

P A R E C E R

“Depoimentos Policiais e Regras de Experiência no Juízo de Tipicidade dos Crimes dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06: o caso Rafael Braga”

**Consulentes: Dr. Carlos Eduardo Cunha Martins Silva, Dr. Ednardo Mota de
Oliveira Santos, João Henrique de Castro Tristão Soares e Dr. Lucas da
Silveira Sada, do Instituto de Defensores de Direitos Humanos**

**Pareceristas: Prof. Doutor Salo de Carvalho e Profa. Dra. Mariana de Assis
Brasil e Weigert**

Agosto de 2017

P A R E C E R

“Depoimentos Policiais e Regras de Experiência no Juízo de Tipicidade dos Crimes dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06: o caso Rafael Braga”

SUMÁRIO:

I. CONSULTA.....	03
II. P A R E C E R.....	06
1. A Imputação e o Juízo de Tipicidade: a denúncia e os fundamentos da condenação de Rafael Braga por tráfico (art. 33, Lei 11.343/06) e associação ao tráfico de drogas (art. 35, Lei 11.343/06)	06
2. Condenação Fundada Exclusivamente nos Depoimentos dos Policiais Militares: Súmula 70 do TJERJ: argumento de sustentação da decisão.....	09
3. O Juízo de Tipicidade do art. 33, Lei 11.343/06: as regras de experiência e as condições de verificabilidade do “tráfico de drogas”	35
4. O Juízo de Tipicidade do art. 35, Lei 11.343/06: as regras de experiência e as condições de verificabilidade da “associação ao tráfico”	49
5. Respostas aos Quesitos.....	54

I. CONSULTA

01. Os eminentes advogados Dr. Carlos Eduardo Cunha Martins Silva, Dr. Ednardo Mota de Oliveira Santos, Dr. João Henrique de Castro Tristão Soares e Dr. Lucas da Silveira Sada, todos atuando na defesa de Rafael Braga Vieira (Rafael Braga) através do **Instituto de Defensores de Direitos Humanos (IDDH)**, formularam consulta aos pesquisadores do **Grupo de Estudos em Ciências Criminais (GCrim)**, da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ), coordenado pelo prof. Salo de Carvalho, acerca do juízo de imputação e da pena aplicada na sentença condenatória proferida no processo criminal 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro.

Importante destacar, preliminarmente, que após a condenação de Rafael Braga no referido processo inúmeros estudantes de Direito, incluindo os pesquisadores do GCrim, mobilizaram-se para estudar as implicações jurídicas da decisão. A consulta realizada pelo IDDH, portanto, convergiu com uma preocupação bastante concreta da comunidade acadêmica. Assim, os signatários realizaram esforços no sentido de avaliar os temas propostos e, em atuação *pro bono*, apresentar suas conclusões.

Rafael Braga foi denunciado como incurso nos tipos penais do art. 33 e art. 35 da Lei 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal. A sentença julgou procedente a pretensão punitiva e condenou o réu, em 20/04/2017, às penas de 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 1.687 (um mil seiscentos e oitenta e sete) dias-multa.

A consulta formulada pelo IDDH é delimitada nas implicações da decisão nos campos do direito penal e processual penal e refere (*primeiro*) os **requisitos de validade para a aplicação da Súmula 70 do TJERJ**; e (*segundo*) os **critérios de imputação e ao juízo de tipicidade do art. 33 e do art. 35 da Lei 11.343/06**.

Para elaboração do parecer, os questionamentos foram instruídos com cópia integral dos autos principais do referido processo criminal.

02. Relatados *objeto e tema*, os consulentes apresentam as seguintes questões:

Questões relativas à fundamentação da sentença nos depoimentos dos policiais militares e à aplicabilidade da Súmula 70 do TJERJ:

1. Quais os pressupostos de validade para a aplicação da Súmula 70 do TJERJ?
2. No caso concreto (sentença condenatória de Rafael Braga), a aplicação da Súmula 70 do TJERJ respeitou os pressupostos legal e constitucional de validade da prova?

Questões relativas ao crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06:

3. Quais as condições de verificabilidade e os critérios para a imputação do art. 33 da Lei de Drogas (tráfico de entorpecentes)?
4. No caso concreto, o juízo de tipicidade exposto na sentença observou os requisitos legal e constitucional?

Questões relativas ao crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/06:

5. Quais as condições de verificabilidade e os requisitos para a imputação do art. 35 da Lei de Drogas (associação para o tráfico)?
6. No caso concreto, o juízo de tipicidade baseado exclusivamente em regras de experiência satisfaz as exigências legal e constitucional?

Examinadas as questões e os documentos que acompanham a consulta, ingressamos na análise da imputação realizada pelo Ministério Público e dos critérios de verificabilidade concreta que permitiram os juízos de tipicidade que conduziram à condenação de Rafael Braga.

Passamos a emitir o parecer.¹

¹ Agradecemos a mestrandas Renata Saggiore Davis (UERJ), pela pesquisa jurisprudencial, e a acadêmica Mariana Ferreira (UFRJ), pela organização inicial da pauta de trabalho e pelos primeiros contatos com os advogados do Instituto de Defensores de Direitos Humanos (IDDH).

P A R E C E R

1. A Imputação e o Juízo de Tipicidade: a denúncia e os fundamentos da condenação de Rafael Braga por tráfico (art. 33, Lei 11.343/06) e associação ao tráfico de drogas (art. 35, Lei 11.343/06)

03. Rafael Braga foi denunciado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro como incurso no art. 33 da Lei de Drogas porque em 12 de janeiro de 2016, por volta das 09 horas, na Rua 29, no interior da comunidade Vila Cruzeiro, Complexo do Alemão, *“com consciência e vontade, trazia consigo, com finalidade de tráfico, 0,6g (seis decigramas) da substância entorpecente Cannabis Sativa L., acondicionados em uma embalagem plástica fechada por nó, bem como 9,3g (nove gramas e três decigramas) de Cocaína (pó), distribuídos em 06 cápsulas plásticas incolores e 02 embalagens plásticas fechadas por grampo, contendo a inscrição ‘CV-RL/PÓ 3/COMPLEXO DA PENHA’, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.”* (fls. 01 da sentença)

Narra a denúncia que nas mesmas condições de tempo, lugar e forma de agir, igualmente agindo com consciência e vontade, Rafael Braga estaria *“(…) associado a outros indivíduos não identificados, todos subordinados à facção criminosa que domina o tráfico de drogas na comunidade, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime previsto no art. 33 da Lei no 11.343/06”* (fls. 01 da sentença), delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas.

Conforme a narrativa apresentada pela acusação, Policiais Militares da 7ª UPP do 16º Batalhão da PMERJ, em operação no interior da comunidade, foram informados por um morador de que um homem estaria *“portando entorpecente com a intenção de comercializá-lo.”* (fls. 01 da sentença) Assim, ao realizarem diligência ao local, *“os agentes visualizaram o denunciado Rafael Braga Vieira em poder de uma sacola de conteúdo suspeito”, e que “(…) ao perceber a presença dos agentes da lei, o denunciado tentou se desfazer do material, arremessando a referida sacola ao solo.”* (fls. 01 da sentença) Na sacola teria sido apreendido a droga referida e um morteiro.

Instruíram o processo os autos de apreensão (fl. 12/13, 17 e 97/98) e os laudos (prévio e definitivo) da droga (fl. 15/16 e 99/100) e do morteiro (fl. 261/261v). Na instrução judicial foram ouvidas 02 (duas) testemunhas arroladas pela acusação (fls. 195-220), 02 (duas) testemunhas referidas (fls. 247-249) e 01 (uma) testemunha de defesa (fl. 194).

04. Após as alegações da acusação e da defesa, o julgador proferiu sentença, condenando Rafael Braga nos termos da denúncia. Na análise do mérito, fundamentou o juízo condenatório nas seguintes premissas:

Imputação do art. 33 da Lei 11.343/06

Tipicidade objetiva (materialidade): (a) *laudos toxicológicos*: atestado de ser a substância apreendida droga ilícita; (b) *prova testemunhal*: depoimento dos Policiais do 16º BPMERJ; (c) *acondicionamento da droga*: embalagens apreendidas continham a inscrição “CV” (“Comando Vermelho”), sendo de conhecimento geral que aquela localidade seria dominada pelo “Comando Vermelho”; (d) *acondicionamento da droga* (segue): substâncias entorpecentes encontravam-se fracionadas, o que indicaria estarem prontas para mercancia; e (e) *local*: ponto de venda conhecido.

Entrelaçando os argumentos, conclui o magistrado que “*por consequência, levando-se em conta a quantidade de droga apreendida, forma de acondicionamento e local da apreensão, resta inquestionável que a substância entorpecente destinava-se a traficância, portanto, não tenho qualquer dúvida quanto à adequação do fato ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei de Tóxicos.*” (fl. 03 da sentença)

Tipicidade subjetiva (dolo): extraída das demais provas de corroboração da tipicidade objetiva: “*dolosa, assim, a conduta do agente, eis que subjetivamente se conduziu a vulnerar o artigo 33, caput da Lei 11.343/06, visto que trazia consigo, para fins de mercancia, sem autorização legal ou regulamentar, as drogas descritas na denúncia.*” (07 da sentença)

Autoria: (a) *prisão em flagrante*; (b) *depoimentos policiais*: narrativa apresentada pelos Policiais do 16º BPMERJ, que realizaram o flagrante, versões consideradas harmônicas; (c) *depoimento da testemunha de defesa*: apontado como isolado no contexto probatório e

invalidado em razão de a testemunha ser considerada “amiga”, em razão de frequentar a casa da genitora do acusado.

Após reproduzir os depoimentos prestados em juízo, o julgador, apoiando-se na Súmula 70 do TJERJ, disse que *“nos depoimentos policiais acima mencionados, nada há que elida a veracidade das declarações feitas pelos agentes públicos que lograram prender o acusado em flagrante delito. Não há nos autos qualquer motivo para se olvidar da palavra dos policiais, eis que agentes devidamente investidos pelo Estado, cuja credibilidade de seus depoimentos é reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Os testemunhos dos policiais acima referidos foram apresentados de forma coerente, neles inexistindo qualquer contradição de valor, já estando superada a alegação de que uma sentença condenatória não pode se basear neste tipo de prova.”* (fls. 06 da sentença)

Imputação do art. 35 da Lei 11.343/06

Tipicidade objetiva (materialidade): (a) *credibilidade dos depoimentos policiais: declarações “valiosas” prestadas pelos policiais militares que diligenciaram o flagrante (Pablo Vinícius Cabral e Victor Hugo Lago) – “os depoimentos prestados em juízo pelos policiais militares responsáveis pela prisão do acusado merecem credibilidade, porquanto seguros e coerentes, guardam afinidade com a realidade fática trazida no contexto probatório. Ademais, não há qualquer motivo nos autos capaz de macular a isenção dos mesmos como testemunhas.”* (fls. 08 da sentença); (b) inscrição “CV” nas embalagens que continham maconha e cocaína, situação que indicaria a estabilidade do vínculo associativo; e (c) fracionamento da droga, o que evidenciaria a destinação para venda.

Conclui o julgador que *“dessa forma, restou inequívoca a estabilidade do vínculo associativo para a prática do nefasto comércio de drogas, sendo certo que a facção criminosa ‘Comando Vermelho’ é quem domina a prática do tráfico na localidade conhecida como ‘sem terra’, em que o réu foi preso, situada no interior da Vila Cruzeiro. Por outro lado, a regra de experiência comum permite concluir que a ninguém é oportunizado traficar em comunidade sem integrar a facção criminosa que ali pratica o nefasto comércio de drogas, sob pena de pagar com a própria vida. Portanto, não poderia o réu atuar como traficante no interior da Comunidade Vila Cruzeiro, sem que estivesse vinculado à facção criminosa ‘Comando Vermelho’ daquela localidade.”* (fl. 08 da sentença)

Tipicidade subjetiva (dolo): apontada apenas no sentido de referendar a tipicidade objetiva: *“assim, dolosa a conduta do agente, eis que subjetivamente se conduziu a vulnerar o artigo 35 da Lei n. 11.343/06, eis que se associou de forma estável e permanente para a prática de tráfico de entorpecentes, conforme descrito na denúncia.”* (fl. 08 da sentença)

Autoria: fundada basicamente na prova oral (depoimentos policiais), nos termos da argumentação da definição da autoria do art. 33 da Lei de Drogas – *“no que tange a autoria, a mesma é certa quanto ao acusado. Sob o crivo do contraditório foi produzida a prova oral formadora da convicção acerca da existência da conduta imputada ao réu, eis que estava associado para a prática do crime de tráfico de drogas.”* (fl. 08 da sentença)

Em relação à **desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei 11.343/06**, tese levantada pela defesa, o magistrado argumentou a sua impossibilidade não apenas pelos elementos de prova referidos mas, sobretudo, *“em razão do acusado, em momento algum ter afirmado que os entorpecentes consigo apreendidos destinavam-se ao seu próprio uso, muito pelo contrário, negou a posse do material apreendido.”* (fl. 09 da sentença)

Refutadas as teses defensivas, o julgador considerou robusto o conjunto probatório em desfavor de Rafael Braga no que diz respeito aos delitos de tráfico e associação para o tráfico, condenando-o nas sanções do artigo 33 e do art. 35 da Lei 11.343/06. Ato contínuo, fixou a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias multa em relação à imputação do art. 33 da Lei de Drogas ao valorar negativamente (a) os antecedentes (condenações anteriores); (b) a personalidade do réu; e (c) os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime (sem fundamentação). Utilizando os mesmos elementos de análise, estabeleceu a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa ao crime do art. 35 da Lei de Drogas. A pena provisória foi aumentada, em ambos os delitos, em razão da reincidência, restando a pena definitiva, em razão do concurso material (desígnios autônomos), em 11 (onze) anos e 03 (três meses) de reclusão e 1.687 (mil seiscentos e oitenta e sete) dias-multa.

Em síntese os pontos de ancoragem da sentença condenatória e que serão, a partir das questões apresentadas pelos consulentes, exploradas no parecer.

2. Condenação Fundada Exclusivamente nos Depoimentos dos Policiais Militares: Súmula 70 do TJERJ: argumento de sustentação da decisão

05. Embora sejam notórias as fragilidades em relação ao juízo de tipicidade que condenou Rafael Braga pelos delitos de tráfico e de associação ao tráfico – temas que serão abordados na sequência do parecer –, é possível notar, pela fundamentação judicial exposta, que *o pilar de sustentação da sentença é a credibilidade aferida aos depoimentos dos policiais que realizaram a prisão em flagrante.*

Nota-se da narrativa exposta pela acusação, a qual o magistrado adere para formar o juízo condenatório, que a palavra dos policiais do 16º BPMERJ (*primeiro*) valida a existência de informante que indica a prática de tráfico de drogas na região e (*segundo*) confirma a realização do comércio ilegal de droga por Rafael Braga.

A questão da autoria – e parte substancial do debate sobre a materialidade – restringe-se, pois, à validade dos depoimentos policiais como suficientes para a emissão do juízo condenatório. Não por outra razão, o julgador sustenta o argumento na Súmula 70 do TJERJ, a partir de duas premissas: (*primeira*) a presunção de regularidade de *per se* que o exercício do cargo público detém – no caso, a palavra dos policiais teria fé pública e somente poderia ser refutada se apresentadas provas pela defesa de Rafael Braga que fossem suficientes para demonstrar má-fé (*“não há nos autos qualquer motivo para se olvidar da palavra dos policiais, eis que agentes devidamente investidos pelo Estado, cuja credibilidade de seus depoimentos é reconhecida pela doutrina e jurisprudência”*, fl. 06 da sentença); e (*segunda*) a coerência (ausência de contradição) entre os depoimentos dos policiais, embora não tenham sido os únicos tomados em juízo (*“os testemunhos dos policiais acima referidos foram apresentados de forma coerente, neles inexistindo qualquer contradição de valor”*, fl. 06 da sentença). Os argumentos foram

9/58

apresentados em relação ao crime de tráfico e referidos, posteriormente, de forma sintética e remissiva, quando da análise da autoria do crime de associação ao tráfico.

06. A *presunção de regularidade dos atos dos agentes dos poderes públicos*, que fundamenta a Súmula 70 do TJERJ e sustenta o julgado em análise, é um dos pressupostos da administração pública nos Estados de Direito. Se o art. 37, *caput*, da Constituição, estabelece que a administração pública obedecerá aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, a decorrência imediata é a de que os atos administrativos gozam de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade.

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira enfatizam que essa vinculação à constitucionalidade e à legalidade submete a atividade administrativa aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade.² Nos termos propostos por Ayres Brito, nos “Comentários à Constituição do Brasil”, “*dizer que a lei é o primeiro dos princípios regentes da administração pública, mas não o único (óbvio), é dizer que o Direito especificamente aplicável a esse tipo de administração começa com a lei, mas não termina com ela. O Direito ainda se manifesta em cada qual dos modos obrigatórios de aplicar a lei, que são os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia.*” Segue o autor sustentando que “*a administração pública somente alcança o patamar da legitimidade plena quanto aos seus meios ou meios de atuação se, impulsionada pela lei, a esta consegue imprimir o selo dos outros quatro princípios [impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia].*”³

No exercício da função pública, portanto, supõe-se que o policial militar atue dentro da legalidade, sendo sua palavra, fundada nos princípios éticos da boa-fé e da probidade, comprometida com a veracidade dos fatos, notadamente em razão de validar importantes atos subsequentes, como indiciamentos, denúncias e decisões judiciais.

Esclarece Letizia Gianformaggio, porém, que o dogma da presunção de regularidade dos atos dos poderes públicos identifica a validade (das normas e

² Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição do Brasil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 228.

³ Britto, Carlos Ayres. Comentário ao art. 37, *caput*, in Canotilho, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; Streck, Lenio L. (coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 822.

das decisões) com a sua mera existência.⁴ Significa dizer: confunde vigência (ato em si) com validade (conformação do ato com a Constituição e as leis). A existência do ato diz respeito à vigência. Todavia o mero fato de existir não torna o ato de *per se* válido (legítimo). A legitimidade diz respeito a sua conformidade constitucional.

A concepção puramente formal da validade dos atos dos poderes é fruto de uma simplificação derivada da incompreensão da complexidade do termo legalidade no Estado Constitucional de Direito. Segundo Ferrajoli, os conceitos de vigência e de validade são assimétricos e independentes: enquanto *vigência* diz sobre a *forma* dos atos normativos, ou seja, é questão de correspondência ou subsunção das normas às regras de procedimento e competência; *validade* corresponde ao significado (conteúdo), isto é, trata-se de uma questão de coerência ou de compatibilidade das normas produzidas com os valores materiais encontrados nas Constituições.⁵

Embora *vigência* (existência formal) e *validade* (conteúdo constitucionalmente conformado) não se confundam, devendo os atos guardar correspondência plena com o conteúdo material indicado pelas Constituições, em condições de normalidade – inclusive para que a burocracia dos Estados possa funcionar regularmente –, é suposta uma certa regularidade no funcionamento dos poderes públicos. Desde a base contratualista da fundação dos Estados de Direito, pressupõe-se a existência de um “bom poder” voltado para a efetivação dos direitos das pessoas e atento contra toda e qualquer possibilidade de sua lesão arbitrária.

O debate é relevante na análise do caso porque a decisão condenatória, sustentada pela Súmula 70 do TJERJ, parece supor que os depoimentos policiais de *per se* são válidos, ou seja, que sua simples existência formal (depoimentos prestados em juízo e submetidos ao contraditório) lhes conferem validade (correspondência aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade).

⁴ Gianformaggio, Letizia. *Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere in Gianformaggio, Letizia (org.). Le Ragioni del Garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 28.

⁵ Ferrajoli, Luigi. *El Derecho como Sistema de Garantías in Jueces para la Democracia*, v. 16/17, 1992, p. 64.

Como referido, é lógico que em *situações de normalidade democrática* poderia ser presumido que os atos dos poderes encontram-se em harmonia com a Constituição, sendo, portanto, legítimos, idôneos e verídicos. Assim, o seu afastamento ocorreria nos casos em que haveria prova inequívoca em sentido contrário como, aliás, é o entendimento dogmático majoritário.

No entanto, esta máxima que regula os modelos ideais típicos dos Estados de Direito é invariavelmente confrontada na análise da incidência real dos sistemas penais, isto é, quando colocada a prova no campo das práticas punitivas. Roberto Bergalli, a partir da análise empírica da atuação das agências penais, é extremamente perspicaz ao demonstrar que historicamente os sistemas punitivos não observaram os níveis possíveis de legalidade fixados pelas estruturas normativas. A situação é ainda mais grave na América Latina, local em que a regra é a inobservância dos níveis *mínimos* de legalidade, ou seja, dos parâmetros que dão as condições de verificabilidade da regularidade dos atos dos poderes públicos (punitivos).⁶

Neste sentido, embora a Súmula 70 do TJERJ, que legitima a decisão que condenou Rafael Braga, encontre amparo dentro do sistema de princípios e de regras gerais de uma Teoria Geral do Direito pensada para os Estados Democráticos – o que implica em dizer que no plano ideal é válida –, ao ser deslocada (*primeiro*) para os sistemas penais e, mais especificamente, (*segundo*) para os sistemas penais latino-americano e fluminense, seus efeitos devem ser, no mínimo, problematizados. Assim, se em um panorama ideal e abstrato a Súmula 70 do TJERJ instrumentaliza a legalidade e atesta a moralidade, a idoneidade e a veracidade dos atos dos agentes da polícia militar, no plano real e concreto pode produzir efeitos extremamente perversos se não for confrontada com as especificidades do sistema penal e, havendo distorções, não forem relativizados os seus efeitos. Note-se, pois, que se há uma racionalidade no ponto de partida (regularidade dos atos dos poderes públicos nos Estados de Direito), não necessariamente esta racionalidade será verificada no ponto de chegada (racionalidade dos atos da polícia militar do Rio de Janeiro). Em

⁶ Bergalli, Roberto. Fallacia Garantista nella Cultura Giuridico Penale di Lingua Ispanica in Gianformaggio, Letizia (org.). *Le Ragioni del Garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 192.

confronto com o real, uma carta de intenções racionais que afirma um pacto civilizatório pode produzir o seu exato oposto: a irracionalidade de práticas punitivas que reeditam estados de barbárie.

07. Demonstra Ferrajoli que a atividade policial é uma atividade administrativa formalmente organizada como dependente do poder executivo. Ocorre que “(...) *diversamente dos outros ramos da administração pública, é uma atividade em contato direto com as liberdades fundamentais.*”⁷

Assim, podemos perceber que se no âmbito dos direitos sociais, p. ex., é crível afirmar que a ação dos poderes públicos é “amiga dos direitos”, tal assertiva não pode ser transposta acriticamente para o campo da intervenção policial. E não há, nessa afirmação, nenhum preconceito contra essa atividade. Todavia, seria no mínimo ingenuidade, mesmo no plano abstrato e teórico, imaginar que a ação de polícia, que não esporadicamente implica confronto, não seja uma atividade violenta que restrinja e, no limite, viole os direitos individuais. Não por outra razão Ferrajoli percebe uma *latente* ilegitimidade da atuação policial no Estado de Direito. Se a força policial se manifesta como violência, é desta mesma violência que “*provém sua latente ilegitimidade com respeito ao paradigma do Estado de Direito.*”⁸

Possível concluir, portanto, que em relação à atividade policial o princípio da regularidade dos atos dos poderes públicos é uma máxima sujeita à refutabilidade. Exatamente para reduzir as possibilidades ou as tendências inerentes ao exercício irregular da violência – “*os casos de ilegalidades estabelecidas como práticas rotineiras, mais ou menos conhecidas ou toleradas*”⁹, conforme leciona Nilo Batista –, é necessário submeter a atividade policial à constante fiscalização. Fiscalização que também é judicial e que pode/deve ser exercida durante o acerto dos casos penais concretos, no momento, p. ex., de contextualizar e problematizar a presunção absoluta de veracidade de depoimentos policiais, notadamente em situações de baixa densidade democrática, como é possível perceber no caso concreto. Isto porque, novamente nas lições de Nilo Batista, o

⁷ Ferrajoli, Luigi. *Diritto e Ragione*. Roma: Laterza, 1998, p. 798. [tradução livre]

⁸ Ferrajoli, Luigi. *Diritto e Ragione*. Roma: Laterza, 1998, p. 798. [tradução livre]

⁹ Batista, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 25.

“sistema penal a ser conhecido e estudado é uma realidade, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas [e princípios gerais, inclua-se] que o delinham.”¹⁰

No caso específico, a presunção (abstrata) de veracidade do depoimento dos policiais deve, necessariamente, ser submetida a alguns filtros: (*primeiro*) o filtro da experiência histórica da incidência dos sistemas penais na sociedade; (*segundo*) o filtro da experiência concreta da atuação do sistema penal latino-americano; e, no particular, (*terceiro*) o modo de atuar do sistema de polícia do Estado do Rio de Janeiro.

08. A série de problematizações apresentada, no sentido de relativizar o princípio geral que fundamenta a Súmula 70 do TJERJ, pode ser sintetizada na seguinte questão: *qual o índice real de confiabilidade (princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade dos agentes da administração pública) do depoimento dos policiais militares que realizaram a prisão de Rafael Braga?*

Embora seja evidente que o indivíduo concreto não se confunde com a instituição que integra, é importante contextualizar os problemas concretos que atingem com impressionante regularidade a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Apesar de os sujeitos serem autônomos, ninguém é estrangeiro da sua própria cultura e as práticas institucionais acabam, em inúmeros casos, sendo incorporadas pelos processos de institucionalização que há muito tempo são estudados pela psicologia social (notadamente quando os indivíduos integram cadeias hierárquicas e burocráticas que facilitam a isenção e a transferência da responsabilidade do ato¹¹).

Assim, se no plano ideal e abstrato a Súmula 70 do TJERJ poderia estar em harmonia com a principiologia que instrumentaliza a forma de atuação da administração pública, marcada pelos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, no plano real e concreto pode produzir distorções e legitimar atos opostos a sua perspectiva racionalizadora.

¹⁰ Batista, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 25.

¹¹ Sobre o tema, foram inovadores os estudos no campo da psicologia social Milgram, em 1969, na Universidade de Yale (Milgram, Stanley. *Obedience to Authority*. New York: Harper & Row, 1974) e de Zimbardo, em 1971, na Universidade de Stanford (Zimbardo, Philip. *O Efeito Lúcido*. Rio de Janeiro: Record, 2013, pp. ; e Surhone, Lambert; Tennoe, Mariam; Henssonow, Susan (eds). *Stanford Prison Experiment*. La Vergne: Betascript, 2010).

“Em 2016, uma a cada seis pessoas assassinadas no Rio foi morta por um policial. De acordo com dados do Instituto de Segurança Pública (ISP), no ano passado, foram registrados 5.953 homicídios no estado. Desse total, 920 são os chamados autos de resistência – quando o policial alega que matou um criminoso em legítima defesa.

O número de autos de resistência no Rio em 2016 é o maior desde 2009, quando o projeto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP) estava em seu início. Desde 2013 – quando o número de autos de resistência foi o menor registrado na série histórica contabilizada pelo estado –, o índice não pára de aumentar ano a ano. De 2015 para 2016, o aumento foi de 43%.” (Jornal Extra, 17/02/17)¹²

Os números apresentados na matéria são conhecidos não apenas pela população, mas pelas autoridades públicas do Estado do Rio de Janeiro. São informações oficiais, baseadas em dados empíricos e apresentadas no início do ano corrente pelo Instituto de Segurança Pública (ISP).

Em julho de 2016, a Human Rights Watch publicou o relatório *“O Bom Policial Tem Medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro”* e constatou que *“as estatísticas oficiais sobre homicídios cometidos pela polícia corroboram o entendimento das autoridades de que execuções extrajudiciais são bastante comuns. O número de mortos por ação policial é muito maior do que o número de baixas na polícia, fazendo com que seja difícil acreditar que todas estas mortes ocorreram em situações em que a polícia estava sendo atacada.”¹³*

Todavia, para além da grave questão da letalidade policial, o relatório da Human Rights Watch documenta 64 casos, com 119 mortes, em que policiais militares acobertaram ou tentaram acobertar os homicídios: *“uma técnica comum é remover o cadáver da vítima da cena do crime e levá-lo a um hospital, alegando a tentativa de ‘socorrer’ a vítima. Esses falsos ‘socorros’ servem para destruir provas na cena do crime ao mesmo tempo em que simulam um ato de boa-fé por parte dos policiais. Em alguns casos, policiais forjaram provas ao colocarem armas nas mãos das vítimas e as dispararem, ou, ainda, ao deixarem drogas junto aos seus corpos. Alguns policiais ameaçaram testemunhas para desencorajar depoimentos. Em um caso ocorrido em julho de 2011, por exemplo, policiais torturaram e mataram*

¹² Soares, Rafael. Um em cada seis homicídios no Rio foi cometido por policiais em 2016 *in* *Jornal Extra*, 17/02/17, disponível em <http://extra.globo.com/casos-de-policia/um-em-cada-seis-homicidios-no-rio-foi-cometido-por-policiais-em-2016-20940865>.

No mesmo sentido, Bianchi, Paula. Uma pessoa é morta pela polícia a cada 8 horas no Rio *in* *Uol Notícias*, 23/02/17, disponível em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/02/23/uma-pessoa-e-morta-pela-policia-a-cada-8-horas-no-rio>.

¹³ Human Rights Watch, *O Bom Policial Tem Medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 2016, disponível <https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589>.

o filho de 14 anos da testemunha de uma execução anterior, ocorrida na favela do Salgueiro, com o objetivo de intimidá-la, de acordo com promotores de justiça.”¹⁴

Fundamental perceber, ainda, que os dados apresentados pelos órgãos de monitoramento da segurança pública e pelos observatórios nacionais e internacionais de Direitos Humanos são aprofundados e validados por sérias pesquisas acadêmicas, desenvolvidas por importantes centros e baseadas em critérios metodológicos sofisticados e rigorosos.¹⁵

Nota-se, porém, que os resultados apresentados sobre as práticas policiais no Rio de Janeiro não se restringem aos ambientes institucional ou acadêmico de pesquisa. A percepção da violência institucional, que gera uma significativa redução da credibilidade das ações policiais, é sentida de forma bastante evidente pela população carioca.

Pesquisa de opinião recentemente publicada aponta o baixo grau de confiança na Polícia Militar do Rio de Janeiro: *“pediu-se aos entrevistados que pontuassem de zero a dez seus graus de confiança nas polícias e na Justiça. A nota média dada à Polícia Militar foi bastante baixa (4,9) e inferior àquela atribuída à Polícia Civil (5,8).”¹⁶* No que tange à relação com a Polícia, *“(…) embora o percentual de contatos positivos seja maior que o de negativos, 55% acreditam ser provável ou muito provável tornarem-se vítimas de violência policial e 39% temem ser confundidos com bandidos pela polícia.”¹⁷* Assim, segundo o estudo, *“não se pode dizer que a população carioca ignore ou minimize a violência excessiva e a seletividade na atuação policial. Pelo contrário, quase dois terços (62%) dos entrevistados concordam totalmente ou em parte com a afirmação de que a polícia no Rio de Janeiro mata demais e 70% discordam da ideia de que o problema da criminalidade se resolveria se a polícia tivesse ‘carta branca para matar’. Além*

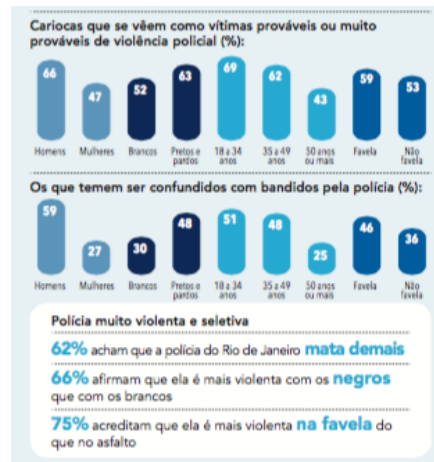
¹⁴ Human Rights Watch, *O Bom Policial Tem Medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 2016, disponível <https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589>.

¹⁵ Neste sentido, exemplificativamente: Misse, Michel; Grillo, Carolina Christoph; Néri, Natasha Elbas *Letalidade Policial e Indiferença Legal: a apuração judiciária dos ‘autos de resistência’ no Rio de Janeiro (2001-2011)* in *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, edição especial n. 1, 2015, pp. 43-71; Misse, Michel; Grillo, Carolina Christoph; Teixeira, César Pinheiro; e Néri, Natasha Elbas. *Quando a Polícia Mata: homicídios por ‘autos de resistência’ no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: Necvu/Booklink, 2013; Soares, Barbara Musumeci; Moura, Tatiana; Afonso, Carla (orgs). *Auto de Resistência: relatos de familiares de vítimas da violência armada*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2009; Verani, Sérgio. *Assassinatos em Nome da Lei: uma prática ideológica do direito penal*. Rio de Janeiro, Aldebarã, 1996; Zaccane, Orlando. *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

¹⁶ Lemgruber, Julita; Cano, Ignacio; Musumeci, Leonarda. *Olho por Olho? O que pensam os cariocas sobre ‘bandido bom é bandido morto’*. Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017, p. 13.

¹⁷ Lemgruber, Julita; Cano, Ignacio; Musumeci, Leonarda. *Olho por Olho? O que pensam os cariocas sobre ‘bandido bom é bandido morto’*. Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017, p. 11.

disso, 75% acreditam que a polícia é mais violenta na favela do que no asfalto e 66% acham que ela é mais violenta contra os negros que contra os brancos.”¹⁸



[Fonte: Lemgruber, Julita; Cano, Ignacio; Musumeci, Leonarda. *Olho por Olho? O que pensam os cariocas sobre 'bandido bom é bandido morto'*. Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017]

A enorme desconfiança da população em relação às práticas policiais decorre da percepção concreta dos tipos e das formas de abordagem realizadas no cotidiano da cidade, sobretudo nos locais de vivência da população mais vulnerável. Importante sublinhar que a conclusão não decorre de um mero exercício de abstração acadêmica – como muitas vezes é adjetivada a crítica à violência policial, com nítida intenção de desqualificar as tentativas de visibilização deste problema real. Com o crescimento do nível de violência por parte da polícia, são cada vez mais frequentes as notícias de abusos praticados pelas instituições militares.

Lembre-se, p. ex., o caso da morte de Maria Eduarda dentro da escola em que frequentava e, na sequência, a execução dos dois suspeitos rendidos na parte externa da instituição de ensino.

“Um morador gravou a ação de dois PMs que acabavam de abater dois homens armados no exterior da escola onde Maria Eduarda morreu. Enquanto os rapazes caídos ainda se mexiam, um dos policiais se aproxima e pega um fuzil do chão para na continuação atirar duas vezes contra um deles. Um segundo policial aparece na cena e se aproxima do segundo homem para também disparar contra ele. Ambos PMs foram presos em flagrante por homicídio qualificado enquanto prestavam depoimento na Divisão de Homicídios da capital. O Rio registrou 182

¹⁸ Lemgruber, Julita; Cano, Ignacio; Musumeci, Leonarda. *Olho por Olho? O que pensam os cariocas sobre 'bandido bom é bandido morto'*. Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017, p. 16.

mortes causadas por intervenção policial no começo deste ano (janeiro e fevereiro). É 78,4% mais que o contemplado nos dois primeiros meses de 2016.”¹⁹

Os dados empíricos apresentados neste parecer sobre violência e (falta de) credibilidade da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, convergem para a necessidade da análise da notícia publicada pelo jornal Extra, em 01/07/2017.

EXTRA Casos de Polícia

01/07/17 07:00

PMs prendiam usuários de drogas como traficantes para alcançar meta do batalhão

[Fonte: Heringer, Carolina; Marinatto, Luã. PMs Prendiam Usuários de Drogas como Traficantes para Alcançar Meta do Batalhão *in* *Jornal Extra*, 01/07/2017, disponível em <https://extra.globo.com/casos-de-policia/pms-prendiam-usuarios-de-drogas-como-trafficantes-para-alcancar-meta-do-batalhao-21542860>]

Conforme a matéria, inquérito policial conduzido pela Delegacia de Homicídios de Niterói e São Gonçalo (DHNSG), no âmbito das investigações que redundaram na prisão de *96 policiais militares acusados de receberem dinheiro do tráfico com o objetivo de não coibirem o comércio de drogas (tornadas) ilícitas*, conseguiu demonstrar a existência de ações coordenadas entre agentes do 7º Batalhão da Polícia Militar e traficantes da região. Assim, os policiais militares faziam operações combinadas com os comerciantes de drogas, que separavam determinada quantidade exatamente para satisfazer a necessidade de apreensões. Ocorre que a autoria dos delitos, com frequência, era atribuída a consumidores de entorpecentes: *“os PMs faziam apreensões de drogas após combinação com os traficantes, que deixavam os entorpecentes em endereços já acertados. Os policiais, então, abordavam usuários no morro e os levavam para a delegacia, alegando que eles eram os responsáveis pela droga encontrada. Na unidade, os usuários acabavam sendo autuados por tráfico de drogas.”*²⁰ Na reportagem, o Delegado Assistente da DHNSG detalha o

¹⁹ Martín, Maria. Execução Policial e Estudante Morta em Tiroteio: o Rio mergulha na barbárie *in* *El País Brasil*, 31/03/2017, disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/31/politica/1490974463_586184.

²⁰ Heringer, Carolina; Marinatto, Luã. PMs Prendiam Usuários de Drogas como Traficantes para Alcançar Meta do Batalhão *in* *Jornal Extra*, 01/07/2017, disponível em

procedimento dos policiais: “os PMs alegavam (aos criminosos) que precisavam não só bater a meta de apreensões de drogas e armas, mas também a de prisões.”²¹

A atribuição de responsabilidade criminal por tráfico de drogas a usuários – e, inclusive, a membros das comunidades que não possuem qualquer relação com o consumo ou comércio de drogas ilegalizadas –, para “atingir a meta de prisões e apreensões” do Batalhão ou para realizar retaliações ou para proteger determinadas pessoas, infelizmente não é uma prática esporádica e que deva simplesmente ser desconsiderada em casos como o de Rafael Braga. Pelo contrário, esta realidade deve servir como elemento de sensibilização ou filtro para a interpretação dos elementos de prova que compõem os autos.

Com isso não se quer, repita-se, generalizar a desconfiança a todos os relatos policiais prestados em juízo. Como se sabe, existem policiais militares dignos e que resistem às situações de violência e às práticas corruptivas. No entanto, os dados concretos do cotidiano das instituições policiais apresentados igualmente não permitem uma generalização da conclusão oposta, ou seja, não permitem que se tenha como máxima indiscutível a credibilidade dos depoimentos policiais, como acaba acontecendo no momento em que a Súmula 70 é incorporada acriticamente nos procedimentos judiciais.

Neste sentido, parece ser fundamental, antes de se tomar a Súmula 70 como dogma, levar em consideração as particularidades do sistema penal brasileiro e analisar os elementos de prova que integram o processo para verificar se efetivamente, no caso concreto, o entendimento pretoriano consolidado é coerente e racional.

09. O argumento de legitimação da Súmula 70 no universo dos julgados do TJERJ é o de que (*primeiro*) na ausência de outros elementos de prova e (*segundo*) sendo harmônicos os testemunhos policiais, a condenação com base exclusiva nestes depoimentos é válida. Pressupõe-se, portanto, uma

<https://extra.globo.com/casos-de-policia/pms-prendiam-usuarios-de-drogas-como-trafficantes-para-alcancar-meta-do-batalhao-21542860>.

²¹ Heringer, Carolina; Marinatto, Luã. PMs Prendiam Usuários de Drogas como Traficantes para Alcançar Meta do Batalhão in *Jornal Extra*, 01/07/2017, disponível em <https://extra.globo.com/casos-de-policia/pms-prendiam-usuarios-de-drogas-como-trafficantes-para-alcancar-meta-do-batalhao-21542860>.

determinada situação fática: *um conjunto probatório reduzido exclusivamente aos depoimentos de policiais militares que narram de forma coerente (sem contradições) os fatos objeto do julgamento.*

A Súmula 70, portanto, além de ser uma diretriz geral pensada para um estado de coisas ideal no qual os agentes policiais pautam suas ações em estrita observância aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade – motivo pelo qual a realidade empírica dos sistemas penais e das instituições policiais fluminenses devem servir como contraponto ao seu “valor absolutizado”, conforme demonstrado anteriormente –, **pressupõe (primeiro) a inexistência (ou a impossibilidade de produção) de qualquer outra prova e (segundo) a coerência dos relatos policiais.**

Ocorre que, no caso, para além da necessidade de relativização da Súmula 70 em decorrência dos problemas fáticos que afetam diretamente a credibilidade dos agentes da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, esta situação de impossibilidade de produção ou de ausência de outras provas não se concretizou. *Primeiro*, porque foi colhido depoimento que se contrapõe a narrativa dos policiais; *segundo*, porque os policiais foram contraditórios em relação à fonte que teria “*informado de um grupo comercializando droga*” e sobre a trajetória percorrida após a prisão; *terceiro*, porque as circunstâncias da prisão são extremamente dúbias (informação sobre o número de pessoas; narrativa sobre a conduta de Rafael Braga que, ao ver os policiais, teria ficado parado, portando “*uma sacola de conteúdo suspeito*”, enquanto todos os demais empreendiam fuga); e *quarto*, porque as circunstâncias da prisão não condizem, pelas regras de experiência, às hipóteses de tráfico em associação (pequena quantidade de droga apreendida, horário do pretense comércio, ausência de rede de proteção ao tráfico, ausência de confronto com a polícia, falta de tentativa de fuga, não apreensão de arma ou de valores em moeda).

Iniciaremos a problematização reconstruindo a narrativa dos policiais e, ato contínuo, apresentando o que consideramos lacunas (questões sem resposta) e inconsistências fáticas insuperáveis nos depoimentos.

10. A primeira imagem [**cena um**] a que devemos nos ater é a da construção da narrativa policial no seu ponto desencadeador: Pablo Vinicius Cabral, policial militar, informa que um colaborador, morador da comunidade e *não identificado*, dirigiu-se à guarnição policial para denunciar comércio de drogas na região.

A **primeira controvérsia** na narrativa dos policiais é em relação à denúncia do morador não identificado, pois se em sede policial Pablo Vinicius Cabral e Victor Hugo Lago afirmam que a informação foi de que *“havia um indivíduo a poucos metros do local onde se encontravam com material entorpecente a fim de comercializá-lo. Ato contínuo, foram até o local informado e encontraram Rafael Braga Vieira”* (fl. 03/04), em juízo a conduta unitária é transformada em pluripessoal: *“um colaborador veio até a guarnição informar que existia um grupo de pessoas comercializando drogas umas duas ruas à frente. Nós fomos lá verificar e eu avistei um grupo correndo, só que o meliante ficou.”* (00:52m do depoimento, grifamos)

A **segunda controvérsia** é a do destinatário da informação prestada pelo morador não identificado: Pablo Vinicius Cabral diz ter sido abordado diretamente – *“Juiz: Aí, eu acho que o doutor advogado está querendo dizer é que senhor lá falou ‘quando um morador não identificado informou que havia um indivíduo’ e aí aqui, quando o senhor respondeu para a doutora promotora o senhor falou que seria um grupo. Aí ele está querendo entender. Testemunha: É, foi o que eu falei. Na dinâmica que o morador veio falar comigo, de repente tinha um, mas quando eu fui lá era um grupo.”* (08:00 do depoimento) –, enquanto Victor Hugo Lago, que fazia patrulhamento com o primeiro, refere ter sido a informação passada por outro policial que havia recebido originalmente a denúncia – *“Defesa: Voltando à questão do colaborador que teria feito a denúncia anônima. O senhor teve essa informação a partir de quem? Testemunha: De outro policial. Defesa: Qual policial que disse isso? Testemunha: Foi o soldado Lopes, de outra equipe. Defesa: O quê exatamente ele disse? Testemunha: Ele me ligou e disse, ‘olha, um morador passou aqui e disse que tava tendo tráfico lá na 29. Dá um pulo lá que vocês estão perto.’”* (09:30 do depoimento)

A **terceira controvérsia**, mas que ainda compõe esta primeira cena, é relativa ao desdobramento da prisão. Victor Hugo Lago informa que Rafael Braga foi conduzido diretamente para a Delegacia – *Defesa: Boa tarde, senhor policial. Como é que foi a rotina a partir da captura? O que aconteceu depois? Testemunha: Nós voltamos com ele até onde estava a viatura, próximo do local onde ia ser colocada a cabine blindada. Ele adentrou no interior da viatura e conduzimos ele até à delegacia. Defesa: Houve algum tipo de agressão, alguma situação de domínio que precisou ser colocada alguma força contra ele?*

21/58

Testemunha: Não, ele não resistiu em momento nenhum. Defesa: Vocês chegaram a levá-lo para a base da UPP de vocês? Testemunha: Direto para delegacia” – ao passo que Pablo Vinicius Cabral e Fernando de Souza Pimentel afirmam ter sido levado ao contêiner da Vila Cruzeiro – “Testemunha: O container Vila Cruzeiro. Foi encaminhado ele até o container Vila Cruzeiro. Ele saiu, aproximadamente uns 600 metros do local onde a gente pegou e caminhando até o container da Vila Cruzeiro” (Pablo Vinicius Cabral, 15:00 do depoimento judicial); “Defesa: Então ele não foi levado direto à delegacia? Ele foi para a base blindada e depois para a delegacia? Testemunha: É porque nós não temos viaturas à disposição. Muitas quebradas, enfim, poucas viaturas para todas as equipes que trabalham na Vila Cruzeiro. Então a gente tem essa logística de, às vezes, uma viatura a gente está usando e cede para outro colega para levar, alguma outra condução administrativa. Então, isso é praxe. Geralmente, quando nós pegamos alguma ocorrência que estamos a pé no interior da comunidade – porque tem pontos lá que não tem como patrulhar de veículo embarcado – nós fatalmente pegamos o elemento, se for o caso de ocorrência, e conduzimos até a parte baixa, onde embarca na viatura, para levar para a delegacia” (Fernando de Souza Pimentel, 11:00 do depoimento judicial).

Note-se que as três controvérsias apresentadas não são laterais. Não se trata do tipo de informação em que comumente são apresentadas variações naturais entre as versões. Os **dados são relevantes**: quem prestou a informação? Quantos estavam comercializando a droga? Para onde o flagrado foi levado?

Portanto, não é possível afirmar, como faz o julgador na sentença, que o depoimento dos policiais é “(...) coerente, neles inexistindo qualquer contradição de valor.” (fl. 06 da sentença)

Neste contexto, o fato relevante da falta de esclarecimento do motivo pelo qual o colaborador não tenha sido identificado e trazido aos autos para depoimento não pode igualmente ser tratado como secundário. Logicamente que a polícia faz uso de informantes, que preferem o anonimato para se proteger de retaliações de grupos ligados ao tráfico. Apesar do fato de o depoimento poder ser tomado sob sigilo, situação que garantiria uma qualidade diferenciada da prova, em nenhum momento os policiais indicaram quais as razões apontadas pelo colaborador para suspeitar do grupo. O esperado é, no mínimo, um esclarecimento do motivo da suspeita, p. ex.: o colaborador não identificado presenciou a venda de droga pelo grupo? Se negativa a resposta, quais os indícios que justificaram a suspeita?

11. A **cena dois** é o momento da abordagem de Rafael Braga pelos policiais militares. Na justificativa, os policiais referem que havia um grupo comercializando droga e que com a aproximação todos fugiram, restando apenas Rafael Braga, “parado, distraído”, portando uma “sacola suspeita” (fl. 04 da sentença). Algumas questões são interessantes nesta segunda cena. *Primeira*: qual a razoabilidade de se pensar que uma pessoa que integra um grupo que está vendendo drogas fique parada, distraída, com uma sacola contendo drogas?; *segundo*: posteriormente, ao notar a presença dos policiais, qual o motivo para não tentar fugir ou, ao menos, resistir prisão (situação não narrada pelos policiais), enquanto todos os demais fogem?; *terceiro*: qual a lógica de “arremessar a sacola ao chão”?

Neste quadro ainda caberia uma pergunta: por que os policiais não se esforçaram, após a prisão de Rafael Braga, para prender os demais membros do grupo? Qual a razão de terem ficado “satisfeitos” com a prisão de apenas um dos “membros da facção”?

Mas pensemos de forma fragmentada na **composição das cenas**, analisando a narrativa passo a passo: (*um*) um morador não identificado comunica ao policial *ou* a sua guarnição que um indivíduo *ou* grupo está vendendo droga (o colaborador permanece sem identificação, não presta depoimento e não realiza reconhecimento dos membros do grupo); (*dois*) na aproximação policial todos fogem, menos Rafael Braga, que fica “parado, distraído” e, finalmente, ao notar a aproximação da polícia, “arremessa a sacola ao chão”; (*três*) os policiais prendem Rafael Braga e não empreendem qualquer outro esforço (perseguição, chamada de reforço) para capturar os demais membros do grupo.

Importante ainda explorar um dos argumentos utilizados para justificar a abordagem de Rafael Braga: o fato de ter “*em poder uma sacola de conteúdo suspeito*” (fl. 04 da sentença). Há, inclusive, uma contradição ou descontinuidade nas falas: como identificar alguém com uma “sacola suspeita” se esta mesma sacola teria sido “arremessada ao chão”? Embora esta narrativa descontínua tenha sido compartilhada entre os policiais, indagamos: como seria possível afirmar-se *ex*

ante que uma sacola (qualquer sacola, embalagem ou mala) tem conteúdo suspeito antes de se ter acesso ao conteúdo mesmo do recipiente? A questão, novamente, não é lateral, pelo contrário. Trata-se de um ponto central porque é um dos argumentos utilizados para motivar a abordagem policial. Seria possível, assim, imaginar que existem “sacolas intrinsecamente suspeitas”? Com o devido respeito, o argumento é insustentável do ponto de vista da análise probatória e, pelos efeitos concretos que produziu, é trágico pensar em uma sentença que aceita esta hipótese sem qualquer credibilidade fática.

12. Neste cenário pouco esclarecedor, uma **lacuna** não explorada pela polícia, pela acusação e pelo órgão jurisdicional nos parece ser decisiva, representando uma espécie de silêncio narrativo ensurdecedor.

O julgador se utiliza de máximas de experiência para afirmar a participação de Rafael Braga em associação criminosa, mais especificamente de que integraria o Comando Vermelho. A conclusão é ancorada na regra de experiência de que em uma comunidade dominada pela referida facção, ninguém poderia vender droga sem estar autorizado, ou seja, sem integrar o grupo criminoso. O argumento pode ser explorado, preliminarmente, apontando-se a nítida violação à regra do NCPC, que considera imotivada (e, portanto, nula) a decisão que “*invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*” (art. 489, § 1º, Código de Processo Civil), ou seja, esta hipótese justificaria qualquer ato ilegal praticado na comunidade, não apenas relacionado ao tráfico, como conduta derivada de associação ao crime, porque, pela regra da experiência, em comunidades dominadas por facções qualquer conduta ilícita deve ser autorizada sob pena de retaliação.

Mas seguindo a linha proposta pelo julgador: se a máxima de experiência indica que Rafael Braga e os demais membros do grupo (fugitivos) pertenciam ao Comando Vermelho; e se, em decorrência deste pertencimento, havia uma certa organização nas atividades ilícitas, sobretudo o tráfico de drogas, *não seria crível pensar que haveria uma rede de proteção deste comércio ilegal? Ou, no mínimo, que Rafael Braga estivesse armado?*

A propósito, não é uma regra de experiência que o tráfico, ao definir pontos de venda em comunidades, cria mecanismos de proteção exatamente para evitar prisões em casos de abordagens policiais, como rotas de fuga? Não é uma máxima da experiência o uso de menores de idade como informantes que utilizam celulares, rádios, foguetes ou “pipas” para avisar quando policiais ingressam em área de comércio de drogas? Por que no caso de Rafael Braga, se crível a hipótese de ser integrante do Comando Vermelho, nenhuma destas tradicionais redes de proteção foi acionada?

Mas o argumento que chama mais atenção é o de que **Rafael Braga foi preso desarmado**. Novamente na linha do argumento judicial é possível questionar: *não é uma máxima de experiência que pessoas associadas ao tráfico de drogas, que praticam o comércio ilegal em grupo, portem, em regra, armamento (e armamento pesado, sublinhe-se)?*

No caso – e esta conclusão é trágica e sintomática –, as regras de experiência serviram apenas para a incriminação de Rafael Braga, quando outras, igualmente evidentes e até mesmo com maior grau de factibilidade, simplesmente foram esquecidas ou ignoradas.

13. A **cena três**, desde o ponto de vista dos pareceristas, revela uma das **omissões** mais contundentes na análise do conjunto probatório. A terceira cena pode ser imaginada como uma ruptura no “relato oficial” (depoimento dos policiais), como a gravação de uma imagem paralela, realizada por um terceiro observador (testemunha ocular) que simplesmente não ganhou qualquer relevância. Pelo contrário, foi injustificadamente desprezada. Aliás, importante lembrar que é exatamente esta condição de terceiro espectador que legitima alguém como *testemunha válida*, em posição de imparcialidade real, diferente daquela que, no caso, ocupam, p. ex., os policiais envolvidos no flagrante.

Não é irrelevante lembrar que *os policiais, como agentes da lei que realizaram a abordagem e a prisão em flagrante, têm, inegavelmente, interesse em manter válida a sua narrativa*. Sob pena, inclusive, de estarem vulneráveis aos procedimentos investigatórios de eventuais irregularidades nos campos administrativo e criminal. A questão é relevante e, por si só, desde a opinião dos

pareceristas, problematizaria de forma contundente a absolutização da Súmula 70 do TJERJ.

No caso, diferentemente do que parece ser o fundamento de legitimidade da Súmula – estabelecer a presunção de legalidade e moralidade da palavra dos policiais quando os depoimentos são coerentes e não há outra prova trazida aos autos, conforme destacado anteriormente –, prestou depoimento uma testemunha que presenciou os fatos e que narra uma sequência totalmente diversa daquela expostas pelos agentes da lei. A observadora externa, que compareceu em juízo, *prestou compromisso e não foi contraditada pelo Ministério Público*²², é a moradora da comunidade Evelyn Barbara Pinto Silva, presente no momento do flagrante.

Na sentença, o julgador apresenta a sua leitura do depoimento: *“segundo a aludida testemunha Evelyn Barbara, foi possível observar da varanda de sua casa o réu Rafael Braga sozinho, sem qualquer objeto em suas mãos, sendo abordado e agredido pelos policiais militares. Ato contínuo, narrou a aludida testemunha Evelyn que o acusado foi arrastado por um policial até a parte baixa da rua, o que comprometeu a sua visão.”* (fl. 07 da sentença)

O julgador desqualificou a fala da testemunha em razão de ter dito *“(…) que era amiga e frequentava a casa da genitora do acusado por muitos anos”* (fl. 07 da sentença), concluindo, portanto, que *“(…) as declarações da testemunha Evelyn Barbara, arrolada pela Defesa do réu, visavam tão somente eximir as responsabilidades criminais do acusado Rafael Braga em razão de seus laços com a família do mesmo e por conhecê-lo ‘por muitos anos’ como vizinho.”* (fl. 07 da sentença)

Algumas questões merecem ser exploradas. Em *primeiro*, o fato de a testemunha não ter sido contraditada pela acusação e de ter prestado compromisso no momento do seu depoimento. A circunstância por si só é relevante porque ser “amiga da mãe” e “vizinha” não são elementos que invalidam o depoimento de testemunhas. Se houvesse dúvida quanto à idoneidade do testemunho ou à existência de relação de “amizade íntima” entre a testemunha e o réu, *caberia à acusação realizar a contradita e a depoente ser*

²² *“Juiz: Entendi. Então a senhora será ouvida na qualidade de testemunha. Presta o compromisso legal de dizer a verdade e a circunstância da senhora ser amiga da mãe dele será avaliada no momento oportuno. Ninguém está aqui para prejudicar ninguém e nem para favorecer ninguém, só apurar a verdade. Então a senhora fica ciente. Apenas o que a senhora souber e sem nenhuma mentira.”* (Evelyn Barbara Pinto Silva, 03:00 do depoimento judicial, grifamos)

ouvida como informante, nos termos do art. 447 do NCPC (Lei 13.105/15).²³ Não houve contradita porque as relações de vizinhança e de amizade com a mãe do réu não são causas impeditivas (suspeição) ao testemunho. Ademais, cabe indagar se, em não havendo contradita, poderia o juiz, na sentença, sem provocação, ter “reconhecido a relação de intimidade” e afastado o depoimento em razão desta “suspeição”? Conforme a estrutura do processo penal constitucional brasileiro, moldado a partir do sistema acusatório, a resposta parece ser negativa.

Em *segundo*, a estrutura narrativa do depoimento demonstra uma evidente intenção de expor aquilo que efetivamente foi presenciado pela testemunha. Note-se que a depoente apresenta uma visão não total do fato, porque admite que não teve condições de seguir observando o evento porque Rafael Braga teria sido levado para um local que obstaculizava sua visão. Assim, é possível indagar se efetivamente o depoimento é “comprometido” com a versão da defesa – nos termos em que conclui o julgador –, por qual razão a testemunha limitaria a narrativa e não apresentaria um relato mais completo? A interrupção no relato torna possível concluir – inclusive se interpretado como máxima de experiência – em sentido radicalmente oposto à conclusão apresentada pelo magistrado, ou seja, de que o relato foi voluntário (isto é, não foi construído artificialmente) e idôneo, exatamente em decorrência das circunstâncias apresentadas.

No ponto, importante reproduzir algumas informações:

“(04:00) Testemunha:

²³ “Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 2º. São impedidos: I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; II - o que é parte na causa; III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º. São suspeitos: I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo; II - o que tiver interesse no litígio.

§ 4º. Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º. Os depoimentos referidos no § 4º. serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.”

*Foi assim, eu estava no muro da minha casa. Tem uma varanda que cai para rua. Ele estava passando, estava até balançando os braços. Eu mexi com ele, chamei ele pelo jeito que a gente chama que é de 'poder'. **Ri para ele, brinquei, ele passou. Quando ele chegou um pouquinho à frente, tinha uns policiais que abordaram ele. No meio desses policiais tinha um branco, alto, do nariz bem fino, que jogou ele no canto, começou a bater nele. Bateu muito nele. Depois arrastou ele, tipo porque, na minha rua tem uma subida e tem uma descida. Ele tipo que jogou ele para descida e jogou ele para o canto da parede. Dali, não dava mais para eu ver. Como não dava mais para ver, eu peguei e fui lá correndo chamar a mãe dele. Fui lá correndo chamar a mãe dele, e, quando a mãe dele chegou, já tinham levado ele. Foi isso que aconteceu.***

Defesa: Quando você o avistou, ele estava com alguma coisa na mão?

*(05:00) Testemunha: Não, ele estava balançando os braços. **Ele estava andando balançando os braços. Ele estava sem nada na mão.** (...)"(Evelyn Barbara Pinto Silva, depoimento judicial, grifamos)*

Importante destacar esta circunstância: a testemunha chama Rafael Braga de "poder" exatamente pela forma como estava andando, gesticulando os braços, o que demonstra que não trazia nada, nenhuma sacola, nas mãos. Outra questão relevante é o fato de que, pela quantidade apreendida, dificilmente a droga seria carregada em sacola. O mais provável, pelas regras de experiência, é que estivesse nos bolsos.

"(06:30) Defesa: E você estava de cima?

*Testemunha: Estava. **Como eu estava na varanda, quando eles jogaram ele para a rua debaixo, assim, para a descida, eu fui para a minha janela de cima que dali dá pra ver mais. A visão é mais ampla.***

(07:00) Defesa: Que horas eram?

*Testemunha: **Era a hora das crianças irem para escola. Era umas 07:30h, 07:40h.***

Defesa: Não passou de 08:00h da manhã?

Testemunha: Não passou. (...)

(08:00) Defesa: Como ele estava vestido?

Testemunha: Ele estava com uma bermuda preta e estava com uma blusa escura, se não me engano.

Defesa: Uma blusa escura? Ele estava com uma bermuda preta e uma blusa escura?

Testemunha: É, se não me engano ele estava com uma blusa escura.

Defesa: Entendi. Ele estava sozinho na hora que foi abordado?

*Testemunha: Sim, **estava sozinho.***

Defesa: Tinha um grupo de pessoas com ele?

Testemunha: Não, ele estava sozinho.

Defesa: Não tinha mais ninguém ao redor dele?

Testemunha: Não tinha. (...)

(10:00) Defesa: Entendi. Você não chegou a acompanhar a condução dele não? A saída da viatura com ele?

Testemunha: Não, porque como eles estavam batendo muito nele, jogaram ele para a rua debaixo, eu fui chamar a mãe dele, para a mãe dele ir lá.

Defesa: E quando a mãe dele apareceu, eles já tinham levado o Rafael?

Testemunha: Sim, já tinham levado.

Defesa: Que nada trazia nas mãos, nesse dia?

Testemunha: Nada.

Defesa: Quantos policiais participaram da abordagem a ele?

Testemunha: Assim que chegou eram quatro, depois encheu. Ficou muito cheio. Aí foi quando eu fui chamar a mãe dele, que começaram a bater nele, jogaram ele para a rua debaixo. Aí eu fui chamar a mãe dele correndo.

*Defesa: **Eram visíveis essas agressões de onde você estava?***

*Testemunha: **Era visível porque era na rua.**" (Evelyn Barbara Pinto Silva, depoimento judicial, grifamos)*

Os dados são relevantes: Rafael Braga estava sozinho, sem nada nas mãos, conversando com a testemunha, quando foi abordado e agredido pelos policiais.

A conclusão é a de que, no mínimo, *há uma versão idônea que se contrapõe àquela apresentada pelos policiais*. E mesmo se a versão pudesse estar comprometida pelos laços de vizinhança e amizade da testemunha com a mãe de Rafael Braga, a situação probatória seria a da existência de versões conflitivas de sujeitos que possuem interesse em manter suas versões: a **testemunha**, pelos laços de vizinhança e amizade com a mãe do réu; os **policiais**, em face da acusação da violência empregada e de terem forjado o flagrante.

Neste conflito – se, por hipótese, desqualificada a fala de Evelyn Bárbara, o que não nos parece ser a melhor interpretação do conjunto probatório –, resta uma situação de dúvida razoável que necessariamente deve conduzir à absolvição de Rafael Braga. No contexto narrado, a partir das circunstâncias fático-probatórias apresentadas e que tornam hígido o depoimento de Evelyn Bárbara, o *princípio da presunção de veracidade do depoimento dos policiais*, instrumentalizado pela Súmula 70, não pode afastar o *princípio do in dubio pro reu*, critério de maior relevância na interpretação da prova nos sistemas de processo penal dos Estados Democráticos de Direito.

14. Mas uma outra cena (**cena quatro**) deve ainda ser agregada ao evento: Rafael Braga estava em livramento condicional, monitorado eletronicamente pelo Departamento Penitenciário do ERJ. Neste sentido, é

questionável a ausência, nos autos, do relatório completo do sistema de controle que permitiria reconstruir a trajetória percorrida após a prisão. O fato é notório e reconhecido pelo próprio julgador ao realizar a dosimetria da pena (pena-base): “o acusado no ocasião de sua prisão encontrava-se em gozo de benefício extramuros, inclusive fazendo uso de tornozeleira eletrônica, como esclareceu na quando de seu interrogatório.” (fl. 09 da sentença)

O mapa do trajeto é fundamental para validar uma das inúmeras narrativas do que houve após o flagrante.

O objetivo primeiro da utilização da tornozeleira eletrônica é o monitoramento de todas as ações de investigados, réus ou condenados. Assim, não tem sentido que, em estando Rafael Braga sob monitoramento, os registros oficiais não tenham sido explorados, notadamente quando há conflito entre as versões dos policiais e entre estas e a do réu. Por outro lado, não parece ser uma prova difícil de ser disponibilizada, pois de posse das próprias autoridades públicas do ERJ.

15. Ao final, pensemos em recompor os fragmentos das distintas cenas deste evento que, na tradição da atual dramaturgia de documentários, poderia ser nominado “*making a drug dealer*”²⁴: (*um*) um morador não identificado comunica a um policial *ou* à guarnição policial (há divergência na versão) que uma pessoa *ou* um grupo (também há divergência entre as versões) está vendendo droga; (*dois*) o colaborador permanece sem identificação, não presta depoimento e não realiza reconhecimento dos membros do grupo; (*três*) a informação é sobre prática de venda de drogas em uma comunidade, perto do comércio local e nos primeiros horários da manhã; (*quatro*) na aproximação policial todos os supostos traficantes fogem, menos Rafael Braga, que fica “*parado, distraído*” e, finalmente, ao notar a aproximação da polícia, “*arremessa a sacola [que continha droga] ao chão*”; (*cinco*) os policiais prendem Rafael Braga, que não resiste, e não realizam qualquer outro esforço (perseguição, chamada de reforço) para capturar os demais membros do grupo; (*seis*) Rafael Braga,

²⁴ Referência à série “*Making a Murderer*” (Netflix, 2015), documentário que desnuda o sistema de justiça norte-americano ao narrar como um homem é inocentado por provas de DNA após anos na prisão.

supostamente membro de uma facção, é preso desarmado e, apesar de negociante de drogas, sem dinheiro; (*sete*) embora integrante de uma facção criminosa organizada, o grupo não contava com qualquer rede de proteção/aviso, de uso típico e frequente pelos grupos do crime organizado do Rio de Janeiro, inclusive pelo Comando Vermelho; (*oito*) uma testemunha presencia o fato e reconhece que Rafael Braga estava sozinho, não portava nenhuma sacola e foi levado para “*a parte baixa da rua*”, mediante agressões, em versão que se harmoniza à do réu mas que é totalmente descartada na decisão; (*nove*) Rafael Braga estava sendo controlado eletronicamente pelo Departamento Penitenciário e a prova que confirmaria (ou não) a sua versão não é trazida aos autos; (*dez*) os policiais militares divergem (novamente) em relação ao trajeto pós-detenção, informando que Rafael teria sido encaminhado para a base da UPP ou para a Delegacia; (*onze*) o réu é condenado exclusivamente pelo depoimento dos policiais que realizaram a abordagem e que, logicamente, em decorrência da sua atividade, possuem interesse em validar a sua versão, visto que foram acusados de implantar droga e agredir Rafael Braga.

Pensamos que **os elementos postos acima são suficientes para problematizar a credibilidade da prova produzida** e, no mínimo, produzem um **estado de dúvida razoável acerca das circunstâncias fáticas que ensejaram a prisão**, o que deveria direcionar a conclusão do julgamento em sentido oposto ao da condenação. Em síntese, as várias cenas que compõem o cenário da prisão, analisadas em sua autonomia, formam um quadro em que emergem inúmeras dúvidas e que não sustentam, exatamente em decorrência da ausência de uma estabilidade fático-probatória, um juízo condenatório.

Dentre todos os elementos, a instabilidade probatória atinge a centralidade do argumento judicial que legitima a condenação: a Súmula 70 do TJERJ. No caso, a relativização e o afastamento da Súmula 70 são necessários em decorrência de (*primeiro*) os depoimentos policiais não serem isolados, visto que havia outra testemunha presencial, (*segundo*) inexistir coerência entre os depoimentos policiais e entre o dos policiais e o da testemunha ocular, (*terceiro*) a testemunha ocular (bem como o réu) afirma terem os policiais agido com

violência, o que denota o interesse dos agentes públicos na demanda e, finalmente, (*quarto*) não ter sido contraditada a testemunha de defesa, o que significa que prestou testemunho sob compromisso e, assim sendo, não pode ser simplesmente desqualificada sua palavra com base na relação com a mãe do acusado.

As presunções – no caso, a da legalidade e moralidade dos agentes da administração pública – possuem uma função extremamente importante no processo, qual seja, a de fornecer critérios de decidibilidade quando instável a prova, notadamente em face da proibição do *non liquet*. Ullmann-Margalit afirma que “as presunções legais obrigam a tomar algo como verdadeiro sob determinados pressupostos; em certas ocasiões, o direito intervém e estabelece regras em forma de presunções em virtude das quais se ‘infere’ um fato controvertido a partir de certos fatos básicos já estabelecidos, enquanto não sejam aportados elementos de prova suficientes em sentido contrário. Deste modo, as presunções indicam antecipadamente uma resposta possível à questão controvertida, no intuito de produzir uma decisão.”²⁵

As presunções, portanto, operam como regras de decisão sob determinados pressupostos. Os pressupostos de validade para a aplicação da Sumula 70 do TJERJ, que cria uma presunção de idoneidade do depoimento dos policiais, são (*primeiro*) a inexistência de outras provas; e (*segundo*) a coerência entre as versões. Conforme visto acima, nenhum destes pressupostos de validade foram verificados no caso de Rafael Braga: (*primeiro*) existe prova testemunhal que apresenta uma versão diversa daquela dos policiais; (*segundo*) os próprios depoimentos policiais são contraditórios e lacunares.

Decisões recentes do TJERJ expõem, com bastante propriedade, os limites de aplicação do enunciado.

“APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSO PENAL. DELITO DE TRÁFICO. DECRETO CONDENATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, DIANTE DA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SUBSIDIARIAMENTE, REQUER A REDUÇÃO DA PENA BASE; RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO; APLICAÇÃO DO SURSIS OU SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS; E FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO.

²⁵ *Apud* Mendonça, Daniel. *Presunciones in Doxa*, v. 21, Universidade de Alicante, 1998, p. 83. [tradução livre]

*In casu, a materialidade ficou patenteada nos autos, não só pelo auto de prisão em flagrante, mas também pelo auto de apreensão de material entorpecente e laudos prévio e definitivo de exame de entorpecente, que atestaram 12g de cocaína, distribuídos em 18 sacolés. Com efeito, cumpre de antemão ressaltar que, além da cocaína, o auto de apreensão e laudos susomencionados referem-se ainda a 31g de maconha, distribuídos em 20 sacolés, e 6g de haxixe, distribuídos em 7 sacolés. Contudo, o parquet, ao imputar o crime de tráfico, olvidou da existência de tais substâncias entorpecentes, não promovendo sequer o aditamento à denúncia para inseri-las como substâncias arrecadadas durante a diligência policial. Entrementes, verifica-se que a autoria, em que pese confirmada pelos agentes da lei em juízo, não ficou suficientemente comprovada. Ora, **a Súmula 70 deste E. Tribunal não tem aplicação cogente e automática, devendo ser realizada uma análise pormenorizada dos depoimentos dos agentes da lei com o fito de ser conferida a devida validade à prova oral.** Por outro lado, não se desconhece que em crimes desse jaez a oitiva dos policiais acaba assumindo suma importância, notadamente diante da impossibilidade fática de serem arroladas outras testemunhas. **Todavia, embora o mister desempenhado seja árduo, diante das dificuldades estruturais sentidas na própria instituição, e das diligências realizadas em comunidades dominadas pelo narcotráfico, suas declarações devem ser coesas e harmoniosas entre si, bem como com o caderno probatório.** In casu, verifica-se que os brigadinos, já em sede distrital, relataram a dinâmica delitiva de maneira idêntica, o que, de práxis, é até admissível, diante da necessária renovação da colheita de suas oitivas sob o crivo das garantias constitucionais. Porém, no caso, averigua-se que os depoimentos das ditas testemunhas de acusação foram idênticos também em sede judicial, não sendo crível sua utilização para emissão de uma condenação. É ressabido que a prova cabal acerca da prática do injusto deve revelar o máximo de verdade real possível, ou seja, deve revelar uma probabilidade de se conceber uma ideia, mais ou menos exata, sobre a ocorrência de prática tida como delituosa. Não parece legítima a condenação fulcrada em declarações idênticas, que foram copiadas e coladas. Ademais disso, ainda que admitisse a validade de tais declarações, sopesando as mesmas com a versão do apelante, **verifica-se que não ficou suficientemente demonstrado o delito de tráfico, na medida em que não conseguiram demonstrar que ele estivesse praticando a abjeta mercancia.** Assim, cotejando as provas angariadas ao longo da instrução, tem-se que o Ministério Público não cumpriu satisfatoriamente com seu mister constitucional, pairando dúvidas que comprometem a emissão do juízo de censura, razão pela qual, em homenagem ao princípio in dubio pro reo, impõe-se a absolvição. Recurso a que se dá provimento.” (TJERJ, AC 0008566-87.2016.8.19.0028, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Maria Angélica G. Guerra Guedes, j. 22/08/2017, grifamos)*

No caso referido acima, a aplicação da Súmula não é criticada em razão da ausência de coerência, mas da idêntica reprodução dos testemunhos de acusação. No entanto, várias outras decisões, igualmente do mês de agosto de 2017, momento em que este parecer é redigido, afastam a Súmula 70 em razão

da ausência de um conjunto probatório sólido e da falta de demonstração concreta do intuito mercantil, sendo, pois, aplicado o princípio da dúvida.

“É indiscutível que a palavra de policiais tem tanta valia quanto de qualquer outra testemunha, mas é certo que é exigível que esteja em consonância com as demais provas coligidas, o que não é o caso dos autos, onde os depoimentos dos policiais não são corroborados por nenhuma outra prova, sendo certo que os milicianos não presenciaram por parte do acusado nenhum ato de mercancia de droga, inexistindo suporte probatório para que ficasse configurado que se dedicasse ao tráfico (...).

Qualquer condenação exige um conjunto de provas sólido o bastante para deixar o julgador ao abrigo seguro de qualquer dúvida e o fato é que destes autos não deflui certeza segura, firme e serena de que o apelante se dedicava ao comércio ilícito da droga, desautorizando decreto condenatório a remeter o mesmo a mais de 06 anos de cárcere em regime fechado, conforme determinado na sentença guerreada.

Existindo duas versões para o fato, não há porque prevalecer a que menos favorece o acusado por isso que o princípio ‘in dubio pro reo’ determina que após esgotarem-se todos os meios de prova disponíveis e processualmente admissíveis que possam ser empregados pelo juiz, em seu dever de buscar a verdade real dos fatos, a sentença deve fundamentar-se na possibilidade mais favorável ao acusado.

Em síntese, caberia à acusação comprovar a prática do ilícito de tráfico de drogas, sobretudo nas circunstâncias do caso sub judice, na qual é possível que o acusado tenha adquirido as drogas para consumo pessoal, restando não demonstrada, a meu juízo, a destinação mercantil sustentada pela acusação.

Diante de tais circunstâncias, conclui-se que há, no mínimo, incerteza quanto à tipificação apontada na denúncia. As provas indicam apenas que as drogas poderiam ser utilizadas pelo apelante para uso próprio.” (TJERJ, AC 0000082-80.2017.8.19.0050, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, j. 10/08/2017, grifamos)

Em sentido idêntico:

“Não se está a negar a validade do depoimento dos policiais, até mesmo diante da redação da súmula 70, desta Corte, todavia, a esta prova deve ser atribuída um peso relativo de modo a ser analisada dentro do caderno probatório em que inserida.

De se ver que o réu, durante todo o processo negou ser o proprietário das drogas e do radiotransmissor, o que foi confirmado pela testemunha arrolada pela acusação, Luiz Magno.

Como se pode verificar, a acusação não logrou êxito em produzir elementos probatórios firmes e seguros, aptos a comprovar os termos da denúncia, restando dúvida sobre a autoria do crime de tráfico de drogas.

Apesar dos policiais terem afirmado em juízo que Leandro, na data dos fatos, teria confessado a autoria do delito, assumindo, inclusive a posse da droga e dos demais bens que estava na sacola, esta versão não

encontrou amparo nas demais provas produzidas no processo, as quais apontam para a sua absolvição.

Tomando por base o fato de que no processo penal uma condenação deve ser lastreada em um juízo de certeza acerca da autoria e materialidade do crime, as provas acima destacadas demonstram que, de fato, não existiam condições seguras para alicerçar uma sentença condenatória.

Destarte, não há como persistir a imputação, em obediência ao princípio do in dubio pro reo, impondo-se, por conseguinte, a reforma total da sentença. (TJERJ, AC 0006589-60.2016.8.19.0028, 5a Câmara Criminal, Rel. Des. Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira, j. 06/08/2017, grifamos)²⁶

Nota-se, dos julgados relacionados, que apenas em situações de estabilidade probatória teria aplicabilidade a Súmula 70 do TJERJ. No caso – e infelizmente em muitos outros similares no atual cenário de atuação da Polícia Militar no ERJ –, esta presunção não pode ser transformada em uma crença, em um absoluto inquestionável, pois, na realidade concreta da vida, tem produzido situações teratológicas e de extrema injustiça. A condenação de Rafael Braga, no processo em análise, é certamente um exemplo dessas injustiças.

3. O Juízo de Tipicidade do art. 33, Lei 11.343/06: as regras de experiência e as condições de verificabilidade do “tráfico de drogas”

16. Logicamente que a dúvida em relação à prova produzida, conforme exposto, deveria conduzir o resultado do caso, lógica e necessariamente, à absolvição de Rafael Braga das imputações de tráfico e de associação ao tráfico, pela incidência do *in dubio pro reo* face às lacunas e aos conflitos entre as diversas versões.

²⁶ No mesmo sentido, exemplificativamente, outros julgados deste ano do TJERJ: (a) TJERJ, Apelação nº 0004048, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, j. 10/08/2017; (b) TJERJ, Apelação nº 0004048-14.2016.8.19.0203, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, j. 10/08/2017; (c) TJERJ, Apelação nº 00015199-44.2016.8.19.0213, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, j. 02/08/2017; (d) TJERJ, Apelação nº 004118-26.2015.8.19.0001, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, j. 07/06/2017; (e) TJERJ, Apelação nº 0003247-44.2015.8.19.0006, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, j. 06/06/2017; (f) TJERJ, Apelação nº 0004773-58.2016.8.10.0023, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, j. 30/05/2017; (g) TJERJ, Apelação nº 0045273-12.2015.8.19.0021, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, j. 09/03/2017.

No entanto, se possível suspender esse conflito e a fragilidade da prova, cabe a análise das condições concretas que estabeleceram os juízos de tipicidade objetiva e subjetiva. A conclusão de que a droga atribuída à Rafael Braga destinava-se ao comércio é fundada nas seguintes premissas: (a) *quantidade de droga*: 9,3 g de cocaína e 0,6 de maconha; (b) *forma de acondicionamento*: substâncias entorpecentes fracionadas em embalagens com a inscrição “CV” (“Comando Vermelho”); e (c) *local*: ponto de venda conhecido.

Em relação à **tipicidade objetiva**, o julgador supera as lacunas e contradições da *prova testemunhal*, para concentrar-se nas circunstâncias objetivas: *“por consequência, levando-se em conta a quantidade de droga apreendida, forma de acondicionamento e local da apreensão, resta inquestionável que a substância entorpecente destinava-se a traficância, portanto, não tenho qualquer dúvida quanto à adequação do fato ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei de Tóxicos.”* (fls. 03 da sentença, grifamos)

Nota-se que o julgador tenta seguir as diretrizes do art. 28, § 2º, da Lei 11.343/06, que estabelece que *“para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”*

A dogmática jurídico-penal brasileira tem apontado, desde a edição da Lei 6.368/76, a dificuldade na diferenciação entre os tipos penais dos art. 28 e art. 33 da Lei de Drogas – art. 16 e art. 12, respectivamente, na Lei 6.368/76. Notadamente porque as condutas típicas (verbos nucleares do tipo) incriminadas são as mesmas – “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” e “trazer consigo”. Se o critério normativo de diferenciação é apenas o elemento subjetivo especial do tipo – “para consumo pessoal” (art. 28, Lei 11.343) – sendo os dados circunstanciais do § 2º do art. 28 apenas indiciários, é possível concluir que *“as hipóteses previstas no art. 12 são tão amplas que facilmente se poderia enquadrar por analogia tanto o traficante de fato, como o passador e o viciado, e até mesmo o experimentador.”*²⁷ Nicory Prado demonstra, com precisão, que a técnica legislativa empregada no art. 28, § 2º *“(…) dá uma aparência de completude e segurança, mas, na prática, representa um amontoado de critérios mais ou menos incompletos e*

²⁷ Rocha, Luiz Carlos. *Tóxicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 150.

*abertos e que oferecem considerável poder discricionário à autoridade competente.*²⁸ Lembra o autor que mesmo doutrinadores conservadores, como Nucci, “(...) reconhecem que há um risco de os operadores do direito procederem, com apoio social, ao ‘maior enquadramento de usuários como traficantes’.”²⁹

Assim, as dificuldades para diferenciar faticamente as condutas do art. 28 e do art. 33, bem como a discricionariedade que a Lei 11.343/06 delega, na realidade, à autoridade policial (e não ao juiz), têm sido objeto de intensa problematização, notadamente pelas distorções que produzem no cotidiano do sistema punitivo brasileiro.³⁰

17. Conforme exposto na sentença, os elementos utilizados pelo julgador para afirmar a tipicidade do art. 33 da Lei de Drogas foram eminentemente objetivos: *quantidade, acondicionamento e local*. Trata-se, em realidade, da primeira dificuldade na imputação do referido delito e que antecede a discussão dos elementos subjetivos. Para além do problema da

²⁸ Prado, Daniel Nicory. *Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 56.

²⁹ Prado, Daniel Nicory. *Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 56.

No original, Nucci, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 335.

³⁰ Sobre as dificuldades de classificação, conferir, Bizzotto, Alexandre; Rodrigues, Andreia de Brito; Queiroz, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 80-81.

Especificamente em relação à discricionariedade policial, importante sublinhar que “*a nova Lei de Drogas, ao descarcerizar o delito de uso, potencializou a discricionariedade dos agentes policiais. Atualmente, a diferença de punição entre tráfico e consumo é ainda maior e a discricionariedade do policial elevou-se ainda mais. Está em grande medida nas mãos dele a escolha entre imputar alguém à pena mais gravosa, comparada a de um delito hediondo, ou menos severa.*” (Weigert, Mariana de Assis Brasil. *Uso de Drogas e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 103)

No mesmo sentido, Bizzotto, Brito e Queiroz: “*na prática, tem sido observado – para fugir da despenalização do artigo 28 – um exagero ainda maior dos órgãos policiais e judiciais na classificação dos fatos para tipificá-los artificialmente como sendo fatos afetos ao artigo 33 da Lei 11.343/06.*” (Bizzotto, Alexandre; Rodrigues, Andreia de Brito; Queiroz, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81)

A mesma constatação é apresentada por Daniel Nicory Prado, a partir dos dados empíricos de encarceramento no Brasil: “*as prisões por tráfico nos primeiros seis anos após a vigência da Lei 11.343/06, foram responsáveis por 57,87% do aumento da população carcerária, enquanto todos os demais delitos somados geraram 42,13% de novos presos (...). A elevação acentuada, em todo o país, das prisões por tráfico, dá a entender que pelo menos parte desses novos 72.704 presos [números de 2012], classificados como traficantes, é composta, na verdade, por usuários enredados pela vagueza da atual redação do art. 28, § 2º, da Lei 11.343/06, que aumenta o poder discricionário dos órgãos responsáveis pela persecução criminal e potencializa o risco de incriminação seletiva de pessoas em condição de vulnerabilidade social.*” (Prado, Daniel Nicory. *Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 60)

identificação do especial fim de agir – e se existem descrições de condutas idênticas nos tipos do art. 28 e 33 –, a pergunta que resta é *quais os critérios concretos (circunstâncias do tipo objetivo) de diferenciação ou se tudo deverá ser analisado no âmbito do tipo subjetivo, com as enormes margens de imprecisão e incerteza que a análise probatória do dolo produz?*

A definição do juízo de tipicidade do art. 12 ou do art. 16 da Lei 6.368/76, nos casos de aquisição, guarda ou porte, invariavelmente era resolvida na jurisprudência a partir do *critério objetivo*, sobretudo da quantidade de droga apreendida. Em alguns casos, o histórico de dependência, os antecedentes criminais, o local de apreensão ou a forma de acondicionamento do produto ganhava relevância. A supervalorização da quantidade advinha da regra estabelecida no art. 37, *caput*, da Lei 6.368/76: “*para efeitos de caracterização dos crimes definidos nesta Lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.*” Apesar de ser uma regra similar àquela do art. 28, § 2º da Lei 11.343/06, o parágrafo único do art. 37 da Lei 6.368/76 determinava que “*a autoridade deverá justificar, em despacho fundamentado, as razões que a levaram à classificação legal do fato, mencionando, concretamente, as circunstâncias referidas neste artigo, sem prejuízo de posterior alteração da classificação pelo Ministério Público ou pelo juiz*” (art. 37, parágrafo único, Lei 6.368/76). Embora fosse evidente que a imputação inicial não possuía um caráter vinculativo, a aplicação do art. 37 da antiga Lei exigia uma fundamentação específica, ou seja, um esforço maior do julgador para exposição dos critérios que envolveram o juízo de tipicidade.

No entanto, mesmo no cenário anterior que, de certa forma, se harmonizava melhor ao panorama constitucional no que diz respeito às regras processuais (motivação das decisões), a valorização dos critérios objetivos pode(ria) ser virtuosa, desde que não fosse absolutizada e sem afastar, logicamente, a análise igualmente criteriosa que deveria acompanhar a indagação judicial sobre os elementos subjetivos.

É que é inegável, fundamentalmente nos casos de *verbos nucleares sobrepostos*, como ocorre na Lei 11.343/06 (mesmas condutas descritas nos tipos do art. 28 e do art. 33), que o primeiro filtro será efetivamente o objetivo, o qual atuará de forma prejudicial, como cláusula de barreira ao segundo, de

natureza subjetiva. Significa dizer: se os dados objetivos indicam o juízo de tipicidade do art. 28 – p. ex., quantidade de droga –, a análise do dolo passa a ser secundária, notadamente em razão da necessária proporcionalidade entre a pena e o delito praticado. Não por outra razão, inúmeras são as orientações legislativas (direito penal comparado) e dogmáticas no sentido de estabelecimento de quantidades específicas para definição do tipo de conduta, de forma a tornar proporcional a definição dos delitos e a aplicação das penas.³¹

Logicamente, na nossa estrutura normativa, a diferenciação entre as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas deve ser estabelecida a partir da finalidade, qual seja, uso próprio ou compartilhado ou a mercancia. Neste sentido, as circunstâncias objetivas de tempo, local e forma de agir servem como *critérios indiciários* do elemento subjetivo, sendo fundamental que o julgador, após filtrar o caso objetivamente, avalie criteriosamente os aspectos referentes à vontade, à previsibilidade, à representação e à consciência. E, no que tange à prova, é inegável que é ônus da acusação demonstrar que as circunstâncias empíricas indiciadoras são congruentes com o *animus* de comércio em caso de imputação de tráfico de entorpecentes. Em não havendo prova robusta ou restando esta dúvida, imperativa a desclassificação para o *caput* do art. 28 da Lei de Drogas – “*incerteza quanto à finalidade de traficância: desclassifica-se para o crime do art. 16 dessa Lei [Lei 6.368/76]*”³², conclui Damásio de Jesus com base em consolidada jurisprudência.

No caso, a justificativa de condenação de Rafael Braga pelo art. 33 da Lei 11.343/06 foi falha e demonstra importantes insuficiências nos dois aspectos: o da análise da tipicidade objetiva e o da motivação acerca do especial fim de agir. No primeiro ponto (*tipicidade objetiva*), o dado empírico mais importante (quantidade de droga apreendida) não permite a atribuição do delito de tráfico de drogas, notadamente porque os demais (acondicionamento e local) são inconclusivos; no segundo (*tipicidade subjetiva*) a sentença é inválida em razão da deficiente fundamentação.

³¹ Neste sentido, sobre a fixação de quantidades mínimas para a qualificação dos delitos de consumo, tráfico privilegiado, tráfico comum e tráfico qualificado, conferir Carvalho, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 283-287.

³² Jesus, Damásio. *Lei Antitóxicos Anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

18. A questão da quantidade de droga apreendida é, pois, central e acaba, inclusive, vinculando as demais circunstâncias (local e acondicionamento). Isto porque trazer consigo substâncias entorpecentes fracionadas em embalagens com a inscrição “CV” (“Comando Vermelho”) (*acondicionamento*) em conhecido ponto de venda (*local*) é circunstância que em nada esclarece o caso, visto que o usuário deve se deslocar às “bocas de fumo” para adquirir e pode realizar a compra de determinada quantidade de droga em diversas “capsulas plásticas”, já previamente dispostas. Ademais, são exatamente nos locais de venda conhecidos que a droga é comprada. Do contrário, chegaríamos à teratológica e risível conclusão de que só existem vendedores nos pontos de venda.

Evidente, assim, que *“os critérios que dizem respeito à conduta – local e condições de sua ocorrência – são pouco esclarecedores, visto que os locais de venda de drogas, conhecidos como ‘bocas de fumo’, são frequentados tanto por usuários como por traficantes e, nesses termos, alguém encontrado na ‘boca’ trazendo consigo uma substância ilícita pode caber em qualquer categoria.”*³³

Lembre-se, ainda, no caso em análise, que o local apontado como *“conhecido ponto de venda de droga”* era no interior da Vila Cruzeiro, no Complexo do Alemão. Embora seja óbvio o alerta – mas em alguns momentos as obviedades precisam ser denunciadas –, é importante destacar que na referida comunidade moram as mais diversas pessoas, com as mais distintas atividades profissionais. Este óbvio é fundamental ser sublinhado sob pena de se compreender todos os moradores das comunidades cariocas como potenciais traficantes de drogas, definindo-se, na linha de um notório direito penal de autor, algumas existências como ilícitas em razão das suas condições socioeconômicas e geográficas.

Vencidas estas duas circunstâncias laterais – visto que, na opinião dos pareceristas, os dados sobre o *acondicionamento* em embalagens distintas com a inscrição “CV” e *local* são inconclusivos, pois não permitem diferenciar empiricamente uma situação de porte para consumo ou mercancia –, o tema da

³³ Prado, Daniel Nicory. *Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 63.

quantidade de droga apreendida torna-se, conforme antecipado, central na análise da tipicidade.

19. Lembremos, portanto, que **Rafael Braga foi preso com 0,6g (seis decigramas) de maconha e 9,3g (nove gramas e três decigramas) de cocaína, desarmado e sem qualquer quantia em dinheiro.**

Inúmeros países da Europa Ocidental, para evitar distorções no juízo de imputação e estabelecer critérios mais precisos e equânimes na pena, adotam critérios normativos sobre a quantidade para (*primeiro*) definir a atipicidade formal ou material da conduta (princípio da insignificância); (*segundo*) presumir o uso pessoal; e (*terceiro*) diferenciar graus de tráfico e agravar sanções penais.

No direito penal espanhol, p. ex., as condutas relacionadas ao comércio ilícito de entorpecentes estão previstas nos arts. 368, 369 e 370, em quatro níveis que variam entre a atipicidade e o tráfico qualificado: (*primeiro*) posse de quantidade mínima que induz à presunção de autoconsumo (fato atípico); (*segundo*) posse de quantidade moderada que indicia tráfico de entorpecentes – art. 368, Código Penal³⁴; (*terceiro*) posse de quantidade de notória importância, que ocasiona punição agravada – art. 369, 6º, Código Penal³⁵; (*quarto*) posse de quantidade expressiva de droga (*extrema cantidad*) a qual, agregada a outros elementos e circunstâncias, define condutas qualificadas – art. 370, 3º, Código Penal.^{36 37}

³⁴ “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al doble en los demás casos”.

³⁵ “Art. 369. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: (...) 6º. Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.”

³⁶ “Art. 370. Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando: (...) 3º. Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad. Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.”

Em relação à quantidade de cada droga ilícita, a jurisprudência, com base em dados provenientes das autoridades sanitárias, criou algumas diretrizes gerais. Entre a conduta atípica da posse para consumo e a forma qualificada de extrema gravidade são estabelecidos referenciais quantitativos que não deixam margem de dúvidas: “(...) o Tribunal Supremo entende que a posse de mais de 50 gramas de haxixe é indicativo do seu destino à difusão da droga, de 50 a 1000 gramas (1 quilo), é o nível mínimo a partir do qual se reputa a droga objeto de delito, como de notória importância, há uma ampla margem que exclui qualquer zona de coincidência ou de dúvida.”³⁸ Assim, em relação ao haxixe, p. ex., as quantidades ficam determinadas da seguinte forma: (a) até 50 gramas o fato é atípico (posse para consumo pessoal); (b) entre 50 gramas e 1 kilo, considera-se posse moderada (tráfico simples); (c) de 1 kilo a 2,5 kilos, a quantidade é de notória importância (tráfico agravado); (d) acima de 2,5 kilos, a posse passa a ser de extrema quantidade (tráfico qualificado).

As quantias de notória importância, por serem intermediárias, balizam o sistema escalonado espanhol, ademais de variar conforme a droga, sendo o limite para ingresso nas formas qualificadas 750 gramas para cocaína, 300 gramas para heroína e 10 kilos para maconha, segundo dados do *Instituto Nacional de Toxicología*.³⁹

Em Portugal, a Lei 30/2000 define que “a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias”, sendo determinado pela Portaria 94/96 que a quantidade média diária de maconha seria 2,5g (dois gramas e cinco decigramas).

No Brasil, na esfera legislativa, em 2002, foi apresentado à *Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico* e à *Comissão de Constituição e Justiça e Redação* o Projeto de Lei 5.824/01, que, ao acrescentar parágrafo ao art. 16 da Lei 6.368/76, definia critério quantitativo de atipicidade da conduta de pequeno porte de maconha: “não caracteriza a conduta típica prevista no caput deste artigo adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, a substância entorpecente denominada maconha (tetrahidrocanabinol) em quantidade que não

³⁷ Soriano Soriano, José Ramon. *Delitos Contra la Salud Pública y Contrabando*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 206.

³⁸ Soriano Soriano, José Ramon. *Delitos Contra la Salud Pública y Contrabando*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 206/7. [tradução livre]

³⁹ Carvalho, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 285.

ultrapasse 5 (cinco) gramas." (grifamos)

Conforme destacado pela defesa nos memoriais finais, nota técnica produzida pelo Instituto Igarapé, baseadas na experiência de neurocientistas, psiquiatras, pesquisadores e usuários, obtidas através do método Delphi de coleta e análise de informações, são apresentadas três propostas de quantidades de porte de drogas para consumo pessoal: (*primeiro*) cenário conservador: 25 gramas de maconha e 10 gramas de cocaína; (*segundo*) cenário moderado: 40g de maconha e 12g de cocaína; e (*terceiro*) cenário liberal: 100 gramas de maconha e 15 gramas de cocaína.⁴⁰

20. Como referido, a estrutura do art. 28 da Lei 11.343/06 incorpora o elemento subjetivo especial do tipo (*para consumo pessoal*). Todos os demais elementos previstos no § 2º do art. 28 são informativos. Entretanto, a adoção de critérios objetivos – sem, logicamente, abandonar a tipicidade subjetiva – conduz a uma estabilidade maior no processo de interpretação da lei e, em consequência, em respostas penais mais equânimes e racionais.

Embora não tenhamos diretrizes legais e jurisprudenciais como as espanholas ou portuguesas, é fundamental referir que, em decisões recentes, o Supremo Tribunal Federal fixou alguns limites. Limites importantes que servem como referenciais para a análise do caso concreto, sobretudo em razão da enorme variação entre o mínimo (05 anos) e o máximo (15 anos) das penas previstas no art. 33 da Lei de Drogas.

Em abril do corrente ano, ao julgar *Habeas Corpus* impetrado em favor de uma pessoa presa em flagrante por guardar, em sua residência, **8 gramas de crack e 0,3 gramas de cocaína**, conduta tipificada no art. 33 da Lei 11.343/06, a Segunda Turma, por votação unânime, trancou a ação penal e colocou o paciente em liberdade. Embora um dos temas principais da ação constitucional de liberdade fosse relativo à prova ilícita, os Ministros consideraram ínfima a quantidade de droga apreendida, situação indicativa de porte para uso pessoal.

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. EXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA APTA A AFASTAR A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691. TRÁFICO DE

⁴⁰ Instituto Igarapé. *Crítérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas: cenários para o Brasil*, 2017 [Disponível: <<http://www.igarape.org.br/pt-br/criterios-objetivos-de-distincao-entre-usuarios-e-traficantes-de-drogas-cenarios-para-o-brasil>>]

DROGAS. QUANTIDADE ÍNFIMA DE ENTORPECENTES (8,3 GRAMAS). DENÚNCIA POR TRÁFICO. CONDUTA QUE NÃO SE ADEQUA AO TIPO PENAL DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. EXISTÊNCIA DE FATOS E PROVAS QUE DEMONSTRAM O DEPÓSITO PARA CONSUMO PESSOAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM HABEAS CORPUS. EXCEÇÃO JUSTIFICADA PELA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA.

I – Peculiaridades do caso que revelam a existência de contexto fático apto a ensejar a admissão da presente ação constitucional, de modo a superar o verbete da Súmula 691/STF.

II – Preso em flagrante, teve prisão posteriormente convertida em preventiva, por guardar, em sua residência, 8 gramas de crack e 0,3 gramas de cocaína. Conduta que se assemelha ao tipo penal de consumo pessoal e não do tráfico de drogas.

III – O trancamento da ação penal em habeas corpus só é justificável diante da ocorrência de situações de ilegalidade ou teratologia, tais como aquelas constantes do art. 395 do Código de Processo Penal: (i) a denúncia for manifestamente inepta; (ii) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; (iii) faltar justa causa para o exercício da ação penal.

IV – Ordem concedida para trancar a ação penal e conceder a liberdade ao paciente, salvo se estiver preso por outro motivo.” (STF, Habeas Corpus 138.565/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/04/2017)

O julgado é paradigmático porque as circunstâncias são muito similares. Não apenas pela apreensão em “local conhecido de tráfico” e pela quantidade de droga – no caso de São Paulo, apesar das quantidades serem similares a natureza era distinta (crack), indicando uma potencialidade ainda maior de lesão ao bem jurídico tutelado –, mas em razão do fato de a defesa ter alegado que a droga havia sido “enxertada” como retaliação. Significa dizer, portanto, que houve a desclassificação pelo Supremo mesmo com a negativa de autoria do réu, isto é, a mudança no juízo de tipicidade do art. 33 para o art. 28 ocorreu fundamentalmente com base na quantidade de droga objeto da ação penal. Se não há uma diretriz legal única e objetiva e se a quantidade de droga acaba sendo o principal referencial, “é evidente que, quanto maior ela [quantidade] for, mais difícil será a justificativa de posse para consumo pessoal; no mesmo sentido, quanto menor a quantidade, mais plausível a tese do uso próprio.”⁴¹

Nas circunstâncias do caso concreto, diante de uma série de dubiedades e lacunas sobre a prova, a quantidade parece ser o critério menos volátil para indiciar o juízo de tipicidade. A conclusão, portanto, em relação à tipicidade

⁴¹ Prado, Daniel Nicory. *Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 63.

objetiva, é a de que o volume de droga apreendido com Rafael Braga, independentemente de ter ocorrido ou não “enxerto”, não permite a incidência do tipo do art. 33 da Lei 11.343/06, por se tratar de “**quantidade ínfima**”, segundo a recente orientação da Suprema Corte. Lembre-se, ainda, das demais circunstâncias: **preso de manhã (horário incompatível com o comércio de droga), desarmado (atitude incompatível com o pertencimento às facções de traficantes) e sem dinheiro (circunstância incompatível com a atividade comercial)**.

21. O juízo de **tipicidade subjetiva**, elencado normativa e dogmaticamente como critério central para a diferenciação entre as condutas incriminadas nos tipos do art. 28 e 33, também exige uma fundamentação convincente que implica na *demonstração* efetiva dos *elementos concretos* que sustentam um fim de agir diverso do consumo pessoal.

A doutrina normalmente refere o tipo subjetivo do art. 33 da Lei de Drogas de forma bastante genérica, sem estabelecer critérios concretos que ultrapassem a fórmula aberta do § 2º do art. 28. Para Gomes *et alii*, a forma dolosa do delito implica que “(...) agente, com consciência e vontade, [pratique] qualquer dos núcleos verbais trazidos pelo tipo, ciente de que explora substância entorpecente proibida (droga) sem autorização ou determinação legal ou regulamentar.”⁴²

Na linha proposta pelo parágrafo único do art. 37 da Lei 6.368/76 – a partir da necessária adaptação à atividade judicial em decorrência da imperatividade do art. 93, IX da Constituição⁴³ –, “a autoridade [judicial] deverá justificar, em despacho [decisão] fundamentado, as razões que a levaram à classificação legal do fato, mencionando, concretamente, as circunstâncias referidas neste artigo (...)”. Notório, pois, a preocupação legislativa, requalificada no § 2º do art. 28 da Lei 11.343/06, em

⁴² Gomes, Luiz Flávio; Bianchini, Alice; Cunha, Rogério Sanchez; Oliveira, William Terra. *Lei de Drogas Comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 183.

Sentido similar, em discussão relativa aos arts. 12 e 16 da Lei 6.268/76, Jesus, Damásio. *Lei Antitóxicos Anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

⁴³ “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (art. 93, inciso IX, Constituição Federal).

determinar ao juiz que, sobretudo em caso de condenação, exponha todas as circunstâncias que envolveram o fato típico, sejam elas objetivas ou subjetivas.

Isto porque, conforme leciona Ferrajoli, a motivação dos atos judiciais expressa uma natureza *cognitiva* da jurisdição que procura afastar juízos *potestativos* (arbitrários) a partir de um duplo vínculo: vínculo normativo do ato judicial com a estrita legalidade; vínculo empírico da sentença com a prova das hipóteses acusatórias. Assim, “a motivação permite a fundamentação e o controle das decisões tanto em direito, pela violação da lei ou defeitos de interpretação ou de subsunção, como em fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por inadequada explicação do nexo entre convicção e provas.”⁴⁴

A fundamentação deve cumprir, portanto, requisitos nos campos do direito penal material e do processo penal. No juízo condenatório ou absolutório deve haver uma harmonia (correspondência) dos argumentos elencados na sentença (*primeiro*) com a estrutura normativa que define a imputação, sobretudo a tipicidade (objetiva e subjetiva) e (*segundo*) com o material probatório colhido no procedimento público e contraditório.

A obrigatoriedade da dupla referência encontra amparo no art. 381, III, do Código de Processo Penal, que impõe ao juiz o dever de indicar, na sentença, aquilo que a tradicional doutrina processual nomina como os motivos de *fato* e de *direito* que embasaram a decisão. Porém esse dever, no âmbito da tipicidade, não obriga apenas a referência aos dados objetivos, mas igualmente aos subjetivos, sobretudo no caso da Lei de Drogas, que supervaloriza estes especiais elementos da tipicidade.

Na estrutura do direito penal constitucional, a possibilidade de controle razoável do arbítrio judicial ocorre a partir da obrigatoriedade de que na sentença criminal os atores judiciais exponham exaustivamente os argumentos que embasaram as suas conclusões.

Se a motivação qualifica como válidas as decisões judiciais nos sistemas constitucionalizados (modelos processuais acusatórios), em sentido oposto é possível notar que nos sistemas inquisitivos o ato de justificação representa uma espécie de *formalismo incômodo* que pode ser dispensado pelo julgador – “o devido

⁴⁴ Ferrajoli, Luigi. *Diritto e Ragione*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998, p. 640. [tradução livre]

processo legal aplicado em sua integralidade passou a ser considerado como um formalismo incômodo para o direito brasileiro, esquecendo-se a lição de Hassemer, ao afirmar que as formalidades do procedimento penal não são meras formalidades.”⁴⁵

No sistema de processo penal constitucional brasileiro, cabe ao juiz, na análise do caso concreto, em razão de sua atividade ser normativamente regulada, justificar sua decisão com base nos elementos colhidos na instrução. Implica dizer, portanto, (*primeiro*) que é vedado ao juiz tomar quaisquer decisões sem expor racionalmente os motivos do convencimento e (*segundo*) que é dever do juiz justificar suas opções com base no conjunto probatório. A fundamentação representa, assim, a exposição coerente dos motivos que orientaram a decisão a partir da demonstração suficiente dos dados empíricos que sustentam as suas conclusões. Motivar significa expor de forma clara os elementos concretos produzidos como prova no processo e que permitiram ao julgador uma determinada conclusão. Além disso, implica em expor como esta conclusão está juridicamente adequada, isto é, em apresentar os fundamentos normativos, constitucionais e legais, que a amparam. O dever de motivação decorre, conforme ensina Rui Portanova, “(...) de uma imposição do princípio do devido processo legal em que se busca a exteriorização das razões de decidir, o revelar do prisma pelo qual o Poder Judiciário interpretou a lei e os fatos da causa”, visto que “do ponto de vista mais jurídico, a motivação é importante, pois viabiliza aferir a vinculação do juiz à prova (...)”⁴⁶

Desde estes pressupostos, cabe indagar se a decisão do julgador, no caso em análise, efetivamente cumpriu os comandos constitucionais relativos à fundamentação da tipicidade subjetiva, sobretudo, como foi apontado repetidas vezes, em decorrência do peso que a estrutura normativa conferiu a este critério para a definição do delito e, em consequência, para a quantificação da pena.

Em relação aos elementos subjetivos do tipo, o julgador conclui que é “dolosa, assim, a conduta do agente, eis que subjetivamente se conduziu a vulnerar o artigo 33, caput da Lei 11.343/06, visto que trazia consigo, para fins de mercancia, sem autorização legal ou regulamentar, as drogas descritas na denúncia.” (fl. 08 da sentença)

O intuito de lucro não é elementar subjetiva do tipo. No entanto, afirmada na sentença a finalidade mercantil, que pressupõe o lucro, a hipótese

⁴⁵ Choukr, Fauzi. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139.

⁴⁶ Portanova, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 248.

deve ser amparada por uma prova minimamente consistente, sob pena de a decisão incorrer no vício da nulidade, nos termos do art. 93, IX da Constituição. No entanto, o julgador não aponta qualquer dado concreto para afirmar a intenção de venda ou a promoção da circulabilidade – “*faticamente a promoção da circulabilidade é um elemento objetivo importante para se aferir o dolo no caso concreto.*”⁴⁷ A conclusão advém dos dados que justificaram, anteriormente, os elementos objetivos do tipo: quantidade, local e armazenamento.

Destes, conforme exposto, resta relativamente estável apenas a quantidade de droga, visto a fragilidade em termos empíricos – inclusive pelas regras de experiência –, do argumento sobre local e armazenamento, os quais, objetivamente, não permitem diferenciar traficante de usuário.

Reduzida a prova objetiva e subjetiva à quantidade, e por se tratar de *pequena quantidade de droga*, segundo os critérios da Suprema Corte, não há outra conclusão possível que a desclassificação da conduta para o art. 28 ou a absolvição. Pequena quantidade é, inegavelmente, forte indício de porte para uso próprio e, por ser a única prova estável, não permite inferir finalidade mercantil.⁴⁸ Aliás, Damásio de Jesus nota, sobre a “*incerteza quanto à finalidade de traficância*”, a posição dos Tribunais: “*desclassifica-se para o crime do art. 16 desta Lei [atual art. 28 da Lei 11.343/06] (TJSP, ACrim 199.121, RT 543:382; TJRS, ACrim 684053184, RT 611:389). Constitucional e penalmente defeso é inferir a finalidade pelo simples fato de portar a droga (TJRS, ACrim 684053184, RT 611:300 e 400).*”⁴⁹

Não se desconhece a posição da jurisprudência atual no sentido de que, em caso de a defesa apresentar teses alternativas (negativa de autoria e desclassificação) e em sendo frágil a prova, a orientação é a de absolver o réu nos termos do art. 617 do Código de Processo Penal⁵⁰ e da Súmula 453 do STF⁵¹, por força da observância do princípio da correlação. Pelo contrário, os

⁴⁷ Bizzotto, Alexandre; Rodrigues, Andreia de Brito; Queiroz, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81.

⁴⁸ Neste sentido, ver Jesus, Damásio. *Lei Antitóxicos Anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

⁴⁹ Jesus, Damásio. *Lei Antitóxicos Anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

⁵⁰ “Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

⁵¹ “Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.” (Súmula 453, STF)

pareceristas entendem, inclusive, que nestas situações o correto é a absolvição. No entanto, chamamos a atenção para o fato de que dentre todas as opções possíveis (leia-se: absolver, desclassificar ou condenar), o julgador adotou uma posição diametralmente oposta às diretrizes legais e constitucionais.

Rangel e Bacila sintetizam a questão: *“na dúvida insuperável sobre a finalidade da posse da droga, deve-se interpretar no sentido mais favorável ao réu. Se o réu portava pequena quantidade de drogas, não conseguiu demonstrar que o destino era para uso próprio, mas também nada se provou que a finalidade era para o tráfico, a dúvida favorece o réu como decorrência direta da aplicação do princípio in dubio pro reo. Somente a condenação pelo tráfico é possível se houver indícios que levem a acreditar que a finalidade era o tráfico de drogas. Caso contrário, o sujeito que portasse um cigarro de maconha e fosse surpreendido, mas que não tivesse nenhuma testemunha em seu favor, poderia ser condenado pelo tráfico de drogas, fato que não é admissível.”*⁵²

No contexto da prova produzida, a absolvição ou a desclassificação são as únicas alternativas legal e constitucionalmente possíveis.

4. O Juízo de Tipicidade do art. 35, Lei 11.343/06: as regras de experiência e as condições de verificabilidade da “associação ao tráfico”

22. As condições para análise, no caso concreto, da existência do delito de associação para o tráfico já estão predispostas na análise anterior da inviabilidade jurídica de condenação pelo tráfico.

As insuperáveis dúvidas sobre o fato de Rafael Braga estar sozinho ou em grupo e os dados inquestionáveis de que não possuía qualquer rede de proteção para a realização do comércio, de que estava desarmado e de que portava pequena quantidade de droga e nenhum dinheiro, aliados ao fato de inexistir qualquer histórico de conduta de que anteriormente tenha participado, em algum momento, direta ou indiretamente, de delitos previstos na Lei 11.343/06, são condições concretas que obstaculizam a incidência do art. 35 (“associação para o tráfico”).

⁵² Rangel, Paulo & Bacila, Carlos Roberto. *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 105.

Como todo o delito de concurso necessário (de agentes), são elementos constitutivos do art. 35 da Lei 11.3434/06 (*primeiro*) a presença do *número mínimo de agentes* (dois imputáveis), (*segundo*) o *especial fim* do cometimento dos crimes arts. 33, *caput* e § 1º e 34 da Lei de Drogas e (*terceiro*) a *estabilidade* e a *permanência* da associação.⁵³

Em razão de os policiais não terem diligenciado para, após a prisão de Rafael Braga, identificar os demais membros do “grupo”, o julgador afirmou o vínculo com o “Comando Vermelho” nos seguintes termos: (*primeiro*) estar a droga embalada em cápsulas com as inscrições “CV” e ter sido apreendido um rojão – situação que *“evidencia a estabilidade do vínculo associativo com a facção criminosa ‘Comando Vermelho’”* (fl. 08 da sentença); e (*segundo*) ser máxima de experiência que em comunidades “controladas” por facções criminosas, ninguém poderia comercializar droga sem a autorização.

“No caso presente a posse do material entorpecente (maconha e cocaína) embalado em saco plástico (vide laudo de exame de entorpecente de fls. 99/100), fracionado, inclusive, contendo inscrições “CV”, que sabidamente destinava-se à venda, evidencia a estabilidade do vínculo associativo com a facção criminosa ‘Comando Vermelho’, que controla a venda de drogas no local dos fatos.

Ademais, com o réu houve a apreensão de um rojão (fl. 17), sendo certo que no momento da prisão em flagrante do réu Rafael Braga, conforme relato dos próprios policiais neste Juízo, havia inúmeros elementos que se evadiram.

Dessa forma, restou inequívoca a estabilidade do vínculo associativo para a prática do nefasto comércio de drogas, sendo certo que a facção criminosa “Comando Vermelho” é quem domina a prática do tráfico na localidade conhecida como “sem terra”, em que o réu foi preso, situada no interior da Vila Cruzeiro.

Por outro lado, a regra de experiência comum permite concluir que a ninguém é oportunizado traficar em comunidade sem integrar a facção criminosa que ali pratica o nefasto comércio de drogas, sob pena de pagar com a própria vida.

Portanto, não poderia o réu atuar como traficante no interior da Comunidade Vila Cruzeiro, sem que estivesse vinculado à facção criminosa ‘Comando Vermelho’ daquela localidade.” (fl. 08 da sentença)

As questões relativas à forma de armazenagem e da inscrição foram amplamente discutidas no item anterior, sendo relevante apenas lembrar que os usuários, após adquirirem a droga, obviamente seguem portando nas

⁵³ Neste sentido, de forma ampla em relação aos crimes de concurso necessário, a partir da regra genérica do art. 288 do Código Penal, ver Bitencourt, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1.243.

embalagens que lhes foram entregues (a não ser nos casos de consumo imediato). O fato de haver inscrição “CV” nas cápsulas não conduz a qualquer conclusão acerca de uso, comércio ou associação. Repita-se: o fato concreto, por si só, não projeta qualquer juízo de tipicidade.

Aliás, a afirmação do tráfico e da associação, a partir dos elementos apontados na sentença – (*primeiro*) inscrição “CV” na embalagem e (*segundo*) máxima de experiência que não há comércio sem autorização de facções –, indica uma inversão na forma cognitiva do juízo, incorrendo naquilo que Cordero denomina como “primado das hipóteses sobre os fatos”⁵⁴, ou seja, o julgador, com base em uma hipótese (“Rafael Braga é traficante associado ao Comando Vermelho”) constrói argumentativamente uma justificativa a partir de quaisquer elementos disponíveis, por mais frágeis ou pouco factíveis que possam ser (p. ex., inscrição “CV” nas cápsulas presumidamente encontradas com Rafael Braga e máximas de experiência aplicáveis genericamente).

Ocorre que **estabilidade e permanência não podem ser aferidas genericamente**. A criminalização autônoma da associação, nos termos do art. 35, sustenta-se em razão das hipóteses de “sociedades delitivas”. Do contrário, o problema da pluralidade seria resolvida no âmbito do concurso de agentes, nos termos do art. 29 do Código Penal, nos casos de parceria ocasional ou transitória.⁵⁵ A própria denúncia, ao imputar o delito do art. 35 da lei 11.343/06, deveria descrever as circunstâncias do vínculo associativo, sob pena de inépcia⁵⁶ – neste aspecto, embora a questão ultrapasse os limites das questões elaboradas pelos consulentes, assiste razão a defesa ao apontar o vício da inicial por ausência de individualização.

⁵⁴ Cordero, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

No mesmo sentido, conferir, Casara, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 152-185; Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal *in* *Direito Alternativo: anais do evento comemorativo do Sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro: IAB, 1994, pp. 33-43; Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro *in* *Revista de Estudos Criminais*, ano 01, v. 1, 2001, pp. 26-50; Duclerc, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 71-74; Prado, Geraldo. *Sistema Acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 79-82.

⁵⁵ Sobre o tema, Carvalho, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 300-304.

⁵⁶ Sobre os requisitos de imputação de associação ao tráfico, conferir, dentre outros, Jesus, Damásio. *Lei Antitóxicos Anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 83.

Não basta, portanto, o julgador invocar uma máxima de experiência genérica, sem o vínculo à observação da situação concreta. Assim, as regras de experiência acabam por legitimar o uso de “estereótipos do senso comum” para decisão. Isto porque, para invocar a regra de experiência, o juiz deveria informar quais foram os critérios de “observação da realidade” utilizados.

A referência às regras de experiência conflita com os requisitos de fundamentação da sentença, porque o argumento é desvinculado de fatos concretos e se presta a justificar qualquer outra decisão. No ponto, a referência ao art. 489, § 1º do NCPC é relevante, quando considera nula a sentença que *“invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.”* E, novamente como antecipado, a hipótese genérica de que o comércio de drogas só seria possível com a autorização da facção criminosa e, portanto, há associação delitiva, poderia justificar qualquer outro ilícito como vinculado ao tráfico, porque as regras de experiência indicariam que, em comunidades dominadas, qualquer delito deve ser autorizado pela facção. Aliás, não apenas os ilícitos, mas também os atos lícitos (aluguel, compra e venda, circulação etc.), o que tornaria todos os moradores das favelas cariocas em situação de associação em potencial com o tráfico. Com o devido respeito, a extensão do argumento ao seu limite demonstra a sua fragilidade e os equívocos que produz em situações concretas como esta em análise.

Mas na linha proporcionada pelo NCPC, invertendo-se a lógica do julgador, seria possível perceber que a mesma regra de experiência poderia ser invocada para justificar uma decisão em sentido diametralmente oposto, pois o fato de Rafael Braga ser preso sozinho e estar desarmado, sem qualquer rede de proteção do tráfico e sem disponibilidade de valores para o comércio indicaria exatamente que não pertence a nenhuma facção criminosa. Isto porque, pela máxima de experiência, os membros das facções criminosas do tráfico circulam, nas áreas de comércio, com armamento pesado e são monitorados pelos seus pares que, em caso de prisão, não invariavelmente entrariam em conflito bélico com os policiais.

O que é apresentado na sentença como regra de experiência não se consolida, em hipótese alguma, como um critério objetivo de decisão. Pelo

contrário, apenas dá espaço ao subjetivismo ou decisionismo processual “isto é, ao caráter não cognitivo, mas potestativo do julgamento e da imposição da pena.”⁵⁷ Significa dizer a produção de uma sentença ao mesmo tempo desvinculada dos parâmetros legal e constitucional e/ou dos elementos fatuais:

“O decisionismo é o efeito da falta de ancoragem empírica precisa e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção penal (...). Esta subjetividade se manifesta em duas direções: por um lado, no caráter subjetivo do tema processual, consistente não em fatos determinados mas em condições ou qualidades pessoais (...); ou, por outro lado, se manifesta no caráter subjetivo do julgamento, que, na ausência de referências fáticas determinadas, é baseado em valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas e não em provas de fato. O primeiro fator de subjetivação gera uma perversão inquisitiva do processo, direcionando-o não à comprovação de fatos mas à análise da interioridade da pessoa julgada. O segundo degrada a verdade processual, empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento judicial intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável.”⁵⁸

Ao abdicar de apresentar elementos concretos do vínculo de estabilidade e permanência, substituindo a prova por argumentos vazios amparados genericamente em máximas de experiência, a sentença perdeu qualquer fonte de legitimidade, pois violou as diretrizes legal e constitucional que regulam a fundamentação dos atos judiciais.

Situação não distinta no que diz respeito à tipicidade subjetiva do art. 35 da Lei 11.343/06. A jurisprudência nacional estabelece que para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível a adesão subjetiva, isto é, o dolo de se associar com *estabilidade e permanência*. Tais elementos igualmente requerem comprovação fundada em elementos empíricos e não apenas em premissas genéricas e/ou generalizantes mascaradas sob o argumento das regras de experiência. No âmbito do STJ, p. ex., as decisões neste sentido são inúmeras e consolidam critérios mínimos para a imputação: demonstrabilidade e verificabilidade das hipóteses.⁵⁹

⁵⁷ Ferrajoli, Luigi. *Diritto e Ragione*. Roma: Laterza, 1998, p. 15. [tradução livre]

No direito brasileiro, importante crítica ao decisionismo pode ser encontrada em Streck, Lenio. *Hermeneutica Juridica e(m) Crise*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, pp. 71-95; Streck, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 137-182.

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi. *Diritto e Ragione*. Roma: Laterza, 1998, p. 15/6. [tradução livre]

⁵⁹ Neste sentido, conferir (a) Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 235247/SP, Rel. Min. Ericson Marinho, j. 18/08/2015, DJE 04/09/2015; (b) Superior Tribunal de Justiça, *Habeas*

Em sentido geral, é possível concluir que o julgador, para estabelecer os juízos de tipicidade objetivo e subjetivo, dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei de Drogas, renunciou expressamente aos dois pilares que tornam possível o juízo condenatório nos sistemas de direito e processo penal democrático: *demonstrabilidade e verificabilidade* da prova. A demonstração e a verificação da prova permitem a sua *refutabilidade*, ou seja, o exercício do contraditório. Contraditório que resta absolutamente inviabilizado quando os argumentos sobre a prova lançados na sentença são amparados por termos gerais e vazios, que permitem justificar qualquer decisão, visto que totalmente distanciados da realidade concreta.

5. Respostas aos Quesitos

23. O estudo dos autos, sobretudo da sentença condenatória, notadamente dos argumentos judiciais expostos para justificar o juízo de tipicidade dos crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico, permite-nos apresentar algumas conclusões como respostas às indagações feitas pelos advogados consulentes.

1. Quais os pressupostos de validade para a aplicação da Súmula 70 do TJERJ? Resposta: A construção de enunciados para orientar critérios de decidibilidade sustenta-se, invariavelmente, em situações ideais. Assim, esses critérios gerais devem necessariamente ser confrontados com a realidade. A Súmula 70 do TJERJ, que admite a condenação com base

Corpus 270837/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 19/03/2015, DJE 30/03/2015; (c) Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 286219/PE, Rel. Min. Gurgel De Faria, j. 18/12/2014, DJE 02/02/2015; (d) Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 271723/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08/04/2014, DJE 02/05/2014; (e) Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 260330/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25/02/2014, DJE 10/03/2014; (f) Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 137535/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 21/03/2013, DJE 07/08/2013; (g) Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 248844/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/05/2013, DJE 28/05/2013; (h) Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 239965/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 18/12/2012, DJE 21/05/2013.

54/58

exclusivamente em depoimentos de policiais militares, pressupõe, no plano político (e político-criminal), uma situação de efetividade democrática na qual as agências repressivas observem rigidamente os limites constitucionais de atuação. Por outro lado, no plano jurídico (processual penal), pressupõe (a) absoluta ausência ou a impossibilidade de outras provas e (b) a coerência dos relatos dos agentes públicos (policiais).

2. No caso concreto (sentença condenatória de Rafael Braga), a aplicação da Súmula 70 do TJERJ respeitou os pressupostos legal e constitucional de validade? Resposta: Na sentença que condena Rafael Braga não apenas está ausente o pressuposto que legitimaria a decisão no plano político criminal – qual seja, uma atuação regular e constante da Polícia Militar do Rio de Janeiro em conformidade sobretudo com a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade dos atos –, como estão ausentes os critérios processuais de validade da prova – a inexistência ou impossibilidade de produção de outras provas e a coerência entre as versões dos depoentes (policiais militares). Conforme se percebe da instrução, existe prova testemunhal que apresenta uma versão diversa daquela dos policiais e os próprios depoimentos das autoridades públicas são contraditórios e lacunares. A divergência, a contradição e as lacunas percebidas na instrução conduzem a uma situação de, no mínimo, fragilidade probatória (dúvida razoável), o que indicaria a incidência do *in dubio pro reo*.

3. Quais as condições de verificabilidade e os critérios para a imputação do art. 33 da Lei de Drogas (tráfico de entorpecentes)? Resposta: Em decorrência da sobreposição dos verbos nucleares presentes nos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas e das dificuldades relativas à prova dos elementos

subjetivos do tipo, a quantidade apreendida, o local de apreensão e as circunstâncias do fato são critérios que podem indiciar o juízo de tipicidade (art. 28, § 2º da Lei 11.343/06). Não obstante, todas as conclusões acerca dos juízos de tipicidade, objetivo e subjetivo, devem ser adequadamente motivadas, conforme os parâmetros legal e constitucional.

4. No caso concreto, o juízo de tipicidade exposto na sentença observou os requisitos legal e constitucional?

Resposta: A resposta é negativa. Para além da fragilidade da prova, resumida ao depoimentos dos policiais, e das contradições entre os testemunhos dos agentes públicos e destes com a testemunha de defesa, o que por si só deveria conduzir a absolvição, os elementos concretos de prova não indicam o juízo de porte de droga com finalidade mercantil. Mesmo excluindo a versão bastante crível de que a droga foi implantada, dos três dados objetivos apontados na sentença, apenas um é relativamente estável: a quantidade apreendida. O local de apreensão e a forma de acondicionamento da droga são dados inconclusivos porque compatíveis com as situações de porte para consumo pessoal ou para comércio. O único elemento relativamente seguro é o da quantidade que, conforme as orientações do Supremo, deveria ser caracterizado como *pequena quantidade*, situação que se aproxima das hipóteses do art. 28 da Lei 11.343/06. Além disso, outros elementos concretos não observados na sentença são relevantes e descaracterizam a acusação de tráfico: Rafael Braga foi preso de manhã cedo, sozinho, desarmado, sem numerário em espécie. Ademais, a assertiva de que estava em grupo e que pertencia à facção criminosa igualmente se descaracteriza pelo fato de não haver qualquer rede de proteção ao comércio, de Rafael Braga não portar qualquer armamento e de o referido grupo não confrontar

os policiais no momento da abordagem, situações fáticas comuns nesta espécie de abordagem e que, na linha da decisão, poderiam inclusive constituir regras de experiência explicativas. Importante referir, ainda, na linha dos critérios estabelecidos pelo § 2º do art. 28 da Lei de Drogas, que Rafael Braga não possui qualquer histórico de conduta anterior vinculada, direta ou indiretamente, ao comércio de drogas, situação real que reforça a tese defensiva. Outrossim, no que tange à valoração dos elementos subjetivos do tipo (dolo), a sentença é inválida em razão da deficiente fundamentação.

5. Quais as condições de verificabilidade e os requisitos para a imputação do art. 35 da Lei de Drogas (associação para o tráfico)? Resposta: O crime de associação para o tráfico requer, como condições de imputação, nos termos da dogmática que sucedeu a Lei de Drogas, (*primeiro*) a estabilidade e a permanência da associação; e (*segundo*) a adesão consciente e voluntária à *societas criminis*. As condições de possibilidade para os juízos de tipicidade (objetiva e subjetiva) e, conseqüentemente, para condenação pelo referido delito são as da produção de prova concreta, ou seja, de elementos verificáveis objetivamente e refutáveis empiricamente. Descartados, portanto, argumentos fundados em conjecturas ou suposições ou, ainda, em motivos que se prestariam para justificar qualquer outra decisão, nos termos do art. 93, IX da Constituição e do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil.

6. No caso concreto, o juízo de tipicidade baseado exclusivamente em regras de experiência satisfaz as exigências legal e constitucional? Resposta: A resposta é negativa. Não apenas em razão do fato de a sentença apresentar de forma anêmica os elementos probatórios que deveriam

sustentar a tipicidade subjetiva mas, sobretudo, por ter abdicado de ancorar a hipótese da associação para o tráfico em dados concretos (fundamentação deficiente). A decisão, ao invocar o argumento das regras de experiência, produziu uma justificativa generalista desconsiderando, em absoluto, as circunstâncias reais que envolveram a prisão de Rafael Braga. Ademais, conforme demonstrado, a construção da justificativa sob o argumento da regra de experiência poderia justificar qualquer delito praticado na região como vinculado à facção criminosa. Mais: poderia, igualmente, absolver Rafael Braga, pois importantes dados foram simplesmente ignorados. Doutrina e jurisprudência estabelecem critérios bastante rígidos para a caracterização do crime de associação para o tráfico: *estabilidade* e *permanência*. E tais elementos requerem comprovação baseada em dados objetivos e não em premissas genéricas. Motivo pelo qual a decisão, no ponto, igualmente carece de fundamentação suficiente.

Após análise do material enviado e dos quesitos propostos pelos consulentes, e apresentadas as considerações de ordem doutrinária e jurisprudencial, estas são, s.m.j., as respostas que os signatários entendem como legal e constitucionalmente adequadas.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2017.



Salo de Carvalho

Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Pós-Doutor em Direito Penal (Un. Bolonha)



Mariana de Assis Brasil e Weigert

Professora Substituta de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Mestre em Criminologia (UAB) e em Ciências Criminais (PUCRS) e Doutora em Psicologia Social (UFRGS)

58/58