



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**KAICK CRUZ OLIVEIRA**

**A APLICAÇÃO DA PENA NOS CRIMES DA LEI DE DROGAS**

Salvador

2018

KAICK CRUZ OLIVEIRA

**A APLICAÇÃO DA PENA NOS CRIMES DA LEI DE DROGAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovado em 1º de março de 2018.

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (Orientadora) \_\_\_\_\_

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Universidade Federal da Bahia

Daniel Nicory do Prado \_\_\_\_\_

Doutorado em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Faculdade Baiana de Direito

Homero Chiaraba Gouveia \_\_\_\_\_

Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Universidade Federal da Bahia

**KAICK CRUZ OLIVEIRA**

**A APLICAÇÃO DA PENA NOS CRIMES DA LEI DE DROGAS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

Salvador  
2018

OLIVEIRA, Kaick Cruz. **A aplicação da pena nos crimes da Lei de Drogas**. 66 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018.

## **RESUMO**

O estudo aborda as controvérsias que envolvem a atividade de determinação da pena nos crimes relacionados às drogas. Parte da hipótese de que os critérios legais de dosimetria, já bastante amplos no ordenamento jurídico brasileiro, são excessivamente inseguros no caso específico do tráfico de drogas e crimes relacionados, deixando espaço para o decisionismo e se distanciando das finalidades declaradas de retribuição, prevenção geral e ressocialização. Em primeiro lugar, buscou-se identificar as origens e as principais características do atual contexto da política criminal de guerra às drogas. Em seguida, se fez um esforço de analisar as posições da dogmática e da jurisprudência sobre a temática, à luz das teorias sobre a pena. Concluiu-se que a doutrina e a jurisprudência pouco tem feito para suprir a indeterminação legislativa na aplicação da pena nos crimes da lei de drogas, resultando no desprestígio das noções de retribuição, prevenção e ressocialização, via de regra em prejuízo do apenado

Palavras-chave: Aplicação da pena; teorias da pena; guerra às drogas; Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas).

## **ABSTRACT**

The study addresses the controversies surrounding the determination of sentence length in drug-related crimes. It is based on the hypothesis that the legal dosimetry criteria, already quite broad in the Brazilian legal system, are excessively insecure in the specific case of drug trafficking and related crimes, leaving room for decisionism and distancing itself from the stated purposes of retribution, general prevention and resocialization. First, the study sought to identify the origins and main characteristics of the current context of the “war on drugs” criminal policy. Then, an effort was made to analyze the positions of dogmatics and jurisprudence on the subject, in light of the theories of criminal penalties. In conclusion, it was found that doctrine and jurisprudence have done little to fill the indeterminacy of legal criteria concerning the sentence length determination in crimes of the drug law, resulting in the discredit of the notions of retribution, prevention and resocialization, usually to the detriment of the defendant.

Keywords: Application of sentence; theories of criminal penalties; war on drugs; Law no. 11.343 / 2006 (Drug Law)

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>5</b>
<b>2 CONTROLE PENAL DE DROGAS: HISTÓRICO E QUADRO ATUAL</b> .....	<b>7</b>
2.1 FORMAÇÃO DAS NOÇÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE DROGAS.....	7
2.2 O ADVENTO DO PROIBICIONISMO.....	9
2.3 SOB A ÉGIDE DA ONU: CONSENSO MUNDIAL ACERCA DA GUERRA ÀS DROGAS.....	12
2.4 DOS ANOS 1990 AOS DIAS ATUAIS: IMPLICAÇÕES E VETORES DE REFORMA NAS POLÍTICAS DE DROGAS.....	15
<b>3 APLICAÇÃO DA PENA NO TRÁFICO DE DROGAS: DIRETRIZES PENAIS E PROCESSUAIS E CONSEQUÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS</b> .....	<b>28</b>
3.1 A ESCOLHA PELO MARCO TEÓRICO DO MINIMALISMO.....	30
3.2 APLICAÇÃO DA PENA: DO ARBÍTRIO À DEMANDA POR RACIONALIZAÇÃO..	33
<b>3.2.1 Teorias legitimadoras do poder punitivo</b> .....	<b>33</b>
<b>3.2.2 As teorias legitimadoras e os métodos de dosagem da pena</b> .....	<b>35</b>
3.3 APLICAÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	39
<b>3.3.1 Breve explicação do sistema trifásico</b> .....	<b>39</b>
<b>3.3.2 Contradições em fundamentos da dosimetria da pena: uma análise sobre o TJDF</b> .....	<b>44</b>
3.4 ESPECIFICIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA NOS CRIMES RELACIONADOS ÀS DROGAS.....	46
<b>3.4.1 Contradições na aplicação da pena por tráfico de drogas: um estudo sobre a Vara de Tóxicos de Feira de Santana</b> .....	<b>49</b>
3.5 A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º.....	50
<b>3.5.1 Uma breve revisão</b> .....	<b>51</b>
<b>3.5.2 Reincidência</b> .....	<b>53</b>
<b>3.5.3 Antecedentes</b> .....	<b>53</b>
<b>3.5.4 Dedicção a atividade criminosa</b> .....	<b>54</b>
<b>3.5.5 Integração em organização criminosa</b> .....	<b>59</b>
<b>4 CONCLUSÃO</b> .....	<b>62</b>
<b>5 REFERÊNCIAS</b> .....	<b>64</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste trabalho é identificar e examinar os argumentos utilizados por órgãos do Poder Judiciário na dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas.

O tráfico de drogas tem motivado grande parte dos esforços e gastos do sistema de justiça criminal. 28% da população carcerária brasileira cumpre pena ou responde por este crime, ficando atrás neste quesito apenas dos delitos contra o patrimônio, quando somados<sup>1</sup>. As varas de tóxicos de Salvador trabalham com uma quantidade de processos bastante superior às demais varas com competência criminal. Do ponto de vista das políticas de segurança pública, as ações de maior visibilidade nos últimos tempos tem como norte aumentar a repressão a facções que atuam no tráfico de drogas, a exemplo da intervenção federal no Rio de Janeiro.

Por outro lado, nota-se certa indeterminação dos marcos legais vigentes em relação à aplicação da pena nos delitos relacionados ao tráfico de drogas. Se a dosimetria da pena, de modo geral, já deixa margem à atuação subjetiva e discricionária do julgador, em nome da realização do princípio da individualização da pena, esta situação é agravada no tráfico de drogas. O tipo penal do art. 33 possui dezoito verbos, podendo abarcar, em tese, desde a conduta de oferecer droga sem fim lucrativo até a de dirigente uma complexa rede de distribuição de drogas<sup>2</sup>. O intervalo da pena cominada também contribui para a indeterminação. Além disso, existem causas de aumento e diminuição de pena específicas, cujos critérios de aplicação e de fixação da fração de aumento/redução não são claras.

Paradoxalmente, o tráfico privilegiado – e a aplicação da pena neste crime de modo geral – não tem recebido muita atenção da doutrina, que em geral se limita a repetir o texto da lei e formular definições simples e genéricas. Somando-se este fato à maior carga de trabalho e ao ritmo mais acelerado em que tramitam os processos nas Varas de Tóxicos de Salvador, suspeita-se que exista prejuízo aos princípios da igualdade e da individualização da pena nestes casos. Ademais, por disporem a maioria dos acusados de recursos jurídicos reduzidos,

---

1 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualização: junho de 2016. Brasília, 2017.

2 **Lei n. 11.343/2007. “Art. 33.** Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

**Pena** – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.”

suspeita-se que muitos recebam penas elevadas mesmo sem possuírem uma carreira criminal consolidada. Haveria, assim, um comprometimento da função da pena enquanto prevenção especial – visto que a experiência do cárcere parece aumentar as chances de que o egresso venha a desenvolver um vínculo estável com uma organização criminosa e/ou adote em definitivo uma atividade ilegal como fonte de renda.

No primeiro capítulo, será analisado o histórico e o quadro atual do que se convencionou chamar de “guerra às drogas”. A partir de uma breve revisão bibliográfica, buscou-se compreender como se formaram as noções contemporâneas sobre drogas e a política proibicionista em escala mundial, bem como as consequências desta estratégia para a segurança pública e o sistema de justiça criminal.

No segundo capítulo, foi feita uma análise de cunho dogmático sobre os princípios que orientam a individualização da pena no Brasil, em geral e também com atenção às especificidades da Lei de Drogas. Ao final, atentou-se especificamente para a análise da minorante do art. 33, § 4º da referida lei, a fim de analisar os limites das causas de exclusão do benefício (reincidência, antecedentes, dedicação a atividade criminosa e integração em organização criminosa). Referindo-se à jurisprudência das cortes superiores, discorreu-se sobre as condições de possibilidade para que a aplicação do referido dispositivo concretize o princípio constitucional da proporcionalidade das penas, bem como o dispositivo da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1988.

Ao final, concluiu-se que a aplicação da pena merece maior atenção da doutrina e da jurisprudência. Enquanto a dogmática centrou esforços para dotar de segurança os critérios que autorizam a aplicação da pena, edificando a teoria do delito, a dosimetria, até muito pouco tempo, era feita tendo como parâmetros tão somente o vago parâmetro de alcançar a *prevenção* e a *reprovação* do crime. Tal situação prejudica a segurança jurídica, favorece o decisionismo judicial e torna vulneráveis os direitos e garantias fundamentais que o garantismo penal tanto buscou resguardar. Este quadro é especialmente perigoso no contexto de guerra às drogas, em que o Poder Judiciário é constantemente pressionado pela opinião pública e pela mídia para que internalize a tarefa de combate ao inimigo, identificado na figura do (acusado de ser) traficante, afastando-se de sua função de garantidor de direitos e da imparcialidade que deve orientar a postura do juiz. A fim de contribuir com esta tarefa, buscou-se produzir um discurso operacionalizável na prática judicial.



## 2 CONTROLE PENAL DE DROGAS: HISTÓRICO E QUADRO ATUAL

No século XX, difundiu-se na maioria dos países, sob coordenação da ONU, uma política internacional de controle de determinadas drogas, com ênfase no controle penal – sobretudo para traficantes, embora em certos contextos se aplique também a usuários.

O uso de substâncias passíveis de serem classificadas como drogas é verificado desde tempos imemoriais na maioria, se não todas as civilizações humanas. Tais usos são sempre acompanhados de determinados significados sociais e, não raro, normas de proibição ou restrição do uso de certas substâncias. Contudo, a criminalização da circulação de drogas, da forma como existe hoje, é um fenômeno relativamente recente. O tráfico de drogas se constituiu como um dos principais temas do campo da segurança pública, já correspondendo à principal incidência penal na população carcerária brasileira<sup>3</sup>. Além disso, agências governamentais e meios de comunicação reverberam a tese, com grande aceitação da opinião pública, de que o Estado precisa ampliar ainda mais seus esforços para combater o tráfico de drogas, seja pelo risco de desequilíbrio individual e social representado pelas substâncias proibidas, seja pela associação entre tráfico e violência.

Antes de adentrar na investigação do problema, é preciso entender como o tráfico de drogas se tornou um tema relevante para o campo das ciências criminais no Brasil, traçando um breve histórico da legislação e dos discursos proibicionistas e as implicações no quadro atual do sistema carcerário e da violência urbana.

### 2.1 FORMAÇÃO DAS NOÇÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE DROGAS

É difícil resumir a história do fenômeno do uso de drogas. O termo, de origem etimológica incerta<sup>4</sup>, possuiu ao longo da história e ainda possui limites confusos, ora

---

3 De acordo com o Infopen 2016, 151.782 presos cumprem pena ou respondem pelo crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/1976 e art. 33 da Lei 11.343/2006). O cálculo desmembra as figuras do roubo simples, majorado e latrocínio. Somadas, as hipóteses incriminadoras do art. 157 do Código Penal contabilizam o maior número de incidências: 170.216. O grupo “Drogas” (que inclui ainda a associação para o tráfico e o tráfico internacional de drogas) soma 176.691, ficando atrás apenas do grupo “Crimes contra o patrimônio” (arts. 155 a 180 do Código Penal), com 278.809 incidências. Entre as mulheres, no entanto, o grupo “Drogas” é maioria absoluta: 21.022 incidências, num universo de 33.861. O levantamento contabiliza um total de 620.583 incidências, a partir dos dados de 66% dos estabelecimentos prisionais do país, que responderam a este quesito. Por fim, cabe ressaltar um fator um tanto óbvio: um preso pode responder por mais de um crime (*Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN - Atualização: Junho de 2016*, p. 40-ss).

4 Embora hipóteses apontem o termo como sendo de origem latina, irânica, árabe e celta, o autor considera mais verossímil que tenha sido derivado do vocábulo holandês *droghe vate*, expressão que significa “barris

abarcando as substâncias mais diversas que produzem alteração fisiológica, sem serem essenciais ao funcionamento do corpo humano (incluindo os “alimentos-droga”, como açúcar e café, e medicamentos), ora designando um grupo limitado de substâncias capazes de provocar alteração física e/ou psíquica e dependência, e que são objeto de controle do Estado. De qualquer sorte, é sabido que substâncias classificáveis como drogas foram desde sempre utilizadas pela humanidade, com fins alimentícios, religiosos, terapêuticos, recreativos ou como veneno. Por outro lado, a história dos significados sociais atribuídos às drogas e das normas morais e jurídicas sobre seu uso e circulação é marcada por avanços e refluxos, influenciados por diversos elementos culturais, econômicos e políticos.

Por isso, estudiosos do fenômeno das drogas e das políticas criminais em torno delas tem defendido a importância de abordar o tema sob uma perspectiva genealógica, que busca analisar os movimentos intersticiais constituídos pelas e em torno de tais substâncias, nos quais se entrelaçam diversos elementos heterogêneos, para daí tentar compreender como se formou a complexa questão das drogas na contemporaneidade<sup>5</sup>. Nas palavras de Foucault, a abordagem genealógica consiste em estudar uma instituição social para descortinar “todas as marcas sutis, singulares, subindividuais que podem se entrecruzar e formar uma rede difícil de desembaraçar”, ou “a entrada em cena das forças; (...) [o] lugar do afrontamento”<sup>6</sup>.

As primeiras leis de drogas a vigorarem em no território brasileiro, assim como no restante do mundo ocidental, sobretudo a partir do séc. XIX, são marcadas por um caráter eminentemente moralizador e normalizador, e se legitimam sobre discursos morais, de matriz judaico-cristã, bem como discursos de caráter sanitário.

A consolidação da autoridade do saber médico-científico, no séc. XIX, foi acompanhada de leis penais que proibiam outras práticas de cura e conferiam a médicos e farmacêuticos o monopólio da circulação de substâncias potencialmente *venenosas*. Tanto as Ordenações Filipinas, editadas ainda em 1595, quanto o Código Penal de 1890 possuíam este caráter<sup>7</sup>. No mesmo contexto, começaram a ser introduzidas na medicina diversas drogas “puras” isoladas

---

de coisas secas”, registrado pelo menos desde o século XIV, o que indica a relação do vocábulo com mercadorias estrangeiras designadas de modo pouco determinado. (VARGAS. *Fármacos e outros objetos sócio-técnicos*, p. 42)

5 *Ibidem*, p. 41.

6 FOUCAULT, Michel. *Nietzsche, a Genealogia e a História*. Apud CARVALHO, *A política criminal de drogas no Brasil*, pp. 47-48.

7 CARVALHO, *A política criminal de drogas no Brasil*, pp. 47-48.

em laboratório, de origem mineral, vegetal ou animal, a exemplo do iodo, da morfina e da insulina<sup>8</sup>.

Uma característica da medicina enquanto saber-poder, que constrói a realidade ao tempo em que tenta explicá-la, é a normatização de comportamentos a partir da dualidade normal e patológico. A abordagem médica mais tradicional sobre o uso de drogas – entendidas como substâncias que produzem alteração no estado de consciência e/ou no sistema nervoso central – se articula em torno das noções de prazer e risco. Assim, tais substâncias ofertam um prazer ilusório e artificial, ativando mecanismos neuroquímicos de recompensa. Ao substituir eventos naturalmente relacionados a tais sensações prazerosas, os quais possuem uma função benéfica ao organismo ou à reprodução da espécie (por exemplo, a alimentação e a procriação), o prazer das drogas esconde a armadilha da dependência – quando o uso perde a motivação do prazer, restando apenas a necessidade de aliviar os sintomas da abstinência –, além de outros efeitos prejudiciais à saúde<sup>9</sup>.

Cabe registrar que, no ano de 1830, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro editou uma postura que, segundo Saad, é o primeiro documento conhecido que restringe o consumo da maconha no Brasil – chamada de “*pito do pango*” – cominando pena de multa para o vendedor e prisão, até três dias, para “*os escravos, e mais pessoas que dêle usarem*”. A autora recupera o registro de Gilberto Freyre, segundo quem o uso da maconha era associado à população escrava (e tolerado), a ponto de ser referida como “*fumo de negro*”, em contraposição ao hábito aristocrático de fumar tabaco. O uso da fibra da maconha na fabricação de cordas e velas de embarcações também era difundido, e empresas deste ramo receberam fomento da Coroa Portuguesa. Assim, ao contrário das proibições de “*substâncias venenosas*”, a proibição da maconha teve o objetivo específico de controle da população escrava, sob uma preocupação moral resumida por um provérbio da época: “*maconha em pito faz negro sem vergonha*”<sup>10</sup>.

## 2.2 O ADVENTO DO PROIBICIONISMO

Contudo, o proibicionismo do século XX introduziu um elemento novo aos discursos morais e sanitários de combate às drogas: a percepção do uso de drogas como uma doença

---

8 VARGAS. *op. cit.*, p. 49

9 FIORE, Maurício. *Prazer e Risco*.

10 “*Fumo de negro*”, p. 3.

social, a ser enfrentada com proibição do uso e criminalização extensiva dos comerciantes (e usuários).

O antecedente mais apontado deste direcionamento é a Guerra do Ópio entre China e Inglaterra. A China viria a se tornar o exemplo de nação devastada pelas drogas, ilustrando a preocupação das diversas convenções internacionais sobre controle de drogas que seriam firmadas no séc. XX. Contraditoriamente, potências ocidentais que defenderam e/ou se beneficiaram do comércio ilegal do ópio, como Reino Unido e EUA<sup>11</sup>, estariam entre os principais fomentadores das futuras convenções.

As razões da proibição e da guerra, contudo, não são tão simples nem tão claras. É sabido que a China havia proibido o consumo de tabaco no séc. XVII, e depois disso houve um incremento no uso do ópio, principalmente na forma fumada, mais prejudicial à saúde do que pela via digestiva<sup>12</sup>. A primeira proibição do ópio ocorreu em 1729, ressaltando o uso medicinal, o que não conseguiu conter o aumento do consumo. Em 1800, o Imperador chinês proibiu a importação e a produção interna do ópio. Contudo, isto acabou agravando um problema comercial para a China, visto que comerciantes ingleses, em consórcio com a Companhia das Índias, tinham certa facilidade em vendê-la clandestinamente, sem concorrência e sem taxação. Em 1838, a fiscalização foi endurecida por meio de diversas ações, como o fechamento de fábricas estrangeiras na região de Cantão e o confisco de carregamentos de ópio de navios ingleses. Isto desencadeou o conflito, que terminou, ao final da Segunda Guerra do Ópio em 1860, na abertura forçada do mercado chinês para as potências estrangeiras e o monopólio inglês na venda do ópio<sup>13</sup>.

Após um aumento do consumo no período imediatamente posterior às guerras, a China passou a adotar uma política de informação pública e de tratamento de casos agudos relacionados à droga. Além disso, o plantio da papoula voltou a ser permitido. Isto reduziu bastante os lucros dos exportadores ingleses e o interesse do parlamento inglês de patrocinar este comércio; assim, como disse Antonio Escohotado<sup>14</sup>, “bastaram alguns anos para que o parlamento inglês considerasse o tráfico de ópio em grande escala, com destino às casas de fumo, ‘uma atividade moralmente injustificável’”.

O surgimento do interesse estadunidense no controle das drogas é creditado à militância de organizações religiosas que, em face do problema local do abuso de álcool, defendiam a

---

11 VALOIS. *O direito penal da guerra às drogas*, p. 47.

12 *Ibidem*, p. 36.

13 BOITEUX, Luciana. *Controle penal de drogas ilícitas*, p. 32.

14 *Apud* VALOIS, *op. cit.*, p. 45.

abstinência e um sistema punitivo baseado no ideal de reforma moral do preso (o país foi pioneiro na criação de sistemas penitenciários). O passo inicial da repressão às drogas na legislação daquele país ocorreu com a proibição do uso não-médico de ópio nas Filipinas, em 1905; internamente, as diferenças entre as legislações estaduais resultavam num sistema pouco coeso, que pouco conseguia limitar a oferta de drogas.

Em 1909 e 1912 ocorreram as primeiras Convenções sobre o Ópio, em Xangai e em Haia, respectivamente, das quais participaram as principais potências coloniais da época, além de China e Estados Unidos. Apesar do *lobby* de grandes indústrias farmacêuticas europeias, como as alemãs Bayer e Merck, proibiu-se o uso não medicinal de ópio e morfina – na Convenção de Haia foi incluída pela primeira vez a cocaína –, limitando a produção pelos países signatários, e estabelecendo a necessidade de cooperação internacional no controle de narcóticos. Ainda antes da formação da ONU, foram assinadas mais duas convenções em Genebra, que se destinavam a limitar a fabricação e regulamentar a distribuição de estupefacientes ou drogas narcóticas (relacionadas ao ópio), e posteriormente a suprimir o tráfico ilícito de “*drogas perigosas*”, ampliando gradualmente o rol de substâncias proibidas e os países adeptos.

No Brasil, foi instituída por meio do Decreto Presidencial n. 4.294/1921 a pena de prisão, de um a quatro anos, para aquele que vendesse, expusesse à venda ou ministrasse substâncias venenosas de “qualidade entorpecente, como o opio e seus derivados; cocaína e seus derivados”. O Decreto 20.930/1932 veio adequar a legislação pátria às “solicitações do Comitê Central Permanente do Ópio da Liga das Nações”, introduzindo vários verbos, aumentando a pena máxima para cinco anos, e estabelecendo pena de três a nove meses de prisão para quem mantivesse sob sua guarda alguma substância proibida em quantidade superior à dose terapêutica determinada pelo Departamento Nacional de Saúde Pública, possibilitando, assim, a prisão de usuários. Este decreto ainda inovou ao enumerar em seu art. 1º o rol de substâncias proibidas, compreendendo derivados do ópio, da cocaína e, pela primeira vez expressamente, a “*canabis indica*”, espécie de maconha.<sup>15-16</sup>

O pioneirismo do Brasil na proibição da maconha esteve, mais uma vez, relacionado ao objetivo de controle da população negra, passados apenas quarenta anos da abolição formal da escravidão, na esteira da perseguição à capoeira, ao curandeirismo e à vadiagem. Nesse sentido, Saad recupera a trajetória de Rodrigues Dória, que foi deputado federal, presidente de

---

15 ROCHA, Claudionor. *Abolicionismo penal versus demanda punitiva na legislação antidrogas*.

16 SAAD, *op. cit.*, p. 90.

Sergipe e professor da Faculdade de Medicina da Bahia. Dória, defendia a proibição total da maconha, preocupado com os comportamentos violentos que a planta desencadearia, e com o potencial degenerador da maconha para as classes mais abastadas. No pensamento do professor, a planta seria a vingança da “raça subjugada” contra seus antigos algozes<sup>17</sup>.

Assim, após surgir nos discursos de acadêmicos e políticos como Dória, a preocupação com a maconha passou a ocupar as manchetes de jornais associada à prática de diversos delitos, até ser recepcionada pela legislação penal.

### 2.3. SOB A ÉGIDE DA ONU: CONSENSO MUNDIAL ACERCA DA GUERRA ÀS DROGAS

Como ressalta Boiteux<sup>18</sup>, com a criação das Nações Unidas em 1945, foram estabelecidas as linhas mestras do controle internacional de drogas vigente até hoje. Foram concluídas três convenções, ainda hoje em vigor, e assinados três protocolos.

A Convenção Única sobre Estupefacientes de 1953 foi considerada um grande feito, obtendo grande adesão entre os países-membros da ONU, os quais deveriam introduzir em sua legislação as sanções penais relacionadas à circulação de tais substâncias. Incorporava a proibição do uso não-médico do ópio, da cocaína e da *cannabis*, inclusive da matéria-prima *in natura*.

A internacionalização do controle de drogas por meio da ONU se deve principalmente à assunção de maior protagonismo por parte dos Estados Unidos. O crescimento da utilização de tais drogas no país era creditado à leniência dos países produtores. Por isso, as agências encarregadas da política de drogas no país promoveram interna e externamente uma política de controle total de drogas, especialmente maconha, ópio, cocaína e seus derivados. Além da atuação diplomática junto à ONU, promoveram-se medidas executivas de repressão e fiscalização, por meio de acordos bilaterais e pressões sobre os países produtores – às vezes convencendo-os por meio de ajuda financeira e ameaças de cortes de financiamentos, na maior parte da América Latina, às vezes derrubando governos que não adotassem um controle suficientemente rígido, como ocorreu na Turquia<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 39.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 271.

A União Soviética aderiu a esta iniciativa capitaneada por seus principais antagonistas no âmbito internacional, seja pela defesa de uma “disciplina revolucionária” abstêmia, seja para evitar o rótulo de país defensor das drogas.

A pauta recebeu também muita atenção dos presidentes americanos no período, tendo ficado conhecida, sobretudo a partir da declaração de “guerra às drogas” por Richard Nixon (1969-1974), que se elegeu com a promessa ousada de “erradicação total das drogas”<sup>20</sup>. A política, no entanto, tinha também um papel na disputa política interna do país<sup>21</sup>.

Tal política, como sempre, não deixou de ter suas contradições. Neste sentido, cabe destacar a postura permissiva dos EUA com os barbitúricos, anfetamínicos e outras drogas sintéticas produzidas por sua indústria farmacêutica. Inicialmente, argumentou-se que essas substâncias não poderiam receber o tratamento conferido aos entorpecentes, pois não causariam dependência, ou porque seu uso era tão difundido que não haveriam prisões suficientes. Contudo, os estudos independentes da *World Health Organization* acabaram forçando sua inclusão no rol de substâncias proibidas na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971. O controle, no entanto, era bem mais brando, como o nome da convenção sugere<sup>22</sup>, pois não previa a erradicação total e reconhecia o seu uso médico.

Este movimento de transnacionalização da política criminal, segundo Carvalho, tem na doutrina da Defesa Social um de seus substratos ideológicos. A conceituação desta corrente de pensamento, surgida após da Segunda Guerra Mundial a partir da reedição de argumentos da criminologia clássica e da positivista, é tomada de Rosa del Olmo: “*ideología caracterizada por una concepción abstracta y ahistórica de la sociedad donde se destacan fundamentalmente los principios del bien y del mal y de la culpabilidad, necesaria en ese momento como centralizadora y unificadora de las ‘normas universales’ que debían imponerse*”<sup>23</sup>. Legitima-se a punição a partir de uma finalidade precipuamente preventiva e ressocializadora (embora nem sempre isto se verifique na prática da intervenção penal), e considera-se o crime, na maioria das vezes, como violação de valores socialmente consagrados, segundo uma concepção homogeneizante da sociedade.

---

20 Existia, na época, a expectativa de substituir a utilização medicinal dos opiáceos por compostos sintéticos. VALOIS, *op. cit.*, p. 272.

21 John Ehrlichment, ex-acessor do presidente Richard Nixon, admitiu recentemente que a cruzada contra as drogas e a associação dos negros à heroína e dos *hippies* à maconha tinha o objetivo de desarticular esses movimentos, que estavam entre os principais opositores do presidente republicano. (A 13ª EMENDA (título original: The 13th). Direção: Ava DuVernay. EUA: Netflix, 2016. Min.18:00).

22 A nova designação “substâncias psicotrópicas” aponta, tão somente, a capacidade de causar alteração psíquica, sem a carga pejorativa dos termos *drogas* ou *entorpecentes*, e evitando incluí-las na categoria *narcóticos*, termo que originalmente designa substâncias relacionadas ao ópio.

23 *Op. cit.*, p. 53.

Paralelamente, havia o chamado Movimento Lei e Ordem, surgido como forma de “resistência à contracultura e de salvaguarda dos princípios éticos, morais e cristãos da sociedade ocidental”<sup>24</sup>. Difundido sobretudo através de meios de comunicação de massa, este movimento defende a necessidade de aumentar a severidade do sistema punitivo para combater certos estereótipos de criminosos e os casos de extrema violência, dos quais faz grande publicidade.

Especificamente na América Latina, a estruturação da guerra às drogas se inseriu no contexto da Ideologia de Segurança Nacional propagada por governos ditatoriais a partir dos anos 1960. Assim, já havia uma política criminal fundada numa concepção fortemente maniqueísta de sociedade – embora aqui o inimigo fosse o criminoso político, taxado de subversivo e comunista<sup>25</sup>. Na medida em que ocorreu a redemocratização nesses países, a adição do estereótipo do “traficante” entre os inimigos da Segurança Nacional foi funcional à preservação do poder de lideranças militares e policiais.

Ainda segundo Carvalho, foi a partir de 1940 que se sistematizou uma política proibicionista no Brasil, marcada por numerosas alterações legislativas e pela tendência à descodificação da matéria<sup>26</sup>. O tráfico de drogas previsto no art. 281 do Código Penal de 1940 foi pioneiro a nível mundial por alcançar as drogas sintéticas, que só viriam a ser mencionadas pela Convenção de 1971, e possibilitava a extensão da punição aos usuários a partir do verbo *trazer consigo*. Esta possibilidade foi transformada em norma expressa com a inclusão do § 1º, III, pelo Decreto-lei nº 385/1968, na contramão do tratamento terapêutico previsto na Convenção Única de 1961. Finalmente, veio a Lei 6.368/1976, que dividiu o tratamento do traficante e do usuário entre os arts. 12 e 16, respectivamente. O porte para consumo pessoal recebeu pena mais branda, de seis meses a dois anos de prisão. A pena do tráfico, no entanto, teve sensível aumento: de três a quinze anos.<sup>27</sup>

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 é considerada o ápice da política de guerra às drogas a nível mundial, tendo recebido pela primeira vez ampla participação da União Europeia. Estipulou-se a meta de erradicação das drogas em dez anos e aprimoraram-se os métodos de repressão, por meio do combate à lavagem de dinheiro e ampliação das hipóteses de confisco de ativos

---

24 *Ibidem*, p. 85.

25 CARVALHO, *op. cit.*, p. 81.

26 *Op. cit.*, p. 49

27 ROCHA, *op. cit.*, p. 110. É a esta alteração que se refere a famosa música de Bezerra da Silva, “Malandragem dá um tempo”: “É que o 281 foi afastado / o 16 e o 12 no lugar ficou”.



financeiros, extradição e cooperação internacional. O tráfico passou a ser visto também como ameaça ao sistema financeiro e à soberania dos países<sup>28</sup>. A Convenção indicava ainda a criminalização do porte de drogas para uso próprio, com a ressalva, no entanto, dos princípios constitucionais e preceitos fundamentais de cada ordenamento. Outra ressalva importante contida na convenção é que as penas deverão ser proporcionais à gravidade dos delitos<sup>29</sup>. Houve ainda o direcionamento de tratamento médico, e não penal para o usuário/viciado.

#### 2.4 DOS ANOS 1990 AOS DIAS ATUAIS: IMPLICAÇÕES E VETORES DE REFORMA NAS POLÍTICAS DE DROGAS

Em 2006, foi publicada uma nova Lei de Drogas, a fim de concluir a adequação da legislação pátria ao sistema estabelecido na Convenção Única de 1988. Os dezoito verbos do art. 33 e a incriminação da posse, fabricação ou circulação de objeto destinado à preparação de drogas evidenciam o intento de abarcar qualquer possível conduta relacionada ao tráfico, ainda que não ocorra a circulação de drogas. A lei foi também marcada pela preocupação do legislador em aumentar punições para organizações criminosas que atuam no tráfico de drogas. Ao mesmo tempo, incorporou elementos da crítica à guerra às drogas, ao admitir as estratégias de tratamento de redução de danos e adotar a nomenclatura “políticas sobre drogas”, em vez de termos como “antidrogas” ou “de combate às drogas”

Do ponto de vista penal, as principais alterações foram: introdução do art. 28, prevendo penas não-privativas de liberdade para a posse de drogas para uso pessoal, mas com critérios de distinção para o tráfico bastante abertos, o que tornou decisiva a avaliação registrada pelos policiais no Auto de Prisão em Flagrante<sup>30</sup>; o aumento da pena mínima do tráfico (art. 33) de três para cinco anos; o aumento significativo da multa, agora fixada entre 5.000 e 1.500 dias-multa; a introdução da minorante do art. 33, § 4º, única chance de o apenado vir a receber pena compatível com o regime inicial aberto ou, mais recentemente, a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos; a atomização dos delitos de associação para o tráfico (art. 35), de financiamento do tráfico (art. 36) e condutas relacionadas à fabricação e circulação de objetos *destinados à preparação* de drogas (art. 34); a previsão de sete causas de aumento de pena no art. 40, aplicáveis aos delitos dos arts. 33 a 37, entre as quais se destacam a

---

28 BOITEUX, *op. cit.*, p. 41.

29 BOITEUX *et al.* (orgs.). *Tráfico de drogas e Constituição*. p. 33.

30 Lei nº 11.343/2006. “Art. 28. (...) § 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.”

interestadualidade e a internacionalidade do crime; a proibição inicial de sursis, graça, indulto, anistia, liberdade provisória e conversão em restritiva de direitos (art. 44), que teve seu âmbito de aplicação reduzido após alguns julgados do STF. Do ponto de vista processual, cabe destacar a previsão de ação controlada, retardando-se o flagrante a fim de coletar evidências sobre certa organização criminosa.

Contudo, apesar do avanço mundial da guerra às drogas nos anos que seguiram à Convenção de 1988, não se viu grandes resultados no objetivo de controlar os problemas relativos ao consumo abusivo de substâncias ilícitas. Pelo contrário: no Brasil, a partir dos anos 90, o consumo do crack renovou a preocupação nacional com uma suposta epidemia de drogas. Demanda-se investimentos crescentes no combate ao tráfico, mas as estratégias utilizadas não alcançam os objetivos de diminuir o uso nas ruas, muito menos o poder bélico de grupos que atuam nesta atividade e a violência a ela associada. Em indício contrário, na verdade, na Bahia de 2005-2012, houve correlação positiva ou nula entre o aumento das incidências registradas de homicídios, roubos e tráfico de drogas e o aumento do aprisionamento furto roubo e tráfico de drogas. Não houve correlação relevante das prisões com homicídios, pois a quantidade de presos que cumpre pena ou responde por este crime se manteve praticamente estável<sup>31</sup>.

A guerra às drogas interfere na prática judicial, criando um procedimento burocratizado que se desenvolve, no mais das vezes, com a repetição dos indícios de prova anexados ao Auto de Prisão em Flagrante. As testemunhas indicadas pelo Ministério Público costumam ser os policiais responsáveis pela condução do preso e/ou pela lavratura do auto. É sabido que, pela grande quantidade de apreensões, os policiais costumam esquecer das circunstâncias específicas de cada caso, e por isso releem o auto de prisão antes da audiência<sup>32</sup>. Os acusados, sobretudo os mais pobres e assistidos pela Defensoria Pública, geralmente indicam apenas testemunhas sobre sua conduta<sup>33</sup>. Assim, as chances de absolvição normalmente estão relacionadas a alguma contradição ou lacuna importante na narrativa da acusação<sup>34</sup>.

---

31 LOURENÇO, *Prisão e dinâmicas de criminalidade*. Entre as hipóteses formuladas pelo autor para a correlação positiva entre o aumento do encarceramento por tráfico e dos homicídios no período estão os confrontos com a polícia, a disputa por territórios e pontos de venda de drogas, potencializada pela prisão eventual de lideranças do crime já estabelecidas, bem como o fluxo de entrada e saída das prisões.

32 JESUS, Maria Gorete Marques de (org.). *Prisão provisória e lei de drogas*, p. 79.

33 Na experiência de estágio do autor na Defensoria Pública do Estado da Bahia, familiares de acusados relataram várias vezes a indisposição de pessoas que presenciaram a cena da prisão em flagrante em testemunharem contra a versão de policiais que costumam andar pela vizinhança, mesmo advertidos que as outras testemunhas não presenciariam seu depoimento.

34 VALOIS, *op. cit.*, p. 458-459. O autor faz uma profunda análise crítica sobre o funcionamento da repressão às drogas no Brasil comparando-a com o cenário traçado por pesquisadores americanos, a fim de evidenciar

Segundo pesquisa coordenada por Prado, cuja base empírica se constituía de Autos de Prisão em Flagrante lavrados em Salvador no ano de 2011 e encaminhados à Defensoria Pública da Bahia, o órgão recebeu 468 autos de crimes de tóxicos, para serem julgados em uma das três varas especializadas da capital, ao passo em que foram encaminhados 963 autos de competência de uma das 17 varas criminais<sup>35</sup>. Nas prisões que apreenderam apenas uma substância ilícita, em 90% das apreensões de crack e 81% das apreensões de cocaína haviam menos de 50g; menos de 10g foram encontradas em 67% das apreensões de crack e 40% das apreensões de cocaína<sup>36</sup>. Além disso, os processos tramitaram em média mais rapidamente nas varas de tóxicos, de modo que havia maior proporção de processos sentenciados.

O recrudescimento da guerra às drogas é concomitante a outro fenômeno, verificado em escala mundial, de incremento da violência urbana e das taxas de encarceramento. Autores como Loïc Wacquant e Jock Young relacionam este movimento a transformações das condições de vida e das subjetividades ocorridas num contexto de transição para a modernidade tardia, marcado pelas crises do petróleo dos anos 1970 e 1980, aumento de desigualdades sociais, erosão de direitos sociais, crise do bloco socialista e exaltação de uma ética voltada para o sucesso individual e o consumismo<sup>37</sup>. Assim, após a consolidação do modelo de Estado Mínimo, em relação à intervenção no domínio econômico e às políticas sociais, e com a busca por um padrão de consumo incompatível com a maioria dos salários oferecidos, ganharam notoriedade no espaço urbano diversos procedimentos ilegais adotados como fontes de renda, que compreendem desde crimes como o tráfico de drogas e delitos contra o patrimônio, até o comércio ambulante em passarelas e as fraudes com cartão de ônibus, para citar exemplos contemporâneos na cidade de Salvador.

As mudanças nos costumes também interferiram no apelo representado pelas drogas. A cultura do hedonismo e do consumismo confere novos significados e constitui novo estímulo para o uso de drogas. A cocaína, por exemplo, é frequentemente associada a um fetiche consumista, tanto por seu efeito estimulante e euforizante, quanto por sua associação com círculos sociais abastados. A própria proibição favorece de certo modo o apelo das drogas, sobretudo para o público jovem, ao conferir ao uso dessas substâncias o status de conduta transgressora.

---

as semelhanças na prática policial dos dois países e o caráter estrutural de alguns problemas comumente atribuídos à conjuntura brasileira.

35 PRADO. *Anuário soteropolitano da prática penal*, p. 11.

36 *Ibidem*, p. 65.

37 D'ELIA FILHO. *Acionistas do nada*, p. 103.

Por outro lado, em contextos de vulnerabilidade social, outros estímulos ao uso de drogas entram em cena. Segundo entrevistas realizadas com usuários em situação de rua, o crack, variedade fumável da cocaína, vendido em porções pequenas e mais baratas, possui a funcionalidade de servir como estimulante, saciar a fome e aumentar o estado de vigília, enquanto a maconha é utilizada para modular os efeitos do crack<sup>38</sup>.

Em meio a tantos e diversos incentivos, as campanhas contra o uso de drogas precisam apresentar informações honestas sobre os seus efeitos adversos e apontar saídas para o uso abusivo. Nesse sentido, campanhas que apelam para o terror em relação a qualquer nível de consumo de drogas<sup>39</sup> ignoram a variedade de padrões de uso<sup>40</sup> e acabam perdendo a capacidade de se comunicar com parte dos (potenciais) usuários.

Neste novo estágio da modernidade, as instituições do aparelho de justiça criminal assumem definitivamente o caráter de dispositivos de segurança<sup>41</sup>, imbuídas de gerir diferencialmente os ilegalismos, de acordo com a própria capacidade de intervenção e a força dos interesses afetados pela conduta ilegal<sup>42</sup>. É sabido que a pauta legislativa de condutas proscritas supera em muito a capacidade operacional dos órgãos policiais e também do Ministério Público<sup>43</sup>. Por isso, se faz necessário selecionar quais crimes serão objeto de maior

---

38 MALHEIRO, *Entre sacizeiro, usuário e patrão*, p. 279.

39 A exemplo da campanha “*Crack: caixaõ ou cadeia*”, do Governo da Bahia, e o discurso, repetido à exaustão, de que experimentar crack transforma a pessoa quase instantaneamente numa espécie de zumbi.

40 Sobre a diversificação padrões de uso do crack: OLIVEIRA, Lúcio Garcia de; NAPPO, Solange Aparecida. *Caracterização da cultura de crack na cidade de São Paulo: padrão de uso controlado*. Rev. Saúde Pública [online]. 2008, vol.42, n.4, pp.664-671. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102008000400012&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102008000400012&lng=en&nrm=iso&tlng=pt) (consultado em 15.01.2018).

41 Com o paradigma do encarceramento em massa, consolida-se a transição de uma tecnologia de poder baseada na disciplina para outra baseada na segurança, caracterizada pela utilização de ferramentas estatísticas e gestão de grandes agregados populacionais, buscando incidir de modo generalizado no meio social, não mais com foco na pessoa alcançada pela intervenção penal. De modo geral, Foucault diferencia os mecanismos disciplinares e de segurança da seguinte forma: “enquanto a disciplina arquiteta um espaço e coloca como problema essencial uma distribuição hierárquica e funcional dos acontecimentos, a segurança vai procurar criar um ambiente em função de acontecimentos ou de séries de acontecimentos ou de elementos possíveis, séries que vai ser preciso regularizar num contexto multivalente e transformável.” (*Segurança, território e população*, p. 22).

42 Embora a tradução brasileira confunda ilegalismo e ilegalidade, vale a citação: “Deveríamos então supor que a prisão e de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não ‘reprimiria’ pura e simplesmente as ilegalidades; ela as ‘diferenciaria’, faria sua ‘economia’ geral” (FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, apud GODOI, *op. cit.*, p. 40)

43 “[A] disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população .” (ZAFFARONI, *Em busca da Penas Perdidas*, p. 26). Ainda que não se enxergue

atenção, e em quais lugares e sob quais métodos ocorrerá a repressão. Esta seleção leva em conta, entre outros fatores, a repercussão na opinião pública e a força dos interesses de infratores e vítimas – retome-se o exemplo do esforço específico da repressão à fraude com cartões de ônibus em Salvador, em contraposição à inexistência de prisões no mesmo período por falsificação de carteiras de estudante<sup>44</sup>, delito materialmente semelhante. Este novo caráter acirra a seletividade do sistema penal e sua incapacidade de realizar as funções declaradas da pena, de dissuasão e sobretudo de ressocialização – e contribui sobremaneira para a falência da ressocialização o paradoxo de se prender uma pessoa, por tráfico de drogas, numa penitenciária aonde são vendidas drogas.

Fato é que a população carcerária se multiplicou em diversos países. Nos Estados Unidos, a taxa de encarceramento foi de 230 em 1979 para 666 presos por cem mil habitantes em 2015, passando de dois milhões em números absolutos. Na Rússia, embora tenha havido uma redução na transição para o capitalismo, a taxa subiu de 353<sup>45</sup> para 448 entre 1989 e 2015. Este movimento foi de modo geral mais discreto na Europa ocidental. O Reino Unido apresentou um crescimento mais gradual, porém muito relevante, de cerca de 20 presos por cem mil habitantes em 1940<sup>46</sup> para 146 em 2015. Já a Holanda, de população carcerária historicamente reduzida, passou a aumentar em 1975, de cerca de 20, alcançando uma das

---

nesta crítica um elemento estrutural da deslegitimação do sistema penal, como pretende Zaffaroni, é preciso admitir que, no contexto brasileiro, a capacidade operacional das instituições repressivas é muito inferior às estatísticas dos crimes que recebem (em tese) maior atenção das políticas de segurança pública. Embora as estatísticas existentes sobre “resolução de homicídios” sejam bastante discutíveis, o percentual de mortes violentas de causa indeterminada ajuda a compreender este quadro: 4,8% em 2015, chegando a 11,6% na Bahia. Segundo o Atlas da Violência 2017 (IPEA, FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, p. 48), o índice em países desenvolvidos não ultrapassa 1%.

44 Sobre o tema, importante destacar o trabalho de Roberta DIAS (*Repercussão penal do uso irregular dos cartões de transporte público*). De setembro de 2015 a setembro de 2016, ocorreram em Salvador cinquenta prisões em flagrante por uso irregular de transporte público. No auto de prisão, imputava-se o delito de estelionato, por vezes cumulado com uso de documento falso (art. 304 do Código Penal). O crime consiste em oferecer ao passageiro, mediante pagamento de valor inferior à tarifa, um cartão de bilhete único (que não é identificado) ou de gratuidade, o qual, após passar pela catraca, é devolvido pela janela do ônibus ao infrator. Normalmente, era arbitrada em delegacia fiança no valor de um salário mínimo, valor muito superior à vantagem e que, não raro, não podia ser pago pelos flagranteados. Entre as conclusões da pesquisa empírica, cumpre destacar que, de uma amostra de 50 autos de prisão em flagrante, 4 flagranteados foram classificados como pretos e os outros 46 como pardos (p. 32). Ademais, quando houve apreensão de dinheiro, a quantidade média foi de R\$ 62,03 (sessenta e dois reais e três centavos), e dois dos quatro presos portando mais de cem reais apresentaram uma justificativa lícita para a posse do numerário, o que reforça uma possível tese de insignificância destes delitos (p. 34). A autora aponta ainda a impropriedade da imputação de uso de documento falso, visto que em nenhum dos autos de prisão foi relatada adulteração nos cartões. Assim, poderia se cogitar apenas o delito de falsa identidade (art. 307 do Código Penal), podendo ainda se cogitar a absorção deste delito pelo crime de estelionato nos termos da Súmula 17 do STJ (p. 37).

45 CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*, p. 20-ss. O autor ressalta que o número de presos era segredo de estado na URSS. A taxa para o ano de 1989 foi estimada a partir de várias interações com pesquisadores soviéticos e operadores do sistema de justiça criminal do país.

46 *Ibidem*, p. 37.

maiores taxas da Europa em 2005 (88,65 presos por cem mil), até reduzir para 57 em 2015, uma das menores<sup>47</sup>.

Em sua análise sobre a Europa, Christie alerta que o número de presos não pode ser explicado pelo número de delitos cometidos numa sociedade. Argumenta o autor que Holanda e Áustria, dois países com realidades sociais semelhantes do ponto de vista de industrialização, urbanização, distribuição de renda, direitos sociais e multiculturalismo deveriam apresentar índices criminais semelhantes; no entanto, a taxa de encarceramento holandesa era a metade da austríaca em 1991. Assim, seria mais provável que a diferença estivesse mesmo na abordagem político-criminal. Nesse sentido, recupera a tese de Louk Hulsman, segundo quem a redução da população carcerária holandesa após 1945 se devia não à redução no número de sentenças condenatórias, mas à relativa brevidade das penas: no ano de 1970, houve apenas 35 sentenças com pena aplicada superior a três anos, todas por crimes cometidos com violência<sup>48</sup>. Importante pontuar que a análise de Christie vai até o início dos anos 1990, quando a população carcerária holandesa havia entrado em nova trajetória de aumento.

No Brasil, o ritmo do aumento ao longo dos anos aponta para uma política direcionada, no plano legislativo, a partir das Leis de Drogas 6.368/1976 e 11.343/2006, além da Lei de Crimes Hediondos. A taxa de encarceramento em 1980 era de 42,9 por cem mil<sup>49</sup>. De 1990 até 2016, a população carcerária se multiplicou em quase oito vezes, chegando a 726,7 mil, e a taxa de encarceramento passou de 60 para 352,6 presos por cem mil habitantes. Em números absolutos, o Brasil ultrapassou a Rússia e se estabeleceu como a terceira maior população carcerária do mundo, após EUA e China. Em números relativos ainda é a quarta, atrás de Estados Unidos, Rússia e Tailândia.

A importância do tráfico se expressa no número de presos que respondem ou foram condenados por crimes relacionados às drogas. O INFOPEN 2005 contabilizou 32.880 num universo da ordem de 361 mil pessoas em privação de liberdade, sendo que 64% dos estabelecimentos prisionais responderam acerca da tipificação penal dos internos. Já no

---

47 INFOPEN – Dezembro de 2015. As taxas de encarceramento para o ano de 2015 mencionadas até aqui foram extraídos deste levantamento, com a exceção da população carcerária da Holanda, extraída da seguinte matéria jornalística: <http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2016-11-14-As-prisoas-na-Holanda-estao-a-ficar-vazias>. A taxa foi calculada utilizando as estatísticas de população da página do Banco Mundial, disponível em <https://data.worldbank.org/indicador/SP.POP.TOTL?locations=NL> (ambas consultadas em 15.01.2018).

48 CHRISTIE, *op. cit.*, p. 34.

49 Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2017/12/11/O-Brasil-passou-a-R%C3%BAssia-em-popula%C3%A7%C3%A3o-carcer%C3%A1ria.-Como-chegamos-aqui>. Foi feito o mesmo cálculo explicado acima.

INFOPEN 2015, haviam 172.241 apenados no grupo “Drogas”, sendo que 68% dos estabelecimentos responderam ao quesito, cujo número de apenados somava 608.611 apenados. Um aumento, portanto, de quase cinco vezes a quantidade original. Na Bahia, segundo compilação feita por Lourenço<sup>50</sup>, o número passou de 945 presos em 2005 para 3.440 em 2012, se estabelecendo como principal incidência penal desde 2010 (acima das modalidades de roubo somadas).

Importante ressaltar que questões como alto percentual de presos sem condenação e superlotação também não são problemas conjunturais e específicos das prisões brasileiras. 27% dos presos de todo o mundo e 36,3% dos presos das Américas não possuem condenação definitiva<sup>51</sup>. Considerando as vagas do sistema prisional indicadas por cada país, a média mundial de ocupação de prisões é de 145%<sup>52</sup>. No Brasil, segundo o INFOPEN 2016, 40,2% dos presos não tem condenação definitiva e a taxa de ocupação é de 197,4%<sup>53</sup>.

Com o encarceramento em massa, as condições da pena pioram significativamente, com a negativa de direitos previstos na Lei de Execução Penal – apenas 12% da população carcerária estava envolvida em atividades educacionais complementares ou de ensino escolar, e 15% em atividade laboral. Deste percentual, 87% trabalhavam internamente e 75% não eram remunerados ou recebiam menos que  $\frac{3}{4}$  de um salário-mínimo, contrariando o art. 29 da LEP. A taxa de ocupação passou de 171,5% para 197,4% (ou seja, em espaços projetados para abrigarem 100 presos, existem em média 197,4) entre 2000 e 2016, mesmo com o número de vagas tendo quase triplicado no período<sup>54</sup>. A superlotação é ainda mais crítica nos estabelecimentos voltados para presos provisórios: o INFOPEN 2015 registrou taxa de ocupação de 221% nesses locais, enquanto a média total do sistema era de 188% naquele ano. Ademais, a progressão do regime tende a ser lenta e atrasada, em face da proporção entre defensores e população carcerária. Em São Paulo, que possui cerca de 34% da população

---

50 *Op. cit.*, p. 59. O autor não diz se considerou pessoas em regime aberto ou em tratamento ambulatorial de medidas de segurança, mas tais categorias, somadas, não ultrapassam 6% do total de pessoas privadas de liberdade em 2015.

51 WORLD PRISON BRIEF, *World Pre-trial/Remand Imprisonment List*.

52 Cálculo realizado a partir de planilhas da população carcerária e da taxa de ocupação prisional dos países, disponível no *World Prison Brief*, banco de dados virtual sobre informações penitenciárias a nível mundial, mantido pelo *Institute for Criminal Policy Research*. Disponível em [http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All), consultado em 21.01.2018. Por não haver informações precisas sobre o número de vagas, foram excluídos do cálculo da taxa de ocupação os seguintes países: Butão, República Centro-Africana, China, República do Congo, Cuba, República Democrática do Congo, Egito, Guiné Equatorial, Etiópia, Gabão, Laos, Omã, Catar, Arábia Saudita, Sudão do Sul, Tuvalu, Vietnã, Iêmen.

53 O cálculo não computa as vagas de carceragens de delegacia, embora conte os presos nelas custodiados. Em 2016, estes presos representavam 5% do total.

54 INFOPEN 2015, p. 24.

carcerária do país e mais se expandiu, no ano de 2015, haviam menos de duas centenas de advogados vinculados à Fundação de Amparo ao Preso – FUNAP, que dividem as atribuições de encaminhar processos de execução e gerir contratos de empresas que mobilizam a mão de obra nas prisões<sup>55</sup>.

Mais do que isso, a prisão deixa de ser o lugar de isolamento, fazendo-se cada vez mais presente no mundo externo (sobretudo, mas não somente, nos locais onde são instaladas e de onde é recrutada a maior parte da população carcerária), através de diversos canais formais ou informais, denominados por Rafael Godoi como “vasos comunicantes”: o fluxo de entrada e saída de presos, o *staff* dos presídios, as visitas, os telefones, etc<sup>56</sup>.

Tais condições tornam muito mais difícil a gestão da população carcerária, não só reduzindo a capacidade do Estado de regular as relações entre os internos, mas exigindo cada vez mais negociação do *staff* prisional com as lideranças instituídas entre os internos<sup>57</sup>. Exemplo disto é a prática, adotada pelo *staff* a fim de diminuir tensões e violências entre presos, de dividir os pavilhões dos presídios entre facções criminosas, e distribuir os presos que chegam de acordo com a facção com que eles tenham alguma relação, ou que seja dominante no local onde eles moravam. Os diversos ajustes entre *staff* e presos visam diminuir as tensões entre os presos e o risco para os agentes penitenciários. Nesse sentido, paradoxalmente, as prisões brasileiras se distanciam do ideal de lugar de exercício unilateral de poder do Estado e incapacitação de criminosos, como se imagina no censo comum e como pretendem os movimentos de lei e ordem.

Neste contexto de agravamento das condições da pena e instabilidade é que surgiram as mais famosas organizações criminosas que atuam no tráfico de drogas no país. Várias delas se originaram como grupos destinados a organizar os presos para negociações com a direção do estabelecimento prisional<sup>58</sup>. Gradualmente, tais grupos passaram a normatizar autonomamente

---

55 GODOI. *Fluxos em cadeia*, p. 58.

56 *Ibidem*, p. 27.

57 Na verdade, a importância dos acordos informais entre presos e administração para o funcionamento da prisão já havia sido notada em obras clássicas dos estudos prisionais, a exemplo de Graham Sykes em *A Sociedade dos Cativos*. O encarceramento em massa aumenta esta necessidade ao diminuir o poder relativo da administração, sobretudo quando faltam recursos para manter adequadamente um sistema penal maximizado.

58 Foi o caso do baiano Comando da Paz – CP, surgido como “comissão da paz” na Casa de Detenção de Salvador, por volta de 1996 (LOURENÇO e ALMEIDA. *Quem mantém a ordem, quem cria a desordem*). O Primeiro Comando da Capital – PCC, maior facção do tipo no país, originária e hoje em dia hegemônica no sistema carcerário paulista possui um estatuto, perante o qual os novatos devem prestar juramento, que prega a união contra as opressões dentro da prisão e a luta por liberdade, justiça e paz – este o lema do “partido”. Segundo DIAS, a luta contra a opressão do estado, o abuso e as violações de direitos impostas aos presos



as relações na massa carcerária, com papel fundamental inclusive no fornecimento de segurança e itens de higiene, mediante a adesão do interno e pagamentos periódicos efetuados por seus familiares. A expansão destas organizações foi potencializada pela tática de se transferirem lideranças das frequentes rebeliões ocorridas durante os anos 1990, e que tragicamente voltaram a ocupar o noticiário em 2017. Por fim, tais organizações transbordaram os muros das prisões e passaram a hegemonizar o tráfico de drogas, estabelecendo domínio territorial em bairros periféricos dos principais centros urbanos do país.

Vale ressaltar que, se as organizações criminosas que se iniciaram como facções prisionais estiveram associadas a rebeliões, por outro lado, a partir do momento em que se alcança um domínio territorial mais ou menos estável, e ao mesmo tempo em que desenvolvem uma estrutura econômica ancorada no tráfico e nas contribuições seus integrantes ou familiares, passa a ser interessante para tais organizações manter a paz em seus territórios – o que é feito inclusive pela implantação de um complexo sistema punitivo paralelo, que é muitas vezes mais eficaz nos territórios controlados por tais organizações do que o sistema de justiça criminal oficial<sup>59</sup>. Assim, oferecendo rendimentos significativos a jovens sem muitas perspectivas de emprego formal, com um discurso alimentado pela revolta contra a atuação policial e as desigualdades sociais, e fazendo-se mais presente do que o Estado Social e até mesmo do que o Estado Penal, as chamadas facções criminais do tráfico de drogas chegam efetivamente a disputar com o Estado a própria posição de instância política socialmente legitimada perante parte da população<sup>60</sup>.

---

foram temas presentes no discurso do PCC desde a sua criação (*Estado e PCC em meio às tramas de poder arbitrário nas prisões*).

59 Existe um debate acadêmico acerca do papel da hegemonia do PCC nas prisões e nas ruas de São Paulo na redução dos homicídios naquele estado, a partir dos anos 2000. Sobre o tema: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160217\\_pcc\\_debate\\_tg](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160217_pcc_debate_tg) (consultado em 23.01.2018). O Governo do Estado, contudo, considera a “hipótese PCC” ridícula, e insiste que não existem organizações criminosas operando no sistema carcerário paulista – mesmo após as demonstrações de poder deste grupo nos anos de 2001 e 2006. Acadêmicos, por outro lado, criticam as dificuldades impostas pela Secretaria de Administração Penitenciária daquele Estado à entrada de pesquisadores nas prisões (GODOI, *op. cit.*, p. 45). De qualquer sorte, a onda de hostilidades em presídios em 2017 foi creditada ao rompimento de um acordo entre o PCC, juntamente com seus aliados da Família Do Norte – FDN, e o Comando Vermelho – CV, outro dos maiores e mais antigos grupos desse tipo, originário do Rio de Janeiro. Sobre este evento: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/17/politica/1476734977\\_178370.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/17/politica/1476734977_178370.html) (consultado em 23.01.2018).

60 FELTRAN, *Crime e castigo na cidade*. O autor tenta entender o papel do PCC na normatização da vida social na comunidade de Sapopemba, em São Paulo capital. Chama atenção casos de moradores que voluntariamente buscam a intervenção do “partido” para resolver conflitos de índole penal, não só pelo temor imposto, mas pela maior crença em sua eficácia e, paradoxalmente, por medo de violência policial. Nos “debates” acerca do direito de vingança em razão de um homicídio passional, chegam a tomar parte lideranças presas, por meio de teleconferência.

Contudo, a expansão dos limites da prisão na guerra às drogas não se caracteriza apenas pelo aumento da população carcerária e expansão de gangues prisionais para as ruas. O policial que patrulha as ruas é colocado numa situação ambígua: ora é cobrado para tratar os cidadãos com respeito, ora precisa identificar rapidamente um possível inimigo, a fim de salvar a própria vida ou de ser premiado por bravura. Ademais, os dispositivos penais, ao viabilizarem a guerra às drogas, conferem à polícia ampla margem de discricionariedade. Uma suspeita de posse de drogas pode ser levantada virtualmente qualquer pessoa, justificando uma busca e apreensão pessoal ou até mesmo domiciliar<sup>61</sup>. No limite, a polícia normalmente encontra-se em situação que lhe permite implantar drogas e armas, poder este que pode ser usado para incriminar desafetos, remediar a falta de provas circunstancial contra um bandido “conhecido” ou para conseguir a colaboração de um preso, sem que o conduzido possa comprovar eventuais ilegalidades em juízo.

Reconhecer que a guerra às drogas abre margem para o abuso policial não significa generalizar a atuação indevida e nem ignorar que este é o setor submetido aos piores riscos e condições de trabalho dentro do sistema prisional. A hierarquia rígida favorece que os policiais absorvam a retórica da guerra, que, por outro lado, é eficaz para pacificar no seio da corporação as insatisfações com as condições de trabalho. Assim, de posse do discurso segundo o qual seriam “defensores incompreendidos da sociedade”, a legislação é vista como obstáculo indevido à concretização dos objetivos da guerra.

Sobre a condição do policial na guerra às drogas, verificada a partir de pesquisa empírica com autos de prisão em flagrante, VALOIS é bastante expressivo:

“No direito penal da guerra às drogas, o *volume na calça* se torna fundamento para início de uma *investigação*, que se resume na abordagem dessa pessoa e em querer saber do que se trata esse *volume*. Algumas vezes esse encontro inicial faz com que o policial parta da rua para a casa do indivíduo, entre em sua residência, procure embaixo do sofá, da televisão, do forro do teto, debaixo do tapete e até nas latas de lixo. (...) É a guerra às drogas levando a polícia ao absurdo, transformando-a em farejadora, cã de caça e invasora de domicílio. (...) Abrir portas de quartos, salas e cozinhas, acordar crianças, interromper o dia a dia das pessoas, em seus domicílios, cheirar roupas nos guarda-roupas, limpas ou usadas, não pode ser uma atividade sã para qualquer ser humano” (grifos do original).

---

61 A jurisprudência do STF admite a busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial “quando amparada em razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito” (RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 05.11.2015. Embora pareça limitar o procedimento, este entendimento dá ampla liberdade de atuação e possibilidade de justificativa. É comum nos autos de prisão em flagrante que a narrativa se inicie a partir de uma “denúncia anônima”, por exemplo. Abusos policiais neste tipo de procedimento são relatados como regra por assistidos da Defensoria Pública, mas costuma ser muito difícil comprová-los. Normalmente, quando não vai a juízo em razão da apreensão de algum material ilícito, o fato não é apurado em nenhuma instância.

O viés de controle social, presente desde os discursos que legitimaram as primeiras medidas de controle de drogas, também não pode ser ignorado, sobretudo pelos atores do sistema de justiça criminal. Comparando o INFOPEN 2005 e o INFOPEN 2016.1, constatou-se que a propoção de negros e pardos na população carcerária brasileira aumentou de 58% para 64%, sempre superior ao quantitativo dos que se autodeclararam desta forma de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do IBGE, que somavam 49,4% e em 2015, 53% naqueles anos, respectivamente. De acordo com o Atlas da Violência 2017, enquanto a taxa de homicídios por cem mil habitantes de não-negros sereduziu 12,2% entre 2005 e 2015, a de negros cresceu 18,2%.

Ainda que justificações abertamente racistas e classistas não sejam mais aceitas, o fato de os altos custos da guerra às drogas recaírem principalmente sobre a população negra, pobre e periférica certamente contribui para que eles sejam vistos como inevitáveis, no contexto de uma política que visa evitar um cenário de abuso de drogas generalizado. Com o encarceramento em massa, a probabilidade de uma pessoa próxima ter passado pelo cárcere torna-se significativa em comunidades pobres; o Estado só chega, quando muito, representado por seu braço repressor; o estereótipo de negro e pobre é o alvo preferencial de intervenções policiais, não havendo meios eficazes para se contrapor a eventuais abusos; as facções criminosas se instalam nas favelas e, oferecendo altos salários e um discurso de revolta, disputam as mentes dos jovens; tudo isto contribui para criação de um profundo ressentimento da população em relação à polícia e a um sentimento de estranhamento e antagonismo em face do Estado<sup>62</sup>.

Por fim, cumpre destacar que tem ganhado força recentemente as propostas políticas críticas à guerra às drogas. Uruguai, Bolívia e países europeus flexibilizaram em diferentes níveis a circulação e o consumo de drogas, seja diferenciando o tratamento a partir da quantidade de drogas apreendidas, reduzindo penas ou até regulamentando a produção, o uso e a circulação de drogas. Desde a UNGASS 1998, apesar da manutenção da orientação proibicionista com a prorrogação do compromisso de “eliminar ou reduzir significativamente o cultivo ilícito da coca, da *cannabis* e da papoula, até o ano 2008” já haviam países que defendiam a adoção de estratégias de redução de danos – linha de tratamento já reconhecida

---

62 Pesquisa do Instituto Datafolha no ano de 2015 identificou que 62% da população brasileira afirma ter medo de ser vítima de violência por parte da polícia. Entre os que responderam “sim”, 67% têm renda familiar de até dois salários mínimos, 71% são pretos e 70% moram no Nordeste. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/07/1662655-maioria-da-populacao-diz-ter-medo-da-policia-militar-aponta-datafolha.shtml> (consultado em 24.01.2018).

na ONU para a transmissão de AIDS pelo compartilhamento de seringas<sup>63</sup> –, superando o paradigma da abstinência. Outra corrente crítica denunciava as consequências severas e desproporcionais para os países produtores e/ou nos quais o havia sido proibida o consumo de substâncias integrantes de tradições culturais, como o caso da folha de coca nos países andinos.

No âmbito da ONU, a reunião da *Commission of Narcotic Drugs* em 2009 foi marcada por uma votação apertada que rejeitou a inclusão de uma referência às estratégias de tratamento pela via da redução de danos. É relevante apontar que os países que se alinharam aos Estados Unidos na defesa intransigente do proibicionismo total foram sobretudo os asiáticos; diversos países da Europa ocidental, além de Equador, Argentina e Canadá, se posicionaram em favor da referência. Ao final, foi lida uma “declaração interpretativa” do Plano de Ação e da Declaração Política da Convenção, externando o dissenso de vinte e cinco países. Contudo, ao menos formalmente, manteve-se a orientação do proibicionismo total, apesar do descrédito do objetivo de erradicação das drogas<sup>64</sup>.

Na UNGASS 2016, havia a intenção por parte de alguns países latinoamericanos de questionar a dureza do combate às drogas em seu território, inclusive com prejuízo a tradições culturais que envolviam o consumo de substâncias proibidas ou suas matérias-primas. Sob esta perspectiva, o texto final da convenção foi considerado decepcionante, embora tenha sido adotada uma linguagem mais precisa e decisiva sobre a necessidade de que processos judiciais para crimes de drogas atendam ao devido processo legal, respeitem as garantias individuais e que as condenações levem em consideração critérios de proporcionalidade<sup>65</sup>.

Esses encontros recentes demonstram, na verdade, que a força do consenso mundial em torno da guerra às drogas vai se diluindo, com a adoção em vários países de políticas liberalizantes, ignorando a orientação dos documentos aprovados na ONU. O tempo tem diminuído a força persuasiva do medo de um cenário generalizado de abuso de drogas, forçando a abertura de discussões acerca de problemas concretos relacionados às drogas e aos sistemas penais contemporâneos: alto custo financeiro e social, baixa eficiência na redução da criminalidade, seletividade, arbítrio e falta de tratamento adequado para dependentes químicos. Dissipa-se assim a mistificação construída em torno da erradicação pela via do sistema penal, e abre-se o debate público. Neste contexto, cabe aos operadores do direito ter

---

63 BOITEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 35.

64 *Ibidem*, p. 44-45.

65 ABISSAMRA FILHO, José Carlos. *UNGASS 2016 e os 10 anos da Lei 11.343/2006*.

ouvido crítico para discursos que propugnam cruzadas moralizadoras, e consciência do seu papel na defesa dos direitos à liberdade, ao devido processo legal e à presunção de inocência.

### 3 APLICAÇÃO DA PENA NO TRÁFICO DE DROGAS: DIRETRIZES PENAIS E PROCESSUAIS E CONSEQUÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS

Neste capítulo, será abordada a questão da aplicação da pena no delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006). O mote principal é identificar as condições para a realização do princípio da individualização da pena: quais os critérios à disposição do magistrado para determinar a intensidade da pena de acordo com as circunstâncias de cada caso, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, nos termos em que estabelece o art. 59 do Código Penal.

Vários trabalhos problematizaram a configuração deste tipo penal, denunciando a vagueza do bem jurídico protegido e a impropriedade de se pretender proteger a saúde pública criminalizando uma conduta consensual como é a compra e venda de substâncias. Aponta-se ainda que o rol de condutas criminalizadas, ao incluir atos preparatórios à circulação de droga em si, que ainda não expõem a perigo o bem jurídico protegido – como os tipos do art. 34 e do § 1º do art. 33<sup>66</sup> além de alguns dos dezoito verbos do caput do art. 33, como *plantar e ter em depósito* – desconsidera o princípio da ofensividade. Ademais, haveria na prática judicial desses crimes uma sobrevalorização do testemunho de policiais envolvidos na prisão em flagrante, em oposição à condição de desvantagem do acusado decorrente da incapacidade técnica de provar circunstâncias que excluiriam o crime, por exemplo, em relação à posse do material apreendido (ou de parte dele), à destinação desse material, à inexistência de vínculo com associação criminosa, etc.

A abrangência das normas incriminadoras daquela lei é um fato, em face do objetivo declarado de punir severamente qualquer conduta relacionada ao tráfico de drogas. É verdade também que o Judiciário tende a enxergar este delito como ameaça à segurança pública e a

---

66 Lei nº 11.343/2006. “**Art. 33.** (...)

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem: **I** – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; **II** – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; **III** – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. (...)

**Art. 34.** Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

**Pena** – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.”

enxergar-se como parte da estrutura de combate ao crime. Neste cenário, teses defensivas que atacam o paradigma da guerra às drogas e todo o seu *modus operandi*, sustentando, por exemplo, a inconstitucionalidade de algumas das múltiplas ações do art. 33 e a suspeição dos policiais responsáveis pelo flagrante, tendem a encontrar forte resistência.

No entanto, considera-se problemático o pouco interesse acadêmico na discussão acerca da aplicação da pena nos crimes da Lei de Drogas – por exemplo, a definição de critérios para o reconhecimento e quantificação de circunstâncias judiciais, majorantes e minorantes. Se é difícil contrapor a lógica da guerra às drogas na prática judiciária, por outro lado, é necessário corrigir possíveis distorções no cálculo da pena. A aplicação de uma causa de diminuição é decisiva para definir se um traficante de primeira viagem cumprirá pena privativa de liberdade, aumentando assim, estatisticamente, a chance de voltar a delinquir.

Ademais, ainda que assuma o papel de agente de segurança pública, é constrangedor para o Judiciário constatar que pessoas condenadas por delitos de menor gravidade lotam as prisões brasileiras. Apesar de ainda ser dominante no senso comum a visão de que o sistema penal deve se expandir, para aumentar sua eficácia no combate ao crime, tem ganhado corpo na sociedade a crítica à seletividade do sistema e consciência de que aplicar (longas) penas de prisão a delitos de baixa gravidade possui efeito criminógeno.

É estranho ao objeto deste trabalho o exame das circunstâncias que determinam a realidade concreta da execução da pena. Não se olvida, no entanto, que nesse campo também ocorrem diversas distorções e violações de direitos, que deveriam atrair tanta atenção quanto as teorias do delito e da aplicação da pena. Por alguns motivos tangenciados no capítulo anterior, embora a execução penal seja um procedimento judicializado, as circunstâncias que agravam o cumprimento de pena são determinadas muito mais pela atividade administrativa do presídio e pelas relações informais entre *staff* e massa carcerária e entre os próprios internos, à margem de qualquer controle jurisdicional efetivo.

Se fará a seguir breve exposição acerca das teorias que justificam e balizam o exercício do *jus puniendi* e a determinação judicial da pena, contextualizando sempre que possível a questão do controle de drogas. Em seguida, será feita a análise das normas relativas à aplicação da pena nos delitos da Lei de Drogas, atentando para as previsões específicas da Lei sobre o tema, em especial o §4º do art. 33.

### 3.1 A ESCOLHA PELO MARCO TEÓRICO DO MINIMALISMO

No próximo tópico, faremos uma exposição sobre as teorias legitimadoras do poder punitivo, as quais, grosso modo, se articulam em torno das noções de *retribuição* e *prevenção*. Tais noções orientam o método de dosimetria da pena adotado pelos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais – assim como o já mencionado art. 59 do Código Penal Brasileiro. As proposições doutrinárias e jurisprudenciais também costumam explicar a dosimetria a partir de diferentes arranjos dos elementos proporcionalidade entre crime e prevenção e interesse preventivo subjacente à pena.

Em sentido contrário, a teoria agnóstica da pena defendida por ZAFFARONI parte do pressuposto de que o exercício de poder do sistema penal<sup>67</sup> se apresenta como mero fato de poder, independente de fundamentação racional tal como a guerra, e funcional apenas à manutenção de determinado *status quo*.

Em primeiro lugar, ZAFFARONI caracteriza a pena como sanção jurídica que, embora possa ser relacionada a um conflito, não busca solucioná-lo. Esta definição, além de sublinhar a irracionalidade, busca recuperar para o âmbito do saber jurídico-penal intervenções não definidas como “penais” pela instância política mas que possuem natureza muito próxima, a exemplo de sanções graves de direito administrativo, medidas socioeducativas para menores, etc. A proliferação de teorias sobre a função racional da pena no Estado de Direito seria mais um indício de sua irracionalidade estrutural<sup>68</sup>.

Tal situação estaria agravada, na contemporaneidade, pelo descrédito do exercício de poder do sistema penal real, em função de sua seletividade, alto custo econômico e social, ineficácia do objetivo de redução do crime e da violência e desrespeito generalizado aos princípios e garantias básicos do direito penal e processual, como taxatividade, fragmentariedade, igualdade, presunção de inocência e humanidade das penas. Tais problemas são apresentados como característica estrutural de todos os sistemas penais, mas se revelam com maior clareza na América Latina, onde os Estados se originaram de estruturas coloniais incumbidas de realizar o controle populacional (inicialmente da população negra e indígena)

---

67 A concepção de sistema penal de Zaffaroni abrange, além do sistema de justiça criminal e do sistema penitenciário, as agências executivas – protagonizadas pelas polícias – as agências legislativas, as agências de reprodução ideológica (universidades e *think tanks*) e de propaganda (meios de comunicação de massa, através das campanhas por lei e ordem).

68 *Ibidem*, p. 204-205.



necessário ao êxito do empreendimento colonial (enriquecimento da metrópole), num exemplo aumentado do que Foucault chama de “instituições de sequestro”<sup>69</sup>.

Em resposta a esta situação, ZAFFARONI propõe que os atores do sistema de justiça criminal e seus estudiosos assumam uma postura de contradição/contenção dentro do sistema penal, adotando a diminuição da violência e a realização máxima de direitos humanos como diretrizes éticas de sua atuação. Voltando à analogia com a guerra, o direito penal assume o lugar de “direito humanitário do tempo da política”, cuja missão é reduzir ao máximo a distribuição irracional de sofrimento operada pelo sistema penal, para o que se faz necessário renunciar aos elementos legitimadores da pena presentes em seu discurso<sup>70</sup>.

No que tange à aplicação da pena, ZAFFARONI faz a crítica da utilização dos conceitos de culpabilidade e reprovabilidade como parâmetros. O autor reconhece a importância do conceito normativo de culpabilidade dentro da chamada “teoria do delito”, e por ter substituído o juízo de “perigosidade” típico da criminologia positivista. No entanto, enquanto um juízo ético capaz de dosar a pena, a culpabilidade mostra-se problemática, seja pela dificuldade de graduá-la, seja pela percepção da seletividade do sistema penal, que esvazia qualquer sentido ético de um juízo de reprovação personalizada a cargo da agência judicial. Propõe, portanto, que se adote como parâmetro o conceito de *culpabilidade por vulnerabilidade*, que guarda alguma relação com o conceito de *culpabilidade pelo fato ou pena proporcional ao fato*, tratado mais adiante<sup>71</sup>.

Assim, para determinar a pena, o autor propõe que a agência judicial realize seu papel de contenção dentro de um espaço determinado em cada caso, considerando que a extrapolação deste espaço poderia causar uma forte reação das demais agências do sistema penal, minando a estratégia de racionalização. Este espaço estaria determinado pela relação entre a *posição de vulnerabilidade* do apenado, predominantemente social (relacionada ao risco de seleção subjacente ao pertencimento a certas classes, grupos sociais, minorias, estereótipos, etc), e o *esforço pessoal para a vulnerabilidade*, inerente a sua conduta. Assim, a intensidade da pena seria proporcional ao esforço realizado. Isto porque, além de ser um critério aferido na conduta do agente, quanto maior o esforço realizado, mais difícil será para a agência judicial bancar um tratamento mais brando. “[N]a prática, o grau de esforço que uma pessoa realiza para colocar-se em situação de vulnerabilidade é diretamente proporcional

---

69 *Ibidem*, p. 15.

70 *Ibidem*, p. 195-ss.

71 *Ibidem*, p. 257.

à fortalecedora quota de ilusão que os aparatos de propaganda e os discursos de justificação do sistema penal ‘inventam’<sup>72</sup>.

Ressalta ainda que quem parte de uma situação de baixa vulnerabilidade deve realizar um esforço considerável para alcançar uma situação de alta vulnerabilidade, a ponto de mobilizar as agências do sistema penal contra si. Por outro lado, é possível que alguém que já se encontra em posição vulnerável realize um grande esforço, colocando-se assim numa situação de incrível vulnerabilidade. A título de exemplo, vale transcrever:

Os mais notórios esforços para alcançar situações de alta vulnerabilidade, partindo de posições de nível muito baixo de vulnerabilidade, foram empreendidos por alguns delinquentes do poder (genocidas, delinquentes econômicos, etc.), logo derrotados em contendas hegemônicas com outro poder maior. A ajuda que estes prestam ao sistema penal é enorme, por reforçarem a falsa ilusão de igualdade perante a lei e de utilidade do sistema penal. Pelo contrário, um dos casos mais evidentes de incrível vulnerabilidade alcançada após enorme esforço, realizado a partir de uma posição que já era de altíssima vulnerabilidade foi a do martinicano assassino massivo de anciãs em Paris, que reforçou toda a prática violenta de poder em relação ao seu grupo de origem e, por extensão, contra todos os colonizados, e que conclui o reforço a esse estereótipo ao morrer de Aids na prisão<sup>73</sup>.

As formulações de Zaffaroni despertem interesse, sobretudo pela capacidade de conectar a análise do sistema penal com a situação sociopolítica da América Latina. No entanto, neste trabalho, optou-se por analisar o funcionamento dos mecanismos utilizados atualmente na aplicação da pena, o que implica em aceitar em certa medida o discurso legitimador subjacente a eles. É o que propõe FERRAJOLI, ao discorrer sobre como prevenção e retribuição devem compor a fundamentação do juiz na dosimetria.

Isto porque, conforme já mencionado, busca-se produzir um discurso que seja operacionalizável para a atuação judicial. Para esta finalidade não parece muito frutífero propor uma mudança radical dos entendimentos e das práticas jurisprudenciais. Práticas estas que, por mais que se critique, são fundamentadas a partir do direito vigente.

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 268-270.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 270.

## 3.2 APLICAÇÃO DA PENA: DO ARBÍTRIO À DEMANDA POR RACIONALIZAÇÃO

### 3.2.1 Teorias legitimadoras do poder punitivo

Em breve reconstrução do histórico das limitações legais impostas à aplicação da pena pelo juiz, FERRAJOLI aponta que, no período entre a Baixa Idade Média até o século XIX, predominou na Europa um modelo de amplíssima margem de atuação judicial na determinação tanto da natureza quanto da quantidade das penas criminais. Em reação a esta realidade, pensadores iluministas como Cesare Beccaria defenderam que a natureza e a quantidade da pena aplicável a cada delito fossem previamente fixadas pela lei, relegando ao juiz apenas o papel de apreciar a prova e afirmar ou negar a subsunção da conduta ao tipo penal<sup>74</sup>.

Embora tenha sido acolhida por alguns códigos penais europeus do início daquele século, logo se constatou que a fórmula dava azo a grandes injustiças, ao equiparar “situações iguais quanto aos elementos tipificados pela lei, porém diversas quanto aos traços específicos do fato”. Assim, no presente, generalizou-se a compreensão de que deve ficar a cargo do juiz a adequação da pena às circunstâncias do fato. Explica FERRAJOLI que esta atividade envolve uma interpretação conotativa do delito, regida pelo princípio da equidade, ao passo em que a verificação dos elementos do injusto requer um juízo denotativo regido pelo princípio da legalidade. Assim, é inevitável que os juízos de valor acerca da gravidade ou insignificância deixem margem para a atuação subjetiva do magistrado ao dosar a pena. O controle racional desta atividade não buscaria, portanto, submetê-la completamente a critérios certos e objetivos. Impõe-se duas exigências ao magistrado: quanto ao *método*, que os juízos nos quais se apóia a conotação sejam expressos e fundamentados a partir de parâmetros legais; quanto ao *conteúdo*, que a conotação judicial se limite ao *fato* que está sendo julgado, e não se estender a considerações estranhas a ele, a exemplo das relativas à personalidade do condenado<sup>75</sup>.

Na busca de dar ao poder punitivo estatal uma função racional no Estado de Direito, afastando-o da noção de vingança inteiramente submissa à vontade do príncipe, as teorias da pena na modernidade foram abandonando justificativas relacionadas à *retribuição do mal do*

---

74 “Foi precisamente a polêmica contra o despotismo dos juízes, como se disse no início deste livro, o que constituiu o principal motivo inspirador da batalha iluminista pela reforma penal. ‘*Só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade deve residir unicamente no legislador*’, escreveu Beccaria.” *Direito e razão*, p. 324.

75 *Ibidem*, p. 325-326.

*crime*, e focando cada vez mais na função *preventiva*<sup>76</sup>. Esses argumentos costumam ser classificados da seguinte forma<sup>77</sup>:

**Prevenção especial:** almejam-se os efeitos da pena na pessoa do condenado.

i) *Prevenção especial positiva:* busca-se promover o ajustamento da conduta do apenado, adequando-a ao convívio social. Aqui se encontram as estratégias de ressocialização.

ii) *Prevenção especial negativa:* busca a inocuidade do condenado em função de sua periculosidade, legitimando longas penas de prisão e a pena de morte. A teoria mais coerente e declarada sobre um sistema baseado na prevenção especial negativa é o direito penal do inimigo de Günther Jakobs<sup>78</sup>.

**Prevenção geral:** almejam-se os efeitos da pena na sociedade em geral.

iii) *Prevenção geral positiva:* busca-se promover determinada ordem social, moral ou jurídica.

iv) *Prevenção geral negativa:* busca-se dissuadir a conduta criminosa, pela ameaça da punição.

Todas as formas de legitimação mencionadas foram objeto de críticas: a ressocialização é apontada como impossível, chegando a se formular que a pena devesse *prejudicar o mínimo possível* a reinserção do apenado. Por outro lado, não há comprovação empírica do efeito dissuasório, sobretudo de reformas legislativas que aumentam a pena cominada a certos crimes ou agravam as condições de cumprimento de pena<sup>79</sup>.

---

76 Cabe a ressalva, no entanto, às teorias retribucionistas, de base metafísica, que importantes penalistas e filósofos do direito da modernidade formularam para legitimar o poder punitivo estatal, entre os quais se destacam Kant, Hegel e Carrara. Contudo, em razão de sua abstração, tais teses perderam espaço como motivação principal da pena, em favor de argumentos de base utilitarista. Ver BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, p. 133-ss.

77 *Ibidem*, p. 141-ss.

78 Na teoria de Jakobs (que tenta negar a influência de Carl Schmitt), o Estado poderia tratar certas infrações penais como uma negação à própria existência e legitimidade da ordem jurídica, justificando a negação de algumas garantias do direito penal e dos direitos humanos. Assim, o direito penal do inimigo seria um sistema separado do direito penal “do cidadão”. É importante fazer essa ressalva, porque os discursos que cotidianamente propalam o descrédito dos direitos humanos costumam ignorar a discussão sobre as hipóteses em que estaria autorizado esse afastamento, mal disfarçando seu conteúdo de ódio contra minorias políticas. Sobre o tema: FARIA JÚNIOR. *O processo penal do inimigo*.

79 Pesquisa do Instituto Latinoamericano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, em 2005, não identificou correlação positiva entre a promulgação da Lei de Crimes Hediondos e a redução de indicadores criminais, muito por conta da falta de dados, o que seria indicativo do modo imediatista e pouco estudado como costumam ser promulgadas as leis penais no Brasil. A partir de

Mais severas, no entanto, tem sido as críticas à *prevenção geral positiva*, por seu vínculo com regimes autoritários, cujo maior expoente é a teoria política de Carl Schmitt<sup>80</sup>. A ideia de *neutralização*, por sua vez, tem sido cada vez mais criticada por seu vínculo com o determinismo biológico e por fomentar a reprodução de discriminações, ao colocar em questão a avaliação da personalidade do condenado. Contudo, a neutralização segue como um argumento forte, inclusive de modo declarado nos documentos orientadores de políticas de segurança pública e nas exposições de motivos de proposições legislativas sobre matéria penal<sup>81</sup>.

### 3.2.2 As teorias legitimadoras e os métodos de dosagem da pena

A definição de como estas finalidades deverão influenciar a determinação da pena no caso concreto é questão tormentosa nos sistemas penais contemporâneos.

STOCO critica a vagueza dos critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, carecendo de um desenvolvimento teórico complementar que lhe dê sustentação, racionalidade e possibilidade de refutação<sup>82</sup>. A debilidade deste campo de estudos contrasta e põe em risco todo o esforço teórico empregado na construção de uma teoria do delito a fim de racionalizar os juízos condenatórios e frear a discricionariedade estatal, “na medida em que tudo aquilo que foi rechaçado antes poderá agora ingressar na análise sem maiores questionamentos (p.e.: periculosidade do autor, sua conduta durante o processo, etc.)”<sup>83</sup>. Assim, a autora parte para uma revisão de várias teorias sobre a aplicação da pena, com

---

entrevistas com internos e agentes penitenciários, constatou-se que a lei não influenciava ação criminosa, mas foi determinante para a expansão da população carcerária. (ILANUD, *A Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal*).

80 Algumas teorias de base luhmaniana buscaram recuperar a prevenção geral positiva, centrando-se na ideia de reafirmação da confiança na ordem jurídica, a exemplo da penalista portuguesa Anabela Miranda Rodrigues (como lembra STOCO, *Teorias da determinação da pena*, p. 76). No entanto, embora suprimindo o traço autoritário declarado, a transposição de teorias sistêmicas para o direito penal ainda pressupõe uma concepção organicista de sociedade. Para ZAFFARONI, o transporte do funcionalismo de Niklas Luhmann para a legitimação do poder punitivo possui os seguintes problemas: pretendendo-se como análise “neutra” do fenômeno jurídico, pressupõe a atribuição de um valor positivo a certo *status quo* sociopolítico; e, em nome do equilíbrio desse sistema, relega as garantias liberais como o bem jurídico e a exigência de objetivação do ilícito (*Em busca das penas perdidas*, p. 85).

81 Carolina Cutrupi Ferreira cita, entre outros, o PLC 6.630/2009, que visava alterar o art. 75 do Código Penal a fim de que a aquisição de direitos na execução penal, como a progressão de regime, ficasse vinculada ao total da pena imposta e não ao limite de trinta anos, sob o argumento de que a “divergência nos tribunais e na doutrina penal tem propiciado que indivíduos de alta periculosidade e reconhecida vida voltada para a criminalidade organizada venham obtendo benefícios durante a execução de penas aplicadas, às vezes, em patamares muito superiores ao máximo de 30 (trinta) anos.” *Legislar para a exclusão social*, p. 95.

82 *Op. cit.*, p. 97.

83 ZIFFER, Patricia. *Apud* STOCO, *op. cit.*, p. 55.

destaque para a doutrina espanhola e alemã, aonde, nos últimos anos, o assunto vem ganhando maior importância.

Interessante notar que as principais teorias mencionadas dão maior importância ao vínculo entre o crime e a pena do que à finalidade preventiva. Embora o retribucionismo não sirva mais como legitimação do sistema, ele tem a vantagem de estabelecer um parâmetro de aferição da proporcionalidade da pena, que não pode ser ultrapassado por considerações preventivas sob pena de instrumentalização do agente em nome de objetivos político-criminais não relacionados diretamente com o fato por ele praticado. Ademais, a prática judicial voltada à prevenção especial dá demasiada importância a prognósticos sobre a conduta do delinquente, favorecendo juízos preconceituosos e se aproximando do direito penal do autor.

Salo de CARVALHO afirma que a valoração da personalidade do apenado – circunstância judicial capaz de gerar aumento de pena, como se explanará adiante – não é possível, pois em geral faltam os elementos necessários no processo. Ademais, até mesmo no campo da psicologia é tormentosa a definição do que seja personalidade. Por consequência, tais valorações costumam ser desprovidas da necessária fundamentação e negarem a possibilidade de refutação. Prossegue trazendo a crítica de Paganella Boshi, de que os juízes muitas vezes “restringem o âmbito de investigação ao temperamento ou ao caráter do acusado, sem o cuidado de mergulhar no estudo de sua história pessoal e familiar, ou seja, das grandes etapas em que se organiza e evolui a personalidade”. De fato, esta é a orientação da doutrina tradicional, como Néelson Hungria (“caráter, síntese das qualidades morais do indivíduo”) e Mirabete (“qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo contra a ordem social intrínsecos ao seu temperamento”)<sup>84</sup>.

A crítica alcança principalmente os agravamentos de pena fundados em categorias como *conduta social e personalidade*, por ensejarem uma valoração um tanto descontrolada da pessoa do apenado. No entanto, Tatjana Hörnle argumenta que também os institutos da reincidência e dos antecedentes, ao imporem aumentos de pena independentemente da natureza dos crimes antecedentes, produzem punições desproporcionais em face da gravidade do delito. Questiona-se, por exemplo, a inexistência de justificativa preventivo-especial para o obrigatório agravamento da pena – ou, para inserir no contexto deste trabalho, a negativa de

---

84 Apud CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*, p. 58-59.

redução de pena – de um apenado que tenha sido condenado anteriormente por crime de menor potencial ofensivo.

Cabe neste ponto fazer uma pequena digressão para trazer outros posicionamentos críticos aos institutos da reincidência e dos antecedentes. Para Salo de CARVALHO, a valoração da história de vida do acusado, na forma como se estabelece no ordenamento pátrio, cria um mecanismo incontrolável de arbítrio judicial, pois tende a predeterminar juízos de condenação. O exame da exposição de motivos da Lei n. 7.209/1984 (lei da reforma da parte geral do Código Penal) revela que o papel dado ao instituto foi pensado pelo legislador como compensação da extinção da medida de segurança para o imputável<sup>85</sup>:

“com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a liberação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade.”<sup>86</sup>

Explica ainda que, no texto original, a medida de segurança era aplicada de forma autônoma em relação à pena, e orientava-se explicitamente por um juízo de periculosidade do apenado. A periculosidade podia ser averiguada ou, nas hipóteses do art. 78, presumidas para agentes a) inimputáveis; b) semi-imputáveis; c) condenados por crimes cometidos em estado de embriaguez, se habitual; d) *reincidentes em crimes dolosos*; e) condenados por crime cometido em associação.

Fica evidente, pois, que a reincidência funda um juízo de periculosidade sobre o sujeito em razão do fato de já ter delinquido antes. Fundamento perigosista incompatível com um direito penal que se pretende racional. Além disso, evidencia-se a contradição deste argumento em face do dado estatístico de que os egressos possuem maior probabilidade de voltarem às malhas do sistema penal; assim, por coerência, sustentam autores como Juarez Cirino dos Santos, a reincidência deveria constituir atenuante, reconhecendo a parcela de responsabilidade estatal no embrutecimento do agente e da introjeção da identidade criminosa<sup>87</sup>.

Enquanto o Código Penal Brasileiro afirma que a pena deve atender à *reprovação e prevenção* do crime, os códigos espanhol e alemão, bem como o português, falam em *culpabilidade e prevenção*. Três teorias destacam a importância da culpabilidade. Para a teoria

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 51-ss.

<sup>86</sup> *Apud* CARVALHO, *op. cit.*, p. 63-64.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 66.

da pena proporcional ao fato de Tatjana Hörnle, o dispositivo é confuso e mal redigido: na verdade, o critério concreto para a determinação da pena é a gravidade do crime sob o ponto de vista da vítima. De modo semelhante, Juarez Tavares defende que o juízo de culpabilidade na aplicação da pena seja referido ao desvalor da conduta e ao desvalor do resultado. Já a teoria do valor do emprego, da qual se aproxima Claus Roxin, aspectos pessoais deverão influir na determinação de aspectos qualitativos da pena como a modalidade e o regime inicial, enquanto o *quantum* deveria ser reflexo da culpabilidade (embora Roxin defenda a possibilidade de efetuar reduções da pena com base em argumentos de ordem preventiva). Há ainda a teoria do espaço de jogo, construção jurisprudencial segundo a qual a culpabilidade fornece um espectro de penas adequadas, dentro do qual a individualização se dará a partir da prevenção<sup>88</sup>.

Todas essas teorias precisam lidar com a indeterminação dos critérios relevantes para a gradação da culpabilidade. Ademais, é necessário responder o conceito de culpabilidade na aplicação da pena possui o mesmo conteúdo da culpabilidade para a teoria do delito, que está relacionado, muito resumidamente, a um juízo de reprovabilidade fundado na exigibilidade de ação conforme o direito.

Como visto, para Tatjana Hörnle e Juarez Tavares, a medida da aplicação da pena deve buscar amparo em elementos relacionados à gravidade da conduta e do resultado, abandonando juízos hipotéticos. Contudo, Tavares separa o grau da lesão ao bem jurídico das consequências particulares (pessoais ou sociais) produzidas circunstancialmente pelo crime; além disso, defende a gravidade seja contextualizada (e, se for o caso, reduzida a pena) pelo grau (reduzido) de autonomia do sujeito. Há, assim, por parte dos autores que buscam uma definição concreta do grau de culpabilidade na aplicação da pena, um objetivo de se afastarem de concepções sintomáticas do delito, enquanto revelador da “antissociabilidade” do criminoso, próximos das teses lombrosianas da criminologia etiológica.

Sobre o tema, STOCO ressalta ainda precedentes do STJ que fulminam agravamentos da pena com base em expressões genéricas como “culpabilidade reprovável” ou “o agente seria perfeitamente capaz de entender a ilicitude dos seus atos”, que na verdade constituem pressupostos da própria existência do delito.

Ainda no intento de concretizar a questão da *medida da culpa*, Jesús-María Silva Sánchez propõe que se estabeleça uma relação direta entre os elementos dogmáticos da teoria

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 57-ss.



do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) e os critérios de determinação da pena, através de uma “escala quantitativa de subtipos (classes de realizações típicas)”<sup>89</sup>. Assim, não seria papel do juiz fazer considerações político-criminais durante a aplicação da pena.

Em síntese, conclui STOCO à luz dessas formulações, deve ser respeitada a proporcionalidade entre a gravidade do delito e a quantidade da pena aplicada. Argumentos de cunho preventivo só deveriam ingressar na individualização da pena para diminuí-la, reduzindo seu potencial dessocializador, ou ao menos deveriam estar limitados por parâmetros impostos pela proporcionalidade.

### 3.3 APLICAÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

#### 3.3.1 Breve explicação do sistema trifásico

O Código Penal Brasileiro orienta a aplicação da pena a partir do chamado sistema trifásico, indicado no art. 68 do Código Penal<sup>90</sup>. Cumpre descrevê-lo brevemente, apontando as principais controvérsias e as soluções adotadas pelos tribunais superiores.

Após constatar que a conduta praticada pelo réu é típica, antijurídica e culpável, a sentença condenatória costuma iniciar um tópico denominado “dosimetria da pena”. O juiz inicia com a consideração das chamadas “circunstâncias judiciais”, previstas no art. 59 do Código Penal<sup>91</sup>. A lei não indica de qual patamar a análise deverá ser iniciada, quais circunstâncias agravam ou atenuam a pena e quanto cada uma deve influenciar. O mais comum é que se parta da pena mínima abstratamente cominada na norma incriminadora, aumentando-se em certa quantidade para cada circunstância considerada desfavorável – é bastante difundido, embora não obrigatório, que a avaliação desfavorável de cada uma das oito circunstâncias judiciais importe em aumento equivalente a um oitavo do intervalo entre a

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>90</sup> Código Penal. “**Cálculo da pena**

**Art. 68.** A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

**Parágrafo único.** No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.”

<sup>91</sup> Código Penal. “**Art. 59.** O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: **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.

pena máxima e a pena mínima cominada. O resultado da consideração das circunstâncias judiciais é chamado de *pena-base*.

Em seguida, são consideradas as circunstâncias legais agravantes<sup>92</sup> ou atenuantes<sup>93</sup>. Também não é determinado o *quantum* de aumento ou de diminuição. BITENCOURT defende que a variação não deve ser nunca maior do que um sexto, proporção mínima prevista para as causas de aumento e de diminuição<sup>94</sup>. A lei estabelece que, havendo concurso de causas atenuantes e agravantes, “a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”, suscitando acirrados debates doutrinários e jurisprudenciais sobre quais seriam as circunstâncias preponderantes, e se isto realmente deve ser determinado abstratamente ou só no caso concreto. Após a aplicação das agravantes ou atenuantes, obtém-se a *pena provisória*.

Outra questão relevante é se a variação decorrente das circunstâncias legais poderá ultrapassar os limites abstratos da pena cominada. Apesar dos arts. 61 e 65 determinarem que aquelas circunstâncias *sempre* agravam/atenuam a pena, a jurisprudência dominante, consolidada na Súmula 231 do STJ, é no sentido de que tais limites ainda não poderão ser

---

92 Código Penal. “**Circunstâncias agravantes**”

**Art. 61.** São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: **I** – a reincidência; **II** – ter o agente cometido o crime: **a)** por motivo fútil ou torpe; **b)** para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; **c)** à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; **d)** com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; **e)** contra criança, descendente, irmão ou cônjuge; **f)** com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; **g)** com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; **h)** contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; **i)** quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; **j)** em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; **l)** em estado de embriaguez preordenada.

**Agravantes no caso de concurso de pessoas**

**Art. 62.** A pena será ainda agravada em relação ao agente que: **I** – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; **II** – coage ou induz outrem à execução material do crime; **III** – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; **IV** – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

93 Código Penal. “**Circunstâncias atenuantes**”

**Art. 65.** São circunstâncias que sempre atenuam a pena: **I** – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; **II** – o desconhecimento da lei; **III** – ter o agente: **a)** cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; **b)** procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; **c)** cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; **d)** confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; **e)** cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

**Art. 66.** A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

94 *Op. cit.*, p. 765.

ultrapassados, o que é criticado por parte da doutrina, a exemplo de BITENCOURT e SCHMITT<sup>95</sup>

Acerca do espaço para uma “atenuante genérica”, previsto no art. 66 do Código Penal, importante mencionar o conceito de co-culpabilidade formulado por Zaffaroni. Parte-se da ideia de que reprovar com a mesma intensidade crimes cometidos por pessoas em situação de privilégio ou de vulnerabilidade violaria a isonomia:

Se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assuma a parcela de responsabilidade que lhe incumbe penas possibilidades que negou ao infrator em comparação com as que proporcionou aos outros. O infrator apenas será culpável em razão das possibilidades sociais que se lhe oferecem<sup>96</sup>.

Assim, CARVALHO advoga a aplicação desta tese no direito brasileiro, reconhecendo a co-culpabilidade como circunstância atenuante, no espaço aberto pelo art. 66, reduzindo a pena ao reconhecer que o agente tinha seu âmbito de autodeterminação reduzido em razão da negação de possibilidades sociais mínimas.

Na terceira etapa, são consideradas as causas de aumento ou diminuição, também chamadas de majorantes e minorantes. O Código Penal prevê causas de aumento/diminuição genéricas para arrependimento posterior, erro de proibição escusável, culpabilidade diminuída, embriaguez parcial fortuita, concurso de pessoas, concurso formal de crimes e crime continuado; todas as outras são previstas de modo específicos para cada crime. A lei estabelece uma fração fixa ou um intervalo dentro do qual o juiz deverá determinar a proporção do aumento ou da diminuição. Aqui, há consenso de que os limites mínimo e máximo da pena abstrata poderão ser ultrapassados na fixação da *pena definitiva*.

Por fim, após essas três fases, é analisado o regime inicial de cumprimento da pena de prisão e a possibilidade de substituição por penas restritivas de direitos. O art. 33 do Código Penal impõe regime inicialmente fechado para penas de prisão superiores a oito anos, e possibilita o regime inicial semiaberto para penas entre quatro e oito anos, e aberto abaixo de quatro anos<sup>97</sup>. Contudo, o juiz pode, fundamentadamente, fixar regime inicial mais gravoso do

---

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 769 e *Sentença Penal Condenatória*, p. 164, respectivamente. Ao argumento legalista, ambos os autores acrescentam que o entendimento do STJ deixou de fazer sentido após a reforma na parte geral do Código, em 1984, e decorria apenas de interpretação analógica desfavorável ao réu, procedimento repellido de forma unânime pela doutrina penalista.

<sup>96</sup> *Apud* CARVALHO e CARVALHO, *op. cit.*, p. 74.

<sup>97</sup> Código Penal. “**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.

que a pena acarretaria, conforme entendimento pacificado na Súmula 719 do STF. Em caso de reincidência, o regime inicial só não será fechado se a pena for inferior a quatro anos e as circunstâncias judiciais forem consideradas favoráveis, de acordo com a Súmula 269 do STJ.

A lei define que presos em regime semiaberto deverão ficar em colônias agrícolas ou industriais, separados daqueles em regime fechado. No entanto, há casos em que a progressão de regime é adiada por conta da falta de vagas para o regime semiaberto. De acordo com o INFOPEN 2015, nos estabelecimentos que responderam a este quesito, 8% dos presos em regime fechado se encontravam nesta condição. Além disso, a principal diferença entre o regime fechado e o semiaberto é a possibilidade de trabalho externo antes de cumprido um sexto da pena – contudo, essa possibilidade é distante da realidade da maioria dos apenados.

O STF editou a Súmula Vinculante nº 56, proibindo o referido procedimento. O trâmite a ser adotado em caso de falta de vagas no regime adequado foi disciplinado no acórdão do RE 641320, que deu origem à referida Súmula<sup>98</sup>.

---

§ 1º. Considera-se: **a)** regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; **b)** regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; **c)** regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: **a)** o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; **b)** o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; **c)** o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º. O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

98 O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto, vencido o Ministro Marco Aurélio, que desprovia o recurso. Em seguida, o Tribunal, apreciando o tema 423 da repercussão geral, fixou tese nos seguintes termos: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 11.05.2016.

O regime aberto, como o nome sugere, se baseia na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, nos termos do art. 36 do Código Penal. Assim, o condenado permanecerá recolhido somente durante o período noturno e nos dias de folga.

Já a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, regada a partir do art. 43 do Código Penal, poderá ocorrer para penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, exceto para crimes cometidos com violência ou grave ameaça. No caso de crimes culposos, não há limite de pena para a substituição. Além disso, o réu não pode ser reincidente em crime doloso, e está sujeito a avaliação (fundamentada) do juiz sobre se a substituição é adequada em face da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do condenado, motivos e circunstâncias do crime.

Importante ressaltar que a Lei de Crimes Hediondos impunha sempre o regime inicial fechado para o “tráfico ilícito de entorpecentes”, além de aumentar o tempo necessário para a progressão de regime. Além disso, atual Lei de Drogas vedava qualquer possibilidade de conversão de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para os crimes nela previstos. Tais proibições foram superadas a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei de Crimes Hediondos pelo STF em 2012, no julgamento do HC 111.840, e do art. 44 e parte do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, no julgamento do HC 97.256, em 2010.

Em relação ao controle da fundamentação judicial em matéria de dosimetria da pena, a jurisprudência do STF tende a limitar o manejo de *habeas corpus* nas instâncias extraordinárias em matéria de dosimetria da pena à verificação da “motivação [formalmente idônea] de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão” (ED em AgR no HC 131935/SP, Rel. Min. Luís Barroso, julgamento em 29.06.2017). Existe uma linha de argumentação ainda mais restritiva, capitaneada pelo Ministro Luiz Fux, que notadamente tem militado pela restrição à concessão de ofício de *habeas corpus* não conhecidos, segundo a qual “A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do *habeas corpus*, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso” (RHC 138708 AgR / MS, julgamento em 02.06.2017).

A dificuldade no acesso decorre não só da necessidade de demonstrar o prequestionamento na instância recorrida, de ofensa direta a lei ou à Constituição Federal (conforme se trate de Recurso Especial ou Extraordinário, respectivamente), mas da necessidade de demonstrar a existência de repercussão geral na questão constitucional

suscitada, pela disciplina do art. 1.036 do Código de Processo Civil. LOPES JÚNIOR. critica o fato de a disciplina da repercussão geral ser pensada exclusivamente a partir de categorias do processo civil<sup>99</sup>, no qual usualmente se discutem direitos disponíveis.

Por fim, é importante ressaltar que, na aplicação da pena, não se admite que qualquer circunstância, seja da personalidade do agente ou da conduta delituosa, justifique duplo agravamento da pena. Assim, se uma circunstância constitui elemento do crime, ou já foi considerada para agravar a pena em alguma etapa do procedimento trifásico, não poderá justificar novo aumento nas fases subsequentes. Trata-se do princípio denominado *ne bis in idem*.

### **3.3.2 Contradições em fundamentos da dosimetria da pena: uma análise sobre o TJDF**

Em sua tese de mestrado, Vinicius da Silva MACHADO fez uma profunda e interessante análise sobre o princípio da individualização da pena na prática judicial, tomando como objeto de análise uma amostra de 374 sentenças condenatórias, num universo de 21.881 sentenças prolatadas pelas varas criminais do Distrito Federal nos anos de 2006 e 2007.

O autor parte de uma visão bastante crítica acerca dos princípios da individualização e da humanidade das penas, tidos como fórmulas discursivas irrealizáveis e meramente legitimadoras do poder punitivo. Já na introdução, destaca que “[p]ara um sistema penal eminentemente desumano e para um ato intrinsecamente violento, a punição não pode ser humanizada. O projeto científico de domínio de números e cálculos não confere racionalidade à pena, mas apenas se presta como recurso de legitimação a uma prática política”<sup>100</sup>.

O autor submeteu o universo das decisões a um formulário padrão, na qual indica as circunstâncias judiciais objeto de valoração positiva ou negativa na fundamentação (orientação que teria influenciado positivamente o presente trabalho, caso tivéssemos contato com ela com maior antecedência), as circunstâncias atenuantes/agravantes e as causas de aumento/diminuição, a existência de concurso de crimes e a variação correspondente a cada fase da dosimetria, bem como o regime aplicado, e a conversão ou suspensão condicional da pena de prisão, classificando também os motivos de cada uma destas escolhas a partir de quesitos padronizados.

---

<sup>99</sup> *Direito Processual Penal*, p. 950.

<sup>100</sup> *Entre números, cálculos e humanidade*, p. 18.

Entre as análises extraídas da pesquisa empírica, é recorrente a constatação de que a fundamentação judicial expressava uma “vontade de normalizar e divulgar”, realizando julgamentos sobre a conduta e personalidade do condenado, mesmo quando isso não importasse em aumento de pena (em 74,9% dos casos em que a pena-base foi fixada no mínimo, houve anotação de circunstância judicial negativa). Além disso, frustrou-se o objetivo inicial de identificar quais circunstâncias judiciais mais importantes, pois imperava uma análise “em bloco”, sem deixar clara a relação entre cada circunstância e a respectiva variação da pena, prejudicando o contraditório e a ampla defesa<sup>101</sup>.

A circunstância judicial mais anotada negativamente foi a culpabilidade. O autor adentra na discussão sobre a difícil definição do que seria a culpabilidade relevante na aplicação da pena, contestando o caráter abstrato e indemonstrável da noção mais adotada de culpabilidade, como “medida do grau de autodeterminação atribuído ao sujeito no momento do crime”, ou do “grau de reprovabilidade de sua conduta ante as alternativas de agir de modo diverso” (explicações nossas), corriqueiramente incorrendo em *bis in idem* nesta valoração.

O *bis in idem* foi verificado não só em relação à culpabilidade, mas também na valoração dos motivos e consequências do crime, de modo que 80% dos casos em que a pena-base foi fixada acima do mínimo apresentaram “fundamentação inerente ao tipo”, ou seja, que se limitava a relatar a reprovabilidade já inerente à tipificação penal<sup>102</sup>.

Acerca das circunstâncias “relacionadas ao agente”, destaca MACHADO que a “conduta social” foi pouco valorada (apenas em 11% dos casos), talvez pela dificuldade de conceituar ou de construir um argumento que não seja constrangedoramente maniqueísta acerca da “bondade/maldade” do condenado. Contudo, a “personalidade” foi a terceira circunstância judicial mais indicada. Em 88,2% das condenações, e em 90,5% daquelas em que a pena-base ficou acima do mínimo, a personalidade foi anotada negativamente<sup>103</sup>.

Entre as circunstâncias agravantes, a reincidência foi apontada em mais de 97% dos casos. O autor faz a crítica do instituto, afirmando, na esteira de Zaffaroni, Cirino dos Santos e Karam, que se trata de expressão de direito penal autoritário, por concretizar um juízo sobre a periculosidade do condenado, ainda que sobre bases objetivas (o que possui um lado ruim, já que as circunstâncias concretas do crime objeto da condenação e do antecedente poderiam desautorizar tal exercício de futurologia). Ademais, na medida em que, estatisticamente, a

---

101 *Ibidem*, p. 89.

102 *Ibidem*, p. 93.

103 *Ibidem*, p. 103.

passagem pela prisão aumenta a probabilidade de reincidência, o agravamento da pena constituiria uma profecia autorrealizável<sup>104</sup>.

A reincidência constitui ainda fator determinante para a determinação de regime inicial mais gravoso do que obriga a pena aplicada (em torno de 30% dos casos), aliada a circunstâncias judiciais desfavoráveis. Nas condenações inferiores a quatro anos, em pouco mais de 32% dos casos foi fixado regime mais gravoso que o aberto, motivados pela reincidência (63%) ou pelas circunstâncias judiciais (35%). Também a não conversão dessas penas em restritivas de direitos (que ocorreu em 40% dos casos) foi justificada principalmente com base na reincidência (53%) ou circunstâncias judiciais (41%)<sup>105</sup>.

Para MACHADO, estas análises revelam, por trás da tentativa de conferir racionalidade invocando o princípio do devido processo legal, a realidade do exercício do poder punitivo. Citando Cirino dos Santos, exemplifica, como evidência da funcionalidade social deste poder, no fato de a repressão penal se concentrar na área patrimonial, e não nos crimes contra a ordem tributária, a economia e a ecologia<sup>106</sup>.

### 3.4 ESPECIFICIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA NOS CRIMES RELACIONADOS ÀS DROGAS

Cumprir destacar algumas especificidades na aplicação da pena dos crimes relacionados às drogas.

Em primeiro lugar, como já mencionado, a Constituição Federal previu a existência dos chamados “crimes hediondos”:

**Art. 5º. (...) XLIII** – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Contudo, a Lei de Crimes Hediondos (8.072/1990) prevê outras circunstâncias de agravamento da pena, como o regime inicial obrigatoriamente fechado, a progressão de regime só após o cumprimento de dois quintos da pena para réus primários e três quintos para reincidentes (alterada em razão da inconstitucionalidade da vedação à progressão). No

---

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 108-ss.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 124-ss.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 130-131.



entanto, o STF vem afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado e admitindo até a conversão da prisão em penas restritivas de direitos, quando a pena aplicada não for superior a oito anos, exigindo ainda fundamentação idônea para a fixação de regime inicial mais severo<sup>107</sup> (orientações que nem sempre são seguidas pelos órgãos locais e regionais). Além disso, no julgamento do HC 118.533, firmou entendimento de que o “tráfico privilegiado” não possui natureza hedionda.

Salo de CARVALHO e Tupinambá Pinto Azevedo apontam inconstitucionalidade na Lei de Crimes Hediondos por exceder os gravames impostos ao apenado pelo comando constitucional<sup>108</sup>. Além disso, CARVALHO entende que os efeitos da hediondez só poderiam incidir sobre condutas propriamente relacionadas a atos de comércio de drogas, excluindo outras como *ter em depósito e plantar*, que só são chamadas de *tráfico* por metonímia<sup>109</sup>.

No HC 97256/RS, em que o STF reconheceu a inconstitucionalidade do art. 44 e da parte do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 para admitir a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, foi utilizado o argumento da exorbitância do mandamento constitucional pela Lei de Crimes Hediondos. O relator, Min. Ayres Britto, consignou em seu voto que a disposição retirava do juiz sentenciante a prerrogativa de adequar a pena ao caso concreto conforme o mandamento do princípio da individualização da pena<sup>110</sup>. Além disso, fez referência ao dispositivo da Convenção de Viena de 1988 que determinava tratamento diferenciado ao tráfico de drogas de menor potencial ofensivo.

Pontue-se que, antes de ser declarado inconstitucional, o art. 44 da Lei de Drogas previa até mesmo a proibição à liberdade provisória para os crimes dos arts. 33 a 37, expressão gritante de traço de direito penal do inimigo e negação total da presunção de inocência.

Além disso, a Lei 11.343/2006 prevê outras especificidades. O art. 42 destaca algumas circunstâncias judiciais e introduz outras, as quais deverão ser consideradas com

---

107 Súmula do STF. “**718.** A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

**719.** A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

108 *A política criminal de drogas no Brasil*, p. 322.

109 *Ibidem*, p. 295.

110 “O que estamos a ajuizar não é senão o seguinte: o direito penal bem pode cumular penas, inclusive a privativa e a restritiva de liberdade corporal (...), mas lhe é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com discricionariedade nos quadrantes da alternativa sancionatória. Uma coisa é a lei estabelecer condições mais severas para a concreta incidência da alternatividade; severidade jurisdicional sindicável tão só pelos vetores da razoabilidade e da proporcionalidade. Outra coisa, porém, é proibir ao julgador, pura e secamente, a convalidação da pena supressora de liberdade em pena restritiva de direitos. Opção que a encarecida garantia da individualização da reprimenda, exatamente por ser a antítese da desindividualização, não tolera.”

preponderância sobre as demais: a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente<sup>111</sup>.

Além da multicitada causa de diminuição do art. 33, § 4º, a lei prevê uma causa de diminuição genérica para o acusado que colabora com a investigação<sup>112</sup>, e a exclusão ou redução (com diminuição de pena) da imputabilidade penal em razão da dependência ou da embriaguez fortuita, possibilitando a internação compulsória em caso de absolvição com este fundamento<sup>113</sup>.

O art. 40 enumera circunstâncias que importam em aumento de pena, de um sexto a dois terços<sup>114</sup>. Sobre esta majorante, cumpre citar dois precedentes da Suprema Corte: primeiro, a configuração do tráfico interestadual prescinde do efetivo cruzamento de fronteiras, se esta intencionalidade estiver evidenciada por outras circunstâncias do caso concreto (como a rodovia e a linha de ônibus), conforme firmado no HC 122.791 (rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 17/11/2015). Além disso, o simples fato de o agente transportar droga em transporte público não configura a situação prevista no inciso III, que se aplica apenas à oferta de drogas em local público (HC 120.624/MS, rel. para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 03.06.2014).

---

111 Lei 11.343/2006. “**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.”

112 Lei 11.343/2006. “**Art. 41.** O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.”

113 Lei 11.343/2006. “**Art. 45.** É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

**Parágrafo único.** Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

**Art. 46.** As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

114 Lei 11.343/2006. “**Art. 40.** As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: **I** – a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito; **II** – o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância; **III** – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; **IV** – o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva; **V** – caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal; **VI** – sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; **VII** – o agente financiar ou custear a prática do crime.”

Questão muito discutida na doutrina foi a possibilidade de aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º em conjunto com o tipo penal do art. 12 da Lei 6.368/1976, no qual a pena mínima para o tráfico de drogas era de três anos, para crimes cometidos na vigência desta lei. O STF resolveu o problema no julgamento do RE 600817 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em 07.11.2013), impedindo a combinação de leis. Assim, deve ser aplicada integralmente a legislação que resultar mais benéfica para o apenado no caso concreto.

Por fim, outra peculiaridade prevista na lei é a garantia de tratamento a presos dependentes ou usuários de drogas.

Cumpramos ressaltar ainda que, embora a Lei de Drogas preveja vários crimes que em tese poderiam acarretar condenação independentemente do art. 33 (ou seja, sem necessidade de comprovar ação relacionada diretamente a posse ou circulação de substância ilícita)<sup>115</sup>, segundo o INFOPEN 2016, todas as incidências penais relativas a drogas na população carcerária eram de tráfico (art. 33 ou art. 12 da Lei 6.368/2012), tráfico internacional ou associação para o tráfico (que correspondia a apenas 11,3%). Ademais, é sabido que, normalmente, as incidências de tráfico e de associação para o tráfico são cumuladas. Isso significa que, na quase totalidade dos casos, as condenações relacionadas a entorpecentes implicam em pena mínima igual ou superior a cinco anos, exceto para o tráfico privilegiado.

### **3.4.1 Contradições na aplicação da pena por tráfico de drogas: um estudo sobre a Vara de Tóxicos de Feira de Santana**

A tese de mestrado do juiz da Comarca de Feira de Santana/BA Armando Duarte MESQUITA JÚNIOR se propõe a classificar e analisar os fundamentos utilizados nas sentenças da Vara de Tóxicos daquela comarca. A abordagem é eminentemente qualitativa, tendo o autor selecionado uma amostra de sentenças após constatar que os argumentos tendiam a se repetir (procedimento conhecido como saturação).

O autor identificou a estratégia argumentativa de ressaltar direitos e garantias penais para, em seguida, adotar decisões limitadoras de tais direitos – como, por exemplo, decretar prisão preventiva argumentando sobre a excepcionalidade de tal medida. Apesar da aparente contradição, busca-se legitimar a escolha afirmando ter sido feita a devida ponderação, a fim

---

<sup>115</sup> Fabricação e circulação de maquinários e outros instrumentos (art. 34), associação para o tráfico (art. 35), financiamento ou custeio (art. 36), colaboração (art. 37), prescrição indevida culposa (art. 38) e condução de embarcação ou aeronave após o consumo de droga (art. 39).

de causar uma “sensação retórica de justificação”, à falta de embasamento concreto para uma escolha desfavorável ao acusado.

Isto foi observado em diversos casos em que se determinou o cumprimento de pena em regime mais gravoso, consignando a possibilidade de cumprimento em regime mais benéfico. Contraditoriamente, apesar deste “sopesamento”, as decisões não indicavam empiricamente a necessidade de tal imposição, limitando-se a aludir superficialmente a circunstâncias como “informações de que o condenado integrava organização criminosa”. O autor menciona ainda os exemplos de sete condenações com apreensão de uma única substância (crack, maconha ou cocaína), entre 1,98g e 14g, nas quais foi fixado o regime inicial fechado<sup>116</sup>.

Também chamaram a atenção do referido autor condenações em que se negou a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, “calcados, regra geral, no fato dos agentes estarem respondendo – sem qualquer condenação – a outras ações penais na mesma unidade judiciária, o que, de *per si*, autorizaria o entendimento de que se dedica habitualmente à atividade criminosa”. Verificou-se ainda a ocorrência de *bis in idem* na verificação das circunstâncias que excluiriam o referido benefício<sup>117</sup>.

### 3.5 A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º<sup>118</sup>

Cumprir fazer uma análise dogmática do multicitado dispositivo. Conforme já repetido, trata-se da única possibilidade para que uma pessoa condenada por tráfico de drogas, em circunstâncias que evidenciem a gravidade reduzida da conduta ou o reduzido envolvimento do agente com atividades criminosas, realizando o princípio da proporcionalidade e buscado reduzir a superlotação carcerária com presos “não perigosos”.

Uma questão que inicialmente se coloca é se a verificação das razões que excluem o benefício se daria apenas a partir de um juízo binário, ou se admitiria gradações. Ou seja: seria possível admitir que um apenado com pouca dedicação a atividade criminosa, por exemplo, tenha direito a certa fração de redução de pena? Embora tal possibilidade viesse a

---

<sup>116</sup> Quando a balança fere, p. 77-78.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 81-82.

<sup>118</sup> Lei 11.343/2006. “Art. 33. (...) § 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

calhar em face da indeterminação dos dois últimos requisitos, a posição adotada pela maioria da doutrina, como se verá, bem como pela jurisprudência<sup>119</sup>

### 3.5.1 Uma breve revisão

Inicialmente, façamos uma breve revisão sobre o tratamento desta minorante na doutrina.

Em 2010, Guilherme de Souza NUCCI seguia o entendimento dominante à época de que a incidência da minorante não afastava a hediondez do delito. O autor critica critério da dedicação a atividade criminosa, “pois não diz nada. (...) Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita.” Exalta, no entanto, a oportuna vedação em razão de o apenado integrar organização criminosa, aludindo a precedente do STJ que indeferiu o benefício por ter sido o agente condenado por associação para o tráfico – revelando, assim, uma tendência em considerar tal gênero de condenação como causa necessária da negação do benefício. Acerca do *quantum* de redução, refere às circunstâncias judiciais do Código Penal (art. 59) e da Lei de Drogas (art. 42)<sup>120</sup>.

Rogério Sanches CUNHA define o benefício de modo sucinto, como aplicável ao “traficante, agindo de modo individual e ocasional”, dispensando maior atenção apenas à discussão sobre a possibilidade de combinação de leis. Destaca ainda que os requisitos do benefício são subjetivos e cumulativos – ou seja, ausente qualquer um deles, a aplicação é inviável<sup>121</sup>.

Renato MARCÃO sublinha o fato de tratar-se a minorante de direito subjetivo do réu, preenchidos os requisitos, bem como o ônus do Ministério Público de comprovar a presença das causas de exclusão. No mais, repete a doutrina majoritária, afirmando que os requisitos

---

119 Não se tem notícia de julgados nesses exatos termos, mas em vários precedentes está expressa a exigência do “preenchimento cumulativo” de todos os requisitos, sem o que a regra seria a denegação do benefício. Neste sentido, “É pacífica a jurisprudência do STF, no sentido de que “aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa” (HC 123.430, Rel. Min. Luiz Fux).

120 *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 372.

121 GOMES, Luiz Flávio (org.). *Lei de drogas comentada*, p. 212.

são cumulativos e que o dispositivo visa beneficiar somente o traficante ocasional, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida<sup>122</sup>.

Andrey Borges de MENDONÇA e Paulo Roberto Galvão de CARVALHO repetem os demais ao afirmar a cumulatividade dos requisitos, citando Sanches CUNHA e MARCÃO. No entanto, defendem mais assertivamente a consideração da ficha criminal do acusado, chegando a afirmar que “não se pode equiparar, para fins de aplicação da pena, o agente criminoso que possui diversos apontamentos em sua vida criminal com aquele que possui passado imaculado, sob pena de ferir de morte o princípio da isonomia”. Sobre a organização criminosa, apontam que, ausente especificação na lei, é irrelevante o objeto da atividade ilícita. Sobre o ônus da prova, verifica-se alguma contradição: inicialmente afirmam que para fazer jus ao benefício o réu deverá comprovar “que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e conduta voltados para o crime”. Depois, no entanto, afirmam que “impor ao réu o encargo de comprovar principalmente estes dois últimos requisitos violaria o princípio da presunção da inocência”, cabendo ao Ministério Público demonstrar, por qualquer meio de prova (interceptações telefônicas, prova testemunhal, *modus operandi* específico, etc), o envolvimento do agente com atividades criminosas. Acerca do *quantum*, defendem a utilização dos critérios do artigo 42 e “outros elementos do caso concreto”, mas colacionam o entendimento doutrinário contrário de Greco Filho e Rassi, para quem os requisitos não são necessariamente cumulativos e “o juiz deverá dar um peso maior ou menor aos antecedentes e à dedicação à atividade criminosa ou integração em organização criminosa”<sup>123</sup>.

Observa-se que a maioria dos manuais consultados dão pouca importância às definições e à casuística envolvendo as causas de exclusão do benefício. No mais, há certo consenso – inclusive no modo sucinto de tratar tais temáticas – acerca de se tratarem de requisitos cumulativos (que não admitem gradação), de ser o benefício destinado apenas ao traficante *ocasional e individual*, de admitirem o recurso a elementos não-definitivos da ficha criminal do réu e o recurso às circunstâncias judiciais para definir o *quantum* de redução.

A fim de aprofundar o debate, se fará a seguir uma discussão acerca dos possíveis problemas de interpretação decorrentes de cada causa de exclusão da minorante.

---

<sup>122</sup> Tóxicos.

<sup>123</sup> Lei de Drogas, p. 111-121.

### 3.5.2 Reincidência<sup>124</sup>

Trata-se do critério de conceituação menos problemática entre os quatro fixados no § 4º. Com efeito, os arts. 63 e 64 do Código Penal definem suficientemente os limites do conceito. Exige-se que o agente tenha sido condenado por crime anterior, já tendo a sentença transitado em julgado. Além disso, a reincidência é desconsiderada após o prazo depurador de cinco anos a partir do cumprimento ou da extinção da pena pelo crime anterior. Por fim, estão excluídos os crimes militares próprios, os crimes políticos e, obviamente, as contravenções penais e os atos infracionais praticados quando o agente era inimputável. Apesar disso, foram encontradas algumas sentenças nas quais acusados com registros criminais de natureza diversa foram erroneamente referidos como “reincidentes”.

### 3.5.3 Antecedentes criminais<sup>125</sup>

Os antecedentes já não possuem limites tão claros. A doutrina mais garantista considera antecedentes apenas condenações criminais transitadas em julgado que não constituem reincidência, submetendo-se também ao prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64 do Código Penal para a reincidência<sup>126</sup>, tese que vem sendo recepcionada pelo STF<sup>127</sup>.

---

124 A definição de reincidência se encontra nos artigos 63 e 64 do Código Penal. Trata-se de circunstância agravante da pena (art. 61) considerada preponderante sobre as demais (art. 67). Além disso, impõe regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso (art. 33), importa aumento do prazo da prescrição executória (art. 110) e dificulta o acesso a benefícios como substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44), suspensão condicional da pena (art. 77) e livramento condicional (art. 83). O conceito de “primário” é definido como não-reincidente, e é requisito para a diminuição e/ou substituição da pena e/ou perdão judicial para os delitos de tráfico internacional de pessoas, furto simples, estelionato, receptação qualificada, apropriação indébita e sonegação de contribuição previdenciária e abandono intelectual.

125 Não há definição legal sobre o que seja antecedentes. O Código Penal menciona tal condição de modo vago, permitindo até o entendimento de que se referiria a qualquer fato pretérito da vida do acusado que pudesse ser valorado negativamente por qualquer motivo. Contudo, todas as conceituações doutrinárias de que se tem notícia apontam fatos pretéritos de natureza criminal – ainda que algumas incluam atos infracionais praticados em estado de inimputabilidade e contravenções penais – até para diferenciá-los da *conduta social* do indivíduo, que também é circunstância judicial considerada na aplicação da pena (art. 59). Os antecedentes também orientam a aplicação da pena no caso de crime continuado (art. 71), e devem ser considerados para a substituição da pena privativa de liberdade, suspensão condicional da pena, livramento condicional e a substituição e/ou perdão da pena privativa de liberdade nos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária.

126 BITENCOURT, *op. cit.*, p. 759-760. No mesmo sentido, Cirino dos SANTOS, *Direito Penal – Parte Geral*, p. 530.

127 “As condenações transitadas em julgado e alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos, dada a redação do art. 64, I, do CP, não poderão ser caracterizadas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena.” (HC 126.315, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15.09.2015, acórdão publicado no DJE de 07.12.2015)

Este conceito foi parcialmente recepcionado pela jurisprudência com a edição da Súmula nº 444 do STJ, vedando a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para agravar a pena-base, em homenagem à presunção de inocência. No entanto, como o enunciado não diz expressamente que tais elementos não constituem maus antecedentes, permanece a dúvida sobre se seria possível considerá-los para não reduzir, ou para reduzir menos a pena, afastando a minorante do parágrafo 4º ou aplicando fator de redução inferior a dois terços. A jurisprudência do STF vai neste sentido<sup>128</sup>, embora aceite o afastamento da minorante em razão de inquéritos e ações em curso, caso “evidenciem” que o acusado se dedica a atividade criminosa ou integra organização criminosa.

Contudo, por vezes o conceito de “maus antecedentes” referido em sentenças condenatórias não se alinha a este entendimento, sobretudo no interior do estado, chegando a abarcar quaisquer fatos desabonadores identificados no histórico do apenado. Caso a defesa não tenha atenção para este fato, é patente o risco de o acusado ter negado seu direito à redução de pena por um ato flagrantemente contrário ao texto constitucional e a entendimento firmado com repercussão geral pelo STF. Entendemos que é dever também do Judiciário e do Ministério Público atuar para a uniformização da jurisprudência neste sentido, sendo impensável considerar que os órgãos responsáveis pela defesa da lei e do Estado de Direito não tenham responsabilidade sobre tamanha lesão à liberdade, atribuindo-a somente ao advogado (dativo ou constituído).

### **3.5.4 Dedicção a atividade criminosa**

Este parece ser o critério mais aberto para a (não) aplicação da minorante do § 4º. Com efeito, o que significa se dedicar a atividade criminosa? A partir de qual meio de prova seria possível aferir esta situação?

Um dos principais meios de prova para aferir tal circunstância tem sido a folha de antecedentes do réu. Contudo, a falta de critérios legais seguros, e o silêncio da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores, importam numa grande variação no entendimento dos juízes sobre quais tipos de registros criminais prévios (boletins de ocorrência, inquéritos policiais e ações penais em curso ou encerradas) indicariam que o réu “se dedica a atividade

---

128 Vide tese com repercussão geral firmada no julgamento do RE 591054: “A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.” (Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23.10.2008).



criminosa”. É possível afirmar, com segurança, que ao aferir a “dedicação a atividade criminosa” o juiz se sente ao menos parcialmente liberado dos limites impostos ao reconhecimento de maus antecedentes, considerando sem qualquer pudor ações penais em curso e inquéritos policiais – independentemente da natureza dos crimes investigados/imputados. Até mesmo atos infracionais praticados enquanto o réu era menor tem justificado o afastamento do benefício. Outro fato muitas vezes desconsiderado é o tempo decorrido entre o registro criminal prévio e o delito de tráfico.

Se existe entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de vedar a consideração de inquéritos e ações penais em curso para a fixação da pena-base e da pena provisória, admite-se a consideração de tais elementos para negar a redução de pena. O STF já decidiu que, se a instância ordinária reconheceu que o acusado se dedica a atividade criminosa (HC 136.177 AgR/SP, rel. Min. Dias Toffoli) ou integra organização criminosa (RHC 137.801 AgR/SP, Rel. Min. Teori Zavascki), não é possível revisar o tema em sede de *habeas corpus*, dificultando sobremaneira o acesso à corte nestes casos, em aplicação concreta do entendimento, já mencionado, que limita o manejo deste remédio constitucional na Suprema Corte em matéria de aplicação da pena ao exame da motivação (formalmente idônea) de mérito e da congruência entre motivos e conclusões, afastando qualquer análise de fatos e provas<sup>129-130</sup>.

---

129 “No caso sob exame, agiram corretamente o juiz sentenciante, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso e o Superior Tribunal de Justiça, uma vez que há nos autos informações concretas do envolvimento da paciente na prática de crimes, tendo sido ressaltada, inclusive, no acórdão do Tribunal local, a prisão em flagrante pretérita e o processamento da recorrente pelo cometimento de outro delito da mesma espécie. (...) Ademais, ressalto o entendimento desta Segunda Turma segundo o qual, se instâncias ordinárias concluíram que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa para negar a incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para se chegar a conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas, o qual o habeas corpus não comporta”. (RHC 142830/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. No mesmo sentido: HC 136.177/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, RHC 137.801/SP, rel. Ministro Teori Zavascki).

130 Do TJBA: “A referida conclusão é baseada no fato de que o Requerente possui 3 (três) Inquéritos Policiais em curso (...). No depoimento de fl. 77 dos autos, o Agente Policial responsável pela prisão em flagrante do Requerente (...) informou que, no momento em que foi preso, o Requerente confirmou que adquiriu as drogas em Feira de Santana, e que estas eram destinadas à revenda, fato confirmado também pelo Agente Policial (...), no depoimento de fl. 79 dos autos. Por fim, em seu interrogatório, realizado na Ação Penal objeto desta Revisão Criminal, o Requerente confessou que eram verdadeiros os fatos narrados na respectiva inicial acusatória; que já havia sido preso anteriormente com 13 (treze) pedras de crack e que acreditava já ter sido condenado na mesma localidade. Assim, a partir das circunstâncias fáticas ora mencionadas, é possível constatar que o Requerente fazia do tráfico de drogas o seu meio de vida e de sustento, circunstância que comprova que se dedica às atividades criminosas.” (Revisão Criminal nº 0021048-49.2013.8.05.0000. Seção Criminal. Rel. Des. José Alfredo Cerqueira da Silva. Julgado em 03/02/2015. Publicado em 06.02.2015). Vale o destaque pela discussão detalhada sobre a fundamentação da sentença condenatória, por se tratar de Revisão Criminal.

Além dos registros criminais do autor, são consideradas provas como a testemunhal (a exemplo do policial que afirma que o réu é figura conhecida no crime) e a quantidade e a qualidade do material apreendido (se esta circunstância já não estiver importado em aumento de pena ou elementar de condenação por outro crime, sob pena de *bis in idem*, conforme entendimento do STF firmado no ARE 666.334).

Em 2009, BOITEUX *et al.* afirmavam que a minorante do art. 33, § 4º não logrou alcançar o objetivo proposto de garantir a proporcionalidade na aplicação da pena do delito de tráfico de drogas. Em pesquisa empírica, verificou-se que em nenhum caso analisado os magistrados discorreram minuciosamente sobre seus parâmetros de conceituação. Eram utilizadas com frequência fórmulas como “o réu fez do tráfico sua forma de ganhar a vida”<sup>131</sup>.

Abstraindo-se, por hora, o problema da presunção de inocência, é preciso ter em mente as consequências político-criminais da escolha interpretativa em relação ao que significa “dedicar-se a atividade criminosa”. Com efeito, se comprovado que o agente se envolveu em atividade de mercância de drogas, é óbvio que a utiliza para auferir lucros. Assim, uma interpretação mais restritiva do instituto redundaria na negativa do benefício à quase totalidade dos apenados.

Contudo, esta não parece ser a perspectiva mais adequada, em vista do mandamento constitucional relativo à proporcionalidade na individualização da pena – reproduzido até mesmo pelos documentos internacionais que orientam a política de criminalização das drogas – muito menos em face do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, reconhecido pelo STF.

Com efeito, submeter alguém que vendeu drogas por um curto período de tempo de sua vida a uma pena mínima de cinco anos, em regime inicial fechado ou semiaberto, aumenta a probabilidade de reincidência, em razão do domínio exercido por organizações criminosas nos presídios e pela possível internalização da identidade criminosa/desviante, conforme explicitado no capítulo anterior. Ademais, uma eventual situação de penúria financeira que tenha motivado a primeira incursão delituosa tenderia a se agravar: além de o apenado ser impedido de prover o sustento da família por certo tempo, a chance conseguir um emprego formal também é reduzida para um egresso.

---

131 BOITEUX *et al.* (orgs.). *Tráfico de drogas e Constituição*, p. 156-ss.

Busca-se neste trabalho trazer uma humilde contribuição para o estabelecimento de critérios mais claros, antenados com os princípios que regem a dosimetria da pena e a política criminal de drogas. Entende-se não ser possível, sob qualquer hipótese, pressupor dedicação a atividade criminosa a partir de um registro criminal isolado, sob pena de grave violação à presunção de inocência. Também não parece adequado considerar inquéritos e boletins de ocorrência que sequer justificaram o oferecimento de uma denúncia.

Ademais, se atos infracionais não são punidos como crimes, não há como considerá-los “atividade criminosa” para afastar a minorante. Se o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a inimputabilidade de menores de dezoito anos – entendendo que antes disso, possivelmente, não possuíam o discernimento necessário para compreender a reprovabilidade do crime –, há que conceder-lhes também o benefício da dúvida e a possibilidade de ajustar sua conduta após alcançada a maioridade. Além disso, o não reconhecimento da minorante para um apenado jovem cujas circunstâncias do crime não justificaram qualquer aumento de pena além do mínimo traz as consequências político-criminais deletérias já expostas, dificultando a ressocialização e incentivando a consolidação de uma carreira criminosa, que não poderia ser reconhecida apenas pela existência de um processo de apuração de ato infracional.

Por outro lado, se reconhece que a existência de várias ações penais, mesmo ainda em curso, pode indicar que o agente se dedica a atividade criminosa, a despeito da presunção de inocência<sup>132</sup>. No entanto, pela razão já exposta, jamais um registro isolado deve autorizar tal presunção. Por outro lado, se existissem várias ações penais, por fatos recentes, relacionados ao delito em tela, estaria autorizada a presunção.

É importante sublinhar a importância do pronome *vários*. É sabido que, no senso comum, a existência de uma “*passagem pela polícia*” costuma despertar a suspeita – senão a certeza – de que “*algo de errado o sujeito fez*”. Tal preconceito é mais comum nos estratos sociais mais altos, em cujo cotidiano o Estado Penal não se faz presente – e, conforme exposto no capítulo anterior, isto não significa que pessoas de classe média ou alta não cometam ilegalidades, mas apenas que as ilegalidades manejadas por eles não são vistas como

---

132 É inegável que existe uma incompatibilidade com o mandamento constitucional que proíbe tratar como culpada pessoa que não possui condenação definitiva. No entanto, não se pode ignorar que a existência de diversas ações penais autoriza a presunção de que alguma(s) dela(s) tenha(m) fundamento. Além disso, dentro da proposta de dialogar com os atores do Poder Judiciário, nos marcos do proibicionismo instituído no ordenamento jurídico brasileiro, não parece frutífero propor o abandono radical de um dos critérios mais utilizados para reconhecer a dedicação a atividade criminosa. Busca-se, portanto, submetê-lo a limites minimamente racionais.

ameaça à segurança pública; ademais, são empregados meios privados de solução de conflitos, a fim de evitar a exposição e outros problemas advindos de uma intervenção policial.

Por outro lado, para as classes baixas, existe um risco considerável de alguém próximo venha a cair nas malhas do sistema penal. A probabilidade de haver uma intervenção policial por uso de droga ilícita ou numa briga de família, por exemplo, é maior. Ademais, os jovens que vivem nos territórios onde é travada a guerra às drogas passam constantemente pelo filtro do olhar do policial, que busca separar o “traficante” do “morador de bem”. Nesse contexto, não pode ser ignorado o risco de ser pego “no lugar errado na hora errada”, dando ensejo a um flagrante, um inquérito ou até mesmo uma denúncia indevida. Até mesmo aspectos penalmente irrelevantes, como a forma de vestir, as amizades ou uma semelhança física com algum “procurado pela polícia” podem ser definidores na hora de passar pela filtragem do olhar do policial, definindo quem será o alvo de uma revista, ou se a posse de determinada substância será enquadrada como uso ou como tráfico na delegacia.

Os atores do sistema de justiça criminal possuem o dever constitucional não só de se desvincularem desses preconceitos, mas também de controlar a ação policial possivelmente orientada por eles. No entanto, em geral, promotores e juízes são oriundos de classe alta ou média, o que pode diminuir sua capacidade de avaliar criticamente a versão policial e/ou acusatória.

De qualquer sorte, é necessário que a presunção de que o acusado se dedica a atividade criminosa seja submetida a critérios minimamente racionais, e isso se fará i) desconsiderando registros criminais prévios que não tenham sequer motivado uma denúncia; ii) avaliando, na medida do possível, a possibilidade de que tais registros sejam indevidos; e iii) só aceitando a presunção se existirem várias (ou ao menos algumas) denúncias, recentes, por crimes que indiquem de fato uma conduta reiterada.

Resta ainda um largo e nebuloso espaço entre os registros criminais prévios que autorizam presumir a dedicação criminosa e os que não autorizam; sugere-se que, nesses casos, seja aplicada a minorante, mas não no patamar de dois terços.

Por fim, cabe reforçar a importância de que este tópico seja efetivamente submetido ao contraditório, seja qual for o meio de prova utilizado para identificar a dedicação a atividade criminosa. É absolutamente incompatível com a postura imparcial do juiz trazer na sentença circunstância que não foi objeto de discussão entre as partes para denegar a minorante –

sobretudo circunstâncias mencionadas apenas durante o inquérito. A prova testemunhal também exige discernir se a testemunha de fato relata especificamente a prática de atos criminosos por parte do acusado, ou se apenas emite juízo genérico sobre sua personalidade, em razão de suas companhias ou outros hábitos penalmente irrelevantes.

### **3.5.5 Integração em organização criminosa**

BOITEUX *et al.* também sublinham a abertura deste critério e a indefinição sobre o seu real significado no âmbito do STJ – assim como a dedicação a atividade criminosa.

No atual contexto de guerra às drogas e de tráfico dominado por organizações criminosas de elevado poder econômico e militar, com vínculos internacionais, ninguém é preso vendendo na rua maconha que plantou no quintal. A circulação de drogas pressupõe sempre algum nível de organização. Ademais, o caráter militarizado das disputas por território no tráfico de drogas resulta no fato de que, em geral, um vendedor de drogas que mora ou atua em certa localidade se relaciona exclusivamente com o grupo dominante na região. A questão que se impõe é a seguinte: qual nível de relação autoriza afirmar que o réu *integra* a organização criminosa?

Assim como no tópico anterior, uma interpretação extrema acarretaria na negativa da minorante para a quase totalidade dos condenados por tráfico, o que teria efeitos político-criminais deletérios. Com efeito, não se efetua uma dosimetria da pena proporcional ao fato e ao histórico do agente negando sumariamente o benefício a todos os que, eventualmente, ingressaram neste comércio ilícito, vendendo droga fornecida por algum traficante vinculado a organização criminosa – e não é preciso demonstrar que os mais vulneráveis à prisão são os de estrato mais baixo, descartáveis para a organização. Tal interpretação, além de tornar letra morta o dispositivo legal, que visa humanizar e adequar as penas às circunstâncias do crime, novamente, ajudaria a engrossar as fileiras das organizações criminosas, enviando pessoas sem uma carreira criminal consolidada – e que, portanto, poderiam ser ressocializadas – a presídios dominados por tais grupos, e diminuindo as chances de reinserção no mercado de trabalho formal.

Os tribunais superiores costumavam afirmar que pessoas que ocupavam a função conhecida como “mula”<sup>133</sup>, por serem contratadas por outros traficantes, integravam organização criminosa e, portanto, não poderiam ser beneficiadas com a minorante. Contudo, este entendimento foi revisto, reforçando a tese de que não é qualquer vínculo com organização criminosa que autoriza a exclusão da causa de diminuição da pena.<sup>134</sup>

Uma interpretação segura seria associar obrigatoriamente este critério com uma condenação por associação criminosa<sup>135</sup>, associação para o tráfico<sup>136</sup> ou organização criminosa<sup>137</sup>. Afirmam BOITEUX *et al.*<sup>138</sup>, coerentemente, que deixar de aplicar a minorante sob o argumento de que o apenado integra organização criminosa, sem que este delito tenha sido incluído na denúncia, viola o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. Não obstante, naquela pesquisa verificou-se o recurso de fórmulas genéricas e carentes de comprovação, a exemplo de “*criminoso integrante de complexa rede de tráfico de drogas*”. Na experiência pessoal do autor, testemunhou-se em alguns casos a juntada ao inquérito de fotografias que retratavam mensagens encontradas no celular dos acusados com supostos

---

133 Encarregados de transportar drogas em viagens, seja em malas, nas roupas ou no próprio organismo. Normalmente, em função do alto risco da operação, tratam-se de pessoas sem vínculo estável com o crime, que aceitam a proposta de transportar droga em troca de retorno financeiro imediato.

134 “A atuação da agente no transporte de droga, em atividade denominada mula, por si só, não constitui pressuposto de sua dedicação à prática delitativa ou de seu envolvimento com organização criminosa. Impõe-se, para assim concluir, o exame das circunstâncias da conduta, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF)” (HC 131795/SP, Rel. Min. Teori Zavascki). Noutra ocasião, a Primeira Turma do tribunal entendeu que a afirmação de que o acusado integrava organização criminosa por desempenhar a função de mula se tratava de “mera conjectura ou ilação” (HC 124107/SP, Rel. Min. Dias Toffoli). Percebe-se que a concessão de *habeas corpus* (normalmente de ofício) nesses casos praticamente se restringe a teses já bem assentadas na corte, como esta acerca da posição de “mula”.

135 Código Penal. “**Art. 288.** Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: **Pena** – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

136 Lei nº. 11.343/2006. “**Art. 35.** Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: **Pena** – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.” Embora a prática criminosa possa ser “reiterada ou não”, a jurisprudência tem entendido que qualquer associação pressupõe vínculo estável entre os associados, a exemplo de TJBA – Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Apelação nº 0503653-95.2015.8.05.0103 (Ilhéus), Rel. Des. Nartir Dantas Weber, j. em 16/02/2017: “Pretendida a condenação pela prática do delito previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 (associação para o tráfico). Improcedência. Ausentes provas irrefutáveis de vínculo associativo estável e permanente entre os apelantes. *In dubio pro reo*. Absolvição mantida.”

137 Lei nº. 12.850/2013. “**Art. 1º.** (...)”

§ 1º. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (...)”

**Art. 2º.** Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

**Pena** – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.”

138 *Op. cit.*, p. 155.

comparsas<sup>139</sup>, sem qualquer tipo de reprimenda para afirmar a necessidade de autorização judicial para a quebra de sigilo de dados e comunicações.

---

139 A exemplo da Ação Penal nº. 0512685-08.2016.8.05.0001, muito embora neste processo as mensagens não tenham justificado o reconhecimento de qualquer gênero de associação criminosa.

## 4 CONCLUSÃO

A atual política penal de combate às drogas deixa os atores do sistema de justiça criminal numa tensão permanente. Por um lado, possuem a atribuição de, atuando com imparcialidade, garantir que o exercício do poder punitivo ocorra dentro dos limites impostos pela ordem jurídica, especialmente os direitos fundamentais do réu. Em contrapartida, o apelo da guerra às drogas requer que juiz e promotoria atuem em consórcio com as polícias, órgãos executivos dessa guerra, em vez de fiscalizá-las. Nesse contexto, a presunção de inocência e a necessidade de que a pena não ultrapasse a gravidade do injusto nem agrave desnecessariamente a estigmatização do réu são vistos como meros obstáculos do combate ao crime. Por sua vez, o Judiciário é taxado como complacente, “o poder que solta”.

Conforme se evidenciou neste trabalho, tais princípios vem tendo sua importância diminuída na aplicação da pena e, lamentavelmente, a jurisprudência e a doutrina, mais preocupadas com pressupostos da condenação, não tem dispensado a devida atenção ao desrespeito a direitos fundamentais ocorrido na fase da dosimetria, direitos que a teoria do delito tanto buscou resguardar.

Assim, as Cortes Superiores tem referendado violações à presunção de inocência, ao se afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, com base em quaisquer registros na folha de antecedentes do réu ou no que uma testemunha ouviu falar, sem que tenha sido devidamente comprovado que o apenado se dedica a atividade criminosa ou integra organização criminosa.

Ademais, considerando que o tráfico é uma atividade econômica dominada por organizações criminosas, a interpretação corrente de que o benefício só se aplica ao “*traficante individual e ocasional*” resulta no seu afastamento na quase totalidade das situações, a menos, é claro, que não exista o mínimo de prova. Ora, se a existência de algum nível de vínculo com organização criminosa e a habitualidade são características do próprio delito (excluídas situações menos comuns, como é o caso das “mulas”, que agem realmente sem habitualidade), a aplicação da redução da pena dependerá de que não existam informações, por exemplo, de que um traficante de primeira viagem ingressou nesta atividade a três semanas, ou que recebeu autorização de alguma liderança do crime para traficar em determinado local. Desse modo, tal interpretação do dispositivo, afastada da realidade concreta, inviabiliza o objetivo de conferir tratamento mais brando ao tráfico de menor



potencial ofensivo, como prevê a Convenção Única de 1988, bem como os mandamentos de respeito à proporcionalidade da pena e busca pela ressocialização do apenado.

Além disso, a consideração das circunstâncias judiciais e legais (atenuantes e agravantes), e a determinação da quantidade de aumento ou de diminuição da pena tem sido excessivamente pautadas pelo subjetivismo do juiz, e as instâncias recursais, abarrotadas de processos, não tem cumprido seu papel de estabelecer critérios seguros.

Portanto, na aplicação da pena, o sistema judiciário tem se afastado das normas que conferem fundamento racional ao seu trabalho. Nesse contexto, o papel do discurso jurídico penal é cobrar racionalidade e coerência, adotando critérios seguros em face da indeterminação legislativa (intencional) e controlando o uso da força pelas agências executivas.

A adesão apressada ao projeto da guerra às drogas resulta na burocratização e na deslegitimação da atividade judicial, tornada incapaz de impor os freios do direito ao exercício exorbitante do poder político. No caso da guerra às drogas, assim como em outras guerras e em regimes totalitários, o pretexto dessa renúncia é a segurança. No entanto, ao se constatar a ineficácia das estratégias repressivas vigentes no combate ao crime. Assim, a permissividade judicial com o punitivismo resulta no desrespeito sistemático de direitos fundamentais de setores marginalizados e, paradoxalmente, no reforço do crime através da corrupção policial e do fornecimento de recursos humanos e discursos de revolta para serem manipulados pelas facções que atuam nos presídios e no tráfico de drogas.

## 5 REFERÊNCIAS

A 13ª EMENDA (título original: The 13th). Direção: Ava DuVernay. EUA: Netflix, 2016. Disponível em [www.netflix.com/br/](http://www.netflix.com/br/), 1h40min, original em inglês, legendas em português.

ABISSAMRA FILHO, José Carlos. UNGASS 2016 e os 10 anos da Lei 11.343/2006 (Editorial). **Boletim IBCCRIM**, n. 286, setembro de 2016. Disponível em [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5822-UNGASS-2016-e-os-10-anos-da-Lei-113432006](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5822-UNGASS-2016-e-os-10-anos-da-Lei-113432006). Consultado em 11.02.2018.

ALESSI, Gil. Rebeliões sinalizam fim de pacto entre PCC e CV e espalham tensão em presídios. **El País Brasil**. São Paulo, 20.10.2016. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/17/politica/1476734977\\_178370.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/17/politica/1476734977_178370.html), consultado em 11.02.2018.

BASTOS, Francisco Inácio. BERTONI, Neilane (orgs.). **Pesquisa nacional sobre o uso de crack**: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? Quantos são nas capitais brasileiras? Rio de Janeiro: Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, vol. 1 – Parte Geral. 18ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOITEUX, Luciana. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. *et al.* **Tráfico de drogas e Constituição**: um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. Série Pensando o Direito, Rio de Janeiro/Brasília, n. 01, março de 2009. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/?sort-order=ASC>.

BORINI, Paulo; GUIMARÃES, Romeu Cardoso; BORINI, Sabrina Bicalho. Usuários de drogas ilícitas internados em hospital psiquiátrico: padrões de uso e aspectos demográficos e epidemiológicos. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, v. 52, p. 171-179. Rio de Janeiro, maio/junho de 2003.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm).

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984 (Exposição de Motivos). Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à

produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm).

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm).

CALHEIROS, Sónia. As prisões na Holanda estão a ficar vazias. **Revista Visão**, versão virtual, 14.11.2016. Disponível em: <http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2016-11-14-As-prisoos-na-Holanda-estao-a-ficar-vazias>. Consultado em 11.02.2018.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CERQUEIRA, Daniel. O Brasil passou a Rússia em população carcerária. Como chegamos aqui? **Jornal Nexo**, 11.12.2017. Entrevista concedida a André Cabette Fábio. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/entrevista/2017/12/11/O-Brasil-passou-a-R%C3%BAssia-em-popula%C3%A7%C3%A3o-carcer%C3%A1ria.-Como-chegamos-aqui>, consultado em 11.02.2018.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. Estado e PCC em meio às tramas de poder arbitrário nas prisões. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 23, n. 2, novembro de 2011, p. 213-233.

DIAS, Roberta Santana Silva. **Repercussão penal do uso irregular dos cartões de transporte público**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2016.

FARIA JÚNIOR, César de. **O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2010.

FELTRAN, Gabriel de Santis. Crime e castigo na cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. **Caderno CRH**. Salvador, v. 23, n. 58, p. 59-73, Jan./Abr. 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



\_\_\_\_\_ ; ALMEIDA, Odilza Lines. “Quem mantém a ordem, quem cria desordem”: Gangues prisionais na Bahia. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 25, n. 1, junho de 2013, p. 37-59.

MACHADO, Vinicius da Silva. **Entre números, cálculos e humanidade**: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2009.

MALHEIRO, Luana Silva Bastos. “**Entre Sacizeiro, usuário e patrão**”: Um estudo etnográfico sobre consumidores de crack no Centro Histórico de Salvador. Salvador, 2010. Disponível em: [https://www.academia.edu/5319224/Sacizeiro\\_usu%C3%A1rio\\_e\\_patr%C3%A3o\\_uma\\_etnografia\\_sobre\\_consumo\\_de\\_crack\\_no\\_Centro\\_Hist%C3%B3rico\\_de\\_Salvador](https://www.academia.edu/5319224/Sacizeiro_usu%C3%A1rio_e_patr%C3%A3o_uma_etnografia_sobre_consumo_de_crack_no_Centro_Hist%C3%B3rico_de_Salvador).

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – LEI DE DROGAS – ANOTADA E INTERPRETADA. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARGINAL. In: DICIONÁRIO Aulete Digital. Rio de Janeiro: Lexikon Editora Digital. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/index.php>. Consultado em 17.02.2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.

MESQUITA JÚNIOR, Armando Duarte. **Quando a balança fere**: análise de decisões judiciais em crimes de tráfico de drogas. Dissertação (Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (Brasil). **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN** - Atualização: Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016.

\_\_\_\_\_. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN** - Dezembro de 2005. Brasília: Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN** - Dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014.

\_\_\_\_\_. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN** - Dezembro de 2015. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016.

MOHALLEM, Michael; ALLONI, Rafael. Quantos gramas fazem um traficante? **JOTA**. Publicação virtual, 13.08.2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quantos-gramas-fazem-um-traficante-13082015>. Consultado em 18.02.2018.

NIMER, Miguel. **Influências orientais na língua portuguesa**. 2ª ed. rev. São Paulo: EDUSP, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Daniel Nicory do (org.). **Anuário soteropolitano da prática penal**. Salvador: Escola Superior da Defensoria Pública – ESDEP/DPE-BA, 2014.

ROCHA, Claudionor. Abolicionismo penal versus demanda punitiva na legislação antidrogas: um dilema legislativo concreto. **Cadernos Aslegis**, n. 42 , p. 97-122, jan./abr. 2012. Disponível em [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/11002/abolicionismo\\_penal\\_rocha.pdf?sequence=5](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/11002/abolicionismo_penal_rocha.pdf?sequence=5). Consultado em 08.01.2018.

SAAD, Luísa Gonçalves. **“Fumo de negro”**: a criminalização da maconha no Brasil (c. 1890-1932). Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 6ª ed. atual. e ampl. ICPC: Curitiba, 2014.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**: Aspectos Práticos e Teóricos à Elaboração. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (RBCCRIM), n. 104, 2013, p. 53-99.

TUROLLO JR., Reynaldo. Maioria da população diz ter medo da Polícia Militar, aponta Datafolha. **Folha de São Paulo**: caderno Cotidiano, Rio de Janeiro, 31.07.2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/07/1662655-maioria-da-populacao-diz-ter-medo-da-policia-militar-aponta-datafolha.shtml>, consultado em 11.02.2018.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**, 2ª ed. D’Plácido: Belo Horizonte, 2017.

VARGAS, Eduardo Viana. Fármacos e outros objetos sócio-técnicos: notas para uma genealogia das drogas. In: LABATE, Beatriz Caiuby *et al.* **Drogas e cultura**: novas perspectivas. Salvador: EDUFBA, 2008.

WORLD PRISON BRIEF. **World Pre-trial/Remand Imprisonment List** (11th Edition). Londres: Institute for Criminal Policy Research, 2017. Disponível em [http://www.prisonstudies.org/research-publications?shs\\_term\\_node\\_tid\\_depth=2](http://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=2).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.