

## O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: CAPÍTULO DE INSEGURANÇA JURÍDICA?

### THE SUPREME FEDERAL COURT AND DRUG TRAFFICKING CRIME: CHAPTER OF LEGAL INSECURITY?

Marco Antonio Marques da Silva<sup>1</sup>

Bruno Ricardo Cogan<sup>2</sup>

#### RESUMO

O presente texto perpassa pelas diferentes posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao crime de tráfico de drogas, especialmente o pequeno tráfico, descrito no artigo 33, §4º, da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Observa-se contínua e firme direção da Corte no sentido de minorar o poder punitivo estatal que recai sobre essa última figura. Por outro lado, as razões de decidir do Supremo Tribunal Federal parecem, cada vez mais, assemelhar-se a políticas públicas, refugindo do papel tradicional dos juízes como “boca da lei”. Não obstante a negativa de simples aplicação, dir-se-ia *mecânica*, da lei, abre-se campo de difícil controle jurídico-institucional e social, qual seja, ampla liberdade interpretativa no exercício da jurisdição constitucional. Daí observar-se franca aproximação de julgamentos do Supremo Tribunal Federal a atos administrativos discricionários, particularmente na sofrida temática do tráfico ilícito de drogas.

**Palavras-chave:** Tráfico de drogas - problema social - jurisprudência - interpretação

#### ABSTRACT

The present work perpasses the different positions adopted by the Federal Supreme Court in relation to the crime of drug trafficking, especially the small trafficking, described in article 33, paragraph 4, of Law 11.343, of August 23, 2006. It is observed continuous ruling of the Court in order to reduce the public punitive power that falls over the last figure. On the other hand, the reasons for ruling of the Federal Supreme Court seem, more and more, to resemble public policies, distancing itself from the traditional role -a mechanical role on would say- of

<sup>1</sup>Professor Titular (Mestre, Doutor e Livre-Docente) da Faculdade de Direito da PUC-SP. Conselheiro do Conselho Nacional de Educação-Câmara de Educação Superior. Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Email: [ezms@uol.com.br](mailto:ezms@uol.com.br)

<sup>2</sup> Mestre e Doutor em Processo Penal pela PUC-SP. Professor Auxiliar nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da PUC-SP. Professor convidado junto a Escola Paulista da Magistratura (TJSP). Delegado de Polícia da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Email: [brunoricardo@gmail.com](mailto:brunoricardo@gmail.com)

judges as a "mouth of the law." Notwithstanding the denial of simple application of the law, it opens up a field of difficult legal, institutional and social control, that is, a wide and broad interpretative freedom in the exercise of constitutional jurisdiction. Hence a frank approximation of Federal Supreme Court judgments to discretionary administrative acts, specially in this suffered field of illegal drug trafficking.

**Keywords:** Drug trafficking - social problem - jurisprudence - interpretation

## **Introdução**

O crime de tráfico de drogas ilícitas, desde muito tempo, é uma das principais preocupações em quase todas as partes do mundo.

No Brasil, o tráfico cresceu de forma vertiginosa e a despeito da reforma da legislação repressiva e do aperfeiçoamento dos órgãos de controle, não houve arrefecimento na prática delitiva.

Além dos perversos efeitos causados à saúde pública de usuários, o tráfico desenvolveu estreitas ligações com o crime organizado, propiciando danos colaterais, como a lavagem de capitais, corrupção policial e violência generalizada em razão da disputa por meios de distribuição e pontos de venda.

Em meio a crescente problemática do tráfico de drogas, cabe ao Poder Judiciário o papel de mediação na aplicação da lei penal, velando pelas garantias individuais e na defesa de valores superiores da sociedade.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário e guardião da Constituição, cabe o importante papel de delimitar a ação repressiva do Estado e dar vazão aos superiores valores de nossa Carta.

Diante desse contexto, o presente trabalho, mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial, se ocupa da análise do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na definição de critérios para a aplicação da Lei de Drogas e se tal atuação provoca segurança ou insegurança jurídica.

## **1. Tráfico de drogas: uma história de insegurança jurídica**

O cenário de insegurança jurídica em relação à temática de drogas ilícitas é antigo.

O marco de sua criminalização no Brasil foi o decreto 4.294, de 6 de julho de 1921, que trouxe a criminalização de vende, expor a venda ou ministrar substâncias venenosas, as quais, se entorpecentes, “como o ópio e seus derivados, cocaína e seus derivados”, consistiriam em

figura qualificada apenada com pena privativa de liberdade<sup>3</sup>. Essa foi uma resposta a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, especialmente a Convenção de Haia de 1912, ratificada pelo Decreto 11.481/1915, ensejada diante do significativo aumento no consumo de drogas no mundo todo. Posteriormente, foi promulgado o Decreto-Lei 891, de 25 de novembro de 1938, a Lei de Fiscalização de Entorpecentes, com a finalidade de adequar o regramento existente à Convenção de Genebra de 1936, ratificada pelo Decreto 2.994/1939. Seguiu-se, então, o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que tipificou com maior largueza o comércio ilícito e a facilitação do uso de entorpecentes em seu artigo 281<sup>4</sup>.

Seguiu-se, então, à Lei de Tóxicos, Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976; anos depois, tal estatuto conviveu com a Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, sendo unificada a temática em um chamado microsistema coeso apenas com o advento da atual Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Desta forma, no período em que vigoraram simultaneamente as Leis 6.368/76 e 10.409/02, a primeira regulamentou os crimes, enquanto a segunda, o procedimento penal.

Explica-se: a Lei 10.409/02 pretendia substituir a Lei 6.368/76, porém teve todo seu Capítulo III - Dos Crimes e das Penas vetado por vícios graves (como ausência de limites quantitativos de pena para o crime de prescrever culposamente drogas e de porte de drogas para uso próprio; introdução do verbo ‘traficar’ como uma das condutas do crime de tráfico de drogas, que poderia limitar a hediondez constitucional apenas a esse núcleo verbal etc.). Portanto, basicamente o direito material estava num texto e o direito adjetivo noutra; contudo, o artigo 27 da Lei 10.409/02, ao abrir o rito comum aí regrado, previa que “O procedimento relativo aos processos **por crimes definidos nesta Lei**, rege-se pelo disposto nesse Capítulo (...)” [g.n.].

Ora, o procedimento da Lei 10.409/02 haveria de ser aplicável aos crimes relacionados a drogas que estivessem capitulados em seu corpo; contudo, não havia nenhum crime nesse texto (foram vetados), permanecendo unicamente na antiga Lei 6.368/76. A pergunta se fez inexorável: qual o procedimento aplicável aos crimes de drogas? Seria o previsto na Lei 6.368/76, ficando o da Lei 10.409/02 literalmente como letra morta? Ou seria o da Lei 10.409/02, a despeito de ser destinada a inexistentes “crimes definidos nesta Lei”?

---

<sup>3</sup>Decreto 4.294, de 6 de julho de 1921. Art. 1º. Vender, expôr á venda ou ministrar substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios: Pena: multa de 500\$ a 1:000\$000.

Paragrapho unico. Si a substancia venenosa tiver qualidade entorpecente, como o opio e seus derivados; cocaina e seus derivados: Pena: prisão celllular por um a quatro annos.

<sup>4</sup>Sobre o assunto, veja-se HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, volume IX, Rio de Janeiro: Edição Forense, 1958, p. 124-140.

Anos passaram -casos, pessoas e um País passaram- até a jurisprudência firmar entendimento que se deveria aplicar o rito da Lei 10.409/02 aos crimes tipificados na Lei 6.368/76; e assentou-se, apenas ao fim, que qualquer declaração de nulidade dependeria de demonstração de prejuízo. Centenas de casos foram anulados antes dessa ulterior orientação jurisprudencial; em verdade, o número não pode ser facilmente estimado -em todo o Brasil, há decisões de largo aparelho judiciário, com Cortes Superiores, Tribunais de Justiça das Unidades Federativas, Tribunais Regionais Federais espalhados em cinco Regiões, e juízes de Primeira Instância.

Aparentemente, essa insegurança jurídica estava destinada a ser fulminada com o advento da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Num único texto, ter-se-iam, como se imagina num microssistema, regras processuais e materiais especificamente destinadas à temática, sem prejuízo do emprego subsidiário de outros estatutos naquilo que a Lei se calasse. Sob o aspecto legislativo, diferentemente do momento que lhe antecedeu, não havia maiores reclamos técnicos.

Nem por isso, durante o período de vigência da Lei 11.343/06, viveu-se, ou vive-se, tão sonhada estabilidade jurídica.

Em parte, as condições sociais e econômicas do País têm-se mostrado inconstantes, deficitárias, semelhantemente ao mundo político. Viu-se uma conseqüente majoração estatística da criminalidade, e conseqüentemente no encarceramento<sup>5</sup>. Por outro lado, o poder punitivo estatal permanece a recair de forma mais sensível contra o chamado “crime do dia a dia”, e no caso do tráfico de drogas sobre o pequeno traficante. Sem falar da tragédia humana que é o sistema penitenciário brasileiro.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Segundo o Infopen/2017, em junho de 2017 o Brasil contava com 726.354 pessoas privadas da liberdade, sendo registrado aumento de mais de 150% entre os anos de 2000 e 2017. Segundo a pesquisa, conta-se com taxa de encarceramento de 349,78 pessoas por cem mil habitantes. (DEPEN, Levantamento Nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017/ Organização Marcos Vinicius Moura, Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019, p. 6-13).

A conclusão é clara: “No ano de 2017, o INFOPEN coletou dados referentes a 726 mil pessoas presas no Brasil. É possível observar que a maior parte dos custodiados é composta por: jovens, pretos, pardos e com baixa escolaridade. O crime de roubo e de tráfico de drogas foram os responsáveis pela maior parte das prisões.” (op. cit, p. 68).

<sup>6</sup> Interessante análise da relação entre o chamado “encarceramento em massa”, a falência do sistema carcerário brasileiro e o crime organizado em SILVESTRE, Diane; MELO, Felipe Athaide Lins de. “Encarceramento em massa e tragédia prisional brasileira”, in Boletim do IBCCrim / Fernando Cardinali Caetano Dias (coord), boletim 293, abril de 2017, disponível em [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5947-Encarceramento-em-massa-e-a-tragedia-prisional-brasileira](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5947-Encarceramento-em-massa-e-a-tragedia-prisional-brasileira), acessado em 01/08/2019.

Nesse afã, vem a famosa decisão do Supremo Tribunal Federal, que adotou tese firmada pela Corte Constitucional da Colômbia de “estado de coisas inconstitucional”, por versar sobre desrespeito sistêmico e generalizado de direitos fundamentais a redundar num litígio estrutural, cuja solução judicial há de ser implementada pela via dialógica (cfr. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos->

Certamente essas preliminares deverão ser mantidas em mente para, adequadamente, compreender-se a falta de estabilidade que se perceberá sob a vigência da Lei 11.343/06.

## 2. Após a promulgação da Lei 11.343/06

A atual Lei de Drogas, promulgada em 23 de agosto de 2006 e publicada no Diário Oficial da União no dia seguinte, entrou em vigor após 45 dias de *vacatio legis*. De lá para cá, diversas alterações foram sentidas, a começar não nesse estatuto propriamente dito, mas noutra que lhe é intimamente próximo: a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.

No *habeas corpus* 69.603, relatado pelo Ministro Paulo Brossard, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 2º, §1, segundo redação original da Lei dos Crimes Hediondos, que impunha regime *integral* fechado para as pessoas condenadas por infrações penais situadas nesse rol, ou que lhe fossem equiparados. Neste último caso estava o crime de tráfico de drogas.

EMENTA: "HABEAS-CORPUS". CRIME HEDIONDO. Condenação por infração do art. 12, PAR. 2. II, da Lei n. 6.368/76. Caracterização. REGIME PRISIONAL. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2. PAR. 1., da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa AO art. 5., XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade NÃO caracterizada. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário. A lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crime hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional. Ordem conhecida, mas indeferida. (HC 69603, Relator Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/1993, DJ 23-04-1993)

Quase treze anos depois, em 23 de fevereiro de 2006 -meses antes da entrada em vigor da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, novamente o Supremo Tribunal Federal manifestou-

---

[estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural](#), acessado em 01/08/2019). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal assim ementou a questão na medida cautelar da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347: "(...) SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (ADPF 347 MC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015)”

se sobre o tema, com decisão desta vez pela inconstitucionalidade do regime integral fechado para condenados por crimes hediondos e equiparados.

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006)

O Congresso Nacional rapidamente buscou superar essa problemática, que trouxe repercussões das mais graves. A mais notória era a seguinte: não havendo nenhum tratamento diferenciado, qualquer crime hediondo haveria de buscar nas normas penais gerais seus regramentos, inclusive no que toca a progressão de pena. Assim, nos termos do artigo 112, da Lei de Execução Penal, a progressão dar-se-ia, segundo o critério objetivo, diante do simples cumprimento de 1/6 da pena (veja-se, se a alguém foi imposta pena de 30 anos de reclusão, com o cumprimento de apenas 5 anos poderia progredir para o regime semiaberto e realizar atividades externas como regra).

Foi editada a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que alterou o artigo 2º, §§1º a 4º, da Lei 8.072/90, e estabeleceu a figura do regime *inicial* fechado e prazo diferenciado de progressão.

Já sob a égide da Lei 11.343/06, um dispositivo em particular ganhou foco na cena jurídica: o §4º do artigo 33. Nesta causa de diminuição cerrou-se todo aquele repositório de problemas sociais já mencionados.

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.

Primeiramente, em 01/09/2010, atacou-se a vedação à conversão de penas privativas da liberdade em restritivas de direito. Foi, então, declarada a inconstitucionalidade incidental da vedação à conversão em penas restritivas de direito:

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três

momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. (...) 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. (...) (HC 97256, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 divulg 15-12-2010)

Por óbvio, rapidamente sobreveio o questionamento sobre a hediondez do tráfico privilegiado. Os Tribunais, aos poucos, firmaram entendimento no sentido da incidência dos dispositivos da Lei 8.072/90 para esse crime. Inclusive foi objeto de súmula do Superior Tribunal de Justiça, que será oportunamente tratada.

Até mesmo o Senado Federal recebeu bem tal declaração, e editou a Resolução 5, de 15 de fevereiro de 2012, formalmente revogando a mencionada vedação.

Ainda assim, estranhamente, foi aprovado o tema 626 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 09/12/2015, que prevê o seguinte: “É inconstitucional a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, prevista nos artigos 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006.” Diz-se estranha, porque já havia ato normativo primário (a mencionada resolução senatorial) que revogara tal vedação; com efeito, já não mais fazia parte do ordenamento jurídico brasileiro, e a questão deveria ser resolvida simplesmente pelas regras do princípio da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal; artigo 1º, do Código Penal).

Portanto, tinha-se uma situação quase cômica (outrágica). Ao pensar-se em Direito Penal, lembramos que as armas mais violentas do Estado -o “canhão”, a *ultima ratio regis*- são reservadas para aqueles casos mais sérios, cujo bem jurídico exige proteção máxima, e portanto punição rigorosa no caso de descumprimento. No mundo, o Direito Penal exigiu a criação de categorias específicas: aqui e na maior parte dos países, crimes e contravenções; naqueles que seguem o modelo francês, delitos, crimes e contravenções. No Brasil, além dos

crimes e contravenções, há infrações de menor potencial ofensivo, infrações de médio potencial ofensivo (as que admitem suspensão condicional do processo, art. 89, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995); há os crimes normais, sem nenhuma particularidade especial; há também os crimes hediondos, e dentro deste seleto rol de infrações penais gravíssimas, havia aquelas que admitiam penas restritivas de direito e aquelas que não admitiam pena restritiva de direito.

No mínimo, uma ausência de verdadeira tomada de decisão estatal, que institucionalizou esdrúxula situação jurídico-penal gravíssima (crimes hediondos) sem a correspondente aplicação das ferramentas punitivas de mesmo rigor (possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito). Noutras palavras, a norma penal primária<sup>7</sup> declarava e constituía a modalidade mais séria de ilegalidade no Brasil, enquanto a norma penal secundária facultava uma das modalidades punitivas mais brandas permitidas.

Não obstante, diante da hediondez do tráfico de drogas -privilegiado ou não-, o regime de cumprimento de pena ainda deveria ser o *inicial fechado*, nos termos vigentes da Lei dos Crimes Hediondos, reformada pela Lei 11.464/2007. Contudo, admitia-se substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Era uma vida jurídica de extremos: ou cumpre a benesse penal que lhe evita o efetivo encarceramento, ou irá a estabelecimento prisional de regime fechado, em nível de segurança máxima ou média; portanto, ou viva bem no meio social, ou siga ao calabouço mais profundo (constitucionalmente admitido ou efetivamente aplicado).

Talvez esta fosse a verdadeira promessa do Direito Penal, mas nas atuais circunstâncias, parece pular algum degrau.

Em pouco tempo, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça passaram a admitir a imposição de regime inicial aberto. É certo que se deu em razão do ínterim entre a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal lançada no HC 82.959 e a entrada em vigor da Lei 11.464, de 28 de março de 2007.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Não se adotada a classificação tomada de Kelsen em suas obras mais conhecidas, mas aquela revisitada na obra *Teoria Geral das Normas*: “Se se admite que a distinção de uma norma que prescreve uma conduta determinada e de uma norma que prescreve uma sanção para o fato da violação da primeira seja essencial para o Direito, então precisa-se qualificar a primeira como norma primária e a segunda como secundária -e não o contrário, como foi por mim anteriormente formulado.” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*, tradução e revisão José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 181; conferir também pp. 68-70 e 181-183).

<sup>8</sup> Veja-se o enunciado da Súmula Vinculante nº 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

Não obstante, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a despeito das incoerências, mantinha-se firme na incidência da Lei dos Crimes Hediondos ao tráfico privilegiado. Inclusive, foi objeto de Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em sessão de 23/11/2016.

Mas, já estava estabelecida a atenção do Supremo Tribunal Federal na novel previsão do §1º, do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos: o regime inicial fechado. Foi então, em julgamento de 27/06/2012, declarado inconstitucional tal dispositivo, restando, novamente, as normas gerais do Código Penal para fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

(...) Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado“. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (HC 111840, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012)

Esse entendimento foi confirmado em repercussão geral em 02/11/2017, com o julgamento do ARE 1.052.700:

**Ementa:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, da LEI 8.072/1990. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 1. É inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal. 2. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido. (ARE 1052700 RG, Relator Min. EDSON FACHIN, julgado em 02/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - tema 972)

Em verdade, é equivocado dizer-se que restaram apenas as normas gerais para fixação do regime inicial. Lembre-se do caso da Lei de Tortura - Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, em cujo §7º, do artigo 1º, estabelecia que se “iniciará o cumprimento da pena em regime

fechado”. A memória não permite esquecer quantas críticas foram dirigidas ao legislador quando da promulgação dessa lei, porque teria dado tratamento benéfico à tortura, posto que, à época (ano de 1997), o regime de cumprimento de pena dos crimes hediondos e dos equiparados era o *integral fechado*, não o *inicial fechado*. Acontece que depois de tantas mudanças, a *brandura* do legislador de outrora virou sua *braveza*: se antes era motivo de vergastada doçura, diante dos remodelamentos jurídicos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, tal previsão exsurgiu como a mais dura do Direito Penal vigente.

Coisas da vida, ao menos da vida brasileira.

Torne-se à questão do tráfico de drogas. Em 2006, declarou-se inconstitucional o regime integral fechado. Em 2010, excluiu-se a vedação a penas restritivas de direito. Em 2012, declarou-se inconstitucional a previsão *ex lege* de regime inicial fechado. Mas, ainda assim, o tráfico de drogas privilegiado era hediondo.

Entretanto, a nosso ver, a fixação de regime mais brando não atenderia aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, levando-se em conta, na maioria dos casos, a personalidade do réu, as circunstâncias e gravidade do crime, e o total de pena imposto. De modo contrário, injusta seria a situação daquele que pratica conduta menos gravosa, com condenação a pena mais branda, sujeito ao mesmo regime prisional daqueles que praticam crimes hediondos ou equiparados.

Se assim não fosse, não teria sentido outro regime a ser fixado. O legislador ordinário, ao observar a própria Constituição Federal (artigo, 5º, inciso XLIII), tratou o tráfico de drogas com o rigor necessário, até pelo fato de o delito ser constitucionalmente equiparado a hediondo; negou-lhe, pois, vários benefícios que a outras espécies seriam cabíveis, como fiança, indulto, liberdade provisória (na redação original da Lei dos Crimes Hediondos) etc.

Portanto, seria contraditório que, condenados, esses infratores recebessem pena alternativa ou cumprissem as reprimendas em regime diverso do fechado e, portanto, não haveria que se falar em inconstitucionalidade.

Efetivamente, verifica-se que o instituto constitucional “crimes hediondos e equiparados” foi feito, desta forma, letra morta.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, anotamos que a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 97.256, redundou na edição da Resolução 05/2012, do Senado Federal, cancelando a proibição que constava da parte final do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 para aplicação da benesse, deixando a matéria ao arbítrio do juiz, que analisará, no caso concreto, sua adequação como

medida necessária e suficiente à prevenção e reprovação do delito, observando-se as diretrizes legais, especialmente a natureza e quantidade da droga, a personalidade do condenado, a gravidade do crime e a culpabilidade (artigo 42, da Lei 11.343/06; artigo 59, do Código Penal).

Mas não cessaram as alterações e não tardou para vir o último, e ora vigente, entendimento de que o tráfico de drogas privilegiado não seria crime hediondo.

Em 23/06/2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu que a causa de diminuição prevista no §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, afastaria a hediondez do fato.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016)

Como consequência, nos decretos de indulto que se seguiram, já vieram em seu corpo expressa previsão ao tráfico privilegiado, como deveria acontecer:

Decreto 8.940, de 22 de dezembro de 2016

Art. 4º No caso dos crimes previstos no [caput](#) e no [§ 1º](#), combinados com o [§ 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006](#), quando a condenação tiver reconhecido a primariedade do agente, seus bons antecedentes e a ausência de dedicação a atividades criminosas ou inexistência de participação em organização criminosa, o indulto somente será concedido nas hipóteses do § 1º, do art. 1º deste Decreto e desde que tenha sido cumprido um quarto da pena.

Decreto de 12 de abril de 2017

Art. 1º O indulto especial será concedido às mulheres presas, nacionais ou estrangeiras, que, até o dia 14 de maio de 2017, atendam, de forma cumulativa, aos seguintes requisitos:

III, f) mulheres condenadas à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, pela prática do crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e a sentença houver reconhecido a primariedade da agente, os seus bons antecedentes, a não dedicação às atividades criminosas e a não integração de organização criminosa, tendo sido aplicado, em consequência, o redutor previsto no § 4º do referido artigo, desde que cumprido um sexto da pena;

Decreto 9.246, de 21 de dezembro de 2017

Art. 1º O indulto natalino coletivo será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido:

IV - um quarto da pena, se homens, e um sexto da pena, se mulheres, na hipótese prevista no [§ 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006](#), quando a pena privativa de liberdade não for superior a oito anos;

Decreto 9.370, de 11 de maio de 2018

Art. 1º O indulto especial será concedido às mulheres presas, nacionais ou estrangeiras, que, até o dia 13 de maio de 2018, atendam, de forma cumulativa, aos seguintes requisitos:

II, g) condenadas à pena privativa de liberdade não superior a oito anos pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, cuja sentença tenha reconhecido a primariedade da agente, os seus bons antecedentes, a não dedicação às atividades criminosas e a não integração de organização criminosa e tenha sido aplicado o redutor previsto no § 4º do referido artigo, desde que cumprido um sexto da pena;

Atualmente, esse é, com todas suas alterações, a atual formatação do Direito Penal brasileiro, no que toca o tráfico de drogas privilegiado.

Todavia, pensamos haver, s.m.j., ilegalidade e até mesmo inconstitucionalidade nesse entendimento.

Dispõe o artigo 5º, inciso XLIII:

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; (grifamos)

Já no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, está definido:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:(...)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (grifamos)

Tanto na Carta Magna quanto na Lei dos Crimes Hediondos não há qualquer ressalva em relação ao chamado “tráfico privilegiado”, quando o agente é beneficiado com a redução de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/03.

Ademais, a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, na qual o Plenário decidiu que ao delito aplicado o artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, não se reconhecerá sua hediondez, possui caráter incidental, e não vinculativo.

O mesmo raciocínio se aplica ao fato de o Superior Tribunal de Justiça ter cancelado a Súmula nº 512: “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei

n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

A mudança de posicionamento, ainda em caráter incidental, reitera-se, dos Tribunais Superiores em relação ao chamado “tráfico privilegiado”, por ora, não tem o condão de negar vigência ao texto constitucional e à Lei nº 8.072/90.

Desse modo, nosso posicionamento é que mesmo o condenado por tráfico de drogas sendo agraciado com a redução de sua reprimenda nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não se lhe afastaria o caráter hediondo da conduta, a despeito das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.

O Estado Democrático de Direito tem como um de seus princípios basilares a igualdade, que é efetivamente assegurada quando entendida e aplicada segundo a máxima Aristotélica: *tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade*.

Este ideal de aplicação de justiça, partindo, evidentemente, do pressuposto fundamental de nossa Constituição de que todos são considerados como iguais perante a lei<sup>9</sup>, implica considerar como inconstitucional o reconhecimento de soluções diversas para uma mesma situação jurídica, criando uma seleção discriminatória de casos.

Nesse sentido, devemos ponderar que, assim como a reprimenda deve ser proporcional à importância do delito, conclui-se que crimes de natureza diferenciada merecem tratamento diferenciado; nesta mesma linha, delitos de mesma potencialidade ofensiva merecem tratamento semelhante a repreensão do agente criminoso deve ser proporcional, considerando sua personalidade, o desapego e desrespeito à sociedade e suas normas.

Assim, em termos de resposta penal e política pública de repressão ao ilícito, a previsão legal que proíbe a liberdade provisória mediante fiança em crimes hediondos ou equiparados funciona não só como coibidor da prática habitual de delitos dessa natureza, mas também como elemento de diferenciação daqueles que praticam atos ilegais merecedores de maior reprovação, como medida necessária e suficiente para a prevenção, principalmente quando há balizamento constitucional nesse sentido.

O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal é claro: “***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;***” (grifamos).

---

<sup>9</sup>Art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Se a Carta Magna proíbe a concessão de *liberdade provisória com fiança* para os crimes hediondos ou equiparados, como o tráfico de drogas, por óbvio, a *liberdade provisória sem fiança* também está vedada.

No mesmo artigo 5º, mas agora no inciso LI, a Constituição Federal estabelece: “***nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;***” (grifamos).

A regra constitucional dá a dimensão do tratamento diferenciado dispensado ao tráfico de drogas, ao permitir a extradição de brasileiro naturalizado quando comprovado o envolvimento com o narcotráfico.

Além disso, ainda no artigo 5º, agora no § 2º, está disposto: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

É a norma conhecida como *regra de não exclusão*, pela qual a Constituição Federal, expressamente, prevê que, além dos direitos e garantias nela consignados, não se exclui outros previstos, por exemplo, em tratados internacionais.

No caso específico do tráfico ilícito de entorpecentes, o Brasil é signatário da *Convenção de Viena* e da *Convenção de Nova York*, nas quais há regras específicas para o combate ao tráfico de drogas.

A Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em Nova York, em 30 de março de 1961, foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964, estabelecendo princípios para a cooperação mundial no combate ao uso e ao tráfico ilegal de drogas.

Já a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída e assinada em Viena, Áustria, em 20 de dezembro de 1988, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, em cujo artigo 2, nº 1, prevê: “***1. O propósito desta Convenção é promover a cooperação entre as Partes a fim de que se possa fazer frente, com maior eficiência, aos diversos aspectos do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas que tenham dimensão internacional. No cumprimento das obrigações que tenham sido contraídas em virtude desta Convenção, as Partes adotarão as medidas necessárias, compreendidas as de ordem legislativa e administrativa, de acordo com as disposições fundamentais de seus respectivos***

*ordenamentos jurídicos internos*” (grifamos).

Portanto, a Lei nº 11.343/06, ao vedar a concessão de liberdade provisória aos acusados por tráfico ilícito de entorpecentes, nada mais faz do que atender ao disposto na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLIII), bem como na Convenção de Viena, da qual o Brasil é signatário e assumiu compromisso de cumpri-la.

Assim, fica patente e inequívoco o tratamento diferenciado e mais gravoso que o tráfico de drogas deve ter, no âmbito interno e internacional.

### **3. Comentários sobre as alterações da jurisprudência (art. 33, §4º, da Lei 11.343/06)**

A interpretação é dos temas mais discutidos. Na filosofia, nas ciências e, invariavelmente, no direito. Em todos os campos em que se discutiu sobre o conceito de *interpretação*, diversas interpretações surgiram sobre o tema! Muitas posições, muitas leituras, pouco consenso.

No Direito, adiante, da clássica obra de Carlos Maximiliano, extrai-se que “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”<sup>10</sup> Ainda que diversos outros entendimentos tenham sido propostos, e sejam discutidos com grande cultura e elegância, há uma chama de aceitação geral nessa síntese.

O que se percebe, de toda a exposição, é que existe grande debate e conclusões diametralmente opostas tomadas sobre as mesmas noções jurídicas fundamentais: princípio da dignidade da pessoa jurídica, princípio da individualização da pena, princípio da fundamentação das decisões.

Certamente, não se busca propor qualquer solução para a questão geral de aplicação de conceitos jurídicos determinados, ou mesmo sobre o papel constitucional dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A questão que se põe é pontual: no crime de tráfico de drogas, houve intensa alteração de posições jurisprudenciais, que causa enorme insegurança jurídica, sem necessariamente ter-se melhora na leitura social de justiça das decisões judiciais (questão de legitimidade) ou mesmo melhora na vida das pessoas (questão de utilidade).

---

<sup>10</sup> MAXIMILIANO. Carlos Pereira dos Santos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947, p. 13.

Verdadeiramente, a falta de critérios objetivos para modificação de consolidados entendimentos dos Tribunais faz parecer que o juiz -especialmente de Cortes Superiores- possui ampla liberdade de entender o Direito como lhe aprouver.

Essa percepção extrai-se da incessante modificação de posições firmadas, muitas vezes indo de um extremo a outro: da constitucionalidade para a inconstitucionalidade de tantos dispositivos, do regime integral fechado para a conversão da pena em restritiva de direitos, da hediondez do tráfico privilegiado para sua natureza comum de ilícito penal.

É certo que a noção binária de validade-invalidade, constitucionalidade-inconstitucionalidade não permite maiores amenizações nas transformações jurídicas por meio de declarações de inconstitucionalidade. Mas certamente isso se dá porque a inovação jurídica fundamental compete ao Poder Legislativo no sistema jurídico brasileiro, e ao Poder Judiciário e ao Supremo Tribunal Federal especificamente a “guarda da Constituição” (artigo 102, *caput*, da Constituição Federal).

Por isso, evidentemente, a declaração de inconstitucionalidade é medida das mais graves na formatação política do Estado brasileiro. Porém, como mostrado, seu uso quase que costumeiro no caso da Lei de Drogas, traz enormes consequências para todo o País, e até mesmo incoerências sistêmicas.

De certa forma, e esta é o que se oferece à guisa de conclusão, os atos do Supremo Tribunal Federal diante desta questão parecem, indevidamente, aproximar-se de atos discricionários<sup>11</sup>, pois reforça o subjetivismo do seu emissor.

Celso Antônio Bandeira de Mello anota que a expressão ‘ato discricionário’ é verdadeiramente uma elipse de ‘ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção’, havendo, pois, maior *liberdade* de decisão diante de circunstâncias concretas, cuja avaliação ou decisão guiar-se-á por critérios de conveniência e oportunidade.<sup>12</sup>

Neste sentido, completa, remetendo a discussão sobre a finalidade do ato administrativo, que “(...) na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, *em certa medida*, de uma apreciação *subjetiva*, isto é, de uma investigação

---

<sup>11</sup> Semelhantemente, não se discutirá sobre a essência da discricionariedade, especificamente se ela recai sobre o suporte fático da norma ou sobre suas consequências (cfr. Anna-Bettina Kaiser, “Os princípios do processo administrativo-judicial na Alemanha”, in Seminário Internacional Brasil – Alemanha : Pontes Miranda (2010 ; Recife, PE), p. 60.

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 394.

insuscetível de se reduzir a uma *objetividade absoluta*.<sup>13</sup> O agir discricionário pauta-se em “indeterminação legal quanto ao comportamento adequado”<sup>14</sup>.

É sabido que o ato do administrador e também do Poder Legislativo demandam certo grau de discricionariedade. Daí a necessidade de eleições, para que o povo possa investir nas funções públicas de chefia aquela pessoa cuja avaliação de ideias, meios, urgência, necessidade corresponda à do público: isso é a plataforma política.

No caso do Poder Judiciário, essa apreciação deve ser limitada ao máximo. Se possível, excluída. Decisões judiciais não podem soar como atos administrativos que veiculam políticas públicas.

O direito e a mudança do direito não podem advir da consciência individual, das sensações e percepções do indivíduo-juiz, e de suas leituras pessoais de mundo. O direito é energia social, e se constitui de uma síntese social.<sup>15</sup> Daí imperativo limitar o egoísmo, a individualidade do funcionário público, para que seja realizado o Direito, que maior que qualquer indivíduo.

Percebemos, então, porque o Brasil jamais terá um direito verdadeiramente jurisprudencial: o individualismo parece falar mais alto; temos a impressão que a história não é respeitada. Por isso, mesmo que institutos jurídicos relevantes sejam criados -como o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas, a repercussão geral, os recursos repetitivos, as súmulas, a súmula vinculante-, o foram pela lei, não pela consolidação de consciência jurídica de proteção à segurança jurídica, à democracia e até ao princípio republicano.

Causa especial espécie o seguinte dado: no sistema da *common law*, marcado pela estabilidade dos precedentes, não se olvida o binômio *certeza* (previsibilidade) e *justiça*

<sup>13</sup> Op. cit, 395.

<sup>14</sup> Op. cit, 396.

<sup>15</sup> “A lei, digamos, portanto, em último remate, produ-la a consciência coletiva, auxiliada pelas condições de necessidade, que a determinam em parte. As legislações copiam o espírito dos povos, e entre elas as semelhanças estão na *razão direta da origem e parecenças psíquicas das sub-raças que as forjaram*, entesoirando-as em códigos repassados de religião como Deuteronômio, ou trescalastes à *razão inversa do progresso intelectual e moral*: o que progride, individua-se; e as raças, avolumando conhecimento, desleixando a moral ou acrisolando, ao revés, suas sentenças, disseminando instrução ou desparzindo a religiosidade, atentando a força bélica ou empenhorando tradições guerreiras, insensivelmente se diversificam pela desenvoltura, por modo que os povos, ascendendo a escala da divisão do trabalho, diferenciam-se, progredindo, e progridem, individualizando-se...” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *À margem do direito (ensaio de Psicologia Jurídica)*, revisto e prefaciado por Wilson Rodrigues Alves, 3ª edição, Campinas: Bookseller, 2005, p.83.

(mutação), que convivem em delicada harmonia; porém, a renovação dos entendimentos das Cortes de Justiça ocorreria diante da efetiva transformação social.<sup>16</sup>

A verdade é que as Cortes estão constantemente oscilando entre o desejo por certeza de um lado e o desejo de flexibilidade e conformidade aos padrões sociais presentes do outro. É impossível que uma sociedade em progresso a lei seja absolutamente certa; é igualmente impossível que as Cortes profiram decisões de acordo com a noção prevalente de equidade sem causar um considerável grau de incerteza, diante da constante flutuação dos padrões morais e de suas aplicações às novas e não previstas condições.<sup>17</sup>

A bem da verdade, essa problemática de controle dos atos judiciais que, por suas vezes, controlam atos políticos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, é mundial. Ainda que em sua formatação original esteja envolta de rica história, particularmente ligada à defesa de direitos fundamentais (como o caso *Murphy vs Madison* [1803] e a ascensão europeia no pós-Primeira Guerra Mundial), muito se critica a liberdade judiciária em aplicar a casos concretos as “excelentes e grandiosas expressões características de todos os textos constitucionais”, aplicação esta que se faz mediante controle de exercício de autoridades eleitas por outras não eleitas, a revelar certa incompatibilidade com o próprio modelo democrático.<sup>18</sup>

O fato de os textos constitucionais quase nunca fornecerem respostas diretas às causas levadas aos tribunais que torna tão problemática a ideia de que os juízes são aptos para dizer às pessoas que elas não podem decidir por si mesmas se devem reconhecer ou não o direito ao aborto ou ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Se os juízes são livres para definir palavras como “vida”, “liberdade” e “igualdade” bem como lhes apraz, a sua supervisão dos poderes eleitos do governo não faz o menor sentido. Se a tarefa do juiz é delimitar as fronteiras da elaboração legítima das leis com base naquilo que ele próprio considera justo e certo, não pode haver nenhuma razão pela qual uma decisão judicial deva suplantar o juízo das pessoas e de seus representantes eleitos. Se os limites da elaboração legítima das leis são apenas uma questão de opinião pessoal, as majorias podem alegar uma autoridade moral decorrente da soberania popular, autoridade essa de que carecem os juízes e as minorias.

Para conciliar a prática do controle judicial de constitucionalidade com a soberania do povo para governar a si mesmo, é preciso demonstrar que não é com base em suas opiniões

<sup>16</sup> COUDERT, Frederic R. *Certainty and Justice - studies of the conflict between precedent and progress in the development of the law*, New York and London: D. Appleton and Co, 1913, p. 1-23.

<sup>17</sup> Op. cit., p. 12, tradução livre.

<sup>18</sup> BEATTY, David M. *A essência do Estado de direito*, tradução de Ana Aguiar Cotrim, revisão de tradução de Lenita Ananias dos Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, pp. 1-8.

personais sobre o certo e o errado que os juizes resolvem conflitos e julgam o modo que os governantes exercem os poderes do Estado.<sup>19</sup>

A esse fenômeno tem-se designado “politização do Poder Judiciário”, e passa por três ataques básicos: 1) perda da imparcialidade do juiz, que se sujeitará a pressões partidárias, inclusive do ‘partido dos juizes’; 2) inobservância da lei, e assim quebra do Constitucionalismo, diante de atendimento à opinião pública, à própria vontade do julgador ou à praça; e 3) substituição do político pelo juiz, como corrupção dos respectivos sistemas que são componentes das sociedades complexas.<sup>20</sup>

E assim Celso Fernandes Campilongo, à maneira de Habermas, resume os riscos apontados:

O problema central do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico reside no alto risco de que cada um deles deixe de operar com base em seus próprios elementos (o Judiciário com a legalidade e a Política com a agregação de interesses e tomada de decisões coletivas) e passe a atuar com uma lógica diversa da sua e, conseqüentemente, incompreensível para as autorreferências do sistema. Essa corrupção de códigos resulta num Judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como o somatório dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política Judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento da decisão política. A tecnocracia pode reduzir a atividade política a um exercício de formalismo judicial.<sup>21</sup>

A Lei de Drogas é paradigmática nesses pontos, para bem ou para mal: nela revela-se a impotência do direito como impulsionador da sociedade, que se queda em punir ao invés de alavancar, no mais das vezes atuando sobre a baixa criminalidade. Nem por isso, as constantes mudanças operadas pelas Cortes, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, vêm para melhorar o *status quo*. Com efeito, precisamos de efetiva segurança jurídica, de equidade e de aplicação justa das leis.

<sup>19</sup> Op. cit, p. 8. Ao fim, o autor sugere que, ao invés de partir-se de conceitos preestabelecidos como “democracia” e “direito” deveriam -ou seja, de cima para baixo-, o jurista da *common law* deve partir dos casos concretos em suas efetivas repercussões -ou seja, de baixo para cima, num agir indutivo: “O procedimento dos tribunais do *common law* inverte o processo [dedutivo]. Eles partem das decisões reais dos tribunais e **delas** deduzem, **no final**, suas implicações para a democracia.” (p. 63, g.n.)

<sup>20</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, prefácio de Paulo de Barros Carvalho, São Paulo: Max limonada, 2002, p. 57-63.

<sup>21</sup> Op. cit, p. 63, com correções.

## Conclusão

No Brasil é crescente o fenômeno do ativismo judicial, fundado na independência do Poder Judiciário. Sem embargo dos aspectos positivos de tal inovação, que vem permitindo o enfrentamento de problemas graves do país, o fato é que esse comportamento provoca insegurança jurídica e instabilidade institucional.

Principalmente no campo penal o ativismo judicial é pernicioso, tendo em vista que não existe uma orientação comum, circunstância que autoriza a vulneração constante do princípio da isonomia.

Ao Supremo Tribunal Federal, nesse momento de crise, cabe o relevante papel de uniformizar o entendimento sobre a aplicação da lei penal, de forma a permitir a estabilização e coerência da sua jurisprudência.

Especialmente no campo do combate às drogas, urge que o Supremo Tribunal Federal, atendo à gravidade do problema, estabilize o seu entendimento sobre os pontos ainda controvertidos da Lei de Drogas, sinalizando para a sociedade brasileira que o Poder Judiciário não está alheio à gravidade do problema e está disposto ao seu enfrentamento, principalmente em não fomentar a impunidade ou a proteção deficiente dos relevantes bens jurídicos protegidos pelo referido diploma de lei.

## Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 12<sup>a</sup> ed., 2008.

ARISTÓTELES. *A Política*, tradução de Nestor Silveira Chaves, 2<sup>a</sup> edição revista, Bauru, São Paulo: Edipro, 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 3<sup>a</sup> ed., 2003.

BEATTY, David M. *A essência do Estado de direito*, tradução de Ana Aguiar Cotrim, revisão de tradução de Lenita Ananias dos Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

Boletim do IBCCrim / Fernando Cardinali Caetano Dias (coord), boletim 293, abril de 2017, disponível em [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5947-Encarceramento-em-massa-e-a-tragedia-prisonal-brasileira](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5947-Encarceramento-em-massa-e-a-tragedia-prisonal-brasileira).

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, prefácio de Paulo de Barros Carvalho, São Paulo: Max limonada, 2002.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>, acessado em 01/08/2019.

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (coord.) *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso – Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COUDERT, Frederic R. *Certainty and Justice - studies of the conflict between precedent and progress in the development of the law*, New York and London: D. Appleton and Co, 1913.

DEPEN, Levantamento Nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017/ Organização Marcos Vinicius Moura, Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Editora Bosch, 1984.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, volume IX, Rio de Janeiro: Edição Forense, 1958.

MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

MAXIMILIANO. Carlos Pereira dos Santos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado Luso – Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, 2ª edição.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Concepto y método de la ciência del derecho penal*. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1999.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *À margem do direito (ensaio de Psicologia Jurídica)*, revisto e prefaciado por Vilson Rodrigues Alves, 3ª edição, Campinas: Bookseller, 2005.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL – Alemanha: Pontes de Miranda (2010; Recife, PE).

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2004.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. *Curso Livre de Ética e Filosofia do Direito*. Cascais: Ed. Princípia, 2010.

Submissão: 23.10.2019

Aceito em: 19.11.2019