

II SEMINÁRIOS DE ESTUDO EMPÍRICO EM DIREITO: Rupturas, Instituições e  
Democracia

**Falou, tá falado: a versão dos policiais militares como fundamento para a sentença penal  
condenatória em crimes de tráfico de drogas**

Carlos Picanço Wambier – Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

Mário Rogel Rocha Filho – Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

Pedro Henrique Rosica de Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

## Falou, tá falado: a versão dos policiais militares como fundamento para a sentença penal condenatória em crimes de tráfico de drogas

Carlos Picanço Wambier<sup>1</sup>

Mário Rogel Rocha Filho<sup>2</sup>

Pedro Henrique Rosica de Oliveira<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente artigo, por meio do método indutivo, analisou as condenações perante o crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006) que ocorreram no primeiro semestre do ano de 2017, na Comarca de Ponta Grossa. Os processos analisados foram acompanhados pela Defensoria Pública do Estado do Paraná, sede de Ponta Grossa. Compulsando os autos, foi possível constatar quantas condenações foram fundamentadas, exclusivamente, com base na versão apresentada pelos policiais militares que realizaram a abordagem. Essa proporção indicaria na seguinte hipótese multidisciplinar: as condenações violam um processo penal democrático acusatório, pois são reflexos de um autoritarismo remanescente do regime de exceção presente na polícia militar e inseridos na lógica seletiva da guerra às drogas, em relação à distinção usuário e traficante.

**Palavras-chave:** Processo penal democrático, Prova testemunhal, Guerra às drogas, Polícia militar.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao iniciar a música “Apesar de você”, Chico Buarque de Holanda profere o seguinte verso: “Hoje você é quem manda, falou tá falado, não tem discussão/ A minha gente hoje anda, falando de lado e olhando pro chão, viu?/ Você que inventou esse Estado/Inventou de inventar/ toda a escuridão (...)”<sup>4</sup>. Tal verso se transpassa em uma crítica ao regime de exceção civil-militar instaurado em 1964, especificamente desconjura o “argumento de autoridade” que os militares usavam para se perpetuarem no poder. Não obstante já se tenha passado trinta e dois anos do término da Ditadura, há na sociedade brasileira resquícios do período em questão que perduram no tempo. Um dos grandes exemplos é a estrutura da Segurança Pública, mais notadamente a instituição constitucionalmente carregada de realizar o policiamento ostensivo e preservar a ordem pública: a Polícia Militar (art. 144, §5º, da Constituição Federal)<sup>5</sup>. Sob o solo dessa

---

<sup>1</sup> Graduando de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

<sup>2</sup> Graduando de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Bolsista Fundação Auracária.

<sup>3</sup> Graduando de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa; Estágio Profissional na Defensoria Pública do Estado do Paraná.

<sup>4</sup> BUARQUE, Chico. Interprete: Chico Buarque, MPB4, Quarteto em Cy. Apesar de Você. In: CHICO BUARQUE. Rio de Janeiro: Universal Music, 1978. 1 CD. Faixa 11.

<sup>5</sup> ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição de 1988. In: TELLES, Edson; SAFATLE, Vladimir. (Orgs.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 42-77.

instituição, por exemplo, nota-se a influência de uma ideologia que permeou o período do regime militar, a Ideologia da Segurança Nacional<sup>6</sup>.

Essa doutrina instituiu um inimigo a ser combatido pelo Estado, e na época do regime de exceção, os principais indivíduos a serem anulados eram os comunistas subversivos; nos dias atuais (com a declaração da guerra às drogas dado por Richard Nixon em 1971) o inimigo social número um é o traficante de drogas ilícitas. Esse é o sujeito a ser exterminado e essa é a guerra declarada<sup>7</sup>. Da declaração, o poder punitivo, por meio de suas agências criminalizadoras, passa a atuar de forma combativa contra o comércio de drogas. Para tanto, usam-se discursos legitimadores, na tentativa de “racionalizar” a guerra às substâncias ilícitas, sendo eles: os Movimentos de Lei e Ordem, a Ideologia da Defesa Social e a já mencionada Ideologia da Segurança Nacional. Segundo o criminólogo Salo de Carvalho, esse seria o tripé da transnacionalização do controle das drogas.<sup>8</sup> Ambos os movimentos têm especificidades históricas e sociais, mas se baseiam em princípios como o da legitimidade do sistema penal em combater certas condutas desviantes que só trariam malefícios ao corpo social, com a existência de um maniqueísmo (o estereótipo do desviante e do não desviante – princípio do bem e do mal<sup>9</sup>), sendo que os inimigos precisariam ser combatidos com a devida intransigência. Especificamente sobre a Segurança Nacional, ideologia que permeia o âmbito da segurança pública, Salo de Carvalho<sup>10</sup> continua sua crítica afirmando que:

A consolidação da lógica militarizada nas estruturas formais da segurança pública no Brasil durante a Ditadura Militar, decorrência do treinamento das Polícias (Militares e Civis) de acordo com a cartilha da ISN, sustenta sistema verticalizado, com alta capacidade de capilarização, afeito à constante violação de legalidade.

Moldadas no militarismo, as agências de controle alimentarão o desejo insaciável de poder punitivo, conformando aquilo que poderia ser denominado como *vontade de suplício*, em virtude de sua expansão ilimitada e imune a qualquer tipo de controle.

---

<sup>6</sup> Nesse diapasão, segue a definição de Salo de Carvalho sobre a ISN “A função deste (super)modelo ideologizado de controle social é, nitidamente, a eliminação do crime/criminoso através da coação direta das agências repressivas” In: CARVALHO, Salo. Política Criminal de Drogas no Brasil. CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas n Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2013. Pg. 94.

<sup>7</sup> O termo da “guerra às drogas” foi popularizado a partir da fala do ex-presidente norte-americano Richard Nixon, que declarou as substâncias ilícitas o inimigo número um do país.

<sup>8</sup> CARVALHO. op cit., p. 83.

<sup>9</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016. p. 41.

<sup>10</sup> CARVALHO. op. cit. p. 97.

A partir do contexto da segurança pública brasileira – militarização e proibicionismo –, e tendo em vista que a real função do combate às substâncias rotuladas como ilícitas não é a diminuição de sua expansão e sim o “controle social das classes perigosas”<sup>11</sup>, o presente artigo buscou investigar – por meio de uma interdisciplinaridade dos ramos das ciências criminais (Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal), por meio do método indutivo, com a coleta de dados dos processos judiciais em Ponta Grossa – se na ainda vige a regra do “falou, tá falado” por parte do policiais militares, quando se tratam de julgamentos relativos ao crime de tráfico.

Nessa linha, o presente estudo visa problematizar as condenações referentes ao delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei Federal 11.343/2006), fundamentadas exclusivamente no testemunho dos policiais militares aos quais ferem um processo penal acusatório. Isso, pois os milicianos são parciais no processo, querendo legitimar suas atuações (crítica no âmbito do processo penal). Já a segunda e terceira crítica se ateria no âmbito da dogmática penal e da criminologia, ao qual a pesquisa buscaria responder os seguintes questionamentos: das tipificações dos art. 28 e 33 da Lei de Drogas, quem decidirá quem é traficante ou usuário?

Para a análise empírica, delimitou-se autos de um marco territorial e temporal: as Varas Criminais da Comarca de Ponta Grossa, nos processos que tiveram a atuação da Defensoria Pública do Estado, entre os meses de janeiro a junho de 2017. A partir delas, busca-se encontrar a proporção de sentenças que tiveram como único elemento de prova o testemunho dos militares.

A partir da interdisciplinaridade nas ciências criminais, o artigo se dividirá em quatro partes: (I) a análise dos autos selecionados, de modo a encontrar a proporção de sentenças que se basearam exclusivamente na versão dos militares; (II) discussão sobre o problema processual que isso acarreta, momento em que se fará uma exposição sobre Provas no processo penal e a valoração destas na fase de sentença; (III) análise dogmática de dois tipos penais, art. 28 e 33 da Lei 11.343/06; (IV) por fim, sob viés criminológico, as consequências e significados dessa prática.

---

<sup>11</sup> ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 3. ed., 2011. p. 125.

## 2 A ANÁLISE EMPÍRICA

Para a análise dos autos, usou-se a seguinte metodologia: (I) verificar o teor do termo de declaração das testemunhas, bem como o interrogatório do indiciado na fase policial; (II) analisar quantas pessoas foram arroladas como testemunha na denúncia oferecida pelo Ministério Público; (III) quais foram as teses defensivas e acusatórias; (IV) por fim, como se deu a valoração das provas e a fundamentação da sentença.

Somaram-se 18 (dezoito) sentenças de janeiro até junho de 2017. Dentre elas, 05 (cinco) tiveram como fundamentação da condenação unicamente a versão apresentada pelos Policiais Militares que atuaram na abordagem do acusado, o que equivaleria a 27,7%; e as outras 13 tiveram mais de um elemento de prova.

Devido à delimitação do objeto de estudo (sentenças condenatórias com um único elemento de prova) o trabalho se aterá na análise dos cinco processos. Porém, deve-se deixar claro que não só pelo fato das outras sentenças haverem mais de um elemento de prova, significaria dizer que foram adequadamente fundamentadas. Um exemplo foram as 05 sentenças que tiveram como provas o testemunho dos militares ou policiais civis que atuaram na prisão em flagrante, juntamente com o exame pericial no celular dos acusados. Todavia, tais perícias, como os próprios juízes disseram, não faziam menção expressa à venda de ilícitos, sendo mensagens cifradas. Porém, o raciocínio era o seguinte: as mensagens cifradas são recorrentes na traficância, portanto, presume-se que as menções alusivas a drogas, eram relacionadas ao tráfico de ilícitos.

Outro dado importante a ser mencionado para se ter um parâmetro em relação aos 27,7% quantificados de sentenças baseadas em uma única prova, é a porcentagem de éditos que foram suficientemente fundamentados, bem como a porcentagem de absolvição ou de sentenças desclassificadoras. Das 18 sentenças, apenas 02 foram suficientemente fundamentadas. Considerou-se bem fundamentada aquela que além da confissão do réu trazia outro elemento de prova (como a versão dos policiais, exame pericial do celular, etc). Em relação às sentenças absolutórias e desclassificadoras, tem-se o dado de que, em apenas um dos processos, onde haviam dois réus acusados de tráfico, um deles foi absolvido, por não ter praticado nenhum dos verbos nucleares do art. 33 da Lei 11.343/06, e o outro teve a sua conduta desclassificada para

o delito descrito no art. 28 da mesma lei. No total, contando com a sentença mencionada anteriormente, houve 03 desclassificações, o que equivaleria à porcentagem de 16,66%.

Os outros casos apresentaram especificidades que mereceriam uma melhor valoração, o que por ora, não seria o objetivo do trabalho. Por exemplo, houve três casos de mulheres que foram levar drogas para os seus maridos na Cadeia Pública Hildebrando de Souza e foram condenadas perante o delito de tráfico, mesmo sendo alegada a tese de crime impossível pela Defesa, devido à absoluta ineficácia do meio empregado.

Importante mencionar, também, que em todos os casos que o acusado fora abordado dentro de sua residência, não houve mandado de busca e apreensão ou qualquer autorização judicial que corroborasse a violação de domicílio. Ou seja, nota-se que para combater o delito de tráfico, quando se tratam de pessoas vulneráveis, o Estado age como criminoso.

Ademais, deve-se ater especificamente às sentenças fundamentadas unicamente no testemunho dos milicianos. Em todos os casos, os juízes partiam da seguinte tese: os Policiais Militares, enquanto agentes do Estado, têm presunção relativa da veracidade dos fatos alegados. Ou seja, até que se prove o contrário (inversão do ônus de prova), presumem-se verdadeiras as versões apresentadas pelos milicianos em juízo.

Nesse sentido, nos autos de nº 0036607-75.2016.8.16.0019, o Juiz afirmou:

Convém consignar ainda que os atos praticados pelos policiais militares, no exercício de suas funções, possuem presunção relativa (*iuris tantum*) de legitimidade, regularidade e veracidade, podendo ser desconstituídos somente por prova inequívoca em sentido contrário. Todavia, meras alegações destituídas de qualquer substrato a confirmá-las (tal como a versão apresentada pelo acusado de que os policiais o induziram a confessar um crime que não cometeu) não são aptas a contradizer a versão uníssona, firme e incontestada dos policiais que atuaram na investigação dos fatos ou na abordagem do agente.<sup>12</sup>

Importante mencionar, que dos dezoito processos analisados, em treze, o Ministério Público arrolou como testemunha especificamente policiais militares; em três, os agentes penitenciários; e em dois policiais civis que atuaram na abordagem.

Assim, percebem-se, a partir da análise dos autos selecionados, os enormes problemas que percorrem uma condenação perante o delito de tráfico de drogas na cidade de Ponta Grossa.

---

<sup>12</sup> BRASIL. 3ª Vara Criminal de Ponta Grossa. Sentença Condenatória nº 0036607-75.2016.8.16.0019. Relator: Luiz Carlos Fortes Bittencourt. Ponta Grossa, PR, 23 de junho de 2017. **Poder Judiciário do Estado do Paraná Comarca de Ponta Grossa 3ª Vara Criminal de Ponta Grossa - Projudi.**

Podendo se constatar a grande falta de técnica dos juízes, que decorre da imprecisão, também técnica, do art. 33 da Lei 11.343/06. Para chegar a tal conclusão, basta somar o número de sentenças baseadas unicamente no testemunho dos militares (5 éditos ou 27,7%), com as sentenças que tiveram por fundamento as seguintes provas: versão dos agentes do Estado (policiais civis ou militares) e exame pericial dos celulares – no caso, insuficientes para postular a condenação, pois faziam apenas alusão ao tráfico, não se referindo expressamente, como já ressaltado anteriormente. Com a soma, chega-se ao total de 10 sentenças, que significa uma porcentagem de 55,55% do total (18). Isto, apenas contando os processos em que as provas foram absolutamente insuficientes, não contando os outros 06 processos, por carregarem em si certas especificidades.

### 3 O PROBLEMA PROCESSUAL

Antes de se debater sobre o problema processual de uma sentença ser lastreada em um único elemento de prova, deve-se, primeiro, esclarecer o que são provas e quais são as suas funções. Aury Lopes Jr, ao escrever sobre o tema, afirma “O processo penal é um instrumento de retrospecto, de reconstrução de um determinado fato histórico. (...) Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)”<sup>13</sup>. É por meio das provas carreadas nos autos do processo que o juiz dirá se o crime está materialmente provado, bem como a autoria do acusado. Nesse sentido:

Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade *recognitiva*, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade *recognoscitiva* do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória.<sup>14</sup>

Mas tal decisão, segundo o art. 155 do Código de Processo Penal, deverá ser devidamente fundamentada, através do sistema de valoração judicial que se convencionou chamar “livre convencimento motivado”. Ou seja, o ato decisório estará restrito à análise das provas produzidas em contraditório e ao decidir sobre a procedência da pretensão acusatória ou

---

<sup>13</sup> LOPES JR. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 14. ed. 14. p. 341.

<sup>14</sup> *Idib.* p. 342.

a absolvição de um acusado, o magistrado deverá fundamentar. Sobre o livre convencimento motivado:

(...) o livre convencimento, é na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle. Não se pode pactuar com o decisionismo de um juiz que julgue “conforme a sua consciência”, dizendo “qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK).<sup>15</sup>

É no intuito de limitar o ato decisório do juiz que a sentença deverá ser fundamentada. No mais, deve-se dizer que em sua atividade cognitiva, no sistema acusatório, o magistrado não buscará a “verdade real” dos fatos – como almejam num sistema inquisitório – tampouco a “verdade processual ou formal” no momento da sentença. A busca da verdade é inalcançável, pois o crime é um fato histórico, pretérito. A sentença “(...) é um ato de crença, de fé. Se isso coincidir com a *verdade*, muito bem. Importa é considerar que a *verdade* é contingencial e não fundante”<sup>16</sup>. Com esse entendimento não se busca negar a verdade dentro do processo penal, mas retirar o elemento “verdade” como algo fundante do processo.

Outra importante questão a mencionar é sobre o papel da prova, mais precisamente o ônus da prova no sistema acusatório. Neste sistema há a separação entre a acusação e o julgador, sendo este mero espectador no processo, não tendo iniciativa probatória. Segundo o princípio dispositivo, que é fundante do sistema acusatório, a gestão da prova está nas mãos das partes. Deve-se dizer também que o ônus de provar os fatos alegados é inteiramente da acusação, pois diferentemente do que acontece no processo civil, no processo penal não há qualquer inversão do ônus probatório. Ora, se o réu é presumidamente inocente até a sentença penal condenatória transitar em julgado (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos), decorrência lógica é que não cabe a ele provar a sua inocência.

Ainda, sobre teoria geral das provas, relevantes são as lições de Luigi Ferrajoli, que ao construir os dez axiomas do garantismo penal, menciona, dentre eles, os seguintes princípios: jurisdicionariedade (*nulla culpa sine iudicio*); acusatório (*nullum iudicium sine accusatione*); do ônus da prova (*nulla accusatio sine probatione*); e por fim, o contraditório e ampla defesa

---

<sup>15</sup> Idib., p. 370.

<sup>16</sup> Id. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5.ed. rev., 2010. p. 270.

ou a falseabilidade das provas (*nulla probatio sine defension*). Tais princípios “respondem às perguntas ‘quando e como julgar’ e expressam as garantias relativas ao processo”<sup>17</sup>.

Para o autor italiano, não há acusação sem provas, sendo que estas, para demonstrar a culpa do imputado, deverão ser coesas e não contraditadas por provas defensivas. A garantia da Defesa está na possibilidade de refutar as acusações, e, se não for possível a mencionada refutação, é a evidência de um processo penal autoritário e não garantista. Neste sentido, disserta Ferrajoli:

A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado. De conformidade com ela, para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis.<sup>18</sup>

E quando a hipótese acusatória não refuta a hipótese defensiva ou esta não refuta aquela, como o juiz decidirá? Se a acusação oferece uma única prova contra o réu (testemunha dos policiais militares que efetuaram a abordagem, por exemplo) e este resiste a pretensão acusatória, afirmando que é inocente do fato ora lhe imputado, ou que é usuário de entorpecentes (como nos casos estudados), como o juiz deverá reagir? Nesse caso, devido a patente dúvida e insuficiência de provas para se chegar a uma conclusão inequívoca, o magistrado decidirá conforme o postulado do *in dubio pro reo*. Como explica o jurista italiano: “este princípio equivale a uma norma de conclusão sobre a decisão da verdade processual fática, que não permite a condenação enquanto junto à hipótese acusatória permaneçam outras hipóteses não refutadas em conflito com ela”<sup>19</sup>.

Pôde-se observar, a partir da análise das sentenças, que elas não foram devidamente fundamentadas, o que contraria a construção garantista e atinge o sistema acusatório como um todo. Pois uma relativa porcentagem (27,7%) se baseou exclusivamente na versão da autoridade.

A jurisprudência majoritária<sup>20</sup> atribui à palavra do policial, enquanto agente estatal, presunção relativa de veracidade, o que significa dizer que a sua versão presume-se verdadeira até prova em contrário. O problema central que a pesquisa visa demonstrar são os dois

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 75.

<sup>18</sup> Id. p. 121.

<sup>19</sup> Id. p. 122.

<sup>20</sup> VALOIS, Luiz Carlos. **Direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Placido, 2. ed., 2017. p. 488.

equivocos nesse tipo de argumentação: primeiro, mitiga-se a presunção de inocência (presunção constitucional e convencionalmente garantida), atribuindo uma presunção de legitimidade da versão dos policiais; segundo, baseia-se a condenação unicamente em prova testemunhal, fato que contraria todo um processo penal democrático.

Há apenas uma presunção no processo penal, que é a da inocência. Esta é a maior garantia que o acusado de um delito detém em face todo o aparato do poder punitivo estatal. Em sede de Direito Administrativo, fala-se em princípio da legitimidade/veracidade do alegado por agentes estatais<sup>21</sup>. Contudo, deve-se ter em mente que Direito Administrativo e Direito Processual Penal são ramos diferentes. Se emprestar tal princípio para o processo penal, de modo a fundamentar atos decisórios, nota-se a completa mitigação do estado de inocência do acusado.

A título de exemplo, se um policial – com a sua presunção relativa de veracidade – abordar um sujeito na rua e encontrar com ele certa quantidade de droga, e o abordado falar que é usuário, mas em juízo, devido “a quantidade e natureza da droga apreendida, ao local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do acusado (art. 28, §2º)” o policial afirmar que o indivíduo era traficante, e tendo como prova apenas as duas versões – testemunho policial e interrogatório do acusado negando a autoria – qual a possibilidade, diante da presunção relativa de veracidade (que prevalecerá), de o réu ser absolvido? Nenhuma.

Como escreveu Ferrajoli<sup>22</sup>, além da necessidade da prova, mais importante ainda é a possibilidade de resistência e de refutação. Se se presume verdadeiro a versão do policial e não a versão do réu, acaba-se com qualquer possibilidade de refutação.

O jurista Luís Carlos Valois, ao tratar sobre drogas e os policiais como testemunhas, em seu livro *Direito Penal da Guerra às Drogas*, analisando autos de prisões em flagrante, afirma que:

(...) o importante é ressaltar serem essas apreensões [de drogas] basicamente a única prova nos autos contra a pessoa indiciada. A prova testemunhal é, normalmente, a própria polícia, que leva a droga à delegacia e diz ter sido a substância apreendida com a pessoa detida (...)<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup>MEIRELLES, Hely Lopes; Burle Filho, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 42. ed., 2016.

<sup>22</sup>FERRAJOLI, op cit., p. 121.

<sup>23</sup>VALOIS, op. cit., p. 488.

Ainda, criticando a conduta de juízes fundamentarem suas decisões condenatórias com base unicamente na versão apresentada por PM's que efetuaram o flagrante, continua o autor:

O mito de que policiais não mentem e “são presumidamente idôneos por exercerem função pública de relevante interesse social” tem sido desfeito pela realidade e pelo clima hostil da guerra às drogas.

Em um ambiente desse tipo quem está na linha de frente da batalha dificilmente terá a isenção necessária para ser a testemunha que a jurisprudência tem exaltado. Formado, treinado e agindo em constante tensão, tendo o tráfico de drogas como *bode expiatório* de diversos males sociais, o policial não tem a imparcialidade pretendida pela racionalização da interpretação do STF, seguida pelo resto do país.<sup>24</sup>

Observa-se, portanto, que a prática disseminada pela jurisprudência e seguida pelas Varas Criminais de todo o país (na Comarca de Ponta Grossa inclusive), fere um processo penal acusatório, o qual visa conter o poder punitivo estatal, estabelecendo uma série de garantias ao acusado, diante de seu evidente estado de vulnerabilidade. A Constituição Federal (art. 5º, incisos LIV e LV; art. 129, inciso I) instaura o processo acusatório no Brasil, de modo que desrespeitá-lo é desrespeitar a ordem constitucional.

Por fim, se os policiais militares forem ouvidos como testemunhas no processo penal, suas versões devem ser tomadas com a devida cautela, por todos os motivos já expostos. Sob nenhuma justificativa, o sistema de (in)justiça criminal deverá compactuar com condenações baseadas somente em uma prova, ainda mais quando tal prova – por si só – cerceia o direito de defesa, impossibilitando a refutação e mitigando a presunção de inocência.

### **3 A ANÁLISE DOGMÁTICA DOS ARTIGOS 28 E 33 DA LEI 11.343/06**

A atual Lei de drogas (11.343/06) tipificou condutas e estabeleceu tratamentos diferentes para aqueles considerados usuário e traficante: os artigos 28 e 33, respectivamente. Vale dizer que tais tipos penais tutelam o mesmo bem jurídico: a saúde pública. Desse modo, essa tipificação distinta corrobora para a permanência da chamada Ideologia da Diferenciação<sup>25</sup>, presentes já na lei proibicionista anterior (vale dizer, a lei 6.368/76).

---

<sup>24</sup> Idib., p. 493.

<sup>25</sup> Sobre a Ideologia da Diferenciação, disserta taxativamente Orlando Zaconne: “a legislação referente a droga no Brasil, da revogada 6.368 de 1976 até a edição da lei 11.343, em vigor desde 23/08/2006, é resultado da ‘Ideologia da Diferenciação’, que se traduz na distinção das condutas previstas para traficantes e usuários, a partir de um elemento subjetivo, definido pela dogmática penal como um ‘especial fim de agir’”. ZACCONE, op cit., p. 100.

O artigo 28 da lei vigente elenca cinco verbos nucleares para a conduta do porte de drogas para uso pessoal: “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...)”. Ainda, comina as seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Crime de menor potencial ofensivo, portanto.

Já o dispositivo 33 elenca 18 verbos: “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 (...)”. A pena cominada para este crime é de reclusão, de cinco a quinze anos, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Observa-se que estão presentes semelhantes verbos nucleares. Os cinco verbos que constituem o artigo 28 encontram-se no artigo 33 (adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo). Nota-se, portanto, uma falta de objetividade da subsunção da conduta praticada pelo agente aos tipos em particular.

Além disso, como disserta Salo de Carvalho, o que contribui a essa falta de objetividade, é que esses tipos constituem normas penais em branco<sup>26</sup>, quando, ao final do *caput* do artigo 33 prescreve a proibição de drogas “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Os tipos em questão são normas amplas, abertas, e necessitam de lei regulamentar do poder executivo para maior efetividade. Por exemplo, a norma que regulamenta as substâncias consideradas ilícitas no Brasil é a portaria 344 de 18 de Maio de 1998 da ANVISA<sup>27</sup>. Essa condição de norma aberta permite uma maior discricionariedade das agências de criminalização secundária, pois produz efeitos criminalizadores, mesmo que não siga o procedimento legislativo da lei penal<sup>28</sup>.

Por fim, outra importante falta de objetividade na aplicação das normas incriminadoras de tráfico e uso pessoal é a questão dos seus elementos subjetivos. A doutrina majoritária e a jurisprudência consideram para uma pessoa incidir no tipo do artigo 28, além do dolo (vontade consciente de praticar um dos verbos núcleos do tipo) exige um elemento subjetivo diverso do

---

<sup>26</sup> CARVALHO, op cit. p. 309.

<sup>27</sup> ANVISA. **Portaria nº 344, de 12 de Maio de 1998**. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em :<[http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria\\_344\\_98.pdf](http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf)>. Acesso em 27 de Outubro de 2017.

<sup>28</sup> CARVALHO, op. cit., p. 311.

dolo: especial fim de agir. No caso desse delito, esse especial fim de agir se transpassa na intenção específica, quando praticar um dos verbos nucleares, de consumo pessoal. Enquanto que, no tipo do artigo 33, é prescindível o elemento subjetivo diverso do dolo - no caso a intenção de praticar atos de comércio -, tratando-se do chamado dolo genérico. Todavia, Salo de Carvalho escreve que “para que não ocorra inversão do ônus da prova e para que se respeitem os princípios constitucionais de proporcionalidade”<sup>29</sup>, deve-se exigir, para a incidência nos artigo 33 ou artigo 28, um elemento subjetivo diverso do dolo para cada tipo: o desígnio mercantil e o consumo pessoal, respectivamente.

#### **4 A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA**

Como ressaltado no tópico anterior, a política criminal de combate às drogas é permeada pela chamada Ideologia da Diferenciação. Ou seja, em termo de tratamento coercitivo, para o usuário usa-se o paradigma médico e clínico; para o traficante a criminalização do poder punitivo. Desse modo, a crítica proposta neste momento se aterá em um breve histórico e a finalidade da Ideologia da Diferenciação em conjunto com a atuação do processo de criminalização secundário.

Antes da consolidação da Ideologia da Diferenciação, o mesmo tratamento dado ao traficante era dado ao usuário. A atual guerra às drogas não havia sido declarada (antes do anúncio de Nixon em 1971), a coerção à problemática das drogas era vinculada a uma questão moral e social. Nos Estados Unidos, por exemplo, havia uma íntima associação de certas drogas às grupos sociais: a maconha aos latinos, o ópio aos chineses, a cocaína aos negros, e o abuso de álcool aos irlandeses<sup>30</sup>. No Brasil, até a edição da lei 6.368/76 que revogou o art. 281 do Código Penal, também não havia a distinção de tratamento.

A Ideologia da Diferenciação surge para firmar o entendimento de que as drogas é uma questão relativa à segurança pública, legitimando assim, um discurso médico-político, o qual tirava a questão moral de coerção, passando a tratar o uso de entorpecentes como uma “doença contagiosa”<sup>31</sup>. Tal mudança ocorreu a partir dos movimentos de contracultura entre as décadas 60 e 70, em que o uso de substâncias ilícitas começou a se massificar, inclusive entre jovens brancos de classe média.

---

<sup>29</sup> CARVALHO, op. cit., p. 325.

<sup>30</sup> ZACCONE, op cit., p, 82–83.

<sup>31</sup> Idib., p. 89.

A partir do novo tratamento da questão das drogas, nota-se que a criminalização dessa conduta está intrinsicamente ligada ao “controle social das classes perigosas”<sup>32</sup>, pois para o pobre negro e de baixa renda a resposta penal será o encarceramento; para o branco de classe média, o tratamento será médico, uma vez que se trata de um dependente, e não traficante. Nesse sentido, disserta a criminóloga Maria Lúcia Karam:

A ‘guerra às drogas’ não é propriamente uma guerra contra as drogas. Não se trata de uma guerra contra coisas. Como quaisquer outras guerras, dirige-se sim contra pessoas – os produtores, comerciantes e consumidores das substâncias proibidas. Mas, não exatamente todos eles. Os alvos preferenciais da ‘guerra às drogas’ são os mais vulneráveis dentre esses produtores, comerciantes e consumidores. Os ‘inimigos’ nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os negros, os desprovidos de poder, como os vendedores de droga do varejo das favelas do Rio de Janeiro, demonizados como ‘traficantes’, ou aqueles que a eles se assemelham, pela cor da pele, pelas mesmas condições de pobreza e marginalização, pelo local de moradia (...) <sup>33</sup>

Como em toda guerra, há dois lados que combatem entre si. Maria Lúcia Karam explicitou um – os produtores, comerciantes e consumidores mais vulneráveis e estigmatizados social e historicamente. Mas qual é o outro lado? As agências de criminalização secundária. Vale dizer, as polícias (judiciária e militar), o Ministério Público, Poder Judiciário e agentes penitenciários.<sup>34</sup> Zaffaroni explica que

(...) a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos, privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, legítima tais iniciativas e admite um processo (...) <sup>35</sup>

Assim como ressaltou o autor argentino, as agências policiais são responsáveis por realizar o primeiro filtro seletivo do poder punitivo, que acaba por se definitivo para a condenação, principalmente na política de combate às drogas, como relata Valois:

A possibilidade daquele policial, na esquina, se a pessoa abordada é usuária ou traficante de drogas é a mais grave discricionariedade dessa guerra. Do veredicto da rua poucos podem se livrar e, sacramentado o julgamento, seguirá o indiciado tendo

---

<sup>32</sup> Idib., p. 125.

<sup>33</sup> KARAM, Maria Lúcia. Et al. Violência, militarização e ‘guerra às drogas’. **Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação**. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 36 – 37.

<sup>34</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; Alagia, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 3. ed. 2006. p. 43.

<sup>35</sup> ZAFFARONI, loc. cit., 43.

que provar sua inocência com a grande dificuldade de um processo onde todas as testemunhas são policiais.<sup>36</sup>

Compulsando os dados obtidos a partir da análise dos autos, 27,7% das sentenças foram baseadas exclusivamente na versão dos policiais militares, ou seja, foram os agentes estatais os reais detentores do ato decisório de criminalização. Sendo assim, nestes casos, a palavra deles é que decidiram se as condutas eram de traficância ou de consumo pessoal.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise das sentenças condenatórias, permeadas pelo problema processual, pela dogmática penal e pela crítica criminológica, observa-se que o argumento da autoridade do “falou tá falado” se reproduz no sistema penal brasileiro, não cumprindo os fundamentos da máxima garantia e eficácia dos direitos constitucionalmente adquiridos.

Sob a égide da Constituição de 1988, a qual constitui um paradigma constitucional com regras que impõe um processo penal acusatório (art. 5º, incisos LIV e LV; art. 129, inciso I), a porcentagem de 27,7% de sentenças baseadas exclusivamente no testemunho de policiais militares em delitos de tráfico de drogas representa uma violação ao devido processo legal.

Em termos de valoração probatória no processo penal, as condenações objeto desse artigo são reflexos do autoritarismo inquisitório. O argumento da presunção de veracidade dos agentes do Estado usado pelos Tribunais para justificar éditos condenatórios em que a única prova fora o testemunho dos militares, acaba por mitigar o contraditório e a presunção de inocência. O valor da idoneidade da palavra do policial, devido sua função de guarda da segurança pública, deve ser colocada em discussão, pois o testemunho é realizado por agentes de uma instituição de legado autoritário - do regime de exceção proveniente do golpe de 64 -, formados militarmente (com base na hierarquia e disciplina, art. 42 da Constituição) e inseridos na lógica da Guerra às Drogas. Assim sendo, atuam como soldados desta Guerra em um lado específico, contra um inimigo social determinado: o traficante de drogas. Vale salientar, por oportuno, que se trata de uma polícia reconhecida mundialmente como violenta, inclusive a mais letal do planeta.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> VALOIS, op. cit., p. 24.

<sup>37</sup> ANISTIA INTERNACIONAL. **Amnesty International releases new guide to curb excessive use of force by police**. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/09/amnesty-international-releases-new-guide-to-curb-excessive-use-of-force-by-police/>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

Enquanto agentes de criminalização secundária inseridos nesse contexto, são eles que selecionam os desviantes para início da persecução penal. Além disso, decidirão efetivamente em qual tipo o réu incidirá, seja do artigo 28 ou 33, de acordo com a Ideologia de Diferenciação. Isso, pois a lei não é objetiva ao estabelecer o que seria efetivamente crime de tráfico ou crime de uso pessoal, porque os tipos possuem condutas semelhantes e o elemento subjetivo diverso do dolo (especial fim de agir) para o artigo 33 é prescindível, bastando o dolo genérico, configurando, portanto, em umbrais para o arbítrio.

Com isso, a partir de diferentes paradigmas de tratamento, o médico ao usuário e penitenciário ao traficante, nota-se que o crime de tráfico recairá preferencialmente nos grupos mais vulneráveis, os estigmatizados social e historicamente no varejo de drogas brasileiro. Como afirma Valois: (...) a conduta do Estado em sido de pura repressão, a qual só tem recaído sobre as classes menos favorecidas.”<sup>38</sup>

No entanto, a seleção da criminalização secundária não se reduz ao início da persecução penal, ao inquérito policial. Ao traficante, o testemunho oriundo dessa criminalização observa-se definitivo como fundamento para a condenação, como ocorreu nas cinco (27,7% do total) sentenças condenatórias objeto deste artigo. No Brasil, em Ponta Grossa, aos traficantes, diferentemente do espírito de esperança da música “Apesar de Você”, de Chico Buarque, o amanhã continua o ontem. Para a condenação deles, se o policial “falou, tá falado”.

---

<sup>38</sup> VALOIS, op. cit., 24.

## REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. **Amnesty International releases new guide to curb excessive use of force by police.** Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/09/amnesty-international-releases-new-guide-to-curb-excessive-use-of-force-by-police/>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de Outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 20. ed., 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisna; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 20. ed., 2015.

\_\_\_\_\_. ANVISA. **Portaria nº 344, de 12 de Maio de 1998.** Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em :<[http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria\\_344\\_98.pdf](http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf)>. Acesso em 27 de Outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. 3ª Vara Criminal de Ponta Grossa. Sentença Condenatória nº 0036607-75.2016.8.16.0019. Relator: Luiz Carlos Fortes Bittencourt. Ponta Grossa, PR, 23 de junho de 2017. **Poder Judiciário do Estado do Paraná Comarca de Ponta Grossa 3ª Vara Criminal de Ponta Grossa - Projudi.** Ponta Grossa.

BUARQUE, Chico. Interprete: Chico Buarque, MPB4, Quarteto em Cy. **Apesar de Você.** In. CHICO BUARQUE. Rio de Janeiro: Universal Music, 1978. 1 CD. Faixa 11.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 14.ed., 2017.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5.ed. rev., 2010.

KARAM, Maria Lúcia. Et al. Violência, militarização e 'guerra às drogas'. **Bala perdida:** a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 33-39.

MEIRELLES, Hely Lopes; Burle Filho, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 42. ed., 2016.

VALOIS, Luiz Carlos. **Direito penal da guerra às drogas.** Belo Horizonte: D'Placido, 2. ed., 2017.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada:** quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 3. ed., 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; Alagia, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I:** teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro; Revan, 3. ed. 2006.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição de 1988. In: TELLES, Edson; SAFATLE, Vladimir. (Orgs.). **O que resta da ditadura:** a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 42-77.