UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

CULPADOS, MESMO COM PROVA EM CONTRÁRIO:
uma análise jurisprudencial da alegação de flagrante forjado em prisões por tráfico de drogas no Tribunal de Justiça de Pernambuco

Higor Alexandre Alves de Araujo

Recife, 2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

CULPADOS, MESMO COM PROVA EM CONTRÁRIO:
uma análise jurisprudencial da alegação de flagrante forjado em prisões por tráfico de drogas no Tribunal de Justiça de Pernambuco

Higor Alexandre Alves de Araujo

Profª. Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello
(Orientadora)

Recife, 2017

Culpados, mesmo com prova em contrário: uma análise jurisprudencial da alegação de flagrante forjado em prisões por tráfico de drogas no Tribunal de Justiça de Pernambuco

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Área de Conhecimento: Direito Penal, Criminologia Crítica, Legislação Especial Penal.

Recife, 2017

Autor: Higor Alexandre Alves de Araujo

Título: Culpados, mesmo com prova em contrário: uma análise jurisprudencial da alegação de flagrante forjado em prisões por tráfico de drogas no Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Trabalho Acadêmico: Monografia Final de Curso

Objetivo: Obtenção do Título de Bacharel em Direito

UFPE – Universidade Federal de Pernambuco

Áreas de Conhecimento: Direito Penal, Criminologia Crítica, Legislação Especial Penal.

Data de Aprovação:

BANCA EXAMINADORA

_____

Profª. Dra. Marilia Montenegro Pessoa de Mello (Orientadora)

_____

Prof(ª). Dr(a).

_____

Prof(ª). Dr(a).

DEDICATÓRIA

"Os ninguéns: os filhos de ninguém, os dono de nada.
Os ninguéns: os nenhuns, correndo soltos, morrendo a vida, fodidos e mal pagos:
Que não são embora sejam.
Que não falam idiomas, falam dialetos.
Que não praticam religiões, praticam superstições.
Que não fazem arte, fazem artesanato.
Que não são seres humanos, são recursos humanos.
Que não tem cultura, têm folclore.
Que não têm cara, têm braços.
Que não têm nome, têm número.
Que não aparecem na história universal, aparecem nas páginas policiais da imprensa local.
Os ninguéns, que custam menos do que a bala que os mata."

(Eduardo Galeano, em O Livro dos Abraços)

A todos os ninguéns, sobre os quais a injustiça pesa, a desesperança paralisa e o futuro é penumbra, dedico cada letra, cada realidade e cada tristeza deste trabalho, como um brado de coragem.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é um ato que deve vir por último. O ditado diz que ninguém é uma ilha. Prefiro o aforismo de Aristóteles: “o homem é um animal político”. Agradecer é um ato político. E um ato extremamente afetivo. Este trabalho não se fez sozinho, mas com várias mãos.

Agradeço a Deus. Não o Deus religioso, sisudo e vingativo (e homem, sempre homem), mas um Deus como força superior que rege o universo, tenha ou não forma humanoide – fizemos deuses a nossa imagem e semelhança sempre. Ao Deus verdadeiro e, talvez, invisível, que me sustentou, orientou, deu oportunidades e acalmou. A essa metafísica superior, com quem sussurro às vezes, um obrigado.

À maravilhosa – e nunca suficientemente elogiada – professora Marília Montenegro pelas aulas de Penal IV, pelas intervenções, embates, debates e trabalhos que abriram a minha mente para a realidade de um sistema extremamente sedutor e perigoso. E, ainda mais, por ter garantido a mim uma das disputadíssimas vagas de sua orientação, permitindo e guiando essa ideia que eu tive há tantos e tantos tempos. Um muito obrigado com todo o coração.

A Jaciara, minha mãe e mulher extremamente forte, pelo apoio, pela força e pelo que sempre e sempre me deu na vida, inclusive as admoestações para eu dormir e continuar a escrever após a alvorada. A minha irmã, Juliana, a meus irmãos Bruno e Tulio, pela ajuda e apoio, e a meu sobrinho, Jonathan, que alegra todos os meus dias. Também agradeço a meu namorado, Guilherme, por estar sempre ao meu lado durante este árduo trabalho; por entender as ausências, dar o apoio necessário e por derramar sobre mim um amor reparador e de esperança.

A meus amigos Cindy, Joice, Ulisses, Lucas e Héctor pelas conversas deliciosas sobre o tema e apoio emocional durante toda essa jornada. A meus amigos e ex-colegas de estágio Manuella e Armando pelo apoio e pelos debates que renderam manhãs e manhãs de iluminação e emponderamento sobre o tema.

Um sonho está realizado. As pessoas listadas e muitas outras ajudaram e fomentaram a construção do que aqui está exposto. Se for possível fazer a ao menos uma pessoa pensar sobre esse tema tão importante, todo o esforço terá valido a pena. Muito obrigado!

RESUMO

Este trabalho desbrava um terreno pouco explorado pela doutrina e escamoteado pela jurisprudência, apesar de sua abundante presença na realidade do sistema penal brasileiro: o flagrante forjado em prisões por tráfico de drogas. Os modelos teóricos são a criminologia crítica, com os dados da realidade por ela absorvidos e a comprovação de que a seletividade é elemento estrutural dos sistemas penais, e o percurso histórico pela construção do proibicionismo em torno das substâncias entorpecentes, demonstrando que ocorreram por interesses escusos das nações centrais. Chega-se à conclusão que o delito de tráfico de drogas é o que mais permite a incidência de elementos seletivos do sistema penal, inclusive a forja de flagrantes por parte de agências policiais. O horizonte deste trabalho são os julgados de segundo grau do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) em que há alegação de forja de flagrante por parte dos réus, com a análise dos principais argumentos utilizados pelos julgadores para negar provimento aos recursos e, consequentemente, o descobrimento dos principais motivos que permitem a ocorrência e manutenção de prisões por tráfico de drogas ilegais.

PALAVRAS-CHAVE: criminologia crítica; seletividade; tráfico de drogas; flagrante forjado; TJPE.

Sumário

Introdução 9

1. A verdadeira face do sistema penal 11

1.1. Corrupção, destruição e seletividade: a operacionalidade real de todo sistema penal 11

1.2. A clientela do sistema penal brasileiro 13

2. Forjando a guerra: drogas, criminalização e seletividade 18

2.1. A origem da proibição às drogas – entre moralismos e interesses escusos 19

2.2. Declarada a Guerra às Drogas: quem são os inimigos? 22

2.3. Os resultados da guerra às drogas, entre o oficial e o obtuso 25

3. Lei 11.343/06 e a *War on Drugs* brasileira: a guerra de todos 28

3.1. O conteúdo da Lei 11.343/06: inexorável predomínio das sanções penais 29

3.2. Diferenciação entre usuário e traficante: uma discricionariedade arbitrária 31

4. Uma realidade negligenciada: a alegação de flagrante forjado em prisões por tráfico de drogas e a jurisprudência 34

4.1. Conceito de flagrante forjado: entre o laconismo dogmático e a verborragia da realidade 34

4.2. Nefasta cegueira judicial: os julgamentos do Tribunal de Justiça de Pernambuco sobre flagrante forjado 36

a) Um Judiciário policialesco: a argumentação dos acórdãos embasados no depoimento exclusivo de policiais 38

b) O ônus de uma prova impossível: os acórdãos que aduziram ausência de prova do flagrante forjado 41

c) Em busca de um porquê: análise qualitativa dos acórdãos que questionam os motivos para forja de flagrante 43

4.3. Um fim melancólico: culpados mesmo com prova em contrário 46

Conclusão 48

Referências bibliográficas 50

Anexo I – Lista de acórdãos analisados do Tribunal de Justiça de Pernambuco 53

Anexo II – Percentagens das principais alegações, distribuídas por acórdãos 55

Introdução

A impessoalidade que será vista neste trabalho de conclusão de curso, em forma de monografia, não corresponde à relação que eu tenho com o tema. Penso em escrever sobre flagrante forjado em prisões por tráfico de drogas quando iniciei o curso de Direito, pois é uma realidade que me acompanha e ronda desde que me entendo como ser pensante no mundo.

O flagrante forjado ocupa poucos espaços nos manuais de direito penal e processual penal que existem no mercado; limitam-se a dizer o óbvio: trata-se de uma ilegalidade, que gera nulidade da prisão e responsabilização dos agentes. Mas a realidade mostra que agentes policiais são capazes de forjar flagrantes para prender certas pessoas – e a forja com drogas é a forma mais fácil. Eu, morador da Comunidade (ou Favela, como afetivamente chamamos) dos Coelhos, vivo essa realidade, e a confirmo de diversas maneiras.

Confirmo-a quando ouço de minha mãe que meu irmão foi parado por uma guarnição e submetido a uma verdadeira tortura psicológica durante duas horas, sob ameaças de forja de flagrante. Confirmo-a quando ouço de um amigo que foi interpelado por um policial com a seguinte frase: "minha mentira vale mais que sua verdade". A realidade mostra que o flagrante forjado é a "carta coringa" de certa parcela da polícia contra algumas pessoas.

A questão que surgiu em minha mente é: o que o Judiciário faz quando alguém preso alega a forja de um flagrante? A ilegalidade surge numa ponta, mas, em condições normais, deveria ser extirpada pelo Judiciário. Busquei, em pesquisa jurisprudencial, no pretório pernambucano, julgados nos quais as pessoas alegam a ocorrência de forja. E o que encontrei está exposto neste trabalho. Antecipo: é aterrador.

No primeiro capítulo, desenvolvem-se as ideias da criminologia crítica que desmascaram a realidade do sistema penal, demonstrando que são características ínsitas deste corrupção, destruição de laços afetivos e seletividade. Essa última característica, tão marcante, é provada através da demonstração de dados carcerários. Os selecionados, no Brasil, são jovens, negros e de baixa escolaridade. Eis a clientela das forças policiais e judiciária.

O segundo capítulo aborda a construção do proibicionismo em relação às drogas no mundo, demonstrando que se trata de um fenômeno datado historicamente e

envolto de diversos interesses de diferentes nações. São abordadas as razões que levaram à proibição e ao recrudescimento do combate às drogas na década de 1970 no Brasil e no mundo, e, por fim, seus efeitos. Os efeitos deletérios recaíram sobre os selecionáveis pelo sistema penal.

No terceiro capítulo, a atual guerra às drogas brasileiras é analisada, através de estudo dos dispositivos da Lei 11.343/06, principalmente nos critérios de diferenciação entre o usuário e traficante de drogas, demonstrando a subjetividade deles, que abre ampla margem de discricionariedade que pode resvalar em arbitrariedades.

Por fim, no quarto capítulo é exposta a pesquisa jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça de Pernambuco analisando julgados em que os réus alegavam a existência de flagrante forjado e os principais argumentos utilizados pelos desembargadores para julgar a questão, cotejando o conteúdo de alguns julgados com os diferentes posicionamentos doutrinários e todo o exposto nos capítulos anteriores.

O quarto capítulo é o cerne do trabalho. A problemática do tratamento da alegação de flagrante forjado em sede judicial é solucionada. Adianto, o laconismo doutrinário é um alento próximo ao que foi encontrado nos julgados analisados. Histórias absurdas, até dantescas, de pessoas cujas prisões provavelmente foram feitas de formas injusta, mas foram abalizadas pelo Judiciário. As histórias mais horripilantes são expostas e esquadrinhadas.

A pesquisa jurisprudencial realizada mostrou-me que a minha realidade, a mesma de meu irmão e de meu amigo, é pouco conhecida. E os julgadores parecem não se importar muito. A ignorância sobre o tema é elevada, mas há dúvidas se ela é inconsciente e oriunda do laconismo doutrinário ou deliberada, a fim de se manterem os discursos punitivistas contra certa parcela da sociedade.

Na dúvida, este trabalho é uma tentativa de mostrar uma realidade negligenciada. Escamoteada. De tentar permitir que alguém considerado já culpado, um dos ninguéns de Galeano, tenha ao menos a chance de provar o contrário.

1. A verdadeira face do sistema penal

Em meados do século XX, uma nova teoria modificou a forma de se fazer criminologia. Enquanto os estudos criminológicos anteriores se concentravam na etiologia, isto é, nas causas da criminalidade, e sempre se atinham à pessoa que cometeu o crime – seja e análise biopsicológica ou sociológica –, o novo modelo trazia novo enfoque. Uma criminologia nova, de viés crítico do poder punitivo e da ação das agências estatais, surgia e se tornaria a tônica pelas próximas décadas, propondo-se a revelar a real face – e facetas – do direito penal[1].

1.1. Corrupção, destruição e seletividade: a operacionalidade real de todo sistema penal

Chama-se de sistema penal o conjunto dos diplomas legais penais, processuais penais e de execução penal, e as inúmeras instituições que com eles se relacionam: as polícias, o Poder Judiciário, o Ministério Público, as prisões, os hospitais psiquiátricos ("manicômios judiciais"), os ambulatórios e outras incontáveis instituições que tenham alguma referência com o direito penal[2].

O sistema penal tem um discurso oficial sobre suas funções e seus fins, oriundo de sólida construção doutrinária. Sua função oficial seria a proteção de bens jurídicos através da tipificação de condutas que os ofendam, com a cominação de uma pena, sanção com finalidades retributivas e preventivas especiais (em face do criminoso) e gerais (em face da sociedade), negativas (para impedir o cometimento de novos crimes) e positivas (para dar "bom exemplo"), aplicada através de processo judicial obediente a rigorosos princípios constitucionais que garantem a defesa e a integridade do criminoso[3].

Contudo, esse discurso oficial não se adéqua ao histórico e à realidade das instituições que compõem o sistema penal. O choque entre a operacionalidade real do sistema penal e seu discurso oficial foi percebido pelas escolas criminológicas críticas em meados do século XX, que absorveram os dados da realidade e desnudaram a deslegitimação do sistema, mostrando que os discursos oficiais são baseados em uma realidade que não existe, e que as instituições que deveriam buscar os fins oficiais

[1] BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico penal. 1ed. Buenos Aires: Siglo **XXI** Editores Argentina, 2004, p. 84.
[2] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 132.
[3] Idem, ibidem, p. 134-135.

fazem exatamente o contrário[4].

A realidade dos sistemas penais é composta pela corrupção sistêmica, reprodução de violências, criação de condições para maiores condutas lesivas, destruição de relações horizontais e comunitárias e pela seletividade. A criminologia crítica demonstra que tais elementos não são problemas conjunturais que permeiam os sistemas penais atrasados, e serão superados pelo desenvolvimento socioeconômico das nações periféricas, mas sim elementos estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais, inclusive os das nações mais ricas[5].

Em verdade, o sistema penal é somente uma das incontáveis formas de controle social, como um instrumento social que regula as atitudes humanas, respondendo de forma positiva ou negativa a condutas que se adequem ou não às expectativas de seus componentes. Está acompanhado de várias outras instituições de controle, formais ou informais. Ao lado do sistema penal estão a família, as escolas (inclusive faculdades, principalmente a jurídica), as instituições religiosas, a Mídia e a opinião pública, que atuam para formar um macrossistema de *controle sócio-penal*[6].

Nesse sentido, o real poder do sistema penal é o *configurador positivo*, oriundo de sua utilidade como forma de controle social. Através da ameaça de punição a condutas delituosas, o sistema penal interioriza uma vigilância interna, além de etiquetar os indivíduos que por ele passam[7]. A ideologia do sistema penal de prender pessoas que fazem o mal a uma sociedade composta de cidadãos de bem é ubíqua, e serve de autolegitimação para o sistema[8], pois referenda e apoia um discurso que, na realidade, não cumpre e nem poderá cumprir suas funções.

Assim, os problemas do sistema penal não são transitórios, mas perenes e intrínsecos. O cumprimento de seu discurso oficial é impossível. Em seu seio nem o basilar princípio da legalidade é respeitado, pois, como fantasticamente lembra o jurista argentino Raúl Zaffaroni, se todos os delitos fossem punidos, ocorreria uma catástrofe social, inexistindo habitante que ficasse fora das prisões – porque todas as pessoas já cometeram algum crime (injúria, furto, falsidade, corrupção). Trata-se de possibilidade absurda, não querida por ninguém[9].

---

[4] ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas** - a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, p. 12.
[5] Idem, ibidem, p. 15.
[6] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**, *op. cit*., p. 133.
[7] ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**, *op. cit*, p. 24.
[8] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**, *op. cit*., p. 134.
[9] ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**, *op. cit*, p. 26-27.

Se a realização do discurso oficial do sistema penal é impossível, a conclusão inevitável é que as pessoas submetidas às instituições penais são selecionadas dentre todas as que cometem delitos. A criminalização é um construto social, que ocorre a partir de atos, formais ou informais, oriundos das instituições de controle social, e com dois níveis: criminalização primária, com a criação de leis penais, e secundária, através da seleção das pessoas criminalizadas pelas instituições de sistema penal, o que gera "etiquetamento" e marcação[10].

Ou seja, o cometimento de um crime não tem como conclusão silogística a punição e a repulsa social. A atuação das agências penais depende do status social de quem comete uma ação qualificada como delituosa. *A contrario sensu* – e mais grave ainda –, o não cometimento de um delito não impede que alguém seja ameaçado pelas sanções do sistema criminal[11] – ou realmente as sofra. O motor dos sistemas penais é a reação social não (somente) contra a ação delituosa, mas, sobretudo, contra o suposto autor do fato.

Assim, a *seletividade é um dado estrutural do sistema*[12]. Não é um problema das sociedades subdesenvolvidas ou periféricas, à espera de uma solução que viria do desenvolvimento econômico e da industrialização natural pela qual tais sociedades, atualmente atrasadas na história da evolução global, passariam, mas sim um elemento inerente a *todos* os sistemas penais que existem.

Mas quem são os selecionados?

1.2. A clientela do sistema penal brasileiro

O último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, mostra quem o sistema penal brasileiro seleciona: 67% dos presos são negros, 56% são jovens que têm entre 18 e 29 anos; 53% têm o ensino fundamental incompleto[13]; e 92% são homens[14]. Eis o perfil do preso brasileiro, segundo os dados da realidade coletados pelos órgãos oficiais: homem, jovem, negro e com baixa escolaridade.

---

[10] Eis a ideia erguida pela Teoria da Reação Social, ou *Labelling Approach*, que trouxe novo paradigma criminológico e permitiu a posterior ascensão da criminologia crítica BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**. *Op. Cit.*, pp. 87 e 165 e ss..

[11] D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada:** quem são os traficantes de drogas. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 46.

[12] Idem, ibidem, p. 27.

[13] BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, 2014, pp. 48; 50; 58.

[14] BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de Informações Penitenciárias – Mulheres**. Brasília, 2014, p. 14.

Os dados da realidade operacional dos sistemas penais das nações centrais não são diferentes. Nos Estados Unidos, 40% da população carcerária são compostas por pessoas negras, que representam somente 12% da população[15], ao passo que na França, estima-se que incríveis 70% dos presos sejam muçulmanos – enquanto esse grupo étnico-religioso compõe meros 8% da população francesa[16].

Observando a situação das nações centrais, mormente os EUA, autores teorizaram as causas e o funcionamento da seletividade. Em densa conferência na Universidade de Amsterdã, o filósofo polonês Zygmunt Bauman afirma que o encarceramento em massa da população de baixa renda estadunidense é um substituto de um *Welfare State* em bancarrota: "(...) as prisões, completa e verdadeiramente, fazem as vezes das definhantes instituições do bem-estar"[17], pois as classes baixas não são mais exército reserva de mão de obra, mas sim população indesejada, um refugo do consumerismo moderno[18].

Já o sociólogo francês Loïc Wacquant afirma categoricamente em seu célebre livro *Punir os pobres* que, nos EUA e na Europa, "o encarceramento serve para neutralizar e estocar fisicamente as frações excedentes da classe operária, notadamente os membros despossuídos dos grupos estigmatizados"[19]. Em suma, o sistema penal cumpre uma função de seleção, estigmatização e exclusão de pessoas componentes de certos estratos sociais.

Com fulcro nos dados expostos e nos trechos de escritos famosos referidos, pode-se confirmar que a seletividade é um traço inerente a *qualquer* sistema penal. No começo do livro *Em busca das penas perdidas*, Zaffaroni refere-se à deslegitimação do sistema penal como fenômeno latino-americano. Mas, conforme ele deixa cristalino no decorrer da obra, e consoante demonstram Bauman e Wacquant, é um fenômeno universal e genérico, inerente às estruturas das instituições penais de todo o mundo.

A seletividade do sistema penal na realidade brasileira advém do fim do sistema escravocrata, que deu lugar a um novo paradigma de inferioridade da população

---

[15] **CINCO números para entender a desigualdade racial nos EUA**. *BBC Brasil*. 17 de agosto de 2014. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140817_desiguladade_eua. Acesso dia 05/04/2014.

[16] ALEXANDER, Harriet. **What's is going wrong in France's prisions?** *The Telegraph*. 17 de janeiro de 2015. Disponível em: http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/11352268/What-is-going-wrong-in-Frances-prisons.html. Acesso dia 05/04/2017.

[17] BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 57.

[18] Idem, ibidem, p. 59.

[19] WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3ª Ed. Tradução de Sérgio lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 16.

negra: o subdesenvolvimento biológico, que pautou as ideias de eugenistas que infestaram o Brasil no início do século XX e legitimou a vigilância e truculência das forças militares e policiais contra a população negra e mestiça. [20]

Os cientistas biologicistas olhavam a miscigenação ocorrida na América Latina, principalmente no Brasil, como um sinal de deterioração das raças e perigo para seu futuro. As raças inferiores (não brancas) e a mistura entre elas teriam de acabar para garantir o futuro. O maior defensor dessa hedionda tese foi o escritor francês Arthur de Gobineau, que, quando embaixador no Brasil, viu de perto a mistura de povos e se espantou[21].

Estruturou-se, após a abolição da escravatura, uma nova ordem de tratamento diferenciado entre negros e brancos. A discriminação não se deu de forma explícita, como nos Estados Unidos, mas de maneira cristalina a separar raças[22]. De um lado, foram criadas leis para impedir que os descendentes de escravizados adquirissem terras e ascendessem socialmente; por outro, o incentivo à imigração europeia, propalada pelos cientistas eugenistas, visava trazer mão de obra branca para "purificar" o Brasil.

Se a população negra e mestiça dos trópicos é o entrave ao desenvolvimento das nações pobres, ela deve ser eliminada, das mais variadas formas. O Brasil não aplicou a eugenia homicida diretamente, mas aplica o controle através de instituições sociais como o sistema penal. Refletindo os preconceitos e discriminações sociais, o encarceramento em massa da população negra – e a morte dela, também perpetrada pelo sistema penal – é reflexo do racismo que permeava a sociedade brasileira.[23]

A professora Ana Luiza Flauzina, na profunda dissertação de mestrado *Corpo negro caído ao chão*, após analisar toda a história do sistema penal brasileiro, infere que a população negra é vítima de um ordenado genocídio, que se perfaz não somente com a morte (levada a cabo de diferentes maneiras, inclusive pelas forças policiais estatais), mas também com uma violação sistêmica aos direitos individuais da população negra.

O ponto mais sensível do trabalho de Flauzina é a questão da ausência de identidade grupal negra como causa de fomento ao genocídio. Ora, genocídio é o assassinato ou a lesão a direitos fundamentais de certas pessoas por pertencerem a certo

[20] FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído ao chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2006. 145f. **Dissertação** (Mestrado) – Universidade de Brasília. Brasília, 2006, p. 95.
[21] ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A questão criminal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, p. 77.
[22] FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído ao chão**. *Op. cit.*, p. 100.
[23] Idem, ibidem, p. 32.

grupo[24]; mas se um grupo não se reconhece como tal, ou tem suas possibilidades de manifestação tolhidas – como acontece com a população negra –, será difícil a aceitação da ocorrência de um genocídio. Assim, Flauzina arremata:

> "Essa é, portanto, uma dimensão da prática genocida no Brasil que não pode ser desconsiderada. **A interdição à qualquer forma de manifestação da identidade negra fragiliza os indivíduos, torna-os presas fáceis da cooptação do poder hegemônico e é a condição primeira para que o genocídio possa seguir atuante**, sem uma explicitação mais consequente."[25](Grifos nossos.)

A necessidade de eugenizar a população negra e de controlar os corpos é disfarçada com discursos irrealizáveis de combate à criminalidade – no intuito de encarcerar as pessoas que compõem um estrato da população sempre considerado criminoso, ao qual não é permitido o livre trânsito social. Ora, para quem não pode transitar por quaisquer locais, o cárcere se adapta com perfeição – por tais motivos os dados carcerários têm as proporções apontadas no tópico anterior.

Daí se chega à conclusão de que o sistema penal será incapaz de cumprir seus objetivos oficiais à risca, servindo, na verdade, de instrumento de controle e exclusão de certas populações, em um poder configurador positivo. Zaffaroni arremata bem ao propor um novo conceito de culpabilidade, calcado em dois níveis de vulnerabilidade: a pessoal e a social.

Enquanto a culpabilidade pessoal está calcada no "risco de seleção" oriundo em um esforço pessoal para a vulnerabilidade, causado pela realização de uma conduta tipificada como delituosa, a culpabilidade social advém dos fatores sociais do agente, como pertencer a certa classe, grupo, estrato social, minoria, ter certa cor, certo gênero etc.[26] Em suma, os majoritariamente selecionados são aqueles que, além (ou não) de culpabilidade individual, têm a social.

É nessa vulnerabilidade social que o sistema penal incide, cumprindo seus fins reais. A verdadeira face do sistema penal não se dá quando alguém que cometeu homicídio é punido, mas quando alguém é controlado, a partir de estereótipos, e encarcerado por seus caracteres sociais. O cometimento de um crime não garante que haverá punição, assim como o não cometimento de um delito não impede que haja aplicação de pena.

---

[24] Essa é a definição esposada no Art. 2º da *Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio*, assinada em 1948 e promulgada no Brasil pelo Decreto 30.822/1956. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso dia 26/04/17.

[25] FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído ao chão**. *Op. cit.*, p.

[26] Idem, ibidem, p. 270.

As características do indivíduo geralmente pesam mais na sua rotulação como criminoso do que os atos criminosos que tenha perpetrado. Da polícia ao Poder Judiciário, o processo de criminalização aceita o rótulo do indivíduo (oriundo de outros sistemas de controle ou do próprio sistema penal) e, também, o marca, em um processo exímio de retroalimentação.

Para justificar a etiqueta, quanto mais grave for o delito, maior será a marcação sobre o indivíduo. Tal ocorre principalmente em relação a um crime "terrível", considerado "o pior de todos os crimes" e "a origem de todos os males sociais", cuja lei é deveras aberta, abstrata, subjetiva e permite com facilidade a prisão de qualquer pessoa acusada de seu cometimento: o tráfico de drogas.

2. Forjando a guerra: drogas, criminalização e seletividade

Em 16 de janeiro de 1920, o ex-jogador de beisebol e reverendo protestante Billy Sunday bradou perante uma plateia de 10 mil fieis um forte e emotivo discurso:

> "O reinado das lágrimas terminou. Em breve, favela e cortiços logo serão apenas uma lembrança do passado. Transformaremos nossas prisões em fábricas e nossas cadeias em silos e armazéns. A partir de hoje, os homens caminharão de cabeça erguida, as mulheres sorrirão e as crianças mostrarão sua alegria. O inferno permanecerá sempre vago e para alugar."[27]

A crença de um dos líderes religiosos mais conhecidos dos Estados Unidos da America (EUA) à época tinha um relevante motivo: no mesmo dia, entrava em vigor a 18ª Emenda da Constituição estadunidense, que proibia a fabricação, o comércio, o transporte, a importação e a exportação de bebidas alcoólicas. Começava a "Lei Seca", ancorada em moralismo religioso e na soberba da doutrina do Destino Manifesto.

Durante os 13 anos em que esteve em vigor, a 18ª Emenda propiciou a construção de uma poderosa rede criminosa nos EUA[28]. O mercado negro do álcool movimentou milhões de dólares, e as gangues e máfias tornaram-se poderosíssimas: elegeram políticos, corromperam autoridades policiais e judiciais e mataram opositores. Durante a década de 20, as taxas de homicídio cresceram 30% nos EUA. A proibição do álcool criou uma rede gigantesca de mafiosos – como o lendário Al Capone –, que enriqueceram e ganharam poder com a vedação legal ao produto[29].

Em 1933, com a Grande Depressão e os resultados catastróficos da legislação, a Lei Seca começou a ruir. O Congresso americano ratificou a 21ª Emenda, que revogou a 18ª. Acabara a proibição do álcool nos EUA. Apesar de a quantidade de álcool consumida ter diminuído, os americanos ingeriram bebidas com maior teor alcoólico e menor qualidade, além de conviverem com um poderoso e violento mercado negro. Por isso, a Lei Seca estadunidense é considerada um dos maiores desastres legislativos da história.[30]

A experiência estadunidense com o álcool é amostra dos efeitos do proibicionismo das demais drogas. Contudo, em vez de acabar, a guerra contra certas substâncias seguiu e segue firme e forte, não cumprindo a função declarada de acabar

---

[27] SILVA, Rosalina carvalho da; SANTOS, Manoel Antônio dos. **A intolerância frente à questão das drogas**: algumas reflexões. *In* BIASOLI-ALVES, Zélia Maria Mendes; FISCHMANN, Roseli (Orgs.). **Crianças e adolescentes:** construindo uma cultura de tolerância. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001, p. 131.

[28] VAN DEURSEN, Felipe. *Lei seca: a lei que foi um porre*. **Aventuras na história**. 01/09/2007. Disponível em: http://origin.guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/lei-seca-lei-foi-porre-435533.shtml. Acesso dia 29/09/2017.

[29] Idem, ibidem.

[30] Idem, ibidem.

com as drogas, mas eliminando várias vidas e cumprindo funções ocultas do sistema penal.

2.1. A origem da proibição às drogas – entre moralismos e interesses escusos

A análise inicial da criminalização de certas substâncias que causam modificações de ordem físico-química nas pessoas deve voltar no tempo da Guerra do Ópio, travada entre o Império Chinês e o Britânico, a fim de mostrar as diferentes relações que a sociedade teve com tais substâncias.[31]

O imperador chinês do século XVII proibiu o tabaco, fazendo com que a população passasse a consumir ópio, que era fornecido por empresários ingleses que plantavam papoula na Índia. Em 1729, o consumo de ópio também foi vedado, como resposta ao uso abusivo. O proibicionismo se retroalimentou: a proibição de uma substância não impediu o seu consumo, e somente fez piorar a qualidade de vida dos consumidores que rumaram para outra opção – algo que aconteceu na China e que ocorre ainda hoje. [32]

A partir de 1838, o governo da China tornou mais rigorosa a fiscalização, apreendendo carregamentos de ópio e fechando portos[33]. Os ingleses (cujos empresários vendiam ópio ilegal) sentiram-se aviltados e declararam guerra ao Império chinês em defesa do "livre comércio". Após duas sangrentas batalhas, o Império Britânico ganhou a guerra, e impôs a comercialização do ópio, o que esfacelou a economia chinesa e aumentou o mau uso de ópio[34]. Eis o alucinante paradoxo: a primeira guerra relativa às drogas foi em defesa de sua comercialização!

A situação da China após a Guerra do Ópio foi um dos fomentos para a construção da política proibicionista existente atualmente. Apesar de a Inglaterra consumir mais ópio que a China no pós-guerra, a pobreza da população chinesa e o alto consumo da substância fez com que o Ocidente se voltasse à questão das drogas. Por um lado, a droga era responsabilizada pelo desastre humanitário na China; de outro, os interesses comerciais dos EUA, que viam com bons olhos a limitação do lucrativo comércio de ópio britânico[35].

Décadas depois da Guerra do Ópio, em conferências travadas no âmbito da

[31] VALOIS, Luiz Carlos. **O direito penal de guerra às drogas**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 36.
[32] Idem, ibidem, p. 36.
[33] Idem, ibidem, p. 38.
[34] Idem, ibidem, pp. 43-44.
[35] Idem, ibidem, p. 44.

Liga das Nações, proibiram-se substâncias como o ópio, a cocaína, a folha de coca e a maconha. Tais vedações, expostas na Convenção de Haia e na Convenção de Genebra (sendo esta continuidade daquela, findadas em 1925), foram feitas de acordo com os interesses das nações participantes dos Congressos – os EUA queriam proibir o ópio para fenecer o comércio inglês e vedar a cocaína para barrar o crescimento das indústrias farmacêuticas alemã, francesa e holandesa[36]

Em 1936, a Liga das Nações deu um passo crucial para o incremento da guerra às drogas com a formalização da *Convenção para Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas*, em Genebra. O ponto crucial dessa Convenção foi o esboço da criminalização do comércio de drogas ilícitas: um tipo abstrato, com excesso de condutas delituosas.[37] No art. II, alínea *a* da Convenção há 17 verbos que se amoldam ao tráfico de drogas[38], capaz de criminalizar qualquer um que se envolver com as susbtâncias.

Tal Convenção é a base dos delitos modernos de tráfico de drogas, como o da legislação brasileira. O interesse dos EUA nos trabalhos da Convenção gerou institutos presentes até hoje, como a tipificação por tráfico a mais abrangente possível, a desnecessidade de comprovação do dolo específico de comércio e o delito de associação criminosa com o específico fim do tráfico de drogas[39].

O Brasil acolheu com veemência as tratativas de proibição dos entorpecentes que aconteciam no âmbito internacional. A histórica do proibicionismo brasileiro se iniciou com proibições genéricas e com interesses bem delimitados. As Ordenações Filipinas vedavam, em seu Livro V, o porte de várias substâncias – dentre elas, do ópio, comercializado por Portugal para a China antes de o Império Britânico tomar seu lugar[40].

O Código Criminal do Império de 1830 regulava o uso de medicamentos, mas se quedou silente em relação à proibição de substâncias consideradas entorpecentes. No Código Penal Republicano de 1890 foi proibida a venda de substâncias venenosas no seu art. 159, constante no Título III da parte especial, chamado "Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública", com esta redação original: "expor à venda, ou ministrar,

[36] D'ELIA, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 80.
[37] VALOIS, Luiz Carlos. **O direito penal de guerra às drogas**. *Op. cit.*, pp. 174-175.
[38] BRASIL. **Decreto nº 2.994, de 17 de agosto de 1938**. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2994-17-agosto-1938-348813-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso dia 27/09/2017.
[39] VALOIS, Luiz Carlos. **O direito penal de guerra às drogas**. *Op. cit.*, pp. 181-182.
[40] Idem, ibidem, p. 38.

substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários"[41].

O panorama começou a se modificar quando o Brasil assinou o Protocolo Suplementar da Convenção de Haia, com aprovação do Congresso e determinação de observância pelo presidente daquela República do café com leite. É a época em que se inicia a dependência do Brasil às vicissitudes internacionais em relação às drogas, como bem aponta o professor Nilo Batista[42].

Através do decreto nº 4.294/1921, o art. 159 do Código Penal Republicano foi revogado, e pela primeira vez a proibição às drogas passava a uma legislação própria. O art. 1º reproduz a antiga disposição do Código, com majoração da multa pelo crime de venda de substâncias venenosas. Mas a grande novidade foi a previsão de prisão por um a quatro anos se a substância venenosa fosse entorpecente, dando como exemplos de substâncias desse tipo o ópio, a cocaína e seus derivados.[43]

As próximas décadas seriam de subserviência total da legislação brasileira às sucessivas convenções internacionais encabeçadas pelos americanos e travadas no âmbito da Liga das Nações. Inclusive, há registro de que o Brasil, através de seu representante Pernambuco Filho, teve influência crucial na criminalização da maconha durante as reuniões em Genebra[44]. Internamente, através do decreto nº 20.930/1932 e do decreto-lei nº 891/1938, o governo brasileiro inaugurava sua guerrilha antidrogas.

O modelo desses dois decretos evitava criminalizar os dependentes, apesar de proibir condutas inerentes ao consumo, como porte de entorpecentes – com penalidade menos grave, decerto –, o que fez Nilo batista chamar tal modelo de sanitário[45]. Contudo, a criminalização dessas inúmeras condutas foi o embrião para a adoção do modelo posterior.

A ementa do decreto de nº 20.930/1932 expressa bem a dependência brasileira, pois indica que a legislação é oriunda de pedido do Comitê Central Permanente de Ópio da Liga das Nações. O artigo 1º trazia a lista das substâncias proibidas, enquanto o seu parágrafo único garantia a revisibilidade do rol pelo órgão competente. Regulamentava-se a permissão para certos profissionais (boticários, médicos e farmacêuticos), e houve

[41] SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2934, 14/07/2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19551>. Acesso em:14/06/2017.
[42] BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. *In* BOTEAUX, Luciana. **Temas de Direito Penal**, p. 78.
[43] Idem, ibidem, p. 83.
[44] VALOIS, Luiz Carlos. **O direito penal de guerra às drogas**. *Op. cit.*, p. 144.
[45] BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. *Op. cit.*, p. 79.

crescimento nas penas contra certas condutas que envolvessem entorpecentes[46].

Revogando o decreto nº 4.294/21, o artigo 25 do novo decreto previa que a pena para a venda (e outras oito condutas) de tais substâncias sem a observância das normas do decreto saltou para prisão por um a cinco anos, além da multa. Para profissionais, as penas eram ainda maiores. Ainda, o art. 33 tornava os crimes inafiançáveis, e o art. 40 permitia a extradição de estrangeiros reincidentes em delitos com entorpecentes[47].

Seis anos depois, uma nova legislação sobre drogas foi criada. O decreto-lei nº 891/1938 foi editado sob os auspícios da Convenção de 1936, contra o tráfico ilícito. As penas dos crimes não mudaram substancialmente, mas há a inclusão de diversos verbos no tipo penal. O art. 33 do decreto tem doze condutas criminalizadas. A estrutura de tratamento do dependente se manteve – agora, com a criminalização do consumo, através da inserção do verbo "consumir" no tipo de tráfico[48].

Tais artigos tiveram pouca implicação prática. O Código Penal (CP) de 1940 trouxe no art. 281 a criminalização do tráfico. Sem criminalizar o consumo (cujo tratamento ficou a cargo do decreto-lei nº 891/38), o dispositivo trazia dez condutas puníveis com pena de um a cinco anos e multa – assim como os decretos anteriores. A abolição da criminalização do consumo foi o avanço mais palpável do CP, criado no espírito de redemocratização, em que a questão do combate às drogas ficara em segundo plano[49].

O paradigma anterior já tinha tons bélicos. Contudo, é após o fim da Segunda Guerra Mundial que o modelo de guerra realmente toma conta do mundo. Através dos EUA, reverberado pela recém-surgida Organização das Nações Unidas (ONU), em reação ao contexto de anos rebeldes e de rápidas mudanças sociais, uma verdadeira e sanguinária Guerra às Drogas é declarada na segunda metade do século XX. Mas os motivos são muito mais obscuros do que se pode pensar.

2.2. Declarada a Guerra às Drogas: quem são os inimigos?

No palanque da lotada sala de imprensa da Casa Branca, diante dos jornalistas,

[46] BRASIL**. Legislação Informatizada - Decreto nº 20.930, de 11 de Janeiro de 1932 - Publicação Original.** *Câmara dos Deputados*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html. Acesso dia: 15/06/2017.
[47] BRASIL**. Legislação Informatizada - Decreto nº 20.930, de 11 de Janeiro de 1932 - Publicação Original.** *Câmara dos Deputados*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html. Acesso dia: 15/06/2017.
[48] BRASIL. **Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938**. *Presidência da República*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm. Acesso dia 15/06/2017.
[49] BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. *Op. cit.*, p. 84.

o esbaforido e bem alinhado Richard Nixon, em voz alta e grave, inclinado para ler um papel a sua frente, discursou palavras históricas: "O inimigo número um da América, nos Estados Unidos, é o abuso de drogas. Para lutar contra esse inimigo e defender-se dele, é necessário conduzir uma ofensiva total"[50]. Em 17 de junho de 1971, era declarada explicitamente a guerra às drogas.

Apesar de as ofensivas terem começado noventa anos antes, o pronunciamento de Nixon reduziu a termo o recrudescimento da campanha antidrogas e a verdadeira declaração de guerra contra os entorpecentes. No mesmo pronunciamento, e em uma mensagem ao Congresso estadunidense dirigida no dia anterior, o presidente clamava pela criação de fundos para a prevenção de uso das drogas, reabilitação dos viciados e formulação de uma rede internacional contra os entorpecentes[51]. Mas quais seriam as razões para que Nixon embarcasse nessa guerra?

O governo de Richard chegou ao poder em 1969, com os Estados Unidos fervilhando por todos os lados. Protestos cada vez maiores contra a Guerra do Vietnam; os movimentos hippies e seu Festival de Woodstock, regados a amor livre e drogas; o incipiente movimento feminista levando mulheres às ruas e a se rebelarem contra o patriarcalismo; o poderoso Movimento pelos Direitos Civis dos Negros americanos pleiteando e lutando por mais direitos e reconhecimento.[52]

John Ehrlichman, um dos consultores mais próximos de Nixon, em entrevista na década de 1980, revelou quais foram as reais razões para a forte criminalização das drogas perpetrada pelo governo àquela época. "A campanha de Nixon de 68 e sua presidência tinham dois inimigos: os ativistas antiguerra e o povo negro. Nós sabíamos que não poderíamos tornar ilegal ser contra a guerra ou *[ser]* negro, mas *[poderíamos]* fazer o público associar os hippies com marijuana e os negros com heroína"[53].

Consoante se depreende do áudio, Nixon ascendeu ao poder em virtude desse ambiente quase insalubre ao *establishment*, propondo respostas duras a esses

---

[50] Tradução livre. Vídeo do pronunciamento disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=y8TGLLQlD9M&t=75s. Acesso dia 16/06/2017.

[51] NIXON, Richard. **203º Special Message to the Congress on Drug Abuse Prevention and Control**. *The American Presidency Project*. Disponível em: http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3048.

[52] Situação exposta neste Documentário: **A 13ª Emenda**. Direção: Ava DuVernay. Distribuição: Netflix. EUA, 2016. Disponível em: https://www.netflix.com/br/title/80091741. Acesso em: 11/06/2017.

[53] No original: "The Nixon campaign in 1968, and the Nixon White House after that, had two enemies: the antiwar left and black people. We knew we couldn't make it illegal to be either against the war or black, but by getting the public to associate the hippies with marijuana and blacks with heroin. *In* LOBIANCO, Tom. **Report: Aide says Nixon's war targeted blacks, hippies**. *The Nation*. Disponível em: http://edition.cnn.com/2016/03/23/politics/john-ehrlichman-richard-nixon-drug-war-blacks-hippie/index.html.

movimentos e a tudo que ameaçasse a lei e ordem dos EUA, mas que fossem indiretas, já que era impossível criminalizar a classe média *hippie* e as mulheres, e trazer novamente as leis raciais segregacionistas à vigência. A saída, concluiu-se, estava nas drogas.

A guerra às drogas foi uma resposta do governo americano aos protestos pelos direitos civis. Richard Nixon tinha munição para isso. Após a Segunda Guerra Mundial e a criação da ONU, o tema das drogas voltou à pauta. Em 1961, foi firmada em Nova Iorque a *Convenção Única sobre Entorpecentes*, que unificou a matéria tratada nas convenções anteriores, garantindo a continuidade da regulação e a proibição de certas substâncias, além da punição forte ao tráfico ilícito[54].

A Convenção de Nova Iorque foi inserida no direito brasileiro pelo decreto nº 54.216/1964. Depois, a Lei nº 4.451/1964 incluiu no rol art. 281 do CP o verbo plantar. Naquele ano, para Nilo Batista, foi inaugurado o "modelo bélico" de tratamento com drogas, junto com um golpe militar que jogou o País nas sombras do autoritarismo. A lógica era seguida à risca: "o que é bom para os Estados Unidos, é bom para o Brasil" [55] – embora à época os EUA vivessem uma democracia e o Brasil uma ditadura, mas isso pouco importava.

O art. 281 do CP ainda seria reformulado pelo decreto-lei nº 385, de 1968, atualizado em relação à multa aplicável, que se regularia pelo salário mínimo. A mudança crucial perpetrada pelo decreto foi a volta da criminalização do usuário, cuja pena era igualada à do tráfico – de um a cinco anos. Um paradigma que somente seria abandonado mais de três décadas depois.[56]

As mudanças substanciais na legislação de drogas do Brasil ocorreram na década de 1970, junto com a declaração de guerra às drogas pelo EUA – o Brasil buscando o que era bom pra si. No mesmo ano de 1971 da declaração de guerra, foi editada a Lei nº 5.726, que determinava medidas preventivas sobre uso de drogas e aumentava sanções.[57]

A legislação instituía responsabilidades de diferentes atores sociais (como diretores de colégio) para o combate às drogas, cominando sanções para os omissos. Havia sanções aos viciados, com a possibilidade de absolvição em caso de

[54] SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. *Op. cit*.
[55] BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. *Op. cit.*, pp. 84-85.
[56] Idem, ibidem, p. 85.
[57] Idem, ibidem, p. 86.

inimputabilidade e internação hospitalar. A lei majorou as penas por tráfico para de um a seis anos de reclusão e a respectiva multa, além de incluir a associação criminosa no art. 281, §5º do CP.[58]

A Lei nº 6.368, de 1976, representou o recrudescimento da política antidrogas no Brasil. A legislação nova – que reinaugurava o subsistema especial de drogas – era menos rigorosa que a Lei nº 5.726/71 em relação às responsabilidades administrativas[59]. Mantiveram-se as previsões de tratamento aos viciados. Contudo, para os crimes e respectivas penas, a face da guerra às drogas finalmente desembarcou em terras brasileiras.[60]

O crime de tráfico, previsto no art. 12 e com dezoito condutas punidas, teve a pena majorada: de três a quinze anos de reclusão, e multa – com equiparação às penas de delitos relativos à matéria-prima das drogas e à instigação. O fabrico e a venda de maquinários que possam produzir drogas também foram tipificados, com as mesmas penas. O art. 14 cominou ao crime de associação para o tráfico pena de três a dez anos de reclusão e multa.[61]

Por outro lado, a mudança em relação ao usuário também foi substancial. A pena foi reduzida para a moldura de seis meses a dois anos, e multa, conforme art. 16 – em detrimento da pena anterior, equiparada à do tráfico. Contudo, a criminalização do usuário ainda continuava, com possibilidade de perdão judicial no art. 19, caso o agente não tivesse plena culpabilidade.[62]

A Lei nº 6.368/76 estabilizou a legislação de entorpecentes (ou "tóxicos") no Brasil, absorvendo todos os regramentos externos e inserindo no ordenamento jurídico a guerra às drogas declarada por Nixon cinco anos antes.[63] Recrudesceu o combate às drogas, sob o nome de prevenção, com penas altíssimas como forma de solução ao problema do vício e da criminalidade. A guerra às drogas foi explicitamente declarada no começo da década de 1970, e endureceu o combate aos entorpecentes. Os resultados, entretanto, não foram os esperados – pelo menos os oficialmente esperados.

2.3. Os resultados da guerra às drogas, entre o oficial e o obtuso

As décadas de 1970 e 1980 foram marcadas pelo crescimento exponencial do

[58] Idem, ibidem, p. 86.
[59] Idem, ibidem, p. 87.
[60] Idem, ibidem, p. 87.
[61] Idem, ibidem, p. 87.
[62] Idem, ibidem, p. 87.
[63] Idem, ibidem, p. 89.

poder das organizações criminosas que comandavam o tráfico de drogas ilícitas, principalmente nas Américas – como o lendário Cartel de Medelín, comandado por Pablo Escobar, como será visto. O recrudescimento do proibicionismo possibilitou o maior poder e maior lucro dessas organizações, e esse resultado não era nenhuma surpresa, pois já visto anteriormente o que ocorreu nos EUA da década de 1920.

No plano internacional, firmaram-se acordos entre os EUA e nações da América Latina para ingresso de agentes americanos do *Drugs Enforcement Administration* – DEA (Departamento de Combate às Drogas), a fim de combater as organizações criminosas que dominavam o continente sul-americano. O resultado foram ações desastrosas e extremamente perigosas, como destruições químicas de plantações[64].

O aumento poder das organizações criminosas oriundo do proibicionismo não era novidade, pois aconteceu o mesmo na vigência da Lei Seca. Em verdade, o crime organizado (categorização genérica e sem conteúdo fixo, como ensina Zaffaroni) é o grande regulador das atividades desreguladas ou consideradas ilegais pelo capitalismo, sendo consequência natural seu crescimento em ambientes de proibição.[65]

Querendo manter monopólios e oligopólios, as organizações alimentam-se da violência para gerar lucro, eliminam a concorrência tanto de forma direta (através de combates com outras organizações) quanto de forma indireta (pela criminalização de organizações menores selecionáveis pelo sistema penal em virtude do parco poder econômico)[66].

Oficialmente, os resultados da guerra às drogas parecem não ter sido os esperados. Contudo, os fins escusos expostos pela fala do assessor de Nixon, John Ehrlichman, estão sendo alcançados. Os dados carcerários dos EUA, expostos no capítulo 2º, mostram que a política de combate explícito às drogas atingiu os inimigos ocultos.

O documentário *A 13ª Emenda*[67], produzido pela Netflix com direção da produtora Ava DuVernay, acolhe a teoria exposta pelo livro *The new Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness*, da professora estadunidense Michelle Alexander. O filme expõe de forma fantástica a continuidade de políticas de

[64] VALOIS, Luiz Carlos. **O direito penal de guerra às drogas**. *Op. cit.*, p. 266.
[65] ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Crime organizado**: uma categorização frustrada. *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 1, nº 1, 1996, p. 53
[66] Idem, ibidem, p. 53-54.
[67] **A 13ª Emenda**. Direção: Ava DuVernay. Distribuição: Netflix. EUA, 2016. Disponível em: https://www.netflix.com/br/title/80091741. Acesso em: 11/06/2017.

subordinação dos negros americanos após a escravidão – e, dentre elas, desnuda a guerra às drogas como um instrumento para tal fim.

Na obra, Alexander resume o nefasto resultado da guerra às drogas e do encarceramento em massa das pessoas selecionáveis de sempre causaram nos EUA: "O encarceramento em massa tem anulado muitas conquistas do Movimento pelos Direitos Civis, colocando milhões de homens negros de volta em posição que lembra a Jim Crow".[68]

No Brasil, o caminho trilhado foi o mesmo. Em profunda análise de sentenças do juizado de menores sobre crimes de drogas, a professora fluminense Vera Malaguti aponta que a partir da década de 1980, com a maior repressão levada a cabo sob os auspícios da Lei nº 6.368/76, a violência tomou conta do tráfico de drogas nas favelas cariocas. O tráfico de entorpecentes aliou-se ao tráfico de armas, e ameaças de morte entre participantes de grupos rivais tornaram-se comuns[69]. Era o crime organizado ocupando seu lugar.

O histórico da criminalização das drogas demonstra que a proibição dessas substâncias nada tem de científica, e foi embasada nos interesses moralistas e econômicos de certos grupos, oriundos principalmente dos EUA. O proibicionismo somente fez com que o poder e o lucro de organizações criminosas aumentassem. Os EUA pelejaram para que os tipos fossem extremamente abertos e abstratos nas convenções, e conseguiram, inspirando legislações pelo mundo todo, como é o caso da nova Lei de Drogas brasileira.

[68] No original: "incarceration has nullified many of the gains of the Civil Rights Movement, putting millions of black men back in a position reminiscent of Jim Crow". ALEXANDER, Michelle. **The new Jim Crow**: mass incarceration in the age of colorblindness. The New Press: New York, 2010, p. 113.
[69] MALAGUTI, Vera. **Difíceis ganhos fáceis**: droga e juventude pobre do Rio de Janeiro. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 95.

3. Lei 11.343/06 e a *War on Drugs* brasileira: a guerra de todos

Em 07 de maio de 2002, foi publicado no Diário do Senado Federal o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 155, oriundo de grupo de trabalho da "Comissão Mista Especial destinada a levantar e diagnosticar as causas e efeitos da violência que assola o País", a qual tinha por objetivo modificar e substituir a legislação de drogas que vigia até então[70].

Conforme deixa patente a exposição de motivos do projeto, com o respectivo aumento na criminalidade; a Lei nº 6.368/76 se mostrava ultrapassada e sem a força simbólica de outrora diante do caos social demonstrado. A situação permitiu que as autoridades públicas buscassem caminhos para demonstrar politicamente a luta contra a criminalidade, como a edição ou o endurecimento de várias leis penais.[71]

No final da década de noventa e início dos anos 2000, as leis relativas ao narcotráfico entraram nessa onda de endurecimento. Dentre vários, o PLS nº 155, oriundo de uma comissão parlamentar encarregada da tentativa de investigar as causas e efeitos da violência da nação, foi a semente para o recrudescimento das sanções penais sobre tráfico de entorpecentes.

Aprovado pelo plenário do Senado Federal em 07 de agosto de 2002, com rapidez ímpar, o PLS nº 155 foi encaminhado à Câmara dos Deputados e apresentado ao plenário em 22 de agosto do mesmo ano, como Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 7.134. Na Casa, o projeto continuou com tramitação célere, sendo aprovado pelo plenário em 12 de fevereiro de 2004, com alterações. Remetido ao Senado Federal e, posteriormente, à Presidência da República, foi sancionado com vetos, os quais foram mantidos pelo Congresso Nacional[72].

Promulgada em 23 de agosto de 2006, a lei entrou em vigor 45 dias após sua publicação, conforme ordena seu art. 74. Assim, em 08 de outubro de 2006, uma nova Lei ingressava no mundo jurídico, tornando mais duras as penas do tráfico de drogas. A guerra às drogas brasileira mudou para continuar a mesma.

---

[70] BRASIL. **Diário do Senado Federal**. *Senado Federal*. Ano LVII, nº 53, 07/02/2002: Brasília/DF, pp. 7379-7392.
[71] Idem, ibidem, p. 7389.
[72] Tramitação do projeto disponível em: BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 115, 2002**. *Senado Federal*. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/50227. Acesso dia 25/09/2017; e BRASIL. **PL 7134/2002**. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=66174. Acesso dia 25/09/2017.

3.1. O conteúdo da Lei 11.343/06: inexorável predomínio das sanções penais

A Ementa da Lei nº 11.343/06 estabelece seus fins: criar o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), tratado entre os artigos 1º e 17; prescrever medidas para a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social do usuário e dependente de drogas, assunto dos artigos 18 a 26; e estabelece normas de repressão, a partir do artigo 27. Do tripé, o componente de maior proeminência é o das sanções penais – como é a sina de quase toda lei que tenha conteúdo penal.

O capítulo de repressão se inicia com o usuário. Enquanto o art. 16 da Lei 6.368/76 punia o usuário de drogas com pena de detenção de seis meses a dois anos, o art. 28 da Lei nº 11.343/06 afastou por completo a pena privativa de liberdade. O dispositivo determina que quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo droga, para consumo pessoal, estará sujeito à: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e à medida educativa de participação em curso ou programa educativa[73].

Há diversas correntes sobre qual o tratamento penal dado ao usuário. Doutrinadores mais rígidos afirmam que houve mero afastamento da pena privativa de liberdade[74], ao passo que outros falam em total descriminalização[75]. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem precedente no sentido de que houve despenalização, e não descriminalização, do porte de drogas para uso pessoal[76]. Atualmente, a Corte Suprema está julgando se há inconstitucionalidade na interpretação deo art. 28 da Lei 11.343/06

[73] Em caso de descumprimento das medidas, o art. 28, §6º da Lei 11.343/06 determina que serão aplicadas estas medidas coercitivas: admoestação verbal e multa. Afasta-se, assim, por completo a pena privativa de liberdade.

[74] O desembargador paulista Guilherme Nucci chega a lamentar a impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário, pois garantiria um suposto "luxo de usar drogas sem que o Estado possa tomar medidas coercitivas eficientes" NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 328.

[75] "Ora, se legalmente (no Brasil) 'crime' é a infração penal punida com reclusão ou detenção (...), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (...) deixou de ser 'crime' porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão." GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de tóxicos**: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal. *Migalhas*. Informativo nº 4.202. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI29019,11049-Nova+lei+de+toxicos+descriminalizacao+da+posse+de+droga+para+consumo. Acesso dia 25/09/2017.

[76] No voto do Ministro Sepúlveda Pertence: "O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento (...) da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal. Esse o quadro, resolvo a questão de ordem no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis". BRASIL. **Recurso Extraordinário de nº 430105/RJ**. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1. Acesso dia 25/09/2017.

constitui crime.[77]

Independente da corrente que se adote, o consenso é que o tratamento dado ao usuário foi abrandado em relação à legislação anterior, afastando-se por completo a possibilidade de prisão. Por outro lado, o tratamento do delito de tráfico de drogas tornou-se mais rigoroso, pondo as sanções penais da Lei nº 11.343/06 entre as maiores que existem no direito penal brasileiro.

O art. 33, *caput* da Lei nº 11.343/06 tipifica dezoito condutas relativas a drogas, sem exigir finalidade específica de comércio ou lucro, cominando pena de reclusão entre cinco e quinze anos, e multa entre quinhentos e mil e quinhentos dias-multa[78]. Isso sem falar nos tipos equiparados do art. 33, §1º, que punem com a mesma reprimenda o tráfico e plantação de matéria prima, insumo ou produto para preparação de entorpecentes, e a utilização ou permissão de uso de local para traficar drogas.

Segue-se, assim, o modelo estatuído na *Convenção para Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas*, de 1936, prevendo um delito extremamente amplo e abstrato a ponto de poder se configurar em situações extremamente diversas, aumentando a facilidade de prender qualquer pessoa. Da maneira como os EUA desejaram.

O tráfico de drogas do art. 33 é tipo misto alternativo (ou seja, o cometimento de qualquer uma das condutas descritas já consuma o crime) e crime de perigo abstrato – com presunção absoluta de colocar em risco um bem jurídico (no caso, a saúde pública), sem possibilidade prova em contrário[79]. Um delito que se perfaz com a mera conduta, e cuja pena é extremamente elevada – com margens maiores que as penas de lesão corporal seguida de morte ou estupro, por exemplo.

Os crimes correlatos são previstos nos artigos subsequentes: produção de maquinário para drogas (art. 34), associação para o tráfico (art. 35), financiamento do tráfico (art. 36), colaboração como informante de organizações para o tráfico (art. 37), prescrição indevida de drogas (art. 38) e condução de embarcação sob efeito de entorpecentes (art. 39). Por força do art. 44 da Lei 11.343/06, os crimes dos art. 33,

---

[77] Na última votação, interrompida pelo pedido de vista do falecido ministro Teori Zavascki, três dos onze ministros tinham votado a favor da inconstitucionalidade do art. 28, no sentido de descriminalizar a conduta lá descrita. BRASIL. **Recurso Extraordinário de nº 430105/RJ**. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:

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

[79] NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. *Op. cit.*, p. 347.

caput e §1º, e arts. 34 a 37 são equiparados a hediondos.

Assim, a Lei 11.343/06 traz dois delitos que estão em lados opostos no espectro penal. Enquanto o usuário de droga sequer é punido com pena privativa de liberdade, o traficante tem uma das sanções mais elevadas do direito penal brasileiro. Contudo, não há critérios objetivos na legislação para se determinar quem é usuário e quem é traficante, mas tão somente orientações de ordem circunstancial e subjetiva. Uma discricionariedade que abre margem a arbitrariedades e injustiças.

3.2. Diferenciação entre usuário e traficante: uma discricionariedade arbitrária

Há duas formas utilizadas pelos ordenamentos jurídicos para distinguir o usuário do traficante de drogas. O sistema da *quantificação legal* determina objetivamente uma quantidade de drogas que pode ser apreendida sem que o agente seja caracterizado como traficante. Já no sistema de *quantificação judicial*, cabe ao juiz verificar as circunstâncias e determinar se o agente é um usuário ou traficante através de critérios circunstanciais e, por vezes, subjetivos[80].

O Brasil adota o segundo sistema, pois não há critério objetivo de diferenciação entre usuário e traficante na Lei 11.343/06. O que existe são critérios de natureza subjetiva e casuística para tal diferenciação, expostos no art. 28, §2º, reprisando o anteriormente expressos no art. 37 da Lei nº 6.368/76. Tais critérios são utilizados para que o juiz determine se existe ou não finalidade de consumo pessoal das drogas.

Os parâmetros estabelecidos pelo art. 28, §2º da Lei nº 11.343/06 são quatro. Determina o dispositivo que o juiz, a fim de determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, deverá observar a *natureza* e a *quantidade* da substância apreendida; o *local* e às *condições* em que se desenvolveu a ação; as *circunstâncias sociais e pessoais* do agente; bem como sua *conduta* e seus *antecedentes*.

Desta forma, o convencimento judicial sobre a tipificação da conduta do agente deve seguir tais parâmetros, que apresentam pouco ou nenhum grau de objetividade. O magistrado deve atender a critérios que se referem à substância apreendida e ao preso para determinar se houve ou não finalidade de consumo pessoal.

De um lado, deve verificar qual droga foi apreendida e qual sua quantidade, além do local e das circunstâncias em que ocorreu a prisão. De outra banda, as

[80] BRASILEIRO, Renato. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 715.

condições sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente também deverão ser levados em consideração na formação do convencimento judicial acerca da tipificação legal.

A doutrina busca dar traços de objetividade a tais critérios, tentando explicar cada um, sempre através de exemplo, já que o conceito é parco e sem objetividade.

Tais exemplificações buscam mostrar como os critérios podem ser aplicados, mas sempre são extremamente abertas e passíveis de debate[81], demonstrando a excessiva subjetividade e discricionariedade concedida ao juiz, que beira a arbitrariedade. A abertura excessiva concedida ao tipo penal do art. 28, §2º da Lei 11.343/06 "possibilita manipulações na dogmática para a concretização, por exemplo, de discursos punitivistas. Negam-se, assim, normas constitucionais de cunho garantista em prol de um desejo de punir como solução para o problema da violência"[82].

Se alguém for preso com um quilograma de maconha, o juiz deve fazer uma série de perguntas ao caso. Como a maconha estava guardada? Onde a prisão ocorreu e como a pessoa estava no momento? É possível a essa pessoa comprar tamanha quantidade? Ela já passou pelo sistema punitivo por envolvimento com drogas ou algum outro motivo? A resposta a essas e outras perguntas que pode determinar a tipificação penal da conduta do agente.

O senso comum, inclusive jurídico, indica que há predominância das condições socioeconômicas da pessoa no momento da tipificação. Alguém pobre preso com dez gramas de cocaína pode ser considerado traficante, enquanto outro, rico, detido com cinco quilos de maconha pode ser considerado um usuário comprando grande quantidade para evitar ir sempre ao local. Em verdade, com critérios unicamente subjetivos um mundo de possibilidades se abre – e se fecha quando o agente é alguém selecionável pelo sistema penal.

Além do dito anteriormente, a diferenciação entre usuário e traficante ocorre, inclusive, no momento do flagrante. Enquanto o enquadrado no art. 28 da Lei 11.343/06 não é preso em flagrante, sendo lavrado termo circunstanciado nos termos do art. 69 da Lei 9.099/95, o tipificado no art. 33 da referida lei pode ser preso em flagrante delito em

[81] Veja-se, por todos, NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. *Op. cit.*, p. 338 e BRASILEIRO, Renato. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª Ed. Saraiva: 2015, p. 717.

[82] MELO, Marília Montenegro Pessoa de; DINU, Vitória Caetano Dreyer. **Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação**. *Revista Brasileira de Direito*. V. 13, nº 17, maio-agosto de 2017. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1155/1217#footnote-668-10. Acesso dia 29/10/2017.

quaisquer das modalidades expostas no art. 302 do CPP.

O flagrante em tráfico de drogas é extremamente poderoso. Em virtude da verborragia do tipo do art. 33 da Lei 11.343/06, é extremamente fácil a configuração do flagrante próprio do art. 302, I do CPP – o simples porte da substância já permite o flagrante, pois se trata de delito permanente[83].

Há quem defenda que até mesmo o flagrante preparado (que ocorre quando há instigação para o cometimento do delito, algo que vicia a vontade e torna o crime impossível[84]) pode ser validado na prisão por tráfico, uma vez que o agente, antes de realizar a conduta com vontade viciada, já estava de posse de droga – por exemplo, policial finge que vai comprar drogas de alguém e, quando este oferece, prende-o. O verbo "vender" não foi cumprido, mas o "trazer consigo", sim[85]. A prisão em flagrante por tráfico é poderosa a ponto de flertar com a ilegalidade.

Mas o maior, mais poderoso e menos conhecido flerte ilegal possibilitado pela prisão em flagrante por tráfico de drogas é com uma figura hedionda, que, infelizmente, faz parte da realidade do País: o *flagrante forjado*.

[83] LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 591.
[84] Enunciado nº 145 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".
[85] COELHO, Francisco Neves. **A prisão em flagrante e as balizas constitucionais**. 2010. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontífica Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 57.

4. Uma realidade negligenciada: a alegação de flagrante forjado em prisões por tráfico de drogas e a jurisprudência

Em 14 de janeiro de 2015, dois policiais militares foram presos no Rio de Janeiro. Após um adolescente ter sido apreendido por ato infracional análogo ao tráfico de drogas, o tio do jovem afirmou que os policiais armaram a prisão como represália à mãe do jovem, que não cedeu a chantagens dos militares. Após serem encontrados pinos de cocaína em um dos veículos dos policiais (do mesmo tipo que supostamente terem sido apreendidos com o adolescente), eles foram presos[86].

Eis somente uma amostra do cotidiano das prisões em flagrante por tráfico de drogas. A experiência comum de quem milita na justiça criminal demonstra que a forja de flagrantes é uma alegação extremamente recorrente entre os que são presos, ao passo que é difícil sua comprovação.

Durante todo este trabalho foram abordadas questões sensíveis sobre a seletividade do sistema penal, que adota critérios racistas para eleger pessoas a serem criminalizadas de forma secundária. A legislação de drogas contém dispositivos normativos que permitem a prisão fácil de qualquer pessoa que seja acusada por uma autoridade oficial de cometer um dos vários verbos dos tipos relativos a drogas.

A ocorrência de forja de prisões em flagrante demonstra como a criminalização, em todas as suas formas é capaz de tomar qualquer um que se adeque ao estereótipo racista selecionável em um primeiro toque. Observando as reais estruturas do sistema penal e da legislação do narcotráfico, é o momento de perceber, baseado no tratamento doutrinário e jurisprudencial dado à alegação de flagrante forjado, como a seletividade pode fazer incidir sobre qualquer pessoa – até mesmo aquelas que não cometeram o tipo penal.

4.1. Conceito de flagrante forjado: entre o laconismo dogmático e a verborragia da realidade

O conceito de flagrante forjado aparece nos manuais de Direito Penal ou Processo Penal em poucas linhas ou parágrafos. Trata-se de flagrante criado por alguém com o fim de incriminar pessoa que não cometeu crime algum[87]. A situação criminosa é totalmente externa, montada por outra pessoa a fim de incriminar alguém e garantir

[86] HERINGER, Carolina. *PMs são presos suspeitos de forjar flagrante de tráfico contra adolescente no Leblon*. **Extra**. Disponível em: https://extra.globo.com/casos-de-policia/pms-sao-presos-suspeitos-de-forjar-flagrante-de-trafico-contra-adolescente-no-leblon-15052994.html. Acesso em 01/10/2017.

[87] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 1.225.

legalidade e legitimidade à prisão em flagrante[88].

Qualquer pessoa pode forjar um flagrante. Exemplo é o empregado que insere na bolsa de outro pertence seu e, depois de chamar a polícia e alardear o suposto furto, consegue ver o colega preso e demitido. Contudo, no geral a ocorrência recai sobre a polícia em abordagens, quando cria situação delituosa a fim de legitimar a prisão ou outro ato de autoridade. A forja de flagrante é conduta criminosa, passível de punição por denunciação caluniosa (art. 339 do CP) e, no caso de agentes públicos, abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65).

A maioria dos manuais limita-se a essa conceituação, dogmática e fria, sobre o instituto e suas consequências. Louvável exceção é o escólio de Cezar Roberto Bitencourt, que adverte: "É um dos casos mais tristes da rotina policial e que, infelizmente, ocorre com muito mais frequência do que se imagina"[89]. Poucos manuais fazem tal ressalva, ignorando o flagrante forjado como uma realidade quase conspícua.

O tratamento dogmático dado à alegação de flagrante forjado contrasta com a numerosa ocorrência da forja de um crime. A ausência de uma abordagem mais profunda por parte da dogmática processual penal dificulta a defesa da ocorrência por meio de provas robustas e dificilmente derrogáveis. Por outro lado, os pretórios nacionais, não recebendo os ensinamentos da doutrina sobre a forja de flagrante e ignorando a realidade operacional do sistema, afrouxam as balizas processuais necessárias para a produção de provas em prisões por tráfico.

Ou seja, desconhecendo (ou deliberadamente cerrando os olhos para) a existência de forja de flagrante, os julgadores nacionais "lavam as mãos" de uma análise mais profunda das circunstâncias da prisão, ou de questionamentos acerca dos meios de prova e de seu conteúdo[90]. Tivesse a doutrina olhos mais voltados à realidade do sistema penal, trataria o tema com especificidade maior, abordando como pode se dar sua ocorrência, possíveis causas e meios para demonstrar a mentira da prisão.

A seletividade do sistema penal e sua ideologia dominante são os maiores

---

[88] LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 593.
[89] BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 469.
[90] Em um relato aterrador, mas representativo, o advogado Theuan da Silva narra a reação de um juiz, em uma "audiência-padrão" de instrução e julgamento de tráfico de drogas, ao ouvir a alegação de forja de flagrante de um réu: "Após contar que a droga tinha sido forjada (...) algo inédito acontece. Pela primeira vez o juiz olha para o réu, e diz: *'O senhor está dizendo que os policiais inventaram tudo, então? Por que eles fariam isso? Eles já te conheciam? Eles tinham alguma coisa contra você?'*". SILVA, Theuan Carvalho Gomes da. **Nas audiências de tráfico de drogas, o roteiro é quase sempre o mesmo**. *Justificando*. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2016/08/15/nas-audiencias-de-trafico-de-drogas-o-roteiro-e-quase-sempre-o-mesmo/. Acesso em 01/10/2017.

causadores da desconsideração de prisões fabricadas e ilegais. Por diferentes motivos, algumas pessoas acabam sendo criminalizadas sem terem cometido as condutas tipificadas. Tais pessoas, geralmente, têm as características elegíveis pelo sistema penal – não branquitude (principalmente a negritude), pobreza, gênero masculino, baixa educação e, por vezes, passagens anteriores pelo sistema – e são criminalizadas como se perpetrado o crime tivessem. A ideologia penal incapacita os operadores do Direito a duvidarem que alguém submetido às instituições penais esteja ali erroneamente.

Essas pessoas estão mais expostas à criminalização por uma série de motivos, como a menor privacidade na periferia e menor respeito à inviolabilidade do lar, majorando a facilidade para serem criminalizadas. A primeira fase da criminalização secundária se dá com a seleção policial, que leva a pessoa perante o Poder Judiciário. A partir daí a situação poderia ser mudada, caso comprovada alguma ilegalidade na prisão.

Poderia, porque geralmente não o é. O Judiciário brasileiro quase sempre avaliza as versões policiais em seus julgamentos. O delegado da Polícia Civil do Rio de Janeiro e doutor em Ciência Política Orlando Zaccone investigou em seu livro *Indignos de Vida* como o Judiciário aceitava o arquivamento, sem grandes pudores, de assassinatos quando a vítima era acusada de ser traficante ou criminosa. A seletividade penal da pessoa, por diversos motivos, retira sua humanidade e capacidade de defesa ou de confiança em suas alegações, tornando-a matável.

Logo no início da obra, Zaccone dispara a frase que será o mantra de seu livro: "a polícia mata, mas não mata sozinha"[91].

A pesquisa jurisprudencial realizada para este trabalho encontrou constatação semelhante em relação a prisões em flagrante forjadas. A versão policial trazida ao processo é preferida a qualquer outra, mesmo que a defesa tente fazer uma prova diabólica de que não ocorreu o crime. Da análise das decisões judiciais já se pode chegar à inferência similar à de Zaccone: *a polícia prende injustamente, mas não o faz sozinha*.

4.2. Nefasta cegueira judicial: os julgamentos do Tribunal de Justiça de Pernambuco sobre flagrante forjado

Várias são as razões para que pesquisa jurisprudencial das decisões de segundo grau (acórdãos) do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) seja utilizada com o fim de demonstrar como o Poder Judiciário lida com a alegação de ocorrência de flagrante

[91] D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada:** quem são os traficantes de drogas. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 23.

forjado.

Deve ser buscada no Poder Judiciário a operatividade real do sistema penal, pois é o lócus legítimo onde as provas serão apresentadas a fim de se formar juízo condenatório, através da certeza, ou absolutório, quando houver dúvida ou recair excludente de crime. O delito que supostamente ocorreu selecionado pela autoridade policial, com contraditório mitigado, será julgado por um membro do Judiciário, com base nas provas produzidas.

O Judiciário oferece ferramentas de pesquisa de jurisprudência (algo inexistente em autoridades policiais), mas limitada aos tribunais, tendo em vista a vasta quantidade de magistrados e decisões de primeiro grau. Em virtude de os Tribunais Superiores não analisarem questões fáticas[92], a melhor forma de encontrar o tratamento da alegação de flagrante forjado é nos tribunais de segundo grau.

Os tribunais regionais federais têm competência limitada para julgar crimes da Lei nº 11.343/06. A justiça estadual fica com a competência residual e lida com situações corriqueiras, onde são mais comuns as alegações de prisões fabricadas. Por isso e pelo maior número de decisões, ela foi a eleita para análise. O TJPE foi escolhido em virtude da proximidade com o local de criação deste trabalho, o que permite maior compreensão dos acontecimentos narrados nos acórdãos pelo autor e pelos examinadores da tese.

Por tais considerações, a pesquisa foi realizada no *site*[93] do TJPE, na área de *Consultas*, seção *Jurisprudência*, nos dias 29 e 30 de setembro de 2017. As palavras-chave de pesquisa utilizadas foram "flagrante E forjado E tráfico de drogas"[94]. Houve delimitação temporal entre os dias 09/10/2006 e 10/10/2016, abarcando dez anos de vigência da Lei 11.343/06. A classe de ação marcada foi "Apelação", por ser recurso que permite a devolutividade ampla da matéria discutida no primeiro grau e plena reanálise fática. A pesquisa retornou com 47 resultados.

Porém, a consulta individualizada aos precedentes mostrou que nem todos os resultados traziam o termo "flagrante forjado". Ainda, alguns resultados não estavam com o inteiro teor do acórdão (acórdão, votos e notas taquigráficas), o que demonstra necessidade de maior refino dos recursos de pesquisa jurisprudencial do tribunal e

[92] É o teor suas Súmulas – Enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e Enunciado nº 279 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
[93] http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/consulta.xhtml.
[94] Segundo o *site* do TJPE, o operador booleano "E" "localiza as palavras em qualquer lugar do documento", permitindo que cada termo da pesquisa seja procurado nos precedentes.

melhora no acesso à informação, apesar dos avanços já realizados. Ao final, escolhendo todos os resultados em que realmente constavam os termos "flagrante forjado" e "tráfico de drogas", chegou-se ao total de 20 acórdãos.

Assim, os 20 acórdãos representam a totalidade de recursos de apelação julgados pelo TJPE com alegação de forja de flagrante durante dez anos de vigência da Lei nº 11.343/06. A pequena quantidade não quer dizer que haja pouca alegação de forja de flagrantes, mas transparece como há pouca recorribilidade no seio do TJPE. Segundo a pesquisa *Justiça em Números*, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), somente contra 3,6% das decisões do Tribunal pernambucano são interpostos recursos, de onde se infere que há enorme cifra oculta por trás dos 20 acórdãos[95].

Há duas perguntas-problema a serem respondidas, a primeira de caráter mais objetivo, enquanto a segunda com possibilidade de se construir o raciocínio criminológico. São elas: 1ª) *quais principais argumentos utilizados pelo TJPE ao julgar a ocorrência de flagrante forjado?*, e 2ª) *quais as principais causas da ocorrência e manutenção de prisões em que pode haver forja de flagrante*? As respostas da primeira questão servem de base para as respostas da segunda. A objetividade daquela permite que se ergam teses para a resposta desta.

Debruçando-se sobre os 20 acórdãos, que estão listados no Anexo I do presente trabalho, serão analisados os resultados, verificando o que foi alegado para a caracterização do flagrante forjado e como os desembargadores decidiram. No Anexo II deste trabalho os acórdãos estão separados de acordo com a argumentação do pretório.

a) Um Judiciário policialesco: a argumentação dos acórdãos embasados no depoimento exclusivo de policiais

Dos 20 acórdãos analisados, 19 tiveram como base os depoimentos prestados exclusivamente por policiais militares na instrução do processo de primeiro grau, os quais participaram da prisão em flagrante. Tema polêmico, o depoimento exclusivo dos policiais que realizaram a prisão tem recebido tratamento diverso na jurisprudência e na doutrina.

A jurisprudência do STF trilha esta senda: "(...) não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento"[96]. O Superior

[95] BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. **Justiça em Números 2017.** Ano-base: 2016. Brasília: CNJ, 2017, p. 86.
[96] BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ***Habeas Corpus* nº 76.557-6/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio.

Tribunal de Justiça (STJ) segue caminho idêntico: "inexiste óbice no fato de estar a condenação embasada no depoimento dos Policiais responsáveis pelo flagrante, mormente quando colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de prova, como se verifica no presente caso"[97].

Cezar Roberto Bittencourt tem opinião que parece diferir dos entendimentos dos Tribunais Superiores. "(...) a doutrina não têm aceito prova testemunhal exclusivamente de policiais, quando é possível, nas circunstâncias, a produção de outras provas", escreve o professor[98]. E continua, com a perspicácia que lhe é inerente:

> "Sim, não se justifica que um jovem preso com pequena quantidade de tóxicos, em um barzinho lotado de pessoas, tenha como prova testemunhal somente a declaração dos policiais, que têm nítido e justificado interesse no *coroamento* de seu trabalho. Polícia não é testemunha, é agente repressor, e sua versão é *contagiada* pela função repressiva que exerce, despida da condição de neutralidade exigida de um depoimento testemunhal. É inadmissível, como testemunha, o arrolamento da *autoridade policial* (ou mesmo agente ou auditor fiscal ou similar) pelo Ministério Público, como rotineiramente tem acontecido nos últimos tempos, pois a manifestação da autoridade policial, segundo o Código de Processo Penal, tem sede e momento processual próprios: o relatório final do inquérito policial."[99] (Destaques no original)

Perceba-se que os posicionamentos não se contradizem, mas se complementam. Enquanto os Tribunais Superiores afirmam que não há óbice para que os policiais que realizaram a prisão sirvam de testemunha, Bitencourt alerta: quando for possível a produção de outras provas conjuntamente, elas devem sempre ser consideradas, tendo em vista que o depoimento policial está viciado pelo trabalho do policial.

Entre os 19 acórdãos que se basearam somente no testemunho de policiais, há casos emblemáticos de ilegalidade na ausência da produção de outras provas e até de situações que desafiam as regras da experiência.

É o caso de Lindomar, que teria fugido em disparada depois de visualizar a viatura da polícia que rondava na Favela do Detran, Recife, segundo o testemunho policial. Preso sem portar nada após perseguição, teria confessado aos policiais que era

---

Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Julgamento: 04/08/1998.

[97] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. **Agravo em Recurso Especial nº 1028584**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A limitação em reproduzir trechos das ementas deste acórdão e do STF reflete uma triste realidade de nossos pretórios; lacônicos, os votos limitam-se a reproduzir o que dizem outros acórdãos, os quais sempre se referem a um longínquo e quase inacessível entendimento pretérito da Corte.

[98] O trecho omitido da frase afirma que a jurisprudência trilha pela mesma senda apontada – por isso o verbo "ter" está flexionado no plural. Contudo, como demonstrado acima, a lição do mestre Bitencourt está desatualizada. BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 469.

[99] *Idem, ibidem, loc. cit.*

traficante e indicado onde estavam escondidos 16 papelotes de maconha e um revólver munição .38. Na delegacia, teria confirmado tudo o que ocorreu. Mudou a versão perante o juiz, afirmando ser vítima de flagrante forjado.[100]

A história apresentada pelos agentes afronta a lógica e o senso comum. Uma pessoa presa espontaneamente, sem portar nada, indicaria livremente onde estavam os objetos que poderiam incriminá-la? As máximas da experiência prática põem o relato policial em xeque. Uma pessoa se autoacusar e levar os policiais ao produto dos crimes é inverossímil. Tal versão deveria, no mínimo, ser objeto de maior aprofundamento e instrução para ser bem comprovada. O que não foi feito pelos julgadores. Com base exclusiva no depoimento policial, a condenação foi mantida.

Já Valéria foi presa na fila de entrada do antigo Presídio Professor Aníbal Bruno, hoje Complexo do Curado, após ser acusada de tentar entrar na unidade com drogas. Os agentes penitenciários afirmaram em depoimentos que a prenderam na fila depois de a verem descartando a droga que escondia na vagina, e que impediram sua fuga; Valéria disse que a droga foi achada no chão por uma agente perto da fila, e imputada a ela sem razão[101].

A história é verossímil, mas o que chama atenção é a absolutização dos depoimentos dos agentes penitenciários. Não obstante o fato ter ocorrido em frente a várias pessoas, só os agentes penitenciários foram arrolados testemunhas. Houve cristalino cerceamento de defesa e defasada produção das prova, que poderia ser mais robusta e correspondente aos fatos. Mas os julgadores ignoraram isso. A condenação foi mantida.

Edvânia, presa em Jordão Baixo, bairro pobre de Recife, também teve a condenação de primeiro grau mantida com fundamento exclusivo nos depoimentos policiais. Os desembargadores, porém, não se importaram com o fato de os policiais serem acusados de corrupção passiva e concussão pela apelante desde quando ela foi presa, com sua companheira. Limitaram-se a dizer que tais fatos, se reais, eram de competência do Ministério Público e não afetariam a condenação.

O depoimento dos policiais que foram acusados por Edvânia foi plenamente acolhido, sem grandes aprofundamentos circunstanciais sobre a prisão e muito menos

[100] PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 238898-5**. 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 23 de novembro de 2011.
[101] PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 380013-7**. 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 16 de maio de 2017.

sobre as acusações[102]. A condenação foi mantida, e não houve no acórdão determinação de envio de cópias dos autos ao *parquet* a fim de apurar possíveis responsabilidades criminais dos policiais.

Tais casos demonstram como o Judiciário pernambucano ignorou as circunstâncias em que se deu a prisão e fiou-se plenamente na versão apresentada pelos policiais – às vezes, sequer as submetendo ao crivo das regras da experiência comum ou da lógica. O TJPE, assim, agiu referendando possíveis prisões cujos elementos fáticos dos autos indicavam possibilidade de terem sido realizadas de forma ilegal, sem aprofundar a análise das circunstâncias da situação concreta ou de elementos cruciais constantes nos autos.

Não se pode afirmar que nos três casos houve forja de flagrante. Contudo, há circunstâncias que são capazes de abalar um pressuposto para a condenação: a *certeza*. Para que haja condenação, é necessária a certeza, com formação de convencimento judicial em grau razoável para lhe garantir a convicção da ocorrência do crime[103]. Restando alguma dúvida, a absolvição é imperiosa.

O acolhimento pleno do depoimento exclusivo de policiais, não cotejado com as circunstâncias em que ocorreu a prisão, nem com as máximas da experiência e nem mesmo com a lógica, deve ser rechaçado com veemência pelo Direito, sob pena de serem feitas injustiças gigantes. Tais julgamentos não estão em consonância sequer com a jurisprudência das Cortes Superiores que, apesar de aceitarem o depoimento policial, ordenam que haja cotejo com os elementos constantes nos autos a fim de confirmar sua veracidade.

Os fatos presentes nos casos apresentados são capazes de colocar em dúvida qualquer julgador que fizesse análise mais profunda das situações. Mas não foi o que ocorreu nos 19 acórdãos embasados exclusivamente em depoimentos de policiais (ou equiparados). Cerrando os olhos a diferentes situações, o Judiciário se converteu, mesmo que involuntariamente, em mero acolhedor das versões policiais. Uma *longa manus* condenatória da máquina policialesca.

b) O ônus de uma prova impossível: os acórdãos que aduziram ausência de prova do flagrante forjado

Dos 20 acórdãos analisados, em 12 deles os julgadores afirmaram que a defesa

[102] PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 0233732-2**. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 22 de dezembro de 2014.
[103] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. *Op. cit.*, p. 827.

não apresentou nenhuma prova da forja de flagrante, atribuindo a ela o ônus de provar a não ocorrência do crime pelo qual o apelante foi condenado, ao passo em que afirmam ter o Ministério Público se desincumbido de tal ônus (através do testemunho policial). Assim, a alegação de flagrante forjado estadia em desacordo com a "prova mais qualificada angariada aos autos".

Há facção doutrinária que aceita a existência de distribuição de ônus da prova no processo penal, havendo matérias que cabem à acusação ou à defesa provar, mormente quando lido o art. 156 do Código de Processo Penal (CPP). Heráclito Mossin afirma: "É evidente, outrossim, que, quando a alegação provier da defesa, a ela cumpre produzir prova a respeito do alegado (...). Logo, é ônus do réu ou querelado provar causa excludente ou dirimente da culpabilidade, da antijuridicidade e do crime"[104].

Outra parte da doutrina, lendo o art. 156 do CPP pelas lentes da presunção de inocência, afirma que no processo penal o ônus da prova é exclusivo da acusação. "Não há distribuição de cargas probatórias", ensina Aury Lopes. "A carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência."[105]

Em verdade, à acusação cabe o ônus de provar a ocorrência do crime e de todos os seus elementos constitutivos – conduta típica, antijurídica e culpável. Dessa forma, indiretamente, a prova desses elementos rechaça a presença de excludentes de tipicidade, de justificadoras e de exculpantes[106]. Imputar à defesa o dever de fazer prova da inexistência do crime ou de um de seus elementos é prova diabólica (aquela cuja produção é impossível ou difícil) e deve ser repelida. A defesa tem direito, e não ônus, de produzir prova; a acusação tem o dever de produzir prova do crime.

As decisões analisadas filiam-se à primeira senda doutrinária, pois não acolhem a alegação de flagrante forjado em virtude da inexistência de prova da forja – ou melhor, de prova da não ocorrência do crime pelo qual o apelante foi condenado. Cristalino que se trata de prova diabólica, extremamente difícil de ser produzida, ainda mais em um contexto no qual as palavras dos policiais que realizam a prisão são quase absolutas.

---

[104] MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Direito Penal**: curso completo. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 345.
[105] LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. *Op. cit.*, p. 398.
[106] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. *Op. cit.*, p. 866.

Contudo, há processos analisados nos quais a defesa fez esforço para conseguir provar a alegação de flagrante forjado. Em vão.

Foi o caso de Ismael. Andando de bicicleta na Rua Haiti, do bairro de Cajueiro Seco, Jaboatão dos Guararapes/PE, com uma criança na cela e um adolescente de 13 anos ao lado, em outra *bike*, Ismael foi parado pela polícia. A versão dos militares é que ele teria jogado fora uma sacola com *crack* e maconha quando viu a viatura, sendo logo depois detido pelos militares.

A defesa, visando infirmar o depoimento policial, apresentou duas testemunhas: a mãe e o pai dos garotos que acompanhavam Ismael. Ambos disseram em juízo que, quando chegaram ao local em que Ismael estava sendo revistado, a criança e o adolescente falaram que "era tudo mentira" da polícia. Os desembargadores, porém, não acolheram tais testemunhos. Sob a adução que as testemunhas de defesa não viram o ocorrido, a condenação de primeiro grau foi mantida[107]. A criança e o adolescente, testemunhas presenciais de todo o fato, foram sumariamente ignoradas pelos julgadores.

Ao tentar desincubir-se do ônus de produzir uma prova diabólica, a defesa viu seus meios repelidos sob uma alegação frágil, que poderia facilmente ser contornada com a oitiva direta das testemunhas menores, sob as formalidades de praxe. A verdade real, tão aclamada pelos penalistas, parece ter sido deixada de lado juntamente com as testemunhas oculares, menores de idade, as quais viram toda a ação policial.

A prova da existência de flagrante forjado sequer deveria ser feita, pois importa em ônus diabólico de provar a inexistência do crime – enquanto cabe somente à acusação provar sua ocorrência e de seus elementos constitutivos, demonstrando indiretamente a inexistência de causas que excluam o delito. Mas, o caso exposto, há demonstração de que nem quando a defesa tenta há alguma modificação no paradigma de um Judiciário policialesco.

c) Em busca de um porquê: análise qualitativa dos acórdãos que questionam os motivos para forja de flagrante

Dos 20 acórdãos, 4 questionaram quais motivos levariam as forças policiais a forjar um flagrante contra uma pessoa, principalmente quando não demonstrada a existência de alguma rixa ou inimizade entre o preso e os policiais que o prenderam. Os magistrados em geral duvidam da existência de motivos que levem isso a ocorrer.

Mas a forja de flagrantes é uma realidade, algo palpável. Qualquer pessoa que

[107] PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 403532-7**. 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 24 de maio de 2016.

more em localidade pobre já passou por situações como essas ou conhece alguém que tenha vivido. Há uma realidade de fabricação de flagrantes e prisões ilegais. Em 1969, Aliomar Baleeiro, ministro do STF, deu uma declaração sobre o tema: "Há muitos anos venho ouvindo um rumor de que a polícia carioca, quando quer embaraçar um indivíduo, lavra um flagrante de maconha e o leva para a cadeia"[108]. A existência de flagrantes forjados, assim, é uma dura realidade.

Contudo, os desembargadores – muitos dos quais talvez não tenham contato direto com a realidade do sistema penal, pois não compõem a parcela selecionável da população – perguntam-se que razões levariam um policial a forjar um flagrante, fabricar uma prisão, com o risco de ser descoberto, processado, perder o cargo e até ir preso.

Tal questionamento é complexo e perpassa o Direito, podendo resvalar na psicologia e até na psicanálise. Não se duvide que, infelizmente, há agentes da lei que podem forjar prisões por puro sadismo. Mas geralmente os motivos podem a ser mais "elevados", como a existência de incentivo pecuniário no caso de prisões em flagrante por tráfico de drogas ou para justificar atos e operações policiais. O Estado de Pernambuco tem um exemplo de lei que pode incentivar a forja de flagrantes.

A Lei Estadual nº 15.458/2015[109] institui a gratificação do Pacto Pela Vida. O art. 3º, III da referida Lei concede gratificações entre R$250,00 e R$ 1.000,00 a policiais que apreendam cocaína e seus derivados. A gratificação, porém, somente vale para apreensões a partir de doze gramas de droga; além disso, a possibilidade de se obter a gratificação é maior se há prisão em flagrante, conforme art. 8º, III, *a* e *e*.

Legislações desse tipo são fomentadores da forja de prisões em flagrante. Policiais mal remunerados e com honestidade duvidosa podem se valer desse expediente para aumentar sua remuneração, apreendendo drogas, retendo-as consigo e depois as reutilizando em futuras abordagens e prisões, a fim de aumentar a quantidade de substância apreendida e a respectiva gratificação. Um dos motivos para a ocorrência da forja de flagrantes podem ser leis desse tipo leis desses tipos.

Os possíveis motivos que poderiam levar à forja de uma prisão em flagrante devem ser analisados com mais cautela pelo julgador. Devem-se manter os olhos

[108] VALOIS, Luiz Carlos. **O direito penal de guerra às drogas**. *Op. cit.*, p. 499.
[109] PERNAMBUCO. *Assembleia Legislativa de Pernambuco*. **Lei nº 15.458, de 12 de fevereiro de 2015**. Disponível em: http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=15458&complemento=0&ano=2015&tipo=&url=. Acesso dia 05 de out. de 2017.

sempre abertos para a casuística, as circunstâncias e a dinâmica de cada caso, a fim de verificar, junto com outros fatores, a ocorrência de prisões ilegais. Infelizmente, os desembargadores também pecaram nessa avaliação minuciosa, que poderia impedir injustiças.

Em um dos acórdãos consta a história pitoresca de Edilson. Segundo depoimento policial, os agentes receberam informações de que no Terminal de Ônibus da Guabiraba, bairro pobre de Recife, haveria entrega de maconha. Assim, se dirigiram até lá, com alguns policiais à paisana. Edilson, que seria responsável pela entrega, teria feito uma trapalhada: chegou ao terminal e perguntou justo a um dos agentes à paisana se ele era o destinatário da "parada" – ou seja, da droga. Preso sem portar nada, teria indicado à polícia onde estava a maconha, em uma mata a um quilômetro do terminal[110].

A narração beira à comicidade, não fosse a tragédia que causou. Os julgadores, além de ignorarem a ausência de verossimilhança do depoimento (como alguém pode ir entregar drogas sem saber o destinatário e sair em um terminal aleatoriamente perguntando?!), não atentaram para um possível motivador de prisão ilegal: a realização de uma operação em terminal de ônibus, da qual seria humilhante às forças policiais vir sem prisão efetuada. Para alguns policiais, a ausência de uma prisão pode ser aviltante a ponto de ultrapassar a honestidade.

De olhos fechados a tudo isso, o Tribunal manteve a condenação, transformando a história de Edilson de comédia em uma tragédia, provavelmente de forma injusta. Há ainda outra história similar, tão explícita e desigual quanto a de Edilson.

Francisco foi preso diante da multidão que aproveitava a festa do padroeiro da cidade de São Lourenço da Mata, Região Metropolitana de Recife. Segundo testemunho policial, os agentes foram informados anonimamente que alguém estava vendendo drogas em meio à festa. Abordaram Francisco por se adequar às mesmas características narradas pelas "denúncias anônimas", e teriam encontrado com ele, após revista, dez papelotes de maconha.

A versão da acusação, calcada exclusivamente nos depoimentos policiais – apesar de a prisão ter ocorrido em público, nenhuma outra testemunha foi apresentada pela acusação – parecia inabalável. Todavia, a defesa trouxe testemunhas que adicionaram um elemento à história: a droga não foi encontrada na primeira revista. Na

[110] PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 404022-0**. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 12 de abril de 2016.

primeira abordagem realizada pela polícia, em público, nada foi encontrado com Francisco. Mesmo assim, ele foi preso. A substância teria sido achada pelos policiais depois, já na delegacia.

Um fato novo que poderia mudar tudo. Mas não mudou. O Ministério Público reconheceu que a situação ocorreu da maneira que as testemunhas de defesa trouxeram, mas lavou as mãos e justificou a atitude policial. "Não se pode esperar que a polícia fosse despi-lo em público", eximiu-se o Procurador de Justiça.[111]

Perceba-se que a primeira prisão em flagrante foi ilegal, pois não houve nenhuma das situações de flagrância do art. 302 do CPP. Com que fundamento Francisco foi levado à delegacia se nada tinha quando foi preso? A fundada suspeita permite a revista pessoal, mas não uma prisão em flagrante. Prisão ilegal gera, além de nulidade plena do flagrante, responsabilidade dos agentes em todas as esferas jurídicas.

Os indícios apontam a existência de forja de prisão, mas o desembargador questionou os motivos para isso. Mas da narrativa apresentada, inferem-se duas possíveis razões: mostrar serviço na prisão de criminosos na grande festa e, principalmente, tornar legal e legítima uma prisão em público que estava totalmente fora da lei.

O Tribunal não atentou a tais questões. Manteve a condenação de primeiro grau.

4.3. Um fim melancólico: culpados mesmo com prova em contrário

A parte derradeira deste capítulo tem um amaríssimo sabor de melancolia. O que foi exposto até aqui é apenas um excerto da realidade que foi encontrada nos vinte acórdãos lidos para a confecção desse trabalho e estruturação da pesquisa jurisprudencial feita.

A essa altura, a segunda pergunta-problema já foi respondida, de acordo com todo analisado. As principais causas da ocorrência e manutenção de prisões em que pode haver forja de flagrante são os três principais argumentos das decisões analisadas qualitativamente. O acolhimento de depoimentos exclusivamente policiais, a dificuldade de se provar a não ocorrência do tráfico de drogas e o questionamento dos motivos que levariam à forja do flagrante sem uma análise casuística profunda, são as razões para a ocorrência e manutenção de prisões possivelmente ilegais.

[111] PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 0206542-1**. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 15 de março de 2010.

Isso porque o crucial para que seja ou não mantida uma injustiça cometida por policiais ou outros agentes com poder da polícia é a ação do Poder Judiciário em analisar os fatos narrados e provados e condenar quanto houver juízo de certeza, mas absolver no momento em que houver dúvida.

A fabricação de circunstâncias criminosas e ilegais para realização de prisões em flagrante é uma realidade do sistema penal, principalmente na fase policial. Caberia ao Judiciário impedir sua ocorrência por meio da análise dos fatos e das provas de forma justa e correta. Contudo, ao julgar com base exclusiva nos depoimentos policiais; ao colocar o ônus da prova na defesa e rechaçar as provas que ela tenta realizar; e ao questionar os motivos da ilegalidade sem analisar as situações do caso, o Judiciário se converte na *longa manus* condenatória da polícia, avalizando a seletividade da fase judicial.

Todas as prisões dos casos apresentados na análise qualitativa foram realizadas em locais pobres da Região Metropolitana de Recife. Não se tem acesso às características pessoais de cada pessoa condenada, mas a localidade onde ocorreram as prisões e o patrocínio majoritário pela Defensoria Pública demonstra que seus corpos são selecionáveis pelo sistema penal. O Judiciário parece acatar a seletividade perpetrada pela polícia, não se atendo a minúcias, mesmo em casos de possibilidade de patentes injustiças.

O resumo do resultado aponta que os tribunais pátrios, voluntariamente ou não, pouco se importam com a vida de tantas pessoas que são selecionadas pelo sistema penal. A forja de flagrantes é uma realidade, mas ela segue ignorada, escamoteada, rechaçada e até ironizada por julgadores que pouco contato têm com o mundo das ruas. E, quando têm tal vivência, enxergam-na pelas lentes policialescas.

O sistema penal tem um discurso oficial, mas tem uma prática e um discurso reais que se embasam em um poder configurador de marcação sobre certas pessoas selecionáveis através de critérios pessoais – algo que vai além do mero cometimento de delitos. O racismo é o elemento principal para a seleção das pessoas a serem criminalizadas – em alguns casos, sequer sem terem cometido crime algum.

A legislação de tráfico de drogas, com sua abertura e extrema subjetividade, é capaz de criminalizar qualquer um. Se o sistema penal sequer respeita a legalidade em seu seio, pode ocorrer a prisão ilícita de pessoas injustamente acusadas de cometer tráfico de drogas. O Poder Judiciário seria o refúgio contra tais ilegalidades, mas, pelos motivos esposados, parece ter se eximido dessa função.

Conclusão

A última palavra é a que fica. Na conclusão deste trabalho, um arremate de tudo que foi tratado é necessário, que deve ser acompanhado com as minhas íntimas impressões, por ser autor e pesquisador de tudo que foi trabalhado.

Foi um trabalho melancólico e solitário. Sob orientação e supervisão da maravilhosa professora Marília Montenegro, vi o laconismo com o qual a doutrina trata a forja de flagrantes e debrucei-me sobre cada julgado do TJPE sobre o tema. Tristeza, amargor, ira e surpresa tomaram conta de mim na leitura dos acórdãos. A realidade daquelas pessoas foi, muitas vezes, ignorada pelo judiciário que deveria tentar sanar as ilegalidades.

Como demonstrado neste trabalho, o sistema penal tem um estruturado discurso oficial de proteção de bens jurídicos e punição a quem comete crimes. A realidade demonstrada por ele, entretanto, é outra. A seletividade compõe o sistema penal como um dado intrínseco, estrutural e indelével. Ela recai sobre certas pessoas, as quais são majoritariamente, conforme os dados carcerários brasileiros, jovens, negros e pobres.

O crime de tráfico de drogas é o mais propício a isso em virtude de sua excessiva abertura e abstração, frutos de interesses de diversas nações em criminalizar algumas substâncias e permitir a punição de pessoas que, de diversas formas, se relacionem com elas. O modelo de proibicionismo do tráfico foi adotado pelo Brasil, inclusive no seu recrudescimento à época em que os EUA lançaram a *War on Drugs*.

A Lei 11.343/06 reflete anos de adoção, pelo Brasil, da guerra às drogas estrangeira. Ponto crucial é a existência de critérios subjetivos e discricionários para diferenciar traficantes de usuários. A abertura permitida por tais critérios dá margem à arbitrariedades. A seletividade penal se impõe: alguém que se enquadra em critérios selecionáveis tem maior probabilidade de ser tachado por traficante, independentemente de elementos objetivos como a quantidade de drogas que estavam em seu poder.

A análise jurisprudencial realizada com os julgados do TJPE demonstrou essa situação. Como a criminologia crítica se alimentou de dados da realidade, esta confirma toda a teorização daquela. A seletividade do sistema penal e a realização de suas funções reais, principalmente o poder configurador, permearam as decisões dos desembargadores que julgaram improcedentes todos os recursos analisados e mantiveram as condenações.

A confiança exclusiva e excessiva em depoimentos policiais, a imposição à

defesa do ônus de provar a inocorrência do crime e a perscrutação sobre os motivos que levariam alguém a forjar um flagrante serviram como base para o Tribunal negar provimento aos recursos que chegaram. Como visto, foram ignorados pontos cruciais nos casos julgados que eram indícios da ilegalidade da prisão efetuada. A seleção da agência policial não mereceu retoque por parte do Judiciário.

Eu, o autor deste trabalho, sou um selecionável. E várias pessoas de meus círculos mais íntimos, também. Negro, pobre, morador do bairro dos Coelhos passo pelas preocupações que outros jovens de minha idade e condição passam. Uma das piores é a sensação de poder ser falsamente acusado de um crime que não cometeu. E, incrivelmente, não encontrar refúgio para isso.

Ser honesto (conceito tão vago...) e parecer honesto não são suficientes. Se a situação do Judiciário se mantiver como foi demonstrado, será necessário algum golpe de sorte para não cair em armadilhas criminosas montadas por agentes policiais. Porque, se cair, o Poder da República responsável por distribuir justiça não será o guardião da legalidade. Os selecionáveis parecem não merecer tal guarida.

Escrever sobre forja de prisões em flagrantes, principalmente por tráfico de drogas, é escrever sobre um lugar de mundo. Doutrina e jurisprudência desconhecem a realidade de tal fato, pois a vivência humana das pessoas que compõem o mundo jurídico passa longe, em sua larga maioria, da seleção do sistema penal.

Sobre corpos brancos e ricos pouco incidem as leis penais – e muito menos as ilegalidades. Inimaginável a um juiz, em qualquer fase de sua vida, passar pela angústia de pensar sobre forja de flagrantes – e sua manutenção em virtude de suas características sociais.

Este trabalho é a tentativa de um brado de esperança a quem está desesperançado e injustiçado. A mim, a meus amigos, meus parentes. A quem acredita que, por seu status social, ou porque errou no passado, será culpado para sempre. Mesmo com prova em contrário.

Ultimamente, as coisas mudaram – e lutaremos para que continue assim. Um dia, oxalá, o mundo jurídico prestará atenção na dura realidade dos ninguéns, e nas injustiças que sofrem.

Referências bibliográficas

A 13ª Emenda. Direção: Ava DuVernay. Distribuição: Netflix. EUA, 2016. Disponível em: https://www.netflix.com/br/title/80091741. Acesso em: 11/06/2017.

ALEXANDER, Harriet. **What's is going wrong in France's prisions?** *The Telegraph*. 17 de janeiro de 2015. Disponível em: http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/11352268/What-is-going-wrong-in-Frances-prisons.html. Acesso dia 05/04/2017.

ALEXANDER, Michelle. **The new Jim Crow**: mass incarceration in the age of colorblindness. The New Press: New York, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico penal. 1ed. Buenos Aires: Siglo **XXI** Editores Argentina, 2004.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. *In* BOTEAUX, Luciana. **Temas de Direito Penal**.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. **Justiça em Números 2017.** Ano-base: 2016. Brasília: CNJ, 2017.

BRASIL. **Decreto nº 2.994, de 17 de agosto de 1938**. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2994-17-agosto-1938-348813-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso dia 27/09/2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938**. *Presidência da República*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm. Acesso dia 15/06/2017.

BRASIL. **Diário do Senado Federal**. *Senado Federal*. Ano LVII, nº 53, 07/02/2002: Brasília/DF.

BRASIL**. Legislação Informatizada - Decreto nº 20.930, de 11 de Janeiro de 1932 - Publicação Original.** *Câmara dos Deputados*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html. Acesso dia: 15/06/2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de Informações Penitenciárias – Mulheres**. Brasília, 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 115, 2002**. *Senado Federal*. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/50227. Acesso dia 25/09/2017; e BRASIL. **PL 7134/2002**. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=66174. Acesso dia 25/09/2017.

BRASIL. **Recurso Extraordinário de nº 430105/RJ**. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1. Acesso dia 25/09/2017.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. **Agravo em Recurso Especial nº 1028584**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ***Habeas Corpus* nº 76.557-6/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Julgamento: 04/08/1998.

BRASILEIRO, Renato. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

CINCO números para entender a desigualdade racial nos EUA. *BBC Brasil*. 17 de agosto de 2014. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140817_desiguladade_eua. Acesso dia 05/04/2014.

COELHO, Francisco Neves. **A prisão em flagrante e as balizas constitucionais**. 2010. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontífica Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada:** quem são os traficantes de drogas. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído ao chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2006. 145f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília. Brasília, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de tóxicos**: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal. *Migalhas*. Informativo nº 4.202. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI29019,11049-Nova+lei+de+toxicos+descriminalizacao+da+posse+de+droga+para+consumo. Acesso dia 25/09/2017.

HERINGER, Carolina. *PMs são presos suspeitos de forjar flagrante de tráfico contra adolescente no Leblon*. **Extra**. Disponível em: https://extra.globo.com/casos-de-policia/pms-sao-presos-suspeitos-de-forjar-flagrante-de-trafico-contra-adolescente-no-leblon-15052994.html. Acesso em 01/10/2017.

LOBIANCO, Tom. **Report: Aide says Nixon's war targeted blacks, hippies**. *The Nation*. Disponível em: http://edition.cnn.com/2016/03/23/politics/john-ehrlichman-richard-nixon-drug-war-blacks-hippie/index.html.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 591.

MALAGUTI, Vera. **Difíceis ganhos fáceis**: droga e juventude pobre do Rio de Janeiro. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MELO, Marília Montenegro Pessoa de; DINU, Vitória Caetano Dreyer. **Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação**. *Revista Brasileira de Direito*. V. 13, nº 17, maio-agosto de 2017. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1155/1217#footnote-668-10. Acesso dia 29/10/2017.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Direito Penal**: curso completo. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 345.

MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. *Portal UFMG – Inclusão social*. Disponível em: https://www.ufmg.br/inclusaosocial/. Acesso dia 24/03/17.

NIXON, Richard. **203 - Special Message to the Congress on Drug Abuse Prevention and Control**. *The American Presidency Project*. Disponível em: http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3048.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PERNAMBUCO. *Assembleia Legislativa de Pernambuco*. **Lei nº 15.458, de 12 de fevereiro de 2015**. Disponível em: http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=15458&complemento=0&ano=2015&tipo=&url=. Acesso em 05/10/2017.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2934, 14/07/2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19551>. Acesso em:14/06/2017.

SILVA, Rosalina carvalho da; SANTOS, Manoel Antônio dos. **A intolerância frente à questão das drogas**: algumas reflexões. *In* BIASOLI-ALVES, Zélia Maria Mendes; FISCHMANN, Roseli (Orgs.). **Crianças e adolescentes:** construindo uma cultura de tolerância. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

SILVA, Theuan Carvalho Gomes da. **Nas audiências de tráfico de drogas, o roteiro é quase sempre o mesmo**. *Justificando*. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2016/08/15/nas-audiencias-de-trafico-de-drogas-o-roteiro-e-quase-sempre-o-mesmo/. Acesso em 01/10/2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

VALOIS, Luiz Carlos. **O direito penal de guerra às drogas**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3ª Ed. Tradução de Sérgio lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A questão criminal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Crime organizado**: uma categorização frustrada. *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 1, nº 1, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas** - a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Anexo I – Lista de acórdãos analisados do Tribunal de Justiça de Pernambuco

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 0195895-8**. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 26 de maio de 2010.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 203650-6**. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 03 de maio de 2011.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 0303677-9**. 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 18 de julho de 2013.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 207366-5**. 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 02 de fevereiro de 2011.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 238898-5**. 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 23 de novembro de 2011.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 0206542-1**. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 15 de março de 2010.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 0233387-7**. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 31 de agosto de 2011.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 0227480-6**. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 15 de dezembro de 2014.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 0233732-2**. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 22 de dezembro de 2014.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 334481-6**. 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 15 de dezembro de 2016.

Depoimento exclusivo de policiais (fl. 8-9). Afirma que não se exige traficância para o tráfico, bastando elementos indiciários (f. 29-30).

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 322738-9**. 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 15 de outubro de 2014.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 306579-0**. 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 27 de agosto de 2014.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 329830-6**. 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 24 de janeiro de 2017.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 469952-1**. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 07 de junho de 2017.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 380013-7**. 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 16 de maio de 2017.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 403532-7**. 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 24 de maio de 2016.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 404022-0**. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 12 de abril de 2016.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 447744-5**. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 29 de novembro de 2016.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 433935-7**. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 18 de janeiro de 2017.

PERNAMBUCO (Estado). *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. **Apelação Criminal nº 458677-6**. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Pernambuco, Recife, PE, 28 de março de 2017.

Anexo II – Percentagens das principais alegações, distribuídas por acórdãos

ARGUMENTO: consonância com os depoimentos prestados exclusivamente por policiais ou agentes	**QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS**: 19	**PERCENTAGEM DE ACÓRDÃOS:** 95%
APELAÇÕES CRIMINAIS Nº: 203650-6; 0303677-9; 207366-5; 238898-5; 0206542-1; 0233387-7; 0227480-6; 0233732-2; 334481-6; 322738-9; 306579-0; 329830-6; 469952-1; 380013-7; 403532-7; 404022-0; 447744-5; 433935-7; 458677-6.		
ARGUMENTO: ausência de prova do flagrante forjado	**QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS**: 12	**PERCENTAGEM DE ACÓRDÃOS:** 60%
APELAÇÕES CRIMINAIS Nº: 0195895-8; 207366-5; 238898-5; 0227480-6; 322738-9; 469952-1; 380013-7; 403532-7; 404022-0; 447744-5; 433935-7; 458677-6.		
ARGUMENTO: inexistência de motivos para a realização do flagrante forjado	**QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS**: 4	**PERCENTAGEM DE ACÓRDÃOS:** 20%
APELAÇÕES CRIMINAIS Nº: 207366-5; 0206542-1; 0233387-7; 0233732-2.		
ARGUMENTO: presença de antecedentes criminais	**QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS**: 1	**PERCENTAGEM DE ACÓRDÃOS:** 5%
APELAÇÃO CRIMINAL Nº: 0195895-8		