

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

MARCOS CAMPOS BARRETTO

**A VAGUEZA PERMISSIVA DA NORMA PENAL E O PODER DE DISPOSIÇÃO NO  
ATO DE JULGAR QUEM É USUÁRIO OU TRAFICANTE**  
UMA ANÁLISE DE VOTOS DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
COM REPERCUSSÃO GERAL Nº 635.659/SP

**BRASÍLIA**

**2024**

MARCOS CAMPOS BARRETTO

**A VAGUEZA PERMISSIVA DA NORMA PENAL E O PODER DE DISPOSIÇÃO NO  
ATO DE JULGAR QUEM É USUÁRIO OU TRAFICANTE  
UMA ANÁLISE DE VOTOS DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
COM REPERCUSSÃO GERAL Nº 635.659/SP**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia

**BRASÍLIA**

**2024**

MARCOS CAMPOS BARRETTO

**A VAGUEZA PERMISSIVA DA NORMA PENAL E O PODER DE DISPOSIÇÃO NO  
ATO DE JULGAR QUEM É USUÁRIO OU TRAFICANTE**  
UMA ANÁLISE DE VOTOS DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
COM REPERCUSSÃO GERAL Nº 635.659/SP

Esta dissertação foi julgada *aprovada* para a obtenção do título de *Mestre em Direito Constitucional*, pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), na linha de pesquisa *Tutela Penal e Direito Constitucional no Estado Democrático de Direito*.

---

Professor Doutor Rafael de Deus Garcia (Orientador)

---

Professora Doutora Carolina Costa Ferreira  
Examinadora interna

---

Professora Doutora Luciana Costa Fernandes  
Examinadora externa

---

Coordenador do Programa de Mestrado

Brasília, 24 de junho de 2024.

À Tati e Pedro, que sempre me incentivaram e me inspiram a melhorar. Amo vocês!

## Agradeço

À minha companheira, Tatiana Maron, com quem divido as dificuldades e felicidades da vida. Que sejam muitos mais anos de amor e dedicação mútua.

Ao meu filho Pedro Maron, cuja felicidade e carisma encanta a todos e que me ensina a evoluir e a querer ser uma pessoa melhor. Amo mais que tudo.

Aos meus pais, Ricardo Mandarino, que sempre me apoiou, e Guilhermina Campos, a maior incentivadora para que me aventurasse no mestrado.

À minha irmã, Juliana Barretto, que sempre acreditou em mim, e ao meu sobrinho, Miguel Dantas, que faz as nossas vidas mais leve.

Ao meu orientador, Rafael de Deus Garcia, que encarou o desafio de direcionar a elaboração deste trabalho em tempo recorde. Sem a sua ajuda, trabalho incansável, disponibilidade, suporte e amizade não teria conseguido.

A Paulo Eduardo Bueno, ser humano fantástico, que sempre estimula meu aprimoramento e me disponibilizou sua vasta biblioteca para dar suporte a este trabalho.

Às Dras. Carolina Costa Ferreira e Luciana Costa Fernandes, que participaram da qualificação e defesa deste trabalho, sempre criticando e sugerindo melhorias. Como afirmei na defesa da dissertação, recebi as críticas de peito aberto e as encarei como uma forma de melhorar, o que foi essencial para o desenvolvimento desta dissertação e para evolução de minha ética de trabalho. Não tive o prazer de as conhecer pessoalmente, mas deixo aqui os meus mais sinceros agradecimentos.

Ao amigo Silvio Mendes, artista plástico baiano e militante da luta antirracista, que sempre me emociona com sua sensibilidade e garra.

Aos amigos, Terrinha e Paganella, que sempre me incentivaram.

Aos colegas de trabalho Amanda, Elane, Flávia, Isabel, Coutinho e Tom, pelos ensinamentos e parceria.

Aos colegas de turma e aos professores do curso de mestrado, cujos ensinamentos e troca de experiência expandiram meu horizonte.

Obrigado!

“[...] Assim eu combati a escravidão com todas as minhas forças, repeli-a com toda a minha consciência, como a deformação unitária da criatura, e na hora em que a vi acabar, pensei poder pedir também minha alforria, dizer meu nunc dimittis, por ter ouvido a mais bela nova que em meus dias Deus pudesse mandar ao mundo; e, no entanto, hoje que ela está extinta, experimentando uma singular nostalgia, que muito espantaria um Garrison ou um John Brown: a saudade do escravo.

É que tanto parte do senhor era inscientemente egoísta, tanto a do escravo inscientemente generosa. A escravidão permanecerá por muito tempo como a característica nacional do Brasil. [...]”  
(Nabuco, Joaquim. *Minha Formação / Joaquim Nabuco*; introdução de Gilberto Freyre. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 182/183)

## SUMÁRIO:

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 METODOLOGIA DA PESQUISA</b> .....	13
2.1 Metodologia adotada.....	13
2.2 Análise Crítica do Direito.....	16
2.3 Discurso Jurídico.....	18
<b>3 O USUÁRIO DE DROGAS À LUZ DA LEI DE DROGAS</b> .....	23
3.1 O usuário de entorpecentes descritos na Lei de Drogas.....	23
3.2 A seletividade penal na escolha do usuário na Lei de Drogas.....	25
<b>4 OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELO SISTEMA DE JUSTIÇA PARA DIFERENCIAR OS USUÁRIOS DOS TRAFICANTES DE DROGAS</b> .....	31
4.1 Análise da influência dos fatores histórico, social e econômico na diferenciação entre usuários e traficantes de drogas.....	31
4.2 A ausência de taxatividade da norma como forma de autorizar a manutenção de um sistema desigual e o poder de disposição do juiz.....	35
<b>5 ANÁLISE DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELOS MINISTROS ALEXANDRE DE MORAES E CRISTIANO ZANIN DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL Nº 635659/SP (TEMA 506)</b> .....	42
5.1 Histórico pessoal, acadêmico e profissional do ministro Alexandre de Moraes.....	46
5.2 Análise do voto do ministro Alexandre de Moraes.....	52
5.3 Histórico pessoal, acadêmico e profissional do ministro Cristiano Zanin.....	64
5.4 Análise do voto do ministro Cristiano Zanin.....	66
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	70
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	73

Barretto, M. C. **A vagueza permissiva da norma penal e o poder de disposição no ato de julgar quem é usuário ou traficante:** Uma análise de votos do julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral nº 635.659/SP. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2024.

### **RESUMO:**

A dissertação teve por objetivo pesquisar os aspectos controvertidos que se apresentam na diferenciação entre traficantes e usuários de drogas pelo sistema de justiça penal, tendo como norte a análise de discurso dos ministros Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, no julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 635.659/SP, que tem por objeto a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei de Drogas, que despenalizou o porte de drogas para consumo pessoal. Realizei uma análise de discurso dos votos dos ministros. No segundo capítulo, apresento a metodologia de pesquisa, conectando a visão ontológica do direito de Eugenio Raúl Zaffaroni, com fundamento no “ser”, ou seja, como a realidade se apresenta, com a perspectiva deontológica de Luigi Ferrajoli, que busca o “dever ser”, pautado pelo sistema abstrato de ideal normativo, e destaquei a importância do estudo de discursos jurídicos. O terceiro capítulo é dedicado à descrição do usuário de drogas pelo artigo 28, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), identificando a subjetividade e a seletividade na escolha do usuário pelo sistema normativo. No quarto capítulo demonstrei os critérios utilizados pelo sistema de justiça para diferenciar os usuários dos traficantes de drogas, por meio da influência dos fatores histórico, social e econômico na formação estrutural do próprio sistema de justiça. Busquei demonstrar o reflexo dessa carga valorativa na identificação e diferenciação desses indivíduos e como a ausência de taxatividade normativa permite que os juízes utilizem do seu poder de disposição como instrumento de manutenção de um sistema desigual. E no quinto capítulo, aplicando a metodologia de análise de discurso de Eni Orlandi, tracei um breve relato do histórico pessoal, acadêmico e profissional dos ministros Moraes e Zanin, como forma de facilitar o entendimento da carga axiológica trazida nos argumentos apresentados. Ao analisar os votos proferidos, verifiquei que ambos os ministros identificaram os mesmos problemas na aplicação do dispositivo legal, que possuem raízes na ordem social e jurídica. Contudo, os ministros proferiram votos divergentes. De um lado, nota-se a uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, com ênfase nos efeitos práticos a aplicação da norma, fundada no “ser”. Do outro, preso à lente do “dever ser”, há uma preocupação em não incomodar o Poder Legislativo, respeitando a opção do legislador, ainda que para isso seja necessário ignorar os efeitos da lei e da ordem na sociedade e na segurança nacional.

**Palavras-chave:** Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 635659/SP (TEMA 506); Seletividade Penal; Política de Drogas; Ausência de Taxatividade Normativa; Poder de Disposição do Juiz; Estruturação do Sistema de Justiça; Manutenção de Privilégios.



## ABSTRACT:

This dissertation explores the controversial aspects of distinguishing between drug traffickers and users within the criminal justice system. It centers on a discourse analysis of Ministers Alexandre de Moraes and Cristiano Zanin during the judgment of Extraordinary Appeal with General Repercussion No. 635.659/SP, which evaluates the constitutionality of Article 28 of the Drug Law, which decriminalized the possession of drugs for personal use. The study conducts a detailed discourse analysis of the ministers' votes. The second chapter presents the research methodology, integrating Eugenio Raúl Zaffaroni's ontological perspective, which focuses on the "being" (how reality is presented), with Luigi Ferrajoli's deontological perspective, which seeks the "ought to be" based on an abstract normative ideal. This chapter underscores the significance of analyzing legal discourses to understand judicial decision-making. The third chapter examines the definition of a drug user under Article 28 of Law No. 11.343/06 (Drug Law), highlighting the subjectivity and selectivity in how users are defined by the normative system. The fourth chapter investigates the criteria employed by the justice system to differentiate between users and traffickers, considering the influence of historical, social, and economic factors on the structure of the justice system. It illustrates how these value-laden criteria and the lack of normative precision enable judges to use their discretionary power, thereby perpetuating an unequal system. In the fifth chapter, employing Eni Orlandi's discourse analysis methodology, the personal, academic, and professional backgrounds of Ministers Moraes and Zanin are briefly reviewed to aid in understanding the axiological content of their arguments. The analysis reveals that, although both ministers recognized similar issues with the legal provision, their votes diverged. One perspective adopts a systemic interpretation of the legal order with emphasis on practical effects and the "being" perspective, while the other, guided by the "ought to be" perspective, demonstrates a reluctance to challenge the Legislative Power, adhering to the legislator's choices despite the law's broader social and national security implications.

**Keywords:** Extraordinary Appeal with General Repercussion No. 635.659/SP (Issue 506); Penal Selectivity; Drug Policy; Lack of Normative Precision; Judicial Discretion; Structuring of the Justice System; Maintenance of Privileges.

## 1 INTRODUÇÃO

Trabalho com Direito Penal há aproximadamente vinte anos e, nos últimos sete anos, em razão de minha atuação como assessor de Subprocurador-Geral da República em ofício penal, passei a ter contato diário com o processo penal referente a diversos crimes, sem distinção de competência.

O trabalho na Procuradoria-Geral da República junto ao Superior Tribunal de Justiça me permitiu estudar um rico leque de ações penais, decisões judiciais e discursos jurídicos de advogados/defensores públicos, promotores/procuradores da república e magistrados.

Ante a esse amplo universo de ações, fiquei bastante inquieto e incomodado pela maneira como alguns casos são apresentados, conduzidos, apreciados e solucionados. Observei que fatos semelhantes, a depender de quem os aprecia e/ou de quem praticou a conduta, podem trilhar caminhos absolutamente distintos, acarretando em absolvição, ou severas condenações. E essas contradições ocorrem com especial relevância nos processos que apuram delitos envolvendo entorpecentes.

Já analisei processos em que o magistrado considerou que o fato do réu possuir dois cigarros de maconha prontos para o consumo era um indício de que se tratava de usuário. Noutro caso similar, o magistrado considerou que os cigarros estavam prontos para consumo para facilitar a venda da droga, tratando-se, portanto, de traficante.

Verifiquei, também, que em grande parte dos casos envolvendo drogas os depoimentos dos policiais funcionam como uma pré-condenação. Os fatos narrados pelos agentes de polícia praticamente determinam o destino final da ação penal. Não é incomum me deparar com situações nas quais os policiais prendem em flagrante um indivíduo com pequena quantidade de drogas e o preso resolve, segundo narrado nos autos, *por livre e espontânea vontade*, conduzir os agentes de segurança à sua residência para indicar onde tem em depósito maior quantidade de entorpecente. Muitas dessas residências ficam a quilômetros de distância do local da abordagem.

Enfim, são inúmeras as situações que me trazem desconforto com a condução e resolução da ação penal. Não consigo deixar de considerar, em cada processo que analiso, que se trata de um ser humano que está sendo julgado e que o resultado de meu trabalho pode contribuir para bem aplicar a lei, ou destruir a vida e a possibilidade de um futuro mais próspero de uma pessoa.

Assim, considerando que já se vão aproximadamente 18 (dezoito) anos da instituição da Lei nº 11.343/06, resolvi estudar dois votos divergentes do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 635659/SP – Tema 506, que apreciam a constitucionalidade, ou não, do artigo 28, da Lei nº 11.343/06.

Questiono, portanto, como os juízes utilizam do seu poder de disposição em razão da ausência de taxatividade normativa para aplicar a Lei de Drogas?

O intuito deste trabalho é analisar os discursos jurídicos adotados nos votos dos ministros Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, no julgamento do Tema 506, identificando os argumentos que embasam decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a diferenciação entre usuários e traficantes de drogas, no ano de 2024, salientando que este trabalho foi concluído antes do voto do ministro Dias Toffoli ter sido proferido.

O legislador, ao instituir o artigo 28, da Lei nº 11.343/06, criou um tipo penal sem pena privativa de liberdade ou multa, restringindo-se a submeter os infratores às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (Brasil, 2006).

O §2º do citado dispositivo legal, por sua vez, deixou a critério do juiz verificar se a droga se destina para o consumo pessoal ou ao tráfico, atendendo 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 (Brasil, 2006).

Assim, o legislador tratou de forma diferenciada os usuários e os traficantes de drogas, reprimindo estes com pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses a 15 anos de reclusão, enquanto àqueles foram destinadas medidas voltadas à política de saúde pública e a recuperação do usuário, despenalizando a conduta.

Contudo, logo após a implementação da nova lei houve uma queda no flagrante de uso de drogas, com uma redução de 20% dos casos entre novembro de 2006 a outubro de 2008, quando comparado com período compreendido entre os meses de novembro de 2004 a outubro de 2006 (Grillo; Policarpo; Veríssimo, 2011, p. 137).

Em sentido contrário, apesar das ocorrências envolvendo usuários de drogas tenha sofrido uma queda de 20%, o número de pessoas presas como traficantes cresceu 8,2%, o que representa uma mudança de paradigma no reconhecimento dos fatos objetos das ocorrências (Grillo; Policarpo; Veríssimo, 2011, p. 142).

Essa mudança de paradigma se deu muito por força da indeterminação do dispositivo normativo, que não define de forma clara quem é o usuário ou o traficante. O procedimento

de diferenciação passou a ser realizado diretamente pelas forças policiais, quando da realização da prisão dos suspeitos e da apreensão dos entorpecentes (Fernandes, 2022, p. 249/250).

A pecha de traficante, na maioria das ocorrências, atinge diretamente os indivíduos que os agentes de polícia entendem ser perigosos, independentemente do fato que está em apuração. A própria malha policial enquadra previamente o indivíduo no tipo social de potencial criminoso (Grillo; Policarpo; Veríssimo, 2011, p. 142).

Essa forma de enquadramento dos indivíduos faz com que os alvos das operações sejam submetidos a uma espécie de processo social de identidade pública, direcionando a aplicação da norma conforme rótulos previamente atribuídos a essas pessoas, numa espécie de legitimação do Direito Penal do Autor (Misse, 2009, p. 138).

Critérios objetivos poderiam servir de elementos facilitadores da diferenciação entre traficantes e usuários. A lei como está, deixa à mercê dos agentes públicos a qualificação do indivíduo, acarretando em distorções no enquadramento da norma, e a ausência de taxatividade normativa nutre o poder de disposição do juiz.

A título de exemplo, Alba Zaular aponta que em determinadas situações, pessoas presas com 860 (oitocentos e sessenta) gramas de maconha são tidas como usuárias, enquanto noutras, ainda que portando apenas 2 (dois) gramas da mesma substância, são classificadas como traficantes (Grillo; Policarpo; Veríssimo, 2011, p. 141).

O status do indivíduo, a exemplo da doutrina do Direito Penal do Autor, passou a ser determinado não pela conduta e características analisadas no fato concreto, mas sim, por ser a pessoa quem é, conforme a identidade criminal que lhe foi atribuída (Grillo; Policarpo; Veríssimo, 2011, p. 145).

Outro aspecto que reforça esses argumentos se encontra no fato de que, nos casos envolvendo entorpecentes, o testemunho dos policiais adquire força probante desproporcional e são utilizados pelo judiciário como prova quase que inconteste, considerando a fé pública atribuída aos agentes estatais, a exemplo do teor do enunciado da Súmula 70/TJRJ<sup>1</sup>.

Assim, apesar de não haver, a princípio, razão para desconfiar dos depoimentos dos policiais, tampouco se mostra razoável que a palavra desses agentes figure como única prova para incriminar o indivíduo.

---

<sup>1</sup> Súmula 70: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”. Disponível em: <<https://www.tjrj.jus.br/sumulas-70>>. Acesso em: jun./2024. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Poucos anos após a implementação da Nova Lei de Drogas foi possível verificar uma distorção nos processos criminais envolvendo tráfico de drogas, apontando que em 74% das oportunidades, as únicas testemunhas ouvidas eram agentes de polícia (Jesus, 2011, p. 14).

Trazendo os dados para os dias atuais, a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA observou que em 41.100 casos, em apenas 130 o Promotor de Justiça modificou a qualificação de tráfico sugerida pelo Delegado de Polícia para o delito de porte de drogas para uso pessoal (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2023, p. 62).

No outro polo, em razão da rotulação dos acusados pelo sistema de justiça e pela prerrogativa constitucional de que o réu não é obrigado a produzir prova contra si, o que não deveria ser pesado em desfavor de sua defesa, há a crença de que o acusado faltará com a verdade para se livrar da prisão, o que justificaria a desconsideração de seu depoimento ou, no mínimo, o seu enfraquecimento (Brasil, 1988; Figueira, 2007, p. 32).

Essa linha de raciocínio se mostra extremamente prejudicial aos acusados da prática do crime de tráfico de drogas. De um lado, os depoimentos dos policiais e a conclusão do inquérito policial são quase imutáveis e, do outro, o silêncio do acusado também o prejudica.

Não atribuo, contudo, apenas a atuação da Polícia a responsabilidade única pelas falhas do sistema de justiça. Se assim agem alguns policiais, é porque encontram respaldo para assim proceder e porque percebem efetividade desse tipo de conduta. Refiro-me à efetividade, considerando que atinge o fim almejado pelo agente. O que não significa que a prática seja eficaz para a devida aplicação da norma penal.

O cerne do presente trabalho, portanto, é verificar como dois ministros do Supremo Tribunal Federal utilizaram da ausência de taxatividade normativa no julgamento do Tema 506, para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do disposto do artigo 28, da Lei nº 11.343/06, no ano de 2024.

No capítulo 1, ao apresentar a metodologia adotada, contrapus a visão ontológica do Direito de Eugenio Raúl Zaffaroni, pautado no “ser”, que almeja verificar como a norma é aplicada na prática, a realidade posta, com a lente deontológica de Luigi Ferrajoli, lastrada no “dever ser”, ou seja, no ideal normativo abstrato.

Apesar de conflitantes, essas duas visões do Direito são importantes para analisar os argumentos apresentados nos discursos dos ministros Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, tendo em vista que, apesar de terem diagnosticado o mesmo problema, um considerou que a realidade fática evidenciada pela aplicação da norma a empurrou para a inconstitucionalidade, enquanto o outro se ateu ao dever ser normativo, declarando a constitucionalidade do dispositivo legal.

Apresentei, ainda, a importância do estudo de discursos jurídicos, com destaque para a influência dos valores que constituem a formação acadêmica e moral dos oradores, viabilizando o melhor entendimento das razões adotados nos argumentos apresentados.

O capítulo 2 foi dedicado ao estudo da norma, verificando como o artigo 28, da Lei de Drogas descreve o usuário de drogas, com seus elementos subjetivos, que permitem ao sistema de justiça o reconhecer.

Saliento que a expressão “sistema de justiça” não foi utilizada de forma aleatória, considerando que abrange um espectro mais amplo que o Poder Judiciário. O sistema de justiça envolve diferentes agentes, como juízes, promotores de justiça, advogados, defensores, delegado e agentes de polícia e todos os servidores que participam do processo amplo de formação da culpa, desde a abordagem inicial do indivíduo até o final do processo judicial (Sadek, 2010, p. 9/10).

Apesar do estudo principal deste trabalho circunde a atuação dos magistrados, em especial do Supremo Tribunal Federal, considero apropriado o termo *sistema de justiça*, por não existir apenas uma única função responsável pelas incongruências na aplicação da Lei.

No capítulo 3, apresentei como se deu a formação estrutural do sistema de justiça brasileiro, com a influência dos fatores histórico, social e econômico, e a influência dessa carga axiológica na diferenciação entre usuários e traficantes de drogas.

Abordei, também, como a ausência de taxatividade do artigo 28, da Lei de Drogas nutre o poder de disposição dos juízes, permitindo que seja realizada a diferenciação entre traficantes e usuários a depender de quem seja autor do fato, desconsiderando os elementos da realidade concreta analisada nos autos.

Por fim, no capítulo 4, relatei, brevemente, o histórico pessoal, acadêmico e profissional dos ministros Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, para facilitar o entendimento da carga valorativa de seus argumentos.

Na análise dos votos, destaquei que ambos os ministros apresentaram a mesma leitura da realidade fática, dos problemas provenientes da aplicação da lei e seus reflexos na sociedade, apesar de terem concluído de forma diversa. Um entendeu pela inconstitucionalidade da norma em razão das desigualdades sociais verificadas, enquanto o outro se apegou à norma como deveria ser, respeitando a escolha do legislador.

Na conclusão, apresentei as ideias dos quatro capítulos deste trabalho, apontando meu entendimento atual a respeito de como a ausência de taxatividade normativa fortalece o poder de disposição juízes na aplicação da Lei de Drogas, mantendo uma estrutura de privilégios e segregação social.

## **2 METODOLOGIA DA PESQUISA**

### **2.1 METODOLOGIA ADOTADA**

A pesquisa é a atividade apta a produzir novo conhecimento. Contudo, para que a conclusão da pesquisa seja submetida à confirmação ou negativa por outros estudiosos ou estudiosas, faz-se necessário verificar os métodos científicos adotados.

O caminho percorrido para atingir um resultado possui tanta importância quanto o próprio resultado, considerando que viabiliza a validação do conhecimento produzido (Epstein; King, 2013, p. 25).

Realizei uma análise crítica do direito, pesquisando quais os critérios utilizados pelo sistema de justiça para diferenciar usuários e traficantes, tendo em vista a ausência de delimitação objetiva da conduta no tipo penal.

Apesar de ter focado na maneira como esse processo se dá na prática, reconheço a importância da deontologia no estudo da ciência jurídica, campo metodológico focado no estudo do “dever ser”, que é normativo e considera o certo, justo ou desejável.

Assim, mesmo que não seja o norte deste estudo, esse ramo será importante para verificar como o Supremo Tribunal Federal entende que a norma deve ser aplicada, quais elementos validam os discursos dos magistrados diante a ausência de critérios objetivos preestabelecidos. Um dos votos analisados, inclusive, apegou-se ao “dever ser” normativo, dando prevalência ao desejo do legislador em detrimento dos efeitos práticos da aplicação da norma na sociedade.

A visão deontológica, portanto, é um ramo da ética normativa que se concentra no uso de regras para diferenciar ações corretas das erradas, frequentemente contrastada com teorias éticas consequencialistas (Sen, 1999, p. 47), que avaliam a moralidade das ações com base em seus resultados.

No presente trabalho, contudo, por meio da lente ontológica, busquei distinguir o “ser” do “dever ser”, almejando identificar como é realizada a distinção entre usuários e traficantes pelo sistema de justiça, observando quais os elementos que são sopesados para a qualificação do indivíduo, qual a influência dos procedimentos pré-processuais na identificação desses agentes e quem, de fato, os rotula (Rabenhorst, 2005, p. 129).

Analisei o estado atual das coisas, a realidade posta. Procurei a descrição factual da realidade encontrada no sistema de justiça, incluindo suas propriedades de formação histórica, sociais e jurídicas.

O “ser”, portanto, guiará este trabalho. Associei o estudo crítico da realidade social com as medidas adotadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, almejando entender como é procedida a distinção entre usuários e traficantes em termos reais e concretos (Garcia, 2022, p. 29).

Considerando os estudos envolvendo o tema, optei por analisar, principalmente, os dados colhidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e os votos dos ministros Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin.

Assim, o estudo dos dados colhidos pelo IPEA viabiliza a verificação dos critérios objetivos no processamento criminal por tráfico de drogas, considerando a natureza e quantidade de drogas apreendidas nos processos judiciais, bem como o perfil das pessoas qualificadas como traficantes ou usuários de drogas, ou seja, a realidade posta, os efeitos da aplicação da Lei de Drogas na sociedade (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2023).

Já o estudo dos votos dos ministros Alexandre de Moraes – favorável à descriminação do porte de maconha para consumo pessoal – e Cristiano Zanin – que possui entendimento contrário – proferidos nos autos do Recurso extraordinário, Tema de Repercussão Geral nº 506, do Supremo Tribunal Federal, permite a análise dos discursos jurídicos em razão da subjetividade do texto legal, identificando como os juízes utilizam do seu poder de disposição em razão da ausência de taxatividade normativa para aplicar a Lei de Drogas.

A escolha do voto do ministro Alexandre de Moraes decorre dos fundamentos apresentados, almejando que a aplicação da norma tenha o mesmo tratamento para todos aqueles que a violarem.

O ministro Alexandre de Moraes destacou que em razão da ausência de elementos objetivos para a aplicação do dispositivo legal, a Polícia, o Ministério Público e Judiciário interpretam a norma de formas diversas e que a diferenciação entre usuários e traficantes é realizada de acordo com a etnia, classe social, renda ou idade do agente, ressaltando a necessidade do estabelecimento de parâmetros concretos para caracterização do tráfico (Brasil, Supremo Tribunal Federal).

Já a escolha do voto do ministro Cristiano Zanin se deu pelo fato de ter sido o responsável por abrir a divergência aos entendimentos dos demais ministros, sob argumento de que a alteração do tipo penal pretendeu despenalizar o crime, e não descriminalizar a conduta.



Ademais, apesar de reconhecer que a norma é aplicada sem seguir um parâmetro uniforme, Zanin sustentou que não seria possível alterar a opção do legislador pela via judicial e que a ausência de critérios de como a droga legalizada seria ofertada poderia agravar os problemas da saúde e segurança pública (Brasil, Supremo Tribunal Federal).

Realizei também um resumo biográfico dos ministros Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, distanciando-me de opiniões pessoais, sem enaltecê-los ou desqualificá-los. Busquei tão somente apresentar o perfil pessoal, acadêmico, profissional e político dos ministros para introduzir ao leitor os valores que guiam estes magistrados, viabilizando uma melhor percepção da forma como se apresentaram e atuaram em diversos momentos de suas carreiras.

O perfil traçado servirá para facilitar o entendimento das posições adotadas e evidenciar eventuais contradições sobre as razões apresentadas nos votos que serão objeto de análise.

Almejo, assim, estudar as questões normativas e sociais apresentadas pelos ministros, tendo em vista que ambos reconhecem a existência do problema de ordem social e jurídica, não sendo objetivo principal afirmar a verdade ou falsidade fáticas apresentadas, mas apenas apontar os fundamentos que levaram os votos a seguir o caminho que trilharam (Queiroz *et al*, 2017, p. 121), conforme minha percepção.

Ademais, os referidos ministros, no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 506, da Suprema Corte, ressaltaram o papel do Judiciário na equalização da norma com a Constituição Federal e a realidade social, considerando o desconforto do Poder Legislativo no enfrentamento da matéria.

Ocorre que o Poder Judiciário muitas vezes exerce uma função contra majoritária, devendo aplicar a norma independentemente dos anseios sociais. Por outro lado, os legisladores são eleitos pelo voto direto, o que os levam a evitar o enfrentamento de questões que possam enfraquecer a chance de recondução ao cargo.

Assim, da mesma forma que há posicionamentos fervorosos de parlamentares contra a liberação das drogas, a estipulação de critérios de diferenciação objetivos, como a quantidade de drogas apreendida, pode acabar com uma rede de proteção gozada por pessoas que não preenchem o rótulo usualmente utilizado pelo sistema de justiça para reconhecer o indivíduo como traficante de entorpecentes, o que desvia o interessante e o enfrentamento sério desse debate pelos legisladores.

O estudo dos votos dos ministros proporciona olhar para o campo, verificando como o STF, no ano de 2024, em votos divergentes, contrapõem o “ser” com “dever ser” e como o

julgador utilizada do seu poder de disposição para firmar seu entendimento ante a ausência de taxatividade da norma penal.

Portanto, realizarei uma revisão de literatura alicerçada no confronto entre os entendimentos firmados nos votos de dois ministros da Suprema Corte com os dados apresentados pela pesquisa do IPEA, que evidenciam a realidade posta.

Essa revisão é importante para entender a indeterminação nos fundamentos das decisões dos magistrados, se o poder discricionário e de disposição do juiz podem ser espelhados na realidade ou se a verdade normativa se sobrepõe aos fatos.

Luigi Ferrajoli afirma que os bens jurídicos que requerem tutela penal exigem um parâmetro ontológico de legitimação e que esta pretensão se encontra na origem da maior parte das definições de bem jurídico, que são demasiadamente amplas, autorizando respostas jurisdicionais diferentes conforme investigação e argumentação de ordens distintas (Ferrajoli, 2002, p. 376/377).

Aduz, ainda, que o poder de disposição é fruto das carências ou imperfeições do sistema, o que contradiz a própria ideia de jurisdição. Assim, diante da ausência de taxatividade da norma, abre-se caminho para que os magistrados realizem meras opções e/ou juízos de valor caracterizados apenas pelo pragmatismo da obrigação de decidir (Ferrajoli, 2002, p. 134).

Trata-se da análise da influência de outras ciências na realidade e seus reflexos na aplicação do direito, contrastando o mundo deontológico e abstrato com a concretização da realidade ontológica, da forma como o é (Garcia, 2022, p. 32).

## **2.2 Análise crítica do direito**

A análise crítica, enquanto método científico de pesquisa, assume um papel multifacetado e profundamente significativo no estudo do Direito, especialmente quando correlacionada com a noção ontológica do “ser”.

Essa abordagem não se limita a uma investigação de textos legais e precedentes judiciais, mergulhando em outras camadas de significado e da existência, buscando compreender o Direito não apenas como um conjunto de normas e decisões, mas também como uma manifestação da própria essência da sociedade e da humanidade (Andrade, 2023, p. 88).

A análise crítica no Direito, quando vista sob a lente ontológica, envolve questionar a natureza e os fundamentos do próprio Direito. Isso implica investigar como o Direito é

constituído, como ele surge e se manifesta no mundo. Do ponto de vista ontológico, o “ser” refere-se à essência ou existência das coisas.

Assim, correlacionar a análise crítica do Direito com o “ser” ontológico permite explorar como as leis e as instituições jurídicas refletem, constituem e influenciam a realidade social, a identidade e as relações humanas (Andrade, 2023, p. 88).

Essa abordagem implica reflexão profunda sobre os fundamentos do Direito. No caso específico do tema objeto deste trabalho, busquei verificar qual lente ética, moral e social é utilizada pelo aplicador da lei no uso do seu poder de disposição, perante a indeterminação da do dispositivo legal, traduzindo na diferenciação dos usuários ou traficantes de drogas.

Procurei, assim, o afastamento da lente puramente normativa, que direciona a aplicação da lei pautada pelo “dever ser”, no encaixe abstrato do texto legal ao fato jurídico analisado, pautando o trabalho pela observação da realidade social, do “ser”, almejando descrever como a norma é aplicada no mundo dos fatos. A realidade como ela é.

Do ponto de vista ontológico, o Direito pode ser visto como uma construção social, uma manifestação do ser coletivo que reflete e molda a realidade social. A análise crítica busca desvelar como essa construção é influenciada por relações de poder, ideologias e contextos históricos e culturais, e como, por sua vez, o Direito influencia a construção da realidade social e da identidade individual e coletiva.

A respeito da formação histórica do Poder Judiciário brasileiro, e que até hoje possui reflexo nas relações de poder dominante das elites do país, Luciana Costa Fernandes sustenta que a composição do judiciário se dá pela elite burocrata, comprometida com a manutenção do patrimonialismo, da supremacia branca e do capitalismo colonialista (Fernandes, 2022, p. 86).

Essa mesma elite se faz presente na elaboração das normas proibitivas do uso de entorpecentes. No caso da maconha, a escolha se embasou em quem a usava, e não pelos seus efeitos propriamente *deletérios*.

Luísa Saad explica que o Decreto nº 20.930/32 criminalizou o uso da maconha em razão de quem a usava, considerando que não haviam estudos aprofundados a respeito da matéria, tendo sido utilizados argumentos maleáveis e sem respaldo científico, mediante considerações largamente baseadas no conservadorismo e no pânico moral, o que levou a criminalização e repressão de determinados grupos sociais (Saad, 2019, p. 146).

À época, os discursos apontavam que a *raça preta* não era de toda má, mas que estavam sendo estragada pelo vício em fumar a *erva maravilhosa*, o que impedia os brancos de civilizar a *raça preta selvagem* (Saad, 2019, p. 92). Por mais absurdo que possa parecer

hoje, chegou-se a defender que os brancos europeus haviam agido com a boa intenção de trazer para a civilização os *pretos selvagens, ignorantes e sem comedimento* (Saad, 2019, p. 92).

Em razão dessa perspectiva histórica, a análise crítica ontológica do Direito envolve interrogar conceitos de justiça e equidade. Significa explorar não apenas a aplicação das leis, mas questionar os próprios critérios de justiça a que se pretende servir.

A investigação crítica se estende à essência da justiça, questionando a quem ela serve e a quem beneficia ou prejudica, revelando as tensões entre o ideal de justiça e sua manifestação no mundo jurídico (Andrade, 2023, p. 89).

Ao correlacionar a análise crítica do Direito com o "ser" ontológico, emerge uma perspectiva que transcende a análise técnica das normas jurídicas para questionar a própria natureza da ordem legal e sua relação com a existência humana.

Isso revela o Direito como um campo de força dinâmico, interligado com a estrutura ontológica da sociedade, do "ser". Essa abordagem não apenas enriquece a pesquisa jurídica com profundidade filosófica, mas também promove uma compreensão mais holística e integrada do Direito, impulsionando um debate mais profundo sobre sua função, seus fins e seus fundamentos na realidade humana.

Assim, o cerne do presente trabalho é o estudo de como a ausência de critérios objetivos do tipo penal e a falta de taxatividade da norma validam a indeterminação, a discricionariedade e o poder de disposição do juiz para avaliar os fatos (Ferrajoli, 2002, p. 41), viabilizando a tipificação de fatos semelhantes de forma diversa.

### **2.3 Discurso Jurídico**

A análise de discurso não se refere propriamente à língua ou à gramática, baseando-se na ideia de curso, de movimento. Portanto, não deve ter por norte a língua como sistema abstrato, mas sim, a elaboração e produção do sentido do que está sendo dito. Trata-se de um pressuposto sócio-histórico, posicionando a história e a sociedade como integrantes do fato (Orlandi, 2015, p. 13/14).

O discurso faz transparecer a ideologia que serve de lente para que o indivíduo analise o fato. Sobre o tema, Eni P. Orlandi afirma que *não há discurso sem sujeito e não há sujeito sem ideologia: o indivíduo é interpelado em sujeito pela ideologia e é assim que a língua faz sentido* (Orlandi, 2015, p. 15).

Portanto, tão importante quanto *o que* está sendo dito, é *como* está sendo dito, os fundamentos e ideias desenvolvidas para chegar à conclusão. A maneira como são colocados os argumentos, a ênfase atribuída e os valores sociais e históricos são objeto do estudo e capazes de revelar como o orador chegou àquele resultado.

Eni P. Orlandi explica que a análise de discurso não separa a forma e o conteúdo, buscando a compreensão da língua como a estrutura do acontecimento:

Assim: para Análise de Discurso:

**a.** a língua tem sua ordem própria mas só é relativamente autônoma (distinguindo-se da Linguística, ela reintroduz a noção de sujeito e de situação na análise da linguagem);

**b.** a história tem seu real afetado pelo simbólico (os fatos reclamam sentidos);

**c.** o sujeito simples do nosso cotidiano já chegam até nós carregadas de sentidos que não sabemos como se constituíram e que no entanto significam em nós e para nós.

(Orlandi, 2015, p. 18)

A análise de discurso não trata apenas da transmissão de informação. Há uma confluência desses diversos fatores que conduzem a mensagem que se quer passar, não havendo uma separação desse processo de forma delimitada.

Não se deve confundir, também, a análise de discurso com interpretação. A análise de discurso almeja compreender a maneira como objetos simbólicos, gestos, interlocuções e expressões fazem sentido. Não busca, assim, o sentido da verdade, mas apenas o que o analista foi capaz de compreender (Orlandi, 2015, p. 24).

A produção do discurso decorre de diversos fatores, não havendo discursos isolados, sem conexão com outros. Os discursos, portanto, não partem de um marco zero e nem determinam o esgotamento do tema, decorrendo de outros dizeres, imaginados ou possíveis (Orlandi, 2015, p. 37).

Os discursos decorrem da formação ideológica e os sentidos são determinados ideologicamente, materializando-se na articulação entre a linguagem e a ideologia (Orlandi, 2015, p. 41). Todo discurso carrega uma carga valorativa que reflete a formação do articulador, demonstrando a construção de seu pensamento ou seu anseio com aqueles dizeres, bem como o sentido do que foi dito terá efeitos diversos para diferentes interlocutores, que também absorvem a construção discursiva conforme os valores que estruturam sua formação (Orlandi, 2015, p. 47).

Assim, as palavras refletem toda a carga axiológica carregada pelo orador ao examinar o tema, assim como a forma como o discurso será percebido depende de cada interlocutor, também influenciado pelos valores que constituem sua formação.

O discurso jurídico, por sua vez, integra toda e qualquer decisão judicial, seja para negar ou confirmar a realidade social. Ao optar por um determinado caminho, o magistrado carrega consigo toda sua carga de cultura, de formação social e acadêmica e os valores que permearam seu desenvolvimento profissional e como cidadão.

Ainda que se considere a atuação do magistrado tão somente como um mero aplicador da lei aos casos concretos, ao analisar a realidade posta e que circunda a conduta passível de punição pelo Estado, a história e os valores íntimos do aplicador do direito se faz presente em sua decisão.

Luigi Ferrajoli pontua que a existência e a validade são distintas, considerando válida se de acordo com as normas superiores, materialmente considerada. Portanto, a possível injustiça de uma norma é o preço a ser pago pela certeza dos valores do direito, da igualdade, da liberdade contra o arbítrio e do freio ao poder de disposição dos juízes (Ferrajoli, 2015, p. 8/9).

Na hipótese de conflito ou indeterminação das normas, o aplicador pratica um ato de vontade, escolhendo por meio de seu livre convencimento motivado qual norma que será aplicada ao caso, transformando-a em direito positivo (Koehler, 2007, p. 99).

Segundo Koehler, *num primeiro momento, o intérprete manter-se-ia neutro, realizando um ato meramente cognoscitivo (desprovido de vontade) para conhecer a moldura e as possibilidades de sua ação* (Koehler, 2007, p. 100) e, somente após a análise dos caminhos disponíveis e possíveis, o aplicador da lei faria uma escolha volitiva, e dentro da moldura disponível, quaisquer das opções possíveis seriam válidas.

Contudo, todo ato humano, por mais voluntarístico e intelectual que seja, está impregnado de valores pessoais, ideias, crenças e formação cultural, de forma que não é crível que a escolha de um magistrado seja alheia à sua formação humanística. E essa carga carregada pelos aplicadores da lei encontra um vasto oceano para navegar, considerando que a linguagem jurídica é eivada de termos vagos e ambíguos (Koehler, 2007, p. 102).

Assim, o princípio da legalidade se encontra em crise em razão de diversos fatores. A redação normativa confusa, imprecisa, tortuosa e contraditória anula a ideia de certeza máxima da capacidade reguladora da norma (Ferrajoli, 2015, p. 80). Diante dessa realidade, passou-se a ter necessidade de uma metanorma específica sobre a taxatividade e determinação semântica da linguagem legal (Ferrajoli, 2015, p. 80), considerando que na estrutura atual das democracias constitucionais os direitos fundamentais têm valor central, não podendo ser ignorados e tratados como questão puramente formal (Ferrajoli, 2015, p. 37/38).

Já a visão *jusmoralista* do direito tem lastro no conceito de que não é possível a implementação de um direito que rejeite a moral e a ideia de justiça, surgindo a concepção de que o direito não é válido quando injusto (Borrmann; Cruz, 2021, p. 18), não sendo aceitável a interpretação da lei que ignora os dados da realidade.

No entanto, incorporar ou excluir esses dados são escolhas do aplicador do direito, que apresentam certo grau de arbitrariedade, com a admissão de uns e a recusa de outros fundamentos, ficando à discricionariedade do intérprete incorporar, ou não, esses dados aos argumentos que subsidiam sua decisão (Zaffaroni, 1991, p. 80).

Luigi Ferrajoli afirma que a taxatividade é imprescindível para lei penal, mas também insuficiente para assegurar a verificabilidade penal (Ferrajoli, 2002, p. 101), abrindo caminho para que o juiz interprete as questões fáticas não equalizadas pela norma, resolvendo o processo por meio de valores, garantias e princípios que não necessariamente correspondem à verdade (Ferrajoli, 2002, p. 133/134).

Essas garantias, tidas como princípios que norteiam, ou que ao menos deveriam direcionar a atuação dos Estados, são constante e sumariamente desrespeitadas. A aplicação dessas garantias/princípios é reconhecida conforme a discricionariedade dos aplicadores da lei e usualmente para proteger determinados grupos de um espectro social.

Chega a ser ingênuo acreditar que os sistemas penais e de justiça respeitariam princípios da igualdade, da legalidade, da não culpabilidade e da humanidade, quando a estrutura destes sistemas foi montada para violá-los (Zaffaroni, 1991, p. 235).

Assim, há uma contradição entre a ideia de garantias penais e a capacidade de sua efetivação. As instituições que deveriam prestigiar esses princípios são as mesmas que os atacam e, também, as responsáveis por assegurar sua implementação.

Tratam-se essas garantias de princípios penais *abertos* ou *inacabados*, e assim o são como forma de viabilizar seu avanço e o reconhecimento de direitos implícitos. Por outro lado, essa abertura que permite uma evolução conceitual traz grande carga de discricionariedade e poder de disposição para os magistrados e demais atores do sistema de justiça (Zaffaroni, 1991, p. 238). Desta forma, a aplicação da lei ao caso concreto sempre será fundamentada em valores morais e de formação do juiz, em razão do seu poder de disposição.

No caso dos traficantes de drogas, verifica-se que o discurso jurídico-penal prevalente o considera como um inimigo a ser combatido, reforçando o discurso do proibicionismo das drogas, criando estereótipos de inimigos a serem abatidos (Faria, 2018, p. 122).

A análise de discurso presente numa decisão, portanto, consiste em realizar uma verificação crítica dos argumentos apresentados para a construção do julgamento. É preciso

observar como a decisão foi formada e que tipo de fundamento prevaleceu (Queiroz *et al*, 2017, p. 121), seja jurídico, moral ou social.

A razão de decidir é o elemento central do discurso jurídico adotado e contém os argumentos utilizados para justificar o convencimento do aplicador da lei, a *ratio decidendi*. Entretanto, na análise do discurso jurídico, também é importante apreciar os fundamentos retóricos, *obiter dictum*, que não obstante possam ser suprimidos sem alteração do resultado do julgamento, facilitam o entendimento dos valores que guiaram o magistrado (Queiroz *et al*, 2017, p. 121).

Deve-se considerar, por outro lado, que ao analisar o discurso apresentado, o interlocutor o perceberá com toda a carga valorativa que constitui sua própria formação, razão pela qual, neste trabalho, exporei apenas a maneira como percebi os argumentos dos ministros, sem a pretensão de declarar a verdade dos argumentos apresentados e nem mesmo de fechar o debate sobre a análise dos votos.

Desta forma, procurei destacar os elementos justificadores apresentados pelos ministros Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, almejando, apenas, demonstrar a minha compreensão dos fundamentos constantes nos seus votos. Tracei, ainda, um breve histórico pessoal, profissional e acadêmico dos ministros, o que nos permite facilitar a percepção de alguns dos valores de formação humanística que nortearam a decisão, viabilizando que o leitor verifique, seja para concordar ou criticar a forma como entendi, o que foi posto. Eis a beleza da análise de discurso.



### 3 O USUÁRIO DE DROGAS À LUZ DA LEI DE DROGAS

#### 3.1 O usuário de entorpecentes descritos na Lei de Drogas

A Lei nº 11.343/06 não descriminalizou o porte de drogas para uso pessoal, tendo ocorrido, nos dizeres de Salo de Carvalho, a *descaracterização* dos delitos referentes ao uso de drogas, diante da forte modificação das sanções previstas (Carvalho, 2010, p. 110).

O artigo do artigo 28, *caput*, e §1º, da Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas, descreve a conduta que deve ser praticada pelo indivíduo para ser qualificado como usuário de entorpecentes:

Lei nº 11.343/06

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. (Brasil, 2006)

Portanto, no *caput* do artigo são encontrados critérios objetivos, descrevendo os verbos que devem ser praticados pelo agente, consubstanciados em adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo.

Neste ponto, o legislador pouco inovou em relação aos elementos objetivos do tipo e que permitem a identificação empírica da conduta, quando comparado com antiga Lei de Prevenção e Repressão ao Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Substâncias Entorpecentes, Lei nº 5.368/76, tendo havido uma modificação radical apenas nas formas de processualização e punição (Carvalho, 2010, p. 202).

O parágrafo 1º do artigo 28 a Lei de Drogas equipara a usuário aquele que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas a preparar pequenas quantidades de entorpecente apto a causar dependência. Tratam-se de condutas que são mais fáceis de serem constatadas na análise dos fatos objeto da infração, seja decorrente da ação ou omissão voluntária do infrator.

Por outro lado, o dispositivo normativo traz um elemento subjetivo, fundamentado no fim especial de agir do agente, que é o elemento anímico, a intenção, a consciência e vontade de consumir a droga (Lins, 2009, p. 248), cujo enquadramento depende de análise valorativa dos fatos e da percepção pessoal do aplicador da Lei.

Almejando nortear a interpretação do elemento subjetivo, a Lei de Drogas apresentou no §2º do artigo 28 elementos exemplificativos que o juiz deverá observar para determinar se o agente é usuário ou traficante, o que demanda a análise valorativa das circunstâncias fáticas verificadas em concreto:

Lei nº 11.343/06

Art. (...).

§2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (Brasil, 2006).

Assim, apesar de o dispositivo normativo citar o juiz, a autoridade policial também deve averiguar as circunstâncias descritas, almejando enquadrar, fundamentadamente, a conduta do indivíduo, para auxiliar a decisão final proferida pelo magistrado (Lins, 2009, p. 249).

A norma buscou distinguir os usuários e os traficantes de drogas, aplicando penalidades menos severas aqueles, demonstrado reconhecer que a criminalização rigorosa não era a abordagem mais adequada para lidar com o problema.

Houve, portanto, uma mudança de perspectiva em relação aos envolvidos com problemas relacionados às drogas, percebendo o ato como conduta autônoma e de autolesão ou dano próprio (Carvalho, 2010, p. 269).

As reprimendas previstas para o delito de uso de entorpecente indicam uma preocupação em evitar a estigmatização e a criminalização desses agentes, com enfoque na questão da saúde pública, minimizando os impactos negativos do uso de drogas, tanto para os próprios usuários quanto para a sociedade.

Não obstante ter havido a despenalização, não se pode olvidar que diversos são os questionamentos quanto à sua constitucionalidade, considerando que a Constituição Federal assegura os direitos à intimidade e à vida privada, como instrumentos de separação entre direito e moral (Carvalho, 2010, p. 270). Nenhuma norma penal criminalizadora possui legitimidade quando intervém nas escolhas pessoais dos indivíduos, forçando-os a adotar padrões de comportamento lastreados em valores meramente morais (Carvalho, 2010, p. 270).

Os direitos à intimidade e à vida privada previstos na Constituição Federal são instrumentos que asseguram justamente a separação entre o direito e a moral, provenientes de valores relacionados ao pluralismo, à tolerância e à diversidade, protegendo os indivíduos de interferências do Estado nas suas individualidades e liberdades de pensamento e de comportamento (Carvalho, 2010, p. 270).

Trazendo essa ideia para os tempos de hoje, não deixa de ser curioso que os maiores defensores do punitivismo e da interferência do Estado na vida privada dos cidadãos sejam justamente aqueles que se autointitulam liberais e defensores das liberdades individuais.

Este pensamento tenta reconstruir o pensamento liberal, realizando verdadeiro malabarismo para maquiagem as contradições entre conservadorismo/reacionarismo moral e a defesa do livre mercado, desvirtuando a ideia de conservador de instituições, para defender o mercado sem deixar de abraçar a base conservadora da sociedade (Silva, 2021, p. 14).

Superado este parêntese, a par dos questionamentos quanto à constitucionalidade do dispositivo, a mudança da perspectiva das penas a serem aplicadas para a conduta dos usuários de drogas aponta para uma abordagem mais equilibrada e humanitária, com foco na necessidade de tratamento diferenciado para os usuários, visando a prevenção, a saúde e a redução de danos, no lugar da privação de liberdade.

A extinção das penas se fez necessária, portanto, em razão da proporcionalidade, impondo-se o tratamento do uso de entorpecentes como um problema de saúde pública, como reconhecido pelo próprio Ministério da Saúde, fazendo-se necessários meios mais eficazes e menos rígidos para tratar o problema, considerando que, como afirmado por Vinicius Marcondes de Araújo, *O dependente químico já sofre a desgraça de sê-lo, e a verdadeira providência esperada do Estado é que ofereça tratamento adequado* (Araújo, 2012, p. 291).

### **3.2 A seletividade penal na escolha do usuário na lei de Drogas**

A Lei de Drogas traz elementos objetivos e subjetivos para qualificar o agente como usuário de drogas. Contudo, os elementos subjetivos constantes da Lei possuem uma enorme seletividade penal (Machado, 2010, p. 1101).

Ao descrever os critérios norteadores que o juiz deve seguir para diferenciar o usuário do traficante, como descrito, o §2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 apresenta como elementos a serem analisados a natureza e a quantidade da substância apreendida, *o local* e as condições em que se desenvolveu a ação, *as circunstâncias sociais e pessoais*, a conduta e os antecedentes do agente (Brasil, 2006).

Chamam a atenção, em especial, *o local* e *as circunstâncias sociais e pessoais* do agente. Não há uma definição minimamente objetiva para orientar o aplicador da lei a saber qual é o local da abordagem e o perfil social e pessoal do indivíduo que são aptos a diferenciá-lo como usuário ou traficante. Esses critérios servem apenas para alimentar a discricionariedade dos agentes do sistema de justiça.

Conforme descrito por Nara Borgo Cypriano Machado, na prática, os agentes da polícia, ao efetuarem a prisão, iniciam o processo de diferenciação com o encaminhamento à Delegacia de Polícia e com a narrativa dos fatos consoante seu entendimento (Machado, 2010, p. 1101).

Apesar da determinação final quanto ao dispositivo legal que será aplicado ao caso caiba ao juiz, o policial faz a abordagem e narra os fatos que irão ser circunscritos pelo Delegado de Polícia, que também conduzirá o inquérito investigativo, remetendo o resultado da investigação para o Promotor de Justiça, que oferecerá a denúncia. Assim, após a conclusão da ação penal, o processo chegará à mesa do magistrado para decisão contaminado pela percepção dos agentes do sistema de justiça (Machado, 2010, p. 1101).

O encaminhamento seletivo do usuário de drogas, preso no local *errado* e com os perfis social e pessoal *condizentes*, serve como forma de o aproximar o indivíduo do status de traficante, o que usualmente recai sobre pessoas pretas, jovens, com baixa escolaridade e economicamente vulneráveis.

Luís Carlos Valois aponta que a política de combate às drogas tem como público-alvo, principalmente, comunidades de baixa renda e pessoas pobres (Valois, 2021, p. 461), e que nenhum crime, por mais epidêmico que seja, é capaz de criar um ambiente de tamanha hostilidade como a que se verifica com as drogas, tendo em vista que essa postura agressiva decorre do fato de se tratar de um delito politicamente fabricado, que autoriza diversas transgressões pelo Poder Público a pretexto de combatê-lo (Valois, 2021, p. 463).

A violência proveniente do combate às drogas se apresenta em números alarmantes de transgressões pelas forças policiais. As invasões de domicílio para buscar *suspeitos* se tornaram corriqueiras. Luís Carlos Valois aponta que no Estado de São Paulo, 12,46% das prisões envolvendo drogas ocorre mediante invasão de domicílio por parte das forças de Polícia. Em Brasília, que segue padrão semelhantes aos outros Estados, são 21,5% das ocorrências (Valois, 2021, p. 465).

Ademais, à medida que esses indivíduos vão sendo registrados no sistema de justiça, cria-se um precedente para, no futuro, tachá-lo como traficante. O maior número de registros policiais, ainda que sem condenação, subsidia a percepção dos agentes de segurança de que se trata de pessoa *dedicada ao crime*, preparando uma futura condenação.

Evandro Piza Duarte afirma que a prática de prender usuários de drogas para fins de registro e incriminação junto ao sistema de justiça serve para sustentar a manutenção de uma próxima prisão, considerando que contará no sistema a passagem pela polícia (Duarte *et al*, 2014, p. 93).

Portanto, muitos agentes de polícia entendem que a reiteração de prisões de usuários de drogas tem o condão de influenciar na visão futura que o sistema de justiça terá daquele indivíduo.

A prisão reiterada de usuários, na medida em que vai manchando sua ficha corrida criminal, é um método utilizado pelos agentes de polícia que servirá de fundamento para enquadrar o indivíduo como um traficante posteriormente.

As dinâmicas institucionais das polícias acarretam na pré-condenação de determinados grupos sociais que vivem ou frequentam locais específicos e possuem determinado *status*, conforme a construção elaborada pelos agentes do Estado.

O processo jurisdicional passa a ser utilizado como instrumento para confirmar a percepção inicial dos agentes de polícia, conferindo especial valor probatório aos depoimentos dos policiais, as suas percepções da realidade e a análise dos fatos conforme narrado, ainda que inverossímeis.

Luciana Costa Fernandes explica que, no passo seguinte, o conteúdo decisório das sentenças, ao referendar a versão dos agentes de polícia, legitima as práticas precedentes, ainda que decorrentes de abusos de poder (Fernandes, 2022, p. 243).

Assim, ainda que tenham sido praticadas condutas ilegais e abusivas durante o procedimento pré-processual, estas alicerçam os argumentos utilizados pela denúncia e substanciam as provas, advindo decisão condenatória que legitima os atos praticados anteriormente, prestigiando a *autorreferência probatória* (Fernandes, 2022, p. 243).

A leitura fática dos policiais, desse modo, gera desdobramentos por todo o processo, tendo em vista que a cultura legislativa, social e jurisdicional costuma as validar. Se enquadrado como traficante durante a abordagem policial, é muito provável que assim seja reconhecido ao final do processo (Duarte *et al*, 2014, p. 96).

Tanto é verdade, que a narrativa dos policiais é utilizada pelo sistema de justiça para legitimar as condutas e diligências realizadas, dando substrato à ação penal, o que, na maioria dos casos, constitui a única prova que substancia a condenação (Santos, 2020, p. 40).

Portanto, perante a ausência de elementos objetivos aptos a diferenciar, com de precisão, quem é usuário e traficante, os elementos subjetivos da norma acabam pesando para a condenação de grupos sociais específicos.

Assim, a criação do instituto despenalizador passou a ser utilizado como instrumento de segregação e diferenciação dos cidadãos, punindo desmedidamente os mais vulneráveis, indo na contramão do intuito do legislador.

Alessandra Gomes Faria Baldini constata que não há padronização na interpretação do §2º do artigo 28 da Lei de Drogas, tendo em vista que as decisões condenatórias por tráfico são alicerçadas em argumentos diversos, prevalecendo como principal fundamento, entretanto, a variação e a forma de acondicionamento do entorpecente (Baldini, 2023, p. 116).

São diversos os argumentos utilizados para condenar um indivíduo por tráfico de drogas, tais como: i) as circunstâncias do crime em 95,99% das oportunidades; ii) a quantidade de droga em 69,52%; iii) a forma de acondicionamento do entorpecente em 52,75% e; iv) o local da apreensão em 42,41%, sendo as favelas, morros ou comunidades considerados em 65,85% como locais propícios a venda de drogas (Baldini, 2023, p. 116).

Nas sentenças condenatórias, a condição financeira também é um fundamento muito utilizado para a tipificação do crime de tráfico, sob argumento de que a quantidade de droga apreendida, quando não condizente com a condição social do indivíduo, indica que se trata de traficante (Baldini, 2023, p. 117).

A base deste argumento é a de que se a pessoa não possui condições financeiras para comprar determinada quantidade de droga, deve ser enquadrada como traficante, o que seria justificado pela percepção social, moral e subjetiva (Baldini, 2023, p. 117).

A verificação desses fatores socioeconômicos influenciam, não apenas a percepção dos agentes de polícia, mas também a maneira como as intervenções policiais são executadas, e essa abordagem determina a maneira como a presença da força policial é percebida pela população, frequentemente, como uma ocupação indesejável.

Esses fatores decorrem de diversos elementos, incluindo o destaque ao uso da força, a implementação de ações consideradas excepcionais, questionáveis, ou até mesmo ilegais, além da ampla gama de responsabilidades não assumidas, práticas corruptas, mal-entendidos, comportamento agressivo e a diminuição dos padrões de eficácia.

Dentro desse contexto, a atividade policial é intrinsecamente ligada a gestão de condutas desviantes, colocando os profissionais da área de segurança em constantes dilemas éticos e morais, mesmo quando o objetivo é prevenir ou reprimir desvios.

Consequentemente, surge a urgência em conceber a função policial de uma maneira relacional, enfatizando a ideia de que o papel da polícia na manutenção da ordem social implica interação significativa com controles tanto internos quanto externos.

A ausência ou a insuficiência desses controles contribui para a escalada da violência policial, que agem de forma intolerante e agressiva contra dos grupos mais vulneráveis, acarretando em abusos de autoridade (Duarte *et al*, 2014, p. 98).

No que toca especificamente à política de drogas, o debate sobre a não detenção de usuários como estratégia de prevenção ao tráfico, ilustra a complexidade do problema. Sob uma perspectiva de desvalorização moral, a linha entre usuários e traficantes se torna turva, sugerindo que as operações policiais deveria objetivar a uniformização dos resultados.

E essa prática tem se tornado uma constante no sistema de justiça, principalmente devido à guerra contra as drogas, que se estabeleceu como um vetor chave para o incremento do poder punitivo estatal (Duarte *et al*, 2014, p. 99).

Nesse contexto, o traficante que comanda o crime organizado não teme à lei, tendo em vista que o sistema de justiça direciona seu aparato repressor em desfavor de pessoas socialmente vulneráveis, muitas vezes primárias, presas com pequenas quantidades de entorpecente e que não possuem ligação com o crime organizado (Machado, 2010, p. 1106).

Portanto, refletir sobre as práticas policiais exige um entendimento aprofundado dos fatores que influenciam a atividade policial e de como esses fatores afetam a relação entre a polícia e a comunidade, especialmente as camadas mais vulneráveis da sociedade (Duarte *et al*, 2014, p. 100).

Ademais, a seletividade penal acarreta no superencarceramento prisional, que vem se tornando um problema crônico no sistema prisional brasileiro, já atingiu a marca de terceira maior população carcerária do mundo (Basilio, 2022, p. 42).

A falta de políticas públicas voltadas para o tratamento e prevenção do uso de drogas, aliada à ineficácia das medidas educativas e de prestação de serviços à comunidade, torna a prisão uma opção mais fácil, mas não necessariamente mais eficaz.

É imperativo reconsiderar a abordagem atual em relação ao tráfico de drogas, buscando soluções que tratem das causas fundamentais, que promovam a justiça e a reintegração social, em vez de perpetuar um ciclo de criminalização e encarceramento, que afeta desproporcionalmente os mais vulneráveis, especialmente à população negra.

Alessandra Garcia Nogueira Lúcio relata que no ano de 2021 a população negra representou 77% das vítimas de homicídios no país, demonstrando que a chance de um negro ser assassinado é 2,6 vezes maior que um não-negro (Lúcio, 2024, p. 82) e que muitos desses crimes são associados ao tráfico de drogas.

Destaca, ainda, que no ano de 2018, a morte de pessoas negras foi 162% maior do que a de pessoas não-negras, sendo que as mulheres negras representaram 66% do total dos assassinatos praticados contra mulheres no país. Ao considerar a taxa de mortalidade por 100 mil habitantes, a morte de mulheres negras é de 4,1% e a de mulheres não-negras de 2,5% (Lúcio, 2024, p. 82).

Trazendo os dados para os dias mais recentes, a pesquisa realizada pelo IPEA apontou que no ano de 2021 o percentual de mulheres negras assassinadas por 100 mil habitantes foi de 4,3%, enquanto o de mulheres não-negras foi de 2,4%. Assim, a morte violenta de mulheres negras possui índice 79% superior ao das mulheres não-negras (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2023a, p. 51/52)<sup>2</sup>.

Necessário, assim, uma reforma abrangente do sistema de justiça criminal, focada em critérios mais justos e objetivos para a aplicação da lei e na política de drogas, baseada em evidências fáticas e objetivas, que tratem o problema como uma questão de saúde pública, mitigando os impactos da legislação atual.

---

<sup>2</sup> Disponível em: <[https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12614/10/RI\\_Atlas\\_da\\_Violencia\\_2023.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12614/10/RI_Atlas_da_Violencia_2023.pdf)>. Acesso em: mai./2024. BRASIL, GOVERNO FEDERAL.



## 4 OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELO SISTEMA DE JUSTIÇA PARA DIFERENCIAR OS USUÁRIOS DOS TRAFICANTES DE DROGAS

### 4.1 Análise da influência dos fatores histórico, social e econômico na diferenciação entre usuários e traficantes de drogas

O Brasil foi colonizado a mando da elite branca europeia, que explorou as riquezas naturais do território, impondo um sistema de dominação dos povos originários e influenciando a formação histórica, humana e cultural do que viria a ser um país.

O modelo adotado, marcado pela ideia de hierarquia racial e cultural, sobrepondo a *superioridade* do branco europeu à *inferioridade* do negro africano e dos povos originários, tratados como selvagens, perpetuou na nossa formação histórica, burocrática e cultural (Fernandes, 2022, p. 65).

Instituiu-se na formação histórica brasileira o racismo como elemento cultural e intrínseco dos cidadãos. Esse traço da personalidade do brasileiro, que enxerga uma *superioridade* no ser branco, estabeleceu sua marca na organização política, social, econômica e cultural do Brasil (Flauzina e Pires, 2020, p. 1213). E essa cultura racista permeia a o *ser* existencial do brasileiro, como um elemento entranhado na formação de seu caráter.

Joaquim Nabuco, na sua obra autobiográfica intitulada *Minha Formação*, publicado em 1900, ao lembrar de sua luta pela abolição da escravatura, evidencia como o racismo se faz presente nas entranhas da formação da cultura nacional, afirmando que:

**Nada mostra melhor, do que a própria escravidão, o poder das primeiras vibrações do sentimento...** Ele é tal, que a vontade e a reflexão não poderiam mais tarde subtrair-se à sua ação e não encontram verdadeiro prazer senão se conformar... Assim eu combati a escravidão com todas as minhas forças, repeli-a com toda a minha consciência, como a deformação unitária da criatura, e na hora em que a vi acabar, pensei poder pedir também minha alforria, dizer meu *nunc dimittis*, por ter ouvido a mais bela nova que em meus dias Deus pudesse mandar ao mundo; e, no entanto, hoje que ela está extinta, experimentando uma singular nostalgia, que muito espantaria um Garrison ou um John Brown: a saudade do escravo.

**É que tanto parte do senhor era inscientemente egoísta, tanto a do escravo inscientemente generosa. A escravidão permanecerá por muito tempo como a característica nacional do Brasil.** Ela espalhou por nossas vastas solidões uma grande suavidade; seu contato foi a primeira forma que recebeu a natureza virgem do país, e foi a que ela guardou; ele povoou-o, como se fosse uma religião natural e viva, com os seus mitos, suas lendas, seus encantamentos; insuflou-lhe sua alma infantil, suas tristezas sem pesar, suas lágrimas sem amargor, seu silêncio sem concentração, suas alegrias sem

causa, sua felicidade sem dia seguinte... É ela o suspiro indefinível que exalam ao luar as nossas noites do Norte. **Quanto a mim, absorvi-a no leite preto que me amamentou; ela envolveu-me como uma carícia muda toda a minha infância; aspirei-a da dedicação de velhos servidores que me reputavam o herdeiro presuntivo do pequeno domínio que faziam parte...** Entre mim e eles deve ter-se dado uma troca contínua de simpatia, de que resultou a tenra e reconhecida admiração que vim mais tarde a sentir pelo seu papel. **Este me pareceu, por contraste com o instinto mercenário da nossa época, sobrenatural à força de naturalidade humana, e no dia em que a escravidão foi abolida, senti distantemente que um dos mais absolutos desinteresses de que o coração humano se tenha mostrado capaz não encontraria mais as condições que o tornaram possível.** (Nabuco, 1998, p. 182/183). (grifei)

Sendo uma característica presente na formação social e institucional do país, com o Poder Judiciário não é diferente. Em sua estruturação, após o período de domínio da Coroa portuguesa, a elite colonial brasileira buscou formação jurídica para integrar o aparelho judicial, constituindo um sistema comprometido com a manutenção dos interesses hegemônicos e comprometidos com o colonialismo (Fernandes, 2022, p. 83).

Portanto, desde a sua formação, o sistema de justiça brasileiro possui comprometimento com o patrimonialismo da supremacia das elites brancas, constituindo-se numa elite intelectual coesa (Fernandes, 2022, p. 86).

Essa formação com valores predominantes da elite branca permanece até os dias atuais. Levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, publicado no ano de 2021 e intitulado Pesquisa sobre Negros e Negras no Poder Judiciário, aponta que os negros ocupam em maior percentual os cargos de menor complexidade e status do Poder Judiciário.

O percentual de estagiários negros é de 33,9% do total de estagiários do Poder Judiciário. Decompondo este percentual, temos o seguinte cenário: i) 59,4% na Justiça Federal; ii) 50,3% nos Tribunais Superiores; iii) 49,3% na Justiça do Trabalho; iv) 46,6% na Justiça Eleitoral; v) 29,4% na Justiça Militar e; vi) 28,3% na Justiça Estadual (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 58).

Os servidores negros são 30,0% do total dos servidores do Poder Judiciário, sendo: i) 29,1% na Justiça Federal; ii) 32,0% nos Tribunais Superiores; iii) 24,8% na Justiça do Trabalho; iv) 34,7% na Justiça Eleitoral; v) 19,6% na Justiça Militar e; vi) 31,3% na Justiça Estadual (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 58).

Já os magistrados negros representam 12,8% do total de juízes do país, sendo: i) 2,6% na Justiça Federal; ii) 14,8% nos Tribunais Superiores; iii) 15,9% na Justiça do Trabalho; iv) 14,8% na Justiça Militar e; v) 12,1% na Justiça Estadual (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 58).

Considerando apenas o Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Militar, são nove os ministros negros, o que representa 16,1% do total. Os desembargadores negros são 8,8%, os juízes titulares são 12,3%, os juízes substitutos são 18,1% e os juízes de 2º grau 7,6% (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 64).

Portanto, quanto maior a relevância salarial e social do cargo, menor é o número de pessoas negras que conseguem alcançá-lo. E é possível perceber que essa falta de representatividade é espelhada nas decisões proferidas.

O racismo permanece vivo e presente nas relações cotidianas sociais e institucionais do país, o que explica como o sistema de justiça trata de forma desumana e *genocida* determinados grupos sociais, apesar de haver uma igualdade jurídico-formal positivada (Flauzina e Pires, 2020, p. 1213).

Trazendo a realidade apresentada para a questão relacionadas às drogas, o Brasil foi o primeiro país do mundo a proibir o uso da maconha, por meio do Código de Posturas da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, no ano de 1830, que proibia o uso e venda do *pito de pango* (Baldini, 2023, p. 32). E a opção pela proibição da maconha não se deu por acaso, possuindo um cunho racista, xenofóbico e moralista, direcionando a repressão ao que era conhecido à época como *fumo de Angola*.

Alguns anos após a proibição da maconha, e com a abolição da escravatura no ano de 1888, foi promulgado o Código Penal de 1890, que criminalizava condutas relacionadas à cultura africana, tais como a capoeira, o candomblé, o samba e também a maconha (Baldini, 2023, p. 32).

Já no século XIX, o Brasil deu mais um passo rumo à intensificação do sistema repressivo de combate às drogas. Naquela oportunidade, tornou-se o segundo país da América Latina a criminalizar o uso de drogas, ainda no ano de 1971, por meio da Lei Antitóxicos – Lei nº 5.726/71, seguindo a estrada pavimentada pelos EUA através da política exportada pelo Presidente Richard Nixon e inaugurada pelo Equador, em 1970 (Olmo, 1990, p. 44/45).

Naquela quadra histórica, o combate às drogas passou a ser tratado pelos EUA por meio de um *discurso político-jurídico transnacional*, incorporando o postulado da Doutrina de Segurança Nacional, considerando que o problema das drogas afetaria o poder do próprio Estado e seria um problema de segurança nacional (Olmo, 1990, p. 69).

O Brasil e os demais países da América Latina se curvaram ao novo inimigo número um dos EUA, implementando políticas agressivas de combate às drogas. E essa agressividade institucional se mostrou ainda mais feroz em relação à população negra, pobre e mais vulnerável da sociedade.

Passados mais de 35 (trinta e cinco) anos da primeira lei de combate ao uso de drogas do país, o legislativo brasileiro resolveu, por meio da Lei nº 11.343/06, despenalizar a posse e o porte de entorpecentes para uso pessoal.

Contudo, na prática, o que se teve foi o aumento exponencial do número de presos por tráfico de pequenas quantidades de drogas. A efetividade da política de despenalização foi posta a prova. Passados aproximadamente 18 (dezoito) anos da instituição da Lei de Drogas, observa-se o aumento exacerbado da população prisional, com destaque para a população preta, jovem, com menor escolaridade e sócio-economicamente desfavorecida<sup>3</sup>.

Utilizando-se de uma ótica teórica da Criminologia Crítica (Zaffaroni, 2007, p. 13), é possível verificar os elementos que o sistema de justiça confere para definir se determinada pessoa deve ser enquadrada como traficante ou como usuária de drogas.

A questão social envolvida na tipificação do crime de tráfico de drogas é considerada na incidência do tipo penal sob pessoas mais vulneráveis e pequenos traficantes, a despeito de pessoas com maior poder econômico, que são usualmente tratadas como usuários.

O sistema de justiça, portanto, aponta o seu aparato repressivo contra os pobres, principalmente a população negra, dividindo ainda mais a sociedade em categorias, aplicando-se penas mais graves para os menos favorecidos, enquanto os mais abastados são tratados como vítimas sociais (Dinu; Mello, 2017, p. 3).

Não obstante a Constituição Federal assegurar, no papel, a liberdade e o tratamento igualitário para todos, o encarceramento em massa e extermínio de pretos e pobres escancaram o elitismo e auto-protecionismo do próprio Poder Judiciário (Flauzina e Pires, 2020, p. 1215).

O sistema de justiça assumiu o papel de formalização da estrutura elitista e colonialista, assegurando direitos para a classe dominante do Estado brasileiro, ao mesmo tempo que nega direitos básicos para a população preta e pobre (Flauzina e Pires, 2020, p. 1217).

A própria formação do policial militar está eivada de violações aos direitos humanos dos policiais negros. Esses agentes de segurança são treinados e formados para atuar de modo paralegal e seletivo, de forma que não se identifiquem com os mesmos grupos sociais do qual se originaram, o que é conhecido como *seletividade policizante* (Khaled Jr *et al*, 2022, p. 6).

---

<sup>3</sup> Disponível em: <[https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12376/1/RI\\_Perfil\\_producao\\_provas.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12376/1/RI_Perfil_producao_provas.pdf)>. Acesso em: mai./2024. BRASIL, Governo Federal.

Assim, conforme apontam Salah H. Khaled Jr., Luciano Góes e Anayara Fantinel Pedroso, os policiais negros são treinados para executar, e não criminalizar, de forma que não se identifiquem com os seus semelhantes (Khaled Jr *et al*, 2022, p. 8).

O sistema de justiça, na prática, legitima uma política de separação da população em *zonas de ser* e *zonas de não ser*, por meio da qual uns são considerados seres humanos, enquanto outros são passíveis de toda e qualquer atrocidade (Flauzina e Pires, 2020, p. 1217).

Essa realidade se reflete perfeitamente quando se analisa o problema das drogas. Levantamento realizado pela Agência Pública dá conta de que o índice de condenações por tráfico em razão de denúncias apresentadas pelo Ministério Público São Paulo é quase igual, sendo de 71% para negros e de 67% para brancos. No entanto, as decisões que desclassificam o crime para uso próprio é 50% maior em favor de pessoas brancas (Baldini, 2023, p. 71).

Pesquisa realizada pelo juiz Marcelo Semer em 8 Estados, 315 cidades e junto a 665 juízes (Semer, 2019, p. 252/253), constatou que a maioria dos réus é primário, de baixa renda e são usualmente presos sem investigação elaborada (Semer, 2019, p. 261).

Ademais, quantidade de drogas costuma ser pequena – 66,10 gramas de maconha, 30,66 gramas de cocaína e 13,36 gramas de crack (Semer, 2019, p. 292), não é usual que haja coautoria e apreensão de arma de fogo e, em 72,78% dos casos, a prisão provisória perdura durante todo o trâmite processual (Semer, 2019, p. 426).

A desigualdade sócio-econômica, que atinge especialmente a população negra, portanto, tem se mostrado como um fator importante e que potencializa o direcionamento do enquadramento do acusado como traficante ou usuário de entorpecentes (Baldini, 2023, p. 72; Flauzina e Pires, 2020, p. 1217; Fernandes, 2022, p. 250); Valois, 2021, p. 558).

O Poder Judiciário e o sistema de justiça operam para manter esse estado de coisas, reproduzindo hierarquizações contra negros e pobres e atuando como uma engrenagem produtora da barbárie (Flauzina e Pires, 2020, p. 1218; Fernandes, 2022, p. 108/109).

#### **4.2 A ausência de taxatividade da norma como forma de autorizar a manutenção de um sistema desigual e o poder de disposição do juiz**

Pesquisando o tema do porte de drogas para consumo pessoal, a historicidade desta matéria e o estudo realizado pelo IPEA, que aponta para um certo padrão utilizado para diferenciar determinados grupos como usuários ou traficantes de entorpecentes, analisei os votos dos ministros Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin para entender qual a conjuntura que leva o judiciário a proferir suas decisões.

Procurei entender quais elementos da lei e dos discursos judiciais validam o poder de disposição das decisões do Poder Judiciário, permitindo que grupos que possuam determinadas características sejam vistos pelo sistema de justiça como criminoso, passível de sofrer as penas da lei, ou um usuário, merecedor, nesse caso, de tratamento de saúde.

Trata-se da aplicação de tratamento diferenciado, afastando-se da verificação apenas dos fatos, para adentrar na história social do indivíduo como forma de classificá-lo em determinada categoria de cidadão, legitimando a aplicação da norma jurídica (Zaffaroni, 2007, p. 11).

É dizer, os magistrados se utilizam da vagueza da norma, que amplia seu poder de disposição, para aplicar a lei conforme seus valores pessoais, tornando possível que as características físicas e sociais sejam fatores determinantes na distinção de quem será etiquetado como usuário ou traficante, o que impede, também, que esse processo de arbítrio, que articula as mazelas históricas e sociais brasileiras, seja efetivamente observada, isto é, passa por cálculo judicial técnico e isento quando, na verdade, pode não ser.

Marcos Vinícius Aguiar Faria aponta que a própria lei penal renuncia aos limites da legalidade, proporcionando amplo campo de discricionariedade para os discursos jurídicos, expandindo as arbitrariedades e a violência praticadas pelos agentes do sistema de justiça (Faria, 2018, p. 20).

Ao mesmo tempo, há uma tentativa de legitimar os atos discriminatórios do sistema de justiça, por meio de discursos jurídicos penais agressivos, que reproduzem a ideologia da repressão e alvejam grupos delimitados de cidadãos, o que reflete na percepção da sociedade sobre a política de drogas.

Marcos Vinícius Aguiar Faria afirma que os meios de comunicação são linha auxiliar dessa política discriminatória, ajudando na criação e perpetuação da *paranóia social*, estereotipando pessoas como inimigos a serem enfrentados, criando a ilusão de legitimidade do sistema penal como está, o que potencializa a vulnerabilidade desses grupos seletivamente escolhidos (Faria, 2018, p. 23).

Nesse contexto, alimenta-se, perigosamente, o reconhecimento e legitimação do Direito Penal do Inimigo, afastando o sistema judicial punitivo da observação dos fatos, como deveria ser.

Neste ponto, vale ressaltar que a utilização da terminologia *Direito Penal do Inimigo* não está sendo empregada com base no conceito clássico europeu. Mas sim, consoante o pensamento de Eugênio Raul Zaffaroni, que aponta o inimigo como aquele punido pelo

direito penal em razão de ser quem é, sendo irrelevante a privação de seus direitos elementares (Zaffaroni, 2007, p. 25).

Zaffaroni afirma que o inimigo no Direito Penal é aquele que por sua condição pessoal é visto como perigoso ou daninho para a sociedade, sendo irrelevante que seus direitos, ainda que mais elementares, sejam descartados para o fim de proteger a sociedade (Zaffaroni, 2007, p. 25).

Acrescenta, ainda, que na América Latina o conceito de *inimigo* tomou uma maior proporção, escapando da ideia de pessoa hostil ao Estado, para abarcar todo aquele que possua algum grau de periculosidade.

Portanto, passou-se a reconhecer esta qualificação àquele que possui *periculosidade presumida*, viabilizando a contenção de suspeitos, ainda que não amparado no trâmite regular do processo penal, o que acarreta na condenação prévia, mesmo que desprovida de sentença condenatória formal, com parte de um procedimento natural do sistema de justiça (Zaffaroni, 2007, p. 71).

Assim, em linha com a lição de Zaffaroni, adotada no presente trabalho, o termo *inimigo* é atemporal e se amolda no curso e ao momento da história do direito penal, sempre legitimando o tratamento diferenciado, mudando-se apenas o conceito do que seria o inimigo do Estado a seu tempo (Zaffaroni, 2007, p. 189).

O Direito Penal, lastreado na criminologia tradicional ou etiológica, buscou legitimar o tratamento diferenciado, afastando do convívio social aqueles que fossem vistos como perigosos, indesejáveis e dissidentes do pensamento prevalente (Zaffaroni, 2007, p. 189).

Destaco que na Europa, berço do conceito de inimigo como aquele prejudicial aos interesses do Estado, o conceito de inimigo também sofreu modificações. Na Alemanha, a título de exemplo, durante 123 anos, as relações sexuais praticadas por pessoas do mesmo sexo era considerada crime passível de prisão, com pena de seis meses a um ano (Ifadireó *et al*, 2022, p. 12).

Por força de uma Lei da época do Império Alemão Prussiano, datada de 15 de maio de 1871, até a sua recente revogação, em 11 de junho de 1994, essa conduta era tipificada como crime de violação as leis da natureza, da moralidade e da religiosidade cristã. Tratava-se de conduta vista como antinatural e sodomita (Ifadireó *et al*, 2022, p. 12).

Dessa forma, uma lei retrógrada pode acarretar em diferenciação de tratamento entre os cidadãos. Entretanto, há casos em que a simples revogação da norma é passível de resolver o problema.

No caso de normas vagas ou desprovidas de critérios objetivos, confere-se extremo poder discricionário para os agentes do sistema de justiça, que passam a ter um vasto campo para exercer seu arbítrio.

Por outro lado, taxatividade permite que uma conduta seja apreciada no nível da verificabilidade. Na falta de taxatividade, sequer há verdade processual a ser alcançada, mas simples arbítrio valorativo. Usuário e traficante são categorias muito menos fáticas do que valorativas, a depender de elementos subjetivos. Até essa distinção entre usuário e traficante é ficcional.

Luigi Ferrajoli afirma que o poder de disposição sempre decorre das imperfeições e carências do sistema de justiça, funcionando como uma patologia que se contrapõe à natureza da jurisdição e à ideia de Justiça (Ferrajoli, 2002, p. 134).

Portanto, a forma de restringir o arbítrio do aplicador da lei é por meio de leis bem elaboradas e coesas, limitando o poder de atuação do juiz e submetendo-o à estrita legalidade (Ferrajoli, 2002, p. 94). O que se pode fazer, no máximo, é tentar reduzir esse poder (Ferrajoli, 2002, p. 134). A lei de drogas fez o oposto.

Assim, para chegar a uma conclusão e decidir o futuro do jurisdicionado, basta que o magistrado se guie por um determinado juízo de valor. Quanto maior a indeterminação da norma, maior o seu poder de disposição.

Trata-se de verdadeiro arbítrio conferido aos aplicadores da lei. Ao juiz é permitido suprimir garantias penais e processuais penais, expandindo o seu poder de disposição na ausência de balizas da própria norma, até atingir um poder quase absoluto.

A verdade processual, que deveria direcionar o magistrado, só existe quando há também acostamentos na via, normas que delimitem de forma segura e concreta a margem de discricionariedade do juiz.

Estas margens, que estruturam a estrada do processo, deveriam ser traçadas pelo direito material. No entanto, quando o andar pelo acostamento vira regra, em razão da própria permissão normativa, o magistrado interpreta o ordenamento jurídico de forma ampla, podendo desconsiderar os institutos que ela mesma criou, instaurando-se a insegurança total.

Luigi Ferrajoli aponta que a verdade processual se compõe de um conjunto de normas e garantias legais que asseguram o direito de defesa desde o primeiro procedimento adotado pelo sistema de justiça até o trânsito em julgado do processo. No momento em que o ordenamento é flexibilizado, passa-se a prevalecer outros valores que não necessariamente refletem a verdade (Ferrajoli, 2002, p. 135).



A justiça precisa ser formal para que suas decisões tragam segurança aos jurisdicionados. Interpretações fáticas e processuais exóticas podem até, a princípio, trazer uma sensação pueril de segurança, celeridade dos procedimentos e conforto em ver a *justiça* sendo feita. Contudo, não tarda para que essa sensação se transforme em insegurança, cresça e engula os próprios jurisdicionados. A justiça se transforma em justicamento.

O poder de disposição transita, portanto, na própria estrada insegura da indeterminabilidade da verdade processual. Não havendo regras claras que imponham o caminho a ser seguido pelo magistrado, a margem do poder decisório crescer, viabilizando a adoção de medidas e decisões subjetivas, recheadas de valores morais, políticos e pessoais do julgador.

Luigi Ferrajoli aduz que o caráter político da decisão judicial não decorre de uma escolha ideológica, mas de um dado da realidade, intrinsecamente ligados às *imperfeições estruturais e defeitos das garantias* do ordenamento penal positivo, autorizando decisões que carregam enorme carga valorativa (Ferrajoli, 2002, p. 136).

Desta forma, define que *O poder judicial de disposição consiste precisamente nesta 'autonomia' do juiz, chamado a integrar depois do fato o pressuposto legal com valorações ético-políticas de natureza discricionária* (Ferrajoli, 2002, p. 137).

Não se pode olvidar que o juiz, como figura que chega depois do fato e com *autonomia* para decidir, ao se debruçar sobre os autos do processo, terá ampla margem para validar os atos praticados no curso da investigação criminal.

Trata-se de questão extremamente sensível, considerando que desde o primeiro momento, na abordagem policial, inicia-se o processo de diferenciação, proporcionando que o indivíduo alcance a condição de criminoso antes mesmo da instauração do processo judicial, que somente confirmará a visão dos agentes da polícia que realizaram a abordagem.

Este cenário se mostra especialmente tormentoso nos casos que envolvem drogas. Luís Carlos Valois afirma que se adotou uma cultura de negar a determinados grupos um julgamento justo e desprovido de preconceitos, acarretando em condenações mais pelo que são e o que representam, do que pela devida análise dos fatos em julgamento (Valois, 2021, p. 549).

E acrescenta que no Brasil se prende apenas pretos, pobres e *azarados*, instituindo-se um direito penal de guerra às drogas *seletivo-aleatório*, considerando que a seletividade se constitui na aleatoriedade que recai sobre os pobres, as verdadeiras vítimas do sistema (Valois, 2021, p. 549).

Portanto, a lei é aplicada, desde o procedimento policial até que sejam exaradas as decisões na ação penal, com disparidades e desigualdades no tratamento de diferentes grupos sociais.

Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que o fator fundamental do tratamento diferenciado é a negativa da condição de pessoa ao *inimigo*, considerando-o perigoso para a sociedade, matizando a ideia de cidadãos serem considerados *pessoas*, enquanto o inimigo *não-pessoas*, autorizando a privação da liberdade destes apenas por serem quem são (Zaffaroni, 2007, p. 18).

Conforme já apontado, Ana Flauzina e Thula Pires tratam essa diferenciação entre pessoas e não pessoas utilizando das expressões *zona de ser* e *zona de não ser* (Flauzina e Pires, 2020, p. 1217). Sustentam que o sistema de justiça não se mostra capaz de cumprir sua função constitucional e precisa ser responsabilizado politicamente pela sua atuação leniente com a violência praticada contra a população negra (Flauzina e Pires, 2020, p. 1218/1219).

Como será demonstrado, os próprios ministros Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 506, apesar de terem proferido votos divergentes quanto à constitucionalidade do artigo 28, da Lei de Drogas, reconheceram a seletividade do sistema de justiça.

Portanto, não sendo o Estado capaz de solucionar a questão, cabe ao sistema de justiça desautorizar o aprisionamento como método de intervenção social (Flauzina e Pires, 2020, p. 1223), especialmente quando os alvos são predeterminados.

Esse reconhecimento, contudo, não tem o condão de retirar do STF sua responsabilidade em relação a esse estado de coisas. A bem da verdade, coloca-o como agente *(re)produtor* (Flauzina e Pires, 2020, p. 1225).

O estudo apresentado pelo IPEA constatou que os indivíduos de baixa condição social também enfrentam maiores dificuldades no sistema de justiça, devido a falta de acesso a recursos legais de qualidade, como advogados experientes ou privativos, que podem defender seus casos de forma mais eficaz (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2023, p. 19/22).

Na mesma toada, o sistema de justiça diferencia os acusados por castas sociais, resultando na aplicação desigual da lei, baseada na cor da pele, no poder econômico, no grau de instrução e na idade.

Os dados coletados pelo estudo do IPEA apontam que os negros são tratados de forma diferenciada pelo sistema de justiça e frequentemente recebem penas mais severas do que indivíduos brancos em circunstâncias semelhantes (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2023, p. 9).

Luciana Costa Fernandes escreve que o próprio sistema penal brasileiro foi estruturado para o controle da população negra, negando-se a humanidade a essas pessoas (Fernandes, 2022, p. 231), ocasionando que desde a abordagem policial até o julgamento final do processo, haja subjugação desse grupo social.

O nível de escolaridade, por sua vez, também influencia a forma como um indivíduo é percebido pelo sistema jurídico. Pessoas com menor nível de escolaridade não têm a mesma capacidade de navegar pelo sistema jurídico, o que pode levar a resultados judiciais menos favoráveis. Preconceitos e estereótipos podem afetar as decisões judiciais, associando injustamente menor escolaridade a maior propensão ao crime.

Já os jovens, especialmente os que vivem em áreas marginalizadas, leia-se, periféricas, são mais suscetíveis a serem perfilados como traficantes devido a estereótipos relacionados à juventude e ao crime. Por outro lado, pessoas mais velhas são frequentemente vistas como usuárias, especialmente se apresentarem uma aparência mais *respeitável*.

Marcos Vinícius Aguiar Faria afirma que o sistema de justiça penal não exerce suas atribuições com base apenas na discricionariedade da lei penal e processual, mas também à sua margem, de forma violenta e com abuso de poder (Faria, 2018, p. 20).

Desta forma, a discricionariedade do discurso jurídico praticado no sistema de justiça é reforçado pela ausência de taxatividade da norma, que valida o poder de disposição dos magistrados, quanto à diferenciação entre usuário e traficante.

Os estereótipos e preconceitos existentes na formação social do país permitem que decisões de cunho racista sejam praticadas sem gerar revolta ou indignação social, proporcionando que os magistrados perpetuem a prática de penalizar de forma mais severa os indivíduos que possuem determinadas características física, social e econômica.

Todos esses fatores, que usualmente se interligam, contribuem para associar determinados grupos sociais à prática criminosa, tornando-os mais vulneráveis ao poder de disposição dos magistrados e à sanção penal.

## **5 ANÁLISE DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELOS MINISTROS ALEXANDRE DE MORAES E CRISTIANO ZANIN DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL Nº 635659/SP (TEMA 506)**

Inicialmente, é importante traçar um breve relato da questão constitucional discutida nos autos da ação penal objeto do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 635659/SP – Tema 506 – antes de passar ao estudo dos votos dos ministros Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin.

O processo teve início por termo circunstanciado referente a apreensão de 30 gramas de maconha para consumo pessoal na cela de estabelecimento prisional, ocorrido em 21.07.2009, na cidade de Diadema/SP (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 2/5).

Após apurações preliminares, no dia 9.11.2009, o autor do fato foi denunciado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo pela prática do delito de posse irregular de drogas para consumo pessoal (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 59/61).

Durante o interrogatório, o acusado afirmou que após a apreensão da droga, assumiu a responsabilidade em razão de nenhum dos trinta e três detentos presentes na cela ter se manifestado quanto à propriedade da droga, ressaltando que não é viciado e nem usuário de nenhum entorpecente (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 86/87).

Em sua defesa, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo alegou que a conduta imputada é atípica por falta de lesividade e que a auto lesão jamais poderia ser considerada fato criminoso, ante a ausência de violação a bem jurídico alheio (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 91).

Concluída a instrução processual em 26.02.2010, a juíza da 2ª Vara Criminal de Diadema/SP condenou o acusado como incurso no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 2 (dois) meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidade pública cujas atividades deveriam ser fixadas pelo Juízo de Execução Penal (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 91/93).

Em seguida, no dia 22.03.2010, a Defensoria Pública Estadual interpôs recurso de apelação, reiterando o pedido de absolvição por atipicidade da conduta, considerando a ausência de lesividade do ato, ofensa à intimidade e à vida privada, bem como por insuficiência probatória (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 110/117).

Ato contínuo, o Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões ao apelo em 5.04.2010, refutando todos os argumentos apresentados pela defesa (Brasil, Supremo Tribunal

Federal, p. 119/135). No dia 18.06.2010 o recurso teve o provimento negado, reafirmando-se a constitucionalidade do art. 28, da Lei de Drogas (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 141/142).

Contra a decisão proferida pela Turma Recursal do Juizado Especial Criminal de Diadema, em 9.08.2010, a Defensoria Pública Estadual interpôs recurso extraordinário, requerendo o reconhecimento da Repercussão Geral do caso e aduzindo que houve desrespeito à intimidade e à vida privada do recorrente, bem como que a norma que incriminava o porte de drogas para consumo pessoal é inconstitucional (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 144/164).

Após certificar o transcurso do prazo para que o Ministério Público Estadual apresentasse contrarrazões, a Juíza Presidente recebeu o recurso extraordinário e determinou sua remessa ao Supremo Tribunal Federal (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 167). No dia 02.03.2011, o recurso extraordinário passou pelo procedimento de distribuição, tendo sido a sua relatoria atribuída ao ministro Gilmar Mendes (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 169).

Provocada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer, afirmando que o bem jurídico tutelado é a *saúde pública*, que restaria fragilizada em razão do porte da droga, independentemente de ser destinada ao uso e da quantidade apreendida. Assim, defendeu a constitucionalidade do dispositivo legal questionado e opinou pelo desprovimento do recurso (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 172/175).

Em 28.11.2011 o recurso extraordinário teve sua repercussão geral reconhecida, considerando que a controvérsia constitucional ultrapassa o interesse individual subjetivo do caso concreto e alcança grande número de interessados, possuindo, portanto, relevância social e jurídica (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 210/215).

Em seguida, diversas instituições passaram a requer seus ingressos nos autos do processo para atuarem na qualidade de *amicus curiae*, tendo sido admitidas as seguintes entidades: Instituição Viva Rio, Comissão Brasileira Sobre Drogas e Democracia (CBDD), Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Pastoral Carcerária, Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-BRASIL), Associação Brasileira das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Central de Articulação das Entidades de Saúde

(CADES), Federação de Amor Exige (FEAE), Associação Nacional dos Prefeitos e Vice-Prefeitos da República Federativa do Brasil (ANPV), Growroom.NET e Conselho Federal de Psicologia.

A Instituição Viva Rio questionou a política repressiva de combate às drogas, afirmando que a questão é recheada de preconceitos, o que visa impedir um debate democrático sobre o tema, que desde a instituição da Lei de Drogas houve um aumento exponencial da população carcerária e que a política de repressão estava sendo revista por diversos países do mundo (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 179/192 e 702/741).

O Instituto de Brasileiro de Ciências Criminais afirmou que a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal afronta as balizas constitucionais de intervenção mínima penal, havendo clara contradição entre o direito à intimidade e à vida privada, e o risco de ofensa à saúde pública (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 245/250).

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) aduziu que o art. 28, da Lei nº 11.343/06 é inconstitucional por violar o art. 5º, X, da Constituição Federal, que assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (Brasil, 1988), e por não possuir a lesividade exigida à norma penal (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 281/328).

Conectas Direitos Humanos, Instituto sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) e Pastoral Carcerária apresentaram manifestação conjunta, por meio da qual afirmaram que a Lei de Drogas instituída em 2006 almejava estabelecer um tratamento diferenciado a usuários e traficantes, com a prevenção ao uso indevido, a atenção e a reinserção social do usuário. Contudo, constataram que houve perpetuação do proibicionismo, submetido a um modelo uniforme de controle internacional de interdição, que defende como opção primeira a pena de prisão, que não prioriza o tratamento e a prevenção, rejeita alternativas penais de redução de danos e desrespeita os direitos das comunidades e dos povos indígenas ao uso de produtos tradicionais. Ressaltaram, ainda, que diversos países estão caminhando em sentido contrário a proibição e apresentaram dados a respeito das mazelas desse sistema (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 558/601).

A Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP) apresentou uma contextualização histórica do uso de drogas, destacando que a proibição da maconha possui um caráter sócio-racial, abordou os tratados internacionais de droga e a *cláusula de salvaguarda*, afirmando que a política antidrogas exportada para o resto do mundo pelos EUA hoje se faz presente no tratamento do terrorismo, mantendo uma lógica do *discurso do direito penal de emergência*, ressaltou os direitos das minorias, a função contra majoritária da Suprema Corte e o direito à liberdade e à consciência de crença, concluindo

que a norma do art. 28, da Lei de Drogas é inconstitucional (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 773/805).

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/BRASIL) se manifestou pela constitucionalidade do dispositivo normativo, sob os fundamentos de que a Lei de Drogas determinou um equilíbrio proporcional entre as ações repressivas e preventivas, não houve a descriminalização do uso pessoal de drogas pelo legislativo, mas apenas uma suavização da reprimenda, que a medida é necessária a proteção do bem jurídico saúde pública e que os direitos à liberdade e à vida privada não são absolutos (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 1483/1489).

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) afirmou que a matéria em debate possui impacto direto na comunidade LBGT, que é especialmente criminalizada, que a manutenção da constitucionalidade do dispositivo normativo agrava a situação carcerária, é contrária às políticas de reabilitação e de respeito aos direitos humanos, estigmatiza os usuários e *aprisiona e mortifica modos singulares de existência*, violando a dignidade da pessoa humana, o que recai com mais evidência sobre a comunidade LGBT (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 1945/2010).

A Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES), Federação de Amor Exige (FEAE) apresentaram manifestação conjunta, defendendo a constitucionalidade da proibição do porte ou da posse de droga para consumo pessoal, argumentando que os direitos à intimidade e à vida privada não são absolutos e que é dever do Estado proteger a ordem pública e a integridade social, respeitando os direitos de terceiros, bem como a vida digna e a saúde (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 2029/2031 e 2177/2185).

A Associação Nacional dos Prefeitos e Vice-Prefeitos da República Federativa do Brasil (ANPV) afirmou que o dispositivo da Lei é constitucional, tendo em vista que busca tutelar a saúde pública (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 2222/2223).

Growroom.NET aduziu que a *cannabis* auxilia pessoas com doenças graves, sendo necessária para uso medicinal e produtos derivados (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 2247/2250).

Por fim, o Conselho Federal de Psicologia sustentou que a proibição ofende o direito à intimidade e à vida privada e que o modelo atual dificulta o tratamento do vício, atingindo especialmente os pobres (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 2261/2266).

Após as manifestações dos *amicus curiae*, Defensoria Pública do Estado de São Paulo apresentou memoriais baseado em estudos científicos que defendem a legalização de entorpecentes (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 2347/2364).

Além das manifestações dos *amicus curiae*, o Superior Tribunal de Justiça Militar expediu um ofício destinado ao então ministro Ricardo Lewandowski, informando da preocupação dos membros daquela Corte com os reflexos da eventual decisão que desse provimento ao recurso na interpretação do Código Penal Militar, que o porte de drogas, ainda que para consumo pessoal, é crime de perigo abstrato, devendo ser reprimido no âmbito dos quartéis (Brasil, Supremo Tribunal Federal, p. 2214/2218).

Portanto, foi aberto um amplo e plural debate a respeito do tema, tendo sido ouvidas diversas instituições que lidam com a questão, viabilizando um julgamento maduro a respeito da constitucionalidade, ou não, do artigo 28, da Lei de Drogas (Brasil, Supremo Tribunal Federal).

### **5.1 Histórico pessoal, acadêmico e profissional do ministro Alexandre de Moraes**

Este resumo biográfico apresenta o perfil pessoal, acadêmico, profissional e político do ministro Alexandre de Moraes, viabilizando uma melhor compreensão do raciocínio desenvolvido e a fundamentação do posicionamento adotado no caso.

O ministro Alexandre de Moraes é natural de São Paulo/SP, católico, casado e possui três filhos. Graduou-se pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo (USP) –, onde também concluiu o doutorado em Direito do Estado, no ano de 2000, obtendo a livre-docência em Direito Constitucional, em 2001<sup>4</sup>.

É professor associado da USP, tendo exercido a chefia do Departamento de Direito do Estado, no biênio 2012-2014, bem como exerce o magistério na Universidade Presbiteriana Mackenzie, sendo professor titular pleno, na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e na Escola Paulista da Magistratura<sup>5</sup>.

Iniciou sua carreira jurídica como Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP), onde exerceu o ofício no período de 1991 a 2002, sendo o primeiro colocado no concurso de ingresso.

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2020/Junho/conheca-o-curriculo-do-ministro-alexandre-de-moraes>>. Acesso em: mai./2024. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

<sup>5</sup> Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2020/Junho/conheca-o-curriculo-do-ministro-alexandre-de-moraes>>. Acesso em: mai./2024. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.



Quando Promotor de Justiça, exerceu os cargos de assessor do Procurador-Geral de Justiça e Primeiro-Secretário da Associação Paulista do Ministério Público, eleito pela classe (biênio 1994-1996).

No ano 1997, ganhou notoriedade ao atuar no caso intitulado *frangogate*, escândalo de corrupção que envolveu uma série de empresas ligadas a Paulo Maluf e Celso Pitta, que supostamente forneciam frango com preços superfaturados para a cidade de São Paulo. Por anos o caso se arrastou até a absolvição dos acusados pela Justiça.

Naquela oportunidade, Paulo Maluf acusou o hoje ministro Alexandre de Moraes de perseguição política, afirmando que conseguiu provar sua inocência, o que acarretou na condenação do Ministério Público de São Paulo a pagar custas judiciais com o dinheiro do contribuinte<sup>6</sup>.

O advogado de Maluf, à época, afirmou que, a pedido do então Promotor de Justiça Alexandre de Moraes, estavam sendo adotadas medidas descabidas no curso do processo, a exemplo do pedido do uso de força policial para citar o acusado. Neste caso, o advogado de Maluf se deu por citado no processo para evitar a medida<sup>7</sup>.

Ainda em relação ao escândalo do *frangogate*, o advogado de Maluf, Ênnio Bastos de Barros, acusou Alexandre de Moraes de agir incorretamente, argumentando que ao dar entrevistas “não guarda o necessário comedimento” ao “dar como certo o que ainda caberá a ele provar” e que “levam à formação da opinião, o que é muito importante no aspecto político”<sup>8</sup>.

Por sua vez, Moraes afirmou que os ataques do advogado eram “ameaças”, dizendo que “Nenhuma ameaça vai impedir que o Ministério Público continue seu trabalho técnico de defesa do patrimônio público”, que “a sociedade e a imprensa tinham interesse no caso” e “a obrigação de um órgão público é ser transparente”<sup>9</sup>.

No ano de 2002, o ministro deixou o Ministério Público para se aventurar na política, assumindo o cargo de Secretário de Justiça e Defesa da Cidadania de São Paulo, indicado pelo então governador e hoje Vice-Presidente da República, Geraldo Alckmin (Partido Socialista Brasileiro – PSB), à época pertencente ao Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.

---

<sup>6</sup> Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2010200405.htm>>. Acesso em: mai./2024. FOLHA DE SÃO PAULO.

<sup>7</sup> Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc27059823.htm>>. Acesso em: mai./2024. FOLHA DE SÃO PAULO.

<sup>8</sup> Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc011119.htm>>. Acesso em: mai./2024. FOLHA DE SÃO PAULO.

<sup>9</sup> Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc011119.htm>>. Acesso em: mai./2024. FOLHA DE SÃO PAULO.

No mesmo período, assumiu também o cargo presidente da Fundação CASA, antiga FEBEM/SP<sup>10</sup>.

Na Fundação CASA, em fevereiro de 2005, após diversas denúncias de tortura e rebeliões, em ato único, demitiu 1.761 funcionários, sob argumento de estar expurgando a “banda podre” da instituição<sup>11</sup>.

Entre os demitidos, encontravam-se servidores públicos concursados pelo Estado. A demissão em massa foi anulada pela Justiça do Trabalho, que determinou a reintegração de 1.300 trabalhadores. Após diversos recursos, o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal que deu ganho de causa aos trabalhadores<sup>12</sup>.

À época, diversas entidades de defesa dos direitos humanos aplaudiram a decisão, afirmando que o procedimento adotado por Moraes foi conduzido de forma muito rápida e com atropelos ao devido processo legal<sup>13</sup>.

Ao ser questionado, Moraes respondeu que os valores das ações trabalhistas seriam zerados, em razão dos servidores terem de devolver direitos trabalhistas que receberam e que o assunto já havia sido analisado pelo Ministério Público e arquivado<sup>14</sup>.

Em decorrência desse caso, Moraes chegou a ser investigado pelo Ministério Público de São Paulo, mas o caso foi arquivado<sup>15</sup>.

No ano de 2005, Moraes foi indicado para o cargo de Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, na primeira composição (biênio 2005/2007), por indicação da Câmara dos Deputados, em vaga destinada aos “cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada”, tendo sido nomeado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva<sup>16</sup>.

Em seguida, de 2007 a 2010, exerceu o cargo de Secretário Municipal de Transportes de São Paulo, durante a gestão do então Prefeito Gilberto Kassab, do Partido Democratas – DEM. No mesmo período, acumulou as presidências da Companhia de Engenharia de Tráfego

---

<sup>10</sup> Disponível em: <[https://www.ebiografia.com/alexandre\\_de\\_moraes/](https://www.ebiografia.com/alexandre_de_moraes/)>. Acesso em: mai./2024. EBIOGRAFIA.

<sup>11</sup> Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/reportagens-especiais/numero-de-funcionarios-demitidos-na-fundacao-casa-de-sp-por-maus-tratos-sobe-80-em-um-ano/#page3>>. Acesso em: mai./2024. UOL Notícias.

<sup>12</sup> Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/02/epoca-negocios-demissoes-feitas-por-moraes-na-febem-em-2005-causam-prejuizo-de-r-38-milhoes.html>>. Acesso em: mai./2024. ÉPOCA NEGÓCIOS.

<sup>13</sup> Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412200734.htm>>. Acesso em: mai./2024. FILHA DE SÃO PAULO.

<sup>14</sup> Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/02/epoca-negocios-demissoes-feitas-por-moraes-na-febem-em-2005-causam-prejuizo-de-r-38-milhoes.html>>. Acesso em: mai./2024. ÉPOCA NEGÓCIOS.

<sup>15</sup> Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/reportagens-especiais/numero-de-funcionarios-demitidos-na-fundacao-casa-de-sp-por-maus-tratos-sobe-80-em-um-ano/#page3>>. Acesso em: mai./2024. UOL Notícias.

<sup>16</sup> Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/historico-de-conselheiros/>>. Acesso em: mai. 2024. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça.

(CET) e SPTrans (São Paulo Transportes – Companhia de Transportes Públicos da Capital), e a titularidade da Secretaria Municipal de Serviços de São Paulo (2009 a 2010)<sup>17</sup>.

Ao sair da Secretaria de Transportes, fundou, ainda no ano de 2010, o escritório Alexandre de Moraes Advogados Associados, banca voltada ao Direito Público, tendo defendido políticos e agentes públicos, a exemplo do ex-deputado Eduardo Cunha, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – hoje MDB<sup>18</sup>, em ação concernente ao uso de documento falso (Brasil, Senado Federal).

O ministro se licenciou da advocacia ao ser nomeado para o cargo de Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, pelo Governador Geraldo Alckmin, então PSDB, onde atuou de 2014 a 2016<sup>19</sup>.

Naquela época, teve notória atuação no caso de estelionato contra Marcela Temer, esposa do Ex-Presidente da República, Michel Temer – MDB. Marcela teve o celular clonado e sofreu ameaças de divulgação de fotos íntimas e conversas sobre o Ex-Presidente, a respeito do impeachment da Ex-Presidenta Dilma Rousseff, do Partido dos Trabalhadores – PT<sup>20</sup>.

O hacker, com a finalidade de chantagear a então primeira-dama, ameaçava acabar com a reputação de Michel Temer. Moraes tratou do caso com muita descrição, criando uma força-tarefa que contou com cinco delegados, vinte e cinco investigadores e três peritos<sup>21</sup>.

O criminoso foi rapidamente preso. O processo correu em segredo de justiça e nenhum arquivo que supostamente incriminava o então Presidente Michel Temer fez parte do processo, assim como o áudio da suposta conversa de Marcela com seu irmão desapareceu dos autos<sup>22</sup>.

Marcela também recorreu à Justiça para impedir que os jornais pudessem publicar novas informações sobre o episódio, após ter sido retirado o segredo de justiça que vigia no

---

<sup>17</sup> Disponível em: <<https://www.ssp.sp.gov.br/institucional/secretarios-interna/4>>. Acesso em: mai./2024. BRASIL. Governo de São Paulo.

<sup>18</sup> Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/531639/noticia.html?sequence=3>>. Acesso em: mai./2024. BRASIL. Senado Federal.

<sup>19</sup> Disponível em: <<https://www.ssp.sp.gov.br/institucional/relacao-de-autoridades>>. Acesso em: mai./2024. BRASIL. Governo de São Paulo.

<sup>20</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/hacker-condenado-por-chantagear-primeira-dama-disse-ter-audio-que-jogaria-nome-de-temer-na-lama.ghtml>>. Acesso em: mai./2024. GLOBO.

<sup>21</sup> Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-13/folha-globo-sao-obrigados-remover-noticia-marcela-temer/>>. Acesso em: mai./2024. CONJUR.

<sup>22</sup> Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/hacker-de-celular-de-marcela-temer-pedi-u-r-300-mil-para-nao-jogar-nome-do-marido-na-lama/>>. Acesso em: mai./2024. CONGRESSO EM FOCO.

<sup>23</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/hacker-condenado-por-chantagear-primeira-dama-disse-ter-audio-que-jogaria-nome-de-temer-na-lama.ghtml>>. Acesso em: mai./2024. GLOBO.

processo<sup>24</sup>. A atuação de Moraes neste episódio o aproximou do então Presidente Michel Temer.

Ainda no ano de 2015, ao se transferir do PMDB para PSDB, Moraes passou a ser cotado para disputar a Prefeitura de São Paulo<sup>25</sup>. Após o afastamento da Ex-Presidenta Dilma Rousseff, o ministro foi convidado pelo Ex-Presidente Michel Temer, para assumir o cargo de Ministro da Justiça, exercendo o ofício de maio de 2016 até fevereiro de 2017, quando foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal<sup>26</sup>.

O ministro foi filiado ao PSDB de 2015 até 2017, solicitando sua desfiliação após ser indicado para a Suprema Corte<sup>27</sup>, não sem novos embates. A indicação de Moraes levantou dúvidas a respeito de sua atuação como Ministro Revisor<sup>28</sup> dos casos que envolviam Eduardo Cunha, a quem havia defendido como advogado e que enfrentava diversas denúncias de corrupção passiva, formação de quadrilha e falsidade ideológica.

Havia também críticas à indicação de Moraes pelo fato do Ex-Deputado Eduardo Cunha ser considerado o grande articulador da queda da Ex-Presidenta Dilma Rousseff em 2016, o que levou o Michel Temer ao poder<sup>29</sup>, justamente quem o indicou para o cargo de ministro do STF.

Anos após sofrer um duro processo que resultou no seu impeachment da Presidência da República, Dilma Rousseff foi inocentada de todas as acusações de pedalada fiscal que fundamentaram a sua deposição<sup>30</sup>.

Ao abordar o assunto, o ministro Roberto Barroso, do STF, afirmou que as pedaladas fiscais foram a justificativa formal para substanciar o pedido de deposição da Ex-Presidenta, mas que a razão real foi a falta de apoio político<sup>31</sup>.

---

<sup>24</sup> Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/governo/marcela-temer-vai-a-justica-contradivulgacao-demensagens-hackeadas/>>. Acesso em: mai./2024. PODER 360.

<sup>25</sup> Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/531639/noticia.html?sequence=3>>. Acesso em: mai./2024. BRASIL. Senado Federal.

<sup>26</sup> Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=AlexandreMoraesDadosDatas#:~:text=NO%20MEA%C3%87A%20PARA%20O%20SUPREMO%20TRIBUNAL%20FEDERAL,-3.&text=Decreto%20de%202022%20de%20fevereiro,2017.>>. Acesso em: abr./2024. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

<sup>27</sup> Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/02/06/moraes-tera-de-se-desfiliardo-psdb-para-ser-ministro-do-stf.htm>>. Acesso em: mai./2024. UOL Notícias.

<sup>28</sup> Disponível em: <<https://diariodopoder.com.br/uncategorized/indicado-para-o-stf-moraes-foi-advogado-de-eduardo-cunha>>. Acesso em: mai./2024. DIÁRIO DO PODER.

<sup>29</sup> Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/especiais/ha-tres-anos-eduardo-cunha-comandava-o-inicio-do-fim-do-governo-dilma>>. Acesso em: mai./2024. BRASIL DE FATO.

<sup>30</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/08/22/trf-1-mantem-arquivado-processo-contradilma-rousseff-pelas-pedaladas-fiscais.ghtml>>. Acesso em: mai./2024. GLOBO.

<sup>31</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/02/03/barroso-atribui-impeachment-de-dilma-a-falta-de-apoio-politico-e-chama-pedaladas-de-justificativa-formal.ghtml#>>. Acesso em: mai./2024. GLOBO.

A indicação de Moraes então foi alvo de diversas críticas da oposição. O senador Roberto Requião (PMDB-PR), do mesmo partido de Temer, classificou a indicação como “acinte” e “escárnio”. A senadora Gleisi Hoffmann (PT-PR) disse que a indicação servia para proteger “interesses de grupos particulares e seus próprios membros” e que iria ocorrer uma “partidarização do Supremo”. A senadora Fátima Bezerra (PT-RN) lembrou a relação de Moraes com o PSDB e Eduardo Cunha e afirmou que sua gestão na Segurança Pública de São Paulo havia sido marcada pela truculência desmedida contra protestos<sup>32</sup>.

Ao longo de sua carreira, Moraes se envolveu em diversas polêmicas e controvérsias, além das acima citadas. Viralizou na internet um vídeo em que Moraes aparece com um facão cortando uma plantação de maconha no Paraguai<sup>33</sup>. Noutro caso, antecipou uma operação da Lava Jato durante um comício do PSDB<sup>34</sup>, bem como foi responsável por uma prisão de um suposto terrorista durante o período que precedeu aos jogos Olímpicos de 2016, gerando críticas de que “o ministro tem se destacado muito mais pela atuação cinematográfica, pirotécnica e repleta de presepadas”<sup>35</sup> e que as falas de Moraes numa entrevista coletiva indicavam que “o país não faz a mínima ideia do que seja terrorismo. E de como combatê-lo. Mas agora vai usar o caso como carta branca para outras ações do tipo Minority Report baseadas na famigerada Lei Antiterrorismo”<sup>36</sup>. A revista Veja chegou a fazer uma matéria com um compilado das polêmicas envolvendo o ministro.<sup>37</sup>

No Supremo Tribunal Federal, dentre diversos casos apreciados, Moraes ganhou notoriedade como presidente dos inquéritos que apuram os atos antidemocráticos do dia 8 de janeiro de 2023<sup>38</sup> e do inquérito das *fake news*<sup>39</sup>.

Com atuação dura e assertiva na condução destes inquéritos e das ações penais decorrentes, Moraes foi alçado a inimigo número um do Ex-Presidente da República Jair

---

<sup>32</sup> Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/02/06/interna\\_politica,571333/oposicao-no-senado-condena-possivel-indicacao-de-moraes-para-o-stf.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/02/06/interna_politica,571333/oposicao-no-senado-condena-possivel-indicacao-de-moraes-para-o-stf.shtml)>. Acesso em: mai./2024. CORREIO BRASILIENSE.

<sup>33</sup> Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ITzmUYELs18>>. Acesso em: mai./2024. PODER 360 no YouTube.

<sup>34</sup> Disponível em: <<https://www.intercept.com.br/2016/10/02/as-trapalhadas-de-alexandre-de-moraes-no-governo-das-aparencias/>>. Acesso em: mai./2024. INTERCEPT.

<sup>35</sup> Disponível em: <<https://www.intercept.com.br/2016/10/02/as-trapalhadas-de-alexandre-de-moraes-no-governo-das-aparencias/>>. Acesso em: mai./2024. INTERCEPT.

<sup>36</sup> Disponível em: <<https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2016/07/21/o-governo-nao-faz-a-minima-ideia-do-que-seja-terrorismo/>>. Acesso em: mai./2024. UOL, Leonardo Sakamoto.

<sup>37</sup> Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/relembre-dez-controversias-envolvendo-moraes-indicado-ao-stf/>>. Acesso em: mai./2024. VEJA.

<sup>38</sup> Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=532817&ori=1>>. Acesso em: jun./2024. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

<sup>39</sup> Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-27/inquerito-fake-news-stf-relacao-justica/>>. Acesso em: jun./2024. CONJUR.

Bolsonaro e seus apoiadores, que o acusam de perseguição e de agir de forma autoritária e fora dos parâmetros legais<sup>404142</sup>.

No Tribunal Superior Eleitoral, Moraes presidiu o Tribunal num dos momentos mais graves e sensíveis de sua história, em razão de uma forte campanha de desinformação a respeito da segurança das urnas eletrônicas, que visava deslegitimar o sistema democrático e o resultado das eleições de 2022, promovida pelo Ex-Presidente Bolsonaro e seus apoiadores<sup>43</sup>.

Durante as eleições de 2022, Moraes atuou de forma enérgica, tendo sido um dos grandes responsáveis por garantir a realização das eleições<sup>4445</sup>. Por esse feito, ao se despedir do TSE, foi reconhecido pelos seus pares como a “pessoa certa, no lugar certo e na hora certa”<sup>46</sup>.

Portanto, o ministro Alexandre de Moraes é uma pessoa que causa controvérsia, já tendo sido alvo de críticas e elogios pelos mais diversos campos políticos ideológicos ao longo de sua atuação profissional.

## 5.2 Análise do voto do ministro Alexandre de Moraes<sup>474849</sup>

Inicialmente, destaco que análise do discurso do ministro Moraes será realizado em duas etapas. A primeira, por meio do estudo do voto escrito, a segunda, com base na apresentação do voto em Plenário.

Esta separação é importante, porque tive acesso ao voto escrito do ministro Alexandre de Moraes, que foi publicado na imprensa, mas não ao do ministro Cristiano Zanin. Assim,

<sup>40</sup> Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/12/09/alexandre-de-moraes-quem-e-perfil.htm>>. Acesso em: jun./2024. UOL Notícias.

<sup>41</sup> Disponível em: <<https://www.metropoles.com/distrito-federal/na-mira/pf-faz-buscas-contramais-de-80-bolsonaristas>>. Acesso em: jun./2024. METRÓPOLES.

<sup>42</sup> Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/12/moraes-afirma-que-ainda-ha-muita-gente-para-prender-por-atos-antidemocraticos-e-fake-news.shtml>>. Acesso em: jun./2024. UOL Notícias.

<sup>43</sup> Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2023/07/condenado-no-tse-bolsonaro-fez-um-ataque-ao-sistema-eleitoral-a-cada-oito-dias-enquanto-esteve-no-governo.ghtml>>. Acesso em: jun./2024. O GLOBO.

<sup>44</sup> Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Maio/gestao-alexandre-de-moraes-sistema-de-votacao-seguro-e-auditavel-ressalta-transparencia-das-eleicoes>>. Acesso em: jun./2024. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral.

<sup>45</sup> Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Junho/moraes-garante-a-realizacao-das-eleicoes-2022-com-seguranca-transparencia-e-respeito-a-vontade-popular>>. Acesso em: jun./2024. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral.

<sup>46</sup> Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/carmen-lucia-moraes-era-pessoa-certa-no-lugar-certo-na-hora-certa>>. Acesso em: jun./2024. METRÓPOLES.

<sup>47</sup> Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2023/08/voto-alexandre-de-moraes-julgamento-drogas-stf-2-ago-2023.pdf>>. Acesso em: jun./2024. PODER 360.

<sup>48</sup> Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DNU71NZ5dsA>>. Acesso em jun/2024. Supremo Tribunal Federal no YouTube.

<sup>49</sup> Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6-oolnryT78>>. Acesso em jun/2024. Supremo Tribunal Federal no YouTube.

não haveria justiça no confronto entre a apresentação escrita do voto de Moraes com a exposição oral de Zanin.

No estudo do voto escrito, busquei demonstrar as possíveis contradições e os argumentos técnicos apresentados, já na análise da exposição em Plenário, as nuances simbólicas que tive capacidade de absorver.

Portanto, trago a minha percepção pessoal dos discursos dos ministros, como é próprio da análise de discurso, sem prejuízo de que o leitor, ao se deparar com o mesmo conteúdo, possa concordar ou discordar frontalmente do meu posicionamento. Não pretendo, assim, afirmar a verdade dos fatos, mas apenas demonstrar o meu entendimento do que foi posto.

Pois bem, no voto escrito, o ministro iniciou afirmando que o tema em debate é a constitucionalidade dos tipos penais previstos no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, sob argumento de ausência de lesividade na conduta de portar drogas para consumo pessoal, por se tratar de exercício da autonomia privada e por falta de ofensa ao bem jurídico saúde pública.

Em seguida, passou a abordar argumentos favoráveis e contrários à descriminalização da conduta de posse ou porte de drogas para consumo pessoal.

A favor da descriminalização, destacou: i) estudos de criminologia críticos ao proibicionismo; ii) que a proibição proporciona a criação de um mercado clandestino favorável aos traficantes, que recrutam mão de obra nos seguimentos mais vulneráveis da população; iii) que os usuários são estigmatizados e sofrem abuso policial seletivo; iv) que o encarceramento em massa recrudescer a violência e torna mais dificultoso o processo de recuperação dos adictos e; v) o enorme custo financeiro da política de repressão ao uso de drogas.

Em sentido contrário, apontou: i) o impacto da disseminação do consumo de drogas em grande escala; ii) o agravo à saúde dos usuários, a destruição de famílias e os comportamentos abusivos causados pelo consumo de drogas; iii) que os serviços de saúde pública seriam sobrecarregados e; iv) que a segurança pública sofreria com o aumento do crime organizado e da violência urbana.

Superada a descrição dos argumentos favoráveis e contrários à descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, Moraes adotou um discurso alicerçado numa interpretação sociológico-jurídica da norma, tendo como norte estudos técnico-científicos, o que nem de longe lembra aquele Alexandre de Moraes que passava o facão em plantações de maconha no Paraguai.

Durante a apresentação dos seus fundamentos, o ministro citou dados dos seguintes estudos científicos: i) *The World Drug Report 2022*, da Organização das Nações Unidas<sup>50</sup>; ii) Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para Uso e Posse para Tráfico, da Associação Brasileira de Jurimetria<sup>51</sup>; iii) *A Quiet Revolution: Drug Decriminalisation Policies in Practice Across the Globe*, coordenado por Ari Rosmarin e Niamh Eastwood<sup>52</sup>; iv) Relatório de Informações Penais – RELIPEN, da Secretaria Nacional de Políticas Penais<sup>53</sup>; Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário, da Secretaria Nacional de Políticas Penais<sup>54</sup>; Registros Digitais de Ocorrências (RDO), da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo<sup>55</sup>; European Drug Report 2016, da *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA)*<sup>56</sup> e; *Regulation: The Responsible Control of Drugs 2018*, da *Global Commission on Drug Policy*<sup>57</sup>.

Guiando-se pela realidade posta, Moraes entendeu que a norma deve considerar seus efeitos e navegar junto da realidade social por ela atingida, prestigiando a proporcionalidade e a legitimidade dos atos de Estado.

Para refutar os argumentos que apontavam para o uso indiscriminado de drogas na hipótese de descriminalização, trouxe estudos do direito comparado, demonstrando a realidade de países que adotaram esta medida e expôs os dados de países como Portugal, Itália, Holanda e os Estados Unidos da América – EUA.

Em Portugal, o número de óbitos relacionado às drogas caiu 27,5% no período de 1999 a 2006, os registros de infecções por hepatite B e C e HIV entre os usuários também decresceu, houve aumento do número de pessoas que foram submetidas a tratamento do vício e redução da taxa de uso.

<sup>50</sup> Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/data-and-analysis/world-drug-report-2022.html>>. Acesso em: jun./2024. UNITED NATIONS – UN.

<sup>51</sup> Disponível em: <[https://abj.org.br/pdf/20190402\\_abj\\_criterios\\_objetivos.pdf](https://abj.org.br/pdf/20190402_abj_criterios_objetivos.pdf)>. Acesso em: jun./2024. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA.

<sup>52</sup> Disponível em: <<https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/8c6213b8-9a9f-453a-9702-ff832f29afa5/release-quiet-revolution-drug-decriminalisation-policies-20120709.pdf>>. Acesso em: jun./2024. OPEN SOCIETY FOUNDATIONS.

<sup>53</sup> Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023/relipen>>. Acesso em: mai./2024. BRASIL, Governo Federal.

<sup>54</sup> Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2022.pdf>>. Acesso em: mai./2024. BRASIL, Governo Federal.

<sup>55</sup> Disponível em: <<https://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/relatorios-e-estudos>>. Acesso em: jun./2024. BRASIL, Governo de São Paulo.

<sup>56</sup> Disponível em: <[https://www.emcdda.europa.eu/edr2016\\_en](https://www.emcdda.europa.eu/edr2016_en)>. Acesso em: jun./2024. EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUG ADDICTION – EMCDDA.

<sup>57</sup> Disponível em: <[http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2018/09/ENG-2018\\_Regulation\\_Report\\_WEB-FINAL.pdf](http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2018/09/ENG-2018_Regulation_Report_WEB-FINAL.pdf)>. Acesso em: jun./2024. GLOBAL COMMISSION ON DRUG POLICY.



Na Itália, houve aumento de condenações administrativas pelo uso de entorpecentes, o número de presos por delitos relacionados às drogas cresceu de 28% para 31% e ocorreu a diminuição de pessoas submetidas a tratamentos alternativos.

A Holanda possui o menor índice de uso e mortes por drogas injetáveis se comparado ao resto do mundo. Já nos EUA, apenas 34% das pessoas submetidas a tratamento para largar o vício de drogas não completaram o programa e, no universo dos que o completaram, o uso de drogas caiu 71% e o número de empregos duplicou.

Moraes apontou que o estudo realizado pela Rosmarin, A. and Eastwood, N. (2012) descreveu que nos países que adotaram a descriminalização houve melhora na regeneração de usuários, aumento na perseguição aos usuários e aumento do consumo em geral.

Em seguida, Moraes passou a abordar a realidade brasileira. De início, destacou que após ler os votos dos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, pouco havia a contribuir em termos de fundamentação jurídica.

Apelou, então, para sua experiência pessoal, principalmente por ter exercido os cargos de Promotor de Justiça, Secretário de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo e Ministro da Justiça e Segurança Pública.

Mais uma vez buscou se distanciar do discurso meramente legalista para abraçar um posicionamento calcado na visão ontológica do direito aplicado à sociedade. Assim, afirmou que não há uma fórmula predeterminada de combate ao narcotráfico e que, não obstante a política repressiva, as organizações criminosas destinadas à venda de drogas vem crescendo ano após ano, já possuindo uma receita anual estimada em 900 bilhões de dólares, incluindo o Brasil, e que a política de repressão às drogas adotada no país se espelhou nas diretrizes lançadas no governo do Ex-Presidente Richard Nixon, dos EUA.

Destacou que a Constituição Federal brasileira estabeleceu a repressão ao tráfico de drogas, assim como assegurou direitos individuais, buscando adotar uma interpretação sistemática das normas constitucionais.

Por meio de uma lente sociológica e ontológica do tema e com fundamento em estudos empíricos, apontou que a conduta de usar maconha não poderia ser tida como atentatória à saúde pública e, quando muito, atingiria apenas a saúde do usuário, concluindo pela ausência de lesividade a direitos de terceiros.

Ressaltou que hoje, após anos da política repressiva às drogas, o Brasil, em números absolutos, é o país que mais consome maconha no mundo e o segundo maior consumidor de cocaína, perdendo este pódio apenas para os EUA.

Buscando respaldo geográfico e realístico, Moraes salientou que o Brasil tem a terceira maior fronteira terrestre do Mundo, atrás apenas da Rússia e China, e possui como vizinhos dois dos maiores produtores de cocaína do mundo, Peru e Colômbia, além do Paraguai, maior produtor de maconha do mundo junto com o Marrocos. Perante este quadro geográfico e fático, apontou a dificuldade de fiscalizar e combater o tráfico de entorpecentes no país.

Apoiando-se no voto do ministro Gilmar Mendes, questionou a vagueza do §2º do artigo 28, da Lei de Drogas, que abriu um campo vasto de atuação para as autoridades policiais e judiciárias definirem, discricionariamente, quem é usuário ou traficante.

Mais uma vez apelando à sua experiência profissional, especialmente em razão dos cargos de Secretário de Segurança Pública em São Paulo e Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, pontuou que *sem ideologias, ilusões ou fanatismos*, e buscando um *enfoque extremamente real e pragmático na análise do presente RE*, deveriam ser contrapostas duas verdades incômodas. De um lado, os relatos das famílias descrevendo que as drogas as haviam destruído, do outro, o aumento das prisões por tráfico de drogas como mola propulsora do fortalecimento do crime organizado.

Considerou que o sistema penitenciário brasileiro possui 832.295 presos, sendo que 24,25% destes foram apenados por crimes relacionados ao tráfico de drogas, o que demonstra que os resultados obtidos pela Lei nº 11.343/06 não foram os pretendidos quando vedou a aplicação de pena privativa de liberdade para o delito de porte de droga para consumo pessoal.

Constatou que após o implemento da Lei de Drogas muitos usuários passaram a ser tratados pela Polícia e pela Justiça como pequenos traficantes. Moraes procurou afastamento do debate a respeito dessas pessoas serem ou não traficantes, focando no fato de que antes da Lei eram considerados usuários e, após, passaram a ser enquadradas como traficantes, considerando que a pena mínima para os pequenos traficantes passou de três para cinco anos, o que impede a substituição por penas alternativas.

Nessa linha argumentativa, o ministro destacou que o importante no debate não é a despenalização ou a descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal, mas sim, que haja critérios menos subjetivos e que enfraqueçam o poder de disposição do juiz para tratar o mesmo ato de forma diversa, a depender do local, condição social e demais elementos constantes do §2º do art. 28 da Lei de Drogas.

A respeito dessa conclusão, vale observar a mudança do discurso do ministro em relação a outros momentos de sua carreira. Fato é que ainda como Ministro da Justiça e

Segurança Pública durante o governo Temer, no ano de 2016, Moraes traçou um Plano Nacional de Segurança que previa a erradicação do comércio e uso de maconha no Brasil<sup>58</sup>.

À época, o Plano foi muito criticado por especialistas em segurança pública de todo o país. Julita Lemgruber, coordenadora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes e ex-diretora-geral do sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, participou do evento e classificou o Plano de Moraes como *uma ideia absolutamente irreal e onipotente*<sup>59</sup>.

No ano seguinte, ao ser sabatinado no Senado Federal para viabilizar a aprovação de seu nome para o cargo de ministro do STF, Moraes foi questionado se a Lei de Drogas é responsável pelo aumento no número de prisões, respondendo que a legislação havia ficado perdida no *meio do caminho*, tendo em vista que a Lei não faz uma distinção objetiva entre usuário e traficante, destacando que o usuário não deve ser punido com prisão<sup>60</sup>.

Não deixa de ser curiosa a mudança de entendimento sobre um tema debatido de forma pujante pela sociedade no curto período de um ano.

Contudo, seguindo a linha de pensamento demonstrada na sabatina do Senado Federal, no voto em análise, Moraes afirmou que em 2017 propôs ao Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Jurimetria, o advogado Marcelo Guedes Nenes, um estudo sobre as prisões em flagrante por tráfico e porte de drogas para uso pessoal no Estado de São Paulo.

O estudo conclui que a quantidade de droga apreendida é um fator determinante para diferenciar um traficante do usuário de drogas, ressaltando que essa análise é realizada discricionariamente pela Polícia quando do flagrante e que este fator, na maioria das vezes, é o único critério utilizado.

Outro aspecto importante que demonstra a ausência de critérios objetivos para diferenciar traficantes e usuários é o geográfico. Cada região do Estado e, até mesmo da Capital, considera diferentes quantidades de drogas como relevantes para fazer a diferenciação, demonstrando a relevância de critérios que cerceiem a discricionariade dos agentes de polícia.

Apontou que na Capital, na média, considera-se tratar de traficante quando há apreensão de 33 gramas de cocaína, 17 gramas de crack e 51,20 gramas de maconha. Já no interior do Estado, na média, qualifica-se como tráfico a apreensão de 20 gramas de cocaína,

---

<sup>58</sup> Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/12/17/ministro-da-justica-quer-erradicar-comercio-e-uso-de-maconha-no-brasil.htm>>. Acesso em: jun./2024. UOL.

<sup>59</sup> Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/12/17/ministro-da-justica-quer-erradicar-comercio-e-uso-de-maconha-no-brasil.htm>>. Acesso em: jun./2024. UOL.

<sup>60</sup> Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/02/21/alexandre-de-moraes-responde-sobre-drogas-e-legalizacao-dos-jogos-de-azar>>. Acesso em: jun./2024. BRASIL. Senado Federal.

9 gramas de crack e 32,1 gramas de maconha. Essa diferença se apresenta a depender da região da Capital, podendo variar de 20 a 40 gramas de maconha, enquanto nas Delegacias Seccionais da Capital a média é de 12 a 35 gramas de maconha.

Por outro lado, o ministro ressaltou que diversos outros estudos apontam que a estipulação de critérios puramente objetivos podem trazer distorções, punindo usuários e livrando traficantes.

Salientou, ainda, que as mulheres são as vítimas que mais sofrem com a repressão ao tráfico, porque muitas vezes são forçadas a adentrar em presídios com drogas para seus companheiros, maridos, filhos e irmãos. Para demonstrar essa realidade, apontou que a prisão de mulheres por tráfico representa 34,87% de todas as mulheres presas, quando para os homens detidos representa 23,63%.

Também considerou que é justamente nas condutas intermediárias, quando não há flagrante crime de tráfico ou porte para uso pessoal, que sobressai a discricionariedade dos agentes de polícia, do Ministério Público e o poder de disposição do juiz, evidenciando a contradição na aplicação da norma em diferentes regiões.

Mais uma vez recorrendo ao direito comparado, Moraes aponta que essa distorção em relação à quantidade de droga apreendida para configurar tráfico também é evidenciada quando analisados os padrões utilizados por diversos países, como Alemanha (6 a 15 gramas de maconha e 1 a 3 gramas de cocaína), Argentina (regulado pela Suprema Corte), Armênia (interpretação do juiz), Bélgica (3 gramas de maconha), Chile (interpretação do juiz), Colômbia (20 gramas de maconha, 1 grama de cocaína e 5 gramas de haxixe), Espanha (dose para 5 dias de consumo: 100 gramas de maconha, 25 gramas de resina de maconha, 2,4 gramas de ecstasy, 3 gramas de heroína e 7,5 gramas de cocaína), Estônia (7,5 gramas de maconha), Holanda (5 gramas de maconha), México (5 gramas de maconha, 0,5 gramas de cocaína, 50mg de heroína, 40mg de metanfetamina, 15mg de LSD e 40mg de MDMA), Noruega (0,5 gramas de cocaína e 15 gramas de cannabis), Paraguai (10 gramas de maconha e 2 gramas de cocaína), Peru (1 grama de cocaína, 1 grama de cloridrato de cocaína, 4 gramas de maconha ou 2 gramas de derivados), Polônia (critério do agente público), Portugal (25 gramas de cannabis, 5 gramas de resina de cannabis, 1 grama de heroína/anfetaminas e 2 gramas de cocaína), República Tcheca (15 gramas de maconha, 1 grama de cocaína, 1,5 grama de heroína, 4 tabletes de ecstasy e 40 unidades de cogumelos alucinógenos), Rússia (6 gramas de maconha, 1 grama de heroína e 1,5 gramas de cocaína) e Uruguai (99 plantas com produção máxima de 480 gramas anuais ou compra de até 10 gramas semanais por pessoa ou de até 40 gramas por mês).

Portanto, constatou não haver um critério quantitativo ideal para a quantidade de droga que pode ser considerado tráfico ou consumo pessoal. A Dinamarca, por exemplo, diminuiu a quantidade de droga que caracteriza tráfico, visando punir pequenos traficantes. Já a Rússia diminuiu tanto a quantidade que qualquer pessoa pode ser caracterizada como traficante.

Moraes analisou esses dados para concluir que não é possível a fixação apenas de um critério objetivo para solucionar a questão. Isso porque, ao assim proceder, pode-se gerar um problema de inversão do ônus da prova em relação ao usuário e o aumento da impunidade de pequenos traficantes. O critério objetivo deve ser mais um dos elementos de diferenciação, como forma de equalização do problema.

É possível observar da linha argumentativa apresentada que o ministro abandonou a ideia punitivista e de erradicação do uso de maconha. Com base nos dados da realidade e amparado em estudos científicos, apontou que o nível de escolaridade, a idade e a cor da pele também influenciam na diferenciação entre traficantes e usuários de drogas pelo sistema de justiça.

Para os analfabetos, na média, caracteriza tráfico o porte de 32,275 gramas de maconha, enquanto para pessoas com o segundo grau completo a média é de 40 gramas de maconha. Para os indivíduos com ensino superior a média sobe para 49 gramas.

No que toca à idade, verificou-se que, na média, a apreensão de 23,90 gramas de maconha com uma pessoa de 18 anos de idade é suficiente para caracterizar o tráfico. Para suspeitos com até 30 anos de idade o montante sobe para 36 gramas de maconha e para indivíduos com mais de 30 anos de idade são necessários 56 gramas.

Outro fator social implicado é a cor da pele. Apesar de ter verificado ser difícil comparar o número de presos brancos e negros, em razão de insuficiência de dados precisos, afirmou que não se pode desconsiderar que pretos e pardos, em sua maioria, integram o quadro de pessoas presas com menor idade e nível de escolaridade<sup>61</sup>.

Em face dos dados analisados, Moraes concluiu que o critério objetivo que equilibra o risco de inversão do ônus da prova e o risco da impunidade é, para a maconha, 7 gramas como limite por usuário e 10 gramas pela razoabilidade e, para a cocaína, 5 gramas pela isonomia e 6 gramas pela razoabilidade.

Sopesando as informações constantes das pesquisas, afirmou que seria mais prudente aumentar essa quantidade de droga para porte pessoal, entendendo que é melhor deixar de

---

<sup>61</sup> Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2023/08/voto-alexandre-de-moraes-julgamento-drogas-stf-2-ago-2023.pdf>>. Acesso em: jun./2024. PODER 360. p. 32/33.

punir um pequeno traficante do que punir injustamente um usuário. Tendo como base essa premissa, apontou que a quantidade ideal seria de 25,99 gramas de maconha e 12,07 gramas de cocaína.

Moraes destacou que não se pode deixar de lado o critério subjetivo, tendo em vista que os elementos fáticos podem indicar que uma pessoa com quantidade menor seja traficante e a outra com maior quantidade seja usuária.

Assim, sustentou a ideia de manter os elementos subjetivos constantes da norma gravitando entorno uma quantidade variável de droga, pontuando que homens brancos e com nível superior são considerados usuários quando portam, na média, 60 gramas de maconha, sendo razoável que os agentes do sistema de justiça tivessem discricionariedade para avaliar, caso a caso, na hipótese de apreensão de 25 a 60 gramas de maconha, o que, no seu entender, minoraria os riscos de inversão do ônus da prova e de impunidade.

Desta forma, votou pela fixação da seguinte Tese:

1. Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância entorpecente “maconha”, mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
2. Nos termos do §2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior;
3. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas mesmo quando a quantidade de maconha for inferior à fixada, desde que, de maneira fundamentada comprovem a presença de outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes;
4. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores a fixada no item 2, para afastar sua presunção relativa, na audiência de custódia, a autoridade judicial, de maneira fundamentada, deverá justificar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e a manutenção da persecução penal, apontando, obrigatoriamente, outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes, tais como a forma de acondicionado, a diversidade de entorpecentes, a apreensões de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda (entrega “delivery”); locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico;
5. Nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades superiores a faixa de 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dados aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior, na audiência de custódia, a autoridade judicial deverá permitir ao suspeito a comprovação de tratar-se de usuário.

Como demonstrado, Moraes proferiu um voto lastreado em dados empíricos e buscando uma visão sociológica e ontológica do direito, dando prevalência ao “ser”, considerando a aplicação da lei em face da realidade posta.

Entretanto, não se pode olvidar que a proposição da Tese possui problemas que foram reconhecidos pelo próprio ministro ao longo de sua argumentação. O item 2 traz uma ideia da criação de uma presunção da qualidade de usuário, enquanto o item 5 aponta para um direcionamento da análise fática, considerando que a quantidade de drogas ideal apreendida para diferenciar usuários de traficantes deve ser aquela utilizada, na média, para qualificar como usuários os brancos, com nível superior de escolaridade e acima dos trinta anos de idade.

Não obstante haja boa intenção no direcionamento, os itens 3 e 4 desconstituem parcialmente o direcionamento anterior, tendo em vista que possibilitam o enquadramento dos fatos conforme a discricionariedade dos agentes do sistema de justiça.

A experiência e os dados levantados sobre a aplicação do §2º do art. 28 da Lei de Drogas, nos aproximadamente 18 anos de sua vigência, demonstram sobre quem a lei impõe sua força quando prevalente o poder de disposição dos juízes e a discricionariedade dos agentes do sistema de justiça.

Concluindo o julgamento, no caso concreto, Moraes deu provimento ao recurso extraordinário para atribuir interpretação conforme ao artigo 28, da Lei nº 11.343/06, excluindo a incidência do tipo penal à conduta, para absolver o recorrente.

Já na exposição do voto, na Sessão Plenária do dia 02.08.2023, por aproximadamente 1h42min apresentou seus argumentos, sendo ouvido atentamente por seus pares, praticamente sem interrupções.

Iniciou sua explanação afirmando que *herdou* um pedido de vista do ministro Teori Zavascki, tendo recebido o processo no ano de 2017 e devolvido em 2018, por ter solicitado a Associação Brasileira de Jurimetria um estudo, com dados de 2002 a 2017, de todos os flagrantes por tráfico e apreensões por uso de drogas, como forma de subsidiar, empiricamente, o voto.

Após realizar um breve relato do que estava sendo tratado nos autos, afirmou que se trata de pedido de interpretação conforme a Constituição Federal para retirar a penalização do porte de maconha para uso pessoal.

Passou brevemente pelas razões das partes e dos *amicus curiae*, lembrando que o processo teve início em 19.08.2015 e que já haviam votado os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, traçando um breve resumo dos dispositivos dos votos

anteriormente proferidos, destacando que todos declararam a inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei de Drogas, e que os ministros Fachin e Barroso trataram especificamente do porte de maconha, conforme tratado no caso concreto.

Na primeira análise, passou rapidamente pela questão jurídica constitucional do direito à privacidade e à vida privada, do abuso policial seletivo contra os que usam droga, em razão da cor da pele e condição social, a questão da saúde pública e o direito comparado.

Sobre esses tópicos, argumentou de forma mais enfática sobre o direito comparado, a experiência internacional e a capacidade de regeneração dos usuários, afirmando que não há uma cartilha correta para tratar do tema, fazendo-se necessário uma análise da realidade brasileira, com foco na aplicação da lei de forma igualitária a todos.

Seguiu afirmando que não repetiria o debate jurídico da matéria e utilizou argumento de autoridade, ressaltando sua experiência profissional de vida, como Secretário da Justiça e Cidadania de São Paulo, Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo e Ministro da Justiça e Segurança Pública, para reforçar os fundamentos que iria apresentar.

Ao lembrar de sua experiência profissional, sem a necessidade de questionar os demais pares, Moraes incute a ideia de que possui um conhecimento prático sobre o tema, o que talvez não seja a realidade dos demais ministros.

Moraes então argumenta que não importa qual o entendimento sobre o tema, seja pela constitucionalidade ou não do dispositivo legal, mas que há um dever da Corte Constitucional de assegurar a aplicação da lei de forma idêntica para todos, sem distinção de cor, idade, escolaridade e realidade econômico social.

Em seguida, criticou a política de repressão ao tráfico de drogas, descartando a responsabilidade do STF e do Congresso Nacional pela sua adoção, sob argumento de que a Constituição Federal determina que seja criminalizado o tráfico de drogas, tendo sido, portanto, uma opção do constituinte. Ressaltou, no entanto, que o estava debatendo no caso não era a inconstitucionalidade do tráfico, mas sim o porte de maconha para consumo pessoal.

Achei curioso a afirmação de que o legislativo não teria qualquer responsabilidade sobre a política de combate às drogas, quando tramita no Congresso Nacional o Projeto de Emenda à Constituição nº 45/2023, que criminaliza o porte de qualquer droga para consumo pessoal, o que, no meu sentir, trata-se de uma clara reação do legislativo ao julgamento do Tema 506. Fiquei com a sensação de que o ministro tentou arrefecer o embate com o legislativo.

O ministro expôs em seguida os dados técnicos quanto ao consumo e produção de drogas, efetividade do combate ao tráfico e critérios geográficos, que já apresentei na análise



do voto escrito, justificando com base nessa realidade, que o legislativo havia optado por despenalizar o porte de drogas para consumo pessoal, implementando sanções civis e administrativas para a conduta.

Contudo, Moraes apontou que apesar da Lei nº 11.343/06 ter sido instituída com a finalidade de melhorar a vida do usuário, na prática, piorou. Afirmou que essa prática não foi consciente, decorrendo da falta de debate com os órgãos de segurança e pela cultura de persecução penal e, mais uma vez apelando ao argumento de autoridade, salientou que tem conhecimento desses fatos em razão dos cargos que ocupou.

Moraes ressaltou que a desvirtuação da lei somente se viabilizou em razão do parágrafo segundo do artigo 28 da Lei de Drogas, que trouxe elementos demasiadamente genéricos para orientar a identificação do usuário de drogas, aumentando a discricionariedade de todo o sistema de justiça.

Apontou, ainda, que após a implementação da lei houve um aumento exponencial do número de presos por tráfico de drogas, o que fortaleceu as organizações criminosas, salientando, mais uma vez, que conhece a fundo o problema por ter ocupado cargos no âmbito da segurança pública.

Em seguida, afirmou que é preciso sopesar critérios objetivos com subjetivos, destacando que ao estipular a quantidade de droga para definir uma mediana do que seria considerado uso, e não tráfico, não se estaria inovando na ordem legal, uma vez que a própria norma prescreveu a quantidade como um dos critérios que devem ser analisados pelo juiz.

Sobre este tópico, Moraes expôs os dados científicos analisados no voto escrito, para comprovar que o sistema de justiça reconhece como traficantes, principalmente, negros, jovens, com baixa escolaridade e economicamente vulneráveis.

Insistiu, assim, que a aplicação da lei deve ser realizada de forma igualitária para todos e que, se o STF quiser estipular uma quantidade ínfima de droga para reconhecer o indivíduo como usuário, que assim o faça, contanto que o entendimento seja aplicado para todos, não sendo admissível a distinção entre usuários e traficantes em razão da sua condição social. Portanto, transparece no voto do ministro uma preocupação com a aplicação da lei de forma indistinta para todos.

Ao longo da sustentação, Moraes demonstrou pleno entendimento da maneira como a lei vem sendo aplicada na prática, gerando desigualdade e discriminação e, por isso, apresentou diversos estudos que subsidiam seus argumentos. Por outro lado, pareceu um pouco receoso em criticar a atuação policial e, sempre que se referiu a atuação da Polícia, fez questão de ressaltar que a responsabilidade pela desvirtuação da lei deve ser atribuída a todo o

sistema de justiça. Essas ressalvas, porque reiteradas e enfáticas, pareceram deliberadas, como se houvesse um receio de criticar, de forma objetiva e direta, a atuação policial, ainda que não se possa atribuir apenas aos agentes de segurança o desvirtuamento da lei.

Assim, ao mesmo tempo que utilizou reiteradamente de argumento de autoridade, Moraes apresentou uma enxurrada de dados científicos sobre apreensão de drogas, aumento prisional, principalmente de mulheres, fortalecimento das organizações criminosas e consumo, produção e apreensão de drogas, mesclando a exposição de dados técnicos com argumentos de autoridade, fundamentando seu voto em estudos científicos, ao mesmo tempo que tentou demonstrar que a sua experiência pessoal confirma os dados apresentados.

### **5.3 Histórico pessoal, acadêmico e profissional do ministro Cristiano Zanin**

Conforme assinalado no histórico do ministro Alexandre de Moraes, este resumo biográfico almeja apresentar ao leitor o perfil pessoal, acadêmico, profissional e político do ministro Cristiano Zanin, viabilizando melhor entendimento dos fundamentos do caso em análise.

O ministro Cristiano Zanin é natural de Piracicaba/SP, católico e casado. Graduou-se pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, não tendo cursado mestrado ou doutorado<sup>62</sup>. O ministro, ainda como advogado, escreveu artigos para site jurídicos, bem como possui obras jurídicas publicadas em coautoria.

Zanin fez parte das bancas de advocacia “Arruda Alvim & Tereza Alvim Advocacia e consultoria jurídica” e “Teixeira Martins Advogados”, até constituir uma sociedade de advogados “Zanin Martins Advogados”<sup>63</sup>, juntamente com sua esposa.

Atuou como advogado especialmente em causas cíveis, empresariais e de recuperação de empresas, podendo-se citar como exemplo a recuperação judicial da Varig, a falência da Transbrasil e a revisão do acordo de leniência da J&F<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Disponível em: <<https://exame.com/brasil/sem-mestrado-nem-doutorado-confira-detalhes-do-curriculo-de-zanin-indicado-de-lula-para-o-stf/>>. Acesso em: jun./2024. EXAME.

<sup>63</sup> Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/CV\\_Min\\_CristianoZanin\\_03\\_out\\_2023\\_mini\\_curriculo.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/CV_Min_CristianoZanin_03_out_2023_mini_curriculo.pdf)>. Acesso em: jun./2024. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

<sup>64</sup> Disponível em: <<https://exame.com/brasil/sem-mestrado-nem-doutorado-confira-detalhes-do-curriculo-de-zanin-indicado-de-lula-para-o-stf/>>. Acesso em: jun./2024. EXAME.

Contudo, o ministro ganhou notoriedade ao defender o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva nos processos penais da operação Lava Jato, tendo alcançado a anulação de todas as condenações que o Presidente Lula sofreu no âmbito da operação<sup>65</sup>.

Ao defender o Presidente, Zanin travou fortes embates com o então Juiz Federal e hoje Senador da República Sérgio Fernando Moro (União Brasil). Durante uma audiência, o ex-juiz chegou a ironizar a estratégia de defesa adotada por Zanin<sup>66</sup>.

Ao final do processo Moro foi declarado suspeito e incompetente para apreciar os casos envolvendo o atual mandatário do planalto<sup>67</sup>. Hoje, o atual senador enfrenta diversos problemas na Justiça por sua condução e coordenação dos processos da Lava Jato, havendo suspeitas de perseguição jurídica, corrupção e tráfico de influência praticados pelo ex-juiz<sup>68</sup>.

Após Moro aceitar o cargo de Ministro da Justiça no Governo do Ex-Presidente Jair Bolsonaro (Partido Liberal – PL), afastando-se da Justiça Federal, os casos envolvendo o Presidente Lula na Lava Jato foram assumidos pela juíza federal substituta Gabriela Hardt, com quem Zanin também travou embates na defesa de Lula.

Durante as audiências realizadas, Hardt tratou Lula sempre de forma ríspida<sup>69</sup>, fazendo com que Zanin interviesse em diversos momentos em favor de seu cliente. Ao final, Hardt condenou Lula por meio de sentença que copiou trechos da sentença proferida por Moro em outro processo<sup>70</sup>.

Assim como nos casos conduzidos pelo ex-juiz Sérgio Moro, Zanin conseguiu a anulação da condenação proferida por Hardt. Hoje, a juíza Hardt enfrenta ações disciplinares no Conselho Nacional de Justiça por suspeita de irregularidades e ilegalidades na destinação de mais de cinco bilhões de reais provenientes de acordos de delação e leniência efetivados no âmbito da operação Lava Jato. Hardt chegou a ser afastada do cargo, juntamente com outros três juízes vinculados ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Thompson Flores e Loraci Flores de Lima, ambos desembargadores, e Danilo Pereira Júnior, juiz titular da 13ª Vara<sup>71,72</sup>.

---

<sup>65</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/06/21/cristiano-zanin-ja-atuou-como-advogado-de-lula-e-especialista-em-direito-civil-e-processual-veja-perfil.ghtml>>. Acesso em: jun./2024. GLOBO.

<sup>66</sup> Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/388592/relembre-os-embates-travados-entre-sergio-moro-e-cristiano-zanin>>. Acesso em: jun./2024. MIGALHAS.

<sup>67</sup> Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-23/moro-suspeito-julgar-lula-decide-stf-votos/>>. Acesso em: jun./2024. CONJUR.

<sup>68</sup> Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2022/02/02/corrupcao-e-traffic-de-influencia-as-suspeitas-que-recaem-sobre-moro>>. Acesso em: jun./2024. BRASIL DE FATO.

<sup>69</sup> Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/politica/2023/5/27/video-relembre-como-lula-foi-tratado-por-gabriela-hardt-em-interrogatorio-136672.html>>. Acesso em: jun./2024. FORUM.

<sup>70</sup> Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/trf-4-derruba-sentenca-de-gabriela-hardt-apos-copia-de-argumentos/>>. Acesso em: jun./2024. CARTA CAPITAL.

<sup>71</sup> Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2024/04/15/cnj-afasta-juiza-gabriela-hardt-lava-jato-desembargadores-trf4.htm>>. Acesso em: jun./2024. UOL.

Em novembro de 2022, com Lula eleito para o seu terceiro mandato de Presidente da República, Zanin integrou o grupo técnico sobre Justiça e Segurança Pública do gabinete de transição presidencial, sendo responsável pelo relatório de Cooperação Judiciária Internacional e Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)<sup>73</sup>.

Em razão de sua atuação na defesa do Presidente Lula, Zanin se tornou conhecido nacionalmente e foi indicado pelo seu ex-cliente para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Uma vez alçado ao cargo de ministro da Suprema Corte, Zanin proferiu decisões consideradas conservadoras e muito criticadas pela base política e apoiadores de Lula, podendo-se citar como exemplos os votos contrários à descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, o não reconhecimento da equiparação de ofensas à comunidade LGBTQIA+ com o crime de injúria racial e por não entender como insignificante o furto de bens com valor estimado em R\$ 100,00 (cem reais)<sup>74</sup>.

#### **5.4 Análise do voto do ministro Cristiano Zanin<sup>75</sup>**

Esclareço que a análise do voto do ministro Cristiano Zanin foi realizada tão somente com base na exposição do seu voto no Plenário do STF, tendo em vista que seu voto escrito não foi disponibilizado.

Diferentemente do voto de Moraes, que foi publicado na imprensa, o voto escrito de Zanin permanece indisponível para consulta. Assim, enviei um e-mail para o gabinete do ministro solicitando a disponibilização do voto, explicando que se tratava de uma análise dos fundamentos apresentados para elaboração do trabalho acadêmico, no âmbito do curso de Mestrado em Direito Público. Em seguida, liguei para o gabinete do ministro e fui informado que o pedido seria analisado. No entanto, não obtive resposta.

Na Sessão Plenária do dia 24.08.2023, por pouco menos de 10 minutos, Zanin expôs os fundamentos de seu voto, iniciando a apresentação com referência genérica à experiência

---

<sup>72</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/daniela-lima/post/2024/04/15/cnj-afasta-hardt-e-tres-desembargadores-do-trf-4.ghtml#>>. Acesso em: jun./2024. GLOBO.

<sup>73</sup> Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/coluna/radar/dino-e-advogado-de-lula-integram-grupo-de-justica-e-seguranca-na-transicao/>>. Acesso em: jun./2024. VEJA.

<sup>74</sup> Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cristiano-zanin-vira-alvo-de-criticas-da-esquerda-apos-votacoes-no-stf/>>. Acesso em: jun./2024. CNN.

<sup>75</sup> Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=YLjXyBM\\_h8I](https://www.youtube.com/watch?v=YLjXyBM_h8I)>. Acesso em jun/2024. Supremo Tribunal Federal no YouTube.

de outros países e afirmando que se trata de questão complexa. Em seguida ressaltou que estava aberto para mudar ou amadurecer seu entendimento no decorrer do julgamento.

Tive a percepção de ao iniciar salientando a possibilidade de mudança de entendimento, Zanin tentou amenizar possíveis críticas de seus pares, considerando que estava na iminência de apresentar o primeiro voto divergente sobre o caso, o que contrariaria os ministros que o antecederam.

Em seguida, reconheceu que a lei foi instituída para ser benéfica ao usuário, mas que vem sendo aplicada de forma prejudicial, provocando encarceramento em massa, ponderando, no entanto, que a declaração de inconstitucionalidade poderia agravar o problema, porque retiraria do mundo jurídico os únicos parâmetros objetivos para fazer a diferenciação entre usuários e traficantes, constantes do artigo 28, §2º, da Lei de Drogas.

Aduziu ser temerária a descriminalização por não haver uma regulamentação a respeito da origem da droga a ser consumida no país e que o Congresso Nacional elaborou a Lei optando por abrandar as sanções, não para descriminalizar a conduta.

A respeito deste tópico, causa curiosidade o fato do ministro considerar como problema a falta de regulamentação da qualidade da droga que será consumida no país, o que seria possível fazer na hipótese de legalização, ao mesmo tempo em que desconsidera que hoje as drogas continuam a ser vendidas sem qualquer verificação quanto a sua *qualidade*, e que a manutenção do estado das coisas atuais não permitirá sequer essa verificação futura.

Lembrou que pouco mais de um ano após a vigência da Lei de Drogas, a 1ª Turma do STF se manifestou sobre o Tema no RE 430.105 – questão de ordem –, quando firmou o entendimento de que a norma não acarretou em *abolitio criminis*, tendo havido apenas a despenalização da conduta. Em seguida, ressaltou que este entendimento, desde então, vem sendo seguido por ambas as Turmas do STF.

A título de argumentação, reconheceu que a despenalização da conduta não solucionou, e nem mesmo melhorou o problema das drogas no país, e que, nos termos dispostos no voto do ministro Alexandre de Moraes, o artigo 28, da Lei nº 11.343/06 não é devidamente aplicado para pessoas pretas, pobres e de baixa escolaridade.

Entretanto, entendeu que a despenalização pode piorar essa realidade e que a legalização pode agravar o problema de saúde pública, cujo Estado possui o dever de garantir por determinação constitucional.

Sustentou que a *lógica* é que com a descriminalização deve haver uma aproximação de usuários com os traficantes ilegais de drogas, o que pode colocar em risco a vida do usuário.

Citou o Decreto nº 154/91, que promulgou a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, que determina aos países o combate ao consumo de drogas por meio da legislação penal.

Por fim, reconheceu que, de fato, o país precisa evoluir na política de combate às drogas o que, contudo, não autoriza a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei nº 11.343/06. Assim, afirmou que o referido dispositivo legal é o único que possui elementos objetivos para diferenciar o usuário do traficante de entorpecentes.

Durante sua breve exposição, parece-me que Zanin demonstrou um apego à legalidade e tentou não incomodar o Poder Legislativo, atribuindo a este a opção de escolha quanto a política que será adotado sobre o tema.

Entendo, também, que o ministro tem uma visão conservadora do tema, com posicionamento claro quanto a necessidade de criminalizar o consumo pessoal de drogas. No entanto, mostrou-se vacilante, receoso de fazer um debate mais profundo sobre a matéria, o que poderia causar reação argumentativa de outros ministros.

O não dizer, nestes casos, também se apresenta como fundamento do discurso jurídico. Ao expor o seu voto, de forma célere e genérica, Zanin dificultou possíveis intervenções de seus pares, declarando sua decisão sem embates.

Ademais, apesar de ter reconhecido que a realidade social apresenta enorme dissonância com o intuito da Lei de Drogas, optou por abraçar uma linha argumentativa deontológica, conservadora e pautada no “dever ser”.

Zanin ignorou, deliberadamente, os efeitos da norma na sociedade, que o afasta da razão de ser do instituto, punindo de forma desproporcional pessoas pretas, pobres e de baixa escolaridade e que ajuda a implementar uma política de encarceramento em massa.

Ainda que tenha reconhecido e utilizado esses argumentos para criticar a maneira como a norma vem sendo aplicada, entendeu que deve prevalecer a lógica do “dever ser”, prendendo-se ao formalismo e se afastando da interpretação sistêmica do ordenamento jurídico.

Por fim, Zanin propôs a seguinte Tese:

1. É constitucional o artigo 28, da Lei nº 11.343/06;
2. Para além dos critérios estabelecidos pelo §2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, para diferenciar o usuário de maconha do traficante, o Tribunal fixa como parâmetro adicional a quantia de 25 gramas ou seis plantas fêmeas para configuração de usuário da substância, com a possibilidade de reclassificação para tráfico mediante fundamentação exauriente das autoridades envolvidas.

Portanto, adicionou um novo critério objetivo ao §2º do artigo 28 da Lei de Drogas, mantendo, entretanto, sem rédeas a discricionariedade dos agentes do sistema de justiça e o poder de disposição do juiz para aplicar a norma de acordo com o seu entendimento e interpretação pessoal do caso concreto.

A proposição de uma tese por Zanin foi o que mais me causou estranheza, demonstrando, no meu sentir, falta de firmeza argumentativa e contradição aos seus próprios argumentos.

Os fundamentos que alicerçam o voto de Zanin são o apego à legalidade e o respeito a opção do legislador de criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal. Assim, a proposição de um novo critério que determina, de forma objetiva, uma quantidade de droga que seria aceitável para qualificar o indivíduo como usuário, parece-me contraditório.

Ou bem o ministro aceita a tese de interpretação conforme, reconhecendo que a redação da norma não satisfaz plenamente a Constituição Federal, ou declara sua conformidade com a Carta Maior.

Zanin, no entanto, optou por um terceiro caminho, sustentando a constitucionalidade do dispositivo legal e que o Judiciário não pode legislar, ao mesmo tempo que propôs a criação de um novo elemento objetivo para complementar a norma instituída pelo Legislativo.

A impressão que ficou é que o ministro possui entendimento fortemente conservador previamente estabelecido. Contudo, buscou se esquivar de confrontos com os seus pares, ao mesmo tempo que evitou causar atrito com o Poder Legislativo.

## 6 Conclusão

Inicialmente, vale lembrar que, realizei uma análise de discurso dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 635659/SP – Tema 506 –, com os dados colhidos por estudos científicos, especialmente o realizado pelo IPEA.

Esta análise se fez necessária para permitir um diálogo entre o campo e os dados da realidade, contrapondo os elementos deontológicos dos discursos jurídicos, pautados no *dever ser*, com os dados da realidade, expressão do estudo ontológico, concernente à realidade posta, o *ser*.

No segundo capítulo, apresentei os verbos descritos no tipo penal e os elementos objetivos e subjetivos constantes da lei. De fácil percepção que prevalece no dispositivo normativo a força dos elementos subjetivos, autorizando o aplicador da norma usar de sua discricionariedade para resolver os casos concretos.

Elementos subjetivos trazidos pela norma para orientar o magistrado a diferenciar o usuário do traficante de entorpecentes, como o local onde estava sendo praticada a conduta e as circunstâncias sociais e pessoais do agente, abrem um vasto campo para o juiz interpretar o fato concreto.

Demonstrei, também, a seletividade da norma, autorizando que o sistema de justiça interprete que condutas praticadas nas periferias e por pessoas com o perfil *adequado*, pretas e com baixa escolaridade, sejam automaticamente qualificadas como traficantes de drogas.

No terceiro capítulo, apresentei ao leitor uma visão da realidade posta, apontando para a influência dos fatores histórico, social e econômico no reconhecimento do usuário e do traficante de drogas.

A formação elitista e racista do Brasil se reflete em todas as instâncias do Poder até os dias de hoje e, com o Poder Judiciário, não é diferente. A própria estrutura do sistema de justiça foi e é arquitetada para perseguir pessoas pobres e negras, assegurando os privilégios da elite branca.

A ausência de taxatividade normativa, portanto, nutre o poder de disposição do juiz, viabilizando a adoção de decisões desconexas da realidade e alicerçadas na escolha discricionária e desmotivada do juiz.

Já no quarto capítulo, analisei os discursos jurídicos apresentados pelos ministros Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, do STF, nos seus respectivos votos sobre o Tema 506, destacando a forma como foi vista a realidade fática e jurídica do caso, o entendimento a



respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei de Drogas e as soluções propostas.

Antes de iniciar o estudo dos votos, tracei um resumo da biografia pessoal, acadêmica, profissional e político dos ministros para apresentar ao leitor os valores que constituem suas formações, de maneira a auxiliar o entendimento dos argumentos apresentados.

Chega a ser curioso que apesar de terem seguido caminhos distintos quanto ao mérito da ação, incluindo o entendimento individual quanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo legal, a leitura fática da realidade foi praticamente a mesma e as propostas para a resolução do Tema também não se apresentaram distantes uma da outra.

Tanto Moraes quanto Zanin reconheceram que o dispositivo legal é aplicado de maneira inconsistente e que a qualificação do jurisdicionado como usuário ou traficante de drogas se faz mais em razão de suas características pessoais do que pelo enquadramento dos fatos à norma.

Ao final, a despeito de se referirem a elementos concretos da realidade para embasar seus votos, e de reconhecerem a falta de critérios objetivos na lei de drogas, as conclusões dos ministros Moraes e Zanin se deram em sentido contrário. Moraes considerou que o dispositivo da lei é inconstitucional, enquanto Zanin declarou sua constitucionalidade.

Tal desfecho reforça o que se encontrou de resultado desta pesquisa, de que os magistrados se utilizam da ausência de taxatividade normativa como mecanismo permissivo de decisão, fundamentando suas decisões mais como um ato volitivo de natureza política, do que, como era de se esperar, um exercício jurisdicional compromissado com a lei e dentro da linguagem técnico-jurídica.

Parece-me, portanto, que o sistema de justiça se apresenta como parte integrante de uma engrenagem azeitada e muito bem construída para moer pobres e pretos, mantendo o *status quo* dos privilégios das elites dominantes.

O combate às drogas, baseado no pânico moral implantado na sociedade, é mais um instrumento de segregação racial. Com base nessa política, e tratando o problema das drogas como inimigo número um da sociedade, cria-se o *sensu comum* de que para combater esse mal, qualquer barbaridade deve ser aceita.

E é claro que toda a força repressiva do Estado possui como alvo a população pobre, preta e desassistida, viabilizando a manutenção dos privilégios das elites e impedindo a mobilidade social.

A ausência de taxatividade da lei, para mim, é deliberada, de forma a anabolizar o poder de disposição dos juízes que, por sua vez, são instrumentos de uma máquina muito bem construída e eficiente no seu desiderato de eliminar pretos e pobres e manter os privilégios das elites.

Portanto, não se trata a ausência de elementos objetivos da norma de mera impropriedade de técnica legislativa. A vagueza dos elementos normativos é elemento estratégico, que serve de mola propulsora do poder discricionário do juiz. Não havendo taxatividade, a escolha pessoal dos magistrados prevalece. Sem freios, instaura-se o arbítrio.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mario. (2023). **Apontamentos para uma análise ontológica do direito pós-positivista**. Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica. 9. 10.26668/IndexLawJournals/2526-0103/2023.v9i1.9775.

ARAÚJO, Vinicius Marcondes de. **A inconstitucionalidade da criminalização do usuário de drogas**. Revista da EMERJ, Escola da Magistratura do estado do Rio de Janeiro, Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11, Rio de Janeiro-RJ, p. 281-294, 2012.

BALDINI, Alessandra Gomes Faria. **A ineficiência do modelo brasileiro de repressão e prevenção aos crimes de tráfico de drogas ilícitas sob a ótica da análise econômica do direito**. 2023. 187 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo.

BASILIO, Adriene Jayme. **A guerra contra as drogas e a superlotação carcerária no Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: mai./2024.

BRASIL. **Secretaria Nacional de Políticas Penais**. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023/relipen>>. Acesso em: mai./2024.

BRASIL. **Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad**. Lei nº 11.343/2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: mai./2024.

BORRMANN, R., & CRUZ, E. (2021). **O Tribunal de Nuremberg e a Teoria Pura do Direito**. Revista Eletrônica Do Curso De Direito Da UFSM, 15(2), e63122. <https://doi.org/10.5902/1981369463122>

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen**: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. Sequência Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 95–114, 2010. DOI: 10.5007/2177-7055.2008v29n57p95.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: (estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação**/After all, user or drug dealer? A case study about discretionary power and

differentiation ideology. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 194-214, ago. 2017. ISSN 2238-0604.

DA SILVA, Mônica Neves Aguiar; COSTA, Jessica Hind Ribeiro. Informar para reduzir: a importância do projeto “saúde (de cara) na rua” para a prevenção da dependência química, a partir da perspectiva da redução de danos/ Inform to reduce: the importance of the project "Health on the street" for the prevention of add. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 112-126, jun. 2016. ISSN 2238-0604.

DUARTE, Evandro Charles Piza et al. **Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares das cidades de Brasília, Curitiba e Salvador**. In: Segurança pública e direitos humanos: temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência / Lee Epstein, Gary King**. - São Paulo: Direito GV, 2013.

FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. **Discursos dos *amici curiae* sobre bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal, no contexto da (des)criminalização do consumo de drogas** (stf, re 635.659/sp-rg) . 2018. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018.

FERNANDES, Luciana Costa. **ENTRE VIVOS E MORTOS: Uma etnografia documental sobre a atuação da magistratura em operações policiais nas favelas da zona norte do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Programa de Pós Graduação (Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2022.

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

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução: Alexander Araújo de Souza [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN: 9788520359204

FIGUEIRA, Luiz Eduardo. (2007), **O ritual judiciário do tribunal do júri: o caso do ônibus 174**. Tese de doutorado. Programa de Pós-graduação em Antropologia, Universidade Federal Fluminense, Niterói.

FLAUZINA, A. L. P., & PIRES, T. R. de O. (2020). **Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie / The Brazilian Federal Supreme Court and the normalization of barbarity**. *Revista Direito E Práxis*, 11(2), 1211–1237.

GARCIA, Rafael de Deus. **Processo penal e algoritmos: o Direito à privacidade aplicável ao uso de algoritmos no policiamento**. 2022. 270 f., il. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

GRILLO, C. C., POLICARP, F., & VERÍSSIMO, M.. (2011). **A "dura" e o "desenrolo": efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro**. *Revista De Sociologia E Política*, 19(40), 135–148.

IFADIREÓ, M. M.; BITU, V. de C. N.; FERREIRA, F. R. S.; CUBA, A. A. S. N.; BELMINO, M. C. de B. **Educação, sexualidades e diversidade na Alemanha do século XIX: um estudo a partir de Karl Heinrich Ulrich**. Research, Society and Development, [S. l.], v. 11, n. 7, p. e11111729821, 2022.

**INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA**. Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília, DF: Ipea, 2023. 107 p. DOI: <<http://dx.doi.org/10.38116/ri221151>>. Acesso em: mai./2024.

JESUS, Maria Gorete Marques de et al. (2011), **Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência/USP.

KHALED Junior, S. H., GÓES, L., & FANTINEL PEDROSO, A. (2022). **Controle racial militarizado: desvelando as dinâmicas subculturais de significado que facilitam a atuação policial propensa à violação de direitos humanos**. Revista Direito E Práxis, 15(1), 1–31.

KANT DE LIMA, R. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Uma análise crítica da interpretação na teoria pura do direito**. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 12, p. 97-107, mar. 2007.

LINS, EV. **A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social**. In: NERY FILHO, A., et al. orgs. Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009, pp. 243-267. Drogas: clínica e cultura collection. ISBN 978-85-232-0882-0.

LUCIO, Alessandra Garcia Nogueira. **O sistema prisional uma máquina de moer gente e a carne predileta continua sendo a negra!:** o encarceramento em massa da população da negra, genocídio negro e sistema de justiça. 2023. Dissertação (Mestrado em Humanidades, Direitos e Outras Legitimidades) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. doi:10.11606/D.8.2023.tde-14032024-112142.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: CONPEDI, 2010.

MISSE, M. (2009). **Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro**. Civitas: Revista De Ciências Sociais, 8(3), 371–385.

NABUCO, Joaquim. **Minha Formação** / Joaquim Nabuco; introdução de Gilberto Freyre. Brasília: Senado Federal, 1998.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**; tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso**: princípios e procedimentos. 12ª ed. Pontes Editores, SP, 2015.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Ser E Dever Ser Na Teoria Kelseniana Do Direito**. 2005.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. / Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues; orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira -- São Paulo, 2006.

SAAD, Luísa. **“Fumo de negro”**: a criminalização da maconha no pós-abolição. Salvador: EDUFBA, 2019.

SADEK, Maria Tereza. **O sistema de justiça**. Tradução. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SANTOS, Gabriel Trindade dos. **Protagonismo probatório do depoimento policial**: as fragilidades do processo penal acusatório em face da centralidade da prova testemunhal nos crimes da Lei de Drogas. 2020. 53f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2020.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

SEN, Amartya. Sobre Ética e Economia. Tradução: Laura Teixeira Mota. São Paulo. Companhia das Letras: 1999.

Silva IH de M e. **“LIBERAL NA ECONOMIA E CONSERVADOR NOS COSTUMES”** Uma totalidade dialética. Rev bras Ci Soc [Internet]. 2021;36(107):e3610702.

TURK, A. T. 1996. Conflict and Criminality. **American Sociological Review**, Washington (DC), v. 31, n. 3, p. 338-352, June.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 2007. **O inimigo no direito penal**. Eugênio Raúl. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

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

ZALUAR, A. (org.). 1999. **Drogas e cidadania**: repressão ou redução de riscos. São Paulo: Brasiliense.