

# **O PESO DA MÁSCARA: A AUSÊNCIA DE PADRÕES DE ANÁLISE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PELO JUDICIÁRIO NOS JULGADOS DE DROGAS**

**THE WEIGHT OF THE MASK: THE ABSENCE OF STANDARDS FOR JUDICIAL REVIEW OF THE CIRCUMSTANCES BY THE JUDICIARY IN DRUG CASES**

Maurilo Miranda Sobral Neto<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O presente trabalho se propõe analisar a atuação do Judiciário, através de uma pesquisa realizada junto ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, observando seu respectivo papel como ator na política criminal de drogas no país. Perquire-se, diante da repetição de casos, ao longo de anos de vigência das várias legislações que legitimam a política de guerra às drogas no Brasil e décadas de vigor do Código Penal Brasileiro, a ausência de padrões de análise na atuação do Judiciário e seu respectivo papel como ator na política criminal de drogas no país, visto que mesmo diante da intensidade punitiva e repressiva do estado na política de combate às drogas, houve no decorrer dos anos um aumento no acionamento do Judiciário nos crimes de drogas, em virtude do crescimento de condutas delitivas envolvendo tais crimes. Entretanto, em que pese tal recorrência na atuação do Judiciário, suas decisões tem sido apoiadas em critérios vagos da lei de modo a instituir ilegalidades que vão de encontro à dignidade pessoa humana e às diretrizes do regime democrático. Destarte, diante dos casos de drogas, incorreria o Judiciário na legitimação de atos exclusivamente punitivos e repressivos sustentando a máscara fria do simbolismo penal?

**PALAVRAS-CHAVE:** Política de guerra às drogas; Simbolismo Penal; Estado de Exceção

## **ABSTRACT**

This study intends to analyze the performance of the Judiciary, based in a research conducted in the website of the Supreme Court, remarking its respective role as an actor in the country's criminal drug policy. It is inquired, regarding the repetition of cases over the years of enforcement of the various laws that legitimize the war on drugs policy in Brazil, and decades of vigor of the Brazilian Penal Code, the absence of standards of analysis in the performance of the Judiciary and its respective role as an actor in the criminal drugs policy in the country, since even in face of the punitive and repressive intensity of the State's combat on drugs, there was through the years an increase in the activation of the Judiciary regarding drug crimes, due to the growth of the criminal behavior involving such crimes. However, in respect of the recurrence in the performance of the Judiciary, its decisions have been relied on vague criteria of the law in order to establish illegalities that are posed against the dignity of the human person and the guidelines of the democratic regime. Thus, in face of the drug cases, would the Judiciary incur in the legitimation of exclusively punitive and repressive acts, supporting the cold mask of the criminal symbolism?

---

<sup>1</sup> Educador Social pelo Instituto de Assistência Social e Cidadania (IASC), Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco- Unicap.

**KEYWORDS:** War on drugs policy; Criminal symbolism; State of exception

## **1 Construindo um Inimigo.**

O Brasil assim como a maioria dos países latino-americanos ao longo do seu processo de formação e solidificação político social, em que pese as garantias constitucionais referentes à dignidade da pessoa humana e as de caráter individual, necessários para a fixação e manutenção do estado democrático de direito, adotaram a política de guerra às drogas como modelo de política criminal de drogas no país. Desse modo, basta traçar uma simples análise da Lei nº 11.343/06 para observar o caráter exacerbadamente punitivo das penas impostas às infinitas condutas expostas na referida Lei, principalmente contra a figura do narcotraficante, além de se apoiarem em legislações infraconstitucionais com conceitos e dispositivos vagos que permitem uma atuação constitucionalmente duvidosa do Poder Judiciário e das instituições de repressão ligadas ao Executivo, atuantes na política de guerra às drogas.

Observa-se, dessa forma, que ao que tange a política criminal de drogas no Brasil existe um *modus operandi* caracterizado pela repressão unificada dos poderes e instituições que constituem o estado. De modo que as diretrizes ideológicas da Lei nº 11.343/06 consistem em reprimir com graves sanções os indivíduos envolvidos com a comercialização das substâncias ilícitas em contraponto ao caráter psiquiátrico-educativo atribuído às penas referentes ao consumo de drogas por usuários e dependentes, de modo que para ambos foram atribuídos características patológicas, mostrando a carência das definições técnicas da legislação.

Nesse sentido, expõe Salo de Carvalho (2013) que a Lei nº 11.343/06 criou dois estatutos autônomos com respostas punitivas de naturezas distintas: alta repressão ao traficante e patologização do usuário e do dependente químico com aplicação de penas e medidas.

Sendo assim, a política criminal de guerra às drogas no Brasil, baseada no modelo norte-americano, foi intensificada ao longo dos anos e tem como suporte legislações que preconizam maior repressão punitiva ao indivíduo classificado e estigmatizado como traficante, assim como a própria estrutura do sistema proibicionista para o usuário, apesar da latente ineficácia e fracasso de tais políticas repressivas ao redor do mundo. Nesse sentido:

(...) as políticas contra as drogas na América Latina têm seguido os passos da “guerra contra as drogas” propostas pelos EUA. Por esta abordagem, os governos pretendem livrar as sociedades das drogas com medidas repressivas. Após décadas

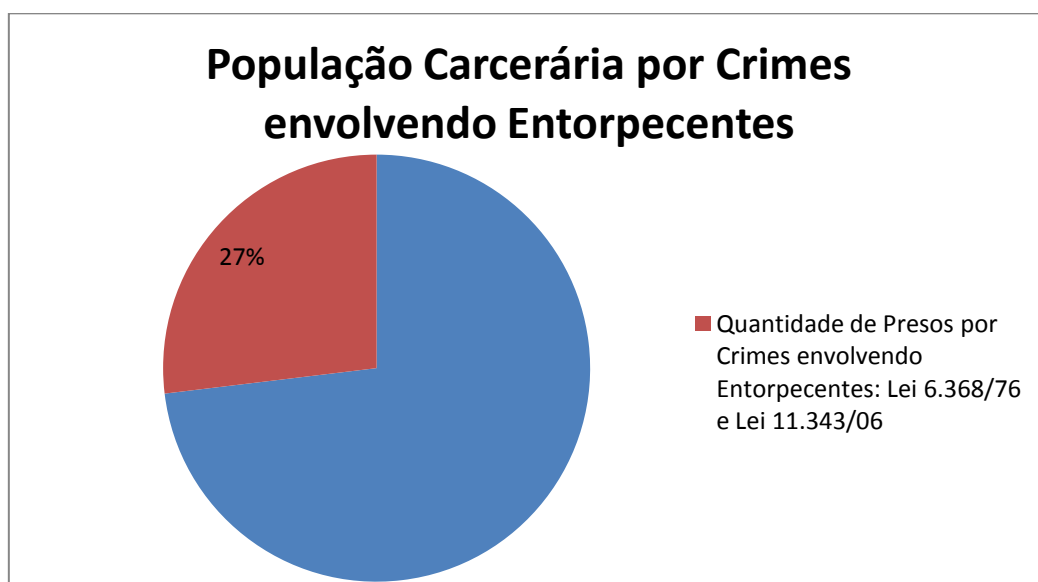
de experiência, essa política colheu um retumbante fracasso. Mesmo assim, seus seguidores não se cansam de propor doses mais fortes do mesmo remédio. (ROLIM, 2006, p.174)

Desse modo, ressalta-se que oito anos após a vigência da Lei nº 11.343/06 e o caráter excessivamente repressivo da guerra às drogas no Brasil, o legislativo mantém em aberto conceitos, critérios e classificações que permitem uma arbitrariedade retórica punitiva nos crimes envolvendo drogas nas diversas instâncias de atuação do Judiciário, sob a perspectiva de manutenção da ordem pública perante a constante periculosidade abstrata do agente.

Todavia, em que pese o caráter extremamente punitivo e repressivo da nossa legislação e a atuação do estado na política criminal de combate às drogas, os julgados de drogas vem aumentando ao longo dos anos representando no ano de 2013 a parcela de 2831 (dois mil oitocentos e trinta e um) casos apenas no Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>2</sup>.

Ademais, até Dezembro de 2012<sup>3</sup>, já alcançava 27% a porcentagem da população carcerária brasileira que se encontra sob custódia do estado por terem cometido algum crime envolvendo drogas, conforme o gráfico abaixo:

Gráfico nº 01 – População carcerária do Brasil por Crimes envolvendo Entorpecentes: Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06.



<sup>2</sup> Esse objeto foi delimitado ao colocar no campo de busca do sítio eletrônico do STJ ([www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)) a palavra “DROGAS” e limitar a pesquisa entre o período de 01/01/2013 à 31/12/2013.

<sup>3</sup> O sítio eletrônico do Ministério da Justiça ([www.ifopen.gov.br](http://www.ifopen.gov.br)) mantém os dados atualizados até Dezembro de 2012, acessado em 17/07/2014.

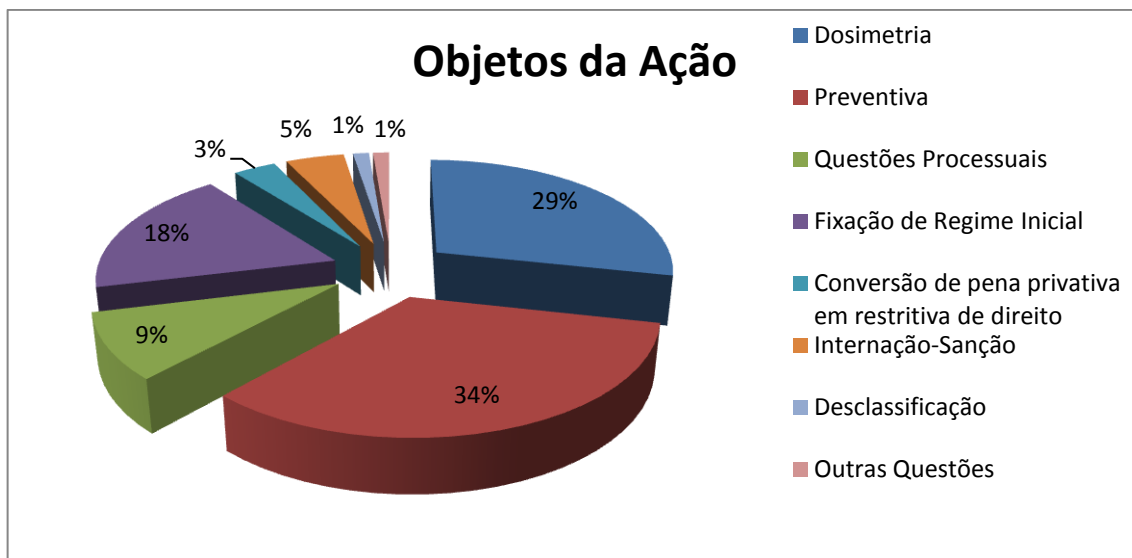
Impende-se ressaltar, entretanto, que apesar do número significativo, o Judiciário continua se apoiando e utilizando, ao longo dos julgados, os critérios ausentes de uniformidade como quantidade, tipo de droga, condições pessoais do agente e periculosidade em suas decisões nos diversos objetos dos crimes envolvendo drogas, não havendo qualquer unidade nos critérios decisórios o que acarreta graves consequências à manutenção dos direitos humanos e do estado democrático de direito.

A falta de uniformidade e critérios circunstanciais bem definidos nas decisões do Judiciário, principalmente quando se trata do Superior Tribunal de Justiça confluem para decisões constitucionalmente duvidosas visto que permite a instituição de penas extremamente exacerbadas sob a justificativa retórica punitiva permitida nas lacunas das legislações vigentes, além de ferir garantias previstas constitucionalmente.

Diante disso, no presente trabalho, através de uma análise quantitativa e qualitativa foram observados 10% dos julgados retirados do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça sob a temática droga, que foram a julgamento no ano de 2013, totalizando um universo de 238 (duzentos e trinta e oito) julgados. Dentro desse recorte foi observada a desconexão de critérios vagos inseridos na legislação e que são utilizados para a manutenção de decisões, especificamente nos casos de prisão preventiva e fixação do Regime Inicial de cumprimento de pena que são questões que totalizam 52% dos acórdãos analisados.

O recorte quanto aos julgados cujo objeto se refere aos casos de prisão preventiva e a fixação do Regime Inicial de cumprimento de pena foi necessário, em virtude das latentes arbitrariedades encontradas ao longo dos acórdãos, ilegalidades que vão de encontro à dignidade da pessoa humana e conseqüentemente às diretrizes do estado democrático de direito.

Gráfico nº 02 – Classificação dos julgados pelo Objeto da Ação



Nesse sentido, é latente a relevante parcela quantitativa que representam os julgados de drogas levados ao judiciário ao longo das últimas décadas. Todavia, questiona-se a ausência de critérios uniformes pelo Judiciário, principalmente ao que tange o Superior Tribunal de Justiça, responsável por uniformizar o caráter jurisprudencial de matérias infraconstitucionais. Ora, sabe-se que o direito penal exerce seu respectivo poder punitivo através de caráter extremamente seletivo criando e estigmatizando indivíduos, conforme expõe Zaffaroni (2007) indivíduos que são assinalados como inimigo da sociedade e consequentemente a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal e das diretrizes garantidas pelo direito internacional dos direitos humanos.

Desse modo, na perspectiva de política criminal de guerra às drogas, principalmente no aspecto da legislação brasileira, o inimigo instituído como indivíduo de extrema periculosidade e causador de danos irreparáveis à sociedade e à ordem pública foi atribuído à figura do narcotraficante, consequência da ampliação do conceito de inimigo para o direito penal diante da sua necessidade constante e voraz de construir a figura do inimigo a ser combatido. Conforme preconiza, Salo de Carvalho:

A inevitável ampliação do conceito de inimigo, ao ultrapassar o marco dos integrantes de ‘grupos terroristas’ para agregar as demais ‘organizações criminosas’ organizadas, fornece condições de expansão das malhas de punitividade com a radical ruptura dos sistemas de garantias. A beligerância do discurso penal do inimigo transpõe as ações de desrespeito ao direito exercidas pelas agências repressivas (ilegalidades toleradas), do plano fático ao discurso legitimador, abrindo espaços para a justificação do terrorismo de Estado (direito penal do terror) através da aplicação do direito penal (do inimigo). (CARVALHO, 2006, p. 259)

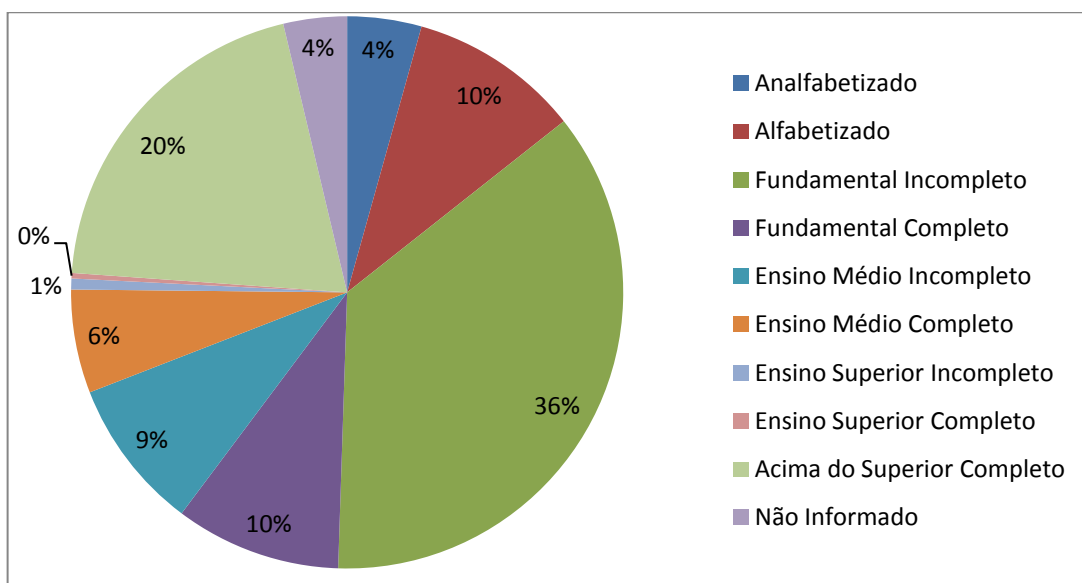
Sendo assim, tendo no traficante a figura do inimigo a ser combatido contra a sociedade, o estado utiliza-se de toda sua estrutura institucional para legitimar seu *modus operandi*. Nesse sentido, expõe Zaffaroni:

(...) a admissibilidade do conceito de inimigo no direito penal (ou no direito geral) do Estado de Direito, considerando como tal aquele que é punido só em razão de sua condição de ente perigoso ou daninho para a sociedade, sem que seja relevante saber se a privação dos direitos elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade) seja praticada com qualquer outro nome diferente do de *pena*, e sem prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direitos mais ou menos amplos. (ZAFFARONI, 2007, p.25)

Desse modo, o estado individualizou um inimigo a ser combatido nas políticas criminais de guerra às drogas, de modo que tal política é estabelecida através de instituições executoras da pretensão punitiva estatal que tem suas ações legitimadas por um arcabouço legal repressivo, além da doutrina e dos anseios da própria população que tornam autênticas e aceitáveis à atuação punitiva contra esse inimigo estigmatizadamente definido.

Percebe-se, entretanto, características sociais comuns dessa população carcerária ao traçar a análise do perfil desse inimigo arbitrariamente selecionado para o cárcere. Basta observar o baixo grau de escolaridade e conseqüentemente suas respectivas condições financeiras desfavoráveis, de modo que indivíduos de baixa escolaridade e conseqüentemente classe econômica desfavorável caracterizam a maioria da população carcerária<sup>4</sup>, conforme ressalta o gráfico abaixo:

Gráfico nº 03 – Grau de escolaridade da população Carcerária Brasileira.



<sup>4</sup> O IFOPEN apresenta os dados referentes ao grau de escolaridade dos presos inseridos no carcerário de modo geral, não se restringindo aos crimes envolvendo drogas.

Diante do estigma criado sobre um inimigo previamente definido e de toda estrutura elaborada para direcionar a pretensão punitiva a um bode expiatório (narcotraficante), grande parte da população se apega ao discurso penal punitivo como forma de ter garantida sua segurança e liberdade individual. Tal atuação consiste basicamente na imposição de uma moral particular que transformada em alarde público é tomado como argumento sólido para a justificativa da violência desproporcional imposta como política de combate às drogas. Conforme salienta:

Não é a ameaça real da criminalidade e da violência que conta para a definição de uma política de segurança e sim a percepção de tal ameaça pela coletividade. Estes sentimentos de ameaça, que dominam a população são canalizados para reivindicações de imediato arrocho nos meios coercitivos e tornam o relaxamento dos Direitos fundamentais bem como sua corrosão pelo Estado não só toleráveis como objeto de exigência da população. (TORON,1996, p. 93.)

O populismo punitivo vivenciado nas sociedades contemporâneas, principalmente as latino-americanas é consequência da ausência de estruturas e políticas governamentais internas e da própria comunidade internacional, que atuam através de políticas ineficazes de diminuição da criminalidade.

Diante disso, a população utiliza o discurso punitivo e temerário sob a falácia de segurança pública, que se apoia na própria política criminal de repressão instituída pelo estado, caracterizando um perigo ao regime democrático de direito e um genocídio institucionalizado através de grave violação dos direitos humanos. Nesse sentido:

Com frequência instrumentalizam-se vítimas ou seus parentes, aproveitando, na maioria dos casos, a necessidade de desviar culpas e elaborar o dolo, para que encabeçam campanhas de *lei e ordem*, nas quais a vingança é o principal objetivo. **As vítimas assim manipuladas passam a opinar como técnicos e como legisladores e convocam os personagens mais sinistros e obscuros do autoritarismo penal *volkisch* ao seu redor, diante dos quais os políticos amedrontados se rendem, num espetáculo vergonhoso para a democracia e a dignidade da representação popular. (grifos nossos) (ZAFFARONI, 2007, p.75)**

Observa-se, desse modo, a gravidade da manutenção de um discurso punitivo maquiado como meio de justificativa e garantias de segurança pública quando em essência há apenas a execução de um instinto social vingativo, além de estabelecer precedentes que encobrem a violência pretendida na legislação penal, como forma de assegurar as estruturas supérfluas do simbolismo penal. Conforme exposto a seguir:

Na tensão entre a segurança individual, vivenciada pela sociedade que se vê cada vez mais como vítima em potencial, e a crise da segurança (pública) apresentada pela incapacidade dos Órgãos de Estado de administrar minimamente os riscos, tentações autoritária brotam com a aparência entre custos e benefícios, o sacrifício

de determinados direitos e garantias fundamentais aparenta ser um preço razoável a ser pago pela retomada da segurança. Sua assimilação resta ainda mais fácil se estes direitos e garantias a serem suprimidos integrarem o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de outro considerado com o obstáculo ou ameaça que deve ser reputada como “ninguém” (não ser) (CARVALHO, 2007, p.261)

Destarte, encontra-se presente o seguinte cenário na formação e execução de políticas criminais de drogas no Brasil, uma legislação específica cuja base ideológica constitui uma ferramenta essencialmente repressiva e punitiva, além de um ordenamento legislativo infraconstitucional (direito material penal e processo penal) exercendo a função de instrumentos que legitimam a violência estatal, quando deveriam ser utilizados como instrumentos de contenção de violência, em meio a uma sociedade que cobra do estado soluções punitivas eficazes e tranquilizadoras. Ademais, o *modus operandi* de instituições estatais de caráter administrativos-executivos (polícia e ministério público) e Judiciais (magistrados e tribunais), apoiando-se em dispositivos legais vagos e de constitucionalidade duvidosa executam atos contrários a dignidade da pessoa humana e que torna nulo as diretrizes estruturais para manutenção de um estado democrático.

## **2 Atuação do Judiciário nos crimes de combate às Drogas: Análise dos casos de fixação do regime inicial de cumprimento de pena.**

Diante do cenário acima exposto, é necessário analisar a atuação do Superior Tribunal de Justiça como agente competente para uniformizar os entendimentos jurisprudenciais supostamente de acordo com os princípios do estado democrático de direito vigente.

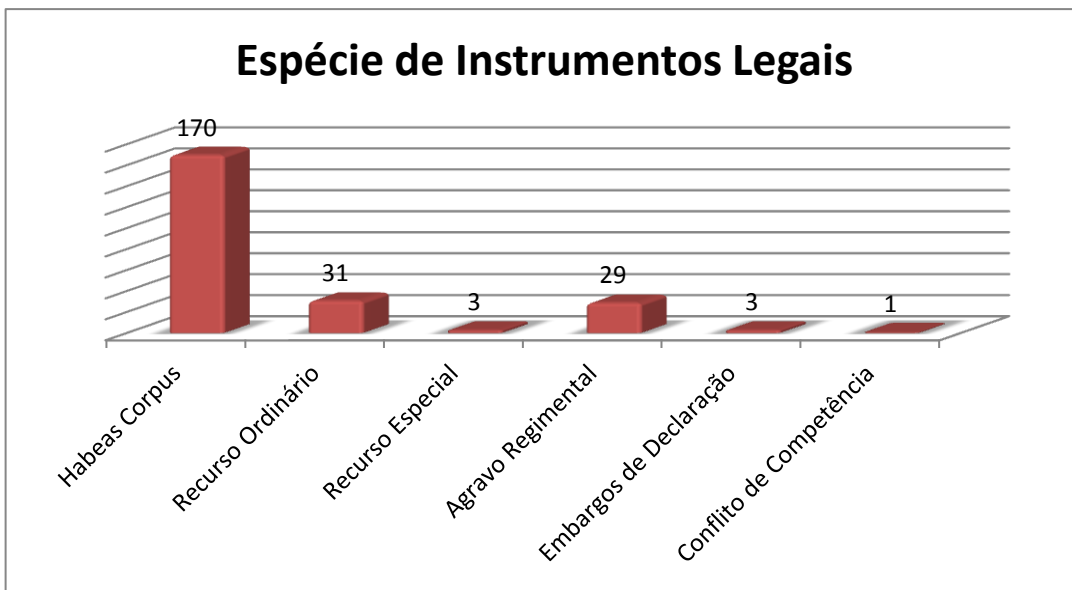
Desse modo, conforme exposto, os crimes envolvendo drogas assumem uma parcela significativa dos casos levados ao do Superior Tribunal. Sendo assim, observa-se que há um caráter urgente e imediato para que a matéria seja apreciada pelo tribunal, visto que dentro do universo de julgados observados o principal instrumento utilizado pelos requerentes foi o Habeas Corpus, em que pese o STJ ter se posicionado no sentido de restringir o manejo do *writ* em consonância com o Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup>, principalmente como instrumento substitutivo de outros meios legais originalmente cabíveis. Conforme o gráfico abaixo:

---

<sup>5</sup> A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso cabível.

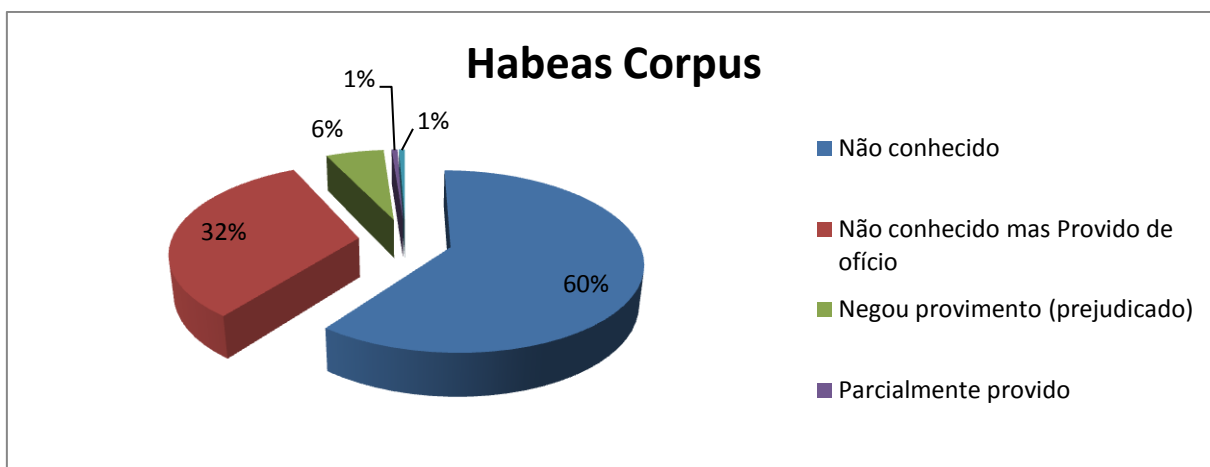


Gráfico nº 4- Espécie de Instrumentos Legais



Ora, a impetração do Habeas Corpus aponta que, pelo menos em tese, em 170 (cento e setenta) casos dos julgados analisados, existem ilegalidades imediatas nas decisões que prejudicam o direito de locomoção do réu nos casos de drogas. Nesse sentido, conforme pode ser observado no gráfico a seguir (gráfico nº 05), apesar da restrição do STJ quanto ao manejo do referido remédio constitucional, não o conhecendo em mais da metade dos casos em que foram impetrados Habeas Corpus (60%), o tribunal verifica a existência de ilegalidade que justifique a sua atuação de ofício, situação esta ocorrida em 32% dos casos analisados. Hipótese que demonstra a ocorrência de atos punitivos exacerbados e ilegais pelo judiciário em uma parcela relevante, como pode ser observado no gráfico a seguir:

Gráfico nº 05 - Habeas corpus nos julgados de Drogas no STJ



Ora, tais ilegalidades foram cometidas pelos magistrados e tribunais sob o manto vago das nossas legislações, basta uma simples leitura dos julgados para observar as condenações sendo aplicadas de forma arbitrária através de fundamentos baseados em critérios abstratos. Principalmente quanto aos critérios utilizados para a caracterização de periculosidade do agente definida em conjunto com outros requisitos circunstanciais previstos em lei e extremamente importantes para questões envolvendo, fixação de regime inicial e decretação da prisão preventiva, conforme exposto nos Artigos 33 e 59 do Código Penal e o Artigo 42 da Lei nº 11.343/06.<sup>6</sup>

Acontece, entretanto, que ao ler os referidos artigos, observa-se que os dispositivos legais são compostos por diversos critérios (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime, bem como o comportamento da vítima), além de outros critérios como quantidade e a espécie de droga apreendida, utilizados pelo Judiciário como medidas ponderadoras do seu respectivo exercício.

Sendo assim, para que o Judiciário atue dentro dos limites do Regime democrático, de modo que exerça a função de conter a violência institucionalizada, restringindo as brechas que permitem uma atuação estatal autoritária e punitiva é necessário a solidificação de uma jurisprudência sistemática e coesa, para que se evite posturas arbitrárias e exclusivamente punitivas, conforme salienta-se:

---

<sup>6</sup> **Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (grifos nossos):** I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. **Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado**

BRASIL. CÓDIGO PENAL (1940). **Código Penal Brasileiro**. Brasília, DF, Senado, 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 16 julho. 2014.

**Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.**

BRASIL. LEI Nº 11.343/06, Brasília, DF, Presidência, Casa Civil, 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)>. Acesso em: 16 de Julho. 2014

Quando estou falando em conter o poder punitivo, estou falando em conter essa violência do sistema, em reduzir essa violência do sistema. Pensar um direito penal de contenção do poder punitivo é programar uma jurisprudência, um conjunto de decisões, porque no fundo, o que nós fazemos é uma teorização, que oferece aos juízes um sistema de decisões coerentes e não contraditórias. (ZAFFARONI, 2005, p. 21)

Dessa forma, caberia ao Judiciário estabelecer critérios uniformes e coerentes para definição e aplicabilidade de tais requisitos nos casos concretos, visto que a ausência de definições mais sólidas e coesas permite a imposição de julgados estritamente arbitrários e ilegais, como pode ser observado na situação exposta a seguir:

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República. 2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade. 3. No caso, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, porque foi preso em flagrante, em 25/04/2012, com 22 (vinte e duas) porções de "crack", consubstanciadas em **4,0 g (quatro gramas)**. 4. **Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006**, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, **o Paciente não preenche os requisitos legais**. Na hipótese, **destacou o Tribunal de origem que a quantidade da droga apreendida evidencia o seu grau de envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional**. 5. **Inaplicável a minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006 quando, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas indicam o não preenchimento dos requisitos (grifos nossos)** (...) Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.os 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal. 7. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para determinar ao Tribunal de origem que, afastada a obrigatoriedade de regime fechado, proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 219.817/RN, Fixação do Regime Inicial, Quantidade de Droga, Relator: Min. Laurita Vaz, Julgado em 05/12/2013, Acesso em 13/05/2014)

Observa-se que no caso acima exposto foi afastada a incidência do §4 do Art. 33 da Lei de drogas sob o fundamento do envolvimento do réu com o tráfico de drogas e organizações criminosas, mesmo o acusado possuindo boas condições pessoais e ser réu primário conforme consta em seu respectivo relatório (fls. 04/05 do acórdão). Ademais, tanto o magistrado quanto o tribunal de origem negou a fixação de um regime de cumprimento de pena mais brando sob a justificativa da quantidade e qualidade da droga, 4,0g de Crack. Todavia, como pode ser observado, em que pese a potencialidade danosa da droga, a quantidade exposta no referido acórdão, com base nos indicativos de outros julgados poderia

ser inclusive classificada para consumo (art. 28 Lei nº 11.343), além do fato do réu ser menor de 21(vinte e um) anos, ser primário e possuir boas condições pessoais, o que relata a gritante ilegalidade da decisão acima exposta, posteriormente modificada pelo STJ.

Todavia, foi necessário que se recorresse à última instância pra que houvesse sido sanada a ilegalidade da decisão, advinda consequentemente da ausência de critérios definidamente estabelecidos, afim de que se evitasse a exposição do réu às arbitrariedades do Judiciário, que como já foi ressaltado desestabiliza as diretrizes instituídas pela Constituição Federal e do próprio regime democrático.

A repetição de fatos como este, ao longo de anos de vigência das várias legislações de política de drogas no Brasil<sup>7</sup> e de décadas do código penal e demais legislações, questiona a atuação do Judiciário e seu papel como ator na política criminal de drogas no país, de modo que incorreria o Judiciário na legitimação da repressão, e dissonante subsunção dos dispositivos penais com a realidade ao ponto de sustentar a máscara do simbolismo penal:

En tanto que esta función implica más que un mero adiestramiento y cruda modificación de comportamientos[26], esta obligada a realizar una intervención simbólica sobre sus destinatarios (el delincuente condenado en el caso de la resocialización y todos en los modelos preventivos generales)[27]. Debe implantar una determinada visión del Derecho penal en las mentes de la gente el cual enfatice La invulnerabilidad. La igualdad y la libertad, ya que de otra forma no se puede esperar una aceptación[28] de las partes. Cuanto más exigentes se formulen los fines preventivos de la pena(resocialización del delincuente; intimidación de la capacidad delictiva; reafirmación de las normas fundamentales), cuanto más extensos sean los fines de la pena, mas claramente parece su contenido simbólico: Persiguen con la ayuda de una intervención instrumental del Derecho penal (en cierto modo acorde con esta práctica) transmitir (cognitiva y emotivamente) el mensaje de una vida de fidelidad al Derecho. (HASSEMER, 1995, p.26)

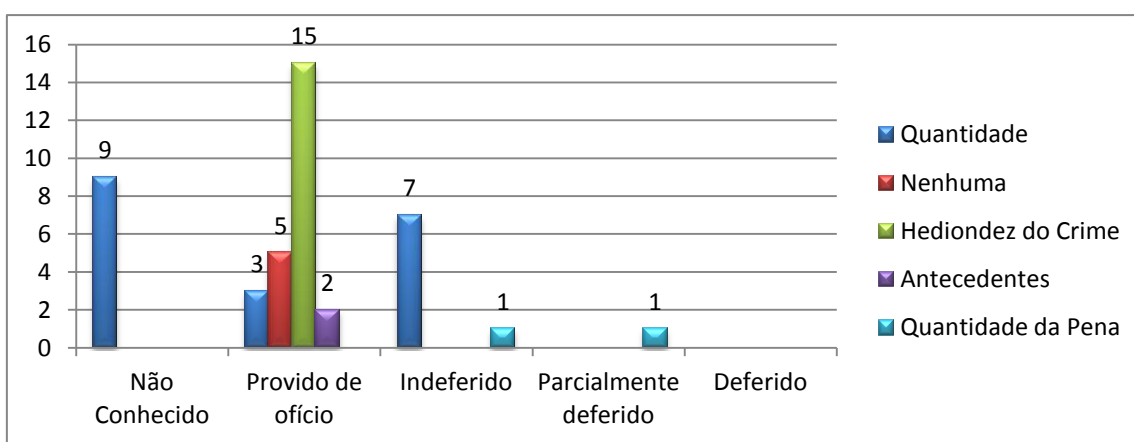
Nesse sentido, objetivando a atuação do Judiciário impende-se traçar a seguinte análise referente aos casos de fixação do regime inicial nos julgados envolvendo drogas. Conforme consta no Gráfico nº 02, os casos envolvendo a fixação do regime inicial de cumprimento de pena correspondem a 18% do universo de julgados analisados, correspondendo ao terceiro tema com maior quantidade de decisões. Sendo assim, ao analisar os respectivos dados, e conforme será demonstrado, restou claro o exercício do autoritarismo estatal e seu respectivo poder punitivo utilizado pelos magistrados e tribunais mediante a ausência de critérios legais bem definidos, sendo necessário tomar tais decisões como objeto de análise.

---

<sup>7</sup> Lei nº 6.368/76 e Lei nº 11.343/06

Desse modo, apesar de serem casos envolvendo drogas e de grande recorrência no Judiciário, houve a necessidade de atuação de ofício do Superior Tribunal de Justiça na grande maioria dos julgados, visando sanar as ilegalidades cometidas pelas instâncias inferiores, conforme pode ser observado no gráfico abaixo:

Gráfico nº 06- Classificação dos fundamentos e posicionamento do STJ nos casos de Fixação do Regime Inicial da Pena.



O gráfico acima trata exclusivamente dos casos cujo objeto é a fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Desse modo, os julgados foram classificados em cinco tipos de fundamentos diferentes (Quantidade, Nenhuma, Hediondez do Crime, Antecedentes e Quantidade de Pena) utilizados pelo Judiciário em suas decisões, seja para acolher o mérito, indeferir ou em virtude de alguma ilegalidade analisa-lo de ofício.

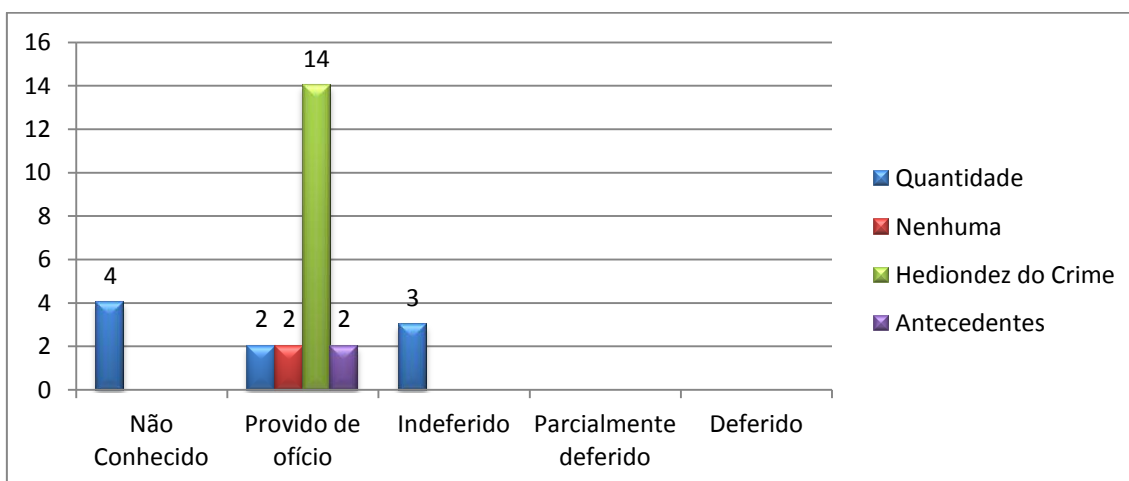
Observa-se que a grande maioria dos julgados foi provida de ofício pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo que tanto o tribunal de origem quanto o juiz de primeiro grau fixaram o regime mais gravoso para início da pena com base exclusivamente no caráter hediondo do crime, visto que a Constituição de 1988 equiparou o tráfico de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos conforme exposto no Art. 5 XLIII e posteriormente na Lei 8.072/90. Contudo, foi declarado inconstitucional o Art. 2º §1º da Lei nº 8.072/90 pelo Supremo Tribunal Federal, devendo ser utilizado para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do Art. 33, c.c art. 59 ambos do Código Penal e as Súmulas nº 440 do STJ<sup>8</sup> e 719 do STF.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> **STJ Súmula nº 440** - Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. ([http://stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=682&tmp.texto=97101](http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=682&tmp.texto=97101), acesso em 20/07/2014)

Desse modo, apesar de entendimentos sumulados e pacíficos no Superior Tribunal de Justiça e na Suprema Corte, a falta de uniformidade na jurisprudência legitima o exercício visivelmente punitivo e arbitrário nas decisões envolvendo drogas, visto que as demais instâncias instituem penas que fogem dos parâmetros legais, se utilizando da superficialidade e da ausência de coesão nas decisões do judiciário envolvendo critérios como quantidade, primariedade e condições pessoais do réu, tornando necessária a atuação do Superior Tribunal de Justiça para que a ilegalidade seja sanada.

Nesse sentido, o gráfico abaixo também foi gerado a partir das hipóteses de fixação do regime inicial, entretanto, foram selecionados unicamente os casos em que o réu apresenta primariedade e boas condições pessoais, visto que constituem teoricamente critérios favoráveis ao réu, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Conforme segue:

Gráfico nº 07 – Comportamento do STJ nos casos de Fixação do Regime Inicial da Pena nos casos em que o réu é primário.



Dessa forma, tal fato apenas confirma que a ausência de critérios e requisitos nas decisões judiciais, de modo que nos julgados de drogas prevalece como critério punitivo a potencialidade abstrata do delito em detrimento das circunstâncias judiciais do caso concreto, visto que a grande maioria dos casos envolvendo a fixação do regime inicial de cumprimento de pena foi levado em consideração apenas o caráter abstrato de dano do crime, havendo

---

**STF Súmula 719** - A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.  
([http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800), acesso em 20/07/2014)

<sup>9</sup> Brasil, STJ, 5ª Turma, HC 273.734-SP, Rel. Min Laurita Vaz, Julgado em 05/12/2013, acesso em 12/07/2014.

pouca diferença ao que tange as hipóteses de Hediondez do crime entre o gráfico anterior (gráfico nº 06), que não se restringiu exclusivamente aos casos onde há situações de condições favoráveis do réu, assim como foram desconsideradas outras circunstâncias judiciais específicas como a primariedade do réu.

Nesse sentido, entende-se que a ausência de atuação do judiciário à contenção de atos arbitrários e que confluem em um estado autoritário, cria obstáculos à superação dos defeitos do estado democrático de direito e seu respectivo desenvolvimento histórico, conforme segue:

Se entregamos os instrumentos de navegação do poder jurídico de contenção das pulsões autoritárias- normais em todo Estado de direito real- o poder jurídico fica privado de qualquer possibilidade de eficácia não somente, tática, como também estratégica. (ZAFFARONI, 2007, p.13)

Sendo assim, estamos diante de um judiciário que atua no abismo legislativo do estado democrático de direito não só cria obstáculos para a superação dos seus defeitos, mas põe em risco sua própria estrutura.

### **3 Estado de exceção como paradigma: ausência de critérios bem definidos do Judiciário nos casos de prisão preventiva.**

As legislações penais e processuais penais, entre os diversos meios institucionais, permite a utilização de medidas cautelares contra o réu, como a prisão preventiva, objetivando garantir a ordem pública, econômica e por conveniência da instrução criminal, conforme consta no Art. 312/CPP. Entretanto, a ausência de critérios bem definidos no judiciário consubstancia penas extremamente severas, principalmente nas situações envolvendo prisão preventiva, visto que diante da condenação antecipada do réu, deixa-se de punir, exclusivamente, o fato para aplicar uma condenação com base em critérios vagos de periculosidade e possíveis ameaças, sem respeitar os limites de barreiras formais e materiais constitucionais para a instituição da respectiva pena. Desse modo, diante de tais ilegalidades foi necessário traçar um recorte sobre os julgados envolvendo prisões preventivas dentro do universo de julgados analisados.

Nesse sentido, conforme expõe Salo de Carvalho (2006)<sup>10</sup> as medidas cautelares, principalmente as privativas de liberdade só devem ser estabelecidas quando representarem de

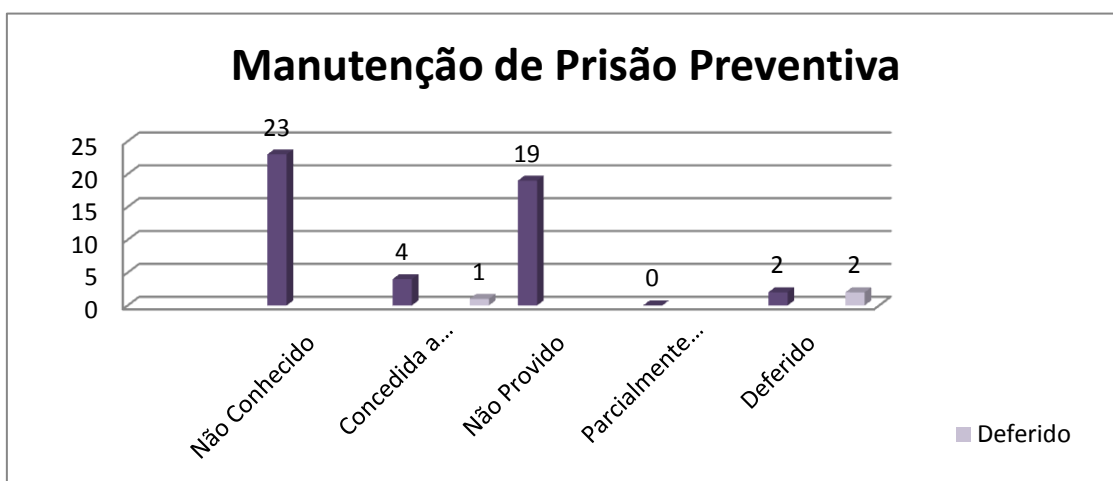
---

<sup>10</sup> Salo de Carvalho citando as conclusões Geraldo Prado no 10º seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (São Paulo, 2004), referente a sua tese de sobre os limites dos poderes das agências de punitividade na restrição dos direitos individuais.

fato uma medida que vise superar restrições formais e materiais constitucionais do estado de exceção. Desse modo, observa-se que a aplicação da prisão preventiva e as demais medidas cautelares e restritivas de direito só devem ser instituídas de forma excepcional, respeitando os limites formais e materiais do estado constitucional de direito.

Impende-se ressaltar, entretanto, que ao analisar os julgados do STJ principalmente ao que tange os casos em que se analisa a manutenção ou revogação de prisões preventivas, foi observado, em que pese a particularidade de cada caso, os magistrados, tribunais de origem e o próprio Superior Tribunal de Justiça vem utilizando tal medida de caráter excepcional como instrumento paradigma na execução de políticas de combate às drogas, para melhor visualização segue o respectivo gráfico:

Gráfico nº 08 – Análise do comportamento do STJ nos casos de Revogação e Manutenção de Prisão Preventiva sob a fundamentação da quantidade e tipo de droga.



Observa-se que do total de 238 julgados, os casos envolvendo prisão preventiva correspondem a 34% (79 julgados) dos acórdãos analisados, conforme exposto no gráfico 01, todavia, entre os casos analisados mais da metade (48 julgados) teve como fundamentação do acórdão a quantidade e tipo de droga apreendida com o réu. Ressalta-se, entretanto, que apenas em três casos o Superior Tribunal de Justiça revogou a prisão preventiva, sendo uma em sede de Habeas Corpus onde o *writ* não foi conhecido, mas foi provida a ordem em virtude de visíveis ilegalidades e os outros dois casos, foi em sede recursal, onde ambos os pedidos de revogação foram deferidos pelo Tribunal Superior.

Nesse sentido, observa-se que nos julgados cuja decisão para manutenção da prisão preventiva que teve como principal fundamentação a quantidade e tipo de droga apreendida com o réu, a grande maioria dos acórdãos manteve a segregação, e conforme será



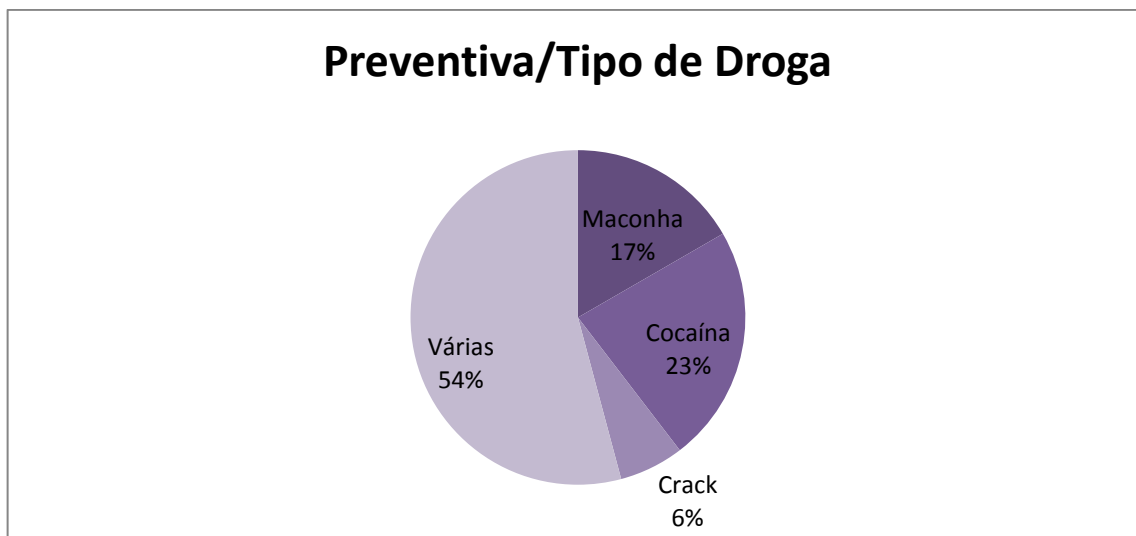
demonstrado adiante, tais critérios são desprovidos de unidade e uniformidade que justifiquem a manutenção da prisão preventiva.

Desse modo, ao analisar as decisões que atribuíram o rótulo de alta periculosidade ao indivíduo sob a justificativa de estar em posse de grande quantidade de drogas, foi observado que não há consonância no Superior Tribunal de Justiça e conseqüentemente no Judiciário de modo geral, visto que para a manifestação do STJ foi necessário a provocação das instâncias inferiores, quanto à quantidade de drogas que caracteriza a periculosidade do indivíduo e que justifique a manutenção da prisão preventiva, situação de extrema gravidade por abrir margem para decisões que violem garantias constitucionais, visto que as prisões preventivas são dotadas de caráter excepcional, devendo ser instituídas apenas em casos estritos.

Destarte, a falta de regulamentação pelo Judiciário, principalmente pelo STJ, conforme exposto anteriormente, transforma as vias judiciais em um instrumento que deveria ser utilizado como forma de contenção de arbitrariedade e punições excessivas como meio para legitimar e atribuir um estado de normalidade às violações de direitos constitucionalmente garantidos, tomando como paradigma de um estado de direito, atos restritivos de um estado de exceção.

Nesse sentido, a manutenção da prisão preventiva na parcela de julgados sob a justificativa do tipo de droga e quantidade carece de requisitos uniformes que garantam a preservação dos direitos do réu em um estado democrático. Ora, ao observar os julgados foi feita uma classificação dos casos quanto ao tipo de substância psicotrópica ilegal que se encontrava em posse do réu, conforme pode ser observado no gráfico abaixo:

Gráfico nº 09 – Critério de manutenção de prisão preventiva – Tipo de Substância psicotrópica.



Diante do gráfico acima colacionado, as substâncias encontradas nos casos analisados foram classificadas entre as situações envolvendo um único tipo de droga: Maconha (17%), Cocaína (23%), Crack (6%), que seria a cocaína em estado bruto, e nos casos envolvendo combinações de vários entorpecentes (54%) que foram apreendidos com o réu no momento da sua prisão em flagrante (ex: 200g de maconha e 25g de crack).

Dessa forma, os indivíduos que foram considerados uma ameaça à ordem pública e evitados de alta periculosidade, em virtude da potencialidade danosa do tipo de substância, em 17% dos casos foram presos preventivamente em posse única e exclusivamente de maconha, substância comprovada cientificamente que produz danos físicos e psicológicos inferiores ao de substâncias como o crack<sup>11</sup>, por exemplo, que consubstanciou 3% dos casos envolvendo posse de entorpecentes. Desse modo, soa duvidosa a falta de critérios precisos pelo Judiciário na instituição de medidas de caráter excepcional. Entretanto, para não incorrer em erro, impende-se necessário analisar o tipo de droga e sua respectiva potencialidade danosa juntamente com outros fatores assim, como a quantidade de entorpecente apreendida com o réu.

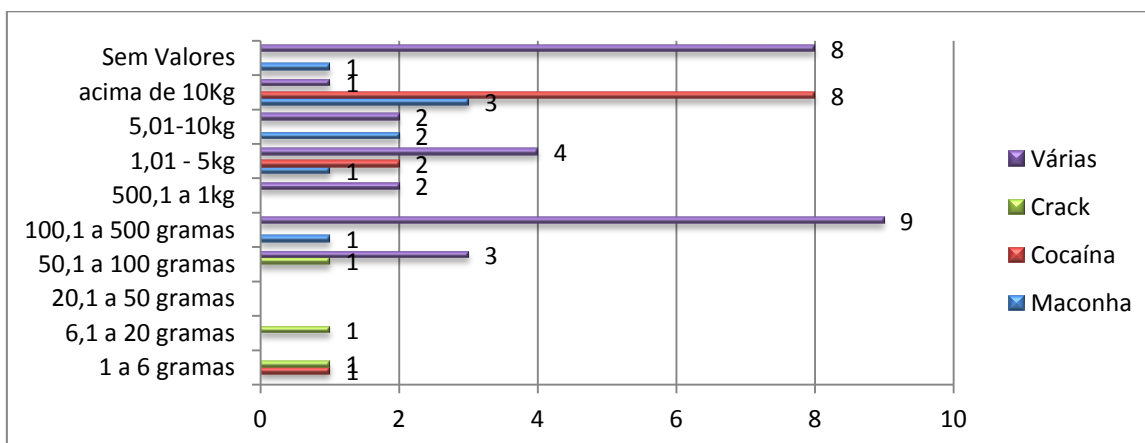
Destarte, além da justificativa do tipo de droga, a quantidade de entorpecentes apreendidos também é utilizada como critério para imposição de medidas cautelares. Sendo assim, tais critérios são imprescindíveis para realizar uma análise do comportamento do judiciário a respeito dos casos em que houve a instauração de prisão preventiva.

---

<sup>11</sup> “Cannabis does not have any neurotoxicity, such as defined in chapter 2. From this point of view, cannabis is completely different from alcohol, cocaine, ecstasy and psychostimulants, as well as certain drugs used for addiction.” Rapport Roques sur la dangerosité des drogues. (in French). Retrieved on 5 Mar 2007.

O gráfico abaixo mostra o comportamento geral do Judiciário, e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ao analisar os julgados envolvendo prisão preventiva sob a justificativa de quantidade de entorpecentes. Conforme segue:

Gráfico 10 – Critério de manutenção de Prisão Preventiva – Quantidade e Tipo de Substância Psicotrópica.



Sendo assim, em que pese a maior parte das prisões terem sido realizadas em casos cuja quantidade foi acima de 10 Kg e em situações envolvendo vários tipos de drogas, inclusive com baixo potencial de danos, o Judiciário instituiu prisões preventivas em casos onde o réu portava quantidades inferiores a 20 gramas, o que reforça a ausência de critérios estabelecidos pelo Judiciário.

Apesar do STJ ter revogado de ofício a prisão preventiva em alguns casos, e sanando tais ilegalidades em outros, o recurso ou Habeas Corpus sequer foi conhecido, em um intervalo de variação da quantidade de drogas entre 50 (cinquenta) gramas a 10 (dez) quilogramas, de modo que o Superior Tribunal de Justiça manteve a preventiva sob a justificativa de quantidade da droga, como pode ser observado no Gráfico nº 11, adiante colacionado, referente ao comportamento do Superior Tribunal diante dos casos de manutenção de preventiva sob a justificativa quantitativa de drogas.

Ademais, o próprio indicativo de medidas para aferir a quantidade de entorpecentes em posse do réu é disforme em grande parte dos julgados, visto que em muitos dos acórdãos analisados não há sequer a indicação de uma unidade precisa da quantidade de drogas, seja

em gramas ou quilogramas, constando apenas referências do quantitativo de entorpecentes na forma de invólucro, porções, pinos ou buchas<sup>12</sup>, conforme segue:

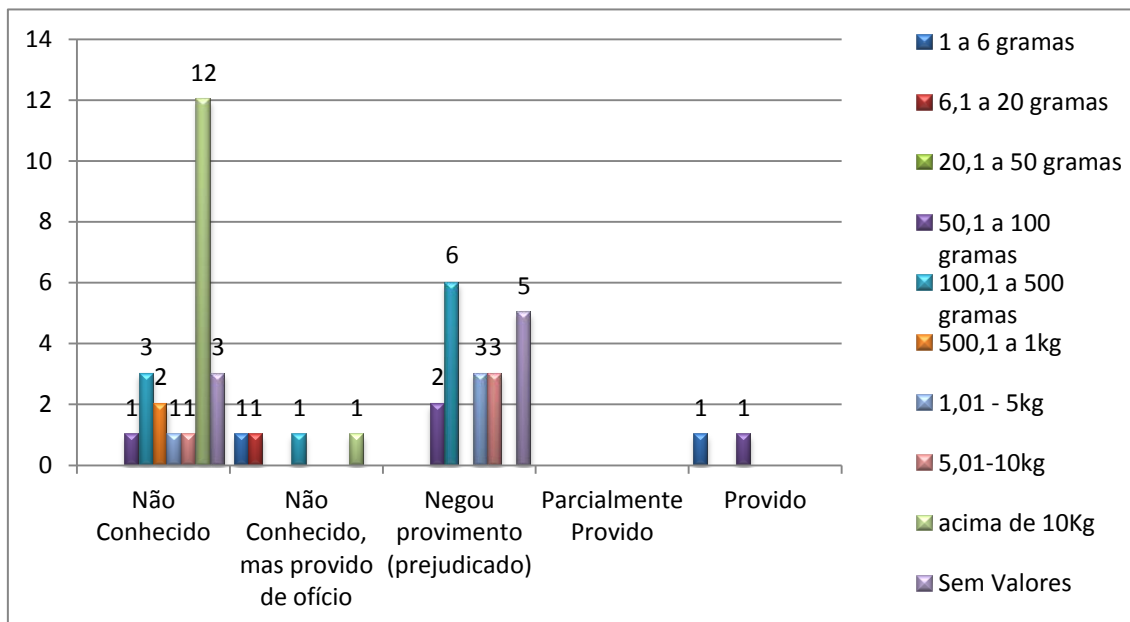
[...]

*A necessidade da segregação cautelar se encontra fundamentada na participação do paciente no tráfico de entorpecentes, diante das circunstâncias da prisão e dos entorpecentes apreendidos (14 porções de cocaína e 5 porções de "crack") tudo a evidenciar dedicação ao delito da espécie, alicerce suficiente para a motivação da garantia da ordem pública. (grifos nossos) (Brasil, STJ, Habeas Corpus nº 276.299-ES(2013/0287288-7), Quinta Turma, Relator: Laurita Vaz, julgado em 05/12/2013, Acesso em 18/06/2014).*

Desse modo, observa-se que o STJ não mantém um critério uniforme e preciso de medidas para a fixação de valores quantitativos, mesmo usando tal fundamento para a manutenção de prisões preventivas sob a justificativa de ameaça à ordem social.

Nesse sentido o gráfico abaixo, mostra o comportamento do Superior Tribunal referente a tal matéria:

Gráfico nº 11 – Análise do Comportamento do STJ nos casos de prisão preventiva sob a fundamentação da quantidade de drogas.



<sup>12</sup> Habeas Corpus nº 253.450/MG (2012/0187667-7) (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Truma, Relatora: Laurita Vaz, julgado em 10/12/2013, acesso em: 12/06/2014)  
 Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 40.475/MG (2013/0294059-4) (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, julgado em 03/12/2013, acesso em 13/07/2014)  
 Habeas Corpus nº 276.299 - ES (2013/0287288-7) ( Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Relator: Moura Ribeiro, Julgado em 05/12/2013, acesso em: 13/06/2014.

Ao traçar uma análise sobre o gráfico acima, observa-se, ao que tange o critério exclusivamente de quantidade de droga como fundamento para manutenção das prisões preventivas, o Superior Tribunal de Justiça teve como fundamentação da segregação preventiva do réu, critérios vagos e amplos, concernentes a uma vasta escala de valores quantitativos, variando entre uma grama e quantidades acima de dez quilos, além dos casos em que o judiciário não fixou critérios claros para a aferição de quantidades elevadas e que de fato possam atribuir periculosidade ao agente, ao ponto de se tornar uma ameaça à ordem pública.

Desse modo, observa-se que medidas de caráter excepcional são utilizadas pelo judiciário, apoiados na vagueza da legislação, como instrumento ordinário nos casos envolvendo drogas, de modo a instituir um estado de exceção sob a falácia de manutenção da ordem pública em um estado democrático de direito.

O estado de exceção, na óptica do italiano Giorgio Agamben, consiste na forma como o estado e sua respectiva política contemporânea atua de modo a legitimar a arbitrariedade, violência e suspensão dos direitos em nome da Segurança e Soberania Nacional. O estado de exceção apresenta-se como forma legal daquilo que não pode ter forma legal (AGAMBEN, 2007, p.13). Sendo assim, o estado de exceção constitui um ponto indeterminado entre o ordenamento jurídico e o fato político, visto que é instituído por leis que determinam sua própria suspensão. Conforme segue:

A teoria do estado de exceção pode ser apresentada como doutrina da soberania. O soberano, que pode decidir sobre o estado de exceção, garante sua ancoragem na ordem jurídica. Mas, enquanto a decisão diz respeito aqui à própria anulação da norma, enquanto, pois, o estado de exceção representa a inclusão e a captura de um espaço que não está fora nem dentro (o que corresponde à norma anulada e suspensa), “o soberano está fora [*steht ausserhalb*] da ordem jurídica normalmente válida e, entretanto, pertence [*gehört*] a ela, porque é responsável pela decisão quanto à possibilidade de suspensão *in toto* da constituição”. (AGAMBEN, 2007, p.57)

Acontece, entretanto, conforme exposto, que o estado de exceção vem se tornando paradigma de governo, principalmente ao que tange as políticas criminais de combate às drogas, de modo que o caráter excepcional dos atos vem dando lugar a um *modus operandi* cada vez mais permanente, onde o estado com seus respectivos poderes e demais órgãos institucionalizados, ancorados na ordem jurídica vigente e sob a premissa de Segurança Nacional e manutenção da Ordem Pública, vem agindo de modo a suspender e violar direitos

e garantias constitucionais, tornando permanente o caráter excepcional da violência institucional. Conforme exposto a seguir:

O discurso liberal de estar o direito penal voltado ao respeito da legalidade e da igualdade na tutela dos principais interesses e valores da sociedade (bens jurídicos), ficou localizado no plano das funções declaradas, pois a beligerância continuou sendo a constância do sistema repressivo (função real), ou seja, a justificativa de excepcionalidade da violência institucional restou permanente. Desta forma, a retórica humanista acabou adquirindo papel dissimulador à programação autoritária. (CARVALHO, 2013, p.144-145)

Observa-se que nos crimes envolvendo drogas dentro do universo de julgados analisados, as prisões preventivas geralmente são instituídas sob a justificativa de garantia da ordem pública e garantia de aplicação da lei penal. Acontece, entretanto, que os magistrados se apoiam no vácuo da legislação e no exercício de sua soberania institucional, onde são criadas situações que apoiadas na legislação determinam sua própria suspensão.

Apesar da contradição com a realidade, nos diversos tribunais, assim como o Supremo Tribunal de Justiça é entendimento comum que os casos de prisão preventiva devem ser instituídos de forma excepcional, apenas quando preenchidos os requisitos determinantes na lei (art. 312 – 316/ CPP), sendo a liberdade a principal garantia do réu. Conforme expõe o seguinte julgado:

[...]

VI, Consoante a jurisprudência do STJ, "a prisão provisória é **medida odiosa, reservada para os casos de absoluta imprescindibilidade (grifos nossos)**, demonstrados os pressupostos e requisitos de cautelaridade. Na hipótese, estando a prisão fundamentada na gravidade concreta dos fatos, cifrada na significativa quantidade de droga apreendida com a paciente (92,2 gramas de maconha e cerca de 42 buchas de cocaína), **evidencia-se o risco para ordem pública. (grifos nossos)**  
VII. Habeas corpus não conhecido. (Brasil, Supremo Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 277.333-PR (2013/0309899-8, sexta turma, Relatora: Assusete Magalhães, julgado em : 12/12/2013, acesso em 28/06/2013)

Entretanto, ressalta-se que ao traçar uma análise quantitativa- qualitativa de 10% dos julgados do ano de 2013, referentes à temática de droga no Supremo Tribunal de Justiça, dando ênfase especialmente aos casos de manutenção ou decretação de prisão preventiva e fixação do regime inicial de pena, foi observado que a excepcionalidade, vem se tornando paradigma nos casos envolvendo prisões cautelares.

Sustenta-se no Brasil um discurso extremamente punitivo e autoritário na política criminal de combate às drogas, na medida em que o estado com base em ideologias de segurança nacional, defesa social e movimentos de lei e ordem consubstanciam instrumentos para potencializar a violência do combate à criminalidade.

Tal postura torna legítima qualquer forma de selvageria voltada a solidificar a política contra as drogas. Nesse sentido:

Ao estar sustentado no fundamento da segurança (nacional e pública) a violência estatal é banalizada, sendo sua programação potencializada e tendendo naturalmente ao abuso. Legítima ou não, a intervenção das agências repressivas é sempre considerada válida. (CARVALHO, 2013, p. 96)

Desse modo, o judiciário vem se apoiando na própria lei e seus conceitos vagos, assim como nos demais instrumentos institucionais para tornar legítimo o discurso punitivo extremamente violento e estigmatizante contra os crimes de drogas, visto que sob a falácia de manutenção de segurança pública são instituídos permanentes atos de segregação contra os réus nos julgados de drogas de modo a tornar permanente o que seria excepcional.

#### **4 Conclusões: Uma guerra sem vencedores.**

Diante da análise do universo de dados acima destacado (10% dos julgados de drogas referentes ao ano de 2013), não é possível estabelecer conclusões peremptórias sobre a atuação do Superior Tribunal de Justiça nos casos de drogas, visto que além da limitação metodológica da presente pesquisa, o universo de dados estudados se restringe a porcentagem de 10% dos julgados de drogas referentes ao ano de 2013 pelo STJ, de modo que tal valor corresponde apenas a 238 acórdãos dentro do universo de 2381 casos.

Ademais, além de tais limitações, a presente pesquisa não objetiva apresentar lógicas e estruturas para a fixação de critérios que engessem a atuação do judiciário nos casos envolvendo drogas, de modo a transformar questões envolvendo prisão preventiva, fixação de regime inicial da pena, ou diversos outros casos como dosimetria da pena em uma equação matemática.

Destarte, seria de extremo equívoco instituir padrões resolutivos a serem aplicados nos diversos casos envolvendo questões de drogas. Pode-se dizer que seria o enforcamento do Judiciário em seu próprio poder decisório e punitivo o que colocaria em risco ainda mais, as estruturas e diretrizes do estado democrático de direito. Nesse sentido:

**A perspectiva dogmática no direito, visando sempre procurar instrumentos e mecanismos para estabilizar os julgamentos, na incessante busca do (ilusório) sonho positivista/legalista da segurança jurídica (previsibilidade e padronização das decisões), forjou na doutrina e na jurisprudência nítida tendência de criação de fórmulas resolutivas calculáveis, (grifos nossos) mormente no que se convencionou chamar de *hard cases* (casos complexos), cujo exemplo significativo pode ser verificado nas questões envolvendo a tipificação das condutas relativas às drogas ilícitas. As construções normativas e dogmáticas podem servir apenas como *indicativos*, mas nunca como *fundamento tarifado* de**

**juízos ou de decisões, isto é, de forma alguma podem proliferar-se como *Standards* motivacionais ou reproduzir-se como critérios jurisprudenciais de justificação do ato de imputação e de decisão (grifos nossos) (CARVALHO, 2010, p.329)**

Impende-se ressaltar, entretanto, que a ausência de uma aplicação uniforme, através de critérios indicativos bem definidos pelo judiciário na subsunção dos dispositivos legais que expõe “circunstâncias judiciais”, como artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei 11.343/06, permite uma atuação extremamente arbitrária dos magistrados, tribunais e do próprio Superior Tribunal de Justiça que ao invés de atuar de modo a sanar as inúmeras ilegalidades que vão se repetindo ao longo de anos, acabam atuando de forma a legitimar tais agressões, apoiados no próprio vazio legislativo.

Sendo assim, para que o Judiciário atue de forma a reduzir as irracionalidades punitivas e assuma dentro de um regime democrático uma postura a não abrir possibilidades que visem legitimar atos autoritários de caráter estritamente punitivos do estado. Tornar-se necessário a consolidação de uma jurisprudência técnica e redutora de possibilidades arbitrárias. Nesse sentido:

Não vamos reduzir o poder punitivo fazendo uma jurisprudência irracional. Se o poder punitivo é irracional, somar uma irracionalidade à outra não faz mais do que criar duas irracionalidades. Potencializa-se a irracionalidade. Para reduzir o poder punitivo, necessitamos providenciar ao judiciário uma teoria coerente, uma teoria com um nível técnico respeitável, uma teoria de alto nível técnico, mas uma teoria que faça uma redução racional de um poder que basicamente é irracional. (ZAFFARONI, 2005, p.34)

Desse modo, a ausência de atuação do poder Judiciário na contenção das pulsões autoritárias acaba por tornar legítimo um regime punitivo a um inimigo estigmatizado e de classe social definida, submetendo-o a um procedimento onde já estão previamente condenados:

**Os encarcerados por tráfico das chamadas drogas ilícitas têm rosto, nome, história e cidadania. [...] não são os donos de seus processos penais, ne seus protagonistas. São suas vítimas, já que, no caso específico da lei antidrogas, submetem-se a um rito processual que os pré-condena, à medida que fulmina a presunção da inocência, dificulta a ampla defesa e o contraditório e estimula a fúria social contra esses indivíduos. (grifos nossos) (GUILHERME, 2012, p. 19)**

Destarte, através da ausência de dispositivos legais à atuação do Judiciário incorre em situações constitucionalmente duvidosas e que vão de encontro às diretrizes de um estado



democrático de direito, de modo a instituir um permanente estado de exceção, por meio da suspensão da própria ordem jurídica<sup>13</sup>.

Nesse sentido, a ausência de critérios bem definidos, como nos casos de instituição e manutenção de prisão preventiva sob a justificativa de quantidade e potencialidade danosa da droga apreendida como indicativo da suposta periculosidade do réu, ou nas hipóteses de fixação de um regime inicial mais severo constitui uma forma de justificativa daquilo que deveria ter caráter excepcional, tomando como paradigma a violência institucional.

## **6 Referências**

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Editora boitempo, 2004.

ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das Drogas: um guia informal para o debate nacional**. São Paulo: Editora Leya, 2012.

BARATTA, Alessandro. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. In: CRUZ, Marcus Vinícius Gonçalves da. In: SANTOS. Andréia do. In: RIBEIRO Ludimila Mendonça Lopes. In Souza Letícia Godinho de. **A justice informal em linha de montagem Estudo de caso da dinâmica de atuação do JECRIM de Belo Horizonte**, Porto Alegre: editora *civitas*, v.10, n.2, p.245-269,2010.

BECKER, Howard. **Outsiders: studies in the sociology do desviance**. Nova York: The Free Press, 1963.

CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da lei 11.343/06)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris,2010.

\_\_\_\_\_ **A Política de Drogas: Mudanças e Paradigmas ( Nas Trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: Depoimento sobre os Danos Diretos e Colaterais Provocados pela Guerra às Drogas)** Revista.EMERJ, V.16, n.13(edição especial), p.46-49, out-dez, 2013.

---

<sup>13</sup> Giorgio Agamben, Estado de Exceção, P.15.

\_\_\_\_\_ **AntiManual de Criminologia**. 3ª edição, revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_ **Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente**. Revista Crítica Jurídica nº 25. Julho/DIC, 2006.

GUILHERME, Vera Maria. **Quem tem medo do lobo mau?: A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil: Por uma perspectiva abolicionista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de Bienes Jurídico*, en Varios Autores, Santiago: Editora Jurídica Conosur, 1995, p.23-36.

JÚNIOR, Fayet Ney In JÚNIOR, Inezil Penna Marinho. **Complexidade, Insegurança e Globalização: Repercussões no Sistema Penal Contemporâneo, Sistema Penal e Violência**, Porto Alegre, v.1, n.1, p.84-100, 2009.

ROLIM, Marcos Flávio, **A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**, Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

SOZZO Máximo, **Revista: Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 33-65, jul./dez. 2009

TORON, Alberto Zacharias, *Crimes Hediondos – O Mito da Repressão Penal*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro, 1991.

ZAFFARONI, E.R. **Globalização, sistema penal e a ameaça ao estado democrático de direito**, p.17-38, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, livro coordenado por: Maria Lúcia Karam.

ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.