



PRECONCEITO E DECISÃO JUDICIAL - UMA INVESTIGAÇÃO HERMENÊUTICA SOBRE A POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS

Ricardo Araujo Dib Taxi¹
Eduardo Neves Lima Filho²

RESUMO

O objetivo do presente artigo é investigar a política de combate às drogas no Brasil a partir de uma abordagem hermenêutica. Em outras palavras, buscar-se-á inserir as ações, leis, discursos e políticas relacionadas ao assunto em uma tradição mais ampla, visando perceber a historicidade e as pré-compreensões que perpassam tal imaginário e que estão presentes nas decisões judiciais sobre o tema. Ao invés de se analisar as argumentações utilizadas pelos juízes, a pesquisa busca desvelar o que está pressuposto em tais decisões, trazendo à tona questões políticas e preconceitos históricos.

Palavras chave: Decisão Judicial; Preconceito; Drogas; Hermenêutica

PREJUDICE AND LEGAL DECISION – A HERMENEUTIC INQUIRY ON DRUG POLICY

ABSTRACT

This paper aims to investigate the drug policy in Brazil by the light of philosophical hermeneutics. In other words, it aims to interpret the actions, statutes, discourses and policies related to the subject by regarding it all as part of a larger tradition, so that it might be possible to unveil the historicity and prejudices which trespasses this culture and which are present in legal decisions. Instead of analyzing the arguments exposed by judges, this research aims to unveil what is presupposed in their decisions, bringing to light historical prejudices.

Key words: Legal Decision; Prejudices; Drugs; Hermeneutics

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará - UFPA, com período sanduiche (PROCAD) na UNISINOS. Doutor em Filosofia do direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA, com período sanduiche na Birkbeck College – University of London (2014/2015). Professor de Introdução ao estudo do direito e filosofia do direito no Centro Universitário do Pará – CESUPA e Professor adjunto de Direito Civil na Universidade Federal do Pará – UFPA. Coordena grupo de pesquisa sobre Teoria crítica do direito e Literatura na UFPA.

² Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Pará. Mestre em direito pelo Centro Universitário do Pará - CESUPA. Especialista em Ciências criminais. Advogado. Professor de Direito Penal e Processo Penal no Centro Universitário do Pará. Participa de grupo de pesquisa acerca do pensamento de Giorgio Agamben.



1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é investigar a política de combate às drogas no Brasil a partir de uma abordagem hermenêutica. Em outras palavras, buscar-se-á inserir as ações, leis, discursos e políticas relacionadas ao assunto em uma tradição mais ampla, visando perceber a historicidade e as pré-compreensões que perpassam tal imaginário e que estão presentes nas decisões judiciais sobre o tema. Isso não significa, por óbvio, que se defenderá uma única linha contínua capaz de explicar toda a política de drogas no país, posto que, como costuma ser o caso em situações complexas como essa, a investigação de sua historicidade mostrará não apenas continuidades, mas também fortes rupturas.

A importância de tratar desse tão debatido tema a partir de uma aproximação hermenêutica consiste justamente em trazer à tona problemas relacionados a essa questão que geralmente não vêm à tona, posto que ficam velados sob a roupagem de um discurso repressivo supostamente ligado à saúde pública.

O artigo se situa, assim, no âmbito mais amplo das chamadas teorias da decisão judicial, visto que visa analisar determinada tradição e o modo como a mesma influencia e muitas vezes determina determinado padrão decisório no Brasil.

Sabe-se que a política proibicionista não tem apenas uma causa. A criminalização não decorre somente da lei, mas também de imagens, da linguagem³, de problemas econômicos e sociais. A criminalização, tanto a primária, quando a secundária, não tem uma única causa, mas uma pluralidade de causas. O proibicionismo decorre de uma série de fatores e esses fatores refletem na legislação penal e vice e versa.

Apesar destas inúmeras causas que levam a criminalização das drogas, podemos perceber grave e significativo efeito da criminalização. Podemos perceber o aumento do encarceramento e do controle estatal por meio da política de combate às drogas, controle este que se dá de forma seletiva, alcançando de forma mais intensa uma população vulnerável que não tem meios e condições de resistir ao punitivismo estatal.

Ainda nesse contexto, ao olharmos para as decisões judiciais envolvendo a legislação de drogas, podemos constatar que muitas delas estão aparentemente calcadas em senso comum orientado por preconceitos ilegítimos, que obstaculizam a compreensão, repetindo afirmações totalmente desprovidas de dados reais ou estudos empíricos, como a afirmação de que o tráfico

³ A linguagem, do ponto de vista hermenêutico, esconde níveis ou camadas de sentido (GADAMER, 2008), e o papel da crítica é justamente desvelar a arbitrariedade do discurso que parece óbvio, natural, mas que muitas vezes é apenas uma sedimentação de um senso comum (STRECK, 2009).



é o crime que dá causa a todos os outros delitos ou que a decretação de prisão preventiva no caso concreto irá reduzir a prática do crime de tráfico, contribuindo desta forma com o aumento da criminalização secundária.

A partir desta conjuntura, a problemática central a ser analisada neste artigo diz respeito à reflexão do tratamento das drogas no Brasil visando constatar se a compreensão da tradição de combate às drogas em que estamos inseridos, nos ajudaria a desvelar os pressupostos (muitas vezes inconfessos ou mesmo irrefletidos) que por diversas vezes orientam o Judiciário brasileiro nos casos penais envolvendo a legislação de drogas.

Essa problemática decorre da pergunta central que se faz: **A compreensão da tradição de combate às drogas na qual estamos inseridos é capaz de auxiliar a desvelar os preconceitos ilegítimos que por vezes orientam decisões judiciais?**

Para tentar responder esta questão, o presente artigo realizará uma breve análise do contexto de evolução da criminalização das drogas, no âmbito nacional e internacional, visando demonstrar as políticas que orientaram a proibição do uso e da venda de diferentes substâncias, a partir do material já desenvolvido, em especial pela criminologia crítica.

Em seguida, faremos uma reflexão hermenêutica desta evolução, partindo de discurso aos pressupostos implícitos na compreensão da questão das drogas e do papel que cabe exercer o direito.

Por fim, demonstraremos o quadro carcerário no Brasil e como a criminalização das drogas contribui para este quadro com o claro aumento do punitivismo estatal. Visando demonstrar tal ponto, iremos apresentar algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, local de fala do presente trabalho.

A hipótese inicial é de que a partir da compreensão da tradição de combate às drogas e confronta-la com nossos preconceitos, podemos desvelar o senso comum que por vezes orienta a decisão e conseqüentemente reduzir o punitivismo estatal a partir de um constrangimento crítico.



2 A COMPREENSÃO DA TRADIÇÃO DE REPRESSÃO ÀS DROGAS E A HERMENÊUTICA GADAMERIANA

A legislação brasileira acerca da criminalização de drogas sofreu significativas alterações ao longo dos séculos. Costuma-se apontar as Ordenações Filipinas (Livro V, Título LXXXIX), de 1870, como a primeira criminalização de substâncias entorpecentes no Brasil, proibindo a posse e a venda de rosalgar ou qualquer outro veneno⁴.

O Código de 1890, por sua vez, passou a criminalizar, em seu artigo 159, as condutas de expor a venda ou ministrar substâncias venenosas e sem autorização e sem observar as formalidades da regulamentação sanitária. Em 1932, com a Consolidação das Leis Penais, o citado artigo foi alterado, recebendo o acréscimo de doze parágrafos, ocorrendo a introdução de uma pluralidade de verbos incriminadores e a substituição do termo substâncias venenosas pelo termo substâncias entorpecentes (CARVALHO, 2016). De acordo com Salo de Carvalho (2016, p. 49-50):

Assim, é lícito afirmar que, embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir da década de 1940 é que se pode verificar o surgimento de *política proibicionista sistematizada*.[...] No caso da política de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38). A edição do Decreto-Lei 891/38, elaborado de acordo com a *Convenção de Genebra* de 1936, regulamenta questões relativas à produção ao tráfico e ao consumo, e, ao cumprir as recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes.

Em 1940, o Código Penal recodifica a matéria. O crime, com previsão no artigo 281⁵, passa a se intitulado de comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes. Posteriormente, tentando se adequar a Convenção única sobre Entorpecentes de 1961, foi editado do Decreto-Lei 159/67, igualando os entorpecentes as substâncias capazes de causas

⁴ “Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimao, nem água delle, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza algumas das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar, e seja degredado para Africa até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticarios.

1. E os Boticarios as não vendão, nem despendão, se não com Officiaes, que por razão de seus Officios as hão mister, sendo porem Officiaes conhecidos per elles, e taes, de que se presume que as não darão à outras pessoas, E os ditos Officiaes as não darão, nem a venderão a outrem, porque dando-as, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que de Direito seja, segundo o dano for.

2. E os Boticarios poderão metter em suas mezinhas os ditos materiaes, segundo pelos Médicos, Cirurgiões, e Escriptores for mandada. E fazendo o contrario, ou vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiaes conhecidos, pola primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir. E pela segunda haverão mais qualquer pena, que houvermos por bem”

⁵ Art. 281: impotar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar ao consumo sustância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.



dependência física e/ou psíquica e posteriormente tivemos drástica alteração do artigo 281 do Código Penal pelo Decreto-Lei 385/68, passando a criminalizar o usuário com a mesma pena imposta ao traficante. A consolidação do modelo repressivo ocorreu com a Lei 5.726/71, alcançando seu ápice com a Lei 11.343/06 (CARVALHO, 2016).

Além das inúmeras alterações legislativas, ao longo do século XX pudemos perceber várias alterações referentes aos estereótipos, tanto do traficante, quanto do consumidor. Vários destes estereótipos estão relacionados ao fato de que o combate às drogas, em boa medida, tem como origem questões econômicas, porém, esta acaba por se transformar em questões sociais que se expressam como o combate a uma determina ou um conjunto determinado de drogas (BATISTA, 2003).

De acordo com Salo de Carvalho (2016), na década de sessenta, com a popularização da maconha e do LSD e sua vinculação à contracultura e aos movimentos de contestação, as drogas foram associadas:

[...] às posturas reivindicatórias e libertárias, o uso de drogas ilícitas compõe, junto com outros elementos da cultura (música, literatura, artes plásticas, cinema, vestuário, alimentação, sexualidade), o quadro de manifestações estéticas das políticas de ruptura. [...] o consumo de drogas ganha o espaço público, aumentado sua visibilidade e, conseqüentemente, gerando *pânico moral* que deflagrará intensa produção legislativa em matéria penal (CARVALHO, 2016, p. 52-53).

Assim, no Brasil, além das questões sociais internas, sofremos a influência da “globalização da repressão às drogas inserida no projeto de transnacionalização do controle social, cuja finalidade é dirimir as fronteiras nacionais para o combate à criminalidade” (CARVALHO, 2016, p. 53).

Ainda na década de sessenta, vimos o surgimento do modelo médico-sanitário-jurídico de controle de sujeitos envolvidos com drogas (CARVALHO, 2016). De acordo com Vera Malaguti Batista (2003), nos anos sessenta, percebe-se um aumento do consumo de cocaína no Rio de Janeiro, causando o aumento das infrações relacionadas à posse, ao consumo ou à venda de cocaína, “aos jovens de classe média que consomem, aplica-se o estereótipo médico, e aos jovens pobres, que a comercializam, o estereótipo criminal” (BATISTA, 2003, p. 84).

Nesse período, a questão da droga se apresentava como uma luta entre o bem e o mal, constituiu-se um estereótipo moral, com a droga assumindo um papel de demônio; por meio do discurso oficial, potencializava-se as leis penais repressivas e conjuntamente criava-se o estereótipo moral do consumidor (OLMO, 1990). Nesse contexto, consolida-se a ideologia da



diferenciação, com a clara separação entre doente e delinquente/consumidor e traficante (CARVALHO, 2016).

No Brasil, a política de combate às drogas também foi moldada fortemente pela Doutrina de Segurança Nacional a partir do Golpe Militar de 1964, passando a dispor de um modelo repressivo militarizado visando à eliminação do inimigo. A estrutura política de drogas requeria uma reformulação: “ao inimigo interno político (subversivo) é acrescido o inimigo interno político-criminal (traficante)” (CARVALHO, 2016, p. 63).

Nesse contexto, as primeiras campanhas de lei e ordem, tratando abertamente a droga como inimigo interno, datam do início da década de sessenta. A esse respeito, muito relevantes são as palavras de Vera Malaguti Batista (2003, p. 84-85):

As ações governamentais e a grande mídia trabalham o estereótipo político criminal. Na medida em que se anuncia a transição democrática, este novo inimigo interno justifica maiores investimentos no controle social. Nas vinte e seis fichas referentes ao verbete “tóxicos” nos arquivos do Dops, a “construção do estereótipo” está sempre presente. Uma delas, de janeiro de 1973, intitula-se “Tóxicos e Subversão”; é um documento oficial, um artigo sobre a toxicomania como arma dos comunistas. Citando Lênin, Mao e Ho Chi Min, atribui-se a disseminação do uso de drogas a uma estratégia comunista para a destruição do mundo ocidental.

Atualmente, vislumbramos a campanha de combate às substâncias ou produtos que possam causar dependência, como exposto no artigo 1^o da Lei 11.343/06, sendo que a determinação do que são drogas ilícitas fica a cabo do Poder Executivo, mas especificamente do Ministério da Saúde.

Percebemos, por vezes, uma aparente falta de critérios para selecionar quais são as drogas lícitas e as drogas ilícitas. Dentre drogas lícitas, podemos citar o café, o tabaco e o álcool, substâncias que causam dependência, bem como que podem gerar sérios problemas de saúde (em especial os dois últimos).

Qual ou quais critérios são utilizados para realizar essa distinção? Seriam critérios pautados na ciência-médica ou seriam outros motivos mascarados pelo discurso médico-jurídico-científico?

⁶ Art. 1^o Esta Lei 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 e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.



Muitas das vezes, o início da criminalização de várias espécies de drogas não teve origem em qualquer argumento de saúde pública, mas sim questões outras, geralmente econômico-sociais e posteriormente recebem uma roupagem de ciência. Batista (2003, p. 81), ao tratar da criminalização das drogas nos Estados Unidos da América, nos lembra que:

A primeira lei federal contra a maconha tinha como carga ideológica a sua associação com imigrantes mexicanos que ameaçavam a oferta de mão-de-obra no período da Depressão. O mesmo ocorreu com a migração chinesa na Califórnia, desnecessária após a construção das estradas de ferro, que foi associada ao ópio. No Sul dos Estados Unidos, os trabalhadores negros do algodão foram vinculados a cocaína, criminalidade e estupro, no momento de sua luta por emancipação. Estes três grupos étnicos disputavam o mercado de trabalho nos Estados Unidos, dispostos a trabalhar por menores salários que os brancos.

Atualmente, no Brasil, vemos o Estado e a grande mídia trabalhando fortemente a imagem do traficante como inimigo do Estado e dos “cidadãos de bem”, a droga é responsável pelos homicídios, pelos estupros, pelos roubos, pelos furtos, dentre outros. Vários crimes são relacionados ao tráfico de uma forma ou de outra, até mesmo a venda de CDs e DVDs piratas passa a ser vista como mais uma fonte de renda para o tráfico.

A mídia influencia nesses elementos por meio da publicidade do delito. A publicidade de fatos reais ou ficcionais (filmes, novelas, romances, músicas) que produzem representações, criam noções, repetem afirmações e mergulham o receptor das informações em uma reiteração de situações delitivas, gerando a situação de insegurança, uma situação de desproteção (CASTRO, 2005).

Todo esse panorama histórico, composto pelos mais diversos discursos, acaba, com o passar do tempo, por consolidar um amalgama de preconceitos⁷ que se solidificam na linguagem e passam a constituir um horizonte de sentido⁸ da compreensão. Esse amalgama de fatos e discursos históricos acabam por compor uma tradição, compõe, mais especificamente, a tradição de combate às drogas no Brasil.

⁷ Importante destacar que o termo “preconceito”, no sentido gadameriano, é empregado para designar coletivamente as estruturas prévias de compreensão (GADAMER, 2008). Para Gadamer, “um preconceito, assim como um pré-juízo, não é nem positivo nem negativo até termos o juízo definitivo. Como ‘preconceito’ tem um papel central na hermenêutica filosófica, é preciso que o leitor tenha em mente sua conotação neutra intencionada” (SCHMIDT, 2012, p. 147).

⁸ “O termo ‘Horizonte’ indica nossa situação hermenêutica, ou seja, nosso conjunto herdado de preconceitos. Estes preconceitos constituem, então, o horizonte de um presente particular, pois eles apresentam aquilo além do que é impossível ver. O conceito de horizonte também indica que nosso próprio horizonte pode mudar através da adoção de outros preconceitos, pode se expandir através inclusão de mais preconceitos, pode se expandir através da inclusão de mais preconceitos, ou pode diminuir através da exclusão de alguns preconceitos” (SCHMIDT, 2012, p. 153).



A brevíssima reflexão histórica e contextual realizada no início deste artigo nos permite constatar que, ao longo dos séculos, vários estereótipos, várias ideologias (nacionais e importadas), várias campanhas de combate às drogas foram defendidas e aplicadas no Brasil.

Vislumbrarmos estas mudanças nos discursos ao longo do tempo, nos possibilita perceber a importância de compreender a tradição de combate às drogas na qual estamos inseridos, tendo em vista a necessidade de por nossos preconceitos em teste. Tal missão não é das mais fáceis. A restauração consciente de tradições ou a criação consciente de tradições novas correspondem tarefas problemáticas (GADAMER, 2008).

[...] encontramos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição não nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio; trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmos no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição. (GADAMER, 2008, p. 374)

Contudo, com o auxílio do vasto material teórico e, em especial, empírico já produzido pela criminologia crítica, acreditamos que seja possível identificar vários pontos de ruptura e vários pontos de continuidade, por vezes ao mesmo tempo ruptura e continuidade, na política de combate às drogas no Brasil. Acreditamos ser possível identificar políticas, ideologias e campanhas de combate às drogas, que ficaram no passado e ao mesmo tempo se projetaram para futuro na continuidade da tradição, isso porque “A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas” (GADAMER, 2008, p. 373).

Toda mudança, contém em si continuidade. Mesmo quando presenciamos mudanças – como as ocorridas na legislação de drogas, nas campanhas contra as substâncias que causam dependência, nos tipos de drogas a serem combatidas e na imagem do usuário de drogas – há uma continuidade que perpassa por todos esses períodos e imagens. A continuidade existe até mesmo em meio a mudanças drásticas, como muito bem destacar Gadamer (2008, p. 373-374):

Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio à suposta mudança de todas as coisas, do antigo conservar-se muito mais do que se poderia crer, integrando-se com o novo numa nova forma de validade. Em todo o caso, a conservação representa uma conduta livre como a destruição e a inovação.

Devemos levar em consideração nosso constante comportamento com relação ao passado. A compreensão da política de combate às drogas, das campanhas proibicionistas, da linguagem evidenciada e das decisões dos tribunais no que tange à legislação de drogas, não podem ser vistas em simples oposição ao modo como nos comportamos com respeito ao passado na nossa qualidade de seres históricos (GADAMER, 2008).



A ciência-médica, por exemplo, – incorporada e inflada pela dogmática penal – que orientou e continua orientando em grande parte a política brasileira de combate às drogas, parte da ideia de que as “soluções” para a criminalidade se encontram ancoradas, de acordo com o discurso, em critérios científicos. O discurso identifica o usuário com o doente, prescreve internações como medidas eficazes para a cura, dentre outras medidas de tratamento, internação e contenção.

Não vemos qualquer profissional da saúde defender a internação compulsória como uma forma de higienização urbana, mas sim a partir de dados médico-científicos “imparciais”, e com base na previsão do instituto na Lei Federal de Psiquiatria⁹. Curiosamente, o tema “internação compulsória” parece sempre estar atrelado ao usuário de crack (droga de baixo custo) e nunca ao usuário de cocaína (droga alto custo).

Realmente a internação compulsória visa ajudar de alguma forma o viciado? Ou não passa de medida de contenção e exclusão da pobreza, a exemplo do ocorrido na França na idade média e tão bem narrado por Foucault (2010)?

Nesse contexto de discurso científico, é muito importante ressaltarmos o questionamento de Gadamer (2008, p. 374): “será que essa ciência ‘livre de preconceitos’ não estará compartilhando, bem mais do que imagina, daquela recepção e reflexão ingênuas em que vivem as tradições e em que está presente o passado?”.

A hermenêutica adentra nesse cenário como uma forma de redução de discricionariedade/arbitrariedade¹⁰ nas decisões judiciais, e em especial para este artigo, nas decisões do Poder Judiciário envolvendo crimes de tráfico e o enquadramento/tratamento do usuário, obtendo, conseqüentemente, a redução do punitivismo estatal.

O confronto com a tradição nos permite desvelar os preconceitos ilegítimos (improdutivos, que levam a mal entendidos), que são aqueles “baseados em ideias ao acaso e

⁹ O Governo do Estado de São Paulo, em 2013, “ressuscitou” a internação compulsória prevista na Lei 10.216, de 2001 (Lei Federal de Psiquiatria). A referida lei trata da proteção e dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, sendo que os usuários (dependentes químicos) estão sendo considerados como portadores de transtornos mentais para fins de internação, sendo claro que apenas os usuários de baixa renda serão submetidos à tão drástica medida. O próprio Governo de São Paulo afirma que seu objetivo: “é aplicar a lei [Lei 10.216/2001] para salvar pessoas que não têm recursos e perderam totalmente os laços familiares. Essas pessoas estão abandonadas, e é obrigação do Estado tirá-las do abandono”. (<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=225660>, acessado em 20 de novembro de 2015). Outros Estados também já vêm utilizando a internação compulsória para usuário de drogas, a exemplo do Rio de Janeiro.

¹⁰ Os termos “discricionariedade” e “arbitrariedade” são utilizados no presente pré-projeto como sinônimos. Adotamos aqui o posicionamento defendido por Lenio Streck (2012), no sentido de que o termo “discricionariedade” é um epíteto eufemístico de “arbitrariedade”. De acordo com o autor, entre arbitrariedade e discricionariedade não há uma fronteira clara.



concepções populares” (SCHMIDT, 2012, p. 148). Esse desvelamento de preconceitos permite a interpretação correta do caso.

O julgador, ao se deparar com um caso envolvendo tráfico de drogas, por vezes, decide antes de decidir. Isso porque:

[...] qualquer ato de compreensão começa com as estruturas prévias da compreensão e interpreta estas últimas como alguma coisa. [...]. De acordo com Gadamer, o caráter arremessado da compreensão significa que a tradição herdada forma o ponto de partida inicial para todos os atos da compreensão. (SCHMIDT, 2012, p. 146)

Ao se deparar com o processo e antes mesmo de iniciar sua leitura, o julgador passa pela antecipação de sentido que guia a sua compreensão, sendo que tal antecipação de sentido é orientada a partir da comunhão que nos une a tradição (GADAMER, 2008).

Esse sentido antecipado pode se dar a partir dos preconceitos ilegítimos, a partir dos preconceitos que levam a mal-entendidos, os quais podem acarretar em decisões judiciais completamente arbitrárias, pois o julgador iniciará, e por vezes terminará, a análise do caso orientado pelos referidos preconceitos.

Lenio Streck leciona que a compreensão só alcança as verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as quais inicia não são arbitrárias. Por isso, é importante que o intérprete “não se dirija aos textos [acrescentaríamos ‘ao processo’] diretamente, desde as opiniões prévias que lhe subjazem, *senão que examine tais opiniões enquanto a sua legitimação, isto é, enquanto sua origem e validade*” (STRECK, 2009a, p. 210).

É relevante também para a pesquisa a análise da influência de determinadas expectativas de sentido para as decisões judiciais de casos envolvendo tráfico de drogas. De acordo com Gadamer (2008, p. 389), extraímos expectativas de sentido, “que surgem de sua relação com a verdade do que é visado”. Ainda de acordo com o autor: “nós compreendemos os textos transmitidos [acrescentamos também os casos a serem julgados] sobre a base de expectativas de sentido que extraímos de nossa própria relação precedente com o assunto” (GADAMER, 2008, p. 389).

Assim, o momento da tradição realiza-se por meio da comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores. A hermenêutica deve intervir, não para criar um procedimento compreensivo, mas sim para nos esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão.

A dificuldade de identificar os preconceitos produtivos (legítimos) daqueles que levam a mal-entendidos é que os preconceitos prévios (em sentido amplo) que ocupam a cabeça do interprete não estão a sua livre disposição, não estando o interprete (em nosso caso o juiz) em



condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos e os preconceitos improdutivos (GADAMER, 2008).

O juiz, ao se deparar com um caso de tráfico, não consegue de antemão separar seus preconceitos. Ao analisar e ao decidir, o julgador, por vezes, pode não conseguir identificar aqueles preconceitos que obstaculizam a compreensão e distingui-los dos preconceitos produtivos.

A distinção entre esses preconceitos deve acontecer na própria compreensão e é por isso que a hermenêutica precisa perguntar pelo modo como essa distinção se dá na compreensão (GADAMER, 2008). Como muito bem destaca Streck (2012, p. 39-40):

[...] aquilo que é dito (mostrado) na linguagem lógico-conceitual que aparece no discurso apofântico, é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de profundidade que *é hermenêutico*. Daí que, para a hermenêutica, é comum a afirmação de que o *dito* sempre carrega consigo o *não dito*, sendo que a **tarefa do hermeneuta é dar conta, não daquilo que já foi mostrado pelo discurso (*logos*) apofântico, mas sim daquilo que permanece retido – como possibilidade – no discurso (*logos*) hermenêutico.** (grifo nosso)

Aqui surge um ponto de elevada importância para a hermenêutica gadameriana e conseqüentemente para a presente reflexão: a distância temporal e seu significado para a compreensão.

De acordo com Gadamer (2008, p. 392): “cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição”. Devemos reconhecer a distância temporal como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender e considerá-la preenchida pela continuidade da herança histórica e da tradição. A distância temporal, ao mesmo tempo, permite a eliminação de preconceitos de natureza particular e permite o surgimento daqueles que levam a uma compreensão correta.

Para Gadamer (2008), é a distância temporal que nos permite distinguir os preconceitos verdadeiros (produtivos, legítimos), dos falsos (improdutivos, ilegítimos) e desta forma uma consciência hermenêutica terá de incluir uma consciência histórica.

Muitas vezes essa distância temporal nos dá condições de resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os *verdadeiros* preconceitos, sob os quais *compreendemos*, dos *falsos* preconceitos que produzem os *mal-entendidos*. **Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir a consciência histórica. Ela tomará consciência dos próprios preconceitos que guiam a compreensão para que a tradição se destaque e ganhe validade como uma opinião distinta.** (GADAMER, 2008, p. 395, grifo nosso)



Destacar um preconceito implica em suspender sua validade. Porém, o preconceito nos determina e nós pensamos nele como um pré-juízo. Desta forma, para desvelar o preconceito é preciso provocá-lo e o que pode provocá-lo é o encontro com a tradição (GADAMER, 2008).

Gadamer (2008) adverte que quando um preconceito se torna questionável, não quer dizer que ele seja prontamente deixado de lado e que outro preconceito ocupe o lugar daquele substituindo-o em sua validade. Isso porque um pensamento verdadeiramente histórico deve incluir sua própria historicidade em seu pensar.

“A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrarias” (GADAMER, 2008, p. 356). Por isso, o magistrado não deve simplesmente se dirigir diretamente ao processo a ser instruído e julgado a partir da opinião prévia que é lhe própria, devendo examinar expressamente essas opiniões prévias quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade. Neste momento, é imprescindível transcrevermos as palavras de Gadamer (2008, p. 358):

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. [...]. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nenhuma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.

Nestes termos, partindo da compreensão de que o Direito é uma prática interpretativa (DWORKIN, 2003) e partir do referencial teórico esboçado, com auxílio da criminologia crítica, partimos da consciência hermenêutica, atrelada a consciência histórica das políticas de combate às drogas no Brasil, para desvelar os falsos preconceitos que podem ser constatados nas decisões judiciais em casos envolvendo a legislação de drogas e, com isso, confirmar a hipótese de utilização da hermenêutica filosófica gadameriana como forma de controle de arbitrariedade da decisão judicial e, conseqüentemente, contenção de punibilidade.



3 O PUNITIVISMO E ARBITRARIEDADE

Nas últimas décadas, presenciamos um intenso aumento da população carcerária no Brasil. Pelos últimos dados apresentados pelo Conselho Nacional de justiça (CNJ)¹¹, alcançamos a marca de 563.526 presos, deste total 41% são presos cautelares (sem sentença condenatória transitada em julgado) (NOVO..., 2014).

Se somarmos os indivíduos em prisão domiciliar, chegamos ao incrível número de 711.463 pessoas cumprindo pena, sendo que ao tempo da disponibilização dos dados, existiam 373.991 mandados de prisão pendentes de cumprimento, o que, hipoteticamente, poderia elevar o número de presos para 1.085.454 (NOVO..., 2014).

Por sua vez, o Departamento Penitenciário Nacional¹² apresentou, em seu Levantamento de Informações Penitenciárias (INFOPEN), o número total de 607.731 presos no país, sendo que 41% dos presos não possuem condenação com trânsito em julgado. Entre 1995 e 2010, o Brasil registrou, entre os cinquenta países com maior população prisional, “a segunda maior variação na taxa de aprisionamento, com um crescimento na ordem de 136%. Apenas na Indonésia o ritmo de crescimento relativo da população prisional foi maior do que no Brasil” Ainda de acordo com o levantamento do Infopen, temos 66.313 pessoas presas com processo em andamento ou já condenadas por crimes envolvendo drogas. É muito importante ressaltar, porém, que de acordo com o próprio levantamento:

Há pessoas que estão sendo processadas ou já foram condenadas por mais de um crime. Desse modo, não se pode fazer um paralelo entre essa distribuição percentual por crimes e os quantitativos de pessoas presas.

Nota-se que quatro entre cada dez registros [das pessoas privadas de suas liberdades] correspondem a crimes contra o patrimônio. Cerca de um em cada dez corresponde a furto. **Percebe-se que o tráfico de entorpecentes é o crime de maior incidência, respondendo por 27% dos crimes informados.** Em seguida o roubo, com 21%. Já o homicídio corresponde a 14% dos registros e o latrocínio a apenas 3%. (LEVANTAMENTO..., 2014, p. 69, grifo nosso)

Assim, podemos perceber, de forma prática, o aumento do punitivismo no Brasil, o aumento do encarceramento e do controle estatal. É possível perceber também que os crimes envolvendo a legislação de drogas efetivamente geram encarceramento e punição e que não corresponde a uma legislação sem aplicabilidade prática, mas sim a um verdadeiro propulsor do punitivismo.

¹¹ A última consolidação dos dados data de junho de 2014 e foi elaborada pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça.

¹² O Levantamento de Informações Penitenciárias (INFOPEN), também datam de junho de 2014, sendo elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça.



Paralelamente e diretamente relacionado com a questão do aumento do punitivismo e as questões do tráfico (o encarceramento, a segregação, o etiquetamento, dentre outros), temos outra discussão de vital importância para o presente pré-projeto: a discricionariedade nas decisões judiciais. Discricionariedade esta que, em boa medida, permite e contribui com o punitivismo.

Ronald Dworkin (2007) foi um dos principais autores a confrontar tão complicado problema da discricionariedade. Em seu livro “Levando os Direitos a Sério”, o autor norte americano já nos chamava a atenção para a necessidade de contenção de discricionariedade e para a exigência de igual consideração. Em outras palavras, já nos interpelava acerca da necessidade de levar os direitos a sério.

Dworkin destaca que a teoria dominante no Judiciário norte americano é o positivismo utilitarista, positivismo este também dominante no Brasil¹³. O utilitarismo corresponde a uma teoria pela qual o magistrado decide de acordo com o que considerar o melhor resultado positivo para o maior número de pessoas, decide a partir de argumentos de política (DWORKIN, 2007), argumentos estes que podem ser escolhidos de forma completamente arbitrária e sem parâmetros previamente estabelecidos, o que corresponde ao que Dworkin chama de discricionariedade em sentido forte. Temos aqui a separação entre argumentos de princípios e argumentos de política tão bem tratada pelo autor norte americano. De acordo com Dworkin, política:

[...] é aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político e social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). (DWORKIN, 2007, p. 36)

Este positivismo denunciado pelo referido autor permite ampla discricionariedade, ou melhor, “discricionariedade em sentido forte” (DWORKIN, 2007), o que, por sua vez, permite ao julgador escolher livremente qual objetivo será buscado e qual decisão que melhor efetivará aquele objetivo.

O positivismo deixa o ato de interpretar ao bel prazer e à pura vontade do julgador, podendo decidir livremente dentro da moldura, ou seja, ao se deparar com várias possibilidades de interpretação, o julgador poderia escolher livremente a interpretação que quiser, não

¹³ Acerca do grave problema de se continuar utilizando o paradigma positivista no Brasil, citamos, por todos, os trabalhos de Lenio Luiz Streck (2009a, 2009b, 2012) e Ana Cláudia de Bastos Pinho (2013).



existindo uma interpretação correta (PINHO, 2013). Como muito bem nos ensina Ana Cláudia Bastos de Pinho (2013, p. 21):

No positivismo, a discricionariedade está presente porque, como as palavras não prendem significados, ante a falta de clareza delas, fica tudo nas mãos do juiz, para decidir como melhor lhe aprouver. Eis o enorme perigo de manter uma postura positivista num modelo constitucional democrático: a corrida aos relativismos e decisionismos.

Se aceitássemos a discricionariedade, o julgador pode interpretar a lei e as provas com total liberdade e essa interpretação acaba sendo orientada por argumentos de política, argumentos consequencialistas ou pragmáticos que acabam por privar os direitos dos indivíduos, negando-lhes aplicação em prol de um “melhor” resultado para maior número de pessoas.

Assim, o magistrado, a partir de seus pré-juízos (legítimos e ilegítimos), interpreta acreditando que está decidindo de forma a melhor satisfazer as necessidades da sociedade. Está decidindo, por vezes, acreditando que a punição extrema é forma eficaz de proteger a sociedade da criminalidade, das drogas, do vício, dentre outras¹⁴.

Nesse contexto, sempre são relevantes as reflexões de Agostinho Ramalho Marques Neto (1994, p. 35): “quem nos protege da bondade dos bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada garante, *a priori*, que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas”.

A decisão discricionária do magistrado com certeza pode buscar a justiça; mas justiça para quem? A concepção pessoal de justiça do julgador pode estar, e por muitas vezes realmente está, influenciada por preconceitos falsos, os quais acabam por gerar um aumento do punitivismo estatal.

O julgador, quando orientado pelo discurso do combate ao crime (combate às drogas para fins do presente artigo), acaba por prender mais, condenar mais e punir com mais intensidade sem a consciência de que assim o faz em decorrência de falsos preconceitos que orientam sua compreensão.

¹⁴ A título de exemplo podemos citar decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará que determinou a negou Habeas Corpus e manteve a prisão preventiva do paciente tendo como justificativa “pela gravidade concreta do crime e sua repercussão social, uma vez que o crime é de tráfico de drogas e associação para o tráfico, demonstrando periculosidade e sério abalo à ordem social” (TJ-PA, Câmaras Criminais Reunidas, HC nº 2012.3.016478-7, Relatora: Desª Vera Araújo De Souza) ou a decisão denegatória de Habeas Corpus “fundamentada” No fato de que “o crime de tráfico de entorpecentes é um crime de especial gravidade social. É ele o responsável pelo esfacelamento social, já que atua destruindo diretamente a célula máter da sociedade, na medida em que destrói as relações familiares. Além disso, é ele a matriz geradora da maioria dos demais delitos penais, a exemplo do roubo, do furto da receptação, etc; já que os viciados em entorpecentes, após perderem o contato familiar e profissional e por consequência o apoio financeiro -, passam a praticar crimes para sustenta o vício e fomentar o tráfico” (TJ-PA, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, HC n.º 2012.3.008942-2. Relatora: Desª Brígida Gonçalves dos Santos).



Interpretar não é relativismo, não é um puramente “depende de quem interpreta”, ou seja, interpretar não é simplesmente decidir como bem se quer (STRECK, 2012).

O direito não é fruto de achismos ou da boa vontade do juiz, mas sim uma prática social argumentativa desenvolvida a partir de uma hermenêutica controlada. As decisões judiciais são respostas corretas a casos concretos, por meio de uma interpretação construtiva (PINHO, 2013).

Lenio Streck, ao tratar da questão da discricionariedade, afirma ainda que: “o Direito não é aquilo que o interprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é” (STRECK, 2009a, p. 112). Com muita propriedade nos diz:

A afirmação de que o ‘interprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’ nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma). [...]. Portanto, todas as formas de decisionismo e discricionariedade devem ser afastadas (STRECK, 2009a, p. 112).

Nesse contexto, acreditamos que a hermenêutica gadameriana poderá nos ajudar a alcançar a interpretação não orientada por falsos preconceitos, sem mal-entendidos e desta forma, e em certa medida, reduzir o punitivismo estatal.

Ao analisarmos decisões do Judiciário brasileiro, podemos observar que algumas delas claramente nos deixam em dúvida acerca do que realmente orienta a decisão.

Para ilustrar, podemos observar algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará que prontamente nos trazem dúvidas acerca dos motivos que determinaram a decisão; dúvidas se os motivos apresentados na decisão não escodem algo além do que está escrito e se é possível desvendar o não dito que sempre é carregado pelo dito (STRECK, 2012), a partir da consciência hermenêutica que está atrelada à consciência histórica.

Em apelação julgada pela 1ª Câmara Criminal Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, o apelante requereu, por meio da Defensoria Pública, a desclassificação de traficante art. 33¹⁵ da Lei 11.343/06) para usuário (art. 28¹⁶ da Lei 11.343/06). O relatório do acórdão narra que:

¹⁵ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

¹⁶ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;



[...] os policiais foram informados que havia venda de drogas em uma residência localizada na Rua Jader Barbalho, bairro Água Boa, em Outeiro, em virtude do que se deslocaram para o referido local e lá encontraram o apelante em frente à sua residência e este, com a aproximação dos policiais empreendeu fuga para o interior da casa, dando início à perseguição e posterior abordagem do apelante no interior do imóvel, sendo encontrado em seu poder uma sacola contendo 22 petecas de cocaína e 2 papélotes de maconha, além de R\$ 5,00 em espécie. (TJ-PA, Apelação nº 0004352-23.2010.8.14.0201, Relatora Des^a. Vera Araújo de Souza, julgado em 23/06/2015)

Ao analisar o pedido de desclassificação, a desembargadora relatora negou-o alegando que o apelante não provou que as drogas apreendidas eram apenas para seu uso pessoal e que, na verdade, estava mais do que comprovado que o apelante era traficante de drogas, e não apenas usuário, devido às circunstâncias nas quais se deu a prisão.

O conjunto probatório existente nos autos evidencia a ocorrência do crime de tráfico ilícito de drogas, não havendo que se falar de desclassificação para o delito de uso para consumo próprio, mesmo porque não está minimamente comprovada a condição de que o apelante seria exclusivamente usuário, não tendo a defesa convencido que a droga que portava o apelante era para consumo próprio, não havendo nenhuma prova capaz de corroborar tal tese o que, como cediço, é obrigação da defesa, sendo comum a todos os acusados desse crime dizerem que são usuários, sendo este um comportamento padrão. Ademais, é pacífico o entendimento doutrinário de que apenas na dúvida quanto à condição de traficante ou usuário deve-se aplicar a pena mais benéfica ao Réu, **dúvida esta que não ocorreu no caso em tela, onde não resta dúvida acerca da condição do apelante tendo em vista as circunstâncias em que foi preso.** (TJ-PA, Apelação nº 0004352-23.2010.8.14.0201, Relatora Des^a. Vera Araújo de Souza, julgado em 23/06/2015, grifo nosso)

A primeira dúvida que surge, e que não foi explicitado na decisão, é: quais são essas circunstâncias nas quais o apelante foi preso e que foram de fundamental relevância para a decisão?

As circunstâncias dizem respeito, exclusivamente, à quantidade de drogas apreendidas (22 petecas de cocaína e 2 papélotes de maconha)? Ou seria também o fato de o indivíduo residir em um bairro humilde e periférico e não em um bairro nobre da cidade e não ser de uma família abastada?

O que influenciou a decisão foi a quantidade de drogas ou a presunção de que um assistido da Defensoria Pública não teria dinheiro para comprar 22 petecas de cocaína para uso pessoal? Se fossem petecas de crack, alguma coisa seria diferente na decisão?

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.



Outra decisão que trazemos para a discussão é a proferida no *Habeas Corpus* (HC) 0080771-76.2015.8.14.0000, julgado pelas Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

O Paciente teria sido preso em flagrante com aproximadamente 103 (cento e três) gramas de maconha e sua prisão foi convertida em prisão preventiva, nos termos do artigo 310¹⁷ do Código de Processo Penal.

Nesse HC, o Impetrante requeria a liberdade do Paciente, por entender que no caso não estavam evidenciadas as hipóteses autorizadoras da decretação da prisão preventiva¹⁸. A Câmara negou o pedido por unanimidade nos termos do voto do Relator, que afirmou em sua decisão que:

Não de outra forma, tais circunstâncias, demonstram a gravidade concreta da conduta da agente, que agindo dessa forma, **vem contribuindo para aumentar o risco à saúde de vários usuários de entorpecentes**, bem como, **pela desestruturação de suas famílias, ainda mais a insegurança e o temor da população, que vive hoje em dia trancada dentro de suas casas com medo de perder a vida em constantes crimes em decorrência do tráfico de drogas.**

Assim, entendo que faz-se necessária a medida de exceção, a fim de ser acautelado o meio social, no intuito de reprimir a prática de delitos constantes nos grandes centros urbanos. (TJ-PA, HC nº 0080771-76.2015.8.14.0000, Relator Des. Ronaldo Marques Valle, julgado em 09/11/2015, grifo nosso)

Dentre as várias questões que podem ser discutidas neste julgado, gostaríamos de suscitar algumas dúvidas que nos surgem. Com base em quais elementos o julgador afirma que há um aumento do risco a saúde pública? Realmente esse risco existe ou não passa de senso comum?

O mesmo pode ser questionado quanto à desestruturação das famílias dos usuários de maconha. Até que ponto a maconha pode realmente “desestruturar” famílias? No que difere das mazelas causadas pelo álcool? Todo usuário de maconha causa a desestruturação de sua família? Por fim, de onde vem a ideia de que todos, ou pelos menos muitos, outros crimes são decorrentes do tráfico? Não seria mais uma vez apenas senso comum irrefletido?

¹⁷ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

¹⁸ As hipóteses de decretação da prisão preventiva estão previstas nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, sendo que no caso analisado o Impetrante alegava a inexistências das hipóteses fáticas do artigo 312, o qual possui a seguinte redação: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.



Acreditamos que, pela consciência hermenêutica, – partindo dos avanços até então alcançados pela criminologia crítica – poderemos responder muitas dessas perguntas e outras dúvidas como estas. “É preciso se colocar na condição concreta daquele que compreende – o ser humano – para que o compreendido possa ser devidamente explicitado. E esse é ponto fulcral” (STRECK, 2012, p. 40).

Tendo sempre em mente que a tarefa da hermenêutica é provocar os pré-juízos (Streck), devemos buscar, a partir da provocação ancorada em uma consciência histórica, desvelar os falsos pré-juízos que orientam muitas das decisões envolvendo a legislação de drogas no Brasil, e a partir desta consciência hermenêutica, contribuir para a contenção da arbitrariedade judicial e, conseqüentemente, reduzir o punitivismo estatal, pela contenção do poder que os magistrados exercem diretamente sobre os indivíduos selecionados pelas agências executivas (processo de criminalização secundária), não permitindo que a continuação desse exercício (ZAFFARONI et al, 2015).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela construção feita ao longo do artigo, pudemos ver várias alterações sofridas pela Legislação de drogas no Brasil, bem como as influências de elementos nacionais e internacionais que acarretaram na mudança do tratamento das figuras do usuário e do traficante, em especial a influência do discurso médico-jurídico.

Nos parece claro também, a necessidade de levar em consideração todas as mudanças legislativas, todas as influências (midiáticas, cinematográficas, etc) nacionais e internacionais que orientaram a construção do sistema de repressão às drogas no Brasil, buscando a compreensão da tradição de na qual estamos inseridos.

Apenas partindo desta tentativa de compreensão, será possível buscar o confronto da tradição com nossas estruturas prévias de compreensão e assim identificar os preconceitos ilegítimos que obstaculizam a compreensão.

A partir do confronto com a tradição, podemos nos aproximar do não dito que está por trás do dito nas decisões judiciais. Esta consciência nos permitirá a identificação dos preconceitos ilegítimos e conseqüentemente a redução da arbitrariedade da decisão. Devemos lembrar que a decisão sempre será arbitrária quando os pré-juízos de que partimos forem arbitrários. O próprio magistrado deve ter a consciência de que:

[...] o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida e que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos



preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos (GADAMER, 2008, p. 403).

O problema de pesquisa possui relevância na medida em que política punitivista de repressão às drogas gera elevado encarceramento em nosso país, o que agravado pela arbitrariedade judicial ao tempo da criminalização secundária, proferindo decisões claramente orientadas por senso comum e pré-juízos de compreensão arbitrários.

Apesar de o presente artigo ter como principal objetivo levantar questionamentos e incertezas, buscando provocar o desenvolvimento de mais pesquisas, e não proporcionar respostas absolutas; no presente momento de desenvolvimento do estudo, acreditamos estar demonstrado que a compreensão da tradição de repressão às drogas, a partir da hermenêutica gadameriana, poderá nos ajudar no controle da decisão judicial, impedindo, pelo menos em certa medida, que sentenças e acórdãos sejam orientados por preconceitos ilegítimos, que acabam por contribuir com a ampliação do punitivismo irracional.

Por outro lado, também nos servirá de auxílio no controle da arbitrariedade da decisão e conseqüentemente nos ajudará com a contenção do punitivismo estatal. Isso se dá pelo afastamento dos argumentos baseados em mero senso comum, pelo afastamento de argumentos e interpretações orientadas por preconceitos ruins, por preconceitos ilegítimos, pelo afastamento de decisão baseadas em juízos prévios completamente arbitrários que acabam por levar a interpretações (decisões) arbitrárias.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.



LEVANTAMENTO, nacional de informações penitenciárias – INFOPEN, 2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>, acessado em 01/12/2015.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O poder judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o juiz cidadão. **Revista da Anamatra**, São Paulo, n. 21, p. 35. 1994.

NOVO, diagnóstico de pessoas presas no Brasil, 2014. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf, acessado em 01/12/2015.

OLMO, Rosa. **A Face Oculta da Droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para Além do Garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

_____. **O que é isso**: decido conforme minha consciência?. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. v. 1.