

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA

BACHARELADO EM DIREITO

**TRÁFICO DE DROGAS E HOMICÍDIO: A
(DES)PROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA ESTATAL
IMPOSTA PELO JUDICIÁRIO EM CARUARU A PARTIR DE UM
ESTUDO DE CASO**

CARUARU

2016

EDUARDO HENRIQUE SANTOS DE MOURA

**TRÁFICO DE DROGAS E HOMICÍDIO: A
(DES)PROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA ESTATAL
IMPOSTA PELO JUDICIÁRIO EM CARUARU A PARTIR DE UM
ESTUDO DE CASO**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a. Esp. Kézia Lyra.

CARUARU

2016

SUMÁRIO

RESUMO	3
ABSTRACT	4
INTRODUÇÃO	5
1. O TRÁFICO DE DROGAS NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA:	6
1.1. O ENFRENTAMENTO DO TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL?	6
1.2. CRIME E CONSUMO NO BRASIL: A SEDUÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS	8
1.3 POLÍTICAS CRIMINAIS DE PREVENÇÃO E COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS: OS PRINCIPAIS MODELOS ADOTADOS	14
2. A DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	22
2.1.DECISIONISMO E ATIVISMO JUDICIAL.....	22
2.2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO NORTEADOR DA DECISÃO JUDICIAL	26
2.3. DOSIMETRIA DA PENA E A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL.....	29
3. PUNIÇÃO COMO REGRA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL.....	32
3.1. TRÁFICO DE DROGAS E HOMICÍDIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS BENS JURÍDICOS	32
3.2. UMA ANÁLISE DO TEMA A PARTIR DE DUAS SENTENÇAS.....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS	42

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar aspectos inerentes a qualquer corpo social que convive com a elevação constante da criminalidade, trazendo ao estudo aspectos como a influência da sociedade de consumo, a crescente globalização com ênfase no capital e a degradação das relações humanas. Para isso, observou-se o crime de tráfico de drogas e suas implicações e o crime de homicídio, ambos observados à luz do princípio constitucional da proporcionalidade, a fim de verificar se as condutas são corretamente punidas, de acordo com o referido princípio, considerando o bem jurídico tutelado de cada ação delitiva. Como não poderia ser diferente, faz-se uma breve exposição sobre os fenômenos do Decisionismo e o Ativismo Judicial, que trazem consigo forte carga valorativa proveniente da cultura e das vivências de cada indivíduo. Tais exposições são essenciais para o estudo do tema sob análise, como determinados membros da sociedade estão pré-condenados antes mesmo do processo judicial ser aceito pelo Ministério Público. Para corroborar tal ideia, os aspectos sociais, econômicos e culturais são amplamente estudados no início do presente trabalho, para trazer uma ligação entre as causas e efeitos da (des)proporcionalidade entre as reprimendas referentes ao crime de tráfico de drogas e o delito homicídio.

PALAVRAS-CHAVE: TRÁFICO DE DROGAS – HOMICÍDIO – DESPROPORCIONALIDADE – CRIMINALIDADE - SOCIEDADE.

ABSTRACT

This study aims to analyze aspects inherent in any social body lives with the constant rise in crime, bringing to study aspects such as the influence of the consumer society, the increasing globalization with emphasis on capital and the degradation of human relationships. For this, there was drug trafficking crime and its implications and the crime of murder, both seen in the light of the constitutional principle of proportionality in order to verify that the pipes are properly punished, according to that principle, considering the legal and tutored each criminal action. How could it be different, it is a brief exposition of the phenomena of decisionism and the Judicial Activism, who bring strong evaluative load from the culture and experiences of each individual. Such exhibitions are essential to the study of the subject under consideration, as certain members of society are pre-doomed even before the lawsuit be accepted by the prosecution. In support of this idea, social, economic and cultural aspects are widely studied at the beginning of this work, to bring a link between the causes and effects of (dis) proportionality between the reprimands relating to drug trafficking crime and misdemeanor murder.

KEYWORDS: DRUG TRAFFICKING - HOMICIDE - DISPROPORCIONALITY - CRIME – SOCIETY.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso surgiu da experiência enquanto estagiário em um escritório de advocacia, no qual, a partir da elaboração das peças, identificou-se uma disparidade muito grande entre as penas aplicadas aos autores de crimes dolosos contra a vida e as impostas em processos referentes ao crime de tráfico de drogas. O objetivo geral consiste em investigar se existe efetivamente uma (des)proporcionalidade na reprimenda estatal imposta pelo Judiciário a esses delitos.

Para alcançar o objetivo geral resolveu-se partir da complexidade do tema imerso em uma sociedade capitalista que impulsiona a prática de crimes econômicos, tudo isso atrelado a uma seletividade da norma penal brasileira que opta por encarcerar os indivíduos mais marginalizados. Em que pese não se tratar de um tema inédito, não se pode negar a sua importância, já que, sem dúvida, a temática atinente às drogas afeta a todos indistintamente especialmente por ter direta relação com o direito à segurança pública, o que revela a necessidade de ser melhor debatida nas universidades.

No primeiro capítulo, será abordado o complexo tema da pós-modernidade e suas implicações em relação ao tráfico de drogas, uma vez que o referido crime está intimamente ligado a fatores econômicos, culturais e sociais.

Já no segundo capítulo, outro importante tema será apresentado, que é o estudo das decisões judiciais, enfatizando dois institutos que não poderiam deixar de ser apreciados, que são o ativismo judicial e o decisionismo, bem como seus reflexos sobre as referidas decisões.

No terceiro e último capítulo, será analisada a prisão como uma regra de resposta penal e a existência de uma política de encarceramento de massa.

1. O TRÁFICO DE DROGAS NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA.

1.1 O ENFRENTAMENTO DO TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

Não seria possível abordar o tema suscitado no presente trabalho de conclusão de curso, sem inicialmente dissertar sobre os reflexos da sociedade pós-moderna para a eclosão de uma criminalidade que está intimamente ligada a fatores econômicos.

O conceito de pós-modernidade surge da necessidade de integração de todo o corpo social em detrimento do individualismo exagerado de décadas anteriores, onde uma observação superficial dos centros urbanos denota o isolamento dos prédios, condomínios e fábricas do seu entorno, como se não existissem bairros pobres e favelas, abarrotado de pessoas vivendo em extrema pobreza, além daquele pequeno mundo dentro dos muros. Esse conceito traz consigo um novo ideal de transcendência dos muros e das fronteiras globais, como afirma Eagleton¹:

Pós-modernidade é uma linha de pensamento que questiona as noções clássicas de verdade, razão, identidade e objetividade, a ideia de progresso ou emancipação universal, os sistemas únicos, as grandes narrativas ou os fundamentos definitivos de explicação.
(...)

De acordo com Costa², os termos utilizados por Bauman³ para diferenciar os períodos modernos dos pós-modernos diferem apenas pela nomenclatura, mas a mesma ideia predomina, quando afirma em sua obra que a “modernidade clássica parece pesada contra a leve modernidade contemporânea”⁴.

Partindo de uma concepção pós-moderna do indivíduo, percebe-se que esse se revela como sujeito egocêntrico, individualista, imediatista, levando toda essa carga de ansiedade e frustração para seus comportamentos sociais. De igual forma, essa mesma sociedade pós-moderna tem necessidades

¹ EAGLETON, T. **As Ilusões do Pós-modernismo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996

² COSTA, Ana Maria Nicolaci. **A Passagem Interna da Modernidade para a Pós-modernidade**. PSICOLOGIA, CIÊNCIA E PROFISSÃO, 2004, 24 (1), 82-93

³ BAUMAN, Zygmunt – **Modernidade Líquida** – Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed 2001.

⁴BAUMAN, Z. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.,1997.
_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar,2001

“efêmeras, fragmentadas, descontínuas e caóticas”⁵, trazendo à vida cotidiana um caos generalizado, com o crescimento das “inibições morais inatas, capazes de transformar indivíduos normais em assassinos ou colaboradores conscientes do processo de extermínio”⁶.

O desenvolvimento da globalização traz ao Brasil seu viés mais perverso, o de uma evolução às avessas, onde o mercado para o tráfico de entorpecentes se expande exponencialmente, atingindo cada vez mais compradores, bem como mercados, sendo esses últimos, em sua maioria, pertencentes ao grupo econômico mais marginalizado da sociedade brasileira: os pobres, que veem no comércio de drogas uma alternativa ao abandono do Estado. Para Alexandre de Freitas Barbosa⁷:

O mundo globalizado tem, portanto, ampliado os contrastes e as desigualdades. De um lado, a aquisição de produtos sofisticados por uma pequena elite conectada aos fluxos internacionais de dinheiro e comércio, existente em todos os países; de outro, a expansão de um contingente significativo de pobres e excluídos do acesso aos bens básicos.

As desigualdades, intensificadas com o movimento migratório para os grandes centros urbanos, alimentam esse ciclo de segregação da população pobre, levando-a a lugares cada vez mais longe, não apenas geograficamente, mas para além das políticas públicas de segurança, saúde e educação.

Uma breve observação a qualquer cidade de médio ou grande porte evidencia a discrepância de estilos de vida e consumo, uma vez que condomínios e *shoppings* dividem espaço com favelas, onde ocorre violência e tantos outros males provenientes do esquecimento daquela parcela da sociedade. No campo das políticas públicas, é preciso que o gestor esteja atento para detectar pequenos problemas desde o início, pois podem tornar-se grandes no âmbito da criminalidade, como é o caso do tráfico de drogas. Nesse

⁵ HARVEY, David. *The Condition of Postmodernity An Enquiry into the Origins of Cultural Change*. 108 Cowley Road, Oxford OX4 1JF, UK: Basil Blackwell Ltd.

⁶ BAUMAN, Zygmunt, 1925 – **Modernidade e holocausto** / Zygmunt Bauman; tradução Marcus Penchel. – Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

⁷ BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado: Política, Sociedade e Economia**. São Paulo: Contexto 2008. p. 104

sentido, Bill Clinton⁸ diz que, “na nossa aldeia global, o progresso pode espalhar-se rapidamente, mas os problemas também. Um problema no limite extremo da cidade cedo se torna uma praga em casa de cada um”. Tal afirmação denota o grandioso desafio enfrentado pelas grandes cidades e pelos governantes locais, que são, em sua maioria, despreparados, bem como pela população, que nem sempre reage na mesma velocidade em que os problemas surgem.

1.2 CRIME E CONSUMO NO BRASIL: A SEDUÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS.

É fato que a sociedade pós-moderna, caracterizada pelo capitalismo hegemônico, impôs novas formas de socialização e de convivência, assumindo o consumo uma das formas mais importantes de inclusão social.

Essa forma de incluir, a serviço exclusivamente do capital, reforça novos valores, à medida que mercados, governos e população atuam sempre no sentido de uma lógica mercantil, em que as individualidades não possuem carga valorativa, prevalecendo o indivíduo apenas como potencial consumidor.

Tal associação é de fácil observação, quando relacionamos a expansão dos mercados com o aumento da pobreza e a interferência das empresas multinacionais nos governos, fazendo da política um balcão de negócios a serviço do capital. Nesse sentido, Milton Santos⁹:

a política agora é feita no mercado. Só que esse mercado global não existe como ator, mas como uma ideologia, um símbolo. Os atores são as empresas globais, que não têm preocupações éticas, nem finalísticas. Dir-se-á que, no mundo da competitividade, ou se é cada vez mais individualista, ou se desaparece.

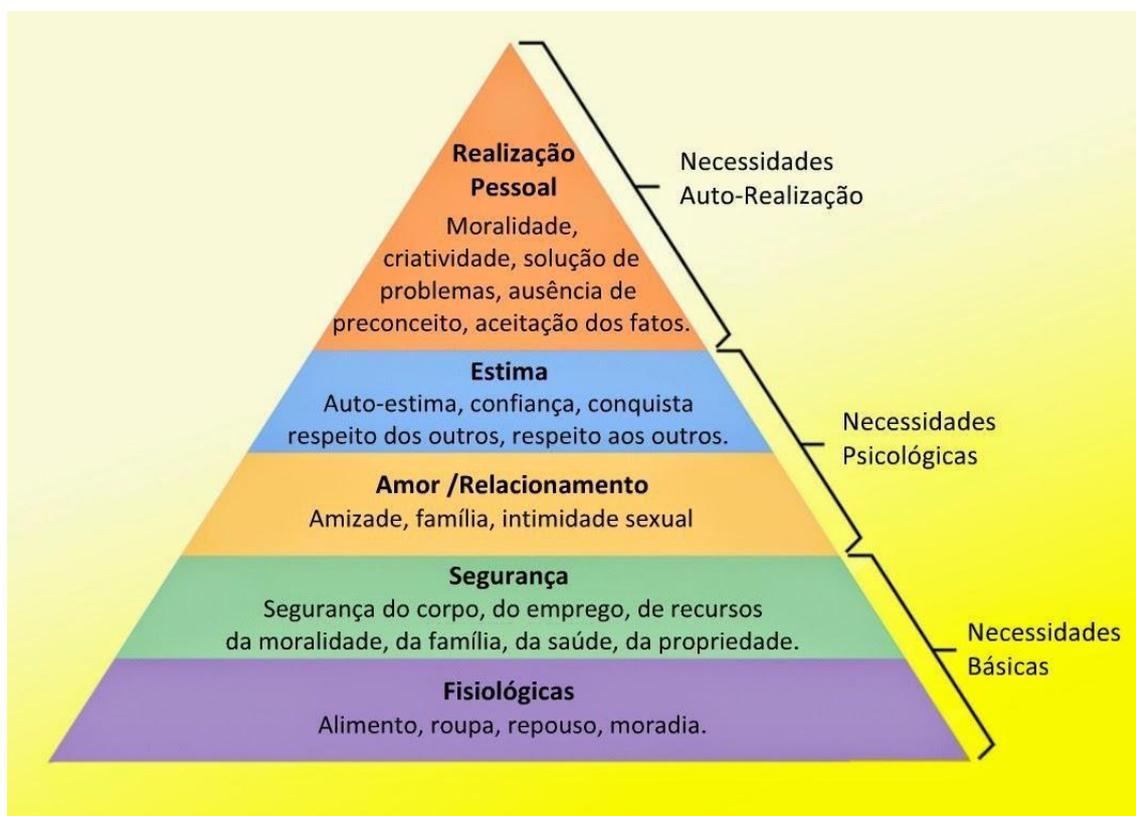
O não consumidor não alimenta a ideologia predominante, ele não desperta interesse enquanto não fizer parte da massa compradora, logo ele pode ser descartado, mantido distante e sem acesso sequer ao mínimo de estrutura para a sua manutenção. Sem acesso às necessidades básicas de

⁸ *Apud* MC DONALD, William F. Crime and Justice in the Global Village: towards Global Criminology, in VV.AA, Crime and Law Enforcement in the Global Village, ACJS Series Editor, Dean J. Champion, ACJS/Anderson Publishing, USA, 1999. p. 3

⁹ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal.** São Paulo: Editora Record, 2000. P. 33

saneamento, alimentação e educação, esse grupo tem sua capacidade de desenvolvimento de potencialidades, inerentes a todos os indivíduos do globo, consideravelmente diminuída, não encontrando meios de resistir às conveniências do capital e de sua ingerência sobre o Estado.

Abraham Maslow¹⁰ elenca as necessidades prioritárias do indivíduo, partindo das necessidades ditas básicas, que se encontram na base da pirâmide, até a satisfação de sua autorrealização, as quais se encontram no topo piramidal. Vejamos:



11

A estrutura organizacional acima apresentada, exaustivamente pesquisada no âmbito corporativo, é capaz de demonstrar, no campo da análise das relações humanas, embora seja um instrumento fartamente utilizado pelas ciências da administração e da psicologia, as expectativas do

¹⁰ BOHRER, Ricardo Schlatter. Motivação: abordagem crítica da teoria de Maslow pela propaganda. **Rev. adm. empres.**, São Paulo, v. 21, n. 4, p. 43-47, Dec. 1981. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901981000400004&lng=en&nrm=iso>. access on 17 Oct. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75901981000400004>.

¹¹ Extraído do sítio: http://teoriasadm-mkt.blogspot.com.br/2015/03/teoria_comportamental-da_administracao_3.html, 10/01/2016.

indivíduo enquanto ser social, o que denota que o não alcance dessas necessidades perseguidas gera frustração. Seguindo o entendimento de Maslow¹², a escala das necessidades humanas, partindo das mais básicas para as mais complexas, que estão no topo do polígono, tem início nas necessidades humanas mais proeminentes, ou seja, as fisiológicas, que representam condições de higiene, de alimentação e saúde, que, em condições normais, trazem equilíbrio à homeostase, que é o “equilíbrio interno do corpo em meio a condições externas mutantes¹³”, tal equilíbrio é de fundamental importância para a manutenção da vida humana, principalmente em um ambiente adverso vivenciado na sociedade de consumo atual.

No campo referente à segurança, a escassez dos postos de trabalho na economia do Brasil faz com que os indivíduos fiquem receosos de não poder planejar adequadamente seu orçamento, não conseguir manter as programações financeiras do lar de maneira equilibrada e que isso os submeta a situações vexatórias para a permanência no emprego. Nota-se, de acordo com Barbosa¹⁴, que esse temor é justificável, levando-se em consideração que o mercado passou a valorizar o profissional interdisciplinar, com experiência em áreas distintas, sólido arcabouço acadêmico e de estreitos laços com a inovação de produtos e serviços.

Essa tendência trouxe ao mercado uma ferocidade cruel, que faz com que o trabalhador alinhe-se aos anseios do capital, para que seu posto de trabalho mantenha-se relativamente seguro. Logo, em qualquer economia globalizada, as ações das empresas estão ligadas intimamente aos lucros crescentes e à expansão do consumo, pois, não fosse dessa forma, os preços e as ações despencariam até que as empresas ficassem insolventes, trazendo um risco

¹² BOHRER, Ricardo Schlatter. Motivação: abordagem crítica da teoria de Maslow pela propaganda. Rev. adm. empres., São Paulo, v. 21, n. 4, p. 43-47, Dec. 1981. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901981000400004&lng=en&nrm=iso>. access on 17 Oct. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75901981000400004>.

¹³ EISENBRUCH, Renata Volich. Leitura e diagnóstico do sintoma orgânico. Psicol. USP, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 137-153, 2000. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642000000100009&lng=pt&nrm=iso. acessos em 14 set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65642000000100009>

¹⁴ BARBOSA, Alexandre de Freitas. O mundo globalizado / Alexandre de Freitas Barbosa. 4. Ed. – São Paulo: Contexto, 2008 – (Repensando a História)

sistêmico como ocorreu com o *Crash* de 1929, nos Estados Unidos da América.

No centro da estrutura piramidal, encontra-se o tópico referente ao relacionamento, onde as pessoas desenvolvem problemas de ordem psicológica, emocional, por não sentirem-se parte integrante da estrutura organizacional ou da estrutura social em que vivem.

O nível acima, que trata da estima, refere-se ao respeito dos outros, ao reconhecimento da importância, da competência ou habilidade do indivíduo para o corpo social do qual faz parte, fazendo com que esse considere o cidadão como detentor de um *status* elevado. A estima é algo intangível e “não se relaciona ao ter ou não bens materiais, mas, em grande parte, ao sentimento de ser valorizado socialmente”¹⁵, como uma referência no grupo social em que vive, trazendo alento ao ego, vaidade ou apenas um sentimento de utilidade para a comunidade.

Já quanto à autorrealização, as necessidades primordiais do cidadão estão satisfeitas, logo, os anseios são ampliados para uma melhor condição da vida em sociedade, como o melhor acesso à justiça, a moralidade, sendo esses apenas exemplos do que pode ser aperfeiçoado para que o ser possa desenvolver suas potencialidades como cidadão.

Nesse modelo de alcance irrestrito do capital, as ações de grupos e governos de países desenvolvidos, afetam até a menor comunidade de países em desenvolvimento ou pobres, coaduna Bauman¹⁶. Esses últimos têm menos acesso aos bens e aos modismos da atualidade, mas essa dificuldade tem sido mitigada com a ampliação ao crédito para o incremento da atividade econômica. Tais incentivos até seriam salutares, não fosse a intenção verdadeira que é a de apenas aumentar o número de negócios realizados, trazendo uma massa, antes excluída, para o mercado, tornando-os membros da aldeia global, como afirma Milton Santos¹⁷. Uma aldeia compradora, voraz,

¹⁵ **Afinal, o que é segurança pública?** Mariângela Graciano, Fernanda Matsuda, Fernanda Castro Fernandes. – São Paulo : Global, 2009. – (Coleção Conexão Juventude)

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

¹⁷ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal**. São Paulo: Editora Record, 2000.

definida por valores predominantemente capitais, onde o indivíduo será reconhecido pelo tipo de mercado que consome.

A sociedade de consumo é um desenvolvimento da sociedade industrial, com descobertas de novos materiais e desenvolvimento de novas tecnologias, trazendo uma enorme gama de produtos de baixo preço, de durabilidade limitada que é produzida em larga escala. Dessa forma, os cidadãos devem repor seus estoques e trocar as mercadorias com alguma frequência, alimentando o consumo, produzindo lixo e degradando cada vez mais o ambiente natural.

Essa fórmula traz consigo o aumento da violência na sociedade, principalmente nos centros urbanos, onde o abismo entre pobres e ricos é cada vez maior e mais perceptível. Em linha com essa observação, é de bom alvitre trazer à colação que a pobreza em si não é o vetor determinante para o aumento da criminalidade, mas sim a desigualdade, que distancia essas duas classes, mostra-se como fundamento gerador de violência. Encontram-se em um mesmo espaço indivíduos que têm acesso a todo tipo de conveniência, como ao transporte adequado, ao atendimento médico e à educação de qualidade, e em situação diametralmente oposta, indivíduos que, além de não alcançarem tais benefícios, têm que assistir a uma camada privilegiada que se aproveita do que o capital traz de melhor.

O Brasil, como país da América Latina que possui mais representatividade devido a sua economia grande e dinâmica, à capilaridade das relações comerciais e às proporções continentais, é um bom exemplo para não repetir a fórmula de crescimento. De acordo com Graciano, Matsuda e Fernandes¹⁸, apesar de o país ser uma das maiores economias do globo, mantém números exagerados de pobreza e de concentração de riqueza nas mãos de minorias. Apenas para trazer uma pequena demonstração, os “10% mais ricos se apropriam de mais de 40% da renda, enquanto os 40% mais pobres se

¹⁸ **Afinal, o que é segurança pública?** Mariângela Graciano, Fernanda Matsuda, Fernanda Castro Fernandes. – São Paulo : Global, 2009. – (Coleção Conexão Juventude)

apropriam de menos de 10% da renda¹⁹”. Os números transmitem o tamanho do desafio a ser enfrentado pelas próximas gerações.

Com o entendimento exposto até o momento, entende-se que esses indivíduos, marginalizados, abandonados à própria sorte, enxergam no tráfico de drogas uma possibilidade de ascender socialmente, de terem acesso aos bens de consumo e de serem reconhecidos. A partir de agora, o presente estudo se arrisca a trazer uma breve compreensão do uso de entorpecentes em sociedades antigas e como se deu sua popularização no Brasil.

O histórico do consumo de drogas remonta a época de civilizações anteriores à sociedade presente, não apenas no Brasil, bem como em diversas sociedades, em que era comum a utilização frequente de substâncias alucinógenas para práticas de curandeirismo, bem como para compreender e tentar explicar os fenômenos meteorológicos. Para Toscano Jr.²⁰, esse fato também está associado à magia, ao prazer, à cultura e aos festejos. Na observação de Velho²¹, a relação das sociedades humanas com essas substâncias expressa, por um lado, uma relação de natureza e, por outro, um processo singular de construção da realidade. Atualmente o uso de substâncias psicoativas está associado à violência e crimes de toda ordem, trazendo consigo medo e insegurança crescentes. Viapiana²² aduz:

A evolução recente da criminalidade no Brasil apresenta como característica marcante o extraordinário crescimento dos crimes violentos, principalmente os homicídios, e seu caráter eminentemente urbano e juvenil. Tal crescimento conduziu o Brasil ao topo do *ranking* dos países mais violentos do planeta e transformou a criminalidade e a violência num dos mais importantes temas que afligem os moradores das médias e grandes cidades do País.

As drogas eram vistas como problemas de países vizinhos, como Colômbia e Bolívia, não recebendo a devida atenção dos governantes locais. Com a popularização e o aumento do tráfico, o problema do Brasil passou a ser

¹⁹ http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/09/Pnad_2007_AnalisesPobreza-1.pdf - PNAD 2007

²⁰ TOSCANO Jr., A. (2001). **Um breve histórico sobre o uso de drogas**. Em S. Seibel & A. Toscano Jr. (Eds.). Dependência de drogas (pp. 7-23). São Paulo: Atheneu.

²¹ VELHO, Gilberto. **Arte e sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1977

²² VIAPIANA, L. T. **Economia do Crime: uma explicação para a formação do criminoso**. Porto Alegre: AGE, 2006. P.21

maior do que o da saúde pública, adentrando em um problema sistêmico de segurança pública que beira o descontrole e traz remotas possibilidades de solução, fazendo com que os cidadãos vivam em verdadeiras prisões sem muros, reféns da própria liberdade. Para Mynaio e Deslandes²³:

Uma das mais costumeiras associações entre drogas e violência num contexto de mercado ilegal é a chamada 'motivação econômica' de usuários dependentes. Nesses casos, o crime é visto como uma fonte de recursos para a compra de drogas, geralmente cocaína, crack e heroína.

Percebe-se como esses dois comportamentos presenciados na sociedade estão intimamente ligados, como se entrelaçam com diversos distúrbios comportamentais humanos e como o desenvolvimento do capitalismo e da globalização trouxeram, além de muitas conveniências para a vida humana, muita segregação e maior distanciamento entre ricos e pobres. Essa desigualdade é um dos pontos críticos do modelo de consumo atual.

1.3 POLÍTICAS CRIMINAIS DE PREVENÇÃO E COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS: OS PRINCIPAIS MODELOS ADOTADOS

Nesse subtópico, traz-se à tona a importância das políticas criminais de combate ao tráfico de entorpecentes, bem como a observação da baixa efetividade das mesmas em face do crescimento exponencial do referido crime.

Ao visualizar o termo política criminal, é importante colacionar que é uma vertente de política pública, que tem a função de levar algum benefício à população, principalmente a setores mais vulneráveis aos problemas causados pela desigualdade, como aduz Teixeira²⁴:

Políticas públicas são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. Nem sempre, porém, há compatibilidade entre intervenções e

²³ MINAYO, Maria Cecília de Souza e DESLANDES, Suely Ferreira. **A Complexidade das Relações Entre drogas, álcool e Violência.** *Cad. Saúde Pública* [online].1998, vol.14, n.1, pp.35-42. ISSN 1678-4464.

²⁴ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade.** Bahia: AATR, 2002.

declarações de vontade e as ações desenvolvidas devem ser consideradas também as não-ações, as omissões, como formas de manifestação de políticas, pois representam opções e orientações dos que ocupam cargos.

As políticas públicas visam responder a demandas, principalmente dos setores marginalizados da sociedade, considerados como vulneráveis. Essas demandas são interpretadas por aqueles que ocupam o poder, mas influenciadas por uma agenda que se cria na sociedade civil através da pressão e mobilização social.

Visam ampliar e efetivar direitos de cidadania, também gestados nas lutas sociais e que passam a ser reconhecidos institucionalmente.

A Organização Mundial de Saúde definiu o que é necessário para que alguma matéria seja considerada droga, que nada mais é do que toda substância que, ingerida, absorvida ou introduzida de alguma forma no organismo vivo, altera uma ou mais das suas funções, trazendo desequilíbrio à homeostase. O mesmo órgão ainda divide as drogas em depressoras, que podem ser exemplificadas pelos soníferos e pelo álcool; as estimulantes são aquelas que causam alterações no sistema nervoso central, como a cocaína e o *crack* e, por fim, as perturbadoras, que podem trazer momentos de alucinações e confusões mentais de toda variedade. O êxtase se classifica nessa última categoria.

A utilização de substâncias psicoativas não é um fenômeno recente em nossa sociedade, tanto é que, para Machado e Boarini²⁵, o consumo de entorpecentes até a década de 1980 não era considerado um problema. Atualmente, assiste-se à desmobilização de famílias e de comunidades inteiras como reféns das consequências do uso e do tráfico. Tal situação era vista de uma maneira tão branda que os investimentos em prevenção, saúde e tratamento ligados a esse problema praticamente deixaram de existir.

Esse descaso com a saúde pública levou à criação e expansão de entidades sem vínculos com o governo, idealizadas por cidadãos comuns, com

²⁵ MACHADO, Leticia Vier; BOARINI, Maria Lúcia. **Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos. Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 33, n. 3, p. 580-595, 2013. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000300006&lng=en&nrm=iso>. access on 15 Sept. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932013000300006>.

disposição de auxiliar as populações carentes, bem como organizações de origem religiosa, que, até os dias atuais, permanecem tratando, prevenindo e recrutando pessoas em situação de vulnerabilidade para uma vida saudável e oferecendo oportunidades para uma melhor transição e integração ao corpo social de forma mais natural.

O efeito da globalização impulsionou não apenas o comércio ilícito. De acordo com Naim²⁶, dentre as três pontas da globalização, o tráfico ilícito de drogas é o que mais movimentava cifras negras no comércio global, largando na frente, inclusive, do tráfico de armas e de pessoas. Nesse contexto, a questão da prevenção e da repressão ao tráfico de drogas tornou-se igualmente uma preocupação global. Não é à toa que o Brasil tornou-se signatário dos termos da convenção de combate ao crime organizado, realizada em Palermo, no ano de 1995. Não fosse dessa maneira, o tráfico de drogas seria o melhor negócio do globo, reinando soberano, sem qualquer resistência, e levando o caos aos Estados, às famílias e às sociedades à falência.

Portanto, com o crescimento considerável do tráfico de drogas, países adotaram políticas criminais diferentes para o tratamento da questão. Os Estados Unidos, exemplificativamente, adotam uma política criminal extremamente repressiva, denominada política de tolerância zero, que conduz a um encarceramento em massa, gerando uma verdadeira legião de presos oriundos do tráfico de drogas, sendo punido também o consumo, com a mesma intensidade, “essa batalha é responsável por 1,7 milhão de detenções e 250 mil condenações a cada ano. Em Washington, 28% dos presidiários foram presos, primordialmente, devido ao envolvimento com drogas”²⁷. Uma política de pulso forte como a norte-americana, entretanto, vem demonstrando índices cada vez maiores dessa criminalidade, mostrando-se como uma política criminal fadada ao fracasso ou à ineficácia.

²⁶ NAÍM, Moisés. **Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global**. Tradução Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

²⁷ NAÍM, Moisés. **Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global** / Moisés Naím; tradução Sérgio Lopes. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

Ainda, seguindo o entendimento de Naím²⁸, uma grande cidade que trava imensa batalha contra as drogas é a capital estadunidense, Washington, onde há grande dispêndio de recursos financeiros e de capital humano para o enfrentamento, no grande campo de batalha que é a cidade. Nessa urbe, vende-se droga a céu aberto, cruzando-se diariamente traficantes, viciados e funcionários do governo. Esses últimos são incumbidos da árdua tarefa de reprimir as condutas criminosas. O caso da mencionada grande cidade norte-americana, em nada deixa a desejar aos centros urbanos tupiniquins, pois é uma capital bastante dividida pela desigualdade social e segregação racial. Esse fenômeno, o tráfico, promove uma reunião curiosa de segmentos dos mais diversos da sociedade, agrupando-os em torno de um senso de realidade comum, obtendo mais sucesso que qualquer política pública de integração social.

Uma volta pelos redutos dos traficantes é suficiente para que sejam observados carros caros, pessoas utilizando roupas de grifes famosas, notadamente provenientes de localidades abastadas e frequentadores da mais alta casta urbana. Em oposição, encontram-se pessoas marginalizadas, comerciantes de drogas e pobres viciados, que mendigam por entorpecentes ou transformam-se em revendedores para a manutenção do vício.

A comunidade europeia adota uma abordagem diferente em face do tráfico de drogas, com seu modelo de redução de danos, que pode ser facilmente explicado como "um conjunto de políticas e práticas cujo objetivo é reduzir os danos associados ao uso de drogas psicoativas em pessoas que não podem ou não querem parar de usar drogas"²⁹. Inicialmente, esse plano de saúde coletiva, remonta à rápida propagação do vírus HIV na década de 1980, fato que o tornou popular, embora já houvesse registros do uso desse método em período anterior. De acordo com Queiroz³⁰, datam de meados da década

²⁸ NAÍM, Moisés. **Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global** / Moisés Naím; tradução Sérgio Lopes. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

²⁹ **INTERNATIONAL HARM REDUCTION ASSOCIATION-**
https://www.hri.global/files/2010/06/01/Briefing_what_is_HR_Portuguese.pdf

³⁰ QUEIROZ, Isabela Saraiva de. **Os programas de redução de danos como espaços de exercício da cidadania dos usuários de drogas**. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v.21, n.4, p. 2-15, Dec. 2001. Available from <

de 1920 esses dados, quando eram prescritos derivados do ópio para fins medicinais, a fim de que possibilitassem ao usuário uma vida mais saudável, trazendo benefício também à vida em sociedade.

Curiosamente, na Holanda, no início da década de 1980, um grupo de usuários de drogas se organizou politicamente, com o intuito de reduzir a mortalidade e os frequentes casos de hepatite, desenvolvendo o *Junkie-bond*, uma espécie de sindicato de viciados em substâncias psicoativas. Por mais bizarro que pareça, tal atitude trouxe adoção de medidas em conjunto com o Estado holandês, na busca por soluções para a redução da deterioração do indivíduo, no caso, o usuário.

O grande aumento do consumo e do tráfico de drogas ilícitas trouxe outra visão por parte do governo brasileiro, no sentido de aumentar os valores despendidos para a prevenção do uso, elevando o nível do tratamento para que o usuário não volte a utilizar as drogas e não reincida no vício. Com esse novo olhar, o Brasil passa a avançar nas políticas públicas de combate e prevenção ao tráfico de drogas, incluindo no texto constitucional, promulgado em 1988, em seu artigo 5º, XLIII, o seguinte:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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.

O Diploma Processual Penal aduz que “a inafiançabilidade decorre da natureza ou gravidade da infração penal ou exclusivamente das condições pessoais do agente”³¹. Em seu art. 323, o mesmo diploma informa os casos em que não será concedida a fiança, como prescreve seu inciso II: “Nos crimes de

tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismos e nos definidos como crimes hediondos".

No tocante à política criminal de drogas no Brasil, o ano de 2006 foi extremamente relevante. Seguindo tendências proibitivas e globais, o país deu um importante passo no combate ao uso e ao tráfico de substâncias ilegais, com a criação da Lei de Drogas, sob o nº 11.343/06, que por sua vez revogou dois dispositivos anteriores, a Lei 6.368/76 e também a 10.409/02. Com a implementação da nova lei, foi instituído o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas³², através do Decreto nº5.912/06, que é composto pelo CONAD – Conselho Nacional Antidrogas, superior hierarquicamente ao anterior, e o SENAD – Secretaria Nacional Antidrogas, que é órgão vinculado ao Ministério da Justiça, responsável por traçar estratégias de prevenção ao consumo de entorpecentes, bem como gerir o Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD).

Esse conjunto de órgãos do Governo Federal ratifica a política de tolerância zero em referência ao tráfico e busca aplicar métodos para a descriminalização do dependente. Um avanço trazido por esse método é a qualificação de educadores, de forma a levar melhor compreensão sobre o tema e saber identificar situações de vulnerabilidade.

Ainda, no que diz respeito à política criminal, não é possível falar da discussão da droga no Brasil, sem trazer o problema da seletividade. Embora a boa vontade do legislador deva ser valorizada, tal política mostra a árdua realidade do combate ao tráfico, que não pode ser enfrentado apenas com a repressão dos comerciantes ilegais e o com tratamento dos usuários. É preciso repensar a política criminal na prevenção e combate ao tráfico de drogas no país, levando em consideração os fatores culturais e territoriais do processo de aplicação da política criminal e, especialmente, a forte carga de seletividade na utilização da Lei de Drogas, principalmente ao crime de tráfico de drogas.

De acordo com Amorim³³:

³² <http://obid.senad.gov.br/obid>

³³ AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. **Seletividade da norma penal**. Boletim dos Procuradores da República, nº71, ano VI, Agosto de 2006

A seletividade social da norma penal é indiscutível e pode ser creditada, pelo menos parcialmente, à falta de representatividade dos membros do Congresso Nacional. E essa seleção ataca justamente a parcela mais carente da população. Definitivamente, não se pode dizer que a norma penal protege os bens de maior relevância social. Protege, isso sim e às escâncaras, os interesses da classe dominante.

Diante desse quadro, essa política é questionada diariamente sobre sua real efetividade, se está de fato buscando uma solução para o problema ou se está apenas servindo aos seus senhores, com a real intenção de manter a ordem social da forma como se conhece: excludente e repressiva. A legislação brasileira, bastante inspirada em dispositivos internacionais, mais especificamente no modelo norte-americano, acaba por punir os marginais de sempre, que são as pessoas em situação de vulnerabilidade, como os pobres, moradores de áreas menos favorecidas e os negros. Nota-se que a sociedade, a comunicação e os mercados evoluíram, mas debate-se o mesmo problema de cem anos atrás, logo, conclui-se que os indicadores não são bons quanto a possíveis enfrentamentos de sucesso à questão da droga.

Na avaliação da pena, em geral, o indivíduo não é julgado unicamente pelo crime que cometeu, e sim, também pelo conjunto da situação de vida que o acometeu, vindo de uma localidade pobre, filho de família pobre, negro, com pouca ou quase nenhuma perspectiva de uma vida saudável em sociedade, ou seja, seguindo exatamente o caminho de um destino imutável.

Nessa perspectiva, para Baratta³⁴, urge a necessidade de observar se não estaria ocorrendo uma justiça de classe, trazendo luz às condições da vida do indivíduo, e a sua posição no processo, enfrentando uma justiça detentora do conhecimento das leis, mas arcaica e alheia ao mundo real. Seguindo o entendimento do mencionado autor, a estrutura verticalizada da educação, que dificulta a integração entre os estratos sociais, traz suas piores consequências para a justiça, em que ocorre o mesmo problema da estrutura verticalizada, apenas aumentando a discriminação para com a população marginalizada.

Tragicamente isso traz uma maneira de esperar determinado comportamento do cidadão de um estrato social inferior, em relação ao de

³⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal** / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011.

estrato superior, ou seja, a pena para um negro proveniente de favela, sem ninguém por ele, pode ser qualquer uma, respeitando ou não os limites legais, pois esse indivíduo está abandonado à própria sorte, enquanto na outra extremidade, a reprimenda para um jovem branco, de estrato social médio ou alto já traz consigo uma possibilidade maior de respeito aos ditames legais, pois certamente para esse indivíduo haverá defesa técnica constituída, bem como toda gama de institutos processuais para abrandar sua pena ou para trazer equilíbrio a ela.

2. DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1. DECISIONISMO E ATIVISMO JUDICIAL

Ao adentrar nessa seara, não se pode deixar de mencionar a proporção que o Poder Judiciário tomou, diante de fragilidades legislativas e executivas. Não que tal agigantamento seja bom, mas em um momento de instabilidade das instituições, até que ponto esse novo ativismo não pode vir a tornar-se uma nova fonte de obscuridade e intransigência, que não é muito difícil de encontrar nas comarcas do Brasil.

Nas decisões que tratam de temas constitucionais, as instâncias superiores vêm se destacando ao interferir em outras searas, no sentido de preencher lacunas onde o legislador não foi cuidadoso em tornar mais objetivo determinado dispositivo legal, revelando-se, assim, uma invasão muitas vezes excessiva, chegando as Cortes Supremas a assumirem uma postura de verdadeiras legisladoras. Nesse sentido, Carvalho Filho³⁵:

A função do Judiciário como instituição democrática tem passando por transformações substanciais tanto no Brasil como no exterior, sobretudo a partir de meados do Século XX. Embora esse poder tenha sido inicialmente idealizado como órgão responsável pela mera pronúncia da norma preestabelecida pelo legislador, após a Segunda Guerra Mundial, o Judiciário desenvolveu-se, na grande maioria das democracias ocidentais, como instância responsável pela garantia dos direitos fundamentais e pelo controle dos atos do poder público. Nessa conjuntura, o Poder Judiciário transformou-se em importante interveniente do processo democrático.

Ocorre que a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e à sujeição a controle, caso contrário arrisca-se a permitir abusos e a instalação de um superpoder, que tem preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais.

O que toma os anseios do judiciário, atualmente, é o poder de escolher a conveniência da decisão que mais se adéqua à forma de pensar do magistrado, uma forma única, por muitas vezes sem embasamento socioeconômico suficiente. O presente trabalho não há de se apegar à técnica jurídica, mas à visão de mundo pobre e centralizadora que permeia um

³⁵ CARVALHO FILHO, José S. **Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil**. In: XIMENES, Julia Maumann (Org.). *Judicialização da política e democracia*. Brasília: IDP, 2014.

personagem tão importante no contexto jurídico, que traz um viés questionável, em oposição à análise da doutrina, à construção de um pensamento sólido.

É importante fazer a análise de dois movimentos no processo de decisão, que sem dúvida tem um valor considerável para a compreensão dos diversos caminhos que o poder judiciário vem tomando nos últimos anos. Inicialmente, serão tecidas as considerações sobre o decisionismo judicial, movimento que leva as decisões a posicionamentos individuais por parte dos julgadores, ignorando regras sociais, princípios e garantias constitucionais adquiridas ao longo de muitos anos, com muito esforço e sofrimento.

O magistrado, desviando-se da boa técnica jurídica, acaba por impor seus valores íntimos como se fossem os mais pertinentes, contrapondo-se a uma fundamentação adequada, construída em respeito à ampla defesa e ao contraditório, sem preservar, assim, os ditames processuais. Talvez o grande problema resida na ampla gama de discricionariedade que é dada ao magistrado, fazendo-o convergir para um verdadeiro decisionismo arbitrário, desprovido de toda forma de fundamentação, apresentando outro grave dano ao positivismo, que não pode ser visto como a saída para todas as coisas, mas representa, pelo menos, um norte³⁶. Nesse sentido, é importante o pensamento de Queiroz³⁷, quando se insurge contra uma possível neutralidade do julgador ou um possível desvio do julgador da norma: “sempre que condenamos ou absolvemos, fazemo-lo porque queremos fazê-lo, de sorte que, nesse sentido, a condenação ou absolvição não são atos de verdade, mas atos de vontade”.

As críticas ao decisionismo são baseadas no estarecimento, diante de ilegalidades praticadas e legitimadas pelo sistema de justiça criminal, seja em primeira instância pelos juízes, seja quando essas sentenças com forte conteúdo decisionista são reafirmadas no segundo grau. Esse é o entendimento de Pinho, quando se insurge contra o decisionismo:

note-se, ademais, que a insistência para que o juiz tenha, freios e controles não se deve a nenhuma profissão de fé contra a judicatura. Pelo contrário. O poder judiciário, como defendido na introdução desta tese, possui um papel fundamental(Constituinte) no modelo de Estado Democrático

³⁶ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

³⁷ QUEIROZ, Paulo apud Estreck, Lênio Luiz. **O que é isto: Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a

de Direito. A realização dos Direitos Fundamentais não se dará de forma plena sem a intervenção firme dos juízes. Porém, de outra banda, e exatamente por essa inegável responsabilidade política, seus atos precisam ser controlados. Os ativismos somente conduzirão à perda de garantias e ao enfraquecimento da democracia³⁸

Em contraponto, há também outro comportamento que merece ser abordado, que é o ativismo judicial, baseado em uma postura mais proativa por parte do judiciário, na busca por resoluções de conflitos de maneira mais célere e, às vezes, criativa. Com a evolução da sociedade, novas demandas surgem e a legislação não pode alcançar a velocidade dos acontecimentos, forçando o nascimento de novas soluções para as demandas concretas.

O referido movimento traz diversos benefícios, mas não é a solução para todos os problemas, deve ser combatido o desvio das decisões que corrompem o bom senso e a constituição. Nesse sentido:

Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.³⁹

Essa forma de agir ganhou corpo com a vigência da Constituição Federal de 1988, que inclui várias prerrogativas na atuação judicante, empurrando-a para uma participação mais presente na sociedade. Para Teixeira⁴⁰, o termo ativismo judicial, como é conhecido, surge nos Estados

³⁸ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P. 129

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB.Ed.4.Janeiro/Fevereiro2009.Disponível em:<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>.

⁴⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. *Rev. direito GV*, São Paulo, v.8,n.1,p.037-057, June 2012. Available from<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso>. access on 17 Sept. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>.

Unidos, em reportagem do jornalista e historiador Arthur Schlesinger Jr., quando ele se refere a alguns juízes como ativistas judiciais, capazes de agirem como atores da afirmação do bem-estar social e sua manutenção. Mas nem sempre ocorre dessa maneira; ao criticar o decisionismo, não necessariamente afirma-se que o ativismo judicial é a melhor das escolhas, o ideal seria o equilíbrio para evitar as distorções cada vez mais frequentes em nosso cotidiano.

Um aspecto positivo desse movimento é a busca pela proteção ao bem maior, que é a garantia da Constituição, respeitando-se os direitos fundamentais do corpo social. Com essa postura, o magistrado busca reafirmar o real valor do dispositivo constitucional, garantindo a melhor solução entre as partes de maneira mais célere, nesse sentido, Miarelli⁴¹:

Diante de novas necessidades, onde a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como Ativismo Judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.

O foco da discussão é a autonomia dos agentes públicos do judiciário na dinâmica para tomar a decisão mais adequada, respeitando os fatos e os ditames legais para a construção do resultado mais coerente e benéfico para as partes. Nota-se que o ativismo é uma maneira de agir, uma proatividade diante de novos problemas, uma forma de expandir a constituição.

Essas atitudes são o reflexo da complexidade dos processos globais, com a ampliação da comunicação, economia e relações humanas fragmentadas, com problemas urgentes e soluções mais urgentes ainda, que muitas vezes não são conhecidas no diploma legal. O debate é extenso, mas é possível concluir que o ativismo judicial tem seu lado importante, que é suprir uma deficiência do Estado na resolução de conflitos. O que se deve combater é o abuso no poder de decidir e a fuga por completo do texto constitucional, inovando de maneira perigosa nas decisões. Uma medida que deveria ser excepcional torna-se a prática para dirimir os mais diversos conflitos da

⁴¹ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

sociedade, levando ao poder judiciário diversas questões de extrema importância para o país, bem como contendas de mínima relevância.

2.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO NORTEADOR DA DECISÃO JUDICIAL.

O princípio da proporcionalidade, tema a ser abordado no presente subtópico, é de fundamental importância na aplicação das reprimendas penais, principalmente quando se trata de crimes previstos na Lei de Drogas. Para Boiteux e Pádua⁴², o estudo sobre o princípio da proporcionalidade deve ser tratado de uma maneira investigativa, para chegar mais próximo da resposta do que deve ser punido e de como deve ser punido o agente, trazendo questões sobre se a criminalização de determinadas condutas trará benefício direto para a sociedade, prevenindo danos e também, se as penas cominadas possuem ligação proporcional com o bem atingido.

O referido princípio é um dos mais importantes no entendimento de Favoretto⁴³, tendo em seu cerne o intuito de mitigar os excessos, bem como pugnar pela proteção adequada para bens juridicamente tutelados. Nesse sentido, “significa que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a liberalidade na cominação das penas”⁴⁴. Essa busca pelo equilíbrio deve ser constantemente reforçada, para que os cidadãos absorvam tal comportamento em sua cultura, trazendo benefícios para o convívio em sociedade.

Toda essa preocupação com os limites das penas ocorreu de uma evolução da própria humanidade, em resposta à vingança privada, prática extremamente comum ainda hoje nas sociedades em que o Estado não consegue prover o mínimo de segurança. Os cidadãos, com a sensação de abandono, buscam resolver seus conflitos particulares pelo método do sangue, do revide, do “olho por olho e dente por dente”, sem respeito às regras sociais consideradas mais apropriadas do que essas últimas, e aos princípios

⁴² BOITEUX, Luciana e PÁDUA, João Pedro - **A DESPROPORCIONALIDADE DA LEI DE DROGAS: OS CUSTOS HUMANOS E ECONÔMICOS DA ATUAL POLÍTICA NO BRASIL.** 2016

⁴³ FAVORETTO, Affonso Celso. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 6. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. P.83.

democráticos, principalmente sem o mínimo de respeito às proporções entre o dano causado e a pena imposta.

Ao tratar sobre proporcionalidade, não se pode deixar de trazer à baila os escritos do Marquês de Beccaria, ao versar sobre as mazelas da sociedade, em relação às quais se poderia apenas ouvir falar de forma distante. Em sua mais conhecida obra, “Dos delitos e das penas”, Beccaria trata das reprimendas de caráter medieval, com requintes de crueldade, que eram comuns à época. Assim, afirmava Bonesana⁴⁵

(...) entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.

Sobre a histórica obra de Beccaria, considerou Garcia⁴⁶:

O primeiro grito da consciência pública para a reforma do Direito Penal, que se encontrava em profundo atraso, assinalando-se pela crueldade das sanções, que eram requintadamente desumanas. O famoso panfleto constituiu, todo *êle*, uma generosa invocação em prol da justiça, o que explica a sua repercussão e o seu êxito. Era algo inédito e emocionante que um marquês de vinte e seis anos, poderoso e feliz, se preocupasse com a sorte dos desgraçados que sofriam as crueldades de uma legislação retrógrada, servida por métodos punitivos verdadeiramente bárbaros.

Como se bem sabe, a Lei nº 11.343/06 traz como bem protegido a saúde pública, fazendo desse tipo penal um crime vago, o qual atinge a coletividade como um todo, entretanto, a real motivação para a criação da norma é a proteção do patrimônio público, diante dos gastos excessivos com saúde pública decorrentes de tais condutas. A partir da referida lei, o país adota como política criminal uma clara corrente de endurecimento da pena, aplicando reprimendas cada vez maiores e mais rigorosas, destacando novamente as políticas de tolerância zero e da prisão seletiva, reprimindo mais uma vez a massa de pobres, negros e minorias de todas as naturezas.

⁴⁵ BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2003

⁴⁶ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. São Paulo: Max Limonad, 1977. Vol I, t. I, pp. 43-44

Dessa forma, a falta de proporção no que tange à reação da sociedade em face da reprimenda pode ser observada em caráter abstrato, quando o legislador prescreve uma pena alta em demasia para um crime de perigo abstrato e o equipara a um crime hediondo. Em caráter concreto, por sua vez, quando o excesso penal reproduz penas altíssimas que são aplicadas por magistrados de primeira instância, as quais, em sua maioria, são mais elevadas do que as de crimes em que o bem protegido revela-se muito mais primordial, como, por exemplo, o de homicídio, que se refere à tutela da vida.

Na análise de Feldens⁴⁷, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado sob três aspectos, considerando a “adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”. A primeira medida, a da adequação, deve demonstrar claramente a vontade do Estado de atingir a finalidade a que se propõe na aplicação do seu *jus puniendi*. No tocante ao segundo aspecto, o da necessidade, é de bom alvitre trazer ao presente estudo o ensinamento de Canotilho⁴⁸, ao afirmar que tal princípio

coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão.

Na presente análise, resta o exame da proporcionalidade em sentido estrito, ainda, de acordo com Feldens⁴⁹, para quem “esse exame procura determinar se a pena não é desproporcional em seu sentido estrito”⁵⁰, o que pode ser realizado ao se observar e identificar uma falta de balanceamento perceptível entre a pena e o fim que procura atingir a norma, levando em consideração o bem jurídico sob proteção. Logo, é mister o estudo do princípio constitucional em comento pelo legislador e pelo agente judicante, trazendo uma melhor aplicação, aproximando-se do verdadeiro sentido da justiça,

⁴⁷ FELDENS, Luciano. **A constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 161.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. P.270

⁴⁹ FELDENS, Luciano. **A constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 161.

⁵⁰ FELDENS, Luciano. **A constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 161.

evitando assim, a falta de proporção em abstrato e, conseqüentemente, no tocante à aplicação da pena concreta.

2.3 – DOSIMETRIA DA PENA E A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL.

Atendendo à necessidade de que as penas sejam justas, razoáveis e proporcionais, o legislador estabeleceu o sistema trifásico de aplicação da pena, a partir do qual, por meio enfrentamento de três etapas, ao magistrado é possível chegar a uma pena que considere a culpabilidade e a justa medida em relação à violação do bem jurídico tutelado. No que se refere à aplicação da pena, deve ser rápida e o mais ajustada possível ao caso concreto, ao menos nos conceitos teóricos, a fim de mitigar o sofrimento do apenado e também de transmitir a ideia de eficiência da resposta estatal.

No entendimento de Bittencourt⁵¹, é certo que o ordenamento jurídico pátrio permite uma ampla discricionariedade ao julgador no momento de calcular a pena, mas essa liberdade que possui o magistrado não pode confundir-se com o livre arbítrio, com a transgressão às regras e à forma. Nesse sentido, coaduna Hungria que “o que se pretende é a individualização racional da pena, a adequação da pena ao crime e à personalidade do criminoso, e não a ditadura judicial, a justiça de *cabra-cega*...”⁵². Ao tratar sobre o estabelecimento de reprimendas, não se pode olvidar os ensinamentos de Nucci, quando refere-se a esta maneira de aplicação da pena como um

meio do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei. Destarte, nos limites estabelecidos pelo legislador – mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena – elege o magistrado o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento, embora com fundamentada exposição do seu raciocínio.⁵³

⁵¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1** : parte geral – 13. Ed. Atual – São Paulo : Saraiva, 2008.

⁵² HUNGRIA, Nelson. **O arbítrio judicial...**, Revista Forense, cit., p.10.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Dessa forma, entende-se que o magistrado tem o dever de fundamentar toda circunstância apresentada, de maneira que transmita a maior transparência possível para que o apenado e a vítima observem com clareza os parâmetros dos ditames processuais, aplicados ao caso concreto.

O sistema de dosimetria da pena pátrio, no entendimento de Mendes e Bitencourt⁵⁴, por mais que apresente garantias e formas para que seja devidamente aplicado, apresenta diversas discrepâncias nas decisões. Tais equívocos trazem consigo uma enorme gama de recursos que abarrotam ainda mais a lenta e pesada estrutura do judiciário nacional. Essa enorme quantidade de recursos permanecem pendentes por prazos igualmente grandes, levando a reprimenda a um patamar ainda mais nefasto do que é observado no cotidiano, fazendo também com que a pena transcenda a pessoa do apenado, provocando frustrações e incertezas aos familiares que, além de conviverem com os males causados à família de um apenado, ficam por um grande lapso temporal sem saber ao certo quando o processo terá uma definição.

Especificamente quanto ao tráfico privilegiado, é importante que nesse processo de dosimetria da pena o juiz atente para outras questões que ensejam o seu reconhecimento. Sobre essa figura, desde que se reconheça que o acusado é primário, não possui antecedentes criminais e não está inserido em atividades típicas de organização criminosa, surge a possibilidade de se promover a desclassificação da conduta ou de eventualmente substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito. Anteriormente essa conversão era vedada pelo legislador, mas foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da proibição, por ser ela desproporcional e desarrazoada. Nota-se que, com essa decisão, o Poder Judiciário descaracterizou a Lei de Drogas naquilo a que ela se propunha no seu nascedouro, ou seja, o recrudescimento penal, o encarceramento.

⁵⁴ MENDES, Natália Josefina Oliveira e BITENCOURT, Tatiane de Oliveira. **Dosimetria da pena.** Consultado no <http://www.educatronica.com.br/Excute/Monografias%2036%C2%AA%20EXCUTE/Servi%C3%A7os%20Jur%C3%ADdicos/Dosimetria%20da%20Pena.pdf>, em 02/11/2016.

3. PUNIÇÃO COMO REGRA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

3.1 – TRÁFICO DE DROGAS E HOMICÍDIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS BENS JURÍDICOS

O interesse pela temática surgiu pela análise da discrepância entre as sentenças prolatadas pelo Tribunal do Júri de Caruaru nos crimes dolosos contra a vida e as sentenças proferidas nas varas criminais em relação aos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, exatamente pelo fato de se tratarem de bens jurídicos distintos e, especialmente, quanto aos crimes de competência do tribunal do júri, por eles violarem o objeto jurídico mais importante do ordenamento jurídico penal. Percebeu-se que, em diversas vezes, as penas atribuídas nos processos por crime de tráfico de drogas eram maiores do que as penas impostas em processos por homicídio ou tentativa de homicídio. Duas sentenças foram destacadas para análise neste trabalho: uma que foi prolatada em processo que tramitou perante a vara do tribunal do júri nessa cidade pelo crime de feminicídio tentado e ainda com as qualificadoras do motivo fútil e do recurso que impossibilitou a defesa da ofendida. Na ocasião o réu não era primário. O confronto se deu com uma sentença prolatada em processo que tramitou perante a quarta vara criminal de Caruaru, cujo condenado respondeu pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, era primário e sem antecedentes criminais, em relação ao qual foi atribuída uma pena excessivamente maior do que a do autor do crime contra a vida. A demonstração dos conteúdos de ambas as sentenças será realizada nos próximos tópicos.

Nesse primeiro momento é fundamental estabelecer a conceituação do que significa bem jurídico para o ordenamento jurídico pátrio, bem como quais os bens jurídicos tutelados pelo crime de homicídio e pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico.

O bem jurídico é o objeto da tutela estatal, o bem a ser protegido pela ampla gama de normas do ordenamento jurídico pátrio, seja ele um direito individual ou coletivo. Para Bittencourt⁵⁵, representa a base de uma pirâmide

⁵⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1** : parte geral – 13. Ed. Atual – São Paulo : Saraiva, 2008. P. 261

que constitui o ordenamento penal. Antes de receber a proteção estatal, esse bem possui um valor para a sociedade.

O conceito de bem jurídico somente aparece na história dogmática em princípios do século XIX. Diante da concepção dos iluministas, que definiam o fato punível como lesão de direitos subjetivos, Feuerbach sentiu a necessidade de demonstrar que em todo preceito penal existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de proteção.^{56 57}

No tocante ao crime de homicídio, o bem jurídico tutelado é a vida, o bem de valor mais elevado, se é que se pode precificar uma vida.

Essa valoração da vida, como bem jurídico mais importante, já se apresenta desde a Constituição de 1988, quando em seu texto reforça, no *caput* do seu artigo 5º, “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade...”. A importância de tal instituto estar presente na Magna Carta torna muito mais prática a assimilação de sua importância para programas de valorização da vida em comunidade e políticas públicas que visem proteger o bem jurídico sob estudo.

Nos ensinamentos de Greco e Roxin⁵⁸, é importante colacionar que

Quem viola a norma, antes de destruir o bem jurídico, antes de eliminar uma vida ou destruir o patrimônio alheio exterioriza um ‘esboço do mundo’, de um mundo no qual a norma não vige. Esta visão de mundo do delinquente desafia a visão dos demais membros da sociedade que se vêem inseguros, desorientados quanto a qual das visões realmente prevalece.

Nos estudos de Rocha⁵⁹, infere-se que, no que concerne ao Direito Penal, o liame entre o agressor e o ofendido ocorre na expectativa que um possui em relação ao outro e em um ambiente indiretamente controlado pela norma, em que cada ação que provoque dano a outrem seja respondida com a reprimenda esperada, prescrita no ditame legal.

No tocante à Lei de Drogas, é importante colacionar que se trata de uma lei cujas condutas delitivas constituem crime de perigo abstrato, que tem como

⁵⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1** : parte geral – 13. Ed. Atual – São Paulo : Saraiva, 2008. P. 261

⁵⁷ JESCHECK, Tratado, cit., p. 350.

⁵⁸ GRECO, L. e ROXIN, C. **Funcionalismo e imputação objetiva do direito penal**. Renovar. Rio de Janeiro:2002. P. 121-2

⁵⁹ ROCHA, Francisco Ilídio Pereira. **A vida como bem jurídico**. Artigo acessado no sítio <http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/246/230>, em 02/11/2016.

pano de fundo a proteção da saúde pública, que por ser bastante ampla, não é interesse apenas de um indivíduo, e sim de uma coletividade, protegendo-a contra os males das drogas ilícitas. Essas drogas ilegais, os entorpecentes que causam dependência, alucinações, destroem famílias e até comunidades inteiras. Além de todos os malefícios citados, deve-se mencionar que a renda auferida com tais produtos não é dividida com o Estado e, conseqüentemente, com a população, através de impostos e contribuições das mais diversas que deveriam ser revertidas em favor do povo.

É certo que as drogas ilícitas causam todos os males citados, mas tais males também são provocados por substâncias permitidas, como bebidas alcoólicas, cigarros e medicamentos que causam euforia, depressão, destruição de famílias e comunidades. Justificam alguns que as drogas lícitas remontam aos primórdios, sendo consumidas em festividades de guerreiros, celebrações religiosas e familiares e ainda, geram receita para o Estado, mas, por mais motivos que sejam apresentados, é fácil concluir que parecem tratar-se das mesmas substâncias, causadoras dos mesmos prejuízos para os usuários e os que os circundam. É relevante que haja essa divisão entre drogas permitidas e não permitidas, uma vez que a saúde pública e a coletividade são desafiadas diariamente por essas substâncias.

O tratamento dado às condutas observadas na Lei de Drogas, naturalmente tem em seu fundamento o custo social do Estado, que cresce exponencialmente, ao tentar levantar barreiras para os crimes previstos e no tratamento dos dependentes químicos. Não bastasse a referida motivação, há um senso comum na maior parte das nações no combate ao narcotráfico, devido a sua expansão a cada ano que passa e aos perigos que trazem aos governos, com a sedimentação de um poder paralelo, fincado num arcabouço financeiro sem limite e na inserção cada vez maior de jovens vulneráveis e, especialmente, de pessoas de classes mais abastadas, seduzidas pelo dinheiro fácil e pelo poder.

Diante do exposto, é notório que a tutela da coletividade e da saúde pública confunde-se com o custo social causado pelo tráfico de entorpecentes, que não contribui com impostos e leva bilhões arrecadados pelo Estado pelo ralo.

3.2 – UMA ANÁLISE DO TEMA A PARTIR DE DUAS SENTENÇAS

O presente trabalho se propõe a fazer uma análise das discussões sobre a (des)proporcionalidade no tocante à aplicação da pena para crimes de tráfico de drogas, quando comparadas com as aplicadas a autores de outros delitos de maior gravidade no que concerne à violação do bem jurídico. Escolheu-se, para apresentação, uma sentença exarada em um processo por crime doloso contra a vida, exatamente pela disparidade dos objetos jurídicos violados nas ações penais colocadas à disposição do Judiciário para apreciação e uma sentença exarada em uma ação penal que buscava investigar a prática de tráfico de drogas.

Inicialmente, destacaram-se as especificidades de cada caso a ser aqui analisado, para, num segundo momento, realizar as aproximações necessárias e, assim, chegar-se a possíveis conclusões, pontuando que, para garantir o sigilo quanto aos processos estudados, não serão apresentados elementos que possam identificar os agentes envolvidos, mesmo já tendo sido sentenciados. Por essa razão, todos os envolvidos em ambas as ações penais serão apresentados por meio das suas iniciais.

1º CASO: TENTATIVA DE HOMICÍDIO COM A INCIDÊNCIA DE TRÊS QUALIFICADORAS

Relata a denúncia que o acusado EBDS, em meados de janeiro do ano em curso(2016), tentou ceifar a vida de sua ex-companheira, JMS, com golpes de faca em seu pescoço, quando ela dormia, não obtendo êxito, por motivos alheios à vontade do acusado. É importante mencionar que o acusado e a vítima conviviam maritalmente, configurando a violência nos termos do art. 5º da Lei 11.340/06, em que a motivação do delito foi a condição de ser mulher da vítima e de ela não possuir interesse em permanecer no relacionamento com o acusado.

O indivíduo, transtornado por ser rejeitado, agindo de uma maneira retrógrada e possessiva, praticou o crime de maneira consciente, sendo sua conduta tipificada no “artigo 121, §2º, incisos II(motivo fútil), IV(recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido), VI(feminicídio), c/c 121, §2º-A, inciso I e artigo 14, inciso II, todos do Código Penal”. Por tais práticas, o

acusado foi condenado pelo Júri Popular à reprimenda de 08 anos de reclusão, no regime semiaberto.

É importante ressaltar que se tratou de crime de homicídio tentado com o reconhecimento de três qualificadoras, além de o sujeito ativo já ter sido condenado anteriormente também por crime doloso contra a vida. O acusado, após o término do julgamento, foi encaminhado à Penitenciária Regional do Agreste, para fins de cumprimento da pena e aguardo do lapso temporal para a progressão para o regime aberto.

Por fim, também é importante destacar que o crime de homicídio qualificado, mesmo em sua forma tentada, trata-se de crime hediondo, para o qual o lapso temporal para progressão de regime é de 2/5, em se tratando de réu primário e de 3/5, em se tratando de réu reincidente. Como EBDS é reincidente específico em crime hediondo, só alcançará a progressão para regime menos gravoso quando cumprir 3/5 da reprimenda legal imposta.

2º CASO: TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO COM A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE DO DELITO.

No que diz respeito ao segundo caso analisado, o Ministério Público denunciou os fatos apurados pelo Judiciário no ano de 2014, haja vista só então terem chegado ao seu conhecimento as práticas criminosas envolvendo um grupo criminoso que atuava reiteradamente na prática de tráfico de drogas. Conforme relata a denúncia, o acusado ABDS, atuando com terceiras pessoas, praticava o crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico no Município de Caruaru, realizando a venda de drogas em festas e eventos da cidade.

Ultrapassada a instrução processual, foi imposta ao acusado uma pena de 19 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida no regime fechado. É de se destacar que, embora se trate de crime equiparado a hediondo, o acusado é primário, não possui antecedentes criminais e possui boa conduta social.

Para o crime de tráfico de drogas, o magistrado aplicou uma pena definitiva de 12 anos de reclusão e para o crime de associação para o tráfico, houve a imposição de uma pena final de 7 anos e seis meses de reclusão, todos em regime fechado.

No processo de dosimetria da pena, o julgador, na primeira fase de aplicação, considerou que ABDS deveria restar condenado pelas condutas tipificadas nos artigos 33, 35 c/c 40, inciso V, todos da Lei 11.343/06. O que chamou a atenção foi como o juiz percorreu as circunstâncias do art. 59, CP, em que foi constatado e relatado na sentença que o acusado não possuía antecedentes criminais e nada desabonava sua conduta social. A motivação para o crime foi a já conhecida busca pelo lucro fácil e rápido, além de terem restado prejudicadas as consequências do crime e a contribuição da vítima para o delito, em virtude de tratar-se de crime vago, em que não é possível personificar a vítima, já que é toda a coletividade. No caso sob análise, como já dito, trata-se de um crime vago e de perigo abstrato, onde o sujeito passivo é o Estado. No entanto, a pena base para o crime de tráfico de drogas foi aplicada 4 anos acima do mínimo exigido pela lei, mesmo o acusado possuindo boa conduta social e sendo réu primário.

A dúvida que se apresenta é se a pena aplicada contra o acusado não seria por demais exagerada, se não ultrapassaria o limite da razoabilidade e da proporcionalidade diante das circunstâncias externadas, uma vez que a motivação para o crime é bastante conhecida pela própria natureza da ação.

É cediço que o magistrado não está necessariamente apegado a uma tabela de valores para cada circunstância, mas a ponderação é um instrumento importante nessa análise. Observando a íntegra da decisão, conclui-se que de 8 elementos, os principais foram valorados de maneira positiva, a conduta social foi valorada favoravelmente, assim como a personalidade também o foi e a culpabilidade trouxe fundamentação genérica.

Como se vê há uma discrepância enorme entre as duas penas acima demonstradas. O primeiro acusado, réu reincidente em crime doloso contra a vida, saiu do Plenário do Júri com uma pena privativa de liberdade de oito anos de reclusão no regime semiaberto, pela prática do crime de feminicídio, em sua forma tentada. O outro acusado, réu primário e sem antecedentes criminais, com boa conduta social, recebeu a imposição de uma condenação a uma pena total de 19 anos e seis meses de reclusão por crimes que, embora considerados de inegável gravidade, não se comparam na culpabilidade e nas

consequências do ato a um crime doloso contra a vida, bem jurídico mais importante do ordenamento jurídico pátrio.

O fato foi particularmente tão curioso que aqui se resolveu, exatamente, nesse trabalho de conclusão de curso, chamar a atenção para a grande desproporção que existe no tocante à aplicação da pena nos crimes da Lei de Drogas, principalmente quanto ao crime de tráfico de drogas, que aprisiona especialmente os jovens desse país sem qualquer perspectiva de futuro e tolhe desses indivíduos o bem mais precioso, que é o tempo. Como é possível reinserir essas pessoas que são, posteriormente, jogadas de volta à sociedade, para renovar os crimes que os fizeram entrar pela porta da frente do sistema prisional? Será que essa política criminal severa e de encarceramento de massa é realmente eficaz?

Como já demonstrado acima, nos primeiros capítulos desse trabalho, os números de encarceramento de jovens por crime de tráfico de drogas no Brasil só aumenta, paralelamente também cresce a reincidência. As razões são claras, como já dito. Essa massa de delinquentes continuará a ser delinquente enquanto o Estado e a sociedade não tomarem providências efetivas no combate ao tráfico de drogas. Não é uma pena alta que irá diminuir esses números da delinquência no país, outras deverão ser as medidas de enfrentamento.

Não se está defendendo a descriminalização ou a despenalização, mas se defende que haja, no mínimo, uma proporcionalidade quando o magistrado percorrer o sistema trifásico de aplicação da pena e que atenda aos seus critérios de forma mais clara e mais objetiva, para que possa, pelo menos em tese, aproximar-se ao máximo do ideal de ponderada justiça que a pena deve trazer como resposta social e jurídica ao crime praticado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso partiu de uma inquietação quanto à aplicação da pena no crime de tráfico de drogas, por perceber como essa pena é desproporcional ao crime praticado e às condições pessoais do acusado.

Por essa razão, desde os primeiros capítulos fez-se questão de trazer toda a problemática da desigualdade social e as implicações socioeconômicas da globalização e seus efeitos nas populações vulneráveis. A expansão do capital sobre as fronteiras culturais, levando o consumo a patamares jamais antes visto, fomentando em várias comunidades a competitividade pela posse dos bens materiais da moda e que causam mais aceitação na sociedade de consumo é responsável em grande parte pelo aumento da criminalidade, principalmente a de caráter econômico, como é o caso do tráfico de drogas.

Essas considerações levam a um entendimento sobre as condições pessoais do agente delitivo no crime de tráfico de drogas, geralmente proveniente de uma massa marginalizada ou um indivíduo que busca o lucro rápido e fácil a fim de adquirir bens materiais que o tornam aceito em sua comunidade. O referido crime não é um fim em si mesmo, é uma complexa soma de desequilíbrios sociais, culturais e econômicos, que traz como resultado uma pandemia destruidora de valores humanos que assola o planeta, alimentada pelo capital e pelo consumo. Logo, as penas aplicadas a esse crime devem ser avaliadas levando-se consideração o conjunto de circunstâncias e valores que podem ter levado determinado indivíduo até a prática de condutas delitivas como o tráfico de entorpecentes.

A escolha da outra figura criminosa, homicídio, foi natural, afinal, teoricamente, é o bem jurídico de um valor único, um valor que sequer é possível aferir, completamente distinto de qualquer outro tutelado pela Constituição.

Ao se tentar contra a vida de outrem, o agente banaliza a vida de toda sociedade, afronta princípios constitucionais e a ideia de viver em harmonia com o próximo, propagada pela sociedade de uma maneira geral. Logo, extrai-se que o homicídio seria o tipo penal mais baixo, aquele que todos deveriam ter receio de praticar, ainda mais com diversas qualificadoras, como demonstradas

no primeiro caso. No entanto, o que se observa é que um crime de perigo abstrato, como já dito, que não traz sujeito passivo específico acaba sendo valorado mais negativamente do que a tentativa do crime de homicídio.

Alguém teria sua vida ceifada e talvez a reprimenda não chegasse ao *quantum* da praticada pelo agente delitivo do tráfico de drogas. A proposta do trabalho foi trazer ao debate o que está sendo valorado nas sentenças de homicídio e tráfico de drogas, utilizando como parâmetro duas sentenças condenatórias, trazendo o estudo dos bens jurídicos de cada tipo penal e a proporcionalidade de cada conduta em relação à reprimenda penal imposta ao agente delitivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. **Seletividade da norma penal**. Boletim dos Procuradores da República, nº71, ano VI, Agosto de 2006

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal** / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. P. 135

BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado**: Política, Sociedade e Economia. São Paulo: Contexto 2008. p. 104 *Apud* MC DONALD, William F. Crime and Justice in the Global Village: towards Global Criminology, in VV.AA, Crime and Law Enforcement in the Global Village, ACJS Series Editor, Dean J. Champion, ACJS/Anderson Publishing, USA, 1999. p. 3

BARBOSA, Alexandre de Freitas. O mundo globalizado / Alexandre de Freitas Barbosa. 4. Ed. – São Paulo: Contexto, 2008 – (Repensando a História). P.43

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB.Ed.4.Janeiro/Fevereiro2009.Disponível em:<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acessado em 24/09/2016

BAUMAN, Zygmunt – **Modernidade Líquida** – Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed 2001. P. 192

BAUMAN, Z. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.,1997._____. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar,2001. P. 117

BAUMAN, Zygmunt, 1925 – **Modernidade e holocausto** / Zygmunt Bauman; tradução Marcus Penchel. – Rio de Janeiro: Zahar, 1998. P. 263

BAUMAN, Zygmunt.**Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. P. 59

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1** : parte geral – 13. Ed. Atual – São Paulo : Saraiva, 2008. P. 239

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1** : parte geral – 13. Ed. Atual – São Paulo : Saraiva, 2008. P. 261

BOITEUX, Luciana e PÁDUA, João Pedro - **A DESPROPORCIONALIDADE DA LEI DE DROGAS: OS CUSTOS HUMANOS E ECONÔMICOS DA ATUAL POLÍTICA NO BRASIL**. 2016. P. 245

BOHRER, Ricardo Schlatter. Motivação: abordagem crítica da teoria de Maslow pela propaganda. **Rev. adm. empres.**, São Paulo , v. 21, n. 4, p. 43-47, Dec. 1981 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901981000400004&lng=en&nrm=iso>. access on 17 Oct. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75901981000400004>.
Extraído do sítio: http://teoriasadm-mkt.blogspot.com.br/2015/03/teoria_comportamental-da_administracao_3.html, 10/01/2016.

BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. P.270

CARVALHO FILHO, José S. **Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil**. In: XIMENES, Julia Maumann (Org.). Judicialização da política e democracia. Brasília: IDP, 2014.

COSTA, Ana Maria Nicolaci. **A Passagem Interna da Modernidade para a Pós-modernidade.** PSICOLOGIA, CIÊNCIA E PROFISSÃO, 2004, 24 (1), 82-93

EAGLETON, T. **As Ilusões do Pós-modernismo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. P. 198

EISENBRUCH, Renata Volich. Leitura e diagnóstico do sintoma orgânico. *Psicol. USP*, São Paulo, v.11, n.1, p. 137-153, 2000. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642000000100009&lng=pt&nrm=iso. acessos em 14 set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65642000000100009>

FAVORETTO, Affonso Celso. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FELDENS, Luciano. **A constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 161.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal.** São Paulo: Max Limonad, 1977. Vol I, t. I, pp. 43-44

GRECO, L. e ROXIN, C. **Funcionalismo e imputação objetiva do direito penal.** Renovar. Rio de Janeiro: 2002. P. 121-2

HARVEY, David. **The Condition of Postmodernity An Enquiry into the Origins of Cultural Change.** 108 Cowley Road, Oxford OX4 1JF, UK: Basil Blackwell Ltd.

HUNGRIA, Nelson. **O arbítrio judicial...**, Revista Forense, cit., p.10.

INTERNATIONAL HARM REDUCTION ASSOCIATION-
https://www.hri.global/files/2010/06/01/Briefing_what_is_HR_Portuguese.pdf. Acessado em 18/09/2016

JESCHECK, Tratado, cit., p. 350.

MACHADO, Letícia Vier; BOARINI, Maria Lúcia. **Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos.** *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 33, n. 3, p. 580-595, 2013. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000300006&lng=en&nrm=iso>. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932013000300006>. Acessado em 15/09/2016

MENDES, Natália Josefina Oliveira e BITENCOURT, Tatiane de Oliveira. **Dosimetria da pena.** Consultado no [sítio <http://www.educatronica.com.br/Excute/Monografias%2036%C2%AA%20EXCUTE/Servi%C3%A7os%20Jur%C3%ADdicos/Dosimetria%20da%20Pena.pdf>](http://www.educatronica.com.br/Excute/Monografias%2036%C2%AA%20EXCUTE/Servi%C3%A7os%20Jur%C3%ADdicos/Dosimetria%20da%20Pena.pdf), em 02/11/2016.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. P. 187

MINAYO, Maria Cecília de Souza e DESLANDES, Suely Ferreira. **A Complexidade das Relações Entre drogas, álcool e Violência.** *Cad. Saúde Pública* [online]. 1998, vol.14, n.1, pp.35-42. ISSN 1678-4464.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006 <http://obid.senad.gov.br/obid>. Acessado em 20/09/2016

NAÍM, Moisés. **Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global** / Moisés Naím; tradução Sérgio Lopes. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006. P. 157

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. P.83.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 278

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P. 129

QUEIROZ, Isabela Saraiva de. **Os programas de redução de danos como espaços de exercício da cidadania dos usuários de drogas**. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v.21, n.4, p. 2-15, Dec. 2001. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932001000400002&lng=en&nrm=iso>.access<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932001000400002>. Acessado em 25/09/2016

QUEIROZ, Paulo apud Estreck, Lênio Luiz. **O que é isto: Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 44-49

ROCHA, Francisco Ilídio Pereira. **A vida como bem jurídico**. Artigo acessado no sítio <http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/246/230>, em 02/11/2016.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal**. São Paulo: Editora Record, 2000. P. 33

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. *Rev. direito GV*, São Paulo , v.8,n.1,p.037-057, June 2012 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso>. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>. Acessado em 17/09/2016

TOSCANO Jr., A. (2001). **Um breve histórico sobre o uso de drogas**. Em S. Seibel & A. Toscano Jr. (Eds.). *Dependência de drogas* (pp. 7-23). São Paulo: Atheneu.

VELHO, Gilberto. **Arte e sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1977

VIAPIANA, L. T. **Economia do Crime: uma explicação para a formação do criminoso**. Porto Alegre: AGE, 2006. P.21