

**ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES: UMA
BREVE ANÁLISE DA LEI 11.343/2006**

**LEGAL ARGUMENTATION AND BASIS OF DECISIONS: A BRIEF ANALYSIS OF
11.343/2006 LAW**

Victória Santos Marques¹

Luiz Fernando Kazmierczak²

*“Ao invés de guerra contra a pobreza eles fazem guerra
contra as drogas.” (Tupac)*

<https://doi.org/10.55839/2318-8650RevParRPv33n3pa154-178>

Resumo: O artigo objetiva analisar a teoria da argumentação jurídica e a garantia e dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais no âmbito da lei nº 11.343/2006, examinando-se a identificação e punição do usuário e traficante de entorpecentes, bem como outros aspectos processuais. Por meio do método dedutivo, constatou-se que apesar de os crimes relacionados à lei de drogas terem consequências mais graves que os demais delitos, nesses casos há menos direitos ao acusado, o que demonstra a seletividade penal nesse âmbito. A pesquisa contribui nas áreas do Direito Constitucional, Direitos Humanos e Fundamentais, Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal.

Palavras-chave: dever de motivação; pronunciamento judicial; lei de drogas; tráfico de drogas; política de drogas.

1 Advogada. Mestranda em Ciência Jurídica na linha de pesquisa Função Política do Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista pela CAPES e pela Fundação Araucária. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Participa do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES). Tem experiência e realiza pesquisas na área do Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Direitos Humanos e Fundamentais, com ênfase, ainda, em questões voltadas à Educação. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8420-8412>; E-mail: victorias_marques@hotmail.com

2 Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (2004). Atualmente é Professor Adjunto na graduação em Direito e na pós-graduação em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), onde exerce o cargo de Diretor do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, do Campus de Jacarezinho. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0653-6255>. E-mail: lfkaz@uenp.edu.br

Abstract: The article aims to analyze the theory of legal argumentation and the constitutional guarantee and duty to justify judicial decisions under law number 11.343/2006, examining the identification and punishment of the user and drug dealer, as well as other procedural aspects. Through the deductive method, it was found that although the crimes related to the drug law have more serious consequences than the other crimes, in these cases there are fewer rights to the accused, which demonstrates the criminal selectivity in this context. The research contributes in Constitutional Law, Human and Fundamental Rights, Criminology, Criminal Law and Criminal Procedural Law.

Keywords: motivational duty; judicial pronouncement; drug law; drug trafficking; drug policy.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, no que diz respeito à decisão judicial, o que se busca, seja no processo penal ou civil, é a obtenção de um determinado padrão decisório, aceito pelos juristas e pela comunidade jurídica. Não há dúvidas de que o magistrado, ao decidir, deve fazer isso de forma fundamentada, conforme determinado pela Constituição Federal, expressando as razões de sua decisão. No entanto, seu pronunciamento não deve ser apenas pautado na legalidade, devendo também ser legítimo. Por esse motivo, para que uma decisão seja tida como correta, o juiz deve convencer não apenas as partes do processo, destinatárias diretas do direito, mas toda a sociedade.

Sabe-se que a motivação das decisões, no Estado Democrático de Direito, não é mera garantia política – controle do povo sobre as decisões judiciais – sendo também uma garantia processual, ao assegurar transparência no exercício do poder jurisdicional, permitindo às partes conhecer as razões daquela decisão e, eventualmente, impugná-las. Por esse motivo, a argumentação deve ser sempre exercitada numa decisão judicial (é por meio dos argumentos que o juiz irá justificar suas razões). Apesar disso, essa argumentação é muitas vezes manipulada, principalmente no processo penal.

Na prática, o julgamento de uma ação penal quase nunca se baseia no modelo idealizado pelo legislador constitucional: já no inquérito, é possível presumir se o indiciado vai ou não ser posteriormente condenado, sem que se precise analisar com clareza a existência de provas suficientes para fazê-lo, bastando um discurso jurídico apto a justificar a decisão – e isso é facilmente verificado na lei de drogas (lei nº 11.343/2006).

O que o presente artigo almeja, pois, é discorrer sobre a argumentação jurídica e a fundamentação das decisões, através de uma análise da lei de drogas, para verificar se a garantia constitucional e dever de motivação dos pronunciamentos judiciais vêm sendo devidamente observado.

Com relação à abordagem do tema, o artigo foi dividido em duas partes. A primeira delas trata de uma explanação, bem resumida, sobre o dever de fundamentação das decisões e o que dispõe a teoria da argumentação jurídica, através da sua aplicação no processo penal. A segunda parte do artigo discorre especificamente sobre a lei de drogas, como se dá a identificação e punição do usuário e traficante de entorpecentes, sendo analisados também outros aspectos processuais da referida lei especial e o dever de motivação nesses casos. O artigo conclui que apesar de a lei nº 11.343/2006 trazer consequências muito mais graves que os demais crimes tipificados no Código Penal e leis esparsas, o seu procedimento possibilita menos garantias e direitos ao réu que o procedimento ordinário, o que confirma a seletividade existente no Direito Penal brasileiro nesse ponto.

O método científico utilizado para a elaboração do presente artigo foi o dedutivo, através de uma explanação documental, com levantamento de dados e análise de sua significância, a partir de pesquisas bibliográficas, leitura de obras doutrinárias, outros artigos científicos, revistas jurídicas, e demais textos e materiais, incluída a análise da legislação pátria. A pesquisa, pois, enquadra-se nas áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Fundamentais, Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal.

2 DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO PROCESSO PENAL

Como se sabe, o processo, seja ele civil ou penal, deve ser interpretado conforme os valores e as normas fundamentais da Constituição Federal. O juiz, após analisar as peculiaridades do caso concreto e o subsumir à legislação ordinária, deve procurar o significado da norma à luz da Carta Magna, com apoio nos princípios da justiça e nos direitos fundamentais. Essa necessidade de o processo ser encarado de forma mais constitucionalizada se coaduna com o quanto almejado pelo Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88). Para que os direitos fundamentais sejam garantidos e satisfeitos concretamente, os juízes não devem se sujeitar apenas às leis, mas também à análise crítica de seu significado, como meio de controle da legitimidade constitucional (CAMBI, 2020, p. 303).

Nesse sentido, o art. 93, inc. IX, da CF/88 estabelece que lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal disporá sobre o Estatuto da Magistratura, vinculando-a à observância de um rol de princípios orientadores, dentre eles, o de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões*, sob pena de nulidade” (BRASIL, 1988, online, grifo nosso). O art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro (decreto-lei nº 4.657/1942), no mesmo sentido, dispõe que todas as decisões, sejam elas das esferas administrativa, controladora ou judicial, devem ser motivadas, conforme as suas consequências práticas, não podendo ser fundadas em valores jurídicos abstratos (CAMBI, 2020, p. 447-448).

No entanto, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a lei processual penal já estabelecia que a ausência de motivação (ou a sua insuficiência, em alguns casos) é causa de nulidade absoluta da decisão, nos termos do art. 564, inc. V, do Código de Processo Penal. E isso se aplicava – e ainda se aplica – a todas as decisões judiciais dotadas de conteúdo decisório (excluídos, portanto, apenas os despachos de mero expediente) (HARTMANN, 2002, p. 68-69). Os artigos 21, parágrafo único; 116; 155; 185, § 2º; 282, §§ 2º e 3º; 310; 315; 375; 387, § 1º; 413 a 415; 427, parágrafo único; 516 e 660, todos do CPP, são exemplos que determinam expressamente o dever de motivação das decisões no âmbito do direito processual penal (BRASIL, 1941, online).

Ou seja, toda decisão judicial deve ser motivada e explicada pela autoridade que a proferiu de forma clara, expressa e coerente, com a exposição das razões de fato e de direito que levaram ao convencimento quanto ao mérito ou à existência de óbices processuais que teriam impedido a análise da decisão, não precisando, contudo, responder todas as questões suscitadas: os argumentos irrelevantes e impertinentes devem ser afastados. Se o magistrado se basear nas principais alegações, nas provas mais relevantes e no direito aplicado ao caso concreto, a decisão será suficientemente motivada. A atividade judiciária, pois, deve ser transparente, permitindo-se o seu controle para que as partes e terceiros possam compreender a decisão e, se for o caso, impugná-la pela via recursal, evitando, ainda, que o juiz decida arbitrariamente. A motivação adequada, assim, é a que contém justificativas suficientes sobre as questões de fato e de direito, sendo fundada em bons argumentos não apenas para o próprio juiz que profere a decisão, mas por todos aqueles que posteriormente possam valorar as razões do convencimento judicial (CAMBI, 2020, p. 437).

[...] Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vista à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação [...] Mais modernamente foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 92, grifos dos autores).

A ausência de fundamentação fere o princípio do contraditório. Por essa razão, o magistrado deve fundamentar de forma completa a decisão que profere, sem fazer remissões ao alegado pelas partes, deixando claras as razões que o fizeram julgar daquela forma. O dever de fundamentação é levado a sério quando o juiz motiva tanto as questões jurídicas, quanto e, principalmente, as questões fáticas. A motivação fictícia, na qual se omite a justificação da decisão sobre as questões fáticas através de uma abundante motivação das questões jurídicas, deve ser combatida (CAMBI, 2020, p. 424).

O dever de motivação judicial das decisões: a) é uma garantia contra o arbítrio; b) serve como garantia contra a influência de pontos de vista pessoais (subjetivismo); c) possibilita às partes conhecerem os fundamentos da decisão e, com isso, é um meio de impugnação e um modo de controle do raciocínio do magistrado; d) contribui para o maior grau de previsibilidade e segurança das normas jurídicas (CAMBI, 2020, p. 428).

As decisões judiciais devem se legitimar socialmente. As decisões politicamente ultrajantes não substituem o julgador, mas são prejudiciais para a sociedade, que fica menos coesa e também instável, a qual passa a desacreditar nas instituições jurídicas e nos processos de aplicação do direito (CAMBI, 2020, p. 424). Como garantia política, pois, o dever de motivação das decisões está diretamente ligado à noção de limitação do poder estatal ante a opinião pública (HARTMANN, 2002, p. 69). A legitimação dos membros do Poder Judiciário, por não terem sido eleitos pelo povo, somente pode ocorrer pela maneira como exercem sua função. Por isso, os juízes devem sempre agir motivada e publicamente, prestando contas de todos os seus atos (HARTMANN, 2002, p. 71).

De fato, a competência para julgar um determinado conflito, civil ou penal, pertence apenas ao Judiciário, que é autônomo, livre, independente das demais instituições e cujos membros são livres para formar o seu convencimento. O que se pode contestar é a decisão já exarada, de forma que os interessados podem questionar os motivos (obrigatoriamente

expostos) que levaram o juiz a decidir daquela forma. Assim, a motivação proporciona a comunicação entre o juiz e a opinião pública, possibilitando à sociedade saber como o direito está sendo aplicado no caso concreto. A exigência da fundamentação, assim, é uma forma de controle popular da administração da justiça. Ademais, a exigência da motivação serve como proteção à legalidade (o Estado Democrático de Direito está necessariamente ligado ao princípio da legalidade), à certeza do direito, à preservação da separação dos poderes (o juiz não deve invadir a esfera legislativa), à proteção dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne ao direito à liberdade e à dignidade humana (HARTMANN, 2002, p. 72-73).

Saliente-se, por oportuno, que o juiz, tanto no processo civil, quanto e principalmente, no processo penal, deve procurar a narrativa verdadeira, que reconstrua adequadamente os fatos (CAMBI, 2020, p. 432). A verdade, “valor político que não pode ser renunciado nas sociedades democráticas” (CAMBI, 2020, p. 424), que processualmente se objetiva e que interessa para o controle dos fundamentos da decisão judicial, é a que decorre das provas existentes nos autos. Um fato é tido como verdadeiro se for confirmado pelas provas produzidas no processo (CAMBI, 2020, p. 423). Assim, além de motivar a própria decisão judicial, o juiz deve também motivar a valoração da prova, indicando as razões de apreciar determinada prova daquela forma, conforme critérios lógicos e racionais, reduzindo-se os critérios pessoais e íntimos (CAMBI, 2020, p. 435). Considerar o art. 93, IX, da CF/88 um princípio significa dizer que deve ser obedecido de acordo com a ponderação de outros valores em conflito no caso concreto, através das possibilidades fáticas disponíveis (CAMBI, 2020, p. 429).

A análise dos fatos pelo juiz é o momento mais perigoso da decisão, pois é onde a subjetividade pode ser notada em seu grau máximo. Ao contrário do que acontece com a interpretação da lei (que é muito mais controlada pela sua razoabilidade), o exame dos fatos é quase que desprovido de qualquer controle, tal como ocorre com a decisão tomada pelo Conselho de Sentença, em um julgamento pelo Tribunal do Júri (em que se exerce a íntima convicção). Todavia, diferentemente das decisões do júri, o exame dos fatos pelo juiz nos demais processos e a interpretação da lei, nesses casos, devem ser justificados. Nesse sentido, a análise dos fatos está diretamente ligada à prova produzida nos autos, uma vez que é através dela que se procura reconstruir aquilo que aconteceu no passado (HARTMANN, 2002, p. 90).

Por essa razão, o juiz deve justificar a sua decisão tanto com relação ao direito a ser aplicado ao caso concreto, como também com relação aos fatos trazidos através das provas produzidas, valorando e indicando as razões do seu convencimento (HARTMANN, 2002, p. 95). Na prática penal, contudo, isso não é estritamente observado. Ao prolatar a sentença, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu, o que pode se dar por diversos motivos, que nem sempre são lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência de condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do acusado, ou ainda pela repugnância que a conduta praticada provoca no espírito do juiz. Mas essas motivações não são aceitas pela comunidade jurídica sem uma roupagem racional e tecnicamente legítima (BRUM, 1980, p. 72-73). O juiz, então, vai procurar fundamentar a decisão através da manipulação do discurso, utilizando-se de uma linguagem com o objetivo de convencer, organizando os argumentos e modo como os apresentará (HARTMANN, 2002, p. 98).

Em um sistema processual baseado no livre convencimento, é praticamente impossível (se não impossível) se demonstrar quais as razões que levaram o juiz a decidir de determinada forma. Especialmente no que diz ao exame do material probatório [...] A partir disso, os juízes têm a possibilidade real de manipular os fatos segundo seus interesses, suas opiniões pessoais, sua ideologia, ainda que de forma inconsciente. Aqui também há a prevalência dos juízos de valor sobre os juízos descritivos. Por isso é que se tem a exigência da motivação como importante garantia para as partes, na medida em que tende a exigir do magistrado a formação de um convencimento baseado em razões confessáveis, constituindo-se como um verdadeiro meio de pressão sobre a consciência do juiz (HARTMANN, 2002, p. 99-100).

De fato, para que não haja arbitrariedades, as decisões judiciais devem ser bem fundamentadas. Os destinatários da justiça têm o direito de saber a real dimensão do sentido atribuído, pelo Judiciário, aos direitos discutidos no processo judicial. O dever de motivação, assim, exerce uma função endoprocessual, ao buscar convencer as partes das razões que geraram o convencimento do magistrado. A motivação interessa mais ao perdedor do que ao vencedor da causa, porque ele precisa buscar conforto e explicação na justificativa da lide, impugnando-a se for o caso (a parte sabe as razões que deve combater em recurso). Também tem a função extraprocessual de servir de mecanismo de controle democrático do exercício do poder. Por fim, a fundamentação é dirigida à sociedade em geral, que tem o direito de conhecer as razões da decisão para poder exercer a cidadania e o controle do poder jurisdicional. Logo, para além de princípios e regras, deve haver uma teoria da argumentação

jurídica, na qual seja possível buscar uma decisão que seja racionalmente fundamentada (CAMBI, 2020, p. 439-440).

Quanto à racionalidade e correção das decisões judiciais, a teoria da argumentação jurídica é grande ferramenta do neoconstitucionalismo. Trata-se de uma nova interpretação constitucional, surgida de Chaïm Perelman e de outros estudiosos, como Robert Alexy, que tem como base a qualificação das regras e a sua distinção com relação aos princípios, os quais possuem lugar de destaque, por serem considerados como normas fundamentais de todo o ordenamento. Para essa teoria, o Direito não pode ser estudado como um produto acabado, criado pela ação legislativa, devendo, em verdade, ser visto como um processo no qual se chega à decisão judicial. E esse processo deve se basear em uma ótica racional do conjunto de ideias que o compõem para oferecer respostas aos profissionais do Direito, o que é feito por meio da análise dos aspectos jurídicos tradicionais e das informações de outras ciências, como a Filosofia Política, a Sociologia, a Teoria da Linguagem, etc (DORICO, 2013, online).

O objetivo dessa teoria é o de estabelecer uma nova racionalidade que viabilize a argumentação racional, a partir de um exame das condições que permitem uma argumentação começar a se desenvolver, assim como os efeitos por ela produzidos. A argumentação não pressupõe um resultado determinado e inafastável: o orador e o auditório fazer parte do discurso jurídico, por serem elementos indispensáveis para a determinação de um resultado tido como razoável. Conforme essa teoria, pois, todo discurso, falado ou escrito, dirige-se a um auditório. A teoria da argumentação cuida do campo do discurso, com o objetivo de convencer ou persuadir, ampliando o campo da razão para além das ciências dedutivas e indutivas, estendendo-o também para as ciências humanas, para o Direito e para a Filosofia, buscando-se não um discurso abstrato, mas prático (HARTMANN, 2002, p. 17-19).

Assim, o lugar da argumentação jurídica é a decisão judicial. O juiz deve decidir quais argumentos são relevantes e pertinentes para a solução do conflito, através de parâmetros axiológicos oferecidos pelos princípios e regras jurídicas (CAMBI, 2020, p. 422).

[...] para que seja possível o desenvolvimento da argumentação e da retórica há que se ter necessariamente um ambiente de liberdade e democracia, pois exigem necessariamente a possibilidade de diálogo e controvérsia, impensável, ao contrário, num ambiente político autoritário. Ela [a argumentação jurídica] será, na maioria das vezes, realizada pelos juízes [...] no desenvolvimento de uma atividade que [...] é a expressão máxima da democracia atualmente, verdadeira garantia constitucional, qual seja, a motivação das decisões judiciais (HARTMANN, 2002, p. 56).

Nesse sentido, e admitindo-se que o exercício de fundamentação da decisão é de natureza justificativa e argumentativa, ela será necessariamente dirigida a um auditório. O juiz deve escolher os argumentos a serem utilizados, decidindo em que ordem e de que forma irá apresentá-los, organizando racionalmente a maneira com a qual pretende convencer o seu auditório (HARTMANN, 2002, p. 100-101). Esse auditório não é universal, até porque uma decisão não pode se dirigir a toda a humanidade, mas particular (por exemplo, a comunidade jurídica e a comunidade local onde o crime foi cometido), ou um auditório de um único ouvinte (o réu), podendo, ainda, ser a deliberação íntima, uma vez que o próprio juiz deve se convencer da decisão que tomou (HARTMANN, 2002, p. 106).

A motivação, ao ser dirigida também à opinião pública, deve refletir uma interpretação equitativa da lei e uma correta qualificação dos fatos, mesmo nos casos em que sejam verificadas lacunas na legislação, pautando-se em uma escolha razoável entre as várias soluções propostas ao caso concreto (HARTMANN, 2002, p. 57).

[...] motivar uma sentença é justificá-la, não é fundamentá-la de um modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo. É persuadir um auditório, que se deve conhecer, de que a decisão é conforme às suas exigências. Mas estas podem variar com o auditório: ora são puramente formais e legalistas, ora são atinentes às conseqüências; trata-se de mostrar que estas são oportunas, equitativas, razoáveis, aceitáveis [...] A motivação se adaptará ao auditório que se propõe persuadir, as suas exigências em matéria de direito e de justiça, à ideia que ele se forma do papel e dos poderes do juiz no conjunto das instituições nacionais e internacionais. Como essa concepção varia conforme as épocas, os países, a ideologia dominante, não há verdade objetiva a tal respeito, mas unicamente uma tentativa de adaptação a uma dada situação (PERELMAN, 2000, p. 570).

Assim, a argumentação jurídica é condicionada ao auditório a que se dirige, de forma que depende da época e do lugar, dos níveis e ambientes de compreensão, ao envolver a comunicação e entendimento da mensagem. Isso significa que não se argumenta de forma permanente, não havendo soluções infalíveis para problemas práticos. Os juízes não podem permitir que os direitos fundamentais se tornem promessas constitucionais não cumpridas, devendo, por essa razão, fundamentar suas decisões em padrões jurídicos objetivos, sem que sejam arbitrários ou se coloquem no lugar dos legisladores. O julgador deve avaliar as conseqüências de sua decisão para o Estado Democrático de Direito, para a ordem pública, para o exercício da cidadania e o bem-estar social. Ou seja, os problemas jurídicos devem ser enfrentados conforme os efeitos das soluções propostas, a curto ou longo prazo. O magistrado

deve se pautar nas consequências das soluções alternativas, optando por aquela que confira maior efetividade aos preceitos constitucionais, especialmente o ligado à dignidade humana. De fato, para que as decisões sejam motivadas de forma correta, elas devem indicar o contexto em que a decisão vai influir (CAMBI, 2020, p. 447-449).

Nos Estados Democráticos, o juiz, em sendo detentor de um poder, deve sempre *prestar contas da maneira como usa esse poder* e isso ocorrerá através, especialmente, da motivação das decisões. O juiz não é mais apenas a boca que pronuncia as palavras da lei. Ele deve sim seguir os mandamentos legais, mas atualmente reconhece-se a possibilidade que tem o magistrado de interpretar o texto legal, realizando determinadas escolhas que se guiam principalmente pela busca de uma solução mais adequada ao caso concreto. Essas escolhas, por certo, envolvem juízos de valor e, para conter a inevitável subjetividade, prevê-se, na solução de casos mais importantes, a decisão por órgãos colegiados, o que [...] contribui para evitar pontos de vista muito afastados da opinião comum (HARTMANN, 2002, p. 58).

Saliente-se, por oportuno, que na argumentação jurídica pode ser feita uma distinção entre a justificação interna e externa. A primeira se preocupa com a disciplina das regras e a autoridade interpretativa (competência), exigindo que o intérprete recorra às regras gerais, contribuindo para a uniformização, a segurança jurídica e a justiça da decisão. O que se busca saber é se foram observadas as formas predeterminadas. A justificação externa, por sua vez, preocupa-se com a dimensão social da decisão, e se fundamenta na argumentação empírica, na interpretação, na dogmática, na aceitabilidade racional, voltando-se ao problema da justiça da decisão, a partir de pontos de vista teleológicos, morais, políticos ou outros, os quais compõem a aceitabilidade racional do ato decisório (CAMBI, 2020, p. 440-441).

Nesse sentido, a decisão deve ser corretamente motivada, decorrendo de uma ordem jurídica formalmente válida, racional e justa. Uma decisão que se baseia em uma lei incorreta ou irracional, mesmo que seja válida no plano formal, é falha, porque nega a racionalidade e a justiça. Por exemplo, se uma pessoa desempregada é condenada à prisão pela contravenção penal de vadiagem (art. 59 do Decreto-lei 3.688/1941), ainda que a decisão se fundamente em lei formalmente válida, não é correta, pois a lei é injusta, contrariando a dignidade humana. Há, pois, valores éticos, políticos e jurídicos que estão além das regras do Direito e que lhe conferem legitimidade, os quais devem ser respeitados pelos julgadores (CAMBI, 2020, p. 442-443), sob pena de abuso ou desvio de poder (HARTMANN, 2002, p. 57).

Dessa forma, a norma deve ser compreendida no texto e no ato. O “direito vivente” resulta mais da argumentação jurídica, da interpretação do ordenamento necessária à efetivação dos direitos, do que das normas em si consideradas (CAMBI, 2020, p. 443-444).

Disso, observa-se que a garantia de fundamentação das decisões é um instrumento para fazer valer todas as demais garantias penais e processuais penais, sendo condição de legitimidade da imposição de qualquer medida punitiva (GOMES FILHO, 2001, p. 98). É através da exposição de seus motivos que o juiz torna efetiva a obediência aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade processual. A exigência da motivação das decisões está intimamente ligada à garantia constitucional do devido processo legal. É por meio dela que se pode constatar se o magistrado foi imparcial no acerto do caso penal, fazendo uso de elementos objetivos para o julgamento do caso e não de elementos puramente subjetivos ou que revelem a cessação a pressões externas (HARTMANN, 2002, p. 75-78).

Conforme Suannes, o processo penal somente pode ser considerado, tal qual deve ser nos regimes democráticos, como garantia do acusado, uma vez que parte da necessidade de o Estado, como autor da ação penal, provar a acusação que faz, substituindo os processos inquisitoriais e os procedimentos sigilosos pelo processo público. O Estado que acusa não é, por ficção jurídica, o Estado que julga, por isso a necessidade de o juiz indicar, de forma clara e precisa, as razões de seu convencimento (1999, p. 219).

A despeito disso, o dever de motivação, enquanto princípio, deve ser aplicado a todo o ordenamento jurídico, através de uma interpretação extensiva e jamais restritiva, a não ser quando o próprio texto constitucional preveja restrições (HARTMANN, 2002, p. 107). Ao estabelecer que serão fundamentadas todas as decisões, a Constituição não somente impõe o dever de fundamentar, mas prescreve também um único modelo de decisão judicial: a decisão fundamentada (GOMES FILHO, 2001, p. 115).

De todas essas considerações, fica evidente a relação entre o dever de fundamentação das decisões judiciais e a argumentação. O juiz, através da motivação, procura legitimar a sua decisão e por isso argumenta (HARTMANN, 2002, p. 100). A motivação, ainda, está também relacionada com a justificação da decisão, sendo um discurso justificativo da própria decisão, ao indicar as razões que justificam a escolha realizada. A motivação, enquanto justificação, busca demonstrar a justiça e a racionalidade da decisão (HARTMANN, 2002, p. 81).

Disso, verifica-se que o trabalho do legislador foi o de concretizar o dever constitucional e o direito fundamental a uma adequada e legítima fundamentação das decisões judiciais, que deve ser racional, previsível, acessível e controlável, em detrimento de uma fundamentação livre, arbitrária, discricionária e subjetiva. Para que isso ocorra, todavia, a decisão judicial deve se basear em uma ótica racional, com a ponderação de princípios se necessário, o que é defendido pela teoria da argumentação jurídica. Isso é importante em qualquer processo judicial, sobretudo no processo penal, já que é nele em que está em jogo um dos direitos mais importantes: o direito à liberdade. E sabendo que entre os crimes que mais encarceram pessoas atualmente no sistema penitenciário brasileiro está o crime de tráfico de drogas, é preciso saber como funciona a fundamentação das decisões nesse âmbito.

3 ASPECTOS PROCESSUAIS E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CASO DA LEI DE DROGAS

Como se sabe, a finalidade do Direito Penal é promover a defesa social, através da proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade que não podem ser tutelados por outros ramos do Direito. Em tese, o Direito Penal configura igual direito para todos, protegendo os cidadãos de maneira homogênea. Todos que vierem a praticar um ilícito penal, em regra, devem receber o mesmo tratamento penal (MACHADO, 2010, p. 1099).

Na prática, porém, as sanções do Direito Penal são aplicadas, em sua maioria, a um determinado grupo social e não a todos aqueles que cometem uma infração penal. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, o sistema penal tem a função de criminalizar, seletivamente, os marginalizados, para que sejam mantidos e reafirmados na situação precária em que vivem, tranquilizando os grupos pertencentes às classes média e alta (2004, p. 76). O Direito Penal, assim, não defende a todos, punindo de maneira desigual e de modo fragmentário (BARATTA, 2002, p. 162).

Não há dúvidas de que o Código Penal brasileiro seja extremamente patrimonialista. Entre os crimes que mais encarceram pessoas, podem ser elencados os crimes de furto e roubo, que são crimes patrimoniais (MACHADO, 2010, p. 1100). Além desses crimes, outra infração penal que possui grande incidência de presos no sistema penitenciário brasileiro é o tráfico de drogas, previsto no art. 33 da lei nº 11.343/2006 (lei de drogas). Na verdade, a lei de

drogas, sob o pretexto de tutelar o bem jurídico “saúde pública”, é a segunda maior responsável pelo encarceramento em massa no Brasil, ficando atrás apenas do roubo. Em 2018, cerca de 148.988 pessoas estavam presas em razão desse crime. Referido número muito provavelmente é ainda maior nos dias atuais (CNJ; BNMP, 2018, p. 47).

Com relação ao conceito de tráfico, pela lei, é traficante quem incorre em qualquer das condutas previstas no art. 33, e é usuário quem se enquadra nas condutas descritas no art. 28. O tráfico de drogas é punido com pena de reclusão, sendo conduta equiparada a crime hediondo, conforme art. 5º, inc. XLIII, da CF/88. Além disso, tal crime é ressaltado no inc. LI, que trata sobre a possibilidade de extradição; no art. 144, § 1º, inc. II, trazendo como uma das funções da polícia Federal a repressão ao tráfico; e no art. 243, parágrafo único, da CF/88, que prevê que “todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica” (BRASIL, 1988, online).

Nas sanções a serem aplicadas ao usuário de drogas, por sua vez, não há previsão de imposição de pena privativa de liberdade: nesse caso, o juiz pode aplicar advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou uma medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme art. 28, incisos I a III, da lei de drogas (BRASIL, 2006, online).

Quanto à identificação do usuário, cabe ao juiz verificar se a droga encontrada em seu poder era destinada a uso pessoal ou não (art. 28, § 2º, da lei de drogas). Para tanto, deve analisar a natureza e a quantidade da substância apreendida, *o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais*, além da conduta e os antecedentes do agente. Ou seja, cabe ao juiz, *por meio de decisão fundamentada*, diferenciar o usuário do traficante (MACHADO, 2010, p. 1101, grifo nosso).

De fato, a opção de enquadrar determinada conduta em tráfico ou uso de drogas é relacionada à necessidade de se criar estereótipos morais e sociais, não havendo critério objetivo para tanto. O local e a condição em que a apreensão foi feita e as condições pessoais e sociais do indivíduo encontrado com droga determinam a punição do agente, não importando, na prática, a quantidade da substância apreendida. Essa falta de objetividade da lei favorece a “atuação de *metarregras punitivas* (valorização de indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização, etc) por parte do responsável pela classificação

jurídica do fato”. Na verdade, isso constitui verdadeiro pressuposto para se compreender a seletividade de todo o sistema penal, servindo como forma de controle das classes mais baixas da sociedade (DAVID; CHRISTOFFOLI, 2014, p. 103, grifo do autor).

Nesse sentido, se uma pessoa da classe média, num bairro de classe média, for encontrada com determinada quantidade de droga, será provavelmente identificada como usuário e, portanto, não será submetida à prisão. Um pobre, com a mesma quantidade de droga, em uma periferia, é identificado como traficante. A seletividade do Direito Penal, nesse ponto, é incontroversa. O traficante, com o apoio da mídia, é estereotipado. Em consequência, imagina-se que o tráfico de drogas está situado apenas nas favelas e em bairros carentes. O traficante é visto como um sujeito frio, destemido, que controla grandes quantidades de drogas e que faz parte do crime organizado (MACHADO, 2010, p. 1104-1105), sendo que na verdade, a maior parte dos “traficantes” são homens e mulheres pobres e de baixa escolaridade, negros, e que não portavam armas no momento dos respectivos flagrantes (D’ELIA FILHO, 2011, p. 12).

E essa construção feita pela mídia da imagem do traficante como um ser perigoso é embasada no tratamento que se dá a pessoas extremamente vulneráveis, desvalorizadas, e que por isso não têm como oferecer resistência à atribuição de preconceitos decorrentes de classe social, estética e etnia. Há uma alta discricionariedade e autoridade por parte dos poderes políticos e econômicos sobre o processo de escolha das substâncias que serão criminalizadas, o que reflete a necessidade de se controlar determinados grupos sociais que não se mostram úteis ao mercado de consumo e que, portanto, seriam descartáveis no processo de produção da vida social. Esses grupos se tornam, assim, objetos da indignação moral promovida pelos meios de comunicação, e propagados principalmente pela classe média, figurando como o “bode expiatório útil para esconder (e justificar) problemas sociais reais” (DAVID; CHRISTOFFOLI, 2014, p. 107).

O estereótipo do bandido vai se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda. A mídia, a opinião pública destacam o seu cinismo, a sua afronta. São camelôs, flanelinhas, pivetes e estão por toda parte, até em supostos arrastões na praia. Não merecem respeitabilidade, podem ser espancados, linchados, exterminados ou torturados. Quem ousará incluí-los na categoria cidadã estará formando fileiras com o caos e a desordem, e será também temido e execrado. Existe alguma coisa de novo nesta configuração simbólica da crise urbana brasileira? Ou historicamente se reproduz todo o processo de formação de nossas cidades: concentração de descendentes de ex-escravos nas tarefas

informais que um mercado de trabalho excludente e aviltador vem criando através dos tempos? (BATISTA, 2003, p. 36).

Isso, claramente, demonstra a existência de um Direito Penal do inimigo no que concerne ao crime de tráfico de drogas: o traficante é geralmente associado a “grupos perigosos”, é morador das favelas, negro e pobre, e deve ser preso. O usuário, enquanto isso, é distanciado dessa figura, sendo visto como um dependente da droga, que precisa ser submetido a um tratamento médico. Trata-se da ideologia da diferenciação (MACHADO, 2010, p. 1102-1103), de forma que o pretense bem “saúde pública” não parece tão ofendido (RODRIGUES; KAZMIERCZAK, 2020, p. 42).

Nesse sentido, e de acordo com Luís Carlos Valois, o tráfico de drogas se trata de

Um tipo penal que aumenta as desigualdades sociais, encarcerando pobres aleatoriamente, uma vez que, apesar dos altos índices de encarceramento, as drogas tidas como ilícitas continuam sendo facilmente encontradas, agravando a criminalidade com a desculpa de a estar combatendo, misturando pessoas envolvidas em uma relação comercial com outras que cometeram crimes de violência nas mesmas celas e penitenciárias, um tipo penal desses deve ser combatido por qualquer pensamento criminológico que se diga crítico, não importando se minimalista, abolicionista ou simplesmente garantista. Um tipo penal desses é a prova cabal da discricionabilidade autoritária do direito e, portanto, da ficção de sua neutralidade, e, assim, podem todos os que vêm no sistema econômico a causa das diferenças sociais e o reprodutor de injustiças unirem-se em torno do fim da guerra às drogas, que equivale ao fim de um dos instrumentos desse sistema (2019, p. 30).

De fato, a visão seletiva do sistema penal e a diferenciação no tratamento dado aos sujeitos pobres e ricos apreendidos com drogas, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas pelas classes média e alta, permitem afirmar que o problema do sistema penal não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da sociedade considerada perigosa (BATISTA, 2003, p. 134). O que está havendo é a criminalização da miséria: punindo com pena de prisão as classes sociais mais pobres, o Estado, sob o discurso de que deve combater o tráfico de drogas, encontra justificativa para controlar e segregar as classes vulneráveis (MACHADO, 2010, p. 1106).

Nesse ponto, para reafirmar o quanto já indicado, o Fundo Nacional Antidrogas da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e a Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, em convênio, elaboraram um relatório com a finalidade de analisar as justificativas das sentenças judiciais de varas especializadas na área criminal no julgamento de crimes

relacionados ao tráfico de drogas na Cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro, para identificar quais critérios são levados em consideração pelos juízes para condenar ou absolver os réus envolvidos nesses tipos de delito. A pesquisa analisou 3.745 casos individuais relacionados a 2.591 processos distribuídos entre 01 de junho de 2014 e 30 de junho de 2015, com os assuntos de tráfico de drogas e condutas afins; fabricação de objeto destinado a produção de drogas e condutas afins; financiamento ou custeio de produção ou tráfico de drogas; colaboração com grupo, organização ou associação destinados à produção ou tráfico de drogas (DPGERJ, 2019, p. 63). O relatório concluiu que:

[...] no período analisado a maior parte dos processos se refere a réus homens (91%), sem antecedentes criminais (77,36%) e sem condenações em juízo (73,85%), que foram abordados sozinhos (50,39%) em flagrantes decorrentes da operação regular da polícia (57%), em lugar dito conhecido pela venda de drogas (42,41%), portando consigo uma espécie de droga (48,04%), majoritariamente até 10g cocaína (47,25%) ou até 100g de maconha (49,52%). Esses réus têm a maior probabilidade de serem processados pelo artigo 33 ou pelos artigos 33 e 35 em concurso (83%), de terem o agente de segurança que como a única testemunha no processo (62,33%), e de serem condenados integral ou parcialmente (80%) ao cumprimento de uma pena de 71,09 meses ou de 27,4 meses – a depender da aplicação ou não do benefício previsto no parágrafo 4º do artigo 33, aplicado a 42,35% dos casos – em regime fechado (58,6%) (DPGERJ, 2019, p. 67).

É certo que, no âmbito processual penal, a falta de critérios objetivos para determinar se certa conduta é tráfico ou uso de drogas permite ao juiz que, com ares de legalidade, através de uma decisão fundamentada no subjetivismo, selecione quem será e quem não será traficante.

Saliente-se, por oportuno, que o procedimento especial da lei de drogas, apesar de buscar um tratamento diferenciado às situações que abarca, se comparado às regras gerais previstas no Código Penal e no Código de Processo Penal, tem menos direitos e garantias que o processo ordinário, mesmo prevendo consequências maiores e mais graves, sem que haja, aparentemente, qualquer fundamentação científica para tanto.

É no processo penal que fica mais fácil cometer arbitrariedades, com a retirada de direitos e garantias, tornando execuções cada vez mais severas e drásticas. E é por essa razão que o procedimento, em matéria penal, não é simples instrumento ou mero detalhe: a sua estrita observância é uma garantia de que o acusado será processado, julgado e, se for o caso, condenado, sob o manto do devido processo legal, sem manipulações de qualquer natureza (MOREIRA, 2016, online).

Nesse sentido, especificamente no que diz respeito ao procedimento da lei de drogas, e a partir das modificações introduzidas no CPP em 2008, três questões centrais não possuem um entendimento jurisprudencial unânime, havendo por parte da doutrina também uma falta de posicionamento, e isso diz respeito à obrigatoriedade da fundamentação da decisão que recebe a denúncia; a necessidade do juiz em observar se é o caso de absolvição sumária; e o momento para a realização do interrogatório (MOREIRA, 2016, online).

Primeiramente, no que concerne à necessidade de fundamentação da decisão que recebe a denúncia (art. 93, IX, da CF/88), o procedimento da lei de drogas prevê, no seu art. 55, uma fase prévia em que se permite ao denunciado responder à acusação no prazo de 10 (dez) dias, por escrito, com o oferecimento de defesa prévia, antes mesmo do juízo de admissibilidade da peça acusatória. Nesta resposta preliminar (anterior àquela prevista no art. 396, do CPP), a defesa poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, apresentar documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e arrolar até 05 (cinco) testemunhas, além de poder apresentar exceções, tudo em homenagem ao princípio do contraditório (MOREIRA, 2016, online).

Conforme o art. 55, § 4º, apresentada esta defesa, o Juiz *decidirá* em 05 (cinco) dias. Trata-se não de mero despacho que recebe a denúncia, mas de uma decisão de natureza interlocutória, que deve ser motivada e que deve enfrentar toda a matéria de defesa suscitada na resposta prévia, tanto as de natureza processual (como as preliminares arguidas pelo denunciado), quanto as de mérito, sob pena de cabimento de recurso de embargos de declaração e de posterior nulidade processual. Saliente-se, neste ponto, que a utilidade dessa defesa prévia corresponde a um direito do acusado de receber, desde logo, a rejeição da pretensão acusatória, se for o caso. Assim, “é direito do denunciado ter a sua resposta devidamente rechaçada (ou não), por meio de uma válida decisão judicial e não de um mero arremedo” (MOREIRA, 2016, online, grifo do autor).

Uma segunda exigência a ser observada no procedimento especial da lei de drogas corresponde à análise da absolvição sumária, prevista no art. 397, do CPP, ou seja, diz respeito à possibilidade de se julgar, de forma antecipada, o caso penal, sem a necessidade de submeter o acusado ao interrogatório e às demais cerimônias degradantes comuns do processo penal, caso verificada a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; que o fato narrado evidentemente não

constitui crime; ou que está extinta a punibilidade do agente. Essa exigência, inclusive, pode ser inferida a partir da leitura do art. 394, § 4º, do CPP, que determina que as disposições dos artigos 395 a 397 sejam aplicadas a todos os procedimentos penais de primeiro grau, incluído o procedimento da lei de drogas. A não observância do art. 397, nos casos em que seja possível a absolvição sumária, impede a rápida resolução do caso penal, protelando o sofrimento do acusado (MOREIRA, 2016, online).

Por fim, e para que sejam assegurados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, deve ser realizado o interrogatório do acusado, ao fim da instrução criminal, nos termos do art. 400, do CPP. Trata-se, na verdade, do último ato da instrução probatória, do momento processual tipicamente reservado para a autodefesa, em que o acusado, diante do magistrado, relata a sua versão dos fatos, tendo a oportunidade de esclarecer eventuais divergências. Esse interrogatório, ao lado da defesa técnica, completa a ampla defesa, não podendo ser considerado mero meio de prova (apesar de estar disciplinado no Capítulo III, do Título VII, do CPP), sendo certo que a sua falta, de acordo com o STF, constitui causa de nulidade processual absoluta (MOREIRA, 2016, online).

Conforme Ferrajoli, o interrogatório é o melhor paradigma de distinção entre o sistema inquisitivo e o acusatório. No sistema inquisitivo, o interrogatório representa o começo da guerra forense, o primeiro ataque contra o réu para dele se obter, de qualquer modo, a confissão. No sistema acusatório, por sua vez, pautado no princípio da presunção da inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo como função concretizar a garantia ao contraditório, ao permitir que o acusado refute as alegações trazidas pela acusação, indicando argumentos para se justificar (1998, p. 607).

Apesar disso, sabe-se que o CPP, na prática, junto dos demais procedimentos especiais, pauta-se muito mais no sistema inquisitivo que no acusatório. E com a lei de drogas não é diferente. Como dito, desde o momento em que o indivíduo é abordado com drogas, não importando a quantidade de entorpecentes com ele apreendida, já se sabe qual será seu destino, a depender do local em que é apreendido e das suas condições sociais. Usando-se de critérios subjetivos, o juiz consegue dar uma roupagem legal ao procedimento, fundamentando sua decisão não através das garantias processuais (que devem, mas que não são observadas), mas da seletividade.

Neste ponto, e de acordo com Rodrigues e Kazmierczak (2020, p. 54-55), é importante destacar a edição da lei nº 13.840/2019, conhecida como lei da internação compulsória, que ao incluir o art. 23-A, § 3º, inc. II, na lei de drogas, tornou possível a internação involuntária, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta destes, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad (sistema nacional de política sobre drogas), com exceção de servidores da área de segurança pública, que constata a existência de motivos que justifiquem a medida (BRASIL, 2019a, online), contrariando as garantias de liberdade da pessoa dependente.

Há também que se destacar a lei nº 13.694/2019, conhecida como lei ou pacote anticrime, que acrescentou ao art. 33, § 1º, inc. IV, da lei de drogas, incluindo no tipo penal de tráfico, a conduta vender ou entregar drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente (BRASIL, 2019b, online), o que é flagrantemente inconstitucional, por estar em total desacordo com a Súmula 145, do STF, em vigor desde 1963, a qual dispõe que “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” (STF, 1963, online).

Conforme Rodrigues e Kazmierczak, essa ampliação do tipo penal do tráfico de drogas, conforme justificção do projeto de lei anterior ao pacote anticrime (PL nº 10.372/2018), teve como justificativa a necessidade de serem criados novos instrumentos de investigação voltados para a prevenção de delitos praticados por organizações criminosas, sendo o tráfico considerado, pelo legislador federal, o grande culpado pela maioria dos delitos graves na sociedade (2020, p. 55-56).

Do exposto, é perceptível que as redações surgidas das novas legislações são cada vez mais precisas e duras, driblando o próprio direito material e as garantias constitucionais, o que fica ainda mais visível quando se analisa o retorno da figura da internação compulsória (RODRIGUES; KAZMIERCZAK, 2020, p. 56).

[...] tem-se que, mesmo frente a um novo pensamento social, o objetivo moralizante da legislação criminal de drogas ainda se faz muito presente. Nota-se também que, para a manutenção da criminalização da conduta de drogas, pode-se passar por cima de diversos requisitos elementares de uma legislação sancionatória, desde a imparcialidade explícita do legislador que se afigura como componente básico da

validade da legislação, bem como a falta de análise da proporcionalidade das penas, da pragmaticidade dos efeitos da lei na sociedade, e da ausência de participação pública no ato legislativo. Enfim [...] conforme os governos tornam-se mais autoritários, a privação de liberdades individuais – nesse caso, na figura da internação compulsória – aumenta (RODRIGUES; KAZMIERCZAK, 2020, p. 57-58).

O Congresso Nacional, de forma sistemática, surge a cada dia com novos projetos de lei, aumentando penas ou criando novos crimes, na tentativa de resolver complexos problemas sociais com legislações repressivas, perpetuando a ilusão de que o sistema penal é um bom solucionador de conflitos na busca da defesa social. Disso, observa-se que “a sustentação ideológica da política repressiva perpassa por fortes discursos sediciosos, os quais se adequam às necessidades e modificações dos interesses do grupo opressor”. E a imprecisão do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico é outro grande pretexto para a ampliação das prisões, das mortes, da violação às normas garantidoras de direitos fundamentais, servindo à guerra às drogas. A realidade comprova que ao invés de proteger a saúde, a intervenção do sistema penal causa danos e perigos (DAVID; CHRISTOFFOLI, 2014, p. 108-110).

Saliente-se, por fim, o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante 11:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado (STF, 2008, online).

Dessa Súmula Vinculante, é possível depreender que o uso de algemas, no processo penal, e em qualquer procedimento especial, é lícito desde que haja fundamentação por escrito nesse sentido, nos casos de resistência e receio de fuga ou de perigo à integridade. No que concerne à lei de drogas, sabe-se que, na prática, quando o indivíduo com entorpecentes é abordado pela polícia, a depender de sua condição social, do bairro em que se encontra, e não necessariamente da quantidade de drogas com ele apreendida, é algemado e levado pela autoridade policial para a audiência de custódia, mesmo que não haja resistência de sua parte ou mesmo receio de fuga. O uso de algemas, nesses casos, tornou-se a regra e não a exceção. A fundamentação para o uso de algemas é mínima. E isso em muito prejudica a figura da pessoa apreendida com drogas: ser levada algemada já incute na sociedade a ideia de que é

culpada, perigosa. Ela precisa provar que é inocente, quando na verdade deveria haver uma presunção nesse sentido.

De todo o exposto, verifica-se que no que concerne à lei de drogas, muitas garantias processuais não são observadas, não havendo ilicitude aparente em razão de a fundamentação das decisões, nesse ponto, e necessariamente pautada num subjetivismo e num discurso manipulado, camuflar as reais intenções do legislador penal, pregando o combate às drogas e ao crime organizado quando, na verdade, o que almeja é selecionar quem será punido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No processo penal brasileiro atual, seja a partir das regras gerais estabelecidas no Código de Processo Penal, seja nas leis especiais, que prevêm procedimentos especiais, o juiz forma o seu convencimento baseado em motivos escusos, fundamentando a sua decisão de tal forma que consiga forjar um convencimento lícito. A sua decisão, assim, tem ares de legalidade. E o próprio ordenamento processual penal permite esse tipo de atitude, ao deixar de estabelecer critérios objetivos e precisos para enquadrar a prática de determinada conduta.

O grande – e talvez mais polêmico – exemplo abordado foi na lei de drogas, que ao estabelecer critérios para diferenciar o traficante do usuário de drogas, confirmou a seletividade existente no Direito Penal brasileiro: o traficante é o negro, o pobre, com baixa escolaridade, não importando a quantidade da droga apreendida. As condições pessoais do agente são suficientes para embasar uma condenação por esse crime, que tem penas cada vez mais duras e rígidas, o que demonstra que a determinação constitucional de fundamentação das decisões, no âmbito da lei de drogas, não está sendo observada da forma como deveria. Na verdade, as falsas fundamentações, baseadas no subjetivismo e discricionariedade, servem de instrumento para reafirmar a seletividade penal, segregando ainda mais as classes sociais.

Isso demonstra que a garantia constitucional da motivação das decisões não está sendo respeitada na sua essência. Ela não serve para assegurar a fundamentação formal das decisões: motivar por motivar não contribui na resolução dos problemas do atual sistema da política de drogas, na política carcerária. Pelo contrário, a proposta é exatamente outra. Tal garantia deve ser usada na concretização de um processo penal humano, ligado aos ideais

defendidos pelo Estado Democrático de Direito, com absoluto respeito às partes e à sociedade, aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência.

A teoria da argumentação jurídica, ao colocar os princípios em lugar de destaque, sendo considerados como normas fundamentais de todo o ordenamento, na busca de uma decisão que seja racionalmente fundamentada, pode contribuir para que as falhas na atual sistemática da lei de drogas sejam solucionadas. Como dito, devem ser evitados critérios subjetivos, pautados no local e nas condições em que se desenvolveu a ação, nas circunstâncias sociais e pessoais do agente. Analisar os aspectos jurídicos tradicionais e das informações de outras ciências, como a Filosofia Política, Sociologia, Teoria da Linguagem (como defende a teoria da argumentação jurídica), pode também contribuir no combate a essas falhas.

Deve-se ter em mente que o combate às drogas não se restringe ao combate ao tráfico nas periferias. É erro primário e ingênuo acreditar que, no que concerne à guerra às drogas, o Direito Penal protege a sociedade. Falta no ordenamento jurídico brasileiro regulamentação objetiva referente à quantidade de droga apreendida para que se classifique a conduta como sendo consumo ou tráfico. Neste ponto, a objetividade é critério fundamental, posto que serve para impedir o arbítrio dos agentes do sistema penal (sejam eles autoridades policiais, promotores de justiça ou juízes) no momento da tipificação da conduta praticada.

Sob o pretexto de combater substâncias, são combatidas pessoas reais de classes sociais de baixa renda, não importando quem faz uso dessas drogas (que na sua grande parte são as classes sociais média e alta). Há a criminalização da miséria, da pobreza. Vivencia-se um verdadeiro Direito Penal do inimigo. A guerra às drogas demonstra um grande retrocesso e um verdadeiro fracasso, uma vez que a política atual, ao invés de resolver os problemas a que se propõe, agrava-os ainda mais.

Apesar de ser um problema em si mesmo, o processo de grande encarceramento levado a cabo na atualidade poderia ser tolerável se a guerra às drogas surtisse algum efeito positivo. Mas não é o que acontece. A atual política proibicionista causa inúmeras mortes e prisões, espalha violência e estigmas, sem conseguir obter qualquer resultado significativo em erradicar ou reduzir a circulação substâncias ilícitas – o que, como se sabe, é o seu principal objetivo, através do uso do falso bem jurídico “saúde pública”. O funcionamento do mercado de drogas, mesmo com as medidas repressivas, continua o mesmo.

Há medidas muito mais adequadas aptas a superar os problemas derivados das políticas de drogas, tais como a criação de políticas públicas e projetos legislativos que superem a criminalização de entorpecentes e a adoção de mecanismos extrapenais. Para o Estado, contudo, deixar as coisas como estão, e prender apenas pobres, é muito mais conveniente.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Lei nº 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>. Acesso em 20 nov. 2020.

_____. **Lei nº 13.840, de 05 de junho de 2019a**. Altera as Leis nos 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019b.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 10.372, de 06 de junho de 2018.** Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal, segurança pública. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E68B0A86E5E3D5F8D40E88F0B2E24618.proposicoesWebExterno1?codteor=1718746&filename=Avulso+-PL+10372/2018>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 3ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ; BANCO NACIONAL DE MONITORAMENTO DE PRISÕES – BNMP. **Cadastro Nacional de Presos.** Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

DAVID, Décio Franco; CHRISTOFFOLI, Gustavo Trento. **Constatações sobre a política repressiva antidrogas: seletividade penal e a falácia do bem jurídico saúde pública.** In: IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (SIACRID), Anais Violência e Criminologia I. Jacarezinho/PR: Instituto Ratio Juris, 2014. p. 101-119. Disponível em: <<http://siacrid.com.br/repositorio/2014/violencia-e-criminologia-i.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (DPGERJ). **Relatório final – pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana no Rio de Janeiro.** 2019. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DORICO, Eliane Aparecida. **A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos casos.** 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-116/a-teoria-da-argumentacao-juridica-como-instrumento-para-a-solucao-justa-dos-casos/>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón.** 3ª ed. Madrid: Trotta, 1998.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **A fundamentação das decisões no processo penal brasileiro e a teoria da argumentação de Chaïm Perelman**. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. 149 folhas. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/45779>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19. 2010, Fortaleza/ce. Anais. Florianópolis/sc: Fundação Boiteux, 2010. p. 1098-1111. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional++UFC-Fortaleza+\(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional++UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010).pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Lei de Drogas: três observações sobre o procedimento**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46635/lei-de-drogas>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Breve análise dos interesses e contradições ao longo da política criminal de drogas no Brasil**. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 41-62, 2020. Jan/jun. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6512/pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Súmula 145**, de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. **Súmula Vinculante 11**, de 22 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Submetido em 10.03.2021

Aceito em 20.06.2024