariedade da Lei 11.343/06. Inicialmente, essa discricionariedade é exercida pela polícia ostensiva, que na maioria dos casos é a primeira a entrar em contato com o agente flagrado em posse de drogas. Em seguida, cabe à autoridade policial decidir se lavrará o flagrante ou não, com base nas provas e nos relatos apresentados. Uma vez convencida, a autoridade policial lavra o flagrante e o agente é submetido à audiência de custódia, momento em que o judiciário tem o primeiro contato com as provas e com o acusado.

É nesse momento que a seletividade racial prepondera. O último passo, aquele que deveria servir como barreira para a injustiça, equivocadamente, inverte o ônus da prova e submete ao réu a capacidade de provar que não estava cometendo o crime de tráfico. Essa inversão processual é responsável pelo encarceramento em massa, como argumenta o excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no julgado que discute a constitucionalidade do artigo 28 da lei em questão: essa prática é incompatível com a presunção de inocência, destacando que a acusação deve provar que a posse de drogas não era para consumo pessoal, e que a avaliação deve ser cuidadosa, especialmente em casos limítrofes.

Além disso, ele critica o uso do princípio 'in dubio pro societate' para justificar prisões preventivas, afirmando que, mesmo nesta fase, a defesa não deve ser obrigada a provar a inocência, e que o mínimo necessário para a prisão preventiva é a preponderância da prova. O ministro também ressalta a importância de um juiz neutro e desinteressado na avaliação das circunstâncias do flagrante, contrapondo-se à visão de policiais diretamente envolvidos na acusação.



A visão evidenciada no voto do Ministro Gilmar Mendes converge com o encontrado na pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas' (Gorete et al., 2011). A prisão provisória assume destaque na tramitação dos processos relacionados ao **tráfico de drogas**. Na análise dos casos concretos, o estudo apontou que 88,64% dos acusados em flagrante são mantidos presos. **No caso da** cidade de São Paulo, a competência das prisões em flagrante é do DIPO (Departamento de Inquérito Policial), e os juízes que fazem parte desse órgão estabeleceram um padrão para justificar a conversão da **prisão em flagrante** em prisão provisória.

12

?No âmbito da ciência do flagrante, antes de qualquer provocação da defesa, em atenção à **Resolução nº 87, de 15/09/2009, do E. Conselho Nacional de Justiça**, passo a decidir. Uma vez presente hipótese de flagrante delito, estando o **auto de prisão** formalmente em ordem, não vislumbrando nenhuma ilegalidade evidente na constrição ordenada, não há, por ora, razões para se determinar o relaxamento da **prisão em flagrante**.

De outro lado, à míngua de comprovação, desde logo, da satisfação **de todos os** requisitos legais ensejados da liberdade provisória, e porque ausente, dentre outros, demonstração de vínculo do auto do fato **com o distrito** da culpa, não é o caso de concessão de liberdade provisória de ofício.

No mais, mantida a prisão, regulamente comunicada, aguarde-se a vinda dos autos principais. Decorrido o prazo legal, cobre-se, assinalando prazo de 24h para atendimento. Ciência ao MP.? (GORETE et al., 2011)

Esses relatos reforçam o entendimento já demonstrado ao longo deste trabalho sobre como a falta de critérios objetivos da Lei 11.343/06 contribui para o encarceramento em massa e para diversos casos de injustiça. Além disso, evidenciam o quadro analisado pela pesquisa. Os pesquisadores selecionaram dois casos concretos **para acompanhar o** rito processual, mostrando como a discricionariedade na aplicação da lei afeta diretamente a vida dos envolvidos. Esse cenário destaca a importância de se repensar a legislação atual e buscar critérios mais claros e justos para distinguir entre usuário e traficante, conforme discutido anteriormente.

No primeiro caso, um homem de 30 anos, desempregado e morador de rua, foi preso com 8,5 g de maconha e R\$ 20,00. Ele negou a traficância, afirmando ser usuário de drogas, mas foi enquadrado no artigo 33 da Lei 11.343/06 e condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado. No segundo caso, dois jovens de 19 e 25 anos, com perfil socioeconômico mais favorecido, foram abordados com 475,2 g de maconha e uma balança de precisão. Ambos foram enquadrados no mesmo artigo, mas tiveram a liberdade provisória concedida pelo juiz, que considerou a quantidade de droga **compatível com o** consumo pessoal.

Os casos destacam como critérios objetivos distintos podem levar a desfechos processuais contraditórios. No primeiro caso, a falta de residência fixa **e os antecedentes** criminais resultaram na manutenção da prisão e na severidade da pena. No segundo, os bons antecedentes, a residência fixa e a possibilidade de contratação de advogados particulares contribuíram para a concessão da liberdade provisória. Essas diferenças refletem uma discrepância social que impacta diretamente as decisões judiciais e a aplicação das garantias constitucionais.



São garantias que deveriam estar ao alcance de qualquer cidadão, uma vez que todos são iguais perante a lei. Contudo, na prática, o racismo estrutural está enraizado nas instituições brasileiras. Embora a pesquisa em análise não tenha coletado dados científicos para chegar a essa conclusão, as narrativas são esclarecedoras, o que nos leva a acreditar que a

13

discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/06, além de promover uma seletividade racial quanto ao indivíduo que poderá ser enquadrado nele, acelera o encarceramento em massa da população negra e desfavorecida. Há uma relação convergente entre o crescente número da população carcerária nos últimos anos, após a promulgação da lei, e as mortes decorrentes de intervenções policiais (MDIP).

?[...] Os dados não nos deixam mentir: houve crescimento de 0,9% na taxa de pessoas privadas de liberdade; em números absolutos, estamos falando de 832.295 pessoas **com a sua** liberdade cerceada e sob a tutela do Estado. O cenário mudou muito pouco: são jovens de até 29 anos (43,1% da população carcerária), negros (68,2%), o mesmo perfil das vítimas majoritárias de Mortes Violentas Intencionais[...]

Os dados que permitem construir o perfil das vítimas da letalidade policial mantêm são faceta evidente e consolidada historicamente do racismo que estrutura a sociedade brasileira. 83% dos mortos pela polícia em 2022 no Brasil eram negros, 76% tinham entre 12 e 29 anos. Jovens negros, majoritariamente pobres e residentes das periferias seguem sendo alvo preferencial da letalidade policial e, em resposta a sua vulnerabilidade, diversos estados seguem investindo no legado de modelos de policiamento que os tornam menos seguros e capazes de acessar os direitos civis fundamentais à não-discriminação e à vida. O dado sobre local de ocorrência revela a prevalência (68,1%) dos espaços públicos como de maior frequência das ocorrências de MDIP, ao passo que, residências das vítimas e outros tipos de local somam juntos um terço das ocorrências, ou seja, 1/6 das vítimas de letalidade policial foi morta dentro de casa.? (FBSP, 2023)

Atualmente, a **política nacional de** combate às drogas imprime um aspecto paradoxal, focando na ação beligerante das forças policiais que atinge predominantemente a comunidade jovem, negra e pobre do país. Essa população é vulnerável à cooptação pelas facções criminosas, cada vez mais atuantes e presentes nessa parcela da sociedade. Conforme Alvarenga et al. (2021) destacam, "enquanto a era da sociedade capitalista industrial fez surgir os exércitos industriais de reserva à espera de uma oportunidade de inserção no mundo legal do trabalho, o capitalismo globalizado e tecnológico fez expandir os exércitos ilegais do narcotráfico, cuja condição pode ser aproveitada como matéria-prima à indústria do controle do crime. Sob este ponto de vista, os presídios brasileiros atestam a expansão do encarceramento no país, cuja relação crime, pobreza e cor da pele assume contornos dramáticos, merecendo destaque o comércio ilegal de substâncias psicoativas."

O fenômeno que pode ser observado à luz dessas pesquisas se divide em duas vertentes que, mais à frente, se entrelaçam. Uma está associada ao crescente número de mortes decorrentes de intervenção policial. Como demonstrado, essas mortes acontecem, em sua grande maioria, em zonas de conflito, regiões definidas pelo Estado como suscetíveis ao crime. Na prática, são regiões periféricas onde jovens são cooptados por organizações criminosas para



comercializar drogas como meio de enriquecimento e geração de riqueza. Como reflete Alvarenga et al. (2021): ?Ao analisar **os dados estatísticos** da violência relacionada **à questão**  
14

**das drogas** e da sua consequência enquanto política de encarceramento e de extermínio, é possível observar a prevalência de um grupo específico de pessoas que são alvos para o sistema penal, justamente os jovens negros da periferia.

A outra vertente está relacionada ao estado de beligerância deflagrado pelo Estado. Os policiais de patrulhamento ostensivo realizam incursões rotineiras nessas regiões, sitiadas por organizações criminosas, para combater o crime de **tráfico de drogas**. Como demonstrado, esse agente do Estado figura como o precursor do processo penal para a grande maioria dos crimes de **tráfico de drogas**. Nele se concentra a discricionariedade material; é ele que vai determinar se o caso será conduzido a uma autoridade policial ou não, e será do depoimento dele que se extrairá a carga probatória para formalizar a denúncia, tornando-se figura imprescindível na produção desses alarmantes números da população carcerária.

Ciente da importância do seu papel na engrenagem processual nos crimes **de tráfico e** na manutenção do estado de guerra fomentado pelo Estado, esses agentes sabem que, para as pessoas inseridas nesse cotidiano, não cabe interpretação normativa favorável. **A apreensão de drogas** nessas zonas de conflito sempre estará relacionada ao **tráfico de drogas**, por um motivo posteriormente protetivo para eles. Essas incursões, por sua natureza, são violentas e raramente não vitimizam alguém. Como o sujeito que habita aquela região tem um estereótipo definido, e há, por parte das instituições estatais, um apoio a esse modelo repressivo, uma espécie de salvo-conduto foi criado para amparar esses agentes.

A conduta desses agentes é legitimada quando a morte decorrente de intervenção policial vitimiza um jovem negro com antecedentes criminais relacionados ao **tráfico de drogas**. É neste ponto que as vertentes se entrelaçam: até então, elas caminhavam paralelamente, uma vez que os números de mortes por intervenção policial e de encarceramento só crescem. No entanto, elas se cruzam em torno do mesmo agente que atua na linha de frente da política de opressão ao **tráfico de drogas**.

Portanto, o negro morador da favela, pobre e inserido na zona de conflito do estado de sítio criado pelas forças policiais para combater **o tráfico de drogas**, torna-se um alvo fácil da discricionariedade legislativa, não lhe sendo concedido um enquadramento mais brando da conduta, ainda que seja o correto. Assim, o artigo 28 da Lei 11.343/06 está tacitamente revogado pelas autoridades policiais nas condutas praticadas nessas localidades e para esse público.

#### 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS

Para encarar a problemática em questão, a pesquisa fará análise dos boletins de ocorrência registrados na cidade de Salvador durante o período de dezembro do ano de 2023.

15

Foram coletados todos os BOs (Boletins de Ocorrência) relacionados aos crimes do artigo 33 e do artigo 28 da Lei 11.343/06. A partir dos relatos das ocorrências, foram obtidas as seguintes informações: quem apresentou a ocorrência, referências de medidas para quantificação da droga apreendida, tipos **de drogas apreendidas**, sexo do agente flagrado, local da apreensão. Busca-se compreender como esses critérios foram utilizados para definir a subsunção da norma ao caso



concreto.

Para obter os dados relacionados a essa pesquisa, o orientando foi ao Departamento de Polícia Técnica, no Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal, localizado no bairro dos Barris, no complexo do Instituto Médico Legal, na cidade de Salvador. Preencheu um formulário eletrônico com os dados pessoais, informou os dados que gostaria de obter e a finalidade. Após três semanas, recebeu os dados solicitados no e-mail pessoal, através de duas planilhas em Excel.

Uma planilha continha os dados relacionados aos TCOs (Termos Circunstanciados de Ocorrência) e a outra os ADPFs (Autos de Prisão em Flagrante). Foram registradas 59 ocorrências que resultaram em flagrante por tráfico de drogas e 45 que resultaram em TCO. As informações são separadas por colunas que contêm diversas informações, como número da ocorrência, local do fato, hora e data, origem do procedimento, relato do fato, tipo do local do fato, entre outras. Na coluna associada ao relato do fato, consta a descrição oficial do agente que fez a ocorrência. Dessa coluna, foram extraídas informações como quantidade e tipo de droga apreendida e a instituição que fez a ocorrência.

Inicialmente, vamos analisar a planilha dos ADPF. A partir do número da ocorrência, separamos caso a caso e passamos a analisar sete pontos: local da ocorrência, instituição que apresentou a ocorrência, referência de peso utilizada para quantificar a droga, sexo do acusado, valores apreendidos juntos com a droga, diversidade quanto ao tipo de droga e quais drogas foram apreendidas nas ocorrências que apresentaram um único tipo:

1. Local onde originou o flagrante: Cinquenta e quatro ocorrências foram em via pública, quatro ocorrências foram em instituto prisional e uma ocorrência em residência.
  2. Instituição que apresentou a ocorrência: Cinquenta ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, quatro ocorrências pela Polícia Penal e cinco ocorrências pela Polícia Civil.
  3. Referência utilizada para quantificar a droga: Cinquenta e duas ocorrências faziam menção a "trouxa", "pino", "pedra", "saco", "tablet"; seis ocorrências mencionaram "certa quantidade" e uma ocorrência utilizou quilograma como medida de referência.
  4. Sexo do agente: Em cinquenta e uma ocorrências, o acusado foi do sexo masculino; em três ocorrências, o acusado era do sexo feminino; em três ocorrências, envolveram ambos os
- 16

sexos; e em duas ocorrências não envolveram acusados, foi apresentação de drogas apreendidas sem apresentar um suspeito.

5. Valores apreendidos: Vinte e uma ocorrências fizeram menção a valores apreendidos, e trinta e oito ocorrências não apresentaram valores.
6. Quanto à variedade de drogas apresentada: Dezenove ocorrências apresentaram somente um tipo de droga, dezessete ocorrências apresentaram dois tipos de drogas, e vinte e três ocorrências apresentaram três tipos de drogas.
7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: dez ocorrências foram de cocaína, sete ocorrências de maconha e duas ocorrências de crack.

A partir da análise dos dados, é possível confirmar alguns pontos já apresentados neste trabalho. Observa-se uma predominância quanto ao local que originou a ocorrência, à instituição responsável por deflagrá-la e ao sexo do agente em determinadas ocorrências. Nesta



pesquisa, a Polícia Militar é responsável pela grande maioria das ocorrências, sendo a via pública o local onde ocorrem as abordagens policiais, confirmando o enredo policial de abordagem decorrente de atitude suspeita, e o sexo masculino é predominante entre os envolvidos. Um ponto que chama atenção é que as mulheres figuraram como as únicas flagradas tentando entrar com drogas nas instituições prisionais.

Outro aspecto alarmante é a falta de objetividade relacionada ao relato quantitativo da droga apreendida. Surpreendentemente, das 59 ocorrências, somente uma utilizou a unidade de medida quilograma como parâmetro quantitativo das drogas. Nas demais ocorrências, são mencionadas outras características que não mensuram a quantidade de drogas, o que gera falta de objetividade. Por exemplo, 3 'trouxas' de maconha podem representar 3g ou 300g, e 3 pinos de cocaína podem representar 1g ou até 10g. É imprescindível para o enquadramento fático que a quantidade seja determinada com uma unidade de medida mensurável, respeitando o critério objetivo da quantidade.

Percebe-se uma relativização dos demais critérios objetivos quando a ocorrência envolve mais de uma droga ou quando as drogas estão porcionadas em recipientes comerciais. Isso fica evidente nos relatórios das ocorrências, pois constam características que sugerem um quantitativo imaginário, mas não reportam um peso específico. Por exemplo, em 6 ocorrências, menciona-se 'certa quantidade de drogas'. Outro ponto questionável é a relação entre as drogas e os valores apreendidos. Na maioria dos casos, não houve registro de valores, e nos poucos em que houve, apenas dois casos apresentaram valores acima de R\$ 200,00 (duzentos reais), o que sugere que esse critério não é observado.

17

Portanto, é possível concluir que, para o enquadramento fático no crime de tráfico na cidade de Salvador, durante o período analisado, as autoridades policiais utilizaram critérios relacionados à variedade da substância psicoativa, diversidade nos tipos de drogas, quantidade distribuída em embalagens porcionadas e circunstâncias da prisão. Nos casos em que houve uma única droga apreendida, as ocorrências mencionaram a quantidade em embalagens comerciais, como '60 trouxas de maconha', '10 pedras de crack', '18 pinos de pó', relativizando completamente a medida quantitativa associada ao peso.

Em outra análise, foram observados os mesmos sete quesitos das ocorrências que ensejaram os ADPF, como forma de analisar e comparar os critérios utilizados para determinar o procedimento em cada caso. Foram registradas 45 ocorrências associadas ao crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, que, conseqüentemente, culminaram em Termo Circunstanciado de Ocorrência, uma vez que a lei não prevê sanção penal para esse tipo de delito. Sendo assim, os seguintes dados foram extraídos:

1. Local onde originou o flagrante: trinta e nove ocorrências foram em via pública, duas ocorrências foram em instituto prisional, três ocorrências em eventos festivos e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: trinta e um ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, duas ocorrências pela Polícia Penal, duas ocorrências pela Guarda Municipal, 1 ocorrência por um cidadão e nove ocorrências pela Polícia Civil.
3. Referência utilizada para quantificar a droga: quarenta ocorrências faziam menção a 'trouxa', 'pino', 'pedra', 'saco', 'tablet', 'cigarro', cinco ocorrências mencionaram 'certa



quantidade?.

4. Sexo do agente: quarenta e duas ocorrências o acusado foi do sexo masculino, três ocorrências o acusado era do sexo feminino.
  5. Valores apreendidos: as **quarenta e cinco** ocorrências não apresentaram valores.
  6. Quanto a variedade de drogas apresentada: quarenta e uma ocorrências apresentaram somente **1 tipo de droga**, quatro ocorrências apresentaram **2 tipos de drogas**.
  7. **Nas** ocorrências que apresentam um único **tipo de droga** ficou distribuído da seguinte maneira: onze ocorrências foram de cocaína, vinte e cinco ocorrências de maconha, ocorrências de crack, duas ocorrências de ecstasy e uma ocorrência sem identificação. Ao analisar os dados apresentados, é possível observar a predominância da Polícia Militar na condução das ocorrências. No entanto, há um aumento na participação de outras forças policiais e até mesmo de cidadãos, como no caso específico de um pai que denunciou a
- 18

filha por estar sob efeito **de drogas e** ter fugido de casa, uma situação comum envolvendo familiares de dependentes químicos.

A via pública continua registrando o maior índice de apreensão, evidenciando a rotina de abordagem policial. As instituições prisionais retornam ao quadro estatístico, e as ocorrências ainda são predominantemente protagonizadas por mulheres, o que inclui as duas ocorrências apresentadas pela Polícia Penal, registrada nessa pesquisa.

No entanto, surge um novo cenário: os eventos festivos. As barreiras policiais colocadas nas entradas dos eventos resultaram em apreensões **de drogas para** uso pessoal, um ambiente que não havia sido mencionado na análise das ocorrências de tráfico. Não houve relato de **valores apreendidos em** conjunto com as drogas nesse cenário de usuários.

Os destaques estão relacionados aos tipos **de droga e** à referência quantitativa. Nos casos analisados, em quarenta ocorrências, foi mencionada uma referência imprecisa como critério quantitativo, como 'trouxa', 'cigarro', 'pino', 'pedra'; nas demais ocorrências, não há menção a nenhum quantitativo específico, sendo utilizada a expressão 'certa quantidade **de drogas**' para definir a quantidade. Quanto à diversidade de tipos de drogas, observa-se uma predominância nas ocorrências envolvendo um único tipo de substância entorpecente, havendo apenas quatro casos com **dois tipos de drogas apreendidas**. A maconha surge como a droga mais apreendida entre os usuários, seguida da cocaína. Também são encontradas drogas sintéticas, o que indica o uso recreativo de drogas nesse contexto de pesquisa.

A luz das pesquisas, é possível afirmar que os critérios objetivos são mitigados diante do caso concreto, uma vez que não são mensuradas as quantidades **por meio de** medida de peso para o correto enquadramento fático. Houve também uma relativização dos critérios associados ao tipo e à variedade da droga apreendida para determinar o procedimento adequado. Ou seja, houve **casos em que a** droga apreendida era considerada 'pesada', como o 'crack?', havia mais de um **tipo de droga** na mesma ocorrência e foi enquadrada como crime de posse de droga **para consumo pessoal**. Por outro lado, em situações **em que a** ocorrência envolvia apenas um **tipo de droga**, como 'maconha', com baixo grau de reprovabilidade, foi enquadrada como tráfico. Sendo assim, a falta de critérios objetivos, como quantidade reportada em medida de peso, diversidade **de drogas e** o peso atribuído **à reprovabilidade da conduta**, quando analisado **o tipo de droga** apreendida, corroboram para uma discricionariedade seletiva por parte das



autoridades policiais, já bastante discutida ao longo deste trabalho. Esta pesquisa evidenciou que o documento originário do árduo Processo Penal, a ocorrência policial, não prevê nenhum tipo de formalidade quanto ao preenchimento dos critérios objetivos. O simples fato de haver mais de uma droga na apreensão, ou ter quantidade de porções expressivas segundo critério da

19

autoridade, é o bastante para um enquadramento mais grave da norma, criando uma extensão normativa in malam partem.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, o debate sobre a atuação policial no combate ao **tráfico de drogas** tem **sido objeto de** intensas discussões. Nesse contexto, esta pesquisa buscou analisar os padrões de atuação das autoridades policiais, os critérios utilizados para caracterizar os crimes **de tráfico e posse para consumo pessoal, bem como as** possíveis implicações desses procedimentos.

Ao longo da análise dos dados, foi evidenciada uma predominância da Polícia Militar nas ocorrências relacionadas ao **tráfico de drogas**, especialmente em abordagens realizadas em via pública. Regiões periféricas e comunidades vulneráveis são frequentemente alvo dessas ações, o que levanta questões sobre seletividade e discriminação racial.

Um ponto alarmante é a falta de critérios objetivos na mensuração das quantidades **de drogas apreendidas**. Muitas ocorrências mencionam termos imprecisos, como "trouxa" ou "certa quantidade", sem uma medida de peso específica. Isso abre margem para interpretações subjetivas por parte das autoridades, influenciando no enquadramento dos casos.

Além disso, a diversidade de tipos **de drogas apreendidas** também não é devidamente considerada nos procedimentos policiais. **A presença de** mais de um **tipo de droga** na apreensão muitas vezes resulta em consequências mais graves para o acusado, mesmo em casos de posse **para consumo pessoal**.

A falta de formalidade nos procedimentos policiais, especialmente **em relação ao** preenchimento das ocorrências, também foi observada. A ausência de critérios claros pode contribuir para decisões arbitrárias e desiguais, afetando principalmente jovens e comunidades marginalizadas.

Diante desses achados, torna-se evidente **a necessidade de** revisão dos critérios e práticas adotadas pelas autoridades policiais no combate ao **tráfico de drogas**. É fundamental promover uma atuação mais objetiva, equitativa e respeitosa aos direitos individuais, evitando a perpetuação de estigmas e injustiças.

Os resultados desta pesquisa destacam a urgência de repensar **as políticas de segurança pública** relacionadas ao combate às drogas. A atuação policial deve ser pautada por critérios claros e objetivos, garantindo a igualdade perante a lei e evitando discriminações baseadas em gênero, raça ou condição socioeconômica.

A discricionariedade observada nos procedimentos policiais, aliada à falta de formalidade e à ausência de critérios objetivos, representa um desafio para a efetividade e a

20

justiça do sistema de justiça criminal. É essencial promover uma abordagem que respeite os direitos individuais e promova a segurança de forma mais eficaz e justa para toda a sociedade.

## 6 BIBLIOGRAFIA



BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 89.

GOMES, Luiz Flavio et al. Lei de Drogas comentadas artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 02 mar. 2017.

ALVARENGA, R.; ROSANELI, C. F.; FERREIRA, A. A.; LIMA, C. B. de. Violência, guerra às drogas e racismo de estado no Brasil. Polis Revista Latinoamericana, v. 20, n. 60, p. 130-148, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2021-N60-1505>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GARAU, Marilha Gabriela R.; COSTA, Perla Alves Bendo de O. ?É posse para uso ou é tráfico??: um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06. Revista Brasileira de Sociologia e Direito, v. 7, n. 1, p. 70-95, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO **DE SEGURANÇA PÚBLICA**. 17º Anuário Brasileiro **de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro **de Segurança Pública**, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MORAES, Alexandre. Voto do Ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GORETE, Ana Maria de Oliveira; ANDRADE, Rafael de Brito; SILVA, Beatriz Santos da; SOUSA, Lucas Santana. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre a aplicação da prisão provisória nos casos de **tráfico de drogas na** cidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2011.



=====

**Arquivo 1:** [TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)

**Arquivo 2:** <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10867208/artigo-33-da-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006> (816 termos)

**Termos comuns:** 74

**Similaridade:** 0,86%

**O texto abaixo é o conteúdo do documento** [TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)

**Os termos em vermelho foram encontrados no documento**

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10867208/artigo-33-da-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006> (816 termos)

=====

PÚBLICA

A DISCRICIONARIEDADE E A INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI

11.343/2006

Gilnei Calmon Costa<sup>1</sup>

Orientador: Bruno Texeira Bahia<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo analisa qualitativamente a aplicação da Lei 11.343/06 no Brasil, focando nos artigos 28 e 33, que tratam do uso e tráfico de drogas. Destaca a discricionariiedade na interpretação desses artigos pelas autoridades policiais e judiciais e seus impactos sociais e no sistema de justiça. A pesquisa utiliza dados de ocorrências de tráfico de drogas e posse para consumo pessoal em Salvador, em dezembro de 2023, com base nos registros do Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal. Foram analisados 59 casos de Autos de Prisão em Flagrante (ADPFs) e 45 casos de Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs). Os resultados destacam a predominância da Polícia Militar, falta de objetividade na quantificação das drogas, discricionariiedade na interpretação dos casos e desafios na aplicação da legislação.

**PALAVRAS-CHAVES:** tráfico de drogas, posse para consumo pessoal, ocorrências policiais, quantificação de drogas, discricionariiedade, aplicação da lei.

**ABSTRACT:** This article qualitatively analyzes the application of Law 11.343/06 in Brazil, focusing on Articles 28 and 33, regarding drug use and trafficking. It highlights the discretion in interpreting these articles by police and judicial authorities and their social and justice system impacts. The research uses data on drug trafficking and possession in Salvador, December 2023, from the Institute of Public Security Statistics and Criminal Research. It analyzed 59



Arrests in Flagrante Delicto (ADPFs) and 45 Circumstantial Term of Occurrence (TCOs). Key points include occurrence location, responsible institution, reference weight for drug quantification, agent gender, amounts seized, and drug types. Results highlight Military Police predominance, lack of objectivity in drug quantification, case interpretation discretion, and legal criteria relativization, indicating challenges in consistently applying drug-related legislation.

Keywords: drug trafficking, possession for personal use, police incidents, drug quantification, discretion, law enforcement.

SUMÁRIO: 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS. 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06. 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS. 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 Graduando em direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL) E-mail: gilnei.costa@ucsal.edu  
2 Especialista em Ciências Criminais (UFBA). Mestre e Doutor em Ciência Sociais (FFCH-UFBA Advogado

Criminal, professor da UCSAL e Coordenador do Observatório de Violência Crime e Sociedade (OBVIO)- grupo de pesquisa (UCSAL) Integrante do Laboratório de Estudos Sobre Crime e Sociedade - LASSOS (UFBA),

Coordenador do Observatório de Violência, Crime e Sociedade. Atua na área de pesquisa empírica em Direito,

Fluxo de Justiça, Estudos Prisionais, Crime e Punição

1

## 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS

O presente trabalho tem como objetivo analisar como a falta de critérios objetivos quanto a quantidade de drogas e as circunstâncias da prisão impactam para a formação de uma discricionariedade na imputação dos artigos 283 e 334 da Lei 11.343/06 pelas autoridades policiais, ao classificar usuários e traficantes, observando, ainda, os efeitos do racismo estrutural e institucional.

Os artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006 exemplificam a diferenciação legal entre o uso pessoal e o tráfico de drogas. O artigo 28 trata do porte para consumo pessoal, especificando cinco condutas (adquirir, guardar, **ter em depósito, transportar, trazer consigo**) que, embora ilícitas, não acarretam pena de prisão. Por outro lado, o artigo 33 aborda o tráfico de drogas, abrangendo dezoito condutas relacionadas à produção, distribuição e comercialização de drogas, com penas severas que incluem reclusão de 5 a 15 **anos e multa**. A distinção entre usuário e traficante é fundamental para uma abordagem justa e eficaz na política de drogas, reconhecendo que usuários necessitam de apoio e tratamento, enquanto traficantes devem ser penalizados para coibir a disseminação de substâncias ilícitas.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a Lei 11.343/2006, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta do usuário de drogas, retirando o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal. Entretanto, continua sendo considerado um ilícito, um ato contrário ao



Direito. Houve, portanto, uma descriminalização formal, mas não a legalização da droga (ou descriminalização substancial) (GOMES et al., 2007).

É possível concluir que a inserção da nova Lei de Drogas afastou a possibilidade de aplicar algum tipo de pena de prisão às condutas descritas no tipo penal do art. 28. Isso ocorre porque, legalmente, no Brasil, "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção, cabendo ao dispositivo em análise somente penalidades administrativas, como advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos. Logo, esse dispositivo normativo não pode ser definido como crime, nem pode ser considerado uma contravenção penal. Ele constitui um novo modelo de infração, chamado por alguns doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci, Luiz Flávio Gomes e Renato Marcão, de "sui

3 **Art.28 da Lei 11.343/06:** Quem adquirir, guardar, tiver **em depósito, transportar** ou trazer consigo, para consumo pessoal, **drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar** será submetido às seguintes penas.

4 **Art.33 da Lei 11.343/06:** **Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena ? reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa**  
2

generis", devido à sua característica híbrida. Conseqüentemente, não podemos atribuir ao usuário de drogas a alcunha de criminoso.

As penas cominadas se resumem a medidas educativas, compostas por advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou cursos educativos. Todas são voltadas para conscientizar os usuários sobre os efeitos das drogas, afastando o caráter penal e direcionando o problema para a saúde pública. O legislador, entendendo o caráter de dependência associado às drogas, deu tratamento normativo diferenciado ao usuário quanto à reincidência. É possível admitir que o usuário reincida na prática desse delito sem reduzir os efeitos da transação penal. Sendo concedida a suspensão condicional, independentemente do lapso temporal da infração anterior, diferenciando-se do que é estabelecido pelo Código Penal<sup>5</sup>.

O objeto jurídico do artigo 28 se estrutura em dupla interpretação normativa. Para o saudoso professor Luiz Flávio Gomes, a lei estabelece dois comandos: o primeiro é direcionado ao agente, que pode ser qualquer pessoa que cometa alguma dessas condutas a qualquer tempo, pois é proibido adquirir, guardar, **ter em depósito, transportar** ou trazer consigo droga, ainda que seja para consumo pessoal. O segundo comando está associado à consequência por ter violado o primeiro e é direcionado à autoridade competente. Uma vez praticada a conduta



proibida, o juiz está obrigado a aplicar uma pena cominada, que, nesse caso, se limita a uma sanção administrativa (GOMES et al., 2007).

Como esse bem jurídico está tutelado pelo Direito Penal brasileiro, ainda que as sanções sejam restritamente administrativas, o juiz está obrigado a aplicá-las, sob pena de responder criminalmente ou administrativamente em caso de omissão. Toda norma penal tem como objetivo final a proteção de um bem jurídico, e aqui não seria diferente. O bem jurídico tutelado imediato é a saúde pública, e os mediatos são a vida, a integridade física e psíquica das pessoas. Esses constituem o rol de proteção por parte do Estado, que dispõe de suas instituições para salvaguardar esses bens jurídicos, sendo interesse do Estado coibir as ações lesivas contra esses bens.

A infração do artigo 28 é classificada como norma de perigo abstrato, lesiva aos interesses da saúde pública e à vida do próprio usuário, o que mitiga o princípio da ofensividade. Pois não oferece risco a uma vítima direta, sendo limitada a uma conduta infratora. Está

5 Art. 64 - Para efeito de reincidência:

Inciso I- Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração

posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação

3

proibido qualquer pessoa adquirir, guardar, **ter em depósito, transportar** ou trazer consigo droga. Essas ações são condutas **que o agente** está proibido de praticar. No caso do artigo em análise, a conduta do agente já consuma o crime: ele inicia os atos executórios e instantaneamente consuma o crime. Para ser punido, ele precisa estar cometendo o ato, não sendo cabível a tentativa.

O objeto de controvérsias está na idoneidade lesiva da conduta, ou seja, se a droga apreendida em posse do agente infrator tem como finalidade o consumo pessoal. Isso nos remete ao cerne da discussão sobre a discricionariedade interpretativa da norma. Pois, se não há critérios objetivos para definir a finalidade da droga, é necessário aferir critérios subjetivos para obter a materialidade formal da conduta do agente.

Inicialmente, o primeiro critério analisado está relacionado ao objeto material da infração. O **artigo 28 da Lei 11.343/06** é considerado por Guilherme de Souza Nucci como uma infração sui generis e em branco. "Sui generis" porque não se trata de crime, nem tampouco de uma contravenção, e "em branco" porque ele considera a infração incompleta, uma vez que exige um complemento normativo ou valorativo, que, no caso em destaque, seria a lista de drogas e substâncias análogas fornecida pela Anvisa, vinculada ao Ministério da Saúde. Nesse caso, com esse complemento vindo do executivo, estaríamos diante de uma lei em branco heterogênea (ou heteróloga) (NUCCI, 2017).

Para iniciar a persecução penal, o Estado precisa atender o critério material da norma, ou seja, precisa provar que a droga apreendida em posse do agente consta no rol de substâncias proibidas pela Anvisa. Isso define o primeiro critério para materialidade formal. A partir da quantidade de droga apreendida, é possível aferir a sua finalidade. Obviamente, 1 tonelada de drogas apreendida em poder de um agente jamais poderá ser avaliada com a finalidade de



consumo próprio. Os critérios objetivos facilitam o correto enquadramento da conduta. Já os critérios subjetivos dão margem para interpretações equivocadas e preconceituosas, culminando em aberrações processuais e consolidando o racismo estrutural que impera nas instituições do Estado brasileiro.

A problemática se estabelece ao analisar os critérios para qualificação desse tipo penal.

O artigo 28 no seu parágrafo 2º 6, estabelece critérios para definição de usuário: ?Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade

6 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.

4

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?.

A lei estabelece critérios relevantes para determinar se a droga era para consumo pessoal ou para traficância. Ainda que não seja clara a determinação quantitativa, algumas cifras se tornam indubitáveis. Entretanto, quando afastado o critério quantitativo, outras circunstâncias objetivas são apreciadas. A droga apreendida passa a ser relevante para aferir o desvalor da conduta, ou seja, se é cocaína, crack, maconha; as circunstâncias da apreensão, quanto ao local, se é zona típica de tráfico. Porém, o critério mais polêmico são os subjetivos. Analisar o agente mediante o seu quadro social é onde a lei se torna discricionária.

Para Guilherme de Souza Nucci, os critérios subjetivos destacados para a aplicação do **artigo 28 da Lei 11.343/06** incluem as circunstâncias pessoais do agente, sua situação social e econômica, a quantidade e natureza da droga e a finalidade da posse (NUCCI, 2017). Esses critérios são fundamentais para assegurar uma diferenciação justa entre usuários e traficantes, promovendo uma abordagem equilibrada e proporcional no tratamento das questões relacionadas ao porte de drogas.

Os critérios relacionados às circunstâncias pessoais, situação social e econômica do agente, na maioria dos casos concretos, são relativizados em detrimento dos critérios objetivos e das circunstâncias da prisão. As regiões de comercialização de drogas são habitadas por indivíduos de baixa condição econômica e vulnerabilidade social. Logo, esse sujeito, quando flagrado com uma quantidade de drogas limítrofe, que pode ser associada ao consumo individual ou ao tráfico, e a droga acondicionada em recipiente com caráter comercial, somado ao fato de estar nas zonas de traficância, não tem os demais critérios apreciados, o que provoca uma inversão na finalidade da droga apreendida.

Por conseguinte, esses critérios dúbios para a definição do tipo penal protagonizam uma série de aberrações jurídicas. A falta de objetividade normativa impulsiona a interpretação equivocada das autoridades quanto ao tipo penal e está intimamente relacionada ao rumo processual. Como ficou demonstrado, a conduta do usuário tem tratamento específico na esfera penal, se aproximando de uma infração administrativa.

É notório um avanço no tratamento ao usuário de drogas a partir da análise do **artigo 16 da Lei 6.368/76**, revogada pela Lei 11.343/06. Esse instituto normativo previa a pena **de seis**



meses a dois anos de detenção, contemplando a conduta da posse de drogas para consumo pessoal como criminosa, tratando esse fato como caso de polícia, formalizando a abertura de inquérito policial, e conseqüentemente o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o que gerava uma demonização social contra essa figura. O início do abrandamento dessa conduta

5

ocorreu com a promulgação da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), que passou a admitir a suspensão condicional do processo, conseqüentemente, a primeira despenalização da posse de drogas para consumo pessoal, ainda que não removesse o caráter criminoso da conduta. Mais adiante, com a chegada da Lei 10.259/2001, houve a concretização do conceito de infração de menor potencial para todos os delitos punidos com pena até dois anos, caracterizando o segundo passo para a despenalização do artigo 16 da Lei 6.378/76. Finalmente, para consolidar a tendência de despenalização, a promulgação da Lei 11.313/2006 passou a admitir como infração de menor potencial ofensivo todas as contravenções e delitos que cominassem pena máxima de até dois anos.

Se, por um lado, o legislador com a nova Lei de Tóxicos quis alterar o status de infração penal para ?sui generis?, elevando o usuário de drogas à condição de vítima, instituindo uma política de drogas construída sobre a ótica da redução de danos, desmitificando a beligerância social contra esse indivíduo e inserindo uma política de uso controlado, como o álcool, afastando-se do combate policial, extinguindo a sanção penal e dispensando tratamento de saúde pública ao tema.

Por outro lado, o novo dispositivo normativo endureceu o tratamento para com o traficante. A nova redação aumentou a pena inicial para o crime de tráfico de 3 anos para 5 anos, acresceu de 30 a 360 dias multa para 500 a 1500 dias multa, criou agravantes específicas para o crime de tráfico envolvendo crianças e adolescentes, endureceu as condições para progressão de regime para reincidentes, ampliou a possibilidade de confisco de bens adquiridos com o dinheiro do tráfico, atingindo as organizações criminosas voltadas para a prática desse crime, inclusive, punindo de forma mais gravosa os financiadores, entre outras mudanças. Essa discricionariedade extraída do parágrafo 2º do art. 28 torna-se o ponto nevrálgico da problemática, pois é uníssono entre os doutrinadores Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt que não cabe extensão subjetiva no Direito Penal quando as conseqüências jurídicas recaem sobre o bem jurídico liberdade. "A aplicação da lei penal deve ser restrita aos casos e pessoas que ela define claramente. A inclusão de sujeitos não mencionados na norma viola os princípios da legalidade e da segurança jurídica, pilares do Direito Penal moderno?" (BITENCOURT, 2010).

## 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06

A Constituição Federal de 1988 instituiu a supremacia constitucional através do artigo 60, §4º, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais. Segundo esse princípio, qualquer lei infraconstitucional que promova tratamento desigual entre os indivíduos deve ser afastada

6

do ordenamento jurídico. No entanto, mesmo quando essas leis causam efeitos devastadores para a população menos favorecida, majoritariamente negra, a impugnação dessa norma não colocou os direitos fundamentais no centro do debate. Isso permite que as autoridades do Estado



mantenham práticas seletivas, como ocorre com a discricionariedade do **artigo 28 da Lei 11.343/2006**.

Durante o julgamento destinado a reduzir as distorções provocadas pela discricionariedade do **artigo 28 da Lei 11.343/067**, observa-se um consenso entre os Ministros da Suprema Corte quanto às injustiças e aberrações jurídicas promovidas por essa norma para uma parte específica da população. No entanto, é notável a falta de atenção à questão da segregação racial. Ao impugnar a referida norma, através de recurso extraordinário e em tema de repercussão geral, a defesa do acusado alegou lesão ao princípio da intimidade e da vida privada sem fazer alusão à seletividade racial que a norma provoca. Isso demonstra o quanto a histórica democracia racial brasileira, como uma âncora, impede a elevação do debate sobre o tratamento jurídico desigual entre diferentes camadas sociais e raciais submetidas a abusos policiais.

Os ministros Gilmar Mendes<sup>8</sup> e Alexandre de Moraes<sup>9</sup>, em seus votos no julgamento que discute a constitucionalidade do **artigo 28 da Lei 11.343/06**, reconhecem a seletividade normativa, como destaca o ministro Gilmar Mendes: "Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com privação da liberdade?". E Alexandre de Moraes acrescenta: "É possível constatar que os jovens, em especial os negros (pretos e pardos), analfabetos são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas (maconha ou cocaína) do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior?".

Os ministros apontam para a necessidade de estabelecer critérios objetivos para a subsunção da norma, pois entendem que há lacunas para arbitrariedade. Segundo eles, "a necessidade de equalizar uma quantidade média padrão como presunção relativa para

7 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145> , acessado em 09/06/2024

8 MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>, acessado em 15/11/2023

9 MORAES, Alexandre. Voto do ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>, acessado em: 15/11/2023

7

caracterizar e diferenciar o traficante do portador para uso próprio vai ao encontro do tratamento igualitário entre os diferentes grupos socioculturais, como medida de Justiça e Segurança Jurídica, diminuindo-se a discricionariedade das autoridades públicas?

A necessidade de previsão legal objetiva para conter as aberrações jurídicas protagonizadas pelo Sistema de Justiça torna-se imperiosa. Isso inclui a fixação de quantidades como critério, a fim de evitar a inversão do ônus da prova, ou seja, o usuário não precisaria comprovar que não é traficante, ao mesmo tempo em que não se produza impunidade ao

traficante que se enquadra na quantidade e não é preso em flagrante.

O Supremo Tribunal Federal formou maioria sobre a necessidade de critérios objetivos para o enquadramento da conduta do crime de tráfico. No presente momento, o processo está sob vista do Ministro André Mendonça. Ainda que essa convergência possa abolir a conduta criminosa apenas para o porte de maconha, é unânime entre os ministros que já votaram que a subjetividade normativa deixa lacunas interpretativas e consolida o racismo estrutural presente no Brasil. Portanto, o voto do ministro Moraes construiu a tese no sentido de não tipificar o **crime previsto no artigo 28 da Lei 11343/06** para a substância "maconha" e fixar o critério objetivo para determinar o agente que adquire, guarda, **tem em depósito, transporta** ou traz consigo uma quantidade entre 25 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas.

A tese firmada não impede o enquadramento no crime de tráfico por quantidades inferiores à fixada. No entanto, determina que a autoridade judicial, de maneira fundamentada, justifique a conversão da prisão em flagrante, apontando obrigatoriamente os critérios caracterizadores do tráfico, tais como a forma de acondicionamento, diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, celulares com anotações de compra e venda, caderno de anotações, circunstâncias da apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico.

Com os critérios objetivos implementados a partir do julgamento do Supremo Tribunal, acreditamos que se formalizarão as balizas para conter a discricionariedade policial e dos operadores do direito, contaminados pelo racismo estrutural e pela política de guerra às drogas, que revoga a conduta do **artigo 28 da Lei 11.343/06** para os jovens pretos, pobres e moradores de periferia. Ainda que passível de discricionariedade, a tese fixada possibilita fundamentar a prisão com porte menor do que os critérios objetivos, tendo como base os critérios subjetivos. Entretanto, a obrigatoriedade da fundamentação e a indicação dos critérios, diante do caso concreto, já promovem uma contenção na arbitrariedade.

Na contramão da maioria dos ministros da Suprema Corte e das políticas de redução de danos e de prevenção de riscos, implementadas por orientação da ONU (Organização das

8

Nações Unidas) e pelas legislações de outros países que despenalizam essa conduta e passaram a adotar medidas de saúde pública, houve um backlash (reação legislativa) que culminou na aprovação pela CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da PEC/45 de 2023, **que tem** por objetivo criminalizar o porte e a posse de substâncias entorpecentes, independentemente da quantidade.

### 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS

O presente capítulo visa analisar qualitativamente trabalhos acadêmicos e desenvolver métodos de pesquisa análogos, que consistem na interpretação de dados policiais e judiciais das instituições brasileiras a partir de relatórios oficiais em capitais do Brasil, tendo como ponto nevrálgico a discricionariedade do artigo 28 e 33 da Lei 11.343/06, os impactos sociais e para o sistema de justiça, e a eficácia dos critérios objetivos para determinação do enquadramento fático pelas autoridades.

Para analisarmos se há esse tipo de discricionariedade e se, nos casos concretos, esses institutos normativos são confundidos a ponto de resultar em um encarceramento em massa de



uma parte específica da população, é necessário compreender os objetivos legislativos para distinguir as figuras do traficante e do usuário. Conforme demonstrado anteriormente, alguns critérios objetivos são considerados no momento da ocorrência, a partir dessas análises estudaremos como cada critério é tratado nos casos concretos.

No entanto, a controvérsia surge a partir da interpretação pelas autoridades dos critérios subjetivos que definem o marco inicial do processo e que pode culminar em injustiça.

Observando a pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas', realizada por Gorete et al. (2011), que analisou 667 atos de prisão em flagrante na cidade de São Paulo com o objetivo de compreender o uso da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas, é possível concluir que a quantidade de drogas apreendida e as circunstâncias da prisão, nos casos pesquisados, estão dentro de um patamar dúbio quanto aos critérios objetivos, o que provoca uma discricionariedade na subsunção da conduta do agente flagrado.

Tem-se que em 62,13% das ocorrências foram apreendidas até 100 gramas de drogas, e em 33,83% foram apreendidas mais de 100 gramas [...]. Verifica-se que, apesar de o dinheiro ser apontado como importante elemento de prova da traficância, em 33,08% das apreensões os presos não apresentavam em seu poder nenhum dinheiro. Em 12,43% dos casos havia presença de até R\$30,00, em 20,81% dos flagrantes as pessoas foram encontradas com valores entre mais de R\$30,00 a R\$100,00, e em 33,38% foram encontrados mais de R\$ 100,00.

[...] Verificou-se que em 48% dos casos a droga não foi apreendida junto ao acusado, ou seja, não estava ele portando ou escondendo a droga consigo. [...] 74% dos casos

9

contaram apenas com o testemunho dos policiais que realizaram a apreensão do acusado, não estando presente nenhuma outra testemunha civil. [...] a frequência de confissão cai para aproximadamente 11%, sendo que cerca de 48% dos acusados permaneceram calados quando interrogados pelo delegado e 41% negaram a prática delituosa.

[...]Dentre os 52% de acusados que fazem alguma declaração na delegacia, tem-se que 30,66% deles afirmaram ser usuários de drogas, 28% disseram ter sofrido flagrante forjado e 21% negaram a propriedade da droga, disseram não serem donos dos entorpecentes encontrados [...] apenas 15% dos autos pesquisados apresentaram a foto da droga apreendida[...].

[...]Importante ressaltar que, apesar de a Lei de Drogas prever diversos tipos penais, houve pouca variação na classificação dada pelo delegado. Cerca de 76% dos casos foram enquadrados apenas no artigo 33, caput da lei 11.343/2006. Em cerca de 11% dos casos a classificação foi realizada combinada com outros delitos (porte de arma, corrupção de menores etc). Em quase 10% deles foram reunidos os artigos artigo 34 e 35, caput da Lei 11.343/2006, que dizem respeito ao maquinário, aparelhos para fabricação, produção da droga e à associação criminosa para cometer o crime, respectivamente[...]? (GORETE et al., 2011).

Os dados revelados pela pesquisa evidenciam que os critérios objetivos mais evidentes, relacionados à circunstância da prisão, o dinheiro apreendido e a quantidade de drogas apreendidas, não fornecem uma carga probatória valorativa para definir se o agente estava



cometendo o crime de tráfico ou se estava na condição de usuário. Consequentemente, os critérios subjetivos tornam-se protagonistas na determinação da conduta adequada, aguçando a discricionariedade e afetando a própria autoridade policial.

Conforme destacado por Gorete et al. (2011), no âmbito da pesquisa mencionada, que teve como foco analisar extensivamente a perspectiva dos operadores do sistema de justiça criminal à luz dos casos concretos, trazendo no bojo do estudo a experiência dos operadores do direito, em uma passagem do texto se extra:

?Alguns delegados disseram ter tido, em alguns casos, dúvidas no momento da diferenciação entre traficante e usuário e na respectiva classificação do delito envolvendo drogas. Perguntou-se o que eles faziam nessas situações. Alguns delegados responderam que preferiam liberar o acusado e abriam inquérito policial para apurar o caso, outros disseram que mantinham o suspeito preso [...]? (GORETE et al., 2011)

Esse fato corrobora para uma triste realidade, consagrando o Brasil no topo dos países com as maiores populações carcerária do mundo, indubitavelmente, a falta de objetividade no enquadramento das condutas referentes aos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06 permite esse avanço da população carcerária, pois sem critérios objetivos, as anomalias judiciais quanto ao enquadramento fático se tornam recorrentes e inevitáveis, como evidencia Alvarenga et al (2021): ?a falta de critério para distinguir entre usuários e traficantes contribuiu significativamente para aumentar exponencialmente o número de pessoas presas nos últimos anos. Segundo o próprio Infopen, em 2006 tínhamos 47 mil presos por crimes de drogas (14%

do total). Em 2013 passaram a 138 mil (1 em cada 4 presos), já em 2016 o número alcançou o total de 156.749 mil pessoas?.

Em outra análise, o trabalho das pesquisadoras Marilha Gabriela R. Garau e Perla Alves Bendo de O. Costa, apresentado no artigo ?É posse para uso ou é tráfico? Um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06?, publicado na Revista Brasileira de Sociologia e Direito, é de suma importância para o objeto deste trabalho. O artigo busca compreender os critérios discricionários relacionados à distinção entre traficante e usuário de drogas a partir da análise dos policiais militares, que são os responsáveis pela maioria dos registros das ocorrências policiais envolvendo esse tipo de delito. Conforme Garau e Costa (2020), "a análise dos critérios discricionários utilizados pelos policiais militares no registro de ocorrências envolvendo drogas é fundamental para compreender a distinção entre traficante e usuário" (GARAU; COSTA, 2020)

Analisando a obra supracitada, é possível concluir que o policial militar, que figura como ponto de partida na maioria das ocorrências envolvendo o crime de tráfico de drogas, pratica o primeiro ato discricionário na avaliação do enquadramento fático. Essa figura, por atuar na ponta da lança da repressão estatal a esse tipo de delito, é o responsável por promover a seletividade em relação à formalização do caso. É ele quem vai determinar se a quantidade de droga apreendida é passível de flagrante, se as circunstâncias da abordagem policial por atitude suspeita são passíveis de determinar que a atuação do indivíduo apreendido ostentava estado de traficância, se a droga é leve ou pesada, dentre outros critérios subjetivos intrínsecos ao racismo estrutural.



Essa avaliação perpassa os critérios intraprocessuais e se estende às particularidades administrativas e pessoais, que incluem avaliar se a autoridade policial de plantão coaduna com o entendimento do policial militar que fará a denúncia, o tempo de aguardo para produção da ocorrência, as reiteradas idas ao fórum para prestar depoimento no curso do processo, se a viatura em que ele está trabalhando no patrulhamento tem ar-condicionado, o que definiria se ele aguardará a ocorrência na delegacia ou continuará no patrulhamento de rua sem ar-condicionado, entre outras.

?Haveria, portanto, um filtro anterior ao ingresso de determinado fato no sistema penal brasileiro enquanto tráfico ou uso. Isso porque, flagrar determinado sujeito na posse de entorpecentes pode não significar sua condução e entrada no sistema de justiça criminal. Assim como, flagr-lo sem qualquer droga pode ensejar na sua condução à Delegacia. O policial militar pode não executar o flagrante, seja por conta de negociação ou por acreditar que os fatos não seriam suficientes para levar à uma condenação do indivíduo como traficantes. De igual modo, o policial pode conduzir a ocorrência no sentido de atribuir-lhe um contexto específico, ainda que os elementos

11

de prova também não sejam suficientes para ensejar a condenação do sujeito, **desde que o** contexto fático da ocorrência possa sustentar o argumento de tráfico.

alguns delegados já teriam uma quantidade específica pré-fixada para enquadrar um fato com flagrante de tráfico de drogas. Se o delegado de plantão da delegacia responsável pelo registro do fato fosse um delegado que consideraria a quantidade ínfima era mais vantajoso resolver a situação no local e liberar o flagrante depois de ?levantar um trocado qualquer? (GARAU; COSTA, 2020)

A partir das análises dessas pesquisas, que examinaram aspectos do cotidiano das instituições brasileiras, é possível traçar um roteiro que evidencia a discricionariedade da Lei 11.343/06. Inicialmente, essa discricionariedade é exercida pela polícia ostensiva, que na maioria dos casos é a primeira a entrar em contato com o agente flagrado em posse de drogas. Em seguida, cabe à autoridade policial decidir se lavrará o flagrante ou não, com base nas provas e nos relatos apresentados. Uma vez convencida, a autoridade policial lavra o flagrante e o agente é submetido à audiência de custódia, momento em que o judiciário tem o primeiro contato com as provas e com o acusado.

É nesse momento que a seletividade racial prepondera. O último passo, aquele que deveria servir como barreira para a injustiça, equivocadamente, inverte o ônus da prova e submete ao réu a capacidade de provar que não estava cometendo o crime de tráfico. Essa inversão processual é responsável pelo encarceramento em massa, como argumenta o excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no julgado que discute a constitucionalidade do **artigo 28 da lei** em questão: essa prática é incompatível com a presunção de inocência, destacando que a acusação deve provar que a posse de drogas não era para consumo pessoal, e que a avaliação deve ser cuidadosa, especialmente em casos limítrofes.

Além disso, ele critica o uso do princípio 'in dubio pro societate' para justificar prisões preventivas, afirmando que, mesmo nesta fase, a defesa não deve ser obrigada a provar a inocência, e que o mínimo necessário para a prisão preventiva é a preponderância da prova. O ministro também ressalta a importância de um juiz neutro e desinteressado na avaliação das

circunstâncias do flagrante, contrapondo-se à visão de policiais diretamente envolvidos na acusação.

A visão evidenciada no voto do Ministro Gilmar Mendes converge com o encontrado na pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas' (Gorete et al., 2011). A prisão provisória assume destaque na tramitação dos processos relacionados ao tráfico de drogas. Na análise dos casos concretos, o estudo apontou que 88,64% dos acusados em flagrante são mantidos presos. No caso da cidade de São Paulo, a competência das prisões em flagrante é do DIPO (Departamento de Inquérito Policial), e os juízes que fazem parte desse órgão estabeleceram um padrão para justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória.

12

?No âmbito da ciência do flagrante, antes de qualquer provocação da defesa, em atenção à **Resolução nº 87, de 15/09/2009**, do E. Conselho Nacional de Justiça, passo a decidir. Uma vez presente hipótese de flagrante delito, estando o auto de prisão formalmente em ordem, não vislumbrando nenhuma ilegalidade evidente na constrição ordenada, não há, por ora, razões para se determinar o relaxamento da prisão em flagrante.

De outro lado, à míngua de comprovação, desde logo, da satisfação de todos os requisitos legais ensejados da liberdade provisória, e porque ausente, dentre outros, demonstração de vínculo do auto do fato com o distrito da culpa, não é o caso de concessão de liberdade provisória de ofício.

No mais, mantida a prisão, regulamente comunicada, aguarde-se a vinda dos autos principais. Decorrido o prazo legal, cobre-se, assinalando prazo de 24h para atendimento. Ciência ao MP.? (GORETE et al., 2011)

Esses relatos reforçam o entendimento já demonstrado ao longo deste trabalho sobre como a falta de critérios objetivos da Lei 11.343/06 contribui para o encarceramento em massa e para diversos casos de injustiça. Além disso, evidenciam o quadro analisado pela pesquisa. Os pesquisadores selecionaram dois casos concretos para acompanhar o rito processual, mostrando como a discricionariedade na aplicação da lei afeta diretamente a vida dos envolvidos. Esse cenário destaca a importância de se repensar a legislação atual e buscar critérios mais claros e justos para distinguir entre usuário e traficante, conforme discutido anteriormente.

No primeiro caso, um homem de 30 anos, desempregado e morador de rua, foi preso com 8,5 g de maconha e R\$ 20,00. Ele negou a traficância, afirmando ser usuário de drogas, mas foi enquadrado **no artigo 33 da Lei 11.343/06** e condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado. No segundo caso, dois jovens de 19 e 25 anos, com perfil socioeconômico mais favorecido, foram abordados com 475,2 g de maconha e uma balança de precisão. Ambos foram enquadrados no mesmo artigo, mas tiveram a liberdade provisória concedida pelo juiz, que considerou a quantidade de droga compatível com o consumo pessoal.

Os casos destacam como critérios objetivos distintos podem levar a desfechos processuais contraditórios. No primeiro caso, a falta de residência fixa e os antecedentes criminais resultaram na manutenção da prisão e na severidade da pena. No segundo, os bons antecedentes, a residência fixa e a possibilidade de contratação de advogados particulares contribuíram para a concessão da liberdade provisória. Essas diferenças refletem uma



discrepância social que impacta diretamente as decisões judiciais e a aplicação das garantias constitucionais.

São garantias que deveriam estar ao alcance de qualquer cidadão, uma vez que todos são iguais perante a lei. Contudo, na prática, o racismo estrutural está enraizado nas instituições brasileiras. Embora a pesquisa em análise não tenha coletado dados científicos para chegar a essa conclusão, as narrativas são esclarecedoras, o que nos leva a acreditar que a

13

discricionariedade do **artigo 28 da Lei 11.343/06**, além de promover uma seletividade racial quanto ao indivíduo que poderá ser enquadrado nele, acelera o encarceramento em massa da população negra e desfavorecida. Há uma relação convergente entre o crescente número da população carcerária nos últimos anos, após a promulgação da lei, e as mortes decorrentes de intervenções policiais (MDIP).

[...] Os dados não nos deixam mentir: houve crescimento de 0,9% na taxa de pessoas privadas de liberdade; em números absolutos, estamos falando de 832.295 pessoas com a sua liberdade cerceada e sob a tutela do Estado. O cenário mudou muito pouco: são jovens de até 29 anos (43,1% da população carcerária), negros (68,2%), o mesmo perfil das vítimas majoritárias de Mortes Violentas Intencionais[...]

Os dados que permitem construir o perfil das vítimas da letalidade policial mantêm são faceta evidente e consolidada historicamente do racismo que estrutura a sociedade brasileira. 83% dos mortos pela polícia em 2022 no Brasil eram negros, 76% tinham entre 12 e 29 anos. Jovens negros, majoritariamente pobres e residentes das periferias seguem sendo alvo preferencial da letalidade policial e, em resposta a sua vulnerabilidade, diversos estados seguem investindo no legado de modelos de policiamento que os tornam menos seguros e capazes de acessar os direitos civis fundamentais à não-discriminação e à vida. O dado sobre local de ocorrência revela a prevalência (68,1%) dos espaços públicos como de maior frequência das ocorrências de MDIP, ao passo que, residências das vítimas e outros tipos de local somam juntos um terço das ocorrências, ou seja, 1/6 das vítimas de letalidade policial foi morta dentro de casa. (FBSP, 2023)

Atualmente, a política nacional de combate às drogas imprime um aspecto paradoxal, focando na ação beligerante das forças policiais que atinge predominantemente a comunidade jovem, negra e pobre do país. Essa população é vulnerável à cooptação pelas facções criminosas, cada vez mais atuantes e presentes nessa parcela da sociedade. Conforme Alvarenga et al. (2021) destacam, "enquanto a era da sociedade capitalista industrial fez surgir os exércitos industriais de reserva à espera de uma oportunidade de inserção no mundo legal do trabalho, o capitalismo globalizado e tecnológico fez expandir os exércitos ilegais do narcotráfico, cuja condição pode ser aproveitada como matéria-prima à indústria do controle do crime. Sob este ponto de vista, os presídios brasileiros atestam a expansão do encarceramento no país, cuja relação crime, pobreza e cor da pele assume contornos dramáticos, merecendo destaque o comércio ilegal de substâncias psicoativas."

O fenômeno que pode ser observado à luz dessas pesquisas se divide em duas vertentes que, mais à frente, se entrelaçam. Uma está associada ao crescente número de mortes decorrentes de intervenção policial. Como demonstrado, essas mortes acontecem, em sua



grande maioria, em zonas de conflito, regiões definidas pelo Estado como suscetíveis ao crime. Na prática, são regiões periféricas onde jovens são cooptados por organizações criminosas para comercializar drogas como meio de enriquecimento e geração de riqueza. Como reflete Alvarenga et al. (2021): ?Ao analisar os dados estatísticos da violência relacionada à questão

14

das drogas e da sua consequência enquanto política de encarceramento e de extermínio, é possível observar a prevalência de um grupo específico de pessoas que são alvos para o sistema penal, justamente os jovens negros da periferia.

A outra vertente está relacionada ao estado de beligerância deflagrado pelo Estado. Os policiais de patrulhamento ostensivo realizam incursões rotineiras nessas regiões, sitiadas por organizações criminosas, para combater o crime de tráfico de drogas. Como demonstrado, esse agente do Estado figura como o precursor do processo penal para a grande maioria dos crimes de tráfico de drogas. Nele se concentra a discricionariedade material; é ele que vai determinar se o caso será conduzido a uma autoridade policial ou não, e será do depoimento dele que se extrairá a carga probatória para formalizar a denúncia, tornando-se figura imprescindível na produção desses alarmantes números da população carcerária.

Ciente da importância do seu papel na engrenagem processual nos crimes de tráfico e na manutenção do estado de guerra fomentado pelo Estado, esses agentes sabem que, para as pessoas inseridas nesse cotidiano, não cabe interpretação normativa favorável. A apreensão de drogas nessas zonas de conflito sempre estará relacionada ao tráfico de drogas, por um motivo posteriormente protetivo para eles. Essas incursões, por sua natureza, são violentas e raramente não vitimizam alguém. Como o sujeito que habita aquela região tem um estereótipo definido, e há, por parte das instituições estatais, um apoio a esse modelo repressivo, uma espécie de salvo-conduto foi criado para amparar esses agentes.

A conduta desses agentes é legitimada quando a morte decorrente de intervenção policial vitimiza um jovem negro com antecedentes criminais relacionados ao tráfico de drogas. É neste ponto que as vertentes se entrelaçam: até então, elas caminhavam paralelamente, uma vez que os números de mortes por intervenção policial e de encarceramento só crescem. No entanto, elas se cruzam em torno do mesmo agente que atua na linha de frente da política de opressão ao tráfico de drogas.

Portanto, o negro morador da favela, pobre e inserido na zona de conflito do estado de sítio criado pelas forças policiais para combater o tráfico de drogas, torna-se um alvo fácil da discricionariedade legislativa, não lhe sendo concedido um enquadramento mais brando da conduta, ainda que seja o correto. Assim, o **artigo 28 da Lei 11.343/06** está tacitamente revogado pelas autoridades policiais nas condutas praticadas nessas localidades e para esse público.

#### 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS

Para encarar a problemática em questão, a pesquisa fará análise dos boletins de ocorrência registrados na cidade de Salvador durante o período de dezembro do ano de 2023.

15

Foram coletados todos os BOs (Boletins de Ocorrência) relacionados aos crimes do artigo 33 e do **artigo 28 da Lei 11.343/06**. A partir dos relatos das ocorrências, foram obtidas as seguintes informações: quem apresentou a ocorrência, referências de medidas para quantificação da droga



apreendida, tipos de drogas apreendidas, sexo do agente flagrado, local da apreensão. Busca-se compreender como esses critérios foram utilizados para definir a subsunção da norma ao caso concreto.

Para obter os dados relacionados a essa pesquisa, o orientando foi ao Departamento de Polícia Técnica, no Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal, localizado no bairro dos Barris, no complexo do Instituto Médico Legal, na cidade de Salvador. Preencheu um formulário eletrônico com os dados pessoais, informou os dados que gostaria de obter e a finalidade. Após três semanas, recebeu os dados solicitados no e-mail pessoal, através de duas planilhas em Excel.

Uma planilha continha os dados relacionados aos TCOs (Termos Circunstanciados de Ocorrência) e a outra os ADPFs (Autos de Prisão em Flagrante). Foram registradas 59 ocorrências que resultaram em flagrante por tráfico de drogas e 45 que resultaram em TCO. As informações são separadas por colunas que contêm diversas informações, como número da ocorrência, local do fato, hora e data, origem do procedimento, relato do fato, tipo do local do fato, entre outras. Na coluna associada ao relato do fato, consta a descrição oficial do agente que fez a ocorrência. Dessa coluna, foram extraídas informações como quantidade e tipo de droga apreendida e a instituição que fez a ocorrência.

Inicialmente, vamos analisar a planilha dos ADPF. A partir do número da ocorrência, separamos caso a caso e passamos a analisar sete pontos: local da ocorrência, instituição que apresentou a ocorrência, referência de peso utilizada para quantificar a droga, sexo do acusado, valores apreendidos juntos com a droga, diversidade quanto ao tipo de droga e quais drogas foram apreendidas nas ocorrências que apresentaram um único tipo:

1. Local onde originou o flagrante: Cinquenta e quatro ocorrências foram em via pública, quatro ocorrências foram em instituto prisional e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: Cinquenta ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, quatro ocorrências pela Polícia Penal e cinco ocorrências pela Polícia Civil.
3. Referência utilizada para quantificar a droga: Cinquenta e duas ocorrências faziam menção a "trouxa", "pino", "pedra", "saco", "tablet"; seis ocorrências mencionaram "certa quantidade" e uma ocorrência utilizou quilograma como medida de referência.
4. Sexo do agente: Em cinquenta e uma ocorrências, o acusado foi do sexo masculino; em três ocorrências, o acusado era do sexo feminino; em três ocorrências, envolveram ambos os

sexos; e em duas ocorrências não envolveram acusados, foi apresentação de drogas apreendidas sem apresentar um suspeito.

5. Valores apreendidos: Vinte e uma ocorrências fizeram menção a valores apreendidos, e trinta e oito ocorrências não apresentaram valores.
6. Quanto à variedade de drogas apresentada: Dezenove ocorrências apresentaram somente um tipo de droga, dezessete ocorrências apresentaram dois tipos de drogas, e vinte e três ocorrências apresentaram três tipos de drogas.
7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: dez ocorrências foram de cocaína, sete ocorrências de maconha e duas ocorrências de crack.

A partir da análise dos dados, é possível confirmar alguns pontos já apresentados neste



trabalho. Observa-se uma predominância quanto ao local que originou a ocorrência, à instituição responsável por deflagrá-la e ao sexo do agente em determinadas ocorrências. Nesta pesquisa, a Polícia Militar é responsável pela grande maioria das ocorrências, sendo a via pública o local onde ocorrem as abordagens policiais, confirmando o enredo policial de abordagem decorrente de atitude suspeita, e o sexo masculino é predominante entre os envolvidos. Um ponto que chama atenção é que as mulheres figuraram como as únicas flagradas tentando entrar com drogas nas instituições prisionais.

Outro aspecto alarmante é a falta de objetividade relacionada ao relato quantitativo da droga apreendida. Surpreendentemente, das 59 ocorrências, somente uma utilizou a unidade de medida quilograma como parâmetro quantitativo das drogas. Nas demais ocorrências, são mencionadas outras características que não mensuram a quantidade de drogas, o que gera falta de objetividade. Por exemplo, 3 'trouxas' de maconha podem representar 3g ou 300g, e 3 pinos de cocaína podem representar 1g ou até 10g. É imprescindível para o enquadramento fático que a quantidade seja determinada com uma unidade de medida mensurável, respeitando o critério objetivo da quantidade.

Percebe-se uma relativização dos demais critérios objetivos quando a ocorrência envolve mais de uma droga ou quando as drogas estão porcionadas em recipientes comerciais. Isso fica evidente nos relatórios das ocorrências, pois constam características que sugerem um quantitativo imaginário, mas não reportam um peso específico. Por exemplo, em 6 ocorrências, menciona-se 'certa quantidade de drogas'. Outro ponto questionável é a relação entre as drogas e os valores apreendidos. Na maioria dos casos, não houve registro de valores, e nos poucos em que houve, apenas dois casos apresentaram valores acima de R\$ 200,00 (duzentos reais), o que sugere que esse critério não é observado.

17

Portanto, é possível concluir que, para o enquadramento fático no crime de tráfico na cidade de Salvador, durante o período analisado, as autoridades policiais utilizaram critérios relacionados à variedade da substância psicoativa, diversidade nos tipos de drogas, quantidade distribuída em embalagens porcionadas e circunstâncias da prisão. Nos casos em que houve uma única droga apreendida, as ocorrências mencionaram a quantidade em embalagens comerciais, como '60 trouxas de maconha?', '10 pedras de crack?', '18 pinos de pó?', relativizando completamente a medida quantitativa associada ao peso.

Em outra análise, foram observados os mesmos sete quesitos das ocorrências que ensejaram os ADPF, como forma de analisar e comparar os critérios utilizados para determinar o procedimento em cada caso. Foram registradas 45 ocorrências associadas ao **crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06**, que, conseqüentemente, culminaram em Termo Circunstanciado de Ocorrência, uma vez que a lei não prevê sanção penal para esse tipo de delito. Sendo assim, os seguintes dados foram extraídos:

1. Local onde originou o flagrante: trinta e nove ocorrências foram em via pública, duas ocorrências foram em instituto prisional, três ocorrências em eventos festivos e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: trinta e um ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, duas ocorrências pela Polícia Penal, duas ocorrências pela Guarda Municipal, 1 ocorrência por um cidadão e nove ocorrências pela Polícia Civil.



3. Referência utilizada para quantificar a droga: quarenta ocorrências faziam menção a 'trouxa', 'pino', 'pedra', 'saco', 'tablet', 'cigarro', cinco ocorrências mencionaram 'certa quantidade'.
  4. Sexo do agente: quarenta e duas ocorrências o acusado foi do sexo masculino, três ocorrências o acusado era do sexo feminino.
  5. Valores apreendidos: as quarenta e cinco ocorrências não apresentaram valores.
  6. Quanto a variedade de drogas apresentada: quarenta e uma ocorrências apresentaram somente 1 tipo de droga, quatro ocorrências apresentaram 2 tipos de drogas.
  7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: onze ocorrências foram de cocaína, vinte e cinco ocorrências de maconha, ocorrências de crack, duas ocorrências de ecstasy e uma ocorrência sem identificação.
- Ao analisar os dados apresentados, é possível observar a predominância da Polícia Militar na condução das ocorrências. No entanto, há um aumento na participação de outras forças policiais e até mesmo de cidadãos, como no caso específico de um pai que denunciou a
- 18

filha por estar sob efeito de drogas e ter fugido de casa, uma situação comum envolvendo familiares de dependentes químicos.

A via pública continua registrando o maior índice de apreensão, evidenciando a rotina de abordagem policial. As instituições prisionais retornam ao quadro estatístico, e as ocorrências ainda são predominantemente protagonizadas por mulheres, o que inclui as duas ocorrências apresentadas pela Polícia Penal, registrada nessa pesquisa.

No entanto, surge um novo cenário: os eventos festivos. As barreiras policiais colocadas nas entradas dos eventos resultaram em apreensões de drogas para uso pessoal, um ambiente que não havia sido mencionado na análise das ocorrências de tráfico. Não houve relato de valores apreendidos em conjunto com as drogas nesse cenário de usuários.

Os destaques estão relacionados aos tipos de droga e à referência quantitativa. Nos casos analisados, em quarenta ocorrências, foi mencionada uma referência imprecisa como critério quantitativo, como 'trouxa', 'cigarro', 'pino', 'pedra'; nas demais ocorrências, não há menção a nenhum quantitativo específico, sendo utilizada a expressão 'certa quantidade de drogas' para definir a quantidade. Quanto à diversidade de tipos de drogas, observa-se uma predominância nas ocorrências envolvendo um único tipo de substância entorpecente, havendo apenas quatro casos com dois tipos de drogas apreendidas. A maconha surge como a droga mais apreendida entre os usuários, seguida da cocaína. Também são encontradas drogas sintéticas, o que indica o uso recreativo de drogas nesse contexto de pesquisa.

A luz das pesquisas, é possível afirmar que os critérios objetivos são mitigados diante do caso concreto, uma vez que não são mensuradas as quantidades por meio de medida de peso para o correto enquadramento fático. Houve também uma relativização dos critérios associados ao tipo e à variedade da droga apreendida para determinar o procedimento adequado. Ou seja, houve casos em que a droga apreendida era considerada 'pesada', como o 'crack', havia mais de um tipo de droga na mesma ocorrência e foi enquadrada como crime de posse de droga para consumo pessoal. Por outro lado, em situações em que a ocorrência envolvia apenas um tipo de droga, como 'maconha', com baixo grau de reprovabilidade, foi enquadrada como tráfico. Sendo assim, a falta de critérios objetivos, como quantidade reportada em medida de



peso, diversidade de drogas e o peso atribuído à reprovabilidade da conduta, quando analisado o tipo de droga apreendida, corroboram para uma discricionariedade seletiva por parte das autoridades policiais, já bastante discutida ao longo deste trabalho. Esta pesquisa evidenciou que o documento originário do árduo Processo Penal, a ocorrência policial, não prevê nenhum tipo de formalidade quanto ao preenchimento dos critérios objetivos. O simples fato de haver mais de uma droga na apreensão, ou ter quantidade de porções expressivas segundo critério da

19

autoridade, é o bastante para um enquadramento mais grave da norma, criando uma extensão normativa in malam partem.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, o debate sobre a atuação policial no combate ao tráfico de drogas tem sido objeto de intensas discussões. Nesse contexto, esta pesquisa buscou analisar os padrões de atuação das autoridades policiais, os critérios utilizados para caracterizar os crimes de tráfico e posse para consumo pessoal, bem como as possíveis implicações desses procedimentos.

Ao longo da análise dos dados, foi evidenciada uma predominância da Polícia Militar nas ocorrências relacionadas ao tráfico de drogas, especialmente em abordagens realizadas em via pública. Regiões periféricas e comunidades vulneráveis são frequentemente alvo dessas ações, o que levanta questões sobre seletividade e discriminação racial.

Um ponto alarmante é a falta de critérios objetivos na mensuração das quantidades de drogas apreendidas. Muitas ocorrências mencionam termos imprecisos, como "trouxa" ou "certa quantidade", sem uma medida de peso específica. Isso abre margem para interpretações subjetivas por parte das autoridades, influenciando no enquadramento dos casos.

Além disso, a diversidade de tipos de drogas apreendidas também não é devidamente considerada nos procedimentos policiais. A presença de mais de um tipo de droga na apreensão muitas vezes resulta em consequências mais graves para o acusado, mesmo em casos de posse para consumo pessoal.

A falta de formalidade nos procedimentos policiais, especialmente em relação ao preenchimento das ocorrências, também foi observada. A ausência de critérios claros pode contribuir para decisões arbitrárias e desiguais, afetando principalmente jovens e comunidades marginalizadas.

Diante desses achados, torna-se evidente a necessidade de revisão dos critérios e práticas adotadas pelas autoridades policiais no combate ao tráfico de drogas. É fundamental promover uma atuação mais objetiva, equitativa e respeitosa aos direitos individuais, evitando a perpetuação de estigmas e injustiças.

Os resultados desta pesquisa destacam a urgência de repensar as políticas de segurança pública relacionadas ao combate às drogas. A atuação policial deve ser pautada por critérios claros e objetivos, garantindo a igualdade perante a lei e evitando discriminações baseadas em gênero, raça ou condição socioeconômica.

A discricionariedade observada nos procedimentos policiais, aliada à falta de formalidade e à ausência de critérios objetivos, representa um desafio para a efetividade e a

20

justiça do sistema de justiça criminal. É essencial promover uma abordagem que respeite os

direitos individuais e promova a segurança de forma mais eficaz e justa para toda a sociedade.

## 6 BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 89.

GOMES, Luiz Flavio et al. Lei de Drogas comentadas artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 02 mar. 2017.

ALVARENGA, R.; ROSANELI, C. F.; FERREIRA, A. A.; LIMA, C. B. de. Violência, guerra às drogas e racismo de estado no Brasil. Polis Revista Latinoamericana, v. 20, n. 60, p. 130-148, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2021-N60-1505>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GARAU, Marilha Gabriela R.; COSTA, Perla Alves Bendo de O. ?É posse para uso ou é tráfico??: um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06. Revista Brasileira de Sociologia e Direito, v. 7, n. 1, p. 70-95, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MORAES, Alexandre. Voto do Ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GORETE, Ana Maria de Oliveira; ANDRADE, Rafael de Brito; SILVA, Beatriz Santos da; SOUSA, Lucas Santana. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre a aplicação da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: USP,



2011.



=====

**Arquivo 1:** [TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)

**Arquivo 2:** [https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64488/7/Dosimetria\\_Sancoes\\_Adm\\_Disciplinares.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64488/7/Dosimetria_Sancoes_Adm_Disciplinares.pdf)  
(14367 termos)

**Termos comuns:** 168

**Similaridade:** 0,76%

**O texto abaixo é o conteúdo do documento** [TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)

**Os termos em vermelho foram encontrados no documento**

[https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64488/7/Dosimetria\\_Sancoes\\_Adm\\_Disciplinares.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64488/7/Dosimetria_Sancoes_Adm_Disciplinares.pdf) (14367 termos)

=====

PÚBLICA

A DISCRICIONARIEDADE E A INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI

11.343/2006

Gilnei Calmon Costa<sup>1</sup>

Orientador: Bruno Texeira Bahia<sup>2</sup>

RESUMO: Este artigo analisa qualitativamente a aplicação da Lei 11.343/06 no Brasil, focando nos artigos 28 e 33, que tratam do uso e tráfico de drogas. Destaca a discricionariiedade na interpretação desses artigos pelas autoridades policiais e judiciais e seus impactos sociais e no sistema de justiça. A pesquisa utiliza dados de ocorrências de tráfico de drogas e posse para consumo pessoal em Salvador, em dezembro de 2023, com base nos registros do Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal. Foram analisados 59 casos de Autos de Prisão em Flagrante (ADPFs) e 45 casos de Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs). Os resultados destacam a predominância da Polícia Militar, falta de objetividade na quantificação das drogas, discricionariiedade na interpretação dos casos e desafios na aplicação da legislação.

PALAVRAS-CHAVES: tráfico de drogas, posse para consumo pessoal, ocorrências policiais, quantificação de drogas, discricionariiedade, aplicação da lei.

ABSTRACT: This article qualitatively analyzes the application of Law 11.343/06 in Brazil, focusing on Articles 28 and 33, regarding drug use and trafficking. It highlights the discretion in interpreting these articles by police and judicial authorities and their social and justice system impacts. The research uses data on drug trafficking and possession in Salvador, December 2023, from the Institute of Public Security Statistics and Criminal Research. It analyzed 59



Arrests in Flagrante Delicto (ADPFs) and 45 Circumstantial Term of Occurrence (TCOs). Key points include occurrence location, responsible institution, reference weight for drug quantification, agent gender, amounts seized, and drug types. Results highlight Military Police predominance, lack of objectivity in drug quantification, case interpretation discretion, and legal criteria relativization, indicating challenges in consistently applying drug-related legislation.

Keywords: drug trafficking, possession for personal use, police incidents, drug quantification, discretion, law enforcement.

SUMÁRIO: 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS. 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06. 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS. 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 Graduando em direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL) E-mail: gilnei.costa@ucsal.edu  
2 Especialista em Ciências Criminais (UFBA). Mestre e Doutor em Ciência Sociais (FFCH-UFBA Advogado

Criminal, professor da UCSAL e Coordenador do Observatório de Violência Crime e Sociedade (OBVIO)- grupo de pesquisa (UCSAL) Integrante do Laboratório de Estudos Sobre Crime e Sociedade - LASSOS (UFBA),

Coordenador do Observatório de Violência, Crime e Sociedade. Atua na área de pesquisa empírica em Direito,

Fluxo de Justiça, Estudos Prisionais, Crime e Punição

1

## 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS

O presente trabalho tem como objetivo analisar como a falta de critérios objetivos quanto a quantidade de drogas e as circunstâncias da prisão impactam para a formação de uma discricionariedade na imputação dos artigos 283 e 334 da Lei 11.343/06 pelas autoridades policiais, ao classificar usuários e traficantes, observando, ainda, os efeitos do racismo estrutural e institucional.

Os artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006 exemplificam a diferenciação legal entre o uso pessoal e o tráfico de drogas. O artigo 28 trata do porte para consumo pessoal, especificando cinco condutas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo) que, embora ilícitas, não acarretam pena de prisão. Por outro lado, o artigo 33 aborda o tráfico de drogas, abrangendo dezoito condutas relacionadas à produção, distribuição e comercialização de drogas, com penas severas que incluem reclusão de 5 a 15 anos e multa. A distinção entre usuário e traficante é fundamental para uma abordagem justa e eficaz na política de drogas, reconhecendo que usuários necessitam de apoio e tratamento, enquanto traficantes devem ser penalizados para coibir a disseminação de substâncias ilícitas.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a Lei 11.343/2006, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta do usuário de drogas, retirando o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal. Entretanto, continua sendo considerado um ilícito, um ato contrário ao



Direito. Houve, portanto, uma descriminalização formal, mas não a legalização da droga (ou descriminalização substancial) (GOMES et al., 2007).

É possível concluir que a inserção da nova Lei de Drogas afastou **a possibilidade de** aplicar algum tipo de pena de prisão às condutas descritas no tipo penal do art. 28. Isso ocorre porque, legalmente, no Brasil, "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção, cabendo ao dispositivo em análise somente penalidades administrativas, como advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos. Logo, esse dispositivo normativo **não pode ser** definido como crime, nem pode ser considerado uma contravenção penal. Ele constitui um novo modelo de infração, chamado por alguns doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci, Luiz Flávio Gomes e Renato Marcão, de "sui

3 **Art.28 da Lei** 11.343/06: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.

4 **Art.33 da Lei** 11.343/06: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena ? reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa  
2

generis", devido à sua característica híbrida. Conseqüentemente, não podemos atribuir ao usuário de drogas a alcunha de criminoso.

As penas cominadas se resumem a medidas educativas, compostas por advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou cursos educativos. Todas são voltadas para conscientizar os usuários sobre **os efeitos das** drogas, afastando o caráter penal e direcionando o problema para a saúde pública. O legislador, entendendo o caráter de dependência associado às drogas, deu tratamento normativo diferenciado ao usuário **quanto à reincidência**. É possível admitir que o usuário reincida na prática desse delito sem reduzir **os efeitos da** transação penal. Sendo concedida a suspensão condicional, independentemente do lapso temporal da infração anterior, diferenciando-se do que é estabelecido pelo Código Penal<sup>5</sup>.

O objeto jurídico do artigo 28 se estrutura em dupla interpretação normativa. Para o saudoso professor Luiz Flávio Gomes, a lei estabelece dois comandos: o primeiro é direcionado ao agente, **que pode ser** qualquer pessoa que cometa alguma dessas condutas a qualquer tempo, pois é proibido adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga, ainda que seja para consumo pessoal. O segundo comando está associado à consequência por ter violado o primeiro e é direcionado à autoridade competente. Uma vez praticada a conduta



proibida, o juiz está obrigado a aplicar uma pena cominada, que, nesse caso, se limita a uma sanção administrativa (GOMES et al., 2007).

Como esse bem jurídico está tutelado pelo Direito Penal brasileiro, ainda que as sanções sejam restritamente administrativas, o juiz está obrigado a aplicá-las, **sob pena de** responder criminalmente ou administrativamente **em caso de** omissão. Toda norma penal tem como objetivo final a proteção **de um bem jurídico**, e aqui não seria diferente. O **bem jurídico tutelado** imediato é a saúde pública, e os mediatos são a vida, a integridade física e psíquica das pessoas. Esses constituem **o rol de** proteção por parte do Estado, que dispõe de suas instituições para salvaguardar esses bens jurídicos, sendo interesse do Estado coibir as ações lesivas contra esses bens.

A infração do artigo 28 é classificada como norma de perigo abstrato, lesiva aos interesses da saúde pública e à vida do próprio usuário, o que mitiga o princípio da ofensividade. Pois não oferece risco a uma vítima direta, sendo limitada a uma conduta infratora. Está

5 Art. 64 - Para efeito de reincidência:

Inciso I- Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração

posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação

3

proibido qualquer pessoa adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga. Essas ações são condutas **que o agente** está proibido de praticar. No caso do artigo em análise, **a conduta do agente** já consuma o crime: ele inicia os atos executórios e instantaneamente consuma o crime. Para ser punido, ele precisa estar cometendo o ato, não sendo cabível a tentativa.

O objeto de controvérsias está na idoneidade lesiva da **conduta, ou seja, se** a droga apreendida em posse do agente infrator **tem como finalidade** o consumo pessoal. Isso nos remete ao cerne da discussão sobre a discricionariedade interpretativa da norma. Pois, se não há critérios objetivos para definir **a finalidade da** droga, é necessário aferir critérios subjetivos para obter a materialidade formal **da conduta do agente**.

Inicialmente, o primeiro critério analisado está relacionado ao objeto material **da infração**. O **artigo 28 da Lei 11.343/06** é considerado por Guilherme de Souza Nucci como uma infração sui generis e em branco. "Sui generis" porque não **se trata de** crime, nem tampouco de uma contravenção, e "em branco" porque ele considera a infração incompleta, **uma vez que** exige um complemento normativo ou valorativo, **que, no caso em** destaque, seria a lista de drogas e substâncias análogas fornecida pela Anvisa, vinculada ao Ministério da Saúde. Nesse caso, com esse complemento vindo do executivo, estaríamos diante de uma lei em branco heterogênea (ou heteróloga) (NUCCI, 2017).

Para iniciar a persecução penal, o Estado precisa atender o critério material da norma, ou seja, precisa provar que a droga apreendida em posse do agente consta no rol de substâncias proibidas pela Anvisa. Isso define o primeiro critério para materialidade formal. **A partir da** quantidade de droga apreendida, é possível aferir a sua finalidade. Obviamente, 1 tonelada de drogas apreendida em poder **de um agente** jamais poderá ser avaliada **com a finalidade de**



consumo próprio. Os critérios objetivos facilitam o correto enquadramento da conduta. Já os critérios subjetivos dão margem para interpretações equivocadas e preconceituosas, culminando em aberrações processuais e consolidando o racismo estrutural que impera nas instituições do Estado brasileiro.

A problemática se estabelece ao analisar os critérios para qualificação desse tipo penal.

O artigo 28 no seu parágrafo 2º 6, estabelece critérios para definição de usuário: ?Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade

6 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.

4

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?.

A lei estabelece critérios relevantes para determinar se a droga era para consumo pessoal ou para traficância. Ainda que não seja clara a determinação quantitativa, algumas cifras se tornam indubitáveis. Entretanto, quando afastado o critério quantitativo, outras circunstâncias objetivas são apreciadas. A droga apreendida passa a ser relevante para aferir o desvalor da conduta, ou seja, se é cocaína, crack, maconha; as circunstâncias da apreensão, quanto ao local, se é zona típica de tráfico. Porém, o critério mais polêmico são os subjetivos. Analisar o agente mediante o seu quadro social é onde a lei se torna discricionária.

Para Guilherme de Souza Nucci, os critérios subjetivos destacados para a aplicação do artigo 28 da Lei 11.343/06 incluem as circunstâncias pessoais do agente, sua situação social e econômica, a quantidade e natureza da droga e a finalidade da posse (NUCCI, 2017). Esses critérios são fundamentais para assegurar uma diferenciação justa entre usuários e traficantes, promovendo uma abordagem equilibrada e proporcional no tratamento das questões relacionadas ao porte de drogas.

Os critérios relacionados às circunstâncias pessoais, situação social e econômica do agente, na maioria dos casos concretos, são relativizados em detrimento dos critérios objetivos e das circunstâncias da prisão. As regiões de comercialização de drogas são habitadas por indivíduos de baixa condição econômica e vulnerabilidade social. Logo, esse sujeito, quando flagrado com uma quantidade de drogas limítrofe, que pode ser associada ao consumo individual ou ao tráfico, e a droga acondicionada em recipiente com caráter comercial, somado ao fato de estar nas zonas de traficância, não tem os demais critérios apreciados, o que provoca uma inversão na finalidade da droga apreendida.

Por conseguinte, esses critérios dúbios para a definição do tipo penal protagonizam uma série de aberrações jurídicas. A falta de objetividade normativa impulsiona a interpretação equivocada das autoridades quanto ao tipo penal e está intimamente relacionada ao rumo processual. Como ficou demonstrado, a conduta do usuário tem tratamento específico na esfera penal, se aproximando de uma infração administrativa.

É notório um avanço no tratamento ao usuário de drogas a partir da análise do artigo 16 da Lei 6.368/76, revogada pela Lei 11.343/06. Esse instituto normativo previa a pena de seis



meses a dois anos de detenção, contemplando a conduta da posse de drogas para consumo pessoal como criminosa, tratando esse fato como caso de polícia, formalizando a abertura de inquérito policial, e conseqüentemente o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o que gerava uma demonização social contra essa figura. O início do abrandamento dessa conduta

5

ocorreu com a promulgação da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), que passou a admitir a suspensão condicional do processo, conseqüentemente, a primeira despenalização da posse de drogas para consumo pessoal, **ainda que não** removesse o caráter criminoso da conduta. Mais adiante, com a chegada da Lei 10.259/2001, houve a concretização do conceito de infração de menor potencial para todos os delitos punidos com pena até dois anos, caracterizando o segundo passo para a despenalização **do artigo 16 da Lei 6.378/76**. Finalmente, para consolidar a tendência de despenalização, a promulgação da Lei 11.313/2006 passou a admitir como infração de menor potencial ofensivo todas as contravenções e delitos que cominassem **pena máxima de** até dois anos.

Se, por um lado, o legislador com a nova Lei de Tóxicos quis alterar o status de infração penal para *?sui generis?*, elevando o usuário de drogas à condição de vítima, instituindo uma política de drogas construída sobre a ótica da redução de danos, desmitificando a beligerância social contra esse indivíduo e inserindo uma política de uso controlado, como o álcool, afastando-se do combate policial, extinguindo a sanção penal e dispensando tratamento de saúde pública ao tema.

Por outro lado, o novo dispositivo normativo endureceu o tratamento para com o traficante. A nova redação aumentou a pena inicial para o crime de tráfico de 3 anos para 5 anos, acresceu **de 30 a 360 dias** multa para 500 a 1500 dias multa, criou agravantes **específicas para o** crime de tráfico envolvendo crianças e adolescentes, endureceu as condições para progressão de regime para reincidentes, ampliou **a possibilidade de** confisco de bens adquiridos com o dinheiro do tráfico, atingindo as organizações criminosas voltadas para a prática desse crime, inclusive, punindo de forma mais gravosa os financiadores, entre outras mudanças. Essa discricionariedade extraída do **parágrafo 2º do art. 28** torna-se o ponto nevrálgico da problemática, pois é uníssono entre os doutrinadores Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt que não cabe extensão subjetiva no Direito Penal quando as conseqüências jurídicas recaem sobre o bem jurídico liberdade. **"A aplicação da** lei penal deve ser restrita aos casos e pessoas que ela define claramente. **A inclusão de** sujeitos não mencionados na norma viola **os princípios da** legalidade e da segurança jurídica, pilares **do Direito Penal** moderno? (BITENCOURT, 2010).

## 2 A CONSTITUCIONALIDADE **DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06**

**A** Constituição Federal de 1988 instituiu a supremacia constitucional através do artigo 60, §4º, com **o objetivo de** garantir os direitos fundamentais. Segundo esse princípio, qualquer lei infraconstitucional que promova tratamento desigual entre os indivíduos deve ser afastada

6

do ordenamento jurídico. No entanto, mesmo quando essas leis causam efeitos devastadores para a população menos favorecida, majoritariamente negra, a impugnação dessa norma não colocou os direitos fundamentais no centro do debate. Isso permite que as autoridades do Estado



mantenham práticas seletivas, como ocorre com a discricionariedade **do artigo 28 da Lei 11.343/2006**.

Durante o julgamento destinado a reduzir as distorções provocadas pela discricionariedade **do artigo 28 da Lei 11.343/067**, observa-se um consenso entre os Ministros da Suprema Corte quanto às injustiças e aberrações jurídicas promovidas por essa norma para uma parte específica da população. No entanto, é notável **a falta de atenção** à questão da segregação racial. Ao impugnar a referida norma, através de recurso extraordinário e em tema de repercussão geral, a defesa do acusado alegou lesão **ao princípio da** intimidade e da vida privada sem fazer alusão à seletividade racial que a norma provoca. Isso demonstra o quanto a histórica democracia racial brasileira, como uma âncora, impede a elevação do debate sobre o tratamento jurídico desigual entre diferentes camadas sociais e raciais submetidas a abusos policiais.

Os ministros Gilmar Mendes<sup>8</sup> e Alexandre de Moraes<sup>9</sup>, em seus votos no julgamento que discute a constitucionalidade **do artigo 28 da Lei 11.343/06**, reconhecem a seletividade normativa, como destaca o ministro Gilmar Mendes: "Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com privação da liberdade?". E Alexandre de Moraes acrescenta: "É possível constatar que os jovens, em especial os negros (pretos e pardos), analfabetos são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas (maconha ou cocaína) do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior?".

Os ministros apontam para **a necessidade de** estabelecer critérios objetivos para a subsunção da norma, pois entendem que há lacunas para arbitrariedade. Segundo eles, **a necessidade de** equalizar uma quantidade média padrão como presunção relativa para

7 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145> , acessado em 09/06/2024

8 MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, **disponível em** <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>, acessado em 15/11/2023

9 MORAES, Alexandre. Voto do ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, **disponível em** <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>, acessado em: 15/11/2023

7

caracterizar e diferenciar o traficante do portador para uso próprio vai ao encontro do tratamento igualitário entre os diferentes grupos socioculturais, como medida de Justiça e Segurança Jurídica, diminuindo-se a discricionariedade das autoridades públicas?

**A necessidade de** previsão legal objetiva para conter as aberrações jurídicas protagonizadas pelo Sistema de Justiça torna-se imperiosa. Isso inclui a fixação de quantidades como critério, **a fim de** evitar a inversão do ônus da prova, ou seja, o usuário não precisaria comprovar **que não é** traficante, ao mesmo tempo em **que não se** produza impunidade ao



traficante que se enquadra na quantidade e não é preso em flagrante.

O Supremo Tribunal Federal formou maioria sobre **a necessidade de** critérios objetivos para o enquadramento **da conduta do** crime de tráfico. No presente momento, o processo está sob vista do Ministro André Mendonça. Ainda que essa convergência possa abolir a conduta criminosa **apenas para o** porte de maconha, é unânime entre os ministros que já votaram que a subjetividade normativa deixa lacunas interpretativas e consolida o racismo estrutural presente no Brasil. Portanto, o voto do ministro Moraes construiu a tese **no sentido de** não tipificar o crime previsto no **artigo 28 da Lei** 11343/06 para a substância "maconha" e fixar o critério objetivo para determinar o agente que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo uma quantidade entre 25 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas.

A tese firmada não impede o enquadramento no crime de tráfico por quantidades inferiores à fixada. No entanto, determina que a autoridade judicial, de maneira fundamentada, justifique **a conversão da** prisão em flagrante, apontando obrigatoriamente os critérios caracterizadores do tráfico, tais como a forma de acondicionamento, diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, celulares com anotações de compra e venda, caderno de anotações, circunstâncias da apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico.

Com os critérios objetivos implementados **a partir do** julgamento do Supremo Tribunal, acreditamos que se formalizarão as balizas para conter a discricionariedade policial e dos **operadores do direito**, contaminados pelo racismo estrutural e pela política de guerra às drogas, que revoga **a conduta do artigo 28 da Lei** 11.343/06 para os jovens pretos, pobres e moradores de periferia. Ainda que passível de discricionariedade, a tese fixada possibilita fundamentar a prisão com porte menor do **que os critérios** objetivos, tendo como base os critérios subjetivos. Entretanto, **a obrigatoriedade da** fundamentação e **a indicação dos** critérios, **diante do caso concreto**, já promovem uma contenção na arbitrariedade.

Na contramão da maioria dos ministros da Suprema Corte e das políticas de redução de danos e de prevenção de riscos, implementadas por orientação da ONU (Organização das

8

Nações Unidas) e pelas legislações de outros países que despenalizam essa conduta e passaram a adotar medidas de saúde pública, houve um backlash (reação legislativa) que culminou na aprovação pela CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da PEC/45 de 2023, que tem por objetivo criminalizar o porte e a posse de substâncias entorpecentes, independentemente da quantidade.

### 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE **DO ARTIGO 28º A PARTIR DE** DOCUMENTOS JUDICIAIS

O presente capítulo visa analisar qualitativamente trabalhos acadêmicos e desenvolver métodos de pesquisa análogos, que consistem na interpretação de dados policiais e judiciais das instituições brasileiras **a partir de** relatórios oficiais em capitais do Brasil, tendo como ponto nevrálgico a discricionariedade do artigo 28 e 33 **da Lei** 11.343/06, os impactos sociais e para o sistema de justiça, e a eficácia dos critérios objetivos para determinação do enquadramento fático pelas autoridades.

Para analisarmos se há esse tipo de discricionariedade e se, nos casos concretos, esses institutos normativos são confundidos a ponto de **resultar em um** encarceramento em massa de



uma parte específica da população, é necessário compreender os objetivos legislativos para distinguir as figuras do traficante e do usuário. Conforme demonstrado anteriormente, alguns critérios objetivos são considerados **no momento da** ocorrência, a partir dessas análises estudaremos como cada critério é tratado nos casos concretos.

No entanto, a controvérsia surge **a partir da** interpretação pelas autoridades dos critérios subjetivos que definem o marco inicial do processo e que pode culminar em injustiça.

Observando a pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas', realizada por Gorete et al. (2011), que analisou 667 atos de prisão em flagrante na cidade **de São Paulo** com **o objetivo de** compreender o uso da prisão provisória **nos casos de** tráfico de drogas, é possível concluir que **a quantidade de** drogas apreendida e as circunstâncias da prisão, nos casos pesquisados, estão dentro de um patamar dúbio quanto aos critérios objetivos, o que provoca uma discricionariedade na subsunção **da conduta do agente** flagrado.

tem-se que em 62,13% das ocorrências foram apreendidas até 100 gramas de drogas, e em 33,83% foram apreendidas mais de 100 gramas [...]. Verifica-se **que, apesar de** o dinheiro ser apontado como importante elemento de prova da traficância, em 33,08% das apreensões os presos não apresentavam em seu poder nenhum dinheiro. Em 12,43% dos casos havia presença de até R\$30,00, em 20,81% dos flagrantes as pessoas foram encontradas com valores entre mais de R\$30,00 a R\$100,00, e em 33,38% foram encontrados mais de R\$ 100,00.

[...] Verificou-se que em 48% dos casos a droga não foi apreendida junto ao acusado, ou seja, não estava ele portando ou escondendo a droga consigo. [...] 74% dos casos

contaram apenas com o testemunho dos policiais que realizaram a apreensão do acusado, não estando presente nenhuma outra testemunha civil. [...] a frequência de confissão cai para aproximadamente 11%, sendo que cerca de 48% dos acusados permaneceram calados quando interrogados pelo delegado e 41% negaram a prática delituosa.

[...]Dentre os 52% de acusados que fazem alguma declaração na delegacia, tem-se que 30,66% deles afirmaram ser usuários de drogas, 28% disseram ter sofrido flagrante forjado e 21% negaram a propriedade da droga, disseram não serem donos dos entorpecentes encontrados [...] apenas 15% dos autos pesquisados apresentaram a foto da droga apreendida[...].

[...]Importante ressaltar **que, apesar de** a Lei de Drogas prever diversos tipos penais, houve pouca variação na classificação dada pelo delegado. Cerca de 76% dos casos foram enquadrados apenas no artigo 33, caput da lei 11.343/2006. Em cerca de 11% dos casos a classificação foi realizada combinada com outros delitos (porte de arma, corrupção de menores etc). Em quase 10% deles foram reunidos os artigos artigo 34 e 35, caput da Lei 11.343/2006, que dizem respeito ao maquinário, aparelhos para fabricação, produção da droga e à associação criminosa para cometer o crime, respectivamente[...]? (GORETE et al., 2011).

Os dados revelados pela pesquisa evidenciam **que os critérios** objetivos mais evidentes, relacionados à circunstância da prisão, o dinheiro apreendido e **a quantidade de** drogas apreendidas, não fornecem uma carga probatória valorativa para definir se o agente estava



cometendo o crime de tráfico ou se estava na condição de usuário. Consequentemente, os critérios subjetivos tornam-se protagonistas na determinação da conduta adequada, aguçando a discricionariedade e afetando a própria autoridade policial.

Conforme destacado por Gorete et al. (2011), **no âmbito da** pesquisa mencionada, **que teve como** foco analisar extensivamente a perspectiva dos operadores **do sistema de** justiça criminal **à luz dos** casos concretos, trazendo no bojo do estudo a experiência dos **operadores do direito**, em uma passagem do texto se extra:

?Alguns delegados disseram ter tido, **em alguns casos**, dúvidas **no momento da** diferenciação entre traficante e usuário e na respectiva classificação do delito envolvendo drogas. Perguntou-se o que eles faziam nessas situações. Alguns delegados responderam que preferiam liberar **o acusado e** abriam inquérito policial para apurar o caso, outros disseram que mantinham o suspeito preso [...]? (GORETE et al., 2011)

Esse fato corrobora para uma triste realidade, consagrando o Brasil no topo dos países com as maiores populações carcerária do mundo, indubitavelmente, **a falta de** objetividade no enquadramento das condutas referentes aos artigos 28 e 33 **da Lei 11.343/06** permite esse avanço da população carcerária, pois sem critérios objetivos, as anomalias judiciais quanto ao enquadramento fático se tornam recorrentes e inevitáveis, como evidencia Alvarenga et al (2021): **?a falta de** critério para distinguir entre usuários e traficantes contribuiu significativamente para aumentar exponencialmente **o número de** pessoas presas nos últimos anos. Segundo o próprio Infopen, em 2006 tínhamos 47 mil presos por crimes de drogas (14%

do total). Em 2013 passaram a 138 mil (1 em cada 4 presos), já em 2016 o número alcançou o total de 156.749 mil pessoas?.

Em outra análise, o trabalho das pesquisadoras Marilha Gabriela R. Garau e Perla Alves Bendo de O. Costa, apresentado no artigo **?É posse para uso ou é tráfico? Um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06?**, publicado na Revista Brasileira de Sociologia e Direito, é de suma importância para o objeto deste trabalho. O artigo busca compreender os critérios discricionários relacionados à distinção entre traficante e usuário de drogas **a partir da** análise dos policiais militares, que são os responsáveis pela maioria dos registros das ocorrências policiais envolvendo esse tipo de delito. Conforme Garau e Costa (2020), **"a análise dos critérios** discricionários utilizados pelos policiais militares no registro de ocorrências envolvendo drogas é fundamental para compreender a distinção entre traficante e usuário" (GARAU; COSTA, 2020)

Analisando a obra supracitada, é possível concluir que o policial militar, que figura como ponto de partida na maioria das ocorrências envolvendo o crime de tráfico de drogas, pratica o primeiro ato discricionário na avaliação do enquadramento fático. Essa figura, por atuar na ponta da lança da repressão estatal a esse tipo de delito, é **o responsável por** promover a seletividade **em relação à** formalização do caso. É ele quem vai determinar se **a quantidade de** droga apreendida é passível de flagrante, se as circunstâncias da abordagem policial por atitude suspeita são passíveis de determinar que **a atuação do** indivíduo apreendido ostentava estado de traficância, se a droga é leve ou pesada, dentre outros critérios subjetivos intrínsecos ao racismo estrutural.

Essa avaliação perpassa os critérios intraprocessuais e se estende às particularidades administrativas e pessoais, que incluem avaliar se a autoridade policial de plantão coaduna com o entendimento do policial militar que fará a denúncia, o tempo de aguardo para produção da ocorrência, as reiteradas idas ao fórum para prestar depoimento no curso do processo, se a viatura em que ele está trabalhando no patrulhamento tem ar-condicionado, o que definiria se ele aguardará a ocorrência na delegacia ou continuará no patrulhamento de rua sem ar-condicionado, entre outras.

?Haveria, portanto, um filtro anterior ao ingresso de determinado fato no sistema penal brasileiro enquanto tráfico ou uso. Isso porque, flagrar determinado sujeito na posse de entorpecentes pode não significar sua condução e entrada no sistema de justiça criminal. Assim como, flagrá-lo sem qualquer droga pode ensejar na sua condução à Delegacia. O policial militar pode não executar o flagrante, seja por conta de negociação ou por acreditar que os fatos não seriam suficientes para levar à uma condenação do indivíduo como traficantes. De igual modo, o policial pode conduzir a ocorrência **no sentido de** atribuir-lhe um contexto específico, ainda **que os elementos**

11

de prova também não sejam suficientes para ensejar a condenação do sujeito, desde que o contexto fático da ocorrência possa sustentar o argumento de tráfico.

alguns delegados já teriam uma quantidade específica pré-fixada para enquadrar um fato com flagrante de tráfico de drogas. Se o delegado de plantão da delegacia responsável pelo registro do fato fosse um delegado que consideraria a quantidade ínfima era mais vantajoso resolver a situação no local e liberar o flagrante depois de ?levantar um trocado qualquer? (GARAU; COSTA, 2020)

A partir das análises dessas pesquisas, que examinaram aspectos do cotidiano das instituições brasileiras, é possível traçar um roteiro que evidencia a discricionariedade da Lei 11.343/06. Inicialmente, essa discricionariedade é exercida pela polícia ostensiva, que na maioria dos casos é a primeira a entrar em contato com o agente flagrado em posse de drogas. Em seguida, cabe à autoridade policial decidir se lavrará o flagrante ou não, **com base nas** provas e nos relatos apresentados. Uma vez convencida, a autoridade policial lavra o flagrante e **o agente é** submetido à audiência de custódia, **momento em que o** judiciário tem o primeiro contato com as provas **e com o acusado**.

**É** nesse **momento que a** seletividade racial prepondera. O último passo, aquele que deveria servir como barreira para a injustiça, equivocadamente, inverte o ônus da prova e submete ao réu a capacidade de provar que não estava cometendo o crime de tráfico. Essa inversão processual é responsável pelo encarceramento em massa, como argumenta o excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no julgado que discute a constitucionalidade **do artigo 28 da lei** em questão: essa prática é incompatível com a presunção de inocência, destacando que a acusação deve provar que a posse de drogas não era para consumo pessoal, **e que a** avaliação deve ser cuidadosa, especialmente em casos limítrofes.

Além disso, ele critica o uso do princípio 'in dubio pro societate' para justificar prisões preventivas, afirmando que, mesmo nesta fase, a defesa não deve ser obrigada a provar a inocência, **e que o** mínimo necessário para a prisão preventiva é a preponderância da prova. O ministro também ressalta a importância de um juiz neutro e desinteressado na **avaliação das**

**circunstâncias do** flagrante, contrapondo-se à visão de policiais diretamente envolvidos na acusação.

A visão evidenciada no voto do Ministro Gilmar Mendes converge com o encontrado na pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas' (Gorete et al., 2011). A prisão provisória assume destaque na tramitação dos processos relacionados ao tráfico de drogas. Na análise dos casos concretos, o estudo apontou que 88,64% dos acusados em flagrante são mantidos presos. No caso da cidade **de São Paulo**, a competência das prisões em flagrante é do DIPO (Departamento de Inquérito Policial), e os juízes que fazem parte desse órgão estabeleceram um padrão para justificar **a conversão da** prisão em flagrante em prisão provisória.

12

?**No âmbito da** ciência do flagrante, antes de qualquer provocação da defesa, em atenção à Resolução nº 87, de 15/09/2009, do E. Conselho Nacional de Justiça, passo a decidir. Uma vez presente hipótese de flagrante delito, estando o auto de prisão formalmente em ordem, não vislumbrando nenhuma ilegalidade evidente na constrição ordenada, não há, por ora, razões para se determinar o relaxamento da prisão em flagrante.

**De outro lado**, à míngua de comprovação, desde logo, da satisfação **de todos os** requisitos legais ensejados da liberdade provisória, e porque ausente, dentre outros, demonstração de vínculo do auto do fato com o distrito da culpa, não é o caso de concessão de liberdade provisória de ofício.

No mais, mantida a prisão, regulamente comunicada, aguarde-se a vinda dos autos principais. Decorrido o prazo legal, cobre-se, assinalando prazo de 24h para atendimento. Ciência ao MP.? (GORETE et al., 2011)

Esses relatos reforçam o entendimento já demonstrado ao longo deste trabalho sobre como **a falta de** critérios objetivos da Lei 11.343/06 contribui para o encarceramento em massa e para diversos casos de injustiça. Além disso, evidenciam o quadro analisado pela pesquisa. Os pesquisadores selecionaram dois casos concretos para acompanhar o rito processual, mostrando como a discricionariedade **na aplicação da** lei afeta diretamente a vida dos envolvidos. Esse cenário destaca a importância de se repensar a legislação atual e buscar critérios mais claros e justos para distinguir entre usuário e traficante, conforme discutido anteriormente.

No primeiro caso, um homem de 30 anos, desempregado e morador de rua, foi preso com 8,5 g de maconha e R\$ 20,00. Ele negou a traficância, afirmando ser usuário de drogas, mas foi enquadrado no **artigo 33 da Lei 11.343/06** e condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado. No segundo caso, dois jovens de 19 e 25 anos, com perfil socioeconômico mais favorecido, foram abordados com 475,2 g de maconha e uma balança de precisão. Ambos foram enquadrados no mesmo artigo, mas tiveram a liberdade provisória concedida pelo juiz, que considerou **a quantidade de** droga compatível com o consumo pessoal.

Os casos destacam como critérios objetivos distintos podem levar a desfechos processuais contraditórios. No primeiro caso, **a falta de** residência fixa **e os antecedentes** criminais resultaram na manutenção da prisão e na severidade **da pena**. No segundo, **os bons antecedentes**, **a** residência fixa **e a possibilidade de** contratação de advogados particulares contribuíram para a concessão da liberdade provisória. Essas diferenças refletem uma

discrepância social que impacta diretamente as decisões judiciais e a aplicação das garantias constitucionais.

São garantias que deveriam estar ao alcance de qualquer cidadão, uma vez que todos são iguais perante a lei. Contudo, na prática, o racismo estrutural está enraizado nas instituições brasileiras. Embora a pesquisa em análise não tenha coletado dados científicos para chegar a essa conclusão, as narrativas são esclarecedoras, o que nos leva a acreditar que a

13

discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/06, além de promover uma seletividade racial quanto ao indivíduo que poderá ser enquadrado nele, acelera o encarceramento em massa da população negra e desfavorecida. Há uma relação convergente entre o crescente número da população carcerária nos últimos anos, após a promulgação da lei, e as mortes decorrentes de intervenções policiais (MDIP).

[...] Os dados não nos deixam mentir: houve crescimento de 0,9% na taxa de pessoas privadas de liberdade; em números absolutos, estamos falando de 832.295 pessoas com a sua liberdade cerceada e sob a tutela do Estado. O cenário mudou muito pouco: são jovens de até 29 anos (43,1% da população carcerária), negros (68,2%), o mesmo perfil das vítimas majoritárias de Mortes Violentas Intencionais[...]

Os dados que permitem construir o perfil das vítimas da letalidade policial mantêm são faceta evidente e consolidada historicamente do racismo que estrutura a sociedade brasileira. 83% dos mortos pela polícia em 2022 no Brasil eram negros, 76% tinham entre 12 e 29 anos. Jovens negros, majoritariamente pobres e residentes das periferias seguem sendo alvo preferencial da letalidade policial e, em resposta a sua vulnerabilidade, diversos estados seguem investindo no legado de modelos de policiamento que os tornam menos seguros e capazes de acessar os direitos civis fundamentais à não-discriminação e à vida. O dado sobre local de ocorrência revela a prevalência (68,1%) dos espaços públicos como de maior frequência das ocorrências de MDIP, ao passo que, residências das vítimas e outros tipos de local somam juntos um terço das ocorrências, ou seja, 1/6 das vítimas de letalidade policial foi morta dentro de casa. (FBSP, 2023)

Atualmente, a política nacional de combate às drogas imprime um aspecto paradoxal, focando na ação beligerante das forças policiais que atinge predominantemente a comunidade jovem, negra e pobre do país. Essa população é vulnerável à cooptação pelas facções criminosas, cada vez mais atuantes e presentes nessa parcela da sociedade. Conforme Alvarenga et al. (2021) destacam, "enquanto a era da sociedade capitalista industrial fez surgir os exércitos industriais de reserva à espera de uma oportunidade de inserção no mundo legal do trabalho, o capitalismo globalizado e tecnológico fez expandir os exércitos ilegais do narcotráfico, cuja condição pode ser aproveitada como matéria-prima à indústria do controle do crime. Sob este ponto de vista, os presídios brasileiros atestam a expansão do encarceramento no país, cuja relação crime, pobreza e cor da pele assume contornos dramáticos, merecendo destaque o comércio ilegal de substâncias psicoativas."

O fenômeno que pode ser observado à luz dessas pesquisas se divide em duas vertentes que, mais à frente, se entrelaçam. Uma está associada ao crescente número de mortes decorrentes de intervenção policial. Como demonstrado, essas mortes acontecem, em sua

grande maioria, em zonas de conflito, regiões definidas pelo Estado como suscetíveis ao crime. Na prática, são regiões periféricas onde jovens são cooptados por organizações criminosas para comercializar drogas como meio de enriquecimento e geração de riqueza. Como reflete Alvarenga et al. (2021): ?Ao analisar os dados estatísticos da violência relacionada à questão

14

das drogas e da sua consequência enquanto política de encarceramento e de extermínio, é possível observar a prevalência de um grupo específico de pessoas que são alvos para o sistema penal, justamente os jovens negros da periferia.

A outra vertente está relacionada ao estado de beligerância deflagrado pelo Estado. Os policiais de patrulhamento ostensivo realizam incursões rotineiras nessas regiões, sitiadas por organizações criminosas, para combater o crime de tráfico de drogas. Como demonstrado, esse agente do Estado figura como o precursor do processo penal para a grande maioria dos crimes de tráfico de drogas. Nele se concentra a discricionariedade material; é ele que vai determinar se o caso será conduzido a uma autoridade policial ou não, e será do depoimento dele que se extrairá a carga probatória para formalizar a denúncia, tornando-se figura imprescindível na produção desses alarmantes números da população carcerária.

Ciente da importância do seu papel na engrenagem processual nos crimes de tráfico e na manutenção do estado de guerra fomentado pelo Estado, esses agentes sabem que, para as pessoas inseridas nesse cotidiano, não cabe interpretação normativa favorável. A apreensão de drogas nessas zonas de conflito sempre estará relacionada ao tráfico de drogas, por um motivo posteriormente protetivo para eles. Essas incursões, por sua natureza, são violentas e raramente não vitimizam alguém. Como o sujeito que habita aquela região tem um estereótipo definido, e há, por parte das instituições estatais, um apoio a esse modelo repressivo, uma espécie de salvo-conduto foi criado para amparar esses agentes.

A conduta desses agentes é legitimada quando a morte decorrente de intervenção policial vitimiza um jovem negro com antecedentes criminais relacionados ao tráfico de drogas. É neste ponto que as vertentes se entrelaçam: até então, elas caminhavam paralelamente, uma vez que os números de mortes por intervenção policial e de encarceramento só crescem. No entanto, elas se cruzam em torno do mesmo agente que atua na linha de frente da política de opressão ao tráfico de drogas.

Portanto, o negro morador da favela, pobre e inserido na zona de conflito do estado de sítio criado pelas forças policiais para combater o tráfico de drogas, torna-se um alvo fácil da discricionariedade legislativa, não lhe sendo concedido um enquadramento mais brando da conduta, ainda que seja o correto. Assim, o artigo 28 da Lei 11.343/06 está tacitamente revogado pelas autoridades policiais nas condutas praticadas nessas localidades e para esse público.

#### 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS

Para encarar a problemática em questão, a pesquisa fará análise dos boletins de ocorrência registrados na cidade de Salvador durante o período de dezembro do ano de 2023.

15

Foram coletados todos os BOs (Boletins de Ocorrência) relacionados aos crimes do artigo 33 e do artigo 28 da Lei 11.343/06. A partir dos relatos das ocorrências, foram obtidas as seguintes informações: quem apresentou a ocorrência, referências de medidas para quantificação da droga

apreendida, tipos de drogas apreendidas, sexo do agente flagrado, local da apreensão. Busca-se compreender como esses critérios foram utilizados para definir a subsunção da norma **ao caso concreto**.

Para obter os dados relacionados a essa pesquisa, o orientando foi ao Departamento de Polícia Técnica, no Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal, localizado no bairro dos Barris, no complexo do Instituto Médico Legal, na cidade de Salvador. Preencheu um formulário eletrônico com os dados pessoais, informou os dados que gostaria de obter e a finalidade. Após três semanas, recebeu os dados solicitados no e-mail pessoal, através de duas planilhas em Excel.

Uma planilha continha os dados relacionados aos TCOs (Termos Circunstanciados de Ocorrência) e a outra os ADPFs (Autos de Prisão em Flagrante). Foram registradas 59 ocorrências que resultaram em flagrante por tráfico de drogas e 45 que resultaram em TCO. As informações são separadas por colunas que contêm diversas informações, como número da ocorrência, local do fato, hora e data, origem do procedimento, relato do fato, tipo do local do fato, entre outras. Na coluna associada ao relato do fato, consta a descrição oficial do agente que fez a ocorrência. Dessa coluna, foram extraídas informações como quantidade e tipo de droga apreendida e a instituição que fez a ocorrência.

Inicialmente, vamos analisar a planilha dos ADPF. **A partir do** número da ocorrência, separamos caso a caso e passamos a analisar sete pontos: local da ocorrência, instituição que apresentou a ocorrência, referência de peso utilizada para quantificar a droga, sexo do acusado, valores apreendidos juntos com a droga, diversidade quanto ao tipo de droga e quais drogas foram apreendidas nas ocorrências que apresentaram um único tipo:

1. Local onde originou o flagrante: Cinquenta e quatro ocorrências foram em via pública, quatro ocorrências foram em instituto prisional e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: Cinquenta ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, quatro ocorrências pela Polícia Penal e cinco ocorrências pela Polícia Civil.
3. Referência utilizada para quantificar a droga: Cinquenta e duas ocorrências faziam menção a "trouxa", "pino", "pedra", "saco", "tablet"; seis ocorrências mencionaram "certa quantidade" e uma ocorrência utilizou quilograma como medida de referência.
4. Sexo do agente: Em cinquenta e uma ocorrências, o acusado foi do sexo masculino; em três ocorrências, o acusado era do sexo feminino; em três ocorrências, envolveram ambos os

sexos; e em duas ocorrências não envolveram acusados, foi apresentação de drogas apreendidas sem apresentar um suspeito.

5. Valores apreendidos: Vinte e uma ocorrências fizeram menção a valores apreendidos, e trinta e oito ocorrências não apresentaram valores.
6. Quanto à variedade de drogas apresentada: Dezenove ocorrências apresentaram somente um tipo de droga, dezessete ocorrências apresentaram dois tipos de drogas, e vinte e três ocorrências apresentaram três tipos de drogas.
7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: dez ocorrências foram de cocaína, sete ocorrências de maconha e duas ocorrências de crack.

**A partir da** análise dos dados, é possível confirmar alguns pontos já apresentados neste



trabalho. Observa-se uma predominância quanto ao local que originou a ocorrência, à instituição responsável por deflagrá-la e ao sexo do agente em determinadas ocorrências. Nesta pesquisa, a Polícia Militar é responsável pela grande maioria das ocorrências, sendo a via pública o local onde ocorrem as abordagens policiais, confirmando o enredo policial de abordagem decorrente de atitude suspeita, e o sexo masculino é predominante entre os envolvidos. Um ponto que chama atenção é que as mulheres figuraram como as únicas flagradas tentando entrar com drogas nas instituições prisionais.

Outro aspecto alarmante é a falta de objetividade relacionada ao relato quantitativo da droga apreendida. Surpreendentemente, das 59 ocorrências, somente uma utilizou a unidade de medida quilograma como parâmetro quantitativo das drogas. Nas demais ocorrências, são mencionadas outras características que não mensuram a quantidade de drogas, o que gera falta de objetividade. Por exemplo, 3 'trouxas' de maconha podem representar 3g ou 300g, e 3 pinos de cocaína podem representar 1g ou até 10g. É imprescindível para o enquadramento fático que a quantidade seja determinada com uma unidade de medida mensurável, respeitando o critério objetivo da quantidade.

Percebe-se uma relativização dos demais critérios objetivos quando a ocorrência envolve mais de uma droga ou quando as drogas estão porcionadas em recipientes comerciais. Isso fica evidente nos relatórios das ocorrências, pois constam características que sugerem um quantitativo imaginário, mas não reportam um peso específico. Por exemplo, em 6 ocorrências, menciona-se ?certa quantidade de drogas?. Outro ponto questionável é a relação entre as drogas e os valores apreendidos. Na maioria dos casos, não houve registro de valores, e nos poucos em que houve, apenas dois casos apresentaram valores acima de R\$ 200,00 (duzentos reais), o que sugere que esse critério não é observado.

17

Portanto, é possível concluir que, para o enquadramento fático no crime de tráfico na cidade de Salvador, durante o período analisado, as autoridades policiais utilizaram critérios relacionados à variedade da substância psicoativa, diversidade nos tipos de drogas, quantidade distribuída em embalagens porcionadas e circunstâncias da prisão. Nos casos em que houve uma única droga apreendida, as ocorrências mencionaram a quantidade em embalagens comerciais, como ?60 trouxas de maconha?, ?10 pedras de crack?, ?18 pinos de pó?, relativizando completamente a medida quantitativa associada ao peso.

Em outra análise, foram observados os mesmos sete quesitos das ocorrências que ensejaram os ADPF, como forma de analisar e comparar os critérios utilizados para determinar o procedimento em cada caso. Foram registradas 45 ocorrências associadas ao crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, que, conseqüentemente, culminaram em Termo Circunstanciado de Ocorrência, uma vez que a lei não prevê sanção penal para esse tipo de delito. Sendo assim, os seguintes dados foram extraídos:

1. Local onde originou o flagrante: trinta e nove ocorrências foram em via pública, duas ocorrências foram em instituto prisional, três ocorrências em eventos festivos e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: trinta e um ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, duas ocorrências pela Polícia Penal, duas ocorrências pela Guarda Municipal, 1 ocorrência por um cidadão e nove ocorrências pela Polícia Civil.



3. Referência utilizada para quantificar a droga: quarenta ocorrências faziam menção a 'trouxa', 'pino', 'pedra', 'saco', 'tablet', 'cigarro', cinco ocorrências mencionaram 'certa quantidade'.
  4. Sexo do agente: quarenta e duas ocorrências o acusado foi do sexo masculino, três ocorrências o acusado era do sexo feminino.
  5. Valores apreendidos: as quarenta e cinco ocorrências não apresentaram valores.
  6. Quanto a variedade de drogas apresentada: quarenta e uma ocorrências apresentaram somente 1 tipo de droga, quatro ocorrências apresentaram 2 tipos de drogas.
  7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: onze ocorrências foram de cocaína, vinte e cinco ocorrências de maconha, ocorrências de crack, duas ocorrências de ecstasy e uma ocorrência sem identificação. Ao analisar os dados apresentados, é possível observar a predominância da Polícia Militar na condução das ocorrências. No entanto, há um aumento na participação de outras forças policiais e até mesmo de cidadãos, como no caso específico de um pai que denunciou a
- 18

filha por estar sob efeito de drogas e ter fugido de casa, uma situação comum envolvendo familiares de dependentes químicos.

A via pública continua registrando o maior índice de apreensão, evidenciando a rotina de abordagem policial. As instituições prisionais retornam ao quadro estatístico, e as ocorrências ainda são predominantemente protagonizadas por mulheres, o que inclui as duas ocorrências apresentadas pela Polícia Penal, registrada nessa pesquisa.

No entanto, surge um novo cenário: os eventos festivos. As barreiras policiais colocadas nas entradas dos eventos resultaram em apreensões de drogas para uso pessoal, um ambiente que não havia sido mencionado na análise das ocorrências de tráfico. Não houve relato de valores apreendidos em conjunto com as drogas nesse cenário de usuários.

Os destaques estão relacionados aos tipos de droga e à referência quantitativa. Nos casos analisados, em quarenta ocorrências, foi mencionada uma referência imprecisa como critério quantitativo, como 'trouxa', 'cigarro', 'pino', 'pedra'; nas demais ocorrências, não há menção a nenhum quantitativo específico, sendo utilizada a expressão 'certa quantidade de drogas' para definir a quantidade. Quanto à diversidade de tipos de drogas, observa-se uma predominância nas ocorrências envolvendo um único tipo de substância entorpecente, havendo apenas quatro casos com dois tipos de drogas apreendidas. A maconha surge como a droga mais apreendida entre os usuários, seguida da cocaína. Também são encontradas drogas sintéticas, o que indica o uso recreativo de drogas nesse contexto de pesquisa.

A luz das pesquisas, é possível afirmar que os critérios objetivos são mitigados diante do caso concreto, uma vez que não são mensuradas as quantidades por meio de medida de peso para o correto enquadramento fático. Houve também uma relativização dos critérios associados ao tipo e à variedade da droga apreendida para determinar o procedimento adequado. Ou seja, houve casos em que a droga apreendida era considerada 'pesada', como o 'crack', havia mais de um tipo de droga na mesma ocorrência e foi enquadrada como crime de posse de droga para consumo pessoal. Por outro lado, em situações em que a ocorrência envolvia apenas um tipo de droga, como 'maconha', com baixo grau de reprovabilidade, foi enquadrada como tráfico. Sendo assim, a falta de critérios objetivos, como quantidade reportada em medida de



peso, diversidade de drogas e o peso atribuído à **reprovabilidade da conduta**, quando analisado o tipo de droga apreendida, corroboram para uma discricionariedade seletiva por parte das autoridades policiais, já bastante discutida ao longo deste trabalho. Esta pesquisa evidenciou que o documento originário do árduo Processo Penal, a ocorrência policial, não prevê nenhum tipo de formalidade quanto ao preenchimento dos critérios objetivos. O simples fato **de haver mais de uma** droga na apreensão, ou ter quantidade de porções expressivas segundo critério da

autoridade, é o bastante para um enquadramento mais grave da norma, criando uma extensão normativa in malam partem.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, o debate sobre a atuação policial no combate ao tráfico de drogas tem sido objeto de intensas discussões. Nesse contexto, esta pesquisa buscou analisar os padrões de atuação das autoridades policiais, os critérios utilizados para caracterizar os crimes de tráfico e posse para consumo pessoal, **bem como as** possíveis implicações desses procedimentos.

Ao longo da análise **dos dados**, foi evidenciada uma predominância da Polícia Militar nas ocorrências relacionadas ao tráfico de drogas, especialmente em abordagens realizadas em via pública. Regiões periféricas e comunidades vulneráveis são frequentemente alvo dessas ações, o que levanta questões sobre seletividade e discriminação racial.

Um ponto alarmante é **a falta de** critérios objetivos na mensuração das quantidades de drogas apreendidas. Muitas ocorrências mencionam termos imprecisos, como "trouxa" ou "certa quantidade", sem uma medida de peso específica. Isso abre margem para interpretações subjetivas por parte das autoridades, influenciando no enquadramento dos casos.

Além disso, a diversidade de tipos de drogas apreendidas também não é devidamente considerada nos procedimentos policiais. **A presença de mais de um** tipo de droga na apreensão muitas vezes resulta em consequências mais graves para o acusado, mesmo em casos de posse para consumo pessoal.

**A falta de** formalidade nos procedimentos policiais, especialmente **em relação ao** preenchimento das ocorrências, também foi observada. **A ausência de** critérios claros pode contribuir para decisões arbitrárias e desiguais, afetando principalmente jovens e comunidades marginalizadas.

Diante desses achados, torna-se evidente **a necessidade de** revisão dos critérios e práticas adotadas pelas autoridades policiais no combate ao tráfico de drogas. É fundamental promover uma atuação mais objetiva, equitativa e respeitosa aos direitos individuais, evitando a perpetuação de estigmas e injustiças.

Os resultados desta pesquisa destacam a urgência de repensar as políticas de segurança pública relacionadas ao combate às drogas. A atuação policial deve ser pautada por critérios claros e objetivos, garantindo a igualdade perante a lei e evitando discriminações baseadas em gênero, raça ou condição socioeconômica.

A discricionariedade observada nos procedimentos policiais, aliada **à falta de** formalidade e **à ausência de** critérios objetivos, representa um desafio para a efetividade e a

justiça **do sistema de** justiça criminal. É essencial promover uma abordagem que respeite os

direitos individuais e promova a segurança de forma mais eficaz e justa para toda a sociedade.

## 6 BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 89.

GOMES, Luiz Flavio et al. Lei de Drogas comentadas artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 02 mar. 2017.

ALVARENGA, R.; ROSANELI, C. F.; FERREIRA, A. A.; LIMA, C. B. de. Violência, guerra às drogas e racismo de estado no Brasil. Polis Revista Latinoamericana, v. 20, n. 60, p. 130-148, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2021-N60-1505>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GARAU, Marilha Gabriela R.; COSTA, Perla Alves Bendo de O. ?É posse para uso ou é tráfico??: um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06. Revista Brasileira de Sociologia e Direito, v. 7, n. 1, p. 70-95, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MORAES, Alexandre. Voto do Ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GORETE, Ana Maria de Oliveira; ANDRADE, Rafael de Brito; SILVA, Beatriz Santos da; SOUSA, Lucas Santana. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre a aplicação da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: USP,



2011.



=====

**Arquivo 1:** [TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)  
**Arquivo 2:** [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) (21695 termos)  
**Termos comuns:** 199  
**Similaridade:** 0,67%

**O texto abaixo é o conteúdo do documento** [TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)  
**Os termos em vermelho foram encontrados no documento**  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) (21695 termos)

=====

PÚBLICA  
A DISCRICIONARIEDADE E A INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI  
11.343/2006

Gilnei Calmon Costa<sup>1</sup>  
Orientador: Bruno Texeira Bahia<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo analisa qualitativamente a aplicação da Lei 11.343/06 no Brasil, focando nos artigos 28 e 33, que tratam do uso e tráfico de drogas. Destaca a discricionariiedade na interpretação desses artigos pelas autoridades policiais e judiciais e seus impactos sociais e no sistema de justiça. A pesquisa utiliza dados de ocorrências de tráfico de drogas e posse para consumo pessoal em Salvador, em dezembro de 2023, com base nos registros do Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal. Foram analisados 59 casos de Autos de Prisão em Flagrante (ADPFs) e 45 casos de Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs). Os resultados destacam a predominância da Polícia Militar, falta de objetividade na quantificação das drogas, discricionariiedade na interpretação dos casos e desafios na aplicação da legislação.

**PALAVRAS-CHAVES:** tráfico de drogas, posse para consumo pessoal, ocorrências policiais, quantificação de drogas, discricionariiedade, aplicação da lei.

**ABSTRACT:** This article qualitatively analyzes the application of Law 11.343/06 in Brazil, focusing on Articles 28 and 33, regarding drug use and trafficking. It highlights the discretion in interpreting these articles by police and judicial authorities and their social and justice system impacts. The research uses data on drug trafficking and possession in Salvador, December 2023, from the Institute of Public Security Statistics and Criminal Research. It analyzed 59 Arrests in Flagrante Delicto (ADPFs) and 45 Circumstantial Term of Occurrence (TCOs). Key points include occurrence location, responsible institution, reference weight for drug



quantification, agent gender, amounts seized, and drug types. Results highlight Military Police predominance, lack of objectivity in drug quantification, case interpretation discretion, and legal criteria relativization, indicating challenges in consistently applying drug-related legislation.

Keywords: drug trafficking, possession for personal use, police incidents, drug quantification, discretion, law enforcement.

SUMÁRIO: 1 A NORMA **E OS EFEITOS PENAIIS**. 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06. 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS. 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 Graduando em direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL) E-mail: gilnei.costa@ucsal.edu

2 Especialista em Ciências Criminais (UFBA). Mestre e Doutor em Ciência Sociais (FFCH-UFBA Advogado

Criminal, professor da UCSAL e Coordenador do Observatório de Violência Crime e Sociedade (OBVIO)- grupo de pesquisa (UCSAL) Integrante do Laboratório de Estudos Sobre Crime e Sociedade - LASSOS (UFBA),

Coordenador do Observatório de Violência, Crime e Sociedade. Atua na área de pesquisa empírica em Direito,

Fluxo de Justiça, Estudos Prisionais, Crime e Punição

1

## 1 A NORMA **E OS EFEITOS PENAIIS**

O presente trabalho tem como objetivo analisar como a falta de critérios objetivos quanto **a quantidade de drogas e as circunstâncias** da prisão impactam para a formação de uma discricionariedade na imputação dos artigos 283 e 334 da Lei 11.343/06 pelas autoridades policiais, ao classificar usuários e traficantes, observando, ainda, os efeitos do racismo estrutural e institucional.

Os artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006 exemplificam a diferenciação legal entre o uso pessoal e o tráfico de drogas. O artigo 28 trata do porte para consumo pessoal, especificando cinco condutas (adquirir, guardar, **ter em depósito**, transportar, trazer consigo) que, embora ilícitas, não acarretam pena de prisão. Por outro lado, o artigo 33 aborda o tráfico de drogas, abrangendo dezoito condutas relacionadas à produção, distribuição e comercialização de drogas, com penas severas que incluem reclusão de 5 a 15 **anos e multa**. A distinção entre usuário e traficante é fundamental para uma abordagem justa e eficaz na política de drogas, reconhecendo que usuários necessitam de apoio e tratamento, enquanto traficantes devem ser penalizados para coibir a disseminação de substâncias ilícitas.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a Lei 11.343/2006, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta do usuário de drogas, retirando o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal. Entretanto, continua sendo considerado um ilícito, um ato contrário ao Direito. Houve, portanto, uma descriminalização formal, mas não a legalização da droga (ou descriminalização substancial) (GOMES et al., 2007).



É possível concluir que a inserção da nova Lei de Drogas afastou a possibilidade de aplicar algum tipo de **de pena de prisão** às **condutas descritas no** tipo penal do art. 28. Isso ocorre porque, legalmente, no Brasil, "crime" é a infração penal punida **com reclusão ou detenção**, cabendo ao dispositivo em análise somente penalidades administrativas, como advertência, **prestação de serviços à comunidade** e comparecimento a programas educativos. Logo, esse dispositivo normativo **não pode ser definido como crime**, nem pode ser considerado uma contravenção penal. Ele constitui um novo modelo de infração, chamado por alguns doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci, Luiz Flávio Gomes e Renato Marcão, de "sui

3 **Art.28 da Lei 11.343/06**: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas **sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar** será submetido às seguintes penas.

4 **Art.33 da Lei 11.343/06**: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, **vender, expor à venda**, oferecer, **ter em depósito**, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, **entregar a consumo** ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, **sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar**: **Pena ? reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e** pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa  
2

generis", devido à sua característica híbrida. Consequentemente, não podemos atribuir ao usuário de drogas a alcunha de criminoso.

**As penas cominadas** se resumem a medidas educativas, compostas por advertência, **prestação de serviços à comunidade** e comparecimento a programas ou cursos educativos. Todas são voltadas para conscientizar os usuários sobre os efeitos das drogas, afastando o caráter penal e direcionando o problema para **a saúde pública**. O legislador, entendendo o caráter de dependência associado às drogas, deu tratamento normativo diferenciado ao usuário quanto à reincidência. É possível admitir que o usuário reincida na prática desse delito sem reduzir **os efeitos da** transação penal. Sendo **concedida a suspensão condicional**, independentemente do lapso temporal da infração anterior, diferenciando-se do que é estabelecido pelo Código Penal<sup>5</sup>.

O objeto jurídico do artigo 28 se estrutura em dupla interpretação normativa. Para o saudoso professor Luiz Flávio Gomes, a lei estabelece dois comandos: o primeiro é direcionado **ao agente, que** pode ser qualquer pessoa que cometa alguma dessas condutas **a qualquer tempo**, pois é proibido adquirir, guardar, **ter em depósito**, transportar ou trazer consigo droga, ainda que seja para consumo pessoal. O segundo comando está associado à consequência por ter violado o primeiro e é direcionado **à autoridade competente**. Uma vez praticada a conduta proibida, o juiz está obrigado a aplicar uma pena cominada, que, nesse caso, se limita a uma sanção administrativa (GOMES et al., 2007).



Como esse bem jurídico está tutelado pelo Direito Penal brasileiro, ainda que as sanções sejam restritamente administrativas, o juiz está obrigado a aplicá-las, sob pena de responder criminalmente ou administrativamente em caso de omissão. Toda norma penal tem como objetivo final a proteção de um bem jurídico, e aqui não seria diferente. O bem jurídico tutelado imediato é a **saúde pública**, e os mediatos são a **vida, a integridade física e psíquica** das pessoas. Esses constituem o rol de proteção **por parte do** Estado, que dispõe de suas instituições para salvaguardar esses bens jurídicos, sendo interesse do Estado coibir as ações lesivas contra esses bens.

A infração do artigo 28 é classificada como norma de perigo abstrato, lesiva aos interesses **da saúde pública** e à vida do próprio usuário, o que mitiga o princípio da ofensividade. Pois não oferece risco a uma vítima direta, sendo limitada a uma conduta infratora. Está

#### 5 Art. 64 - Para efeito de reincidência:

Inciso I- **Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação**

3

proibido qualquer pessoa adquirir, guardar, **ter em depósito**, transportar ou trazer consigo droga. Essas ações são condutas **que o agente** está proibido de praticar. **No caso do** artigo em análise, a conduta do agente já consuma o crime: ele inicia os atos executórios e instantaneamente consuma o crime. Para ser punido, ele precisa estar cometendo **o ato, não** sendo cabível a tentativa.

O objeto de controvérsias está na idoneidade lesiva da conduta, ou seja, se a droga apreendida em posse do agente infrator tem como finalidade o consumo pessoal. Isso nos remete ao cerne da discussão sobre a discricionariedade interpretativa da norma. Pois, **se não há** critérios objetivos para definir a finalidade da droga, é necessário aferir critérios subjetivos para obter a materialidade formal da conduta do agente.

Inicialmente, o primeiro critério analisado está relacionado ao objeto material da infração. O artigo 28 **da Lei 11.343/06** é considerado por Guilherme de Souza Nucci como uma infração sui generis e em branco. "Sui generis" porque não se trata de crime, nem tampouco de uma contravenção, e "em branco" porque ele considera a infração incompleta, uma vez que exige um complemento normativo ou valorativo, que, no caso em destaque, seria a lista de drogas e substâncias análogas fornecida pela Anvisa, vinculada ao Ministério da Saúde. Nesse caso, com esse complemento vindo do executivo, estaríamos diante de uma lei em branco heterogênea (ou heteróloga) (NUCCI, 2017).

Para iniciar a persecução penal, o Estado precisa atender o critério material da norma, ou seja, precisa provar que a droga apreendida em posse do agente consta no rol de substâncias proibidas pela Anvisa. Isso define o primeiro critério para materialidade formal. A partir da quantidade de droga apreendida, é possível aferir a sua finalidade. Obviamente, 1 tonelada de drogas apreendida **em poder de** um agente jamais poderá ser avaliada **com a finalidade de** consumo próprio. Os critérios objetivos facilitam o correto enquadramento da conduta. Já os critérios subjetivos dão margem para interpretações equivocadas e preconceituosas, culminando



em aberrações processuais e consolidando o racismo estrutural que impera nas instituições do Estado brasileiro.

A problemática se estabelece ao analisar **os critérios para** qualificação desse tipo penal.

O artigo 28 no seu parágrafo 2º 6, estabelece critérios para definição de usuário: ?Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade

6 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.

4

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?**.

A lei estabelece critérios relevantes para determinar se a droga era para consumo pessoal ou para traficância. **Ainda que não seja** clara a determinação quantitativa, algumas cifras se tornam indubitáveis. Entretanto, quando afastado o critério quantitativo, outras circunstâncias objetivas são apreciadas. A droga apreendida passa a ser relevante para aferir o desvalor da conduta, ou seja, se é cocaína, crack, maconha; as circunstâncias da apreensão, quanto ao local, se é zona típica de tráfico. Porém, o critério mais polêmico são os subjetivos. Analisar **o agente mediante** o seu quadro social é onde a lei se torna discricionária.

Para Guilherme de Souza Nucci, os critérios subjetivos destacados para a aplicação do artigo 28 da Lei 11.343/06 incluem as circunstâncias pessoais do agente, sua situação social e econômica, a quantidade e natureza da droga e a finalidade da posse (NUCCI, 2017). Esses critérios são fundamentais para assegurar uma diferenciação justa entre usuários e traficantes, promovendo uma abordagem equilibrada e proporcional no tratamento das questões relacionadas ao porte de drogas.

Os critérios relacionados às circunstâncias pessoais, situação social e econômica do agente, na maioria dos casos concretos, são relativizados em detrimento dos critérios objetivos e das circunstâncias da prisão. As regiões de comercialização de drogas são habitadas por indivíduos de baixa condição econômica e vulnerabilidade social. Logo, esse sujeito, quando flagrado com uma quantidade de drogas limítrofe, que pode ser associada ao consumo individual ou ao tráfico, e a droga acondicionada em recipiente com caráter comercial, somado ao fato de estar nas zonas de traficância, não tem os demais critérios apreciados, o que provoca uma inversão na finalidade da droga apreendida.

Por conseguinte, esses critérios dúbios **para a definição** do tipo penal protagonizam uma série de aberrações jurídicas. A falta de objetividade normativa impulsiona a interpretação equivocada das autoridades quanto ao tipo penal e está intimamente relacionada ao rumo processual. Como ficou demonstrado, a conduta do usuário tem tratamento específico na esfera penal, se aproximando de uma infração administrativa.

É notório um avanço no tratamento ao usuário de drogas a partir da análise do artigo 16 da Lei 6.368/76, revogada pela Lei 11.343/06. Esse instituto normativo previa **a pena de seis meses a dois anos** de detenção, contemplando a conduta da posse de drogas para consumo pessoal como criminosa, tratando esse fato como caso de polícia, formalizando a abertura **de**



**inquérito policial**, e conseqüentemente o oferecimento de denúncia **pelo Ministério Público**, o que gerava uma demonização social contra essa figura. O início do abrandamento dessa conduta

5

ocorreu com a promulgação da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), que passou a admitir **a suspensão condicional** do processo, conseqüentemente, a primeira despenalização da posse de drogas para consumo pessoal, **ainda que não** removesse o caráter criminoso da conduta. Mais adiante, com a chegada da Lei 10.259/2001, houve a concretização do conceito de infração de menor potencial para todos os delitos punidos com pena até dois anos, caracterizando o segundo passo para a despenalização do artigo 16 da Lei 6.378/76. Finalmente, para consolidar a tendência de despenalização, a promulgação da Lei 11.313/2006 passou a admitir como infração de menor potencial ofensivo todas as contravenções e delitos que cominassem pena máxima de até **dois anos**.

**Se**, por um lado, o legislador com a nova Lei de Tóxicos quis alterar o status de infração penal para *sui generis*?, elevando o usuário de drogas **à condição de** vítima, instituindo uma política de drogas construída sobre a ótica da redução de danos, desmitificando a beligerância social contra esse indivíduo e inserindo uma política de uso controlado, como o álcool, afastando-se do combate policial, extinguindo **a sanção penal** e dispensando tratamento de saúde pública ao tema.

Por outro lado, o novo dispositivo normativo endureceu o tratamento para com o traficante. A nova redação aumentou a pena inicial **para o crime de tráfico de** 3 anos para 5 anos, acresceu de 30 a 360 dias multa para 500 a 1500 dias multa, criou agravantes específicas **para o crime de** tráfico envolvendo crianças e adolescentes, endureceu as condições para **progressão de regime** para reincidentes, ampliou a possibilidade de confisco de bens adquiridos com o dinheiro do tráfico, atingindo as organizações criminosas voltadas **para a prática** desse crime, inclusive, punindo de forma mais gravosa os financiadores, entre outras mudanças. Essa discricionariedade extraída do parágrafo 2º do art. 28 torna-se o ponto nevrálgico da problemática, pois é uníssono entre os doutrinadores Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt que não cabe extensão subjetiva no Direito Penal quando as conseqüências jurídicas recaem sobre o bem jurídico liberdade. "**A aplicação da lei penal** deve ser restrita aos casos e pessoas que ela define claramente. A inclusão de sujeitos não mencionados na norma viola os princípios da legalidade e da segurança jurídica, pilares do Direito Penal moderno? (BITENCOURT, 2010).

## 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06

A Constituição Federal de 1988 instituiu a supremacia constitucional através do artigo 60, §4º, **com o objetivo de** garantir os direitos fundamentais. Segundo esse princípio, qualquer lei infraconstitucional que promova tratamento desigual entre os indivíduos deve ser afastada

6

do ordenamento jurídico. No entanto, mesmo quando essas leis causam efeitos devastadores para a população menos favorecida, majoritariamente negra, a impugnação dessa norma não colocou os direitos fundamentais no centro do debate. Isso permite que as autoridades do Estado mantenham práticas seletivas, como ocorre com a discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Durante o julgamento destinado a reduzir as distorções provocadas pela discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/067, observa-se um consenso entre os Ministros da Suprema Corte quanto às injustiças e aberrações jurídicas promovidas por essa norma para uma parte específica da população. No entanto, é notável a falta de atenção à questão da segregação racial. Ao impugnar a referida norma, através de recurso extraordinário e em tema de repercussão geral, **a defesa do** acusado alegou lesão ao princípio da intimidade e da vida privada sem fazer alusão à seletividade racial que a norma provoca. Isso demonstra o quanto a histórica democracia racial brasileira, como uma âncora, impede a elevação do debate sobre o tratamento jurídico desigual entre diferentes camadas sociais e raciais submetidas a abusos policiais.

Os ministros Gilmar Mendes<sup>8</sup> e Alexandre de Moraes<sup>9</sup>, em seus votos no julgamento que discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, reconhecem a seletividade normativa, como destaca o ministro Gilmar Mendes: "Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com **privação da liberdade**". E Alexandre de Moraes acrescenta: "É possível constatar que os jovens, em especial os negros (pretos e pardos), analfabetos são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas (maconha ou cocaína) do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior".

Os ministros apontam para a necessidade de estabelecer critérios objetivos para a subsunção da norma, pois entendem que há lacunas para arbitrariedade. Segundo eles, "a necessidade de equalizar uma quantidade média padrão como presunção relativa para

<sup>7</sup> <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>, acessado em 09/06/2024

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>, acessado em 15/11/2023

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre. Voto do ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>, acessado em: 15/11/2023

7

caracterizar e diferenciar o traficante do portador para uso próprio vai ao encontro do tratamento igualitário entre os diferentes grupos socioculturais, como medida de Justiça e Segurança Jurídica, diminuindo-se a discricionariedade das autoridades públicas?

A necessidade de previsão legal objetiva para conter as aberrações jurídicas protagonizadas pelo Sistema de Justiça torna-se imperiosa. Isso inclui a fixação de quantidades como critério, **a fim de** evitar a inversão do ônus da prova, ou seja, o usuário não precisaria comprovar **que não é** traficante, ao mesmo **tempo em que não se** produza impunidade ao traficante que se enquadra na quantidade e não é preso em flagrante.

O **Supremo Tribunal Federal** formou maioria sobre a necessidade de critérios objetivos

para o enquadramento da conduta **do crime de** tráfico. No presente momento, o processo está sob vista do Ministro André Mendonça. Ainda que essa convergência possa abolir a conduta criminosa apenas para o porte de maconha, é unânime entre os ministros que já votaram que a subjetividade normativa deixa lacunas interpretativas e consolida o racismo estrutural presente no Brasil. Portanto, o voto do ministro Moraes construiu a tese no sentido de não tipificar **o crime previsto** no artigo 28 da Lei 11343/06 para a substância "maconha" e fixar o critério objetivo para determinar **o agente que** adquire, guarda, **tem em depósito**, transporta ou traz consigo uma quantidade entre 25 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas.

A tese firmada não impede o enquadramento no crime de tráfico por quantidades inferiores à fixada. No entanto, determina que a autoridade judicial, de maneira fundamentada, justifique a conversão da **prisão em flagrante**, apontando obrigatoriamente os critérios caracterizadores do tráfico, tais como a forma de acondicionamento, diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, celulares com anotações de compra e venda, caderno de anotações, circunstâncias da apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico.

Com os critérios objetivos implementados **a partir do** julgamento **do Supremo Tribunal**, acreditamos que se formalizarão as balizas para conter a discricionariedade policial e dos operadores do direito, contaminados pelo racismo estrutural e pela política de guerra às drogas, **que revoga a** conduta do artigo 28 da Lei 11.343/06 para os jovens pretos, pobres e moradores de periferia. Ainda que passível de discricionariedade, a tese fixada possibilita fundamentar a prisão com porte menor do que os critérios objetivos, tendo como base os critérios subjetivos. Entretanto, a obrigatoriedade da fundamentação e a indicação dos critérios, diante do caso concreto, já promovem uma contenção na arbitrariedade.

Na contramão da maioria dos ministros da Suprema Corte e das políticas **de redução de** danos e de prevenção de riscos, implementadas por orientação da ONU (Organização das

8

Nações Unidas) e pelas legislações de outros países que despenalizam essa conduta e passaram a adotar medidas de saúde pública, houve um backlash (reação legislativa) que culminou na aprovação pela CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da PEC/45 **de 2023**, **que tem** por objetivo criminalizar o porte e **a posse de** substâncias entorpecentes, independentemente da quantidade.

### 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS

O presente capítulo visa analisar qualitativamente trabalhos acadêmicos e desenvolver métodos de pesquisa análogos, que consistem na interpretação de dados policiais e judiciais das instituições brasileiras a partir de relatórios oficiais em capitais do Brasil, tendo como ponto nevrálgico a discricionariedade do artigo 28 e 33 da Lei 11.343/06, os impactos sociais e para o sistema de justiça, e a eficácia dos critérios objetivos para determinação do enquadramento fático pelas autoridades.

Para analisarmos se há esse tipo de discricionariedade e se, nos casos concretos, esses institutos normativos são confundidos a ponto de resultar em um encarceramento em massa de uma parte específica da população, é necessário compreender os objetivos legislativos para distinguir as figuras do traficante e do usuário. Conforme demonstrado anteriormente, alguns



critérios objetivos são considerados **no momento da** ocorrência, a partir dessas análises estudaremos como cada critério é tratado nos casos concretos.

No entanto, a controvérsia surge a partir da interpretação pelas autoridades dos critérios subjetivos que definem o marco inicial do processo e que pode culminar em injustiça.

Observando a pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas', realizada por Gorete et al. (2011), que analisou 667 atos de **prisão em flagrante** na cidade de São Paulo **com o objetivo de** compreender o uso da prisão provisória **nos casos de tráfico de** drogas, é possível concluir que **a quantidade de** drogas apreendida **e as circunstâncias** da prisão, nos casos pesquisados, estão dentro de um patamar dúbio quanto aos critérios objetivos, o que provoca uma discricionariedade na subsunção da conduta do agente flagrado.

Tem-se que em 62,13% das ocorrências foram apreendidas até 100 gramas de drogas, e em 33,83% foram apreendidas mais de 100 gramas [...]. Verifica-se que, apesar de o dinheiro ser apontado como importante elemento **de prova da** traficância, em 33,08% das apreensões os presos não apresentavam **em seu poder** nenhum dinheiro. Em 12,43% dos casos havia presença de até R\$30,00, em 20,81% dos flagrantes as pessoas foram encontradas com valores entre mais de R\$30,00 a R\$100,00, e em 33,38% foram encontrados mais de R\$ 100,00.

[...] Verificou-se que em 48% dos casos a droga não foi apreendida junto ao acusado, ou seja, não estava ele portando ou escondendo a droga consigo. [...] 74% dos casos

9

contaram apenas com o testemunho dos policiais que realizaram a apreensão do acusado, não estando presente nenhuma outra testemunha civil. [...] a frequência de confissão cai para aproximadamente 11%, sendo que cerca de 48% dos acusados permaneceram calados quando interrogados pelo delegado e 41% negaram a prática delituosa.

[...]Dentre os 52% de acusados que fazem alguma declaração na delegacia, tem-se que 30,66% deles afirmaram ser usuários de drogas, 28% disseram ter sofrido flagrante forjado e 21% negaram a propriedade da droga, disseram não serem donos dos entorpecentes encontrados [...] apenas 15% dos autos pesquisados apresentaram a foto da droga apreendida[...].

[...]Importante ressaltar que, apesar **de a Lei** de Drogas prever diversos tipos penais, houve pouca variação na classificação dada pelo delegado. Cerca de 76% dos casos foram enquadrados apenas no artigo 33, caput da lei 11.343/2006. Em cerca de 11% dos casos a classificação foi realizada combinada com outros delitos (porte de arma, **corrupção de menores** etc). Em quase 10% deles foram reunidos os artigos artigo 34 e 35, caput da Lei 11.343/2006, que dizem respeito ao maquinário, aparelhos para fabricação, produção da droga e à associação criminosa para **cometer o crime**, respectivamente[...]? (GORETE et al., 2011).

Os dados revelados pela pesquisa evidenciam que os critérios objetivos mais evidentes, relacionados à circunstância da prisão, o dinheiro apreendido e **a quantidade de** drogas apreendidas, não fornecem uma carga probatória valorativa para definir **se o agente** estava cometendo **o crime de** tráfico ou se estava na condição de usuário. Conseqüentemente, os critérios subjetivos tornam-se protagonistas na determinação da conduta adequada, aguçando a



discricionariedade e afetando a própria autoridade policial.

Conforme destacado por Gorete et al. (2011), no âmbito da pesquisa mencionada, que teve como foco analisar extensivamente a perspectiva dos operadores do sistema de justiça criminal à luz dos casos concretos, trazendo no bojo do estudo a experiência dos operadores do direito, em uma passagem do texto se extra:

“Alguns delegados disseram ter tido, em alguns casos, dúvidas no momento da diferenciação entre traficante e usuário e na respectiva classificação do delito envolvendo drogas. Perguntou-se o que eles faziam nessas situações. Alguns delegados responderam que preferiam liberar o acusado e abriam inquérito policial para apurar o caso, outros disseram que mantinham o suspeito preso [...]” (GORETE et al., 2011)

Esse fato corrobora para uma triste realidade, consagrando o Brasil no topo dos países com as maiores populações carcerária do mundo, indubitavelmente, a falta de objetividade no enquadramento das condutas referentes aos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06 permite esse avanço da população carcerária, pois sem critérios objetivos, as anomalias judiciais quanto ao enquadramento fático se tornam recorrentes e inevitáveis, como evidencia Alvarenga et al (2021): “a falta de critério para distinguir entre usuários e traficantes contribuiu significativamente para aumentar exponencialmente o número de pessoas presas nos últimos anos. Segundo o próprio Infopen, em 2006 tínhamos 47 mil presos por crimes de drogas (14% 10

do total). Em 2013 passaram a 138 mil (1 em cada 4 presos), já em 2016 o número alcançou o total de 156.749 mil pessoas?”.

Em outra análise, o trabalho das pesquisadoras Marilha Gabriela R. Garau e Perla Alves Bendo de O. Costa, apresentado no artigo “É posse para uso ou é tráfico? Um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06?”, publicado na Revista Brasileira de Sociologia e Direito, é de suma importância para o objeto deste trabalho. O artigo busca compreender os critérios discricionários relacionados à distinção entre traficante e usuário de drogas a partir da análise dos policiais militares, que são os responsáveis pela maioria dos registros das ocorrências policiais envolvendo esse tipo de delito. Conforme Garau e Costa (2020), “a análise dos critérios discricionários utilizados pelos policiais militares no registro de ocorrências envolvendo drogas é fundamental para compreender a distinção entre traficante e usuário” (GARAU; COSTA, 2020)

Analisando a obra supracitada, é possível concluir que o policial militar, que figura como ponto de partida na maioria das ocorrências envolvendo o crime de tráfico de drogas, pratica o primeiro ato discricionário na avaliação do enquadramento fático. Essa figura, por atuar na ponta da lança da repressão estatal a esse tipo de delito, é o responsável por promover a seletividade em relação à formalização do caso. É ele quem vai determinar se a quantidade de droga apreendida é passível de flagrante, se as circunstâncias da abordagem policial por atitude suspeita são passíveis de determinar que a atuação do indivíduo apreendido ostentava estado de traficância, se a droga é leve ou pesada, dentre outros critérios subjetivos intrínsecos ao racismo estrutural.

Essa avaliação perpassa os critérios intraprocessuais e se estende às particularidades administrativas e pessoais, que incluem avaliar se a autoridade policial de plantão coaduna com



o entendimento do policial militar que fará a denúncia, o tempo de aguardo para produção da ocorrência, as reiteradas idas ao fórum para prestar depoimento no curso do processo, se a viatura em que ele está trabalhando no patrulhamento tem ar-condicionado, o que definiria se ele aguardará a ocorrência na delegacia ou continuará no patrulhamento de rua sem ar-condicionado, entre outras.

?Haveria, portanto, um filtro anterior ao ingresso de determinado fato no sistema penal brasileiro enquanto tráfico ou uso. Isso porque, flagrar determinado sujeito na posse de entorpecentes pode não significar sua condução e entrada no sistema de justiça criminal. Assim como, flagrá-lo sem qualquer droga pode ensejar na sua condução à Delegacia. O policial militar pode não executar o flagrante, seja por conta de negociação ou por acreditar que os fatos não seriam suficientes para levar à uma condenação do indivíduo como traficantes. De igual modo, o policial pode conduzir a ocorrência no sentido de atribuir-lhe um contexto específico, ainda que os elementos

11

de prova também não sejam suficientes para ensejar a condenação do sujeito, desde que o contexto fático da ocorrência possa sustentar o argumento de tráfico.

alguns delegados já teriam uma quantidade específica pré-fixada para enquadrar um fato com flagrante de tráfico de drogas. Se o delegado de plantão da delegacia responsável pelo registro do fato fosse um delegado que consideraria a quantidade ínfima era mais vantajoso resolver a situação no local e liberar o flagrante depois de ?levantar um trocado qualquer? (GARAU; COSTA, 2020)

A partir das análises dessas pesquisas, que examinaram aspectos do cotidiano das instituições brasileiras, é possível traçar um roteiro que evidencia a discricionariedade da Lei 11.343/06. Inicialmente, essa discricionariedade é exercida pela polícia ostensiva, que na maioria dos casos é a primeira a entrar em contato com o agente flagrado em posse de drogas. Em seguida, cabe à autoridade policial decidir se lavrará o flagrante ou não, com base nas provas e nos relatos apresentados. Uma vez convencida, a autoridade policial lavra o flagrante e o agente é submetido à audiência de custódia, momento em que o judiciário tem o primeiro contato com as provas e com o acusado.

É nesse momento que a seletividade racial prepondera. O último passo, aquele que deveria servir como barreira para a injustiça, equivocadamente, inverte o ônus da prova e submete ao réu a capacidade de provar que não estava cometendo o crime de tráfico. Essa inversão processual é responsável pelo encarceramento em massa, como argumenta o excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no julgado que discute a constitucionalidade do artigo 28 da lei em questão: essa prática é incompatível com a presunção de inocência, destacando que a acusação deve provar que a posse de drogas não era para consumo pessoal, e que a avaliação deve ser cuidadosa, especialmente em casos limítrofes.

Além disso, ele critica o uso do princípio 'in dubio pro societate' para justificar prisões preventivas, afirmando que, mesmo nesta fase, a defesa não deve ser obrigada a provar a inocência, e que o mínimo necessário para a prisão preventiva é a preponderância da prova. O ministro também ressalta a importância de um juiz neutro e desinteressado na avaliação das circunstâncias do flagrante, contrapondo-se à visão de policiais diretamente envolvidos na acusação.



A visão evidenciada no voto do Ministro Gilmar Mendes converge com o encontrado na pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas' (Gorete et al., 2011). A prisão provisória assume destaque na tramitação dos processos relacionados ao tráfico de drogas. Na análise dos casos concretos, o estudo apontou que 88,64% dos acusados em flagrante são mantidos presos. No caso da cidade de São Paulo, a competência das prisões em flagrante é do DIPO (Departamento de Inquérito Policial), e os juízes que fazem parte desse órgão estabeleceram um padrão para justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória.

12

?No âmbito da ciência do flagrante, antes de qualquer provocação da defesa, em atenção à Resolução nº 87, de 15/09/2009, do E. Conselho Nacional de Justiça, passo a decidir. Uma vez presente hipótese de flagrante delito, estando o auto de prisão formalmente em ordem, não vislumbrando nenhuma ilegalidade evidente na constrição ordenada, não há, por ora, razões para se determinar o relaxamento da prisão em flagrante.

De outro lado, à míngua de comprovação, desde logo, da satisfação de todos os requisitos legais ensejados da liberdade provisória, e porque ausente, dentre outros, demonstração de vínculo do auto do fato com o distrito da culpa, não é o caso de concessão de liberdade provisória de ofício.

No mais, mantida a prisão, regulamente comunicada, aguarde-se a vinda dos autos principais. Decorrido o prazo legal, cobre-se, assinalando prazo de 24h para atendimento. Ciência ao MP.? (GORETE et al., 2011)

Esses relatos reforçam o entendimento já demonstrado ao longo deste trabalho sobre como a falta de critérios objetivos da Lei 11.343/06 contribui para o encarceramento em massa e para diversos casos de injustiça. Além disso, evidenciam o quadro analisado pela pesquisa. Os pesquisadores selecionaram dois casos concretos para acompanhar o rito processual, mostrando como a discricionariedade na aplicação da lei afeta diretamente a vida dos envolvidos. Esse cenário destaca a importância de se repensar a legislação atual e buscar critérios mais claros e justos para distinguir entre usuário e traficante, conforme discutido anteriormente.

No primeiro caso, um homem de 30 anos, desempregado e morador de rua, foi preso com 8,5 g de maconha e R\$ 20,00. Ele negou a traficância, afirmando ser usuário de drogas, mas foi enquadrado no artigo 33 da Lei 11.343/06 e condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado. No segundo caso, dois jovens de 19 e 25 anos, com perfil socioeconômico mais favorecido, foram abordados com 475,2 g de maconha e uma balança de precisão. Ambos foram enquadrados no mesmo artigo, mas tiveram a liberdade provisória concedida pelo juiz, que considerou a quantidade de droga compatível com o consumo pessoal.

Os casos destacam como critérios objetivos distintos podem levar a desfechos processuais contraditórios. No primeiro caso, a falta de residência fixa e os antecedentes criminais resultaram na manutenção da prisão e na severidade da pena. No segundo, os bons antecedentes, a residência fixa e a possibilidade de contratação de advogados particulares contribuíram para a concessão da liberdade provisória. Essas diferenças refletem uma discrepância social que impacta diretamente as decisões judiciais e a aplicação das garantias constitucionais.



São garantias que deveriam estar ao alcance de qualquer cidadão, uma vez que todos são iguais perante a lei. Contudo, na prática, o racismo estrutural está enraizado nas instituições brasileiras. Embora a pesquisa em análise não tenha coletado dados científicos para chegar a essa conclusão, as narrativas são esclarecedoras, o que nos leva a acreditar que a

13

discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/06, além de promover uma seletividade racial quanto ao indivíduo que poderá ser enquadrado nele, acelera o encarceramento em massa da população negra e desfavorecida. Há uma relação convergente entre o crescente número da população carcerária nos últimos anos, após a promulgação da lei, e as mortes decorrentes de intervenções policiais (MDIP).

?[...] Os dados não nos deixam mentir: houve crescimento de 0,9% na taxa de pessoas privadas **de liberdade**; em números absolutos, estamos falando de 832.295 pessoas com a sua liberdade cerceada e sob a tutela do Estado. O cenário mudou muito pouco: são jovens de até 29 anos (43,1% da população carcerária), negros (68,2%), o mesmo perfil das vítimas majoritárias de Mortes Violentas Intencionais[...]

Os dados que permitem construir o perfil das vítimas da letalidade policial mantêm são faceta evidente e consolidada historicamente do racismo que estrutura a sociedade brasileira. 83% dos mortos pela polícia em 2022 no Brasil eram negros, 76% tinham entre 12 e 29 anos. Jovens negros, majoritariamente pobres e residentes das periferias seguem sendo alvo preferencial da letalidade policial e, em resposta a sua vulnerabilidade, diversos estados seguem investindo no legado de modelos de policiamento que os tornam menos seguros e capazes de acessar os direitos civis fundamentais à não-discriminação e à vida. O dado sobre local de ocorrência revela a prevalência (68,1%) dos espaços públicos como de maior frequência das ocorrências de MDIP, ao passo que, residências das vítimas e outros tipos de local somam juntos um terço das ocorrências, ou seja, 1/6 das vítimas de letalidade policial foi morta dentro de casa.? (FBSP, 2023)

Atualmente, a política nacional de combate às drogas imprime um aspecto paradoxal, focando na ação beligerante das forças policiais que atinge predominantemente a comunidade jovem, negra e pobre do país. Essa população é vulnerável à cooptação pelas facções criminosas, cada vez mais atuantes e presentes nessa parcela da sociedade. Conforme Alvarenga et al. (2021) destacam, "enquanto a era da sociedade capitalista industrial fez surgir os exércitos industriais de reserva à espera de uma oportunidade de inserção no mundo legal do trabalho, o capitalismo globalizado e tecnológico fez expandir os exércitos ilegais do narcotráfico, cuja condição pode ser aproveitada como matéria-prima à indústria do controle do crime. Sob este ponto de vista, os presídios brasileiros atestam a expansão do encarceramento no país, cuja relação crime, pobreza e cor da pele assume contornos dramáticos, merecendo destaque o comércio ilegal de substâncias psicoativas."

O fenômeno que pode ser observado à luz dessas pesquisas se divide em duas vertentes que, mais à frente, se entrelaçam. Uma está associada ao crescente número de mortes decorrentes de intervenção policial. Como demonstrado, essas mortes acontecem, em sua grande maioria, em zonas de conflito, regiões definidas pelo Estado como suscetíveis ao crime. Na prática, são regiões periféricas onde jovens são cooptados **por organizações criminosas** para



comercializar drogas como meio de enriquecimento e geração de riqueza. Como reflete Alvarenga et al. (2021): ?Ao analisar os dados estatísticos da violência relacionada à questão

14

das drogas e da sua consequência enquanto política de encarceramento e de extermínio, é possível observar a prevalência de um grupo específico de pessoas que são alvos para o sistema penal, justamente os jovens negros da periferia.

A outra vertente está relacionada ao estado de beligerância deflagrado pelo Estado. Os policiais de patrulhamento ostensivo realizam incursões rotineiras nessas regiões, sitiadas por organizações criminosas, para combater o crime de tráfico de drogas. Como demonstrado, esse agente do Estado figura como o precursor do processo penal para a grande maioria dos crimes de tráfico de drogas. Nele se concentra a discricionariedade material; é ele que vai determinar se o caso será conduzido a uma autoridade policial ou não, e será do depoimento dele que se extrairá a carga probatória para formalizar a denúncia, tornando-se figura imprescindível na produção desses alarmantes números da população carcerária.

Ciente da importância do seu papel na engrenagem processual nos crimes de tráfico e na manutenção do estado de guerra fomentado pelo Estado, esses agentes sabem que, para as pessoas inseridas nesse cotidiano, não cabe interpretação normativa favorável. A apreensão de drogas nessas zonas de conflito sempre estará relacionada ao tráfico de drogas, por um motivo posteriormente protetivo para eles. Essas incursões, por sua natureza, são violentas e raramente não vitimizam alguém. Como o sujeito que habita aquela região tem um estereótipo definido, e há, por parte das instituições estatais, um apoio a esse modelo repressivo, uma espécie de salvo-conduto foi criado para amparar esses agentes.

A conduta desses agentes é legitimada quando a morte decorrente de intervenção policial vitimiza um jovem negro com antecedentes criminais relacionados ao tráfico de drogas. É neste ponto que as vertentes se entrelaçam: até então, elas caminhavam paralelamente, uma vez que os números de mortes por intervenção policial e de encarceramento só crescem. No entanto, elas se cruzam em torno do mesmo agente que atua na linha de frente da política de opressão ao tráfico de drogas.

Portanto, o negro morador da favela, pobre e inserido na zona de conflito do estado de sítio criado pelas forças policiais para combater o tráfico de drogas, torna-se um alvo fácil da discricionariedade legislativa, não lhe sendo concedido um enquadramento mais brando da conduta, ainda que seja o correto. Assim, o artigo 28 da Lei 11.343/06 está tacitamente revogado pelas autoridades policiais nas condutas praticadas nessas localidades e para esse público.

#### 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS

Para encarar a problemática em questão, a pesquisa fará análise dos boletins de ocorrência registrados na cidade de Salvador durante o período de dezembro do ano de 2023.

15

Foram coletados todos os BOs (Boletins de Ocorrência) relacionados aos crimes do artigo 33 e do artigo 28 da Lei 11.343/06. A partir dos relatos das ocorrências, foram obtidas as seguintes informações: quem apresentou a ocorrência, referências de medidas para quantificação da droga apreendida, tipos de drogas apreendidas, sexo do agente flagrado, local da apreensão. Busca-se compreender como esses critérios foram utilizados para definir a subsunção da norma ao caso

concreto.

Para obter os dados relacionados a essa pesquisa, o orientando foi ao Departamento de Polícia Técnica, no Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal, localizado no bairro dos Barris, no complexo do Instituto Médico Legal, na cidade de Salvador. Preencheu um formulário eletrônico com os dados pessoais, informou os dados que gostaria de obter e a finalidade. Após três semanas, recebeu os dados solicitados no e-mail pessoal, através de duas planilhas em Excel.

Uma planilha continha os dados relacionados aos TCOs (Termos Circunstanciados de Ocorrência) e a outra os ADPFs (Autos de **Prisão em Flagrante**). Foram registradas 59 ocorrências que resultaram em flagrante por tráfico de drogas e 45 que resultaram em TCO. As informações são separadas por colunas que contêm diversas informações, como número da ocorrência, local do fato, hora e data, origem do procedimento, relato do fato, tipo do local do fato, entre outras. Na coluna associada ao relato do fato, consta a descrição oficial do agente que fez a ocorrência. Dessa coluna, foram extraídas informações como quantidade e tipo de droga apreendida e a instituição que fez a ocorrência.

Inicialmente, vamos analisar a planilha dos ADPF. **A partir do** número da ocorrência, separamos caso a caso e passamos a analisar sete pontos: local da ocorrência, instituição que apresentou a ocorrência, referência de peso utilizada para quantificar a droga, sexo do acusado, valores apreendidos juntos com a droga, diversidade quanto ao tipo de droga e quais drogas foram apreendidas nas ocorrências que apresentaram um único tipo:

1. Local onde originou o flagrante: Cinquenta e quatro ocorrências foram em via pública, quatro ocorrências foram em instituto prisional e uma ocorrência em residência.
  2. Instituição que apresentou a ocorrência: Cinquenta ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, quatro ocorrências pela Polícia Penal e cinco ocorrências pela Polícia Civil.
  3. Referência utilizada para quantificar a droga: Cinquenta e duas ocorrências faziam menção a "trouxa", "pino", "pedra", "saco", "tablet"; seis ocorrências mencionaram "certa quantidade" e uma ocorrência utilizou quilograma como medida de referência.
  4. Sexo do agente: Em cinquenta e uma ocorrências, o acusado foi do sexo masculino; em três ocorrências, o acusado era **do sexo feminino**; em três ocorrências, envolveram ambos os
- 16

sexos; e em duas ocorrências não envolveram acusados, foi apresentação de drogas apreendidas sem apresentar um suspeito.

5. Valores apreendidos: Vinte e uma ocorrências fizeram menção a valores apreendidos, e trinta e oito ocorrências não apresentaram valores.
6. Quanto à variedade de drogas apresentada: Dezenove ocorrências apresentaram somente um tipo de droga, dezessete ocorrências apresentaram dois tipos de drogas, e vinte e três ocorrências apresentaram três tipos de drogas.
7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: dez ocorrências foram de cocaína, sete ocorrências de maconha e duas ocorrências de crack.

A partir da análise dos dados, é possível confirmar alguns pontos já apresentados neste trabalho. Observa-se uma predominância quanto ao local que originou a ocorrência, à instituição responsável por deflagrá-la e ao sexo do agente em determinadas ocorrências. Nesta

pesquisa, a Polícia Militar é responsável pela grande maioria das ocorrências, sendo a via pública o local onde ocorrem as abordagens policiais, confirmando o enredo policial de abordagem decorrente de atitude suspeita, e o sexo masculino é predominante entre os envolvidos. Um ponto que chama atenção é que as mulheres figuraram como as únicas flagradas tentando entrar com drogas nas instituições prisionais.

Outro aspecto alarmante é a falta de objetividade relacionada ao relato quantitativo da droga apreendida. Surpreendentemente, das 59 ocorrências, somente uma utilizou a unidade de medida quilograma como parâmetro quantitativo das drogas. Nas demais ocorrências, são mencionadas outras características que não mensuram a quantidade de drogas, o que gera falta de objetividade. Por exemplo, 3 'trouxas' de maconha podem representar 3g ou 300g, e 3 pinos de cocaína podem representar 1g ou até 10g. É imprescindível para o enquadramento fático que a quantidade seja determinada com uma unidade de medida mensurável, respeitando o critério objetivo da quantidade.

Percebe-se uma relativização dos demais critérios objetivos quando a ocorrência envolve mais de uma droga ou quando as drogas estão porcionadas em recipientes comerciais. Isso fica evidente nos relatórios das ocorrências, pois constam características que sugerem um quantitativo imaginário, mas não reportam um peso específico. Por exemplo, em 6 ocorrências, menciona-se 'certa quantidade de drogas'. Outro ponto questionável é a relação entre as drogas e os valores apreendidos. Na maioria dos casos, não houve registro de valores, e nos poucos em que houve, apenas dois casos apresentaram valores acima de R\$ 200,00 (duzentos reais), o que sugere que esse critério não é observado.

17

Portanto, é possível concluir que, para o enquadramento fático no crime de tráfico na cidade de Salvador, durante o período analisado, as autoridades policiais utilizaram critérios relacionados à variedade da substância psicoativa, diversidade nos tipos de drogas, quantidade distribuída em embalagens porcionadas e circunstâncias da prisão. Nos casos em que houve uma única droga apreendida, as ocorrências mencionaram a quantidade em embalagens comerciais, como '60 trouxas de maconha', '10 pedras de crack', '18 pinos de pó', relativizando completamente a medida quantitativa associada ao peso.

Em outra análise, foram observados os mesmos sete quesitos das ocorrências que ensejaram os ADPF, como forma de analisar e comparar os critérios utilizados para determinar o procedimento em cada caso. Foram registradas 45 ocorrências associadas ao crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, que, conseqüentemente, culminaram em Termo Circunstanciado de Ocorrência, uma vez que a lei não prevê sanção penal para esse tipo de delito. Sendo assim, os seguintes dados foram extraídos:

1. Local onde originou o flagrante: trinta e nove ocorrências foram em via pública, duas ocorrências foram em instituto prisional, três ocorrências em eventos festivos e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: trinta e um ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, duas ocorrências pela Polícia Penal, duas ocorrências pela Guarda Municipal, 1 ocorrência por um cidadão e nove ocorrências pela Polícia Civil.
3. Referência utilizada para quantificar a droga: quarenta ocorrências faziam menção a 'trouxa', 'pino', 'pedra', 'saco', 'tablet', 'cigarro', cinco ocorrências mencionaram 'certa



quantidade?.

4. Sexo do agente: quarenta e duas ocorrências o acusado foi do sexo masculino, três ocorrências o acusado era **do sexo feminino**.
  5. Valores apreendidos: as quarenta e cinco ocorrências não apresentaram valores.
  6. Quanto a variedade de drogas apresentada: quarenta e uma ocorrências apresentaram somente 1 tipo de droga, quatro ocorrências apresentaram 2 tipos de drogas.
  7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: onze ocorrências foram de cocaína, vinte e cinco ocorrências de maconha, ocorrências de crack, duas ocorrências de ecstasy e uma ocorrência sem identificação.
- Ao analisar os dados apresentados, é possível observar a predominância da Polícia Militar na condução das ocorrências. No entanto, há um aumento na participação de outras forças policiais e até mesmo de cidadãos, **como no caso** específico de um pai que denunciou a
- 18

filha por estar sob efeito de drogas e ter fugido de casa, uma situação comum envolvendo familiares de dependentes químicos.

A via pública continua registrando o maior índice de apreensão, evidenciando a rotina de abordagem policial. As instituições prisionais retornam ao quadro estatístico, e as ocorrências ainda são predominantemente protagonizadas por mulheres, o que inclui as duas ocorrências apresentadas pela Polícia Penal, registrada nessa pesquisa.

No entanto, surge um novo cenário: os eventos festivos. As barreiras policiais colocadas nas entradas dos eventos resultaram em apreensões de drogas para uso pessoal, um ambiente que não havia sido mencionado na análise das ocorrências de tráfico. Não houve relato de valores apreendidos em conjunto com as drogas nesse cenário de usuários.

Os destaques estão relacionados aos tipos de droga e à referência quantitativa. Nos casos analisados, em quarenta ocorrências, foi mencionada uma referência imprecisa como critério quantitativo, como 'trouxa', 'cigarro', 'pino', 'pedra'; nas demais ocorrências, não há menção a nenhum quantitativo específico, sendo utilizada a expressão 'certa quantidade de drogas' para definir a quantidade. Quanto à diversidade de tipos de drogas, observa-se uma predominância nas ocorrências envolvendo um único tipo de substância entorpecente, havendo apenas quatro casos com dois tipos de drogas apreendidas. A maconha surge como a droga mais apreendida entre os usuários, seguida da cocaína. Também são encontradas drogas sintéticas, o que indica o uso recreativo de drogas nesse contexto de pesquisa.

A luz das pesquisas, é possível afirmar que os critérios objetivos são mitigados diante do caso concreto, uma vez que não são mensuradas as quantidades **por meio de** medida de peso para o correto enquadramento fático. Houve também uma relativização dos critérios associados ao tipo e à variedade da droga apreendida para determinar o procedimento adequado. Ou seja, houve **casos em que a** droga apreendida era considerada 'pesada', como o 'crack?', havia **mais de um** tipo de droga na mesma ocorrência e foi enquadrada como crime de posse de droga para consumo pessoal. Por outro lado, em situações **em que a** ocorrência envolvia apenas um tipo de droga, como 'maconha', com baixo grau de reprovabilidade, foi enquadrada como tráfico. Sendo assim, a falta de critérios objetivos, como quantidade reportada em medida de peso, diversidade de drogas e o peso atribuído à reprovabilidade da conduta, quando analisado o tipo de droga apreendida, corroboram para uma discricionariedade seletiva por parte das



autoridades policiais, já bastante discutida ao longo deste trabalho. Esta pesquisa evidenciou que o documento originário do árduo Processo Penal, a ocorrência policial, não prevê nenhum tipo de formalidade quanto ao preenchimento dos critérios objetivos. O simples fato de haver **mais de uma** droga na apreensão, ou ter quantidade de porções expressivas segundo critério da

19

autoridade, é o bastante para um enquadramento mais grave da norma, criando uma extensão normativa in malam partem.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, o debate sobre a atuação policial no combate ao tráfico de drogas tem sido objeto de intensas discussões. Nesse contexto, esta pesquisa buscou analisar os padrões de atuação das autoridades policiais, os critérios utilizados para caracterizar **os crimes de** tráfico e posse para consumo **pessoal, bem como as** possíveis implicações desses procedimentos.

Ao longo da análise dos dados, foi evidenciada uma predominância da Polícia Militar nas ocorrências relacionadas ao tráfico de drogas, especialmente em abordagens realizadas em via pública. Regiões periféricas e comunidades vulneráveis são frequentemente alvo dessas ações, o que levanta questões sobre seletividade e discriminação racial.

Um ponto alarmante é a falta de critérios objetivos na mensuração das quantidades de drogas apreendidas. Muitas ocorrências mencionam termos imprecisos, como "trouxa" ou "certa quantidade", sem uma medida de peso específica. Isso abre margem para interpretações subjetivas por parte das autoridades, influenciando no enquadramento dos casos.

Além disso, a diversidade de tipos de drogas apreendidas também não é devidamente considerada nos procedimentos policiais. A presença **de mais de um** tipo de droga na apreensão muitas vezes resulta em consequências mais graves para o acusado, mesmo em casos de posse para consumo pessoal.

A falta de formalidade nos procedimentos policiais, especialmente **em relação ao** preenchimento das ocorrências, também foi observada. A ausência de critérios claros pode contribuir para decisões arbitrárias e desiguais, afetando principalmente jovens e comunidades marginalizadas.

Diante desses achados, torna-se evidente a necessidade de revisão dos critérios e práticas adotadas pelas autoridades policiais no combate ao tráfico de drogas. É fundamental promover uma atuação mais objetiva, equitativa e respeitosa aos direitos individuais, evitando a perpetuação de estigmas e injustiças.

Os resultados desta pesquisa destacam a urgência de repensar as políticas **de segurança pública** relacionadas ao combate às drogas. A atuação policial deve ser pautada por critérios claros e objetivos, garantindo a igualdade perante a lei e evitando discriminações baseadas em gênero, raça ou condição socioeconômica.

A discricionariedade observada nos procedimentos policiais, aliada à falta de formalidade e à ausência de critérios objetivos, representa um desafio para a efetividade e a

20

justiça do sistema de justiça criminal. É essencial promover uma abordagem que respeite os direitos individuais e promova **a segurança de** forma mais eficaz e justa para toda a sociedade.

## 6 BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 89.

GOMES, Luiz Flavio et al. Lei de Drogas comentadas artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 02 mar. 2017.

ALVARENGA, R.; ROSANELI, C. F.; FERREIRA, A. A.; LIMA, C. B. de. Violência, guerra às drogas e racismo de estado no Brasil. Polis Revista Latinoamericana, v. 20, n. 60, p. 130-148, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2021-N60-1505>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GARAU, Marilha Gabriela R.; COSTA, Perla Alves Bendo **de O. ?É posse para uso ou é tráfico??**: um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06. Revista Brasileira de Sociologia e Direito, v. 7, n. 1, p. 70-95, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO **DE SEGURANÇA PÚBLICA**. 17º Anuário Brasileiro **de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro **de Segurança Pública**, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MORAES, Alexandre. Voto do Ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GORETE, Ana Maria de Oliveira; ANDRADE, Rafael de Brito; SILVA, Beatriz Santos da; SOUSA, Lucas Santana. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre **a aplicação da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas** na cidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2011.



=====

**Arquivo 1:** [TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)  
**Arquivo 2:** <https://www.incb.org/incb/en/news/press-releases/2024/the-role-of-the-internet-in-drug-trafficking-and-drug-use-is-highlighted-in-the-international-narcotics-control-board-annual-report.html> (1304 termos)

**Termos comuns:** 2

**Similaridade:** 0,02%

**O texto abaixo é o conteúdo do documento** [TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)

**Os termos em vermelho foram encontrados no documento** <https://www.incb.org/incb/en/news/press-releases/2024/the-role-of-the-internet-in-drug-trafficking-and-drug-use-is-highlighted-in-the-international-narcotics-control-board-annual-report.html> (1304 termos)

=====

PÚBLICA

A DISCRICIONARIEDADE E A INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI  
11.343/2006

Gilnei Calmon Costa<sup>1</sup>

Orientador: Bruno Texeira Bahia<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo analisa qualitativamente a aplicação da Lei 11.343/06 no Brasil, focando nos artigos 28 e 33, que tratam do uso e tráfico de drogas. Destaca a discricionariiedade na interpretação desses artigos pelas autoridades policiais e judiciais e seus impactos sociais e no sistema de justiça. A pesquisa utiliza dados de ocorrências de tráfico de drogas e posse para consumo pessoal em Salvador, em dezembro de 2023, com base nos registros do Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal. Foram analisados 59 casos de Autos de Prisão em Flagrante (ADPFs) e 45 casos de Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs). Os resultados destacam a predominância da Polícia Militar, falta de objetividade na quantificação das drogas, discricionariiedade na interpretação dos casos e desafios na aplicação da legislação.

**PALAVRAS-CHAVES:** tráfico de drogas, posse para consumo pessoal, ocorrências policiais, quantificação de drogas, discricionariiedade, aplicação da lei.

**ABSTRACT:** This article qualitatively analyzes the application of Law 11.343/06 in Brazil, focusing on Articles 28 and 33, regarding **drug use and** trafficking. It highlights the discretion in interpreting these articles by police and judicial authorities and their social and justice system impacts. The research uses data on **drug trafficking and** possession in Salvador, December



2023, from the Institute of Public Security Statistics and Criminal Research. It analyzed 59 Arrests in Flagrante Delicto (ADPFs) and 45 Circumstantial Term of Occurrence (TCOs). Key points include occurrence location, responsible institution, reference weight for drug quantification, agent gender, amounts seized, and drug types. Results highlight Military Police predominance, lack of objectivity in drug quantification, case interpretation discretion, and legal criteria relativization, indicating challenges in consistently applying drug-related legislation. Keywords: drug trafficking, possession for personal use, police incidents, drug quantification, discretion, law enforcement.

SUMÁRIO: 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS. 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06. 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS. 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 Graduando em direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL) E-mail: gilnei.costa@ucsal.edu  
2 Especialista em Ciências Criminais (UFBA). Mestre e Doutor em Ciência Sociais (FFCH-UFBA Advogado Criminal, professor da UCSAL e Coordenador do Observatório de Violência Crime e Sociedade (OBVIO)- grupo de pesquisa (UCSAL) Integrante do Laboratório de Estudos Sobre Crime e Sociedade - LASSOS (UFBA), Coordenador do Observatório de Violência, Crime e Sociedade. Atua na área de pesquisa empírica em Direito, Fluxo de Justiça, Estudos Prisionais, Crime e Punição

1

## 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS

O presente trabalho tem como objetivo analisar como a falta de critérios objetivos quanto a quantidade de drogas e as circunstâncias da prisão impactam para a formação de uma discricionariedade na imputação dos artigos 283 e 334 da Lei 11.343/06 pelas autoridades policiais, ao classificar usuários e traficantes, observando, ainda, os efeitos do racismo estrutural e institucional.

Os artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006 exemplificam a diferenciação legal entre o uso pessoal e o tráfico de drogas. O artigo 28 trata do porte para consumo pessoal, especificando cinco condutas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo) que, embora ilícitas, não acarretam pena de prisão. Por outro lado, o artigo 33 aborda o tráfico de drogas, abrangendo dezoito condutas relacionadas à produção, distribuição e comercialização de drogas, com penas severas que incluem reclusão de 5 a 15 anos e multa. A distinção entre usuário e traficante é fundamental para uma abordagem justa e eficaz na política de drogas, reconhecendo que usuários necessitam de apoio e tratamento, enquanto traficantes devem ser penalizados para coibir a disseminação de substâncias ilícitas.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a Lei 11.343/2006, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta do usuário de drogas, retirando o caráter criminoso da posse de drogas



para consumo pessoal. Entretanto, continua sendo considerado um ilícito, um ato contrário ao Direito. Houve, portanto, uma descriminalização formal, mas não a legalização da droga (ou descriminalização substancial) (GOMES et al., 2007).

É possível concluir que a inserção da nova Lei de Drogas afastou a possibilidade de aplicar algum tipo de pena de prisão às condutas descritas no tipo penal do art. 28. Isso ocorre porque, legalmente, no Brasil, "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção, cabendo ao dispositivo em análise somente penalidades administrativas, como advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos. Logo, esse dispositivo normativo não pode ser definido como crime, nem pode ser considerado uma contravenção penal. Ele constitui um novo modelo de infração, chamado por alguns doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci, Luiz Flávio Gomes e Renato Marcão, de "sui

3 Art.28 da Lei 11.343/06: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.

4 Art.33 da Lei 11.343/06: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena ? reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa  
2

generis", devido à sua característica híbrida. Consequentemente, não podemos atribuir ao usuário de drogas a alcunha de criminoso.

As penas cominadas se resumem a medidas educativas, compostas por advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou cursos educativos. Todas são voltadas para conscientizar os usuários sobre os efeitos das drogas, afastando o caráter penal e direcionando o problema para a saúde pública. O legislador, entendendo o caráter de dependência associado às drogas, deu tratamento normativo diferenciado ao usuário quanto à reincidência. É possível admitir que o usuário reincida na prática desse delito sem reduzir os efeitos da transação penal. Sendo concedida a suspensão condicional, independentemente do lapso temporal da infração anterior, diferenciando-se do que é estabelecido pelo Código Penal<sup>5</sup>.

O objeto jurídico do artigo 28 se estrutura em dupla interpretação normativa. Para o saudoso professor Luiz Flávio Gomes, a lei estabelece dois comandos: o primeiro é direcionado ao agente, que pode ser qualquer pessoa que cometa alguma dessas condutas a qualquer tempo, pois é proibido adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga, ainda que seja para consumo pessoal. O segundo comando está associado à consequência por ter



violado o primeiro e é direcionado à autoridade competente. Uma vez praticada a conduta proibida, o juiz está obrigado a aplicar uma pena cominada, que, nesse caso, se limita a uma sanção administrativa (GOMES et al., 2007).

Como esse bem jurídico está tutelado pelo Direito Penal brasileiro, ainda que as sanções sejam restritamente administrativas, o juiz está obrigado a aplicá-las, sob pena de responder criminalmente ou administrativamente em caso de omissão. Toda norma penal tem como objetivo final a proteção de um bem jurídico, e aqui não seria diferente. O bem jurídico tutelado imediato é a saúde pública, e os mediatos são a vida, a integridade física e psíquica das pessoas. Esses constituem o rol de proteção por parte do Estado, que dispõe de suas instituições para salvaguardar esses bens jurídicos, sendo interesse do Estado coibir as ações lesivas contra esses bens.

A infração do artigo 28 é classificada como norma de perigo abstrato, lesiva aos interesses da saúde pública e à vida do próprio usuário, o que mitiga o princípio da ofensividade. Pois não oferece risco a uma vítima direta, sendo limitada a uma conduta infratora. Está

5 Art. 64 - Para efeito de reincidência:

Inciso I- Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração

posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação

3

proibido qualquer pessoa adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga. Essas ações são condutas que o agente está proibido de praticar. No caso do artigo em análise, a conduta do agente já consuma o crime: ele inicia os atos executórios e instantaneamente consuma o crime. Para ser punido, ele precisa estar cometendo o ato, não sendo cabível a tentativa.

O objeto de controvérsias está na idoneidade lesiva da conduta, ou seja, se a droga apreendida em posse do agente infrator tem como finalidade o consumo pessoal. Isso nos remete ao cerne da discussão sobre a discricionariedade interpretativa da norma. Pois, se não há critérios objetivos para definir a finalidade da droga, é necessário aferir critérios subjetivos para obter a materialidade formal da conduta do agente.

Inicialmente, o primeiro critério analisado está relacionado ao objeto material da infração. O artigo 28 da Lei 11.343/06 é considerado por Guilherme de Souza Nucci como uma infração *sui generis* e em branco. "*Sui generis*" porque não se trata de crime, nem tampouco de uma contravenção, e "em branco" porque ele considera a infração incompleta, uma vez que exige um complemento normativo ou valorativo, que, no caso em destaque, seria a lista de drogas e substâncias análogas fornecida pela Anvisa, vinculada ao Ministério da Saúde. Nesse caso, com esse complemento vindo do executivo, estaríamos diante de uma lei em branco heterogênea (ou heteróloga) (NUCCI, 2017).

Para iniciar a persecução penal, o Estado precisa atender o critério material da norma, ou seja, precisa provar que a droga apreendida em posse do agente consta no rol de substâncias proibidas pela Anvisa. Isso define o primeiro critério para materialidade formal. A partir da quantidade de droga apreendida, é possível aferir a sua finalidade. Obviamente, 1 tonelada de



drogas apreendida em poder de um agente jamais poderá ser avaliada com a finalidade de consumo próprio. Os critérios objetivos facilitam o correto enquadramento da conduta. Já os critérios subjetivos dão margem para interpretações equivocadas e preconceituosas, culminando em aberrações processuais e consolidando o racismo estrutural que impera nas instituições do Estado brasileiro.

A problemática se estabelece ao analisar os critérios para qualificação desse tipo penal. O artigo 28 no seu parágrafo 2º 6, estabelece critérios para definição de usuário: ?Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade

6 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.

4

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?.

A lei estabelece critérios relevantes para determinar se a droga era para consumo pessoal ou para traficância. Ainda que não seja clara a determinação quantitativa, algumas cifras se tornam indubitáveis. Entretanto, quando afastado o critério quantitativo, outras circunstâncias objetivas são apreciadas. A droga apreendida passa a ser relevante para aferir o desvalor da conduta, ou seja, se é cocaína, crack, maconha; as circunstâncias da apreensão, quanto ao local, se é zona típica de tráfico. Porém, o critério mais polêmico são os subjetivos. Analisar o agente mediante o seu quadro social é onde a lei se torna discricionária.

Para Guilherme de Souza Nucci, os critérios subjetivos destacados para a aplicação do artigo 28 da Lei 11.343/06 incluem as circunstâncias pessoais do agente, sua situação social e econômica, a quantidade e natureza da droga e a finalidade da posse (NUCCI, 2017). Esses critérios são fundamentais para assegurar uma diferenciação justa entre usuários e traficantes, promovendo uma abordagem equilibrada e proporcional no tratamento das questões relacionadas ao porte de drogas.

Os critérios relacionados às circunstâncias pessoais, situação social e econômica do agente, na maioria dos casos concretos, são relativizados em detrimento dos critérios objetivos e das circunstâncias da prisão. As regiões de comercialização de drogas são habitadas por indivíduos de baixa condição econômica e vulnerabilidade social. Logo, esse sujeito, quando flagrado com uma quantidade de drogas limítrofe, que pode ser associada ao consumo individual ou ao tráfico, e a droga acondicionada em recipiente com caráter comercial, somado ao fato de estar nas zonas de traficância, não tem os demais critérios apreciados, o que provoca uma inversão na finalidade da droga apreendida.

Por conseguinte, esses critérios dúbios para a definição do tipo penal protagonizam uma série de aberrações jurídicas. A falta de objetividade normativa impulsiona a interpretação equivocada das autoridades quanto ao tipo penal e está intimamente relacionada ao rumo processual. Como ficou demonstrado, a conduta do usuário tem tratamento específico na esfera penal, se aproximando de uma infração administrativa.

É notório um avanço no tratamento ao usuário de drogas a partir da análise do artigo 16



da Lei 6.368/76, revogada pela Lei 11.343/06. Esse instituto normativo previa a pena de seis meses a dois anos de detenção, contemplando a conduta da posse de drogas para consumo pessoal como criminosa, tratando esse fato como caso de polícia, formalizando a abertura de inquérito policial, e conseqüentemente o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o que gerava uma demonização social contra essa figura. O início do abrandamento dessa conduta

5

ocorreu com a promulgação da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), que passou a admitir a suspensão condicional do processo, conseqüentemente, a primeira despenalização da posse de drogas para consumo pessoal, ainda que não removesse o caráter criminoso da conduta. Mais adiante, com a chegada da Lei 10.259/2001, houve a concretização do conceito de infração de menor potencial para todos os delitos punidos com pena até dois anos, caracterizando o segundo passo para a despenalização do artigo 16 da Lei 6.378/76. Finalmente, para consolidar a tendência de despenalização, a promulgação da Lei 11.313/2006 passou a admitir como infração de menor potencial ofensivo todas as contravenções e delitos que cominassem pena máxima de até dois anos.

Se, por um lado, o legislador com a nova Lei de Tóxicos quis alterar o status de infração penal para ?sui generis?, elevando o usuário de drogas à condição de vítima, instituindo uma política de drogas construída sobre a ótica da redução de danos, desmitificando a beligerância social contra esse indivíduo e inserindo uma política de uso controlado, como o álcool, afastando-se do combate policial, extinguindo a sanção penal e dispensando tratamento de saúde pública ao tema.

Por outro lado, o novo dispositivo normativo endureceu o tratamento para com o traficante. A nova redação aumentou a pena inicial para o crime de tráfico de 3 anos para 5 anos, acresceu de 30 a 360 dias multa para 500 a 1500 dias multa, criou agravantes específicas para o crime de tráfico envolvendo crianças e adolescentes, endureceu as condições para progressão de regime para reincidentes, ampliou a possibilidade de confisco de bens adquiridos com o dinheiro do tráfico, atingindo as organizações criminosas voltadas para a prática desse crime, inclusive, punindo de forma mais gravosa os financiadores, entre outras mudanças. Essa discricionariedade extraída do parágrafo 2º do art. 28 torna-se o ponto nevrálgico da problemática, pois é uníssono entre os doutrinadores Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt que não cabe extensão subjetiva no Direito Penal quando as conseqüências jurídicas recaem sobre o bem jurídico liberdade. "A aplicação da lei penal deve ser restrita aos casos e pessoas que ela define claramente. A inclusão de sujeitos não mencionados na norma viola os princípios da legalidade e da segurança jurídica, pilares do Direito Penal moderno? (BITENCOURT, 2010).

## 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06

A Constituição Federal de 1988 instituiu a supremacia constitucional através do artigo 60, §4º, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais. Segundo esse princípio, qualquer lei infraconstitucional que promova tratamento desigual entre os indivíduos deve ser afastada

6

do ordenamento jurídico. No entanto, mesmo quando essas leis causam efeitos devastadores para a população menos favorecida, majoritariamente negra, a impugnação dessa norma não



colocou os direitos fundamentais no centro do debate. Isso permite que as autoridades do Estado mantenham práticas seletivas, como ocorre com a discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Durante o julgamento destinado a reduzir as distorções provocadas pela discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/067, observa-se um consenso entre os Ministros da Suprema Corte quanto às injustiças e aberrações jurídicas promovidas por essa norma para uma parte específica da população. No entanto, é notável a falta de atenção à questão da segregação racial. Ao impugnar a referida norma, através de recurso extraordinário e em tema de repercussão geral, a defesa do acusado alegou lesão ao princípio da intimidade e da vida privada sem fazer alusão à seletividade racial que a norma provoca. Isso demonstra o quanto a histórica democracia racial brasileira, como uma âncora, impede a elevação do debate sobre o tratamento jurídico desigual entre diferentes camadas sociais e raciais submetidas a abusos policiais.

Os ministros Gilmar Mendes<sup>8</sup> e Alexandre de Moraes<sup>9</sup>, em seus votos no julgamento que discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, reconhecem a seletividade normativa, como destaca o ministro Gilmar Mendes: ?Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com privação da liberdade?. E Alexandre de Moraes acrescenta: ?É possível constatar que os jovens, em especial os negros (pretos e pardos), analfabetos são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas (maconha ou cocaína) do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior?.

Os ministros apontam para a necessidade de estabelecer critérios objetivos para a subsunção da norma, pois entendem que há lacunas para arbitrariedade. Segundo eles, ?a necessidade de equalizar uma quantidade média padrão como presunção relativa para

7 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145> , acessado em 09/06/2024

8 MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>, acessado em 15/11/2023

9 MORAES, Alexandre. Voto do ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>, acessado em: 15/11/203

7

caracterizar e diferenciar o traficante do portador para uso próprio vai ao encontro do tratamento igualitário entre os diferentes grupos socioculturais, como medida de Justiça e Segurança Jurídica, diminuindo-se a discricionariedade das autoridades públicas?

A necessidade de previsão legal objetiva para conter as aberrações jurídicas protagonizadas pelo Sistema de Justiça torna-se imperiosa. Isso inclui a fixação de quantidades como critério, a fim de evitar a inversão do ônus da prova, ou seja, o usuário não precisaria



comprovar que não é traficante, ao mesmo tempo em que não se produza impunidade ao traficante que se enquadra na quantidade e não é preso em flagrante.

O Supremo Tribunal Federal formou maioria sobre a necessidade de critérios objetivos para o enquadramento da conduta do crime de tráfico. No presente momento, o processo está sob vista do Ministro André Mendonça. Ainda que essa convergência possa abolir a conduta criminosa apenas para o porte de maconha, é unânime entre os ministros que já votaram que a subjetividade normativa deixa lacunas interpretativas e consolida o racismo estrutural presente no Brasil. Portanto, o voto do ministro Moraes construiu a tese no sentido de não tipificar o crime previsto no artigo 28 da Lei 11343/06 para a substância "maconha" e fixar o critério objetivo para determinar o agente que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo uma quantidade entre 25 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas.

A tese firmada não impede o enquadramento no crime de tráfico por quantidades inferiores à fixada. No entanto, determina que a autoridade judicial, de maneira fundamentada, justifique a conversão da prisão em flagrante, apontando obrigatoriamente os critérios caracterizadores do tráfico, tais como a forma de acondicionamento, diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, celulares com anotações de compra e venda, caderno de anotações, circunstâncias da apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico.

Com os critérios objetivos implementados a partir do julgamento do Supremo Tribunal, acreditamos que se formalizarão as balizas para conter a discricionariedade policial e dos operadores do direito, contaminados pelo racismo estrutural e pela política de guerra às drogas, que revoga a conduta do artigo 28 da Lei 11.343/06 para os jovens pretos, pobres e moradores de periferia. Ainda que passível de discricionariedade, a tese fixada possibilita fundamentar a prisão com porte menor do que os critérios objetivos, tendo como base os critérios subjetivos. Entretanto, a obrigatoriedade da fundamentação e a indicação dos critérios, diante do caso concreto, já promovem uma contenção na arbitrariedade.

Na contramão da maioria dos ministros da Suprema Corte e das políticas de redução de danos e de prevenção de riscos, implementadas por orientação da ONU (Organização das

8

Nações Unidas) e pelas legislações de outros países que despenalizam essa conduta e passaram a adotar medidas de saúde pública, houve um backlash (reação legislativa) que culminou na aprovação pela CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da PEC/45 de 2023, que tem por objetivo criminalizar o porte e a posse de substâncias entorpecentes, independentemente da quantidade.

### 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS

O presente capítulo visa analisar qualitativamente trabalhos acadêmicos e desenvolver métodos de pesquisa análogos, que consistem na interpretação de dados policiais e judiciais das instituições brasileiras a partir de relatórios oficiais em capitais do Brasil, tendo como ponto nevrálgico a discricionariedade do artigo 28 e 33 da Lei 11.343/06, os impactos sociais e para o sistema de justiça, e a eficácia dos critérios objetivos para determinação do enquadramento fático pelas autoridades.

Para analisarmos se há esse tipo de discricionariedade e se, nos casos concretos, esses



institutos normativos são confundidos a ponto de resultar em um encarceramento em massa de uma parte específica da população, é necessário compreender os objetivos legislativos para distinguir as figuras do traficante e do usuário. Conforme demonstrado anteriormente, alguns critérios objetivos são considerados no momento da ocorrência, a partir dessas análises estudaremos como cada critério é tratado nos casos concretos.

No entanto, a controvérsia surge a partir da interpretação pelas autoridades dos critérios subjetivos que definem o marco inicial do processo e que pode culminar em injustiça. Observando a pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas', realizada por Gorete et al. (2011), que analisou 667 atos de prisão em flagrante na cidade de São Paulo com o objetivo de compreender o uso da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas, é possível concluir que a quantidade de drogas apreendida e as circunstâncias da prisão, nos casos pesquisados, estão dentro de um patamar dúbio quanto aos critérios objetivos, o que provoca uma discricionariedade na subsunção da conduta do agente flagrado.

Tem-se que em 62,13% das ocorrências foram apreendidas até 100 gramas de drogas, e em 33,83% foram apreendidas mais de 100 gramas [...]. Verifica-se que, apesar de o dinheiro ser apontado como importante elemento de prova da traficância, em 33,08% das apreensões os presos não apresentavam em seu poder nenhum dinheiro. Em 12,43% dos casos havia presença de até R\$30,00, em 20,81% dos flagrantes as pessoas foram encontradas com valores entre mais de R\$30,00 a R\$100,00, e em 33,38% foram encontrados mais de R\$ 100,00.

[...] Verificou-se que em 48% dos casos a droga não foi apreendida junto ao acusado, ou seja, não estava ele portando ou escondendo a droga consigo. [...] 74% dos casos

contaram apenas com o testemunho dos policiais que realizaram a apreensão do acusado, não estando presente nenhuma outra testemunha civil. [...] a frequência de confissão cai para aproximadamente 11%, sendo que cerca de 48% dos acusados permaneceram calados quando interrogados pelo delegado e 41% negaram a prática delituosa.

[...]Dentre os 52% de acusados que fazem alguma declaração na delegacia, tem-se que 30,66% deles afirmaram ser usuários de drogas, 28% disseram ter sofrido flagrante forjado e 21% negaram a propriedade da droga, disseram não serem donos dos entorpecentes encontrados [...] apenas 15% dos autos pesquisados apresentaram a foto da droga apreendida[...].

[...]Importante ressaltar que, apesar de a Lei de Drogas prever diversos tipos penais, houve pouca variação na classificação dada pelo delegado. Cerca de 76% dos casos foram enquadrados apenas no artigo 33, caput da lei 11.343/2006. Em cerca de 11% dos casos a classificação foi realizada combinada com outros delitos (porte de arma, corrupção de menores etc). Em quase 10% deles foram reunidos os artigos artigo 34 e 35, caput da Lei 11.343/2006, que dizem respeito ao maquinário, aparelhos para fabricação, produção da droga e à associação criminosa para cometer o crime, respectivamente[...]? (GORETE et al., 2011).

Os dados revelados pela pesquisa evidenciam que os critérios objetivos mais evidentes, relacionados à circunstância da prisão, o dinheiro apreendido e a quantidade de drogas



apreendidas, não fornecem uma carga probatória valorativa para definir se o agente estava cometendo o crime de tráfico ou se estava na condição de usuário. Conseqüentemente, os critérios subjetivos tornam-se protagonistas na determinação da conduta adequada, aguçando a discricionariedade e afetando a própria autoridade policial.

Conforme destacado por Gorete et al. (2011), no âmbito da pesquisa mencionada, que teve como foco analisar extensivamente a perspectiva dos operadores do sistema de justiça criminal à luz dos casos concretos, trazendo no bojo do estudo a experiência dos operadores do direito, em uma passagem do texto se extra:

?Alguns delegados disseram ter tido, em alguns casos, dúvidas no momento da diferenciação entre traficante e usuário e na respectiva classificação do delito envolvendo drogas. Perguntou-se o que eles faziam nessas situações. Alguns delegados responderam que preferiam liberar o acusado e abriam inquérito policial para apurar o caso, outros disseram que mantinham o suspeito preso [...]? (GORETE et al., 2011)

Esse fato corrobora para uma triste realidade, consagrando o Brasil no topo dos países com as maiores populações carcerária do mundo, indubitavelmente, a falta de objetividade no enquadramento das condutas referentes aos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06 permite esse avanço da população carcerária, pois sem critérios objetivos, as anomalias judiciais quanto ao enquadramento fático se tornam recorrentes e inevitáveis, como evidencia Alvarenga et al (2021): ?a falta de critério para distinguir entre usuários e traficantes contribuiu significativamente para aumentar exponencialmente o número de pessoas presas nos últimos anos. Segundo o próprio Infopen, em 2006 tínhamos 47 mil presos por crimes de drogas (14% 10

do total). Em 2013 passaram a 138 mil (1 em cada 4 presos), já em 2016 o número alcançou o total de 156.749 mil pessoas?.

Em outra análise, o trabalho das pesquisadoras Marilha Gabriela R. Garau e Perla Alves Bendo de O. Costa, apresentado no artigo ?É posse para uso ou é tráfico? Um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06?, publicado na Revista Brasileira de Sociologia e Direito, é de suma importância para o objeto deste trabalho. O artigo busca compreender os critérios discricionários relacionados à distinção entre traficante e usuário de drogas a partir da análise dos policiais militares, que são os responsáveis pela maioria dos registros das ocorrências policiais envolvendo esse tipo de delito. Conforme Garau e Costa (2020), "a análise dos critérios discricionários utilizados pelos policiais militares no registro de ocorrências envolvendo drogas é fundamental para compreender a distinção entre traficante e usuário" (GARAU; COSTA, 2020)

Analisando a obra supracitada, é possível concluir que o policial militar, que figura como ponto de partida na maioria das ocorrências envolvendo o crime de tráfico de drogas, pratica o primeiro ato discricionário na avaliação do enquadramento fático. Essa figura, por atuar na ponta da lança da repressão estatal a esse tipo de delito, é o responsável por promover a seletividade em relação à formalização do caso. É ele quem vai determinar se a quantidade de droga apreendida é passível de flagrante, se as circunstâncias da abordagem policial por atitude suspeita são passíveis de determinar que a atuação do indivíduo apreendido ostentava estado de traficância, se a droga é leve ou pesada, dentre outros critérios subjetivos intrínsecos ao racismo

estrutural.

Essa avaliação perpassa os critérios intraprocessuais e se estende às particularidades administrativas e pessoais, que incluem avaliar se a autoridade policial de plantão coaduna com o entendimento do policial militar que fará a denúncia, o tempo de aguardo para produção da ocorrência, as reiteradas idas ao fórum para prestar depoimento no curso do processo, se a viatura em que ele está trabalhando no patrulhamento tem ar-condicionado, o que definiria se ele aguardará a ocorrência na delegacia ou continuará no patrulhamento de rua sem ar-condicionado, entre outras.

?Haveria, portanto, um filtro anterior ao ingresso de determinado fato no sistema penal brasileiro enquanto tráfico ou uso. Isso porque, flagrar determinado sujeito na posse de entorpecentes pode não significar sua condução e entrada no sistema de justiça criminal. Assim como, flagrá-lo sem qualquer droga pode ensejar na sua condução à Delegacia. O policial militar pode não executar o flagrante, seja por conta de negociação ou por acreditar que os fatos não seriam suficientes para levar à uma condenação do indivíduo como traficantes. De igual modo, o policial pode conduzir a ocorrência no sentido de atribuir-lhe um contexto específico, ainda que os elementos  
11

de prova também não sejam suficientes para ensejar a condenação do sujeito, desde que o contexto fático da ocorrência possa sustentar o argumento de tráfico.

alguns delegados já teriam uma quantidade específica pré-fixada para enquadrar um fato com flagrante de tráfico de drogas. Se o delegado de plantão da delegacia responsável pelo registro do fato fosse um delegado que consideraria a quantidade ínfima era mais vantajoso resolver a situação no local e liberar o flagrante depois de ?levantar um trocado qualquer? (GARAU; COSTA, 2020)

A partir das análises dessas pesquisas, que examinaram aspectos do cotidiano das instituições brasileiras, é possível traçar um roteiro que evidencia a discricionariedade da Lei 11.343/06. Inicialmente, essa discricionariedade é exercida pela polícia ostensiva, que na maioria dos casos é a primeira a entrar em contato com o agente flagrado em posse de drogas. Em seguida, cabe à autoridade policial decidir se lavrará o flagrante ou não, com base nas provas e nos relatos apresentados. Uma vez convencida, a autoridade policial lavra o flagrante e o agente é submetido à audiência de custódia, momento em que o judiciário tem o primeiro contato com as provas e com o acusado.

É nesse momento que a seletividade racial prepondera. O último passo, aquele que deveria servir como barreira para a injustiça, equivocadamente, inverte o ônus da prova e submete ao réu a capacidade de provar que não estava cometendo o crime de tráfico. Essa inversão processual é responsável pelo encarceramento em massa, como argumenta o excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no julgado que discute a constitucionalidade do artigo 28 da lei em questão: essa prática é incompatível com a presunção de inocência, destacando que a acusação deve provar que a posse de drogas não era para consumo pessoal, e que a avaliação deve ser cuidadosa, especialmente em casos limítrofes.

Além disso, ele critica o uso do princípio 'in dubio pro societate' para justificar prisões preventivas, afirmando que, mesmo nesta fase, a defesa não deve ser obrigada a provar a inocência, e que o mínimo necessário para a prisão preventiva é a preponderância da prova. O

ministro também ressalta a importância de um juiz neutro e desinteressado na avaliação das circunstâncias do flagrante, contrapondo-se à visão de policiais diretamente envolvidos na acusação.

A visão evidenciada no voto do Ministro Gilmar Mendes converge com o encontrado na pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas' (Gorete et al., 2011). A prisão provisória assume destaque na tramitação dos processos relacionados ao tráfico de drogas. Na análise dos casos concretos, o estudo apontou que 88,64% dos acusados em flagrante são mantidos presos. No caso da cidade de São Paulo, a competência das prisões em flagrante é do DIPO (Departamento de Inquérito Policial), e os juízes que fazem parte desse órgão estabeleceram um padrão para justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória.

12

?No âmbito da ciência do flagrante, antes de qualquer provocação da defesa, em atenção à Resolução nº 87, de 15/09/2009, do E. Conselho Nacional de Justiça, passo a decidir. Uma vez presente hipótese de flagrante delito, estando o auto de prisão formalmente em ordem, não vislumbrando nenhuma ilegalidade evidente na constrição ordenada, não há, por ora, razões para se determinar o relaxamento da prisão em flagrante.

De outro lado, à míngua de comprovação, desde logo, da satisfação de todos os requisitos legais ensejados da liberdade provisória, e porque ausente, dentre outros, demonstração de vínculo do auto do fato com o distrito da culpa, não é o caso de concessão de liberdade provisória de ofício.

No mais, mantida a prisão, regulamente comunicada, aguarde-se a vinda dos autos principais. Decorrido o prazo legal, cobre-se, assinalando prazo de 24h para atendimento. Ciência ao MP.? (GORETE et al., 2011)

Esses relatos reforçam o entendimento já demonstrado ao longo deste trabalho sobre como a falta de critérios objetivos da Lei 11.343/06 contribui para o encarceramento em massa e para diversos casos de injustiça. Além disso, evidenciam o quadro analisado pela pesquisa. Os pesquisadores selecionaram dois casos concretos para acompanhar o rito processual, mostrando como a discricionariedade na aplicação da lei afeta diretamente a vida dos envolvidos. Esse cenário destaca a importância de se repensar a legislação atual e buscar critérios mais claros e justos para distinguir entre usuário e traficante, conforme discutido anteriormente.

No primeiro caso, um homem de 30 anos, desempregado e morador de rua, foi preso com 8,5 g de maconha e R\$ 20,00. Ele negou a traficância, afirmando ser usuário de drogas, mas foi enquadrado no artigo 33 da Lei 11.343/06 e condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado. No segundo caso, dois jovens de 19 e 25 anos, com perfil socioeconômico mais favorecido, foram abordados com 475,2 g de maconha e uma balança de precisão. Ambos foram enquadrados no mesmo artigo, mas tiveram a liberdade provisória concedida pelo juiz, que considerou a quantidade de droga compatível com o consumo pessoal.

Os casos destacam como critérios objetivos distintos podem levar a desfechos processuais contraditórios. No primeiro caso, a falta de residência fixa e os antecedentes criminais resultaram na manutenção da prisão e na severidade da pena. No segundo, os bons antecedentes, a residência fixa e a possibilidade de contratação de advogados particulares



contribuíram para a concessão da liberdade provisória. Essas diferenças refletem uma discrepância social que impacta diretamente as decisões judiciais e a aplicação das garantias constitucionais.

São garantias que deveriam estar ao alcance de qualquer cidadão, uma vez que todos são iguais perante a lei. Contudo, na prática, o racismo estrutural está enraizado nas instituições brasileiras. Embora a pesquisa em análise não tenha coletado dados científicos para chegar a essa conclusão, as narrativas são esclarecedoras, o que nos leva a acreditar que a

13

discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/06, além de promover uma seletividade racial quanto ao indivíduo que poderá ser enquadrado nele, acelera o encarceramento em massa da população negra e desfavorecida. Há uma relação convergente entre o crescente número da população carcerária nos últimos anos, após a promulgação da lei, e as mortes decorrentes de intervenções policiais (MDIP).

?[...] Os dados não nos deixam mentir: houve crescimento de 0,9% na taxa de pessoas privadas de liberdade; em números absolutos, estamos falando de 832.295 pessoas com a sua liberdade cerceada e sob a tutela do Estado. O cenário mudou muito pouco: são jovens de até 29 anos (43,1% da população carcerária), negros (68,2%), o mesmo perfil das vítimas majoritárias de Mortes Violentas Intencionais[...]

Os dados que permitem construir o perfil das vítimas da letalidade policial mantêm são faceta evidente e consolidada historicamente do racismo que estrutura a sociedade brasileira. 83% dos mortos pela polícia em 2022 no Brasil eram negros, 76% tinham entre 12 e 29 anos. Jovens negros, majoritariamente pobres e residentes das periferias seguem sendo alvo preferencial da letalidade policial e, em resposta a sua vulnerabilidade, diversos estados seguem investindo no legado de modelos de policiamento que os tornam menos seguros e capazes de acessar os direitos civis fundamentais à não-discriminação e à vida. O dado sobre local de ocorrência revela a prevalência (68,1%) dos espaços públicos como de maior frequência das ocorrências de MDIP, ao passo que, residências das vítimas e outros tipos de local somam juntos um terço das ocorrências, ou seja, 1/6 das vítimas de letalidade policial foi morta dentro de casa.? (FBSP, 2023)

Atualmente, a política nacional de combate às drogas imprime um aspecto paradoxal, focando na ação beligerante das forças policiais que atinge predominantemente a comunidade jovem, negra e pobre do país. Essa população é vulnerável à cooptação pelas facções criminosas, cada vez mais atuantes e presentes nessa parcela da sociedade. Conforme Alvarenga et al. (2021) destacam, "enquanto a era da sociedade capitalista industrial fez surgir os exércitos industriais de reserva à espera de uma oportunidade de inserção no mundo legal do trabalho, o capitalismo globalizado e tecnológico fez expandir os exércitos ilegais do narcotráfico, cuja condição pode ser aproveitada como matéria-prima à indústria do controle do crime. Sob este ponto de vista, os presídios brasileiros atestam a expansão do encarceramento no país, cuja relação crime, pobreza e cor da pele assume contornos dramáticos, merecendo destaque o comércio ilegal de substâncias psicoativas."

O fenômeno que pode ser observado à luz dessas pesquisas se divide em duas vertentes que, mais à frente, se entrelaçam. Uma está associada ao crescente número de mortes

decorrentes de intervenção policial. Como demonstrado, essas mortes acontecem, em sua grande maioria, em zonas de conflito, regiões definidas pelo Estado como suscetíveis ao crime. Na prática, são regiões periféricas onde jovens são cooptados por organizações criminosas para comercializar drogas como meio de enriquecimento e geração de riqueza. Como reflete Alvarenga et al. (2021): ?Ao analisar os dados estatísticos da violência relacionada à questão

14  
das drogas e da sua consequência enquanto política de encarceramento e de extermínio, é possível observar a prevalência de um grupo específico de pessoas que são alvos para o sistema penal, justamente os jovens negros da periferia.

A outra vertente está relacionada ao estado de beligerância deflagrado pelo Estado. Os policiais de patrulhamento ostensivo realizam incursões rotineiras nessas regiões, sitiadas por organizações criminosas, para combater o crime de tráfico de drogas. Como demonstrado, esse agente do Estado figura como o precursor do processo penal para a grande maioria dos crimes de tráfico de drogas. Nele se concentra a discricionariedade material; é ele que vai determinar se o caso será conduzido a uma autoridade policial ou não, e será do depoimento dele que se extrairá a carga probatória para formalizar a denúncia, tornando-se figura imprescindível na produção desses alarmantes números da população carcerária.

Ciente da importância do seu papel na engrenagem processual nos crimes de tráfico e na manutenção do estado de guerra fomentado pelo Estado, esses agentes sabem que, para as pessoas inseridas nesse cotidiano, não cabe interpretação normativa favorável. A apreensão de drogas nessas zonas de conflito sempre estará relacionada ao tráfico de drogas, por um motivo posteriormente protetivo para eles. Essas incursões, por sua natureza, são violentas e raramente não vitimizam alguém. Como o sujeito que habita aquela região tem um estereótipo definido, e há, por parte das instituições estatais, um apoio a esse modelo repressivo, uma espécie de salvo-conduto foi criado para amparar esses agentes.

A conduta desses agentes é legitimada quando a morte decorrente de intervenção policial vitimiza um jovem negro com antecedentes criminais relacionados ao tráfico de drogas. É neste ponto que as vertentes se entrelaçam: até então, elas caminhavam paralelamente, uma vez que os números de mortes por intervenção policial e de encarceramento só crescem. No entanto, elas se cruzam em torno do mesmo agente que atua na linha de frente da política de opressão ao tráfico de drogas.

Portanto, o negro morador da favela, pobre e inserido na zona de conflito do estado de sítio criado pelas forças policiais para combater o tráfico de drogas, torna-se um alvo fácil da discricionariedade legislativa, não lhe sendo concedido um enquadramento mais brando da conduta, ainda que seja o correto. Assim, o artigo 28 da Lei 11.343/06 está tacitamente revogado pelas autoridades policiais nas condutas praticadas nessas localidades e para esse público.

#### 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS

Para encarar a problemática em questão, a pesquisa fará análise dos boletins de ocorrência registrados na cidade de Salvador durante o período de dezembro do ano de 2023.

15

Foram coletados todos os BOs (Boletins de Ocorrência) relacionados aos crimes do artigo 33 e do artigo 28 da Lei 11.343/06. A partir dos relatos das ocorrências, foram obtidas as seguintes



informações: quem apresentou a ocorrência, referências de medidas para quantificação da droga apreendida, tipos de drogas apreendidas, sexo do agente flagrado, local da apreensão. Busca-se compreender como esses critérios foram utilizados para definir a subsunção da norma ao caso concreto.

Para obter os dados relacionados a essa pesquisa, o orientando foi ao Departamento de Polícia Técnica, no Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal, localizado no bairro dos Barris, no complexo do Instituto Médico Legal, na cidade de Salvador. Preencheu um formulário eletrônico com os dados pessoais, informou os dados que gostaria de obter e a finalidade. Após três semanas, recebeu os dados solicitados no e-mail pessoal, através de duas planilhas em Excel.

Uma planilha continha os dados relacionados aos TCOs (Termos Circunstanciados de Ocorrência) e a outra os ADPFs (Autos de Prisão em Flagrante). Foram registradas 59 ocorrências que resultaram em flagrante por tráfico de drogas e 45 que resultaram em TCO. As informações são separadas por colunas que contêm diversas informações, como número da ocorrência, local do fato, hora e data, origem do procedimento, relato do fato, tipo do local do fato, entre outras. Na coluna associada ao relato do fato, consta a descrição oficial do agente que fez a ocorrência. Dessa coluna, foram extraídas informações como quantidade e tipo de droga apreendida e a instituição que fez a ocorrência.

Inicialmente, vamos analisar a planilha dos ADPF. A partir do número da ocorrência, separamos caso a caso e passamos a analisar sete pontos: local da ocorrência, instituição que apresentou a ocorrência, referência de peso utilizada para quantificar a droga, sexo do acusado, valores apreendidos juntos com a droga, diversidade quanto ao tipo de droga e quais drogas foram apreendidas nas ocorrências que apresentaram um único tipo:

1. Local onde originou o flagrante: Cinquenta e quatro ocorrências foram em via pública, quatro ocorrências foram em instituto prisional e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: Cinquenta ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, quatro ocorrências pela Polícia Penal e cinco ocorrências pela Polícia Civil.
3. Referência utilizada para quantificar a droga: Cinquenta e duas ocorrências faziam menção a "trouxa", "pino", "pedra", "saco", "tablet"; seis ocorrências mencionaram "certa quantidade" e uma ocorrência utilizou quilograma como medida de referência.
4. Sexo do agente: Em cinquenta e uma ocorrências, o acusado foi do sexo masculino; em três ocorrências, o acusado era do sexo feminino; em três ocorrências, envolveram ambos os

sexos; e em duas ocorrências não envolveram acusados, foi apresentação de drogas apreendidas sem apresentar um suspeito.

5. Valores apreendidos: Vinte e uma ocorrências fizeram menção a valores apreendidos, e trinta e oito ocorrências não apresentaram valores.
6. Quanto à variedade de drogas apresentada: Dezenove ocorrências apresentaram somente um tipo de droga, dezessete ocorrências apresentaram dois tipos de drogas, e vinte e três ocorrências apresentaram três tipos de drogas.
7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: dez ocorrências foram de cocaína, sete ocorrências de maconha e duas ocorrências de crack.



A partir da análise dos dados, é possível confirmar alguns pontos já apresentados neste trabalho. Observa-se uma predominância quanto ao local que originou a ocorrência, à instituição responsável por deflagrá-la e ao sexo do agente em determinadas ocorrências. Nesta pesquisa, a Polícia Militar é responsável pela grande maioria das ocorrências, sendo a via pública o local onde ocorrem as abordagens policiais, confirmando o enredo policial de abordagem decorrente de atitude suspeita, e o sexo masculino é predominante entre os envolvidos. Um ponto que chama atenção é que as mulheres figuraram como as únicas flagradas tentando entrar com drogas nas instituições prisionais.

Outro aspecto alarmante é a falta de objetividade relacionada ao relato quantitativo da droga apreendida. Surpreendentemente, das 59 ocorrências, somente uma utilizou a unidade de medida quilograma como parâmetro quantitativo das drogas. Nas demais ocorrências, são mencionadas outras características que não mensuram a quantidade de drogas, o que gera falta de objetividade. Por exemplo, 3 'trouxas' de maconha podem representar 3g ou 300g, e 3 pinos de cocaína podem representar 1g ou até 10g. É imprescindível para o enquadramento fático que a quantidade seja determinada com uma unidade de medida mensurável, respeitando o critério objetivo da quantidade.

Percebe-se uma relativização dos demais critérios objetivos quando a ocorrência envolve mais de uma droga ou quando as drogas estão porcionadas em recipientes comerciais. Isso fica evidente nos relatórios das ocorrências, pois constam características que sugerem um quantitativo imaginário, mas não reportam um peso específico. Por exemplo, em 6 ocorrências, menciona-se 'certa quantidade de drogas'. Outro ponto questionável é a relação entre as drogas e os valores apreendidos. Na maioria dos casos, não houve registro de valores, e nos poucos em que houve, apenas dois casos apresentaram valores acima de R\$ 200,00 (duzentos reais), o que sugere que esse critério não é observado.

17

Portanto, é possível concluir que, para o enquadramento fático no crime de tráfico na cidade de Salvador, durante o período analisado, as autoridades policiais utilizaram critérios relacionados à variedade da substância psicoativa, diversidade nos tipos de drogas, quantidade distribuída em embalagens porcionadas e circunstâncias da prisão. Nos casos em que houve uma única droga apreendida, as ocorrências mencionaram a quantidade em embalagens comerciais, como '60 trouxas de maconha?', '10 pedras de crack?', '18 pinos de pó?', relativizando completamente a medida quantitativa associada ao peso.

Em outra análise, foram observados os mesmos sete quesitos das ocorrências que ensejaram os ADPF, como forma de analisar e comparar os critérios utilizados para determinar o procedimento em cada caso. Foram registradas 45 ocorrências associadas ao crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, que, conseqüentemente, culminaram em Termo Circunstanciado de Ocorrência, uma vez que a lei não prevê sanção penal para esse tipo de delito. Sendo assim, os seguintes dados foram extraídos:

1. Local onde originou o flagrante: trinta e nove ocorrências foram em via pública, duas ocorrências foram em instituto prisional, três ocorrências em eventos festivos e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: trinta e um ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, duas ocorrências pela Polícia Penal, duas ocorrências pela Guarda Municipal,



- 1 ocorrência por um cidadão e nove ocorrências pela Polícia Civil.
  3. Referência utilizada para quantificar a droga: quarenta ocorrências faziam menção a 'trouxa', 'pino', 'pedra', 'saco', 'tablet', 'cigarro', cinco ocorrências mencionaram 'certa quantidade'.
  4. Sexo do agente: quarenta e duas ocorrências o acusado foi do sexo masculino, três ocorrências o acusado era do sexo feminino.
  5. Valores apreendidos: as quarenta e cinco ocorrências não apresentaram valores.
  6. Quanto a variedade de drogas apresentada: quarenta e uma ocorrências apresentaram somente 1 tipo de droga, quatro ocorrências apresentaram 2 tipos de drogas.
  7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: onze ocorrências foram de cocaína, vinte e cinco ocorrências de maconha, ocorrências de crack, duas ocorrências de ecstasy e uma ocorrência sem identificação.
- Ao analisar os dados apresentados, é possível observar a predominância da Polícia Militar na condução das ocorrências. No entanto, há um aumento na participação de outras forças policiais e até mesmo de cidadãos, como no caso específico de um pai que denunciou a
- 18

filha por estar sob efeito de drogas e ter fugido de casa, uma situação comum envolvendo familiares de dependentes químicos.

A via pública continua registrando o maior índice de apreensão, evidenciando a rotina de abordagem policial. As instituições prisionais retornam ao quadro estatístico, e as ocorrências ainda são predominantemente protagonizadas por mulheres, o que inclui as duas ocorrências apresentadas pela Polícia Penal, registrada nessa pesquisa.

No entanto, surge um novo cenário: os eventos festivos. As barreiras policiais colocadas nas entradas dos eventos resultaram em apreensões de drogas para uso pessoal, um ambiente que não havia sido mencionado na análise das ocorrências de tráfico. Não houve relato de valores apreendidos em conjunto com as drogas nesse cenário de usuários.

Os destaques estão relacionados aos tipos de droga e à referência quantitativa. Nos casos analisados, em quarenta ocorrências, foi mencionada uma referência imprecisa como critério quantitativo, como 'trouxa', 'cigarro', 'pino', 'pedra'; nas demais ocorrências, não há menção a nenhum quantitativo específico, sendo utilizada a expressão 'certa quantidade de drogas' para definir a quantidade. Quanto à diversidade de tipos de drogas, observa-se uma predominância nas ocorrências envolvendo um único tipo de substância entorpecente, havendo apenas quatro casos com dois tipos de drogas apreendidas. A maconha surge como a droga mais apreendida entre os usuários, seguida da cocaína. Também são encontradas drogas sintéticas, o que indica o uso recreativo de drogas nesse contexto de pesquisa.

A luz das pesquisas, é possível afirmar que os critérios objetivos são mitigados diante do caso concreto, uma vez que não são mensuradas as quantidades por meio de medida de peso para o correto enquadramento fático. Houve também uma relativização dos critérios associados ao tipo e à variedade da droga apreendida para determinar o procedimento adequado. Ou seja, houve casos em que a droga apreendida era considerada 'pesada', como o 'crack', havia mais de um tipo de droga na mesma ocorrência e foi enquadrada como crime de posse de droga para consumo pessoal. Por outro lado, em situações em que a ocorrência envolvia apenas um tipo de droga, como 'maconha', com baixo grau de reprovabilidade, foi enquadrada como tráfico.



Sendo assim, a falta de critérios objetivos, como quantidade reportada em medida de peso, diversidade de drogas e o peso atribuído à reprovabilidade da conduta, quando analisado o tipo de droga apreendida, corroboram para uma discricionariedade seletiva por parte das autoridades policiais, já bastante discutida ao longo deste trabalho. Esta pesquisa evidenciou que o documento originário do árduo Processo Penal, a ocorrência policial, não prevê nenhum tipo de formalidade quanto ao preenchimento dos critérios objetivos. O simples fato de haver mais de uma droga na apreensão, ou ter quantidade de porções expressivas segundo critério da

19

autoridade, é o bastante para um enquadramento mais grave da norma, criando uma extensão normativa in malam partem.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, o debate sobre a atuação policial no combate ao tráfico de drogas tem sido objeto de intensas discussões. Nesse contexto, esta pesquisa buscou analisar os padrões de atuação das autoridades policiais, os critérios utilizados para caracterizar os crimes de tráfico e posse para consumo pessoal, bem como as possíveis implicações desses procedimentos.

Ao longo da análise dos dados, foi evidenciada uma predominância da Polícia Militar nas ocorrências relacionadas ao tráfico de drogas, especialmente em abordagens realizadas em via pública. Regiões periféricas e comunidades vulneráveis são frequentemente alvo dessas ações, o que levanta questões sobre seletividade e discriminação racial.

Um ponto alarmante é a falta de critérios objetivos na mensuração das quantidades de drogas apreendidas. Muitas ocorrências mencionam termos imprecisos, como "trouxa" ou "certa quantidade", sem uma medida de peso específica. Isso abre margem para interpretações subjetivas por parte das autoridades, influenciando no enquadramento dos casos.

Além disso, a diversidade de tipos de drogas apreendidas também não é devidamente considerada nos procedimentos policiais. A presença de mais de um tipo de droga na apreensão muitas vezes resulta em consequências mais graves para o acusado, mesmo em casos de posse para consumo pessoal.

A falta de formalidade nos procedimentos policiais, especialmente em relação ao preenchimento das ocorrências, também foi observada. A ausência de critérios claros pode contribuir para decisões arbitrárias e desiguais, afetando principalmente jovens e comunidades marginalizadas.

Diante desses achados, torna-se evidente a necessidade de revisão dos critérios e práticas adotadas pelas autoridades policiais no combate ao tráfico de drogas. É fundamental promover uma atuação mais objetiva, equitativa e respeitosa aos direitos individuais, evitando a perpetuação de estigmas e injustiças.

Os resultados desta pesquisa destacam a urgência de repensar as políticas de segurança pública relacionadas ao combate às drogas. A atuação policial deve ser pautada por critérios claros e objetivos, garantindo a igualdade perante a lei e evitando discriminações baseadas em gênero, raça ou condição socioeconômica.

A discricionariedade observada nos procedimentos policiais, aliada à falta de formalidade e à ausência de critérios objetivos, representa um desafio para a efetividade e a

20



justiça do sistema de justiça criminal. É essencial promover uma abordagem que respeite os direitos individuais e promova a segurança de forma mais eficaz e justa para toda a sociedade.

## 6 BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 89.

GOMES, Luiz Flavio et al. Lei de Drogas comentadas artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 02 mar. 2017.

ALVARENGA, R.; ROSANELI, C. F.; FERREIRA, A. A.; LIMA, C. B. de. Violência, guerra às drogas e racismo de estado no Brasil. Polis Revista Latinoamericana, v. 20, n. 60, p. 130-148, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2021-N60-1505>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GARAU, Marilha Gabriela R.; COSTA, Perla Alves Bendo de O. ?É posse para uso ou é tráfico??: um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06. Revista Brasileira de Sociologia e Direito, v. 7, n. 1, p. 70-95, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MORAES, Alexandre. Voto do Ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GORETE, Ana Maria de Oliveira; ANDRADE, Rafael de Brito; SILVA, Beatriz Santos da; SOUSA, Lucas Santana. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre a aplicação da



prisão provisória nos casos de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2011.



=====

**Arquivo 1:** [TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)

**Arquivo 2:** <https://www.ussc.gov/research/quick-facts/drug-trafficking> (838 termos)

**Termos comuns:** 0

**Similaridade:** 0,00%

**O texto abaixo é o conteúdo do documento** [TCC Gilnei -Descricionariiedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)

**Os termos em vermelho foram encontrados no documento** <https://www.ussc.gov/research/quick-facts/drug-trafficking> (838 termos)

=====

PÚBLICA

A DISCRICIONARIEDADE E A INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI

11.343/2006

Gilnei Calmon Costa<sup>1</sup>

Orientador: Bruno Texeira Bahia<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo analisa qualitativamente a aplicação da Lei 11.343/06 no Brasil, focando nos artigos 28 e 33, que tratam do uso e tráfico de drogas. Destaca a discricionariiedade na interpretação desses artigos pelas autoridades policiais e judiciais e seus impactos sociais e no sistema de justiça. A pesquisa utiliza dados de ocorrências de tráfico de drogas e posse para consumo pessoal em Salvador, em dezembro de 2023, com base nos registros do Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal. Foram analisados 59 casos de Autos de Prisão em Flagrante (ADPFs) e 45 casos de Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs). Os resultados destacam a predominância da Polícia Militar, falta de objetividade na quantificação das drogas, discricionariiedade na interpretação dos casos e desafios na aplicação da legislação.

**PALAVRAS-CHAVES:** tráfico de drogas, posse para consumo pessoal, ocorrências policiais, quantificação de drogas, discricionariiedade, aplicação da lei.

**ABSTRACT:** This article qualitatively analyzes the application of Law 11.343/06 in Brazil, focusing on Articles 28 and 33, regarding drug use and trafficking. It highlights the discretion in interpreting these articles by police and judicial authorities and their social and justice system impacts. The research uses data on drug trafficking and possession in Salvador, December 2023, from the Institute of Public Security Statistics and Criminal Research. It analyzed 59 Arrests in Flagrante Delicto (ADPFs) and 45 Circumstantial Term of Occurrence (TCOs). Key points include occurrence location, responsible institution, reference weight for drug



quantification, agent gender, amounts seized, and drug types. Results highlight Military Police predominance, lack of objectivity in drug quantification, case interpretation discretion, and legal criteria relativization, indicating challenges in consistently applying drug-related legislation.

Keywords: drug trafficking, possession for personal use, police incidents, drug quantification, discretion, law enforcement.

SUMÁRIO: 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS. 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06. 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS. 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 Graduando em direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL) E-mail: gilnei.costa@ucsal.edu

2 Especialista em Ciências Criminais (UFBA). Mestre e Doutor em Ciência Sociais (FFCH-UFBA Advogado

Criminal, professor da UCSAL e Coordenador do Observatório de Violência Crime e Sociedade (OBVIO)- grupo de pesquisa (UCSAL) Integrante do Laboratório de Estudos Sobre Crime e Sociedade - LASSOS (UFBA),

Coordenador do Observatório de Violência, Crime e Sociedade. Atua na área de pesquisa empírica em Direito,

Fluxo de Justiça, Estudos Prisionais, Crime e Punição

1

## 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS

O presente trabalho tem como objetivo analisar como a falta de critérios objetivos quanto a quantidade de drogas e as circunstâncias da prisão impactam para a formação de uma discricionariedade na imputação dos artigos 283 e 334 da Lei 11.343/06 pelas autoridades policiais, ao classificar usuários e traficantes, observando, ainda, os efeitos do racismo estrutural e institucional.

Os artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006 exemplificam a diferenciação legal entre o uso pessoal e o tráfico de drogas. O artigo 28 trata do porte para consumo pessoal, especificando cinco condutas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo) que, embora ilícitas, não acarretam pena de prisão. Por outro lado, o artigo 33 aborda o tráfico de drogas, abrangendo dezoito condutas relacionadas à produção, distribuição e comercialização de drogas, com penas severas que incluem reclusão de 5 a 15 anos e multa. A distinção entre usuário e traficante é fundamental para uma abordagem justa e eficaz na política de drogas, reconhecendo que usuários necessitam de apoio e tratamento, enquanto traficantes devem ser penalizados para coibir a disseminação de substâncias ilícitas.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a Lei 11.343/2006, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta do usuário de drogas, retirando o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal. Entretanto, continua sendo considerado um ilícito, um ato contrário ao Direito. Houve, portanto, uma descriminalização formal, mas não a legalização da droga (ou descriminalização substancial) (GOMES et al., 2007).



É possível concluir que a inserção da nova Lei de Drogas afastou a possibilidade de aplicar algum tipo de pena de prisão às condutas descritas no tipo penal do art. 28. Isso ocorre porque, legalmente, no Brasil, "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção, cabendo ao dispositivo em análise somente penalidades administrativas, como advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos. Logo, esse dispositivo normativo não pode ser definido como crime, nem pode ser considerado uma contravenção penal. Ele constitui um novo modelo de infração, chamado por alguns doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci, Luiz Flávio Gomes e Renato Marcão, de "sui

3 Art.28 da Lei 11.343/06: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.

4 Art.33 da Lei 11.343/06: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena ? reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa  
2

generis", devido à sua característica híbrida. Consequentemente, não podemos atribuir ao usuário de drogas a alcunha de criminoso.

As penas cominadas se resumem a medidas educativas, compostas por advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou cursos educativos. Todas são voltadas para conscientizar os usuários sobre os efeitos das drogas, afastando o caráter penal e direcionando o problema para a saúde pública. O legislador, entendendo o caráter de dependência associado às drogas, deu tratamento normativo diferenciado ao usuário quanto à reincidência. É possível admitir que o usuário reincida na prática desse delito sem reduzir os efeitos da transação penal. Sendo concedida a suspensão condicional, independentemente do lapso temporal da infração anterior, diferenciando-se do que é estabelecido pelo Código Penal<sup>5</sup>.

O objeto jurídico do artigo 28 se estrutura em dupla interpretação normativa. Para o saudoso professor Luiz Flávio Gomes, a lei estabelece dois comandos: o primeiro é direcionado ao agente, que pode ser qualquer pessoa que cometa alguma dessas condutas a qualquer tempo, pois é proibido adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga, ainda que seja para consumo pessoal. O segundo comando está associado à consequência por ter violado o primeiro e é direcionado à autoridade competente. Uma vez praticada a conduta proibida, o juiz está obrigado a aplicar uma pena cominada, que, nesse caso, se limita a uma sanção administrativa (GOMES et al., 2007).



Como esse bem jurídico está tutelado pelo Direito Penal brasileiro, ainda que as sanções sejam restritamente administrativas, o juiz está obrigado a aplicá-las, sob pena de responder criminalmente ou administrativamente em caso de omissão. Toda norma penal tem como objetivo final a proteção de um bem jurídico, e aqui não seria diferente. O bem jurídico tutelado imediato é a saúde pública, e os mediatos são a vida, a integridade física e psíquica das pessoas. Esses constituem o rol de proteção por parte do Estado, que dispõe de suas instituições para salvaguardar esses bens jurídicos, sendo interesse do Estado coibir as ações lesivas contra esses bens.

A infração do artigo 28 é classificada como norma de perigo abstrato, lesiva aos interesses da saúde pública e à vida do próprio usuário, o que mitiga o princípio da ofensividade. Pois não oferece risco a uma vítima direta, sendo limitada a uma conduta infratora. Está

5 Art. 64 - Para efeito de reincidência:

Inciso I- Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração

posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação

3

proibido qualquer pessoa adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga. Essas ações são condutas que o agente está proibido de praticar. No caso do artigo em análise, a conduta do agente já consuma o crime: ele inicia os atos executórios e instantaneamente consuma o crime. Para ser punido, ele precisa estar cometendo o ato, não sendo cabível a tentativa.

O objeto de controvérsias está na idoneidade lesiva da conduta, ou seja, se a droga apreendida em posse do agente infrator tem como finalidade o consumo pessoal. Isso nos remete ao cerne da discussão sobre a discricionariedade interpretativa da norma. Pois, se não há critérios objetivos para definir a finalidade da droga, é necessário aferir critérios subjetivos para obter a materialidade formal da conduta do agente.

Inicialmente, o primeiro critério analisado está relacionado ao objeto material da infração. O artigo 28 da Lei 11.343/06 é considerado por Guilherme de Souza Nucci como uma infração *sui generis* e em branco. "*Sui generis*" porque não se trata de crime, nem tampouco de uma contravenção, e "em branco" porque ele considera a infração incompleta, uma vez que exige um complemento normativo ou valorativo, que, no caso em destaque, seria a lista de drogas e substâncias análogas fornecida pela Anvisa, vinculada ao Ministério da Saúde. Nesse caso, com esse complemento vindo do executivo, estaríamos diante de uma lei em branco heterogênea (ou heteróloga) (NUCCI, 2017).

Para iniciar a persecução penal, o Estado precisa atender o critério material da norma, ou seja, precisa provar que a droga apreendida em posse do agente consta no rol de substâncias proibidas pela Anvisa. Isso define o primeiro critério para materialidade formal. A partir da quantidade de droga apreendida, é possível aferir a sua finalidade. Obviamente, 1 tonelada de drogas apreendida em poder de um agente jamais poderá ser avaliada com a finalidade de consumo próprio. Os critérios objetivos facilitam o correto enquadramento da conduta. Já os critérios subjetivos dão margem para interpretações equivocadas e preconceituosas, culminando



em aberrações processuais e consolidando o racismo estrutural que impera nas instituições do Estado brasileiro.

A problemática se estabelece ao analisar os critérios para qualificação desse tipo penal.

O artigo 28 no seu parágrafo 2º 6, estabelece critérios para definição de usuário: ?Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade

6 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.

4

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?.

A lei estabelece critérios relevantes para determinar se a droga era para consumo pessoal ou para traficância. Ainda que não seja clara a determinação quantitativa, algumas cifras se tornam indubitáveis. Entretanto, quando afastado o critério quantitativo, outras circunstâncias objetivas são apreciadas. A droga apreendida passa a ser relevante para aferir o desvalor da conduta, ou seja, se é cocaína, crack, maconha; as circunstâncias da apreensão, quanto ao local, se é zona típica de tráfico. Porém, o critério mais polêmico são os subjetivos. Analisar o agente mediante o seu quadro social é onde a lei se torna discricionária.

Para Guilherme de Souza Nucci, os critérios subjetivos destacados para a aplicação do artigo 28 da Lei 11.343/06 incluem as circunstâncias pessoais do agente, sua situação social e econômica, a quantidade e natureza da droga e a finalidade da posse (NUCCI, 2017). Esses critérios são fundamentais para assegurar uma diferenciação justa entre usuários e traficantes, promovendo uma abordagem equilibrada e proporcional no tratamento das questões relacionadas ao porte de drogas.

Os critérios relacionados às circunstâncias pessoais, situação social e econômica do agente, na maioria dos casos concretos, são relativizados em detrimento dos critérios objetivos e das circunstâncias da prisão. As regiões de comercialização de drogas são habitadas por indivíduos de baixa condição econômica e vulnerabilidade social. Logo, esse sujeito, quando flagrado com uma quantidade de drogas limítrofe, que pode ser associada ao consumo individual ou ao tráfico, e a droga acondicionada em recipiente com caráter comercial, somado ao fato de estar nas zonas de traficância, não tem os demais critérios apreciados, o que provoca uma inversão na finalidade da droga apreendida.

Por conseguinte, esses critérios dúbios para a definição do tipo penal protagonizam uma série de aberrações jurídicas. A falta de objetividade normativa impulsiona a interpretação equivocada das autoridades quanto ao tipo penal e está intimamente relacionada ao rumo processual. Como ficou demonstrado, a conduta do usuário tem tratamento específico na esfera penal, se aproximando de uma infração administrativa.

É notório um avanço no tratamento ao usuário de drogas a partir da análise do artigo 16 da Lei 6.368/76, revogada pela Lei 11.343/06. Esse instituto normativo previa a pena de seis meses a dois anos de detenção, contemplando a conduta da posse de drogas para consumo pessoal como criminosa, tratando esse fato como caso de polícia, formalizando a abertura de



inquérito policial, e conseqüentemente o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o que gerava uma demonização social contra essa figura. O início do abrandamento dessa conduta

5

ocorreu com a promulgação da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), que passou a admitir a suspensão condicional do processo, conseqüentemente, a primeira despenalização da posse de drogas para consumo pessoal, ainda que não removesse o caráter criminoso da conduta. Mais adiante, com a chegada da Lei 10.259/2001, houve a concretização do conceito de infração de menor potencial para todos os delitos punidos com pena até dois anos, caracterizando o segundo passo para a despenalização do artigo 16 da Lei 6.378/76. Finalmente, para consolidar a tendência de despenalização, a promulgação da Lei 11.313/2006 passou a admitir como infração de menor potencial ofensivo todas as contravenções e delitos que cominassem pena máxima de até dois anos.

Se, por um lado, o legislador com a nova Lei de Tóxicos quis alterar o status de infração penal para ?sui generis?, elevando o usuário de drogas à condição de vítima, instituindo uma política de drogas construída sobre a ótica da redução de danos, desmitificando a beligerância social contra esse indivíduo e inserindo uma política de uso controlado, como o álcool, afastando-se do combate policial, extinguindo a sanção penal e dispensando tratamento de saúde pública ao tema.

Por outro lado, o novo dispositivo normativo endureceu o tratamento para com o traficante. A nova redação aumentou a pena inicial para o crime de tráfico de 3 anos para 5 anos, acresceu de 30 a 360 dias multa para 500 a 1500 dias multa, criou agravantes específicas para o crime de tráfico envolvendo crianças e adolescentes, endureceu as condições para progressão de regime para reincidentes, ampliou a possibilidade de confisco de bens adquiridos com o dinheiro do tráfico, atingindo as organizações criminosas voltadas para a prática desse crime, inclusive, punindo de forma mais gravosa os financiadores, entre outras mudanças. Essa discricionariedade extraída do parágrafo 2º do art. 28 torna-se o ponto nevrálgico da problemática, pois é uníssono entre os doutrinadores Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt que não cabe extensão subjetiva no Direito Penal quando as conseqüências jurídicas recaem sobre o bem jurídico liberdade. "A aplicação da lei penal deve ser restrita aos casos e pessoas que ela define claramente. A inclusão de sujeitos não mencionados na norma viola os princípios da legalidade e da segurança jurídica, pilares do Direito Penal moderno? (BITENCOURT, 2010).

## 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06

A Constituição Federal de 1988 instituiu a supremacia constitucional através do artigo 60, §4º, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais. Segundo esse princípio, qualquer lei infraconstitucional que promova tratamento desigual entre os indivíduos deve ser afastada

6

do ordenamento jurídico. No entanto, mesmo quando essas leis causam efeitos devastadores para a população menos favorecida, majoritariamente negra, a impugnação dessa norma não colocou os direitos fundamentais no centro do debate. Isso permite que as autoridades do Estado mantenham práticas seletivas, como ocorre com a discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Durante o julgamento destinado a reduzir as distorções provocadas pela discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/067, observa-se um consenso entre os Ministros da Suprema Corte quanto às injustiças e aberrações jurídicas promovidas por essa norma para uma parte específica da população. No entanto, é notável a falta de atenção à questão da segregação racial. Ao impugnar a referida norma, através de recurso extraordinário e em tema de repercussão geral, a defesa do acusado alegou lesão ao princípio da intimidade e da vida privada sem fazer alusão à seletividade racial que a norma provoca. Isso demonstra o quanto a histórica democracia racial brasileira, como uma âncora, impede a elevação do debate sobre o tratamento jurídico desigual entre diferentes camadas sociais e raciais submetidas a abusos policiais.

Os ministros Gilmar Mendes<sup>8</sup> e Alexandre de Moraes<sup>9</sup>, em seus votos no julgamento que discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, reconhecem a seletividade normativa, como destaca o ministro Gilmar Mendes: "Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com privação da liberdade?". E Alexandre de Moraes acrescenta: "É possível constatar que os jovens, em especial os negros (pretos e pardos), analfabetos são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas (maconha ou cocaína) do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior?".

Os ministros apontam para a necessidade de estabelecer critérios objetivos para a subsunção da norma, pois entendem que há lacunas para arbitrariedade. Segundo eles, "a necessidade de equalizar uma quantidade média padrão como presunção relativa para

<sup>7</sup> <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>, acessado em 09/06/2024

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>, acessado em 15/11/2023

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre. Voto do ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>, acessado em: 15/11/2023

7

caracterizar e diferenciar o traficante do portador para uso próprio vai ao encontro do tratamento igualitário entre os diferentes grupos socioculturais, como medida de Justiça e Segurança Jurídica, diminuindo-se a discricionariedade das autoridades públicas?

A necessidade de previsão legal objetiva para conter as aberrações jurídicas protagonizadas pelo Sistema de Justiça torna-se imperiosa. Isso inclui a fixação de quantidades como critério, a fim de evitar a inversão do ônus da prova, ou seja, o usuário não precisaria comprovar que não é traficante, ao mesmo tempo em que não se produza impunidade ao traficante que se enquadra na quantidade e não é preso em flagrante.

O Supremo Tribunal Federal formou maioria sobre a necessidade de critérios objetivos



para o enquadramento da conduta do crime de tráfico. No presente momento, o processo está sob vista do Ministro André Mendonça. Ainda que essa convergência possa abolir a conduta criminosa apenas para o porte de maconha, é unânime entre os ministros que já votaram que a subjetividade normativa deixa lacunas interpretativas e consolida o racismo estrutural presente no Brasil. Portanto, o voto do ministro Moraes construiu a tese no sentido de não tipificar o crime previsto no artigo 28 da Lei 11343/06 para a substância "maconha" e fixar o critério objetivo para determinar o agente que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo uma quantidade entre 25 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas.

A tese firmada não impede o enquadramento no crime de tráfico por quantidades inferiores à fixada. No entanto, determina que a autoridade judicial, de maneira fundamentada, justifique a conversão da prisão em flagrante, apontando obrigatoriamente os critérios caracterizadores do tráfico, tais como a forma de acondicionamento, diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, celulares com anotações de compra e venda, caderno de anotações, circunstâncias da apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico.

Com os critérios objetivos implementados a partir do julgamento do Supremo Tribunal, acreditamos que se formalizarão as balizas para conter a discricionariedade policial e dos operadores do direito, contaminados pelo racismo estrutural e pela política de guerra às drogas, que revoga a conduta do artigo 28 da Lei 11.343/06 para os jovens pretos, pobres e moradores de periferia. Ainda que passível de discricionariedade, a tese fixada possibilita fundamentar a prisão com porte menor do que os critérios objetivos, tendo como base os critérios subjetivos. Entretanto, a obrigatoriedade da fundamentação e a indicação dos critérios, diante do caso concreto, já promovem uma contenção na arbitrariedade.

Na contramão da maioria dos ministros da Suprema Corte e das políticas de redução de danos e de prevenção de riscos, implementadas por orientação da ONU (Organização das

8

Nações Unidas) e pelas legislações de outros países que despenalizam essa conduta e passaram a adotar medidas de saúde pública, houve um backlash (reação legislativa) que culminou na aprovação pela CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da PEC/45 de 2023, que tem por objetivo criminalizar o porte e a posse de substâncias entorpecentes, independentemente da quantidade.

### 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS

O presente capítulo visa analisar qualitativamente trabalhos acadêmicos e desenvolver métodos de pesquisa análogos, que consistem na interpretação de dados policiais e judiciais das instituições brasileiras a partir de relatórios oficiais em capitais do Brasil, tendo como ponto nevrálgico a discricionariedade do artigo 28 e 33 da Lei 11.343/06, os impactos sociais e para o sistema de justiça, e a eficácia dos critérios objetivos para determinação do enquadramento fático pelas autoridades.

Para analisarmos se há esse tipo de discricionariedade e se, nos casos concretos, esses institutos normativos são confundidos a ponto de resultar em um encarceramento em massa de uma parte específica da população, é necessário compreender os objetivos legislativos para distinguir as figuras do traficante e do usuário. Conforme demonstrado anteriormente, alguns



critérios objetivos são considerados no momento da ocorrência, a partir dessas análises estudaremos como cada critério é tratado nos casos concretos.

No entanto, a controvérsia surge a partir da interpretação pelas autoridades dos critérios subjetivos que definem o marco inicial do processo e que pode culminar em injustiça.

Observando a pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas', realizada por Gorete et al. (2011), que analisou 667 atos de prisão em flagrante na cidade de São Paulo com o objetivo de compreender o uso da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas, é possível concluir que a quantidade de drogas apreendida e as circunstâncias da prisão, nos casos pesquisados, estão dentro de um patamar dúbio quanto aos critérios objetivos, o que provoca uma discricionariedade na subsunção da conduta do agente flagrado.

Tem-se que em 62,13% das ocorrências foram apreendidas até 100 gramas de drogas, e em 33,83% foram apreendidas mais de 100 gramas [...]. Verifica-se que, apesar de o dinheiro ser apontado como importante elemento de prova da traficância, em 33,08% das apreensões os presos não apresentavam em seu poder nenhum dinheiro. Em 12,43% dos casos havia presença de até R\$30,00, em 20,81% dos flagrantes as pessoas foram encontradas com valores entre mais de R\$30,00 a R\$100,00, e em 33,38% foram encontrados mais de R\$ 100,00.

[...] Verificou-se que em 48% dos casos a droga não foi apreendida junto ao acusado, ou seja, não estava ele portando ou escondendo a droga consigo. [...] 74% dos casos

9

contaram apenas com o testemunho dos policiais que realizaram a apreensão do acusado, não estando presente nenhuma outra testemunha civil. [...] a frequência de confissão cai para aproximadamente 11%, sendo que cerca de 48% dos acusados permaneceram calados quando interrogados pelo delegado e 41% negaram a prática delituosa.

[...]Dentre os 52% de acusados que fazem alguma declaração na delegacia, tem-se que 30,66% deles afirmaram ser usuários de drogas, 28% disseram ter sofrido flagrante forjado e 21% negaram a propriedade da droga, disseram não serem donos dos entorpecentes encontrados [...] apenas 15% dos autos pesquisados apresentaram a foto da droga apreendida[...].

[...]Importante ressaltar que, apesar de a Lei de Drogas prever diversos tipos penais, houve pouca variação na classificação dada pelo delegado. Cerca de 76% dos casos foram enquadrados apenas no artigo 33, caput da lei 11.343/2006. Em cerca de 11% dos casos a classificação foi realizada combinada com outros delitos (porte de arma, corrupção de menores etc). Em quase 10% deles foram reunidos os artigos artigo 34 e 35, caput da Lei 11.343/2006, que dizem respeito ao maquinário, aparelhos para fabricação, produção da droga e à associação criminosa para cometer o crime, respectivamente[...]? (GORETE et al., 2011).

Os dados revelados pela pesquisa evidenciam que os critérios objetivos mais evidentes, relacionados à circunstância da prisão, o dinheiro apreendido e a quantidade de drogas apreendidas, não fornecem uma carga probatória valorativa para definir se o agente estava cometendo o crime de tráfico ou se estava na condição de usuário. Conseqüentemente, os critérios subjetivos tornam-se protagonistas na determinação da conduta adequada, aguçando a

discricionariedade e afetando a própria autoridade policial.

Conforme destacado por Gorete et al. (2011), no âmbito da pesquisa mencionada, que teve como foco analisar extensivamente a perspectiva dos operadores do sistema de justiça criminal à luz dos casos concretos, trazendo no bojo do estudo a experiência dos operadores do direito, em uma passagem do texto se extra:

?Alguns delegados disseram ter tido, em alguns casos, dúvidas no momento da diferenciação entre traficante e usuário e na respectiva classificação do delito envolvendo drogas. Perguntou-se o que eles faziam nessas situações. Alguns delegados responderam que preferiam liberar o acusado e abriam inquérito policial para apurar o caso, outros disseram que mantinham o suspeito preso [...]? (GORETE et al., 2011)

Esse fato corrobora para uma triste realidade, consagrando o Brasil no topo dos países com as maiores populações carcerária do mundo, indubitavelmente, a falta de objetividade no enquadramento das condutas referentes aos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06 permite esse avanço da população carcerária, pois sem critérios objetivos, as anomalias judiciais quanto ao enquadramento fático se tornam recorrentes e inevitáveis, como evidencia Alvarenga et al (2021): ?a falta de critério para distinguir entre usuários e traficantes contribuiu significativamente para aumentar exponencialmente o número de pessoas presas nos últimos anos. Segundo o próprio Infopen, em 2006 tínhamos 47 mil presos por crimes de drogas (14%  
10

do total). Em 2013 passaram a 138 mil (1 em cada 4 presos), já em 2016 o número alcançou o total de 156.749 mil pessoas?.

Em outra análise, o trabalho das pesquisadoras Marilha Gabriela R. Garau e Perla Alves Bendo de O. Costa, apresentado no artigo ?É posse para uso ou é tráfico? Um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06?, publicado na Revista Brasileira de Sociologia e Direito, é de suma importância para o objeto deste trabalho. O artigo busca compreender os critérios discricionários relacionados à distinção entre traficante e usuário de drogas a partir da análise dos policiais militares, que são os responsáveis pela maioria dos registros das ocorrências policiais envolvendo esse tipo de delito. Conforme Garau e Costa (2020), "a análise dos critérios discricionários utilizados pelos policiais militares no registro de ocorrências envolvendo drogas é fundamental para compreender a distinção entre traficante e usuário" (GARAU; COSTA, 2020)

Analisando a obra supracitada, é possível concluir que o policial militar, que figura como ponto de partida na maioria das ocorrências envolvendo o crime de tráfico de drogas, pratica o primeiro ato discricionário na avaliação do enquadramento fático. Essa figura, por atuar na ponta da lança da repressão estatal a esse tipo de delito, é o responsável por promover a seletividade em relação à formalização do caso. É ele quem vai determinar se a quantidade de droga apreendida é passível de flagrante, se as circunstâncias da abordagem policial por atitude suspeita são passíveis de determinar que a atuação do indivíduo apreendido ostentava estado de traficância, se a droga é leve ou pesada, dentre outros critérios subjetivos intrínsecos ao racismo estrutural.

Essa avaliação perpassa os critérios intraprocessuais e se estende às particularidades administrativas e pessoais, que incluem avaliar se a autoridade policial de plantão coaduna com



o entendimento do policial militar que fará a denúncia, o tempo de aguardo para produção da ocorrência, as reiteradas idas ao fórum para prestar depoimento no curso do processo, se a viatura em que ele está trabalhando no patrulhamento tem ar-condicionado, o que definiria se ele aguardará a ocorrência na delegacia ou continuará no patrulhamento de rua sem ar-condicionado, entre outras.

?Haveria, portanto, um filtro anterior ao ingresso de determinado fato no sistema penal brasileiro enquanto tráfico ou uso. Isso porque, flagrar determinado sujeito na posse de entorpecentes pode não significar sua condução e entrada no sistema de justiça criminal. Assim como, flagrá-lo sem qualquer droga pode ensejar na sua condução à Delegacia. O policial militar pode não executar o flagrante, seja por conta de negociação ou por acreditar que os fatos não seriam suficientes para levar à uma condenação do indivíduo como traficantes. De igual modo, o policial pode conduzir a ocorrência no sentido de atribuir-lhe um contexto específico, ainda que os elementos  
11

de prova também não sejam suficientes para ensejar a condenação do sujeito, desde que o contexto fático da ocorrência possa sustentar o argumento de tráfico.

alguns delegados já teriam uma quantidade específica pré-fixada para enquadrar um fato com flagrante de tráfico de drogas. Se o delegado de plantão da delegacia responsável pelo registro do fato fosse um delegado que consideraria a quantidade ínfima era mais vantajoso resolver a situação no local e liberar o flagrante depois de ?levantar um trocado qualquer? (GARAU; COSTA, 2020)

A partir das análises dessas pesquisas, que examinaram aspectos do cotidiano das instituições brasileiras, é possível traçar um roteiro que evidencia a discricionariedade da Lei 11.343/06. Inicialmente, essa discricionariedade é exercida pela polícia ostensiva, que na maioria dos casos é a primeira a entrar em contato com o agente flagrado em posse de drogas. Em seguida, cabe à autoridade policial decidir se lavrará o flagrante ou não, com base nas provas e nos relatos apresentados. Uma vez convencida, a autoridade policial lavra o flagrante e o agente é submetido à audiência de custódia, momento em que o judiciário tem o primeiro contato com as provas e com o acusado.

É nesse momento que a seletividade racial prepondera. O último passo, aquele que deveria servir como barreira para a injustiça, equivocadamente, inverte o ônus da prova e submete ao réu a capacidade de provar que não estava cometendo o crime de tráfico. Essa inversão processual é responsável pelo encarceramento em massa, como argumenta o excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no julgado que discute a constitucionalidade do artigo 28 da lei em questão: essa prática é incompatível com a presunção de inocência, destacando que a acusação deve provar que a posse de drogas não era para consumo pessoal, e que a avaliação deve ser cuidadosa, especialmente em casos limítrofes.

Além disso, ele critica o uso do princípio 'in dubio pro societate' para justificar prisões preventivas, afirmando que, mesmo nesta fase, a defesa não deve ser obrigada a provar a inocência, e que o mínimo necessário para a prisão preventiva é a preponderância da prova. O ministro também ressalta a importância de um juiz neutro e desinteressado na avaliação das circunstâncias do flagrante, contrapondo-se à visão de policiais diretamente envolvidos na acusação.



A visão evidenciada no voto do Ministro Gilmar Mendes converge com o encontrado na pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas' (Gorete et al., 2011). A prisão provisória assume destaque na tramitação dos processos relacionados ao tráfico de drogas. Na análise dos casos concretos, o estudo apontou que 88,64% dos acusados em flagrante são mantidos presos. No caso da cidade de São Paulo, a competência das prisões em flagrante é do DIPO (Departamento de Inquérito Policial), e os juízes que fazem parte desse órgão estabeleceram um padrão para justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória.

12

?No âmbito da ciência do flagrante, antes de qualquer provocação da defesa, em atenção à Resolução nº 87, de 15/09/2009, do E. Conselho Nacional de Justiça, passo a decidir. Uma vez presente hipótese de flagrante delito, estando o auto de prisão formalmente em ordem, não vislumbrando nenhuma ilegalidade evidente na constrição ordenada, não há, por ora, razões para se determinar o relaxamento da prisão em flagrante.

De outro lado, à míngua de comprovação, desde logo, da satisfação de todos os requisitos legais ensejados da liberdade provisória, e porque ausente, dentre outros, demonstração de vínculo do auto do fato com o distrito da culpa, não é o caso de concessão de liberdade provisória de ofício.

No mais, mantida a prisão, regulamente comunicada, aguarde-se a vinda dos autos principais. Decorrido o prazo legal, cobre-se, assinalando prazo de 24h para atendimento. Ciência ao MP.? (GORETE et al., 2011)

Esses relatos reforçam o entendimento já demonstrado ao longo deste trabalho sobre como a falta de critérios objetivos da Lei 11.343/06 contribui para o encarceramento em massa e para diversos casos de injustiça. Além disso, evidenciam o quadro analisado pela pesquisa. Os pesquisadores selecionaram dois casos concretos para acompanhar o rito processual, mostrando como a discricionariedade na aplicação da lei afeta diretamente a vida dos envolvidos. Esse cenário destaca a importância de se repensar a legislação atual e buscar critérios mais claros e justos para distinguir entre usuário e traficante, conforme discutido anteriormente.

No primeiro caso, um homem de 30 anos, desempregado e morador de rua, foi preso com 8,5 g de maconha e R\$ 20,00. Ele negou a traficância, afirmando ser usuário de drogas, mas foi enquadrado no artigo 33 da Lei 11.343/06 e condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado. No segundo caso, dois jovens de 19 e 25 anos, com perfil socioeconômico mais favorecido, foram abordados com 475,2 g de maconha e uma balança de precisão. Ambos foram enquadrados no mesmo artigo, mas tiveram a liberdade provisória concedida pelo juiz, que considerou a quantidade de droga compatível com o consumo pessoal.

Os casos destacam como critérios objetivos distintos podem levar a desfechos processuais contraditórios. No primeiro caso, a falta de residência fixa e os antecedentes criminais resultaram na manutenção da prisão e na severidade da pena. No segundo, os bons antecedentes, a residência fixa e a possibilidade de contratação de advogados particulares contribuíram para a concessão da liberdade provisória. Essas diferenças refletem uma discrepância social que impacta diretamente as decisões judiciais e a aplicação das garantias constitucionais.



São garantias que deveriam estar ao alcance de qualquer cidadão, uma vez que todos são iguais perante a lei. Contudo, na prática, o racismo estrutural está enraizado nas instituições brasileiras. Embora a pesquisa em análise não tenha coletado dados científicos para chegar a essa conclusão, as narrativas são esclarecedoras, o que nos leva a acreditar que a

13

discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/06, além de promover uma seletividade racial quanto ao indivíduo que poderá ser enquadrado nele, acelera o encarceramento em massa da população negra e desfavorecida. Há uma relação convergente entre o crescente número da população carcerária nos últimos anos, após a promulgação da lei, e as mortes decorrentes de intervenções policiais (MDIP).

?[...] Os dados não nos deixam mentir: houve crescimento de 0,9% na taxa de pessoas privadas de liberdade; em números absolutos, estamos falando de 832.295 pessoas com a sua liberdade cerceada e sob a tutela do Estado. O cenário mudou muito pouco: são jovens de até 29 anos (43,1% da população carcerária), negros (68,2%), o mesmo perfil das vítimas majoritárias de Mortes Violentas Intencionais[...]

Os dados que permitem construir o perfil das vítimas da letalidade policial mantêm são faceta evidente e consolidada historicamente do racismo que estrutura a sociedade brasileira. 83% dos mortos pela polícia em 2022 no Brasil eram negros, 76% tinham entre 12 e 29 anos. Jovens negros, majoritariamente pobres e residentes das periferias seguem sendo alvo preferencial da letalidade policial e, em resposta a sua vulnerabilidade, diversos estados seguem investindo no legado de modelos de policiamento que os tornam menos seguros e capazes de acessar os direitos civis fundamentais à não-discriminação e à vida. O dado sobre local de ocorrência revela a prevalência (68,1%) dos espaços públicos como de maior frequência das ocorrências de MDIP, ao passo que, residências das vítimas e outros tipos de local somam juntos um terço das ocorrências, ou seja, 1/6 das vítimas de letalidade policial foi morta dentro de casa.? (FBSP, 2023)

Atualmente, a política nacional de combate às drogas imprime um aspecto paradoxal, focando na ação beligerante das forças policiais que atinge predominantemente a comunidade jovem, negra e pobre do país. Essa população é vulnerável à cooptação pelas facções criminosas, cada vez mais atuantes e presentes nessa parcela da sociedade. Conforme Alvarenga et al. (2021) destacam, "enquanto a era da sociedade capitalista industrial fez surgir os exércitos industriais de reserva à espera de uma oportunidade de inserção no mundo legal do trabalho, o capitalismo globalizado e tecnológico fez expandir os exércitos ilegais do narcotráfico, cuja condição pode ser aproveitada como matéria-prima à indústria do controle do crime. Sob este ponto de vista, os presídios brasileiros atestam a expansão do encarceramento no país, cuja relação crime, pobreza e cor da pele assume contornos dramáticos, merecendo destaque o comércio ilegal de substâncias psicoativas."

O fenômeno que pode ser observado à luz dessas pesquisas se divide em duas vertentes que, mais à frente, se entrelaçam. Uma está associada ao crescente número de mortes decorrentes de intervenção policial. Como demonstrado, essas mortes acontecem, em sua grande maioria, em zonas de conflito, regiões definidas pelo Estado como suscetíveis ao crime. Na prática, são regiões periféricas onde jovens são cooptados por organizações criminosas para



comercializar drogas como meio de enriquecimento e geração de riqueza. Como reflete Alvarenga et al. (2021): ?Ao analisar os dados estatísticos da violência relacionada à questão

14

das drogas e da sua consequência enquanto política de encarceramento e de extermínio, é possível observar a prevalência de um grupo específico de pessoas que são alvos para o sistema penal, justamente os jovens negros da periferia.

A outra vertente está relacionada ao estado de beligerância deflagrado pelo Estado. Os policiais de patrulhamento ostensivo realizam incursões rotineiras nessas regiões, sitiadas por organizações criminosas, para combater o crime de tráfico de drogas. Como demonstrado, esse agente do Estado figura como o precursor do processo penal para a grande maioria dos crimes de tráfico de drogas. Nele se concentra a discricionariedade material; é ele que vai determinar se o caso será conduzido a uma autoridade policial ou não, e será do depoimento dele que se extrairá a carga probatória para formalizar a denúncia, tornando-se figura imprescindível na produção desses alarmantes números da população carcerária.

Ciente da importância do seu papel na engrenagem processual nos crimes de tráfico e na manutenção do estado de guerra fomentado pelo Estado, esses agentes sabem que, para as pessoas inseridas nesse cotidiano, não cabe interpretação normativa favorável. A apreensão de drogas nessas zonas de conflito sempre estará relacionada ao tráfico de drogas, por um motivo posteriormente protetivo para eles. Essas incursões, por sua natureza, são violentas e raramente não vitimizam alguém. Como o sujeito que habita aquela região tem um estereótipo definido, e há, por parte das instituições estatais, um apoio a esse modelo repressivo, uma espécie de salvo-conduto foi criado para amparar esses agentes.

A conduta desses agentes é legitimada quando a morte decorrente de intervenção policial vitimiza um jovem negro com antecedentes criminais relacionados ao tráfico de drogas. É neste ponto que as vertentes se entrelaçam: até então, elas caminhavam paralelamente, uma vez que os números de mortes por intervenção policial e de encarceramento só crescem. No entanto, elas se cruzam em torno do mesmo agente que atua na linha de frente da política de opressão ao tráfico de drogas.

Portanto, o negro morador da favela, pobre e inserido na zona de conflito do estado de sítio criado pelas forças policiais para combater o tráfico de drogas, torna-se um alvo fácil da discricionariedade legislativa, não lhe sendo concedido um enquadramento mais brando da conduta, ainda que seja o correto. Assim, o artigo 28 da Lei 11.343/06 está tacitamente revogado pelas autoridades policiais nas condutas praticadas nessas localidades e para esse público.

#### 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS

Para encarar a problemática em questão, a pesquisa fará análise dos boletins de ocorrência registrados na cidade de Salvador durante o período de dezembro do ano de 2023.

15

Foram coletados todos os BOs (Boletins de Ocorrência) relacionados aos crimes do artigo 33 e do artigo 28 da Lei 11.343/06. A partir dos relatos das ocorrências, foram obtidas as seguintes informações: quem apresentou a ocorrência, referências de medidas para quantificação da droga apreendida, tipos de drogas apreendidas, sexo do agente flagrado, local da apreensão. Busca-se compreender como esses critérios foram utilizados para definir a subsunção da norma ao caso



concreto.

Para obter os dados relacionados a essa pesquisa, o orientando foi ao Departamento de Polícia Técnica, no Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal, localizado no bairro dos Barris, no complexo do Instituto Médico Legal, na cidade de Salvador. Preencheu um formulário eletrônico com os dados pessoais, informou os dados que gostaria de obter e a finalidade. Após três semanas, recebeu os dados solicitados no e-mail pessoal, através de duas planilhas em Excel.

Uma planilha continha os dados relacionados aos TCOs (Termos Circunstanciados de Ocorrência) e a outra os ADPFs (Autos de Prisão em Flagrante). Foram registradas 59 ocorrências que resultaram em flagrante por tráfico de drogas e 45 que resultaram em TCO. As informações são separadas por colunas que contêm diversas informações, como número da ocorrência, local do fato, hora e data, origem do procedimento, relato do fato, tipo do local do fato, entre outras. Na coluna associada ao relato do fato, consta a descrição oficial do agente que fez a ocorrência. Dessa coluna, foram extraídas informações como quantidade e tipo de droga apreendida e a instituição que fez a ocorrência.

Inicialmente, vamos analisar a planilha dos ADPF. A partir do número da ocorrência, separamos caso a caso e passamos a analisar sete pontos: local da ocorrência, instituição que apresentou a ocorrência, referência de peso utilizada para quantificar a droga, sexo do acusado, valores apreendidos juntos com a droga, diversidade quanto ao tipo de droga e quais drogas foram apreendidas nas ocorrências que apresentaram um único tipo:

1. Local onde originou o flagrante: Cinquenta e quatro ocorrências foram em via pública, quatro ocorrências foram em instituto prisional e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: Cinquenta ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, quatro ocorrências pela Polícia Penal e cinco ocorrências pela Polícia Civil.
3. Referência utilizada para quantificar a droga: Cinquenta e duas ocorrências faziam menção a "trouxa", "pino", "pedra", "saco", "tablet"; seis ocorrências mencionaram "certa quantidade" e uma ocorrência utilizou quilograma como medida de referência.
4. Sexo do agente: Em cinquenta e uma ocorrências, o acusado foi do sexo masculino; em três ocorrências, o acusado era do sexo feminino; em três ocorrências, envolveram ambos os

sexos; e em duas ocorrências não envolveram acusados, foi apresentação de drogas apreendidas sem apresentar um suspeito.

5. Valores apreendidos: Vinte e uma ocorrências fizeram menção a valores apreendidos, e trinta e oito ocorrências não apresentaram valores.
6. Quanto à variedade de drogas apresentada: Dezenove ocorrências apresentaram somente um tipo de droga, dezessete ocorrências apresentaram dois tipos de drogas, e vinte e três ocorrências apresentaram três tipos de drogas.
7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: dez ocorrências foram de cocaína, sete ocorrências de maconha e duas ocorrências de crack.

A partir da análise dos dados, é possível confirmar alguns pontos já apresentados neste trabalho. Observa-se uma predominância quanto ao local que originou a ocorrência, à instituição responsável por deflagrá-la e ao sexo do agente em determinadas ocorrências. Nesta

pesquisa, a Polícia Militar é responsável pela grande maioria das ocorrências, sendo a via pública o local onde ocorrem as abordagens policiais, confirmando o enredo policial de abordagem decorrente de atitude suspeita, e o sexo masculino é predominante entre os envolvidos. Um ponto que chama atenção é que as mulheres figuraram como as únicas flagradas tentando entrar com drogas nas instituições prisionais.

Outro aspecto alarmante é a falta de objetividade relacionada ao relato quantitativo da droga apreendida. Surpreendentemente, das 59 ocorrências, somente uma utilizou a unidade de medida quilograma como parâmetro quantitativo das drogas. Nas demais ocorrências, são mencionadas outras características que não mensuram a quantidade de drogas, o que gera falta de objetividade. Por exemplo, 3 'trouxas' de maconha podem representar 3g ou 300g, e 3 pinos de cocaína podem representar 1g ou até 10g. É imprescindível para o enquadramento fático que a quantidade seja determinada com uma unidade de medida mensurável, respeitando o critério objetivo da quantidade.

Percebe-se uma relativização dos demais critérios objetivos quando a ocorrência envolve mais de uma droga ou quando as drogas estão porcionadas em recipientes comerciais. Isso fica evidente nos relatórios das ocorrências, pois constam características que sugerem um quantitativo imaginário, mas não reportam um peso específico. Por exemplo, em 6 ocorrências, menciona-se 'certa quantidade de drogas'. Outro ponto questionável é a relação entre as drogas e os valores apreendidos. Na maioria dos casos, não houve registro de valores, e nos poucos em que houve, apenas dois casos apresentaram valores acima de R\$ 200,00 (duzentos reais), o que sugere que esse critério não é observado.

17

Portanto, é possível concluir que, para o enquadramento fático no crime de tráfico na cidade de Salvador, durante o período analisado, as autoridades policiais utilizaram critérios relacionados à variedade da substância psicoativa, diversidade nos tipos de drogas, quantidade distribuída em embalagens porcionadas e circunstâncias da prisão. Nos casos em que houve uma única droga apreendida, as ocorrências mencionaram a quantidade em embalagens comerciais, como '60 trouxas de maconha', '10 pedras de crack', '18 pinos de pó', relativizando completamente a medida quantitativa associada ao peso.

Em outra análise, foram observados os mesmos sete quesitos das ocorrências que ensejaram os ADPF, como forma de analisar e comparar os critérios utilizados para determinar o procedimento em cada caso. Foram registradas 45 ocorrências associadas ao crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, que, conseqüentemente, culminaram em Termo Circunstanciado de Ocorrência, uma vez que a lei não prevê sanção penal para esse tipo de delito. Sendo assim, os seguintes dados foram extraídos:

1. Local onde originou o flagrante: trinta e nove ocorrências foram em via pública, duas ocorrências foram em instituto prisional, três ocorrências em eventos festivos e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: trinta e um ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, duas ocorrências pela Polícia Penal, duas ocorrências pela Guarda Municipal, 1 ocorrência por um cidadão e nove ocorrências pela Polícia Civil.
3. Referência utilizada para quantificar a droga: quarenta ocorrências faziam menção a 'trouxa', 'pino', 'pedra', 'saco', 'tablet', 'cigarro', cinco ocorrências mencionaram 'certa



quantidade?.

4. Sexo do agente: quarenta e duas ocorrências o acusado foi do sexo masculino, três ocorrências o acusado era do sexo feminino.
  5. Valores apreendidos: as quarenta e cinco ocorrências não apresentaram valores.
  6. Quanto a variedade de drogas apresentada: quarenta e uma ocorrências apresentaram somente 1 tipo de droga, quatro ocorrências apresentaram 2 tipos de drogas.
  7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: onze ocorrências foram de cocaína, vinte e cinco ocorrências de maconha, ocorrências de crack, duas ocorrências de ecstasy e uma ocorrência sem identificação.
- Ao analisar os dados apresentados, é possível observar a predominância da Polícia Militar na condução das ocorrências. No entanto, há um aumento na participação de outras forças policiais e até mesmo de cidadãos, como no caso específico de um pai que denunciou a
- 18

filha por estar sob efeito de drogas e ter fugido de casa, uma situação comum envolvendo familiares de dependentes químicos.

A via pública continua registrando o maior índice de apreensão, evidenciando a rotina de abordagem policial. As instituições prisionais retornam ao quadro estatístico, e as ocorrências ainda são predominantemente protagonizadas por mulheres, o que inclui as duas ocorrências apresentadas pela Polícia Penal, registrada nessa pesquisa.

No entanto, surge um novo cenário: os eventos festivos. As barreiras policiais colocadas nas entradas dos eventos resultaram em apreensões de drogas para uso pessoal, um ambiente que não havia sido mencionado na análise das ocorrências de tráfico. Não houve relato de valores apreendidos em conjunto com as drogas nesse cenário de usuários.

Os destaques estão relacionados aos tipos de droga e à referência quantitativa. Nos casos analisados, em quarenta ocorrências, foi mencionada uma referência imprecisa como critério quantitativo, como 'trouxa', 'cigarro', 'pino', 'pedra'; nas demais ocorrências, não há menção a nenhum quantitativo específico, sendo utilizada a expressão 'certa quantidade de drogas' para definir a quantidade. Quanto à diversidade de tipos de drogas, observa-se uma predominância nas ocorrências envolvendo um único tipo de substância entorpecente, havendo apenas quatro casos com dois tipos de drogas apreendidas. A maconha surge como a droga mais apreendida entre os usuários, seguida da cocaína. Também são encontradas drogas sintéticas, o que indica o uso recreativo de drogas nesse contexto de pesquisa.

A luz das pesquisas, é possível afirmar que os critérios objetivos são mitigados diante do caso concreto, uma vez que não são mensuradas as quantidades por meio de medida de peso para o correto enquadramento fático. Houve também uma relativização dos critérios associados ao tipo e à variedade da droga apreendida para determinar o procedimento adequado. Ou seja, houve casos em que a droga apreendida era considerada 'pesada', como o 'crack?', havia mais de um tipo de droga na mesma ocorrência e foi enquadrada como crime de posse de droga para consumo pessoal. Por outro lado, em situações em que a ocorrência envolvia apenas um tipo de droga, como 'maconha', com baixo grau de reprovabilidade, foi enquadrada como tráfico. Sendo assim, a falta de critérios objetivos, como quantidade reportada em medida de peso, diversidade de drogas e o peso atribuído à reprovabilidade da conduta, quando analisado o tipo de droga apreendida, corroboram para uma discricionariedade seletiva por parte das



autoridades policiais, já bastante discutida ao longo deste trabalho. Esta pesquisa evidenciou que o documento originário do árduo Processo Penal, a ocorrência policial, não prevê nenhum tipo de formalidade quanto ao preenchimento dos critérios objetivos. O simples fato de haver mais de uma droga na apreensão, ou ter quantidade de porções expressivas segundo critério da

19

autoridade, é o bastante para um enquadramento mais grave da norma, criando uma extensão normativa in malam partem.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, o debate sobre a atuação policial no combate ao tráfico de drogas tem sido objeto de intensas discussões. Nesse contexto, esta pesquisa buscou analisar os padrões de atuação das autoridades policiais, os critérios utilizados para caracterizar os crimes de tráfico e posse para consumo pessoal, bem como as possíveis implicações desses procedimentos.

Ao longo da análise dos dados, foi evidenciada uma predominância da Polícia Militar nas ocorrências relacionadas ao tráfico de drogas, especialmente em abordagens realizadas em via pública. Regiões periféricas e comunidades vulneráveis são frequentemente alvo dessas ações, o que levanta questões sobre seletividade e discriminação racial.

Um ponto alarmante é a falta de critérios objetivos na mensuração das quantidades de drogas apreendidas. Muitas ocorrências mencionam termos imprecisos, como "trouxa" ou "certa quantidade", sem uma medida de peso específica. Isso abre margem para interpretações subjetivas por parte das autoridades, influenciando no enquadramento dos casos.

Além disso, a diversidade de tipos de drogas apreendidas também não é devidamente considerada nos procedimentos policiais. A presença de mais de um tipo de droga na apreensão muitas vezes resulta em consequências mais graves para o acusado, mesmo em casos de posse para consumo pessoal.

A falta de formalidade nos procedimentos policiais, especialmente em relação ao preenchimento das ocorrências, também foi observada. A ausência de critérios claros pode contribuir para decisões arbitrárias e desiguais, afetando principalmente jovens e comunidades marginalizadas.

Diante desses achados, torna-se evidente a necessidade de revisão dos critérios e práticas adotadas pelas autoridades policiais no combate ao tráfico de drogas. É fundamental promover uma atuação mais objetiva, equitativa e respeitosa aos direitos individuais, evitando a perpetuação de estigmas e injustiças.

Os resultados desta pesquisa destacam a urgência de repensar as políticas de segurança pública relacionadas ao combate às drogas. A atuação policial deve ser pautada por critérios claros e objetivos, garantindo a igualdade perante a lei e evitando discriminações baseadas em gênero, raça ou condição socioeconômica.

A discricionariedade observada nos procedimentos policiais, aliada à falta de formalidade e à ausência de critérios objetivos, representa um desafio para a efetividade e a

20

justiça do sistema de justiça criminal. É essencial promover uma abordagem que respeite os direitos individuais e promova a segurança de forma mais eficaz e justa para toda a sociedade.

## 6 BIBLIOGRAFIA



BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 89.

GOMES, Luiz Flavio et al. Lei de Drogas comentadas artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 02 mar. 2017.

ALVARENGA, R.; ROSANELI, C. F.; FERREIRA, A. A.; LIMA, C. B. de. Violência, guerra às drogas e racismo de estado no Brasil. Polis Revista Latinoamericana, v. 20, n. 60, p. 130-148, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2021-N60-1505>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GARAU, Marilha Gabriela R.; COSTA, Perla Alves Bendo de O. ?É posse para uso ou é tráfico??: um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06. Revista Brasileira de Sociologia e Direito, v. 7, n. 1, p. 70-95, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MORAES, Alexandre. Voto do Ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GORETE, Ana Maria de Oliveira; ANDRADE, Rafael de Brito; SILVA, Beatriz Santos da; SOUSA, Lucas Santana. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre a aplicação da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2011.



=====

**Arquivo 1:** [TCC Gilnei -Descriconariedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)

**Arquivo 2:** <http://www.google.com.br/url?esrc=s> (27 termos)

**Termos comuns:** 0

**Similaridade:** 0,00%

**O texto abaixo é o conteúdo do documento** [TCC Gilnei -Descriconariedade da lei 11- após comentarios.pdf \(7850 termos\)](#)

**Os termos em vermelho foram encontrados no documento** <http://www.google.com.br/url?esrc=s> (27 termos)

=====

PÚBLICA

A DISCRICIONARIEDADE E A INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI

11.343/2006

Gilnei Calmon Costa<sup>1</sup>

Orientador: Bruno Texeira Bahia<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo analisa qualitativamente a aplicação da Lei 11.343/06 no Brasil, focando nos artigos 28 e 33, que tratam do uso e tráfico de drogas. Destaca a discricionariedade na interpretação desses artigos pelas autoridades policiais e judiciais e seus impactos sociais e no sistema de justiça. A pesquisa utiliza dados de ocorrências de tráfico de drogas e posse para consumo pessoal em Salvador, em dezembro de 2023, com base nos registros do Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal. Foram analisados 59 casos de Autos de Prisão em Flagrante (ADPFs) e 45 casos de Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs). Os resultados destacam a predominância da Polícia Militar, falta de objetividade na quantificação das drogas, discricionariedade na interpretação dos casos e desafios na aplicação da legislação.

**PALAVRAS-CHAVES:** tráfico de drogas, posse para consumo pessoal, ocorrências policiais, quantificação de drogas, discricionariedade, aplicação da lei.

**ABSTRACT:** This article qualitatively analyzes the application of Law 11.343/06 in Brazil, focusing on Articles 28 and 33, regarding drug use and trafficking. It highlights the discretion in interpreting these articles by police and judicial authorities and their social and justice system impacts. The research uses data on drug trafficking and possession in Salvador, December 2023, from the Institute of Public Security Statistics and Criminal Research. It analyzed 59 Arrests in Flagrante Delicto (ADPFs) and 45 Circumstantial Term of Occurrence (TCOs). Key points include occurrence location, responsible institution, reference weight for drug



quantification, agent gender, amounts seized, and drug types. Results highlight Military Police predominance, lack of objectivity in drug quantification, case interpretation discretion, and legal criteria relativization, indicating challenges in consistently applying drug-related legislation.

Keywords: drug trafficking, possession for personal use, police incidents, drug quantification, discretion, law enforcement.

SUMÁRIO: 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS. 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06. 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS. 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 Graduando em direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL) E-mail: gilnei.costa@ucsal.edu

2 Especialista em Ciências Criminais (UFBA). Mestre e Doutor em Ciência Sociais (FFCH-UFBA Advogado

Criminal, professor da UCSAL e Coordenador do Observatório de Violência Crime e Sociedade (OBVIO)- grupo de pesquisa (UCSAL) Integrante do Laboratório de Estudos Sobre Crime e Sociedade - LASSOS (UFBA),

Coordenador do Observatório de Violência, Crime e Sociedade. Atua na área de pesquisa empírica em Direito,

Fluxo de Justiça, Estudos Prisionais, Crime e Punição

1

## 1 A NORMA E OS EFEITOS PENAIIS

O presente trabalho tem como objetivo analisar como a falta de critérios objetivos quanto a quantidade de drogas e as circunstâncias da prisão impactam para a formação de uma discricionariedade na imputação dos artigos 283 e 334 da Lei 11.343/06 pelas autoridades policiais, ao classificar usuários e traficantes, observando, ainda, os efeitos do racismo estrutural e institucional.

Os artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006 exemplificam a diferenciação legal entre o uso pessoal e o tráfico de drogas. O artigo 28 trata do porte para consumo pessoal, especificando cinco condutas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo) que, embora ilícitas, não acarretam pena de prisão. Por outro lado, o artigo 33 aborda o tráfico de drogas, abrangendo dezoito condutas relacionadas à produção, distribuição e comercialização de drogas, com penas severas que incluem reclusão de 5 a 15 anos e multa. A distinção entre usuário e traficante é fundamental para uma abordagem justa e eficaz na política de drogas, reconhecendo que usuários necessitam de apoio e tratamento, enquanto traficantes devem ser penalizados para coibir a disseminação de substâncias ilícitas.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a Lei 11.343/2006, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta do usuário de drogas, retirando o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal. Entretanto, continua sendo considerado um ilícito, um ato contrário ao Direito. Houve, portanto, uma descriminalização formal, mas não a legalização da droga (ou descriminalização substancial) (GOMES et al., 2007).



É possível concluir que a inserção da nova Lei de Drogas afastou a possibilidade de aplicar algum tipo de pena de prisão às condutas descritas no tipo penal do art. 28. Isso ocorre porque, legalmente, no Brasil, "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção, cabendo ao dispositivo em análise somente penalidades administrativas, como advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos. Logo, esse dispositivo normativo não pode ser definido como crime, nem pode ser considerado uma contravenção penal. Ele constitui um novo modelo de infração, chamado por alguns doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci, Luiz Flávio Gomes e Renato Marcão, de "sui

3 Art.28 da Lei 11.343/06: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.

4 Art.33 da Lei 11.343/06: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena ? reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa  
2

generis", devido à sua característica híbrida. Consequentemente, não podemos atribuir ao usuário de drogas a alcunha de criminoso.

As penas cominadas se resumem a medidas educativas, compostas por advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou cursos educativos. Todas são voltadas para conscientizar os usuários sobre os efeitos das drogas, afastando o caráter penal e direcionando o problema para a saúde pública. O legislador, entendendo o caráter de dependência associado às drogas, deu tratamento normativo diferenciado ao usuário quanto à reincidência. É possível admitir que o usuário reincida na prática desse delito sem reduzir os efeitos da transação penal. Sendo concedida a suspensão condicional, independentemente do lapso temporal da infração anterior, diferenciando-se do que é estabelecido pelo Código Penal<sup>5</sup>.

O objeto jurídico do artigo 28 se estrutura em dupla interpretação normativa. Para o saudoso professor Luiz Flávio Gomes, a lei estabelece dois comandos: o primeiro é direcionado ao agente, que pode ser qualquer pessoa que cometa alguma dessas condutas a qualquer tempo, pois é proibido adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga, ainda que seja para consumo pessoal. O segundo comando está associado à consequência por ter violado o primeiro e é direcionado à autoridade competente. Uma vez praticada a conduta proibida, o juiz está obrigado a aplicar uma pena cominada, que, nesse caso, se limita a uma sanção administrativa (GOMES et al., 2007).



Como esse bem jurídico está tutelado pelo Direito Penal brasileiro, ainda que as sanções sejam restritamente administrativas, o juiz está obrigado a aplicá-las, sob pena de responder criminalmente ou administrativamente em caso de omissão. Toda norma penal tem como objetivo final a proteção de um bem jurídico, e aqui não seria diferente. O bem jurídico tutelado imediato é a saúde pública, e os mediatos são a vida, a integridade física e psíquica das pessoas. Esses constituem o rol de proteção por parte do Estado, que dispõe de suas instituições para salvaguardar esses bens jurídicos, sendo interesse do Estado coibir as ações lesivas contra esses bens.

A infração do artigo 28 é classificada como norma de perigo abstrato, lesiva aos interesses da saúde pública e à vida do próprio usuário, o que mitiga o princípio da ofensividade. Pois não oferece risco a uma vítima direta, sendo limitada a uma conduta infratora. Está

5 Art. 64 - Para efeito de reincidência:

Inciso I- Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração

posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação

3

proibido qualquer pessoa adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga. Essas ações são condutas que o agente está proibido de praticar. No caso do artigo em análise, a conduta do agente já consuma o crime: ele inicia os atos executórios e instantaneamente consuma o crime. Para ser punido, ele precisa estar cometendo o ato, não sendo cabível a tentativa.

O objeto de controvérsias está na idoneidade lesiva da conduta, ou seja, se a droga apreendida em posse do agente infrator tem como finalidade o consumo pessoal. Isso nos remete ao cerne da discussão sobre a discricionariedade interpretativa da norma. Pois, se não há critérios objetivos para definir a finalidade da droga, é necessário aferir critérios subjetivos para obter a materialidade formal da conduta do agente.

Inicialmente, o primeiro critério analisado está relacionado ao objeto material da infração. O artigo 28 da Lei 11.343/06 é considerado por Guilherme de Souza Nucci como uma infração *sui generis* e em branco. "*Sui generis*" porque não se trata de crime, nem tampouco de uma contravenção, e "em branco" porque ele considera a infração incompleta, uma vez que exige um complemento normativo ou valorativo, que, no caso em destaque, seria a lista de drogas e substâncias análogas fornecida pela Anvisa, vinculada ao Ministério da Saúde. Nesse caso, com esse complemento vindo do executivo, estaríamos diante de uma lei em branco heterogênea (ou heteróloga) (NUCCI, 2017).

Para iniciar a persecução penal, o Estado precisa atender o critério material da norma, ou seja, precisa provar que a droga apreendida em posse do agente consta no rol de substâncias proibidas pela Anvisa. Isso define o primeiro critério para materialidade formal. A partir da quantidade de droga apreendida, é possível aferir a sua finalidade. Obviamente, 1 tonelada de drogas apreendida em poder de um agente jamais poderá ser avaliada com a finalidade de consumo próprio. Os critérios objetivos facilitam o correto enquadramento da conduta. Já os critérios subjetivos dão margem para interpretações equivocadas e preconceituosas, culminando



em aberrações processuais e consolidando o racismo estrutural que impera nas instituições do Estado brasileiro.

A problemática se estabelece ao analisar os critérios para qualificação desse tipo penal.

O artigo 28 no seu parágrafo 2º 6, estabelece critérios para definição de usuário: ?Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade

6 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.

4

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?.

A lei estabelece critérios relevantes para determinar se a droga era para consumo pessoal ou para traficância. Ainda que não seja clara a determinação quantitativa, algumas cifras se tornam indubitáveis. Entretanto, quando afastado o critério quantitativo, outras circunstâncias objetivas são apreciadas. A droga apreendida passa a ser relevante para aferir o desvalor da conduta, ou seja, se é cocaína, crack, maconha; as circunstâncias da apreensão, quanto ao local, se é zona típica de tráfico. Porém, o critério mais polêmico são os subjetivos. Analisar o agente mediante o seu quadro social é onde a lei se torna discricionária.

Para Guilherme de Souza Nucci, os critérios subjetivos destacados para a aplicação do artigo 28 da Lei 11.343/06 incluem as circunstâncias pessoais do agente, sua situação social e econômica, a quantidade e natureza da droga e a finalidade da posse (NUCCI, 2017). Esses critérios são fundamentais para assegurar uma diferenciação justa entre usuários e traficantes, promovendo uma abordagem equilibrada e proporcional no tratamento das questões relacionadas ao porte de drogas.

Os critérios relacionados às circunstâncias pessoais, situação social e econômica do agente, na maioria dos casos concretos, são relativizados em detrimento dos critérios objetivos e das circunstâncias da prisão. As regiões de comercialização de drogas são habitadas por indivíduos de baixa condição econômica e vulnerabilidade social. Logo, esse sujeito, quando flagrado com uma quantidade de drogas limítrofe, que pode ser associada ao consumo individual ou ao tráfico, e a droga acondicionada em recipiente com caráter comercial, somado ao fato de estar nas zonas de traficância, não tem os demais critérios apreciados, o que provoca uma inversão na finalidade da droga apreendida.

Por conseguinte, esses critérios dúbios para a definição do tipo penal protagonizam uma série de aberrações jurídicas. A falta de objetividade normativa impulsiona a interpretação equivocada das autoridades quanto ao tipo penal e está intimamente relacionada ao rumo processual. Como ficou demonstrado, a conduta do usuário tem tratamento específico na esfera penal, se aproximando de uma infração administrativa.

É notório um avanço no tratamento ao usuário de drogas a partir da análise do artigo 16 da Lei 6.368/76, revogada pela Lei 11.343/06. Esse instituto normativo previa a pena de seis meses a dois anos de detenção, contemplando a conduta da posse de drogas para consumo pessoal como criminosa, tratando esse fato como caso de polícia, formalizando a abertura de



inquérito policial, e conseqüentemente o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o que gerava uma demonização social contra essa figura. O início do abrandamento dessa conduta

5

ocorreu com a promulgação da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), que passou a admitir a suspensão condicional do processo, conseqüentemente, a primeira despenalização da posse de drogas para consumo pessoal, ainda que não removesse o caráter criminoso da conduta. Mais adiante, com a chegada da Lei 10.259/2001, houve a concretização do conceito de infração de menor potencial para todos os delitos punidos com pena até dois anos, caracterizando o segundo passo para a despenalização do artigo 16 da Lei 6.378/76. Finalmente, para consolidar a tendência de despenalização, a promulgação da Lei 11.313/2006 passou a admitir como infração de menor potencial ofensivo todas as contravenções e delitos que cominassem pena máxima de até dois anos.

Se, por um lado, o legislador com a nova Lei de Tóxicos quis alterar o status de infração penal para ?sui generis?, elevando o usuário de drogas à condição de vítima, instituindo uma política de drogas construída sobre a ótica da redução de danos, desmitificando a beligerância social contra esse indivíduo e inserindo uma política de uso controlado, como o álcool, afastando-se do combate policial, extinguindo a sanção penal e dispensando tratamento de saúde pública ao tema.

Por outro lado, o novo dispositivo normativo endureceu o tratamento para com o traficante. A nova redação aumentou a pena inicial para o crime de tráfico de 3 anos para 5 anos, acresceu de 30 a 360 dias multa para 500 a 1500 dias multa, criou agravantes específicas para o crime de tráfico envolvendo crianças e adolescentes, endureceu as condições para progressão de regime para reincidentes, ampliou a possibilidade de confisco de bens adquiridos com o dinheiro do tráfico, atingindo as organizações criminosas voltadas para a prática desse crime, inclusive, punindo de forma mais gravosa os financiadores, entre outras mudanças. Essa discricionariedade extraída do parágrafo 2º do art. 28 torna-se o ponto nevrálgico da problemática, pois é uníssono entre os doutrinadores Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt que não cabe extensão subjetiva no Direito Penal quando as conseqüências jurídicas recaem sobre o bem jurídico liberdade. "A aplicação da lei penal deve ser restrita aos casos e pessoas que ela define claramente. A inclusão de sujeitos não mencionados na norma viola os princípios da legalidade e da segurança jurídica, pilares do Direito Penal moderno? (BITENCOURT, 2010).

## 2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28º DA LEI 11.343/06

A Constituição Federal de 1988 instituiu a supremacia constitucional através do artigo 60, §4º, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais. Segundo esse princípio, qualquer lei infraconstitucional que promova tratamento desigual entre os indivíduos deve ser afastada

6

do ordenamento jurídico. No entanto, mesmo quando essas leis causam efeitos devastadores para a população menos favorecida, majoritariamente negra, a impugnação dessa norma não colocou os direitos fundamentais no centro do debate. Isso permite que as autoridades do Estado mantenham práticas seletivas, como ocorre com a discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Durante o julgamento destinado a reduzir as distorções provocadas pela discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/067, observa-se um consenso entre os Ministros da Suprema Corte quanto às injustiças e aberrações jurídicas promovidas por essa norma para uma parte específica da população. No entanto, é notável a falta de atenção à questão da segregação racial. Ao impugnar a referida norma, através de recurso extraordinário e em tema de repercussão geral, a defesa do acusado alegou lesão ao princípio da intimidade e da vida privada sem fazer alusão à seletividade racial que a norma provoca. Isso demonstra o quanto a histórica democracia racial brasileira, como uma âncora, impede a elevação do debate sobre o tratamento jurídico desigual entre diferentes camadas sociais e raciais submetidas a abusos policiais.

Os ministros Gilmar Mendes<sup>8</sup> e Alexandre de Moraes<sup>9</sup>, em seus votos no julgamento que discute a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, reconhecem a seletividade normativa, como destaca o ministro Gilmar Mendes: "Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com privação da liberdade?". E Alexandre de Moraes acrescenta: "É possível constatar que os jovens, em especial os negros (pretos e pardos), analfabetos são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas (maconha ou cocaína) do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior?".

Os ministros apontam para a necessidade de estabelecer critérios objetivos para a subsunção da norma, pois entendem que há lacunas para arbitrariedade. Segundo eles, "a necessidade de equalizar uma quantidade média padrão como presunção relativa para

<sup>7</sup> <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>, acessado em 09/06/2024

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>, acessado em 15/11/2023

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre. Voto do ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília.

Voto

RE635659/SP, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>, acessado em: 15/11/2023

7

caracterizar e diferenciar o traficante do portador para uso próprio vai ao encontro do tratamento igualitário entre os diferentes grupos socioculturais, como medida de Justiça e Segurança Jurídica, diminuindo-se a discricionariedade das autoridades públicas?

A necessidade de previsão legal objetiva para conter as aberrações jurídicas protagonizadas pelo Sistema de Justiça torna-se imperiosa. Isso inclui a fixação de quantidades como critério, a fim de evitar a inversão do ônus da prova, ou seja, o usuário não precisaria comprovar que não é traficante, ao mesmo tempo em que não se produza impunidade ao traficante que se enquadra na quantidade e não é preso em flagrante.

O Supremo Tribunal Federal formou maioria sobre a necessidade de critérios objetivos



para o enquadramento da conduta do crime de tráfico. No presente momento, o processo está sob vista do Ministro André Mendonça. Ainda que essa convergência possa abolir a conduta criminosa apenas para o porte de maconha, é unânime entre os ministros que já votaram que a subjetividade normativa deixa lacunas interpretativas e consolida o racismo estrutural presente no Brasil. Portanto, o voto do ministro Moraes construiu a tese no sentido de não tipificar o crime previsto no artigo 28 da Lei 11343/06 para a substância "maconha" e fixar o critério objetivo para determinar o agente que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo uma quantidade entre 25 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas.

A tese firmada não impede o enquadramento no crime de tráfico por quantidades inferiores à fixada. No entanto, determina que a autoridade judicial, de maneira fundamentada, justifique a conversão da prisão em flagrante, apontando obrigatoriamente os critérios caracterizadores do tráfico, tais como a forma de acondicionamento, diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, celulares com anotações de compra e venda, caderno de anotações, circunstâncias da apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico.

Com os critérios objetivos implementados a partir do julgamento do Supremo Tribunal, acreditamos que se formalizarão as balizas para conter a discricionariedade policial e dos operadores do direito, contaminados pelo racismo estrutural e pela política de guerra às drogas, que revoga a conduta do artigo 28 da Lei 11.343/06 para os jovens pretos, pobres e moradores de periferia. Ainda que passível de discricionariedade, a tese fixada possibilita fundamentar a prisão com porte menor do que os critérios objetivos, tendo como base os critérios subjetivos. Entretanto, a obrigatoriedade da fundamentação e a indicação dos critérios, diante do caso concreto, já promovem uma contenção na arbitrariedade.

Na contramão da maioria dos ministros da Suprema Corte e das políticas de redução de danos e de prevenção de riscos, implementadas por orientação da ONU (Organização das

8

Nações Unidas) e pelas legislações de outros países que despenalizam essa conduta e passaram a adotar medidas de saúde pública, houve um backlash (reação legislativa) que culminou na aprovação pela CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da PEC/45 de 2023, que tem por objetivo criminalizar o porte e a posse de substâncias entorpecentes, independentemente da quantidade.

### 3 PESQUISAS QUE ANALISARAM A DISCRICIONARIEDADE DO ARTIGO 28º A PARTIR DE DOCUMENTOS JUDICIAIS

O presente capítulo visa analisar qualitativamente trabalhos acadêmicos e desenvolver métodos de pesquisa análogos, que consistem na interpretação de dados policiais e judiciais das instituições brasileiras a partir de relatórios oficiais em capitais do Brasil, tendo como ponto nevrálgico a discricionariedade do artigo 28 e 33 da Lei 11.343/06, os impactos sociais e para o sistema de justiça, e a eficácia dos critérios objetivos para determinação do enquadramento fático pelas autoridades.

Para analisarmos se há esse tipo de discricionariedade e se, nos casos concretos, esses institutos normativos são confundidos a ponto de resultar em um encarceramento em massa de uma parte específica da população, é necessário compreender os objetivos legislativos para distinguir as figuras do traficante e do usuário. Conforme demonstrado anteriormente, alguns



critérios objetivos são considerados no momento da ocorrência, a partir dessas análises estudaremos como cada critério é tratado nos casos concretos.

No entanto, a controvérsia surge a partir da interpretação pelas autoridades dos critérios subjetivos que definem o marco inicial do processo e que pode culminar em injustiça.

Observando a pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas', realizada por Gorete et al. (2011), que analisou 667 atos de prisão em flagrante na cidade de São Paulo com o objetivo de compreender o uso da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas, é possível concluir que a quantidade de drogas apreendida e as circunstâncias da prisão, nos casos pesquisados, estão dentro de um patamar dúbio quanto aos critérios objetivos, o que provoca uma discricionariedade na subsunção da conduta do agente flagrado.

Tem-se que em 62,13% das ocorrências foram apreendidas até 100 gramas de drogas, e em 33,83% foram apreendidas mais de 100 gramas [...]. Verifica-se que, apesar de o dinheiro ser apontado como importante elemento de prova da traficância, em 33,08% das apreensões os presos não apresentavam em seu poder nenhum dinheiro. Em 12,43% dos casos havia presença de até R\$30,00, em 20,81% dos flagrantes as pessoas foram encontradas com valores entre mais de R\$30,00 a R\$100,00, e em 33,38% foram encontrados mais de R\$ 100,00.

[...] Verificou-se que em 48% dos casos a droga não foi apreendida junto ao acusado, ou seja, não estava ele portando ou escondendo a droga consigo. [...] 74% dos casos

9

contaram apenas com o testemunho dos policiais que realizaram a apreensão do acusado, não estando presente nenhuma outra testemunha civil. [...] a frequência de confissão cai para aproximadamente 11%, sendo que cerca de 48% dos acusados permaneceram calados quando interrogados pelo delegado e 41% negaram a prática delituosa.

[...]Dentre os 52% de acusados que fazem alguma declaração na delegacia, tem-se que 30,66% deles afirmaram ser usuários de drogas, 28% disseram ter sofrido flagrante forjado e 21% negaram a propriedade da droga, disseram não serem donos dos entorpecentes encontrados [...] apenas 15% dos autos pesquisados apresentaram a foto da droga apreendida[...].

[...]Importante ressaltar que, apesar de a Lei de Drogas prever diversos tipos penais, houve pouca variação na classificação dada pelo delegado. Cerca de 76% dos casos foram enquadrados apenas no artigo 33, caput da lei 11.343/2006. Em cerca de 11% dos casos a classificação foi realizada combinada com outros delitos (porte de arma, corrupção de menores etc). Em quase 10% deles foram reunidos os artigos artigo 34 e 35, caput da Lei 11.343/2006, que dizem respeito ao maquinário, aparelhos para fabricação, produção da droga e à associação criminosa para cometer o crime, respectivamente[...]? (GORETE et al., 2011).

Os dados revelados pela pesquisa evidenciam que os critérios objetivos mais evidentes, relacionados à circunstância da prisão, o dinheiro apreendido e a quantidade de drogas apreendidas, não fornecem uma carga probatória valorativa para definir se o agente estava cometendo o crime de tráfico ou se estava na condição de usuário. Conseqüentemente, os critérios subjetivos tornam-se protagonistas na determinação da conduta adequada, aguçando a



discricionariedade e afetando a própria autoridade policial.

Conforme destacado por Gorete et al. (2011), no âmbito da pesquisa mencionada, que teve como foco analisar extensivamente a perspectiva dos operadores do sistema de justiça criminal à luz dos casos concretos, trazendo no bojo do estudo a experiência dos operadores do direito, em uma passagem do texto se extra:

“Alguns delegados disseram ter tido, em alguns casos, dúvidas no momento da diferenciação entre traficante e usuário e na respectiva classificação do delito envolvendo drogas. Perguntou-se o que eles faziam nessas situações. Alguns delegados responderam que preferiam liberar o acusado e abriam inquérito policial para apurar o caso, outros disseram que mantinham o suspeito preso [...]” (GORETE et al., 2011)

Esse fato corrobora para uma triste realidade, consagrando o Brasil no topo dos países com as maiores populações carcerária do mundo, indubitavelmente, a falta de objetividade no enquadramento das condutas referentes aos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06 permite esse avanço da população carcerária, pois sem critérios objetivos, as anomalias judiciais quanto ao enquadramento fático se tornam recorrentes e inevitáveis, como evidencia Alvarenga et al (2021): “a falta de critério para distinguir entre usuários e traficantes contribuiu significativamente para aumentar exponencialmente o número de pessoas presas nos últimos anos. Segundo o próprio Infopen, em 2006 tínhamos 47 mil presos por crimes de drogas (14%  
10

do total). Em 2013 passaram a 138 mil (1 em cada 4 presos), já em 2016 o número alcançou o total de 156.749 mil pessoas?”.

Em outra análise, o trabalho das pesquisadoras Marilha Gabriela R. Garau e Perla Alves Bendo de O. Costa, apresentado no artigo “É posse para uso ou é tráfico? Um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06?”, publicado na Revista Brasileira de Sociologia e Direito, é de suma importância para o objeto deste trabalho. O artigo busca compreender os critérios discricionários relacionados à distinção entre traficante e usuário de drogas a partir da análise dos policiais militares, que são os responsáveis pela maioria dos registros das ocorrências policiais envolvendo esse tipo de delito. Conforme Garau e Costa (2020), “a análise dos critérios discricionários utilizados pelos policiais militares no registro de ocorrências envolvendo drogas é fundamental para compreender a distinção entre traficante e usuário” (GARAU; COSTA, 2020)

Analisando a obra supracitada, é possível concluir que o policial militar, que figura como ponto de partida na maioria das ocorrências envolvendo o crime de tráfico de drogas, pratica o primeiro ato discricionário na avaliação do enquadramento fático. Essa figura, por atuar na ponta da lança da repressão estatal a esse tipo de delito, é o responsável por promover a seletividade em relação à formalização do caso. É ele quem vai determinar se a quantidade de droga apreendida é passível de flagrante, se as circunstâncias da abordagem policial por atitude suspeita são passíveis de determinar que a atuação do indivíduo apreendido ostentava estado de traficância, se a droga é leve ou pesada, dentre outros critérios subjetivos intrínsecos ao racismo estrutural.

Essa avaliação perpassa os critérios intraprocessuais e se estende às particularidades administrativas e pessoais, que incluem avaliar se a autoridade policial de plantão coaduna com

o entendimento do policial militar que fará a denúncia, o tempo de aguardo para produção da ocorrência, as reiteradas idas ao fórum para prestar depoimento no curso do processo, se a viatura em que ele está trabalhando no patrulhamento tem ar-condicionado, o que definiria se ele aguardará a ocorrência na delegacia ou continuará no patrulhamento de rua sem ar-condicionado, entre outras.

?Haveria, portanto, um filtro anterior ao ingresso de determinado fato no sistema penal brasileiro enquanto tráfico ou uso. Isso porque, flagrar determinado sujeito na posse de entorpecentes pode não significar sua condução e entrada no sistema de justiça criminal. Assim como, flagrá-lo sem qualquer droga pode ensejar na sua condução à Delegacia. O policial militar pode não executar o flagrante, seja por conta de negociação ou por acreditar que os fatos não seriam suficientes para levar à uma condenação do indivíduo como traficantes. De igual modo, o policial pode conduzir a ocorrência no sentido de atribuir-lhe um contexto específico, ainda que os elementos

11

de prova também não sejam suficientes para ensejar a condenação do sujeito, desde que o contexto fático da ocorrência possa sustentar o argumento de tráfico.

alguns delegados já teriam uma quantidade específica pré-fixada para enquadrar um fato com flagrante de tráfico de drogas. Se o delegado de plantão da delegacia responsável pelo registro do fato fosse um delegado que consideraria a quantidade ínfima era mais vantajoso resolver a situação no local e liberar o flagrante depois de ?levantar um trocado qualquer? (GARAU; COSTA, 2020)

A partir das análises dessas pesquisas, que examinaram aspectos do cotidiano das instituições brasileiras, é possível traçar um roteiro que evidencia a discricionariedade da Lei 11.343/06. Inicialmente, essa discricionariedade é exercida pela polícia ostensiva, que na maioria dos casos é a primeira a entrar em contato com o agente flagrado em posse de drogas. Em seguida, cabe à autoridade policial decidir se lavrará o flagrante ou não, com base nas provas e nos relatos apresentados. Uma vez convencida, a autoridade policial lavra o flagrante e o agente é submetido à audiência de custódia, momento em que o judiciário tem o primeiro contato com as provas e com o acusado.

É nesse momento que a seletividade racial prepondera. O último passo, aquele que deveria servir como barreira para a injustiça, equivocadamente, inverte o ônus da prova e submete ao réu a capacidade de provar que não estava cometendo o crime de tráfico. Essa inversão processual é responsável pelo encarceramento em massa, como argumenta o excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no julgado que discute a constitucionalidade do artigo 28 da lei em questão: essa prática é incompatível com a presunção de inocência, destacando que a acusação deve provar que a posse de drogas não era para consumo pessoal, e que a avaliação deve ser cuidadosa, especialmente em casos limítrofes.

Além disso, ele critica o uso do princípio 'in dubio pro societate' para justificar prisões preventivas, afirmando que, mesmo nesta fase, a defesa não deve ser obrigada a provar a inocência, e que o mínimo necessário para a prisão preventiva é a preponderância da prova. O ministro também ressalta a importância de um juiz neutro e desinteressado na avaliação das circunstâncias do flagrante, contrapondo-se à visão de policiais diretamente envolvidos na acusação.



A visão evidenciada no voto do Ministro Gilmar Mendes converge com o encontrado na pesquisa 'Prisão Provisória e Lei de Drogas' (Gorete et al., 2011). A prisão provisória assume destaque na tramitação dos processos relacionados ao tráfico de drogas. Na análise dos casos concretos, o estudo apontou que 88,64% dos acusados em flagrante são mantidos presos. No caso da cidade de São Paulo, a competência das prisões em flagrante é do DIPO (Departamento de Inquérito Policial), e os juízes que fazem parte desse órgão estabeleceram um padrão para justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão provisória.

12

?No âmbito da ciência do flagrante, antes de qualquer provocação da defesa, em atenção à Resolução nº 87, de 15/09/2009, do E. Conselho Nacional de Justiça, passo a decidir. Uma vez presente hipótese de flagrante delito, estando o auto de prisão formalmente em ordem, não vislumbrando nenhuma ilegalidade evidente na constrição ordenada, não há, por ora, razões para se determinar o relaxamento da prisão em flagrante.

De outro lado, à míngua de comprovação, desde logo, da satisfação de todos os requisitos legais ensejados da liberdade provisória, e porque ausente, dentre outros, demonstração de vínculo do auto do fato com o distrito da culpa, não é o caso de concessão de liberdade provisória de ofício.

No mais, mantida a prisão, regulamente comunicada, aguarde-se a vinda dos autos principais. Decorrido o prazo legal, cobre-se, assinalando prazo de 24h para atendimento. Ciência ao MP.? (GORETE et al., 2011)

Esses relatos reforçam o entendimento já demonstrado ao longo deste trabalho sobre como a falta de critérios objetivos da Lei 11.343/06 contribui para o encarceramento em massa e para diversos casos de injustiça. Além disso, evidenciam o quadro analisado pela pesquisa. Os pesquisadores selecionaram dois casos concretos para acompanhar o rito processual, mostrando como a discricionariedade na aplicação da lei afeta diretamente a vida dos envolvidos. Esse cenário destaca a importância de se repensar a legislação atual e buscar critérios mais claros e justos para distinguir entre usuário e traficante, conforme discutido anteriormente.

No primeiro caso, um homem de 30 anos, desempregado e morador de rua, foi preso com 8,5 g de maconha e R\$ 20,00. Ele negou a traficância, afirmando ser usuário de drogas, mas foi enquadrado no artigo 33 da Lei 11.343/06 e condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado. No segundo caso, dois jovens de 19 e 25 anos, com perfil socioeconômico mais favorecido, foram abordados com 475,2 g de maconha e uma balança de precisão. Ambos foram enquadrados no mesmo artigo, mas tiveram a liberdade provisória concedida pelo juiz, que considerou a quantidade de droga compatível com o consumo pessoal.

Os casos destacam como critérios objetivos distintos podem levar a desfechos processuais contraditórios. No primeiro caso, a falta de residência fixa e os antecedentes criminais resultaram na manutenção da prisão e na severidade da pena. No segundo, os bons antecedentes, a residência fixa e a possibilidade de contratação de advogados particulares contribuíram para a concessão da liberdade provisória. Essas diferenças refletem uma discrepância social que impacta diretamente as decisões judiciais e a aplicação das garantias constitucionais.



São garantias que deveriam estar ao alcance de qualquer cidadão, uma vez que todos são iguais perante a lei. Contudo, na prática, o racismo estrutural está enraizado nas instituições brasileiras. Embora a pesquisa em análise não tenha coletado dados científicos para chegar a essa conclusão, as narrativas são esclarecedoras, o que nos leva a acreditar que a

13

discricionariedade do artigo 28 da Lei 11.343/06, além de promover uma seletividade racial quanto ao indivíduo que poderá ser enquadrado nele, acelera o encarceramento em massa da população negra e desfavorecida. Há uma relação convergente entre o crescente número da população carcerária nos últimos anos, após a promulgação da lei, e as mortes decorrentes de intervenções policiais (MDIP).

?[...] Os dados não nos deixam mentir: houve crescimento de 0,9% na taxa de pessoas privadas de liberdade; em números absolutos, estamos falando de 832.295 pessoas com a sua liberdade cerceada e sob a tutela do Estado. O cenário mudou muito pouco: são jovens de até 29 anos (43,1% da população carcerária), negros (68,2%), o mesmo perfil das vítimas majoritárias de Mortes Violentas Intencionais[...]

Os dados que permitem construir o perfil das vítimas da letalidade policial mantêm são faceta evidente e consolidada historicamente do racismo que estrutura a sociedade brasileira. 83% dos mortos pela polícia em 2022 no Brasil eram negros, 76% tinham entre 12 e 29 anos. Jovens negros, majoritariamente pobres e residentes das periferias seguem sendo alvo preferencial da letalidade policial e, em resposta a sua vulnerabilidade, diversos estados seguem investindo no legado de modelos de policiamento que os tornam menos seguros e capazes de acessar os direitos civis fundamentais à não-discriminação e à vida. O dado sobre local de ocorrência revela a prevalência (68,1%) dos espaços públicos como de maior frequência das ocorrências de MDIP, ao passo que, residências das vítimas e outros tipos de local somam juntos um terço das ocorrências, ou seja, 1/6 das vítimas de letalidade policial foi morta dentro de casa.? (FBSP, 2023)

Atualmente, a política nacional de combate às drogas imprime um aspecto paradoxal, focando na ação beligerante das forças policiais que atinge predominantemente a comunidade jovem, negra e pobre do país. Essa população é vulnerável à cooptação pelas facções criminosas, cada vez mais atuantes e presentes nessa parcela da sociedade. Conforme Alvarenga et al. (2021) destacam, "enquanto a era da sociedade capitalista industrial fez surgir os exércitos industriais de reserva à espera de uma oportunidade de inserção no mundo legal do trabalho, o capitalismo globalizado e tecnológico fez expandir os exércitos ilegais do narcotráfico, cuja condição pode ser aproveitada como matéria-prima à indústria do controle do crime. Sob este ponto de vista, os presídios brasileiros atestam a expansão do encarceramento no país, cuja relação crime, pobreza e cor da pele assume contornos dramáticos, merecendo destaque o comércio ilegal de substâncias psicoativas."

O fenômeno que pode ser observado à luz dessas pesquisas se divide em duas vertentes que, mais à frente, se entrelaçam. Uma está associada ao crescente número de mortes decorrentes de intervenção policial. Como demonstrado, essas mortes acontecem, em sua grande maioria, em zonas de conflito, regiões definidas pelo Estado como suscetíveis ao crime. Na prática, são regiões periféricas onde jovens são cooptados por organizações criminosas para



comercializar drogas como meio de enriquecimento e geração de riqueza. Como reflete Alvarenga et al. (2021): ?Ao analisar os dados estatísticos da violência relacionada à questão

14

das drogas e da sua consequência enquanto política de encarceramento e de extermínio, é possível observar a prevalência de um grupo específico de pessoas que são alvos para o sistema penal, justamente os jovens negros da periferia.

A outra vertente está relacionada ao estado de beligerância deflagrado pelo Estado. Os policiais de patrulhamento ostensivo realizam incursões rotineiras nessas regiões, sitiadas por organizações criminosas, para combater o crime de tráfico de drogas. Como demonstrado, esse agente do Estado figura como o precursor do processo penal para a grande maioria dos crimes de tráfico de drogas. Nele se concentra a discricionariedade material; é ele que vai determinar se o caso será conduzido a uma autoridade policial ou não, e será do depoimento dele que se extrairá a carga probatória para formalizar a denúncia, tornando-se figura imprescindível na produção desses alarmantes números da população carcerária.

Ciente da importância do seu papel na engrenagem processual nos crimes de tráfico e na manutenção do estado de guerra fomentado pelo Estado, esses agentes sabem que, para as pessoas inseridas nesse cotidiano, não cabe interpretação normativa favorável. A apreensão de drogas nessas zonas de conflito sempre estará relacionada ao tráfico de drogas, por um motivo posteriormente protetivo para eles. Essas incursões, por sua natureza, são violentas e raramente não vitimizam alguém. Como o sujeito que habita aquela região tem um estereótipo definido, e há, por parte das instituições estatais, um apoio a esse modelo repressivo, uma espécie de salvo-conduto foi criado para amparar esses agentes.

A conduta desses agentes é legitimada quando a morte decorrente de intervenção policial vitimiza um jovem negro com antecedentes criminais relacionados ao tráfico de drogas. É neste ponto que as vertentes se entrelaçam: até então, elas caminhavam paralelamente, uma vez que os números de mortes por intervenção policial e de encarceramento só crescem. No entanto, elas se cruzam em torno do mesmo agente que atua na linha de frente da política de opressão ao tráfico de drogas.

Portanto, o negro morador da favela, pobre e inserido na zona de conflito do estado de sítio criado pelas forças policiais para combater o tráfico de drogas, torna-se um alvo fácil da discricionariedade legislativa, não lhe sendo concedido um enquadramento mais brando da conduta, ainda que seja o correto. Assim, o artigo 28 da Lei 11.343/06 está tacitamente revogado pelas autoridades policiais nas condutas praticadas nessas localidades e para esse público.

#### 4 A BUSCA E ANÁLISE DOS OCORRÊNCIAS

Para encarar a problemática em questão, a pesquisa fará análise dos boletins de ocorrência registrados na cidade de Salvador durante o período de dezembro do ano de 2023.

15

Foram coletados todos os BOs (Boletins de Ocorrência) relacionados aos crimes do artigo 33 e do artigo 28 da Lei 11.343/06. A partir dos relatos das ocorrências, foram obtidas as seguintes informações: quem apresentou a ocorrência, referências de medidas para quantificação da droga apreendida, tipos de drogas apreendidas, sexo do agente flagrado, local da apreensão. Busca-se compreender como esses critérios foram utilizados para definir a subsunção da norma ao caso



concreto.

Para obter os dados relacionados a essa pesquisa, o orientando foi ao Departamento de Polícia Técnica, no Instituto de Segurança Pública Estatística e Pesquisa Criminal, localizado no bairro dos Barris, no complexo do Instituto Médico Legal, na cidade de Salvador. Preencheu um formulário eletrônico com os dados pessoais, informou os dados que gostaria de obter e a finalidade. Após três semanas, recebeu os dados solicitados no e-mail pessoal, através de duas planilhas em Excel.

Uma planilha continha os dados relacionados aos TCOs (Termos Circunstanciados de Ocorrência) e a outra os ADPFs (Autos de Prisão em Flagrante). Foram registradas 59 ocorrências que resultaram em flagrante por tráfico de drogas e 45 que resultaram em TCO. As informações são separadas por colunas que contêm diversas informações, como número da ocorrência, local do fato, hora e data, origem do procedimento, relato do fato, tipo do local do fato, entre outras. Na coluna associada ao relato do fato, consta a descrição oficial do agente que fez a ocorrência. Dessa coluna, foram extraídas informações como quantidade e tipo de droga apreendida e a instituição que fez a ocorrência.

Inicialmente, vamos analisar a planilha dos ADPF. A partir do número da ocorrência, separamos caso a caso e passamos a analisar sete pontos: local da ocorrência, instituição que apresentou a ocorrência, referência de peso utilizada para quantificar a droga, sexo do acusado, valores apreendidos juntos com a droga, diversidade quanto ao tipo de droga e quais drogas foram apreendidas nas ocorrências que apresentaram um único tipo:

1. Local onde originou o flagrante: Cinquenta e quatro ocorrências foram em via pública, quatro ocorrências foram em instituto prisional e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: Cinquenta ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, quatro ocorrências pela Polícia Penal e cinco ocorrências pela Polícia Civil.
3. Referência utilizada para quantificar a droga: Cinquenta e duas ocorrências faziam menção a "trouxa", "pino", "pedra", "saco", "tablet"; seis ocorrências mencionaram "certa quantidade" e uma ocorrência utilizou quilograma como medida de referência.
4. Sexo do agente: Em cinquenta e uma ocorrências, o acusado foi do sexo masculino; em três ocorrências, o acusado era do sexo feminino; em três ocorrências, envolveram ambos os

sexos; e em duas ocorrências não envolveram acusados, foi apresentação de drogas apreendidas sem apresentar um suspeito.

5. Valores apreendidos: Vinte e uma ocorrências fizeram menção a valores apreendidos, e trinta e oito ocorrências não apresentaram valores.
6. Quanto à variedade de drogas apresentada: Dezenove ocorrências apresentaram somente um tipo de droga, dezessete ocorrências apresentaram dois tipos de drogas, e vinte e três ocorrências apresentaram três tipos de drogas.
7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: dez ocorrências foram de cocaína, sete ocorrências de maconha e duas ocorrências de crack.

A partir da análise dos dados, é possível confirmar alguns pontos já apresentados neste trabalho. Observa-se uma predominância quanto ao local que originou a ocorrência, à instituição responsável por deflagrá-la e ao sexo do agente em determinadas ocorrências. Nesta



pesquisa, a Polícia Militar é responsável pela grande maioria das ocorrências, sendo a via pública o local onde ocorrem as abordagens policiais, confirmando o enredo policial de abordagem decorrente de atitude suspeita, e o sexo masculino é predominante entre os envolvidos. Um ponto que chama atenção é que as mulheres figuraram como as únicas flagradas tentando entrar com drogas nas instituições prisionais.

Outro aspecto alarmante é a falta de objetividade relacionada ao relato quantitativo da droga apreendida. Surpreendentemente, das 59 ocorrências, somente uma utilizou a unidade de medida quilograma como parâmetro quantitativo das drogas. Nas demais ocorrências, são mencionadas outras características que não mensuram a quantidade de drogas, o que gera falta de objetividade. Por exemplo, 3 'trouxas' de maconha podem representar 3g ou 300g, e 3 pinos de cocaína podem representar 1g ou até 10g. É imprescindível para o enquadramento fático que a quantidade seja determinada com uma unidade de medida mensurável, respeitando o critério objetivo da quantidade.

Percebe-se uma relativização dos demais critérios objetivos quando a ocorrência envolve mais de uma droga ou quando as drogas estão porcionadas em recipientes comerciais. Isso fica evidente nos relatórios das ocorrências, pois constam características que sugerem um quantitativo imaginário, mas não reportam um peso específico. Por exemplo, em 6 ocorrências, menciona-se 'certa quantidade de drogas'. Outro ponto questionável é a relação entre as drogas e os valores apreendidos. Na maioria dos casos, não houve registro de valores, e nos poucos em que houve, apenas dois casos apresentaram valores acima de R\$ 200,00 (duzentos reais), o que sugere que esse critério não é observado.

17

Portanto, é possível concluir que, para o enquadramento fático no crime de tráfico na cidade de Salvador, durante o período analisado, as autoridades policiais utilizaram critérios relacionados à variedade da substância psicoativa, diversidade nos tipos de drogas, quantidade distribuída em embalagens porcionadas e circunstâncias da prisão. Nos casos em que houve uma única droga apreendida, as ocorrências mencionaram a quantidade em embalagens comerciais, como '60 trouxas de maconha', '10 pedras de crack', '18 pinos de pó', relativizando completamente a medida quantitativa associada ao peso.

Em outra análise, foram observados os mesmos sete quesitos das ocorrências que ensejaram os ADPF, como forma de analisar e comparar os critérios utilizados para determinar o procedimento em cada caso. Foram registradas 45 ocorrências associadas ao crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, que, conseqüentemente, culminaram em Termo Circunstanciado de Ocorrência, uma vez que a lei não prevê sanção penal para esse tipo de delito. Sendo assim, os seguintes dados foram extraídos:

1. Local onde originou o flagrante: trinta e nove ocorrências foram em via pública, duas ocorrências foram em instituto prisional, três ocorrências em eventos festivos e uma ocorrência em residência.
2. Instituição que apresentou a ocorrência: trinta e um ocorrências foram registradas pela Polícia Militar, duas ocorrências pela Polícia Penal, duas ocorrências pela Guarda Municipal, 1 ocorrência por um cidadão e nove ocorrências pela Polícia Civil.
3. Referência utilizada para quantificar a droga: quarenta ocorrências faziam menção a 'trouxa', 'pino', 'pedra', 'saco', 'tablet', 'cigarro', cinco ocorrências mencionaram 'certa



quantidade?.

4. Sexo do agente: quarenta e duas ocorrências o acusado foi do sexo masculino, três ocorrências o acusado era do sexo feminino.
  5. Valores apreendidos: as quarenta e cinco ocorrências não apresentaram valores.
  6. Quanto a variedade de drogas apresentada: quarenta e uma ocorrências apresentaram somente 1 tipo de droga, quatro ocorrências apresentaram 2 tipos de drogas.
  7. Nas ocorrências que apresentam um único tipo de droga ficou distribuído da seguinte maneira: onze ocorrências foram de cocaína, vinte e cinco ocorrências de maconha, ocorrências de crack, duas ocorrências de ecstasy e uma ocorrência sem identificação.
- Ao analisar os dados apresentados, é possível observar a predominância da Polícia Militar na condução das ocorrências. No entanto, há um aumento na participação de outras forças policiais e até mesmo de cidadãos, como no caso específico de um pai que denunciou a
- 18

filha por estar sob efeito de drogas e ter fugido de casa, uma situação comum envolvendo familiares de dependentes químicos.

A via pública continua registrando o maior índice de apreensão, evidenciando a rotina de abordagem policial. As instituições prisionais retornam ao quadro estatístico, e as ocorrências ainda são predominantemente protagonizadas por mulheres, o que inclui as duas ocorrências apresentadas pela Polícia Penal, registrada nessa pesquisa.

No entanto, surge um novo cenário: os eventos festivos. As barreiras policiais colocadas nas entradas dos eventos resultaram em apreensões de drogas para uso pessoal, um ambiente que não havia sido mencionado na análise das ocorrências de tráfico. Não houve relato de valores apreendidos em conjunto com as drogas nesse cenário de usuários.

Os destaques estão relacionados aos tipos de droga e à referência quantitativa. Nos casos analisados, em quarenta ocorrências, foi mencionada uma referência imprecisa como critério quantitativo, como 'trouxa', 'cigarro', 'pino', 'pedra'; nas demais ocorrências, não há menção a nenhum quantitativo específico, sendo utilizada a expressão 'certa quantidade de drogas' para definir a quantidade. Quanto à diversidade de tipos de drogas, observa-se uma predominância nas ocorrências envolvendo um único tipo de substância entorpecente, havendo apenas quatro casos com dois tipos de drogas apreendidas. A maconha surge como a droga mais apreendida entre os usuários, seguida da cocaína. Também são encontradas drogas sintéticas, o que indica o uso recreativo de drogas nesse contexto de pesquisa.

A luz das pesquisas, é possível afirmar que os critérios objetivos são mitigados diante do caso concreto, uma vez que não são mensuradas as quantidades por meio de medida de peso para o correto enquadramento fático. Houve também uma relativização dos critérios associados ao tipo e à variedade da droga apreendida para determinar o procedimento adequado. Ou seja, houve casos em que a droga apreendida era considerada 'pesada', como o 'crack?', havia mais de um tipo de droga na mesma ocorrência e foi enquadrada como crime de posse de droga para consumo pessoal. Por outro lado, em situações em que a ocorrência envolvia apenas um tipo de droga, como 'maconha', com baixo grau de reprovabilidade, foi enquadrada como tráfico.

Sendo assim, a falta de critérios objetivos, como quantidade reportada em medida de peso, diversidade de drogas e o peso atribuído à reprovabilidade da conduta, quando analisado o tipo de droga apreendida, corroboram para uma discricionariedade seletiva por parte das



autoridades policiais, já bastante discutida ao longo deste trabalho. Esta pesquisa evidenciou que o documento originário do árduo Processo Penal, a ocorrência policial, não prevê nenhum tipo de formalidade quanto ao preenchimento dos critérios objetivos. O simples fato de haver mais de uma droga na apreensão, ou ter quantidade de porções expressivas segundo critério da

19

autoridade, é o bastante para um enquadramento mais grave da norma, criando uma extensão normativa in malam partem.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, o debate sobre a atuação policial no combate ao tráfico de drogas tem sido objeto de intensas discussões. Nesse contexto, esta pesquisa buscou analisar os padrões de atuação das autoridades policiais, os critérios utilizados para caracterizar os crimes de tráfico e posse para consumo pessoal, bem como as possíveis implicações desses procedimentos.

Ao longo da análise dos dados, foi evidenciada uma predominância da Polícia Militar nas ocorrências relacionadas ao tráfico de drogas, especialmente em abordagens realizadas em via pública. Regiões periféricas e comunidades vulneráveis são frequentemente alvo dessas ações, o que levanta questões sobre seletividade e discriminação racial.

Um ponto alarmante é a falta de critérios objetivos na mensuração das quantidades de drogas apreendidas. Muitas ocorrências mencionam termos imprecisos, como "trouxa" ou "certa quantidade", sem uma medida de peso específica. Isso abre margem para interpretações subjetivas por parte das autoridades, influenciando no enquadramento dos casos.

Além disso, a diversidade de tipos de drogas apreendidas também não é devidamente considerada nos procedimentos policiais. A presença de mais de um tipo de droga na apreensão muitas vezes resulta em consequências mais graves para o acusado, mesmo em casos de posse para consumo pessoal.

A falta de formalidade nos procedimentos policiais, especialmente em relação ao preenchimento das ocorrências, também foi observada. A ausência de critérios claros pode contribuir para decisões arbitrárias e desiguais, afetando principalmente jovens e comunidades marginalizadas.

Diante desses achados, torna-se evidente a necessidade de revisão dos critérios e práticas adotadas pelas autoridades policiais no combate ao tráfico de drogas. É fundamental promover uma atuação mais objetiva, equitativa e respeitosa aos direitos individuais, evitando a perpetuação de estigmas e injustiças.

Os resultados desta pesquisa destacam a urgência de repensar as políticas de segurança pública relacionadas ao combate às drogas. A atuação policial deve ser pautada por critérios claros e objetivos, garantindo a igualdade perante a lei e evitando discriminações baseadas em gênero, raça ou condição socioeconômica.

A discricionariedade observada nos procedimentos policiais, aliada à falta de formalidade e à ausência de critérios objetivos, representa um desafio para a efetividade e a

20

justiça do sistema de justiça criminal. É essencial promover uma abordagem que respeite os direitos individuais e promova a segurança de forma mais eficaz e justa para toda a sociedade.

## 6 BIBLIOGRAFIA



BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 89.

GOMES, Luiz Flavio et al. Lei de Drogas comentadas artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 02 mar. 2017.

ALVARENGA, R.; ROSANELI, C. F.; FERREIRA, A. A.; LIMA, C. B. de. Violência, guerra às drogas e racismo de estado no Brasil. Polis Revista Latinoamericana, v. 20, n. 60, p. 130-148, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2021-N60-1505>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GARAU, Marilha Gabriela R.; COSTA, Perla Alves Bendo de O. ?É posse para uso ou é tráfico??: um estudo sobre os critérios utilizados pelos policiais no registro da ocorrência nos crimes da Lei 11.343/06. Revista Brasileira de Sociologia e Direito, v. 7, n. 1, p. 70-95, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MENDES, Gilmar. Voto do Ministro no julgamento Recurso Extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MORAES, Alexandre. Voto do Ministro no julgamento recurso extraordinário 635659/SP, 2023, Brasília. Voto RE635659/SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GORETE, Ana Maria de Oliveira; ANDRADE, Rafael de Brito; SILVA, Beatriz Santos da; SOUSA, Lucas Santana. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre a aplicação da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2011.