

Artigo

O proibicionismo como impulsionador do encarceramento em massa: como reduzir os danos na execução penal em casos da lei de drogas?

Prohibitionism as a driver of mass incarceration: how to reduce harm in penal execution in drug law cases?

Ana Beatriz Silva Sena¹

¹Pós-Graduada em Direito de Execução Penal e Direito Público pela LEGALE, Recife, Pernambuco. ORCID: 0009-0001-4930-5310. E-mail: beatriz_sena1@hotmail.com.

Submetido em: 27/12/2025, revisado em: 04/01/2026 e aceito para publicação em: 22/01/2026.

RESUMO: A população carcerária nacional é majoritariamente composta por pessoas condenadas por delitos patrimoniais e por crimes previstos na Lei de Drogas. Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, em 2017 havia 187.225 pessoas privadas de liberdade por crimes relacionados à Lei nº 11.343/06. É importante alertar, ainda, que a defasagem temporal nesses dados também indica a problemática da deficiência estatística do sistema prisional brasileiro que, com base em outros indicadores, tem uma população de pessoas privadas de liberdade por delitos da lei de drogas muito maior do que o número expresso anteriormente. Os números sugerem prioridade dada pelo sistema de justiça criminal à repressão dos crimes elencados na Lei 11.343/06 que são repudiados socialmente com bastante veemência. Esse repúdio mais acentuado se dá, pois, no Brasil, há uma suposta guerra às drogas, instaurada a partir de uma política proibicionista que aponta – de modo seletivo – quem serão os alvos do sistema de justiça criminal. Ademais, o entendimento pela equiparação do crime de tráfico de drogas aos delitos de caráter hediondo também impacta no encarceramento exponencial de pessoas por esse tipo de delito. Neste toar, buscar-se-á, no presente trabalho, analisar como o proibicionismo impulsiona o encarceramento em massa e refletir sobre as possíveis formas de reduzir danos do encarceramento em massa gerado pela política proibicionista brasileira, a partir da compreensão da guerra às drogas e da análise do papel dos atores do sistema de justiça criminal, lógica vinculada a um racismo estrutural, que encarcera determinados corpos no Brasil. Em sendo assim, trata-se do objetivo desse trabalho, além de analisar dados obtidos por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tecer proposições a respeito do funcionamento da execução penal em crimes da Lei nº 11.343/06 e da atuação dos atores do sistema de justiça criminal, majoritariamente branco, na questão da Guerra às Drogas.

Palavras-chave: Proibicionismo; Lei de Drogas; Racismo; Encarceramento em massa; Branquitude, Execução da pena; Crime hediondo.

ABSTRACT: The national prison population is mostly composed of people convicted of property crimes and crimes provided for in the Drug Law. According to data from the National Survey of Penitentiary Information – INFOPEN, in 2017 there were 187,225 people deprived of liberty for crimes related to Law No. 11,343/06. It is also important to warn that the time lag in these data also indicates the problem of the statistical deficiency of the Brazilian prison system, which, based on other indicators, has a population of people deprived of liberty due to drug law offenses much larger than the number previously expressed. The numbers suggest the priority given by the criminal justice system to the repression of the crimes listed in Law 11.343/06 that are socially repudiated quite vehemently. This more accentuated repudiation occurs because, in Brazil, there is a supposed war on drugs, established from a prohibitionist policy that points out – in a selective way – who will be the targets of the criminal justice system. In addition, the understanding of equating the crime of drug trafficking to crimes of a heinous nature also impacts the exponential incarceration of people for this type of crime. In this regard, the present work will seek to analyze how prohibitionism drives mass incarceration and to reflect on the possible ways to reduce the harm of mass incarceration generated by the Brazilian prohibitionist policy, based on the understanding of the war on drugs and the analysis of the role of the actors of the criminal justice system in this logic linked to structural racism, that incarcerates certain bodies in Brazil. Therefore, the objective of this work is, in addition to analyzing data obtained through bibliographic and jurisprudential research, to make propositions about the functioning of criminal execution in crimes of Law No. 11.343/06 and the performance of the actors of the criminal justice system, mostly white, in the issue of the War on Drugs.

Keywords: Prohibitionism; Drug Law; Racism; Mass incarceration; Whiteness, Execution of the sentence; Heinous crime.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Esse trabalho, em forma de monografia, pretende analisar como a Lei nº 11.343/06 e o proibicionismo aumentam exponencialmente o encarceramento em massa no Brasil, além de observar se os institutos da execução penal podem ser utilizados como mecanismo de redução de danos dessa política proibicionista incidente no Brasil.

É imprescindível pontuar que a redução de danos, também conhecida pela sigla RD, é uma postura ética adotada para viabilizar a mitigação de danos relacionados a alguma prática. No contexto das drogas, está comumente associada à dinâmica de cuidado e minimização de consequências negativas do uso de drogas, principalmente no âmbito da saúde. No presente trabalho, entretanto, quero trazer o conceito, para além da sua utilização mais recorrente, tratando-o, por tanto,

como sinônimo de contenção de danos político criminais da Guerra às Drogas.

Diante disso, faz-se necessário, logo no capítulo inicial do trabalho, compreender que a proibição das drogas foi instituída fundamentada em interesses não declarados que precisam ser suscitados e discutidos. Para isso, será feita uma análise da proibição das drogas a nível mundial e sua relação com a história do Brasil para que conheçamos os interesses que fundamentam a proibição, compreendendo que não é uma realidade naturalmente existente, mas sim criada politicamente.

Após a investigação da construção da Guerra às Drogas e da compreensão da potencialidade dos seus danos, iremos nos debruçar sobre o caráter hediondo (ou não) do tráfico de drogas, a partir da análise do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e refletir sobre as suas consequências no sistema de execução das penas no Brasil.

Essa relação se dá, pois, na busca de compreender qual o perfil de crimes pelos quais há um maior número de pessoas encarceradas, verificou-se que o crime de tráfico é muito frequente, representando 30% da população carcerária em 2017 (DEPEN, 2017) e há indicativos de que esse percentual tenha crescido nos últimos anos. Tal número é expressivo, pois sinaliza qual tipo de crime é frequentemente responsável pelo aprisionamento de pessoas e pela manutenção dessas pessoas no sistema prisional brasileiro por longos períodos.

Com efeito, a situação sugere a prioridade dada pelo sistema de justiça criminal à repressão de crimes “associados” à pobreza e reprimidos socialmente com bastante veemência, como é o caso do tráfico de drogas. Isso ocorre porque no país há uma verdadeira guerra às drogas, instaurada a partir de uma política proibicionista, racista e higienista, pautada no pânico moral (Cohen, 1972 apud Semer, 2019). Este, por sua vez, criado e desenvolvido por meio de alarde, desproporcionalidade, populismo midiático, em uma sociedade na qual predominam empresários morais⁵ que repudiarão determinadas questões e darão subsídios a uma fábrica de estereótipos, generalizações e simplificação, apontando – de modo seletivo - quem serão os alvos do sistema de justiça criminal.

Para Nilo Batista e Raúl Zaffaroni (2003), os empresários morais tanto podem ser comunicadores sociais, políticos, religiosos, policiais ou organizações que reclamam da impunidade exigindo sempre medidas mais duras para o combate à criminalidade. Ao final deste trabalho veremos, para além dos apontados, que os operadores do sistema de justiça criminal atuam como grandes empresários morais a partir do poder decisório sobre a vida daqueles que serão criminalizados.

Segundo o INFOPEN, em junho de 2016, o Brasil contava com uma população prisional de 726.712 presos, sendo de 292.450 (isto é, 40,2%) o número de presos provisórios. A redução do encarceramento provisório, portanto, também teria o condão de diminuir a superlotação dos presídios e os danos e violações de direitos humanos dela decorrentes.

Observa-se, ainda, como é expressivo o quantitativo de presos provisórios em decorrência dos

delitos ligados à Lei 11.343/06, sendo a decretação de prisão preventiva a decisão mais recorrente nesses casos, apesar de se tratar de um crime sem violência ou grave ameaça.

Dessa forma, a problemática do encarceramento fruto da política proibicionista tem impactos no sistema prisional brasileiro não somente após a condenação definitiva, mas desde as excessivas prisões provisórias em decorrência de delitos relacionados à Lei de Drogas até a efetiva execução definitiva da pena.

A partir de tudo exposto, pretendeu-se observar nesse trabalho, com o aporte teórico da criminologia crítica, os impactos da ideologia do proibicionismo no encarceramento em massa brasileiro, além de observar o impacto da Lei de Crimes Hediondos e da Lei de Drogas na Execução Penal, bem como a atuação do sistema de justiça criminal como possibilidade de redução ou fomento do encarceramento em massa em casos da Lei de Drogas.

Para isso, após a compreensão da história do proibicionismo como algo construído politicamente e para buscar responder as questões que embasam esse trabalho, utilizei a análise da Lei nº 8099/90, da Lei nº 11.343/06 e também da Lei de Execuções Penais de forma interligada, para compreender os impactos da aplicação desses 03 importantes instrumentos normativos na configuração do atual Estado de Coisas Inconstitucionais no sistema prisional brasileiro. Por fim, houve também um estudo jurisprudencial a fim de compreender melhor sobre as possibilidades de atuação dos atores do sistema de justiça criminal na redução de danos desse super encarceramento irracional. Assim, nesse trabalho faz-se presente uma intensa interlocução com a sociologia, a história, a psicologia social e a antropologia sem negligenciar as especificidades pertinentes ao direito e aos institutos jurídicos.

Nesse sentido, foi realizada ainda uma reflexão do padrão de decisões proferidas pelas autoridades no âmbito da Execução penal, formadas majoritariamente por corpos brancos⁶ que julgam a vida de corpos majoritariamente pretos, o que possibilitou refletir sobre o pacto narcísico da branquitude⁷, sobre o paradoxal privilégio de ser vítima⁸, sobre a justiça em linha de montagem⁹ e, por fim, pensar se há possibilidade de redução de danos da política proibicionista por meio de um uso mais racional dos institutos da Execução Penal.

2 CORRENTES INVISÍVEIS: A HISTÓRIA DA PROIBIÇÃO DAS DROGAS

A proibição das drogas é um tema complexo e multifacetado que envolve questões de saúde pública, segurança, economia e direitos humanos. A trajetória das políticas de drogas no mundo é marcada por momentos-chave que definiram o rumo das legislações e das estratégias de combate ao uso e tráfico de substâncias ilícitas. Este capítulo pretende explorar a evolução histórica da proibição das drogas desde suas origens até os dias atuais.

2.1 A HISTÓRIA DA PROIBIÇÃO DAS DROGAS

Em uma primeira análise, é essencial pontuar que, em uma perspectiva criminológica crítica, compreende-se que a criminalização das condutas como 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, se dá como escolha de política criminal.

O crime não existe em si próprio, mas surge a partir de um processo de criminalização primário, no qual há uma escolha política, por meio do legislativo, de tipificar determinadas condutas como criminosas. Em seguida, há também uma criminalização secundária realizada pelos atores do sistema de justiça criminal que selecionam quais indivíduos serão alvos do sistema de justiça criminal, na medida em que seria impossível controlar absolutamente todos que cometem às condutas tidas como criminosas.

Com isso, deve-se ter como premissa que o processo de criminalização não é algo natural e que já está posto, mas algo que é construindo e que tem intenções políticas e econômicas como substrato.

Assim, é importante compreender que a história da proibição das drogas remonta ao século XIX, quando a exploração colonial e a expansão dos mercados globais trouxeram à tona o uso de substâncias como o ópio, a cocaína e a cannabis. As primeiras medidas restritivas começaram a ser adotadas no final do século XIX e início do século XX.

A internacionalização da proibição das drogas começou com a Convenção Internacional do Ópio de 1912, que estabeleceu um acordo entre países para limitar a produção e distribuição de ópio. Posteriormente, outras substâncias foram incluídas em convenções subsequentes, como a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, que consolidou diversos tratados em um só e criou a estrutura legal para a proibição global das drogas.

A década de 1970 marcou um ponto de inflexão na história da proibição das drogas com a declaração da "Guerra contra as Drogas" pelo presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon. Tal política foi importada acriticamente por países latino-americanos, dentre eles, o Brasil.

O proibicionismo e essas "Guerra às Drogas" resultaram em um aumento significativo da criminalização do uso e do tráfico de drogas, bem como na militarização das forças de segurança envolvidas no combate ao tráfico. Por sua vez, a criminalização do uso de substâncias levou à superlotação das prisões, especialmente de pessoas pobres, negras e periféricas.

No âmbito da legislação brasileira, o juízo realizado para diferenciar quem é usuário (submetido à possibilidade de condenação a uma pena não privativa de liberdade, como advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo) de

quem é traficante (cuja pena é de 5-15 anos, em regra, sendo considerado equiparado a um crime hediondo), se baseia em critérios subjetivos e parciais que conservam um modelo colonialista, elitista e racista, pois todos esses critérios reproduzem julgamentos prévios de nossa sociedade sobre raça, classe e território.

Entende-se, portanto, que o proibicionismo acaba sendo utilizado como um instrumento racista de dominação e de seletividade, na medida em que enseja a criminalização e a estigmatização de pessoas pretas, pobres e periféricas.

2.2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Por tudo exposto, verifica-se uma relação racial estreita que seleciona quem será aprisionado no nosso sistema prisional, sendo imperioso tratar das mazelas que o permeiam.

Em linhas gerais, conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2017) a taxa de encarceramento em decorrência de delitos da lei de drogas indica um percentual de mais de 30% de aprisionamento no país por conta de delitos dessa lei. Ademais, em relação ao dado sobre a cor ou etnia da população prisional brasileira, os dados do Infopen de 2017 indicam que 46,2% das pessoas privadas de liberdade no Brasil são de cor/etnia parda, seguido de 35,4% da população carcerária de cor/etnia branca e 17,3% de cor/etnia preta. Somados, pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,6% da população carcerária nacional.

O sistema prisional brasileiro, que tem como a maior causa de aumento populacional o aprisionamento em decorrência da Lei de Drogas, é caracterizado por um contexto de encarceramento em massa, facções, letalidade, militarização da polícia, guerra às drogas. A partir disso, surgiu a ADPF 347, de relatoria do Min. Marco Aurélio e proposta pelo PSOL, que reconheceu o estado de coisas inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro.

Tal ação serviu de mudança à Corte no sentido de que o sistema de justiça criminal é incompatível com o respeito à dignidade humana. As pesquisas, realizadas sob a ADPF, revelaram, no ambiente prisional: o agravamento das condições penitenciárias com a superlotação; deslocamento de funções de servidores; desproporção do número de presos provisórios; falta de estrutura sistêmica (arquitetura dos presídios não pensada à realidade local); limite de acesso dos presos ao SUS, mesmo antes do COVID-19 (casos de tuberculose); ausência de oferta de trabalho e programas de educação e capacitação técnica; além de ignorância quanto às determinações advindas dos relatórios da ONU e omissão do Judiciário nos aspectos degradantes das prisões.

Na ADPF 347, portanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que no sistema prisional brasileiro ocorre uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos e que as penas privativas de liberdade aplicadas nas prisões terminam sendo penas cruéis e desumanas, o que viola expressamente a

Constituição Federal. Assim, imperioso se faz a transcrição de trecho da ementa do referido julgamento:

[...] Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATORIA. [...]

O Supremo Tribunal Federal destacou, ainda, que a União estava contingenciando recursos, de maneira que estava não só impedindo a elaboração de novas políticas públicas, como também inviabilizando a promoção de projetos já existentes, fato este que contribui sobremaneira para o agravamento do já periclitante quadro das casas do sistema carcerário do Brasil. O STF apontou também que as constantes afrontas aos direitos fundamentais dos reeducandos colaboravam ainda mais para o aumento da violência tanto dentro como fora dos presídios.

Neste julgamento restou claro que o atual quadro do sistema carcerário brasileiro além de não ter a menor condição de buscar e incentivar à ressocialização dos presos fomenta ainda mais a criminalidade, de forma que os presídios atualmente são verdadeiras escolas do crime. Tal teoria baseia-se nas elevadas taxas de reincidência, passando o egresso a perpetuar delitos ainda mais gravosos.

De acordo com o Ministro relator Marco Aurélio, a população carcerária brasileira enfrenta diversos problemas diariamente tais como, superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas altamente sujas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água e de material de higiene básica, falta de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, além da dominação dos cárceres por organizações criminosas, falhas no controle do cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Para o ministro, a responsabilidade por esse quadro de inconstitucionalidade não é exclusiva à União, mas sim de todos os Estados-membros.

Nesse sentido, a lesão aos direitos fundamentais dos presos acabaria violando o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e a garantia ao mínimo existencial, motivo pelo qual justificaria um desempenho mais assertivo do próprio Tribunal. Com isso, seria incumbência da Corte remover os demais poderes da inércia, estimular debates sobre o tema e a criação de novas políticas públicas, bem como estruturar as ações e supervisionar os resultados. Desta feita, tendo o Tribunal o dever e obrigação de zelar pela

guarda da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve a Suprema Corte promover medidas que estimulem os demais poderes da República a sair do estado de inércia no que tange o sistema carcerário brasileiro, estimulando assim debates sobre o tema e a criação de novas políticas públicas, bem como estruturar as ações e supervisionar os resultados.

Por tudo exposto, fica ainda mais explícito como é de suma importância um olhar atento ao encarceramento em massa fomentado pela política proibicionista e todas as consequências geradas para agravar a crise no sistema penitenciário brasileiro.

3 O CARÁTER HEDIONDO (OU NÃO) DO TRÁFICO DE DROGAS

Faz-se imprescindível, por sua vez, compreender os tipos penais inseridos na lei de drogas e a construção legislativa desses tipos que reflete o juízo moral que determina quais condutas serão consideradas mais reprováveis pelo sistema de justiça criminal.

A escolha política do que se determina como “hediondo” é uma materialização desse juízo moral de reprovabilidade mais intensa de determinadas condutas e, por isso, é pertinente analisar essa construção do “caráter hediondo” das condutas tipificadas na lei de drogas.

É de entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça que o tráfico de drogas privilegiado, previsto no art.33, § 4º, da Lei 11.343/06, não é equiparado a hediondo. Ademais, A Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), em seu art. 112, § 5º (com a redação que lhe conferiu a Lei n.13.964/2019) é expressa em dizer que:

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Nesse mesmo sentido, estaria o art. 33, §§ 2º e 3º, bem como o art. 35 da Lei 11.343/06, sendo considerado pela doutrina e jurisprudência dominante o caráter hediondo apenas ao art. 33, *caput* e §1º da Lei nº 11.343/06.

Ocorre que, na Lei de Drogas, efetivamente não há disposição alguma acerca da hediondez desses tipos penais. A referência aos delitos hediondos foi feita, inicialmente, no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal: “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”.

Há um entendimento predominante que nessa disposição do constituinte originário existe uma equiparação inicialmente do tráfico de drogas à tortura, ao terrorismo e aos crimes definidos como hediondos. No entanto, pretende-se refletir nesse trabalho sobre o equívoco desse entendimento.

Ao criar a Lei nº 8.072/1990, cumprindo o mandamento constitucional, determinaram-se quais seriam os delitos hediondos (art. 1º)¹⁶ e vedou-se a “anistia,

graça, indulto e fiança” aos delitos previstos no art. 5º, XLIII, CF (art. 2º). Desse modo, compreende-se que o tráfico de drogas não foi inserido no rol do art. 1º, portanto, não seria crime hediondo, mas somente teria a vedação da anistia, graça, indulto e fiança disposta no art. 2º. Dessa forma, o legislador não definiu em que consiste a categoria de hediondos “equiparados”.

Nesse sentido, compreender que, o constituinte (art. 5º, XLIII, CF/88) e o legislador (art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/1990), ao colocarem os delitos de “tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo” ao lado dos delitos hediondos, os equiparam a delitos hediondos é um equívoco lógico, pois ao colocá-los apenas ao lado e não inseridos dentro do rol de delitos hediondos, por exclusão, definiu-se justamente que esses três delitos não seriam hediondos.

Assim, não houve equiparação aos delitos hediondos, apenas foi atribuída algumas vedações em comum para esses delitos. Dessa forma, não existe um rol taxativo de delitos “equiparados” a hediondo, sendo imprescindível que exista respeito ao princípio da legalidade e da taxatividade para que se considere algum delito como equiparado à hediondo. Qualquer agravamento penal, como a equiparação à hediondez, submete-se ao princípio da reserva legal, não podendo fazê-lo o intérprete por conta própria.

Quando pretende equiparar totalmente um delito aos crimes hediondos, o legislador o faz expressamente, como no delito de terrorismo (art. 17 Lei nº 13.260/16) – o que não aconteceu na Lei de Drogas - e contribui para a compreensão de que é equivocado entender como equiparado à modalidade de crime hediondo o delito de tráfico de entorpecentes. Também nesse toar, o art. 44 da Lei 11.343/06, prevê expressamente quais seriam as características específicas que o tráfico de drogas teria em comum em relação aos delitos hediondos, sem, porém, determinar a equiparação total, como fez a Lei de Terrorismo.

Portanto, é imperioso concluir que o tráfico de drogas não deve ser compreendido como um delito equiparado aos crimes hediondos e, portanto, não deve sofrer a mesma repressão legal que atos libidinosos e violentos, como se o comércio de substâncias tidas como ilícitas não se desse de forma voluntária e como se a oferta não estivesse ligada diretamente à demanda (Valois, 2020, p. 444).

Aparentemente tratar o tráfico de entorpecentes como equiparado à hediondo extrapola qualquer taxatividade e reserva legal e tal tratamento se dá com base no proibicionismo e no punitivismo irracional que utiliza a hediondez como uma tentativa de elevar um valor moral de maior reprovabilidade à categoria de bem jurídico a ser protegido de forma mais veemente. Verifica-se, desse modo, que os réus são julgados e sentenciados pela conjuntura social e pela própria visão moral do legislador e do sistema de justiça criminal acerca do tráfico de entorpecentes, não pelos danos ou ameaças configurados efetivamente por esse delito.

O impacto dessa errônea configuração do tráfico de entorpecentes como equiparado à hediondo é ainda mais grave exatamente no âmbito da execução penal, pois

agrava o cumprimento das penas, não só por criar penas mais graves no ordenamento jurídico, mas também por dificultar o cumprimento dessas penas na medida em que impõe um regime diferenciado de acesso à direitos subjetivos do apenado, como à progressão de regime e ao livramento condicional.

3.1 DA PROGRESSÃO DE REGIME

A execução da pena no Brasil funda-se no sistema progressivo com a transferência para regime menos rigoroso a ser determinado pelo juiz, com fulcro no art. 112 da LEP. Esse instituto possui natureza de direito público subjetivo e deve ser concedido pelo Estado sempre que preenchido os requisitos pelo apenado. Perceber a progressão de regime como um direito do apenado e não como um benefício é um fator primordial para tratar do tema.

A Lei 13.964/19 modificou o tratamento da progressão de regime que tem natureza materialmente penal e, portanto, incide o princípio da norma penal mais benéfica e da irretroatividade mais gravosa. Essa Lei 13.964/19 também fez alterações na Lei de crimes hediondos que tem impacto direto no tratamento da execução penal de sentenciados por tráfico de drogas. Vejamos a seguir.

O art. 2º, §2º da Lei nº 8072/90, § 2º expressava:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas** afins e o terrorismo **são insuscetíveis** de:
I - anistia, graça e indulto;

II - fiança.

§2º - A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, **dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena**, se o apenado for primário, e **de 3/5 (três quintos), se reincidente**, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).(Redação dada pela Lei nº 13.769, de 2018)(Revogado pela Lei nº 13.964, de 2019)

Desse modo, a aplicação de percentuais de progressão previstos aos crimes hediondos também se aplicava ao delito de tráfico de drogas pela disposição do art. 2º, §2º da Lei nº 8072/90. No entanto, com o advento da Lei nº 13.964/19, o referido dispositivo foi revogado e, dessa forma, não haveria mais equiparação de percentuais de progressão de regime de crimes hediondos ao crime de tráfico de drogas.

Em razão disso, as previsões contidas na nova redação do art. 112 da LEP acerca de supostos delitos “equiparados a hediondos” não fazem mais sentido, diante da ausência de previsão legal expressa, bem como a impossibilidade de criação dessa figura mais gravosa por outro meio, como interpretação extensiva ou analogia. Por consequência, o apenado pela prática de “tráfico de drogas” deverá progredir conforme os critérios objetivos dos delitos comuns, ou seja, após o cumprimento de 16, 20,

25 ou 30% da pena aplicada previstos no art. 112 da LEP, porque não são delitos “equiparados a hediondo”.

A redução do lapso temporal exigido para progressão de regime nos delitos de tráfico de drogas seria fundamental para uma redução do número de encarcerados no sistema penitenciário brasileiro, pois além de ser expressivo o número de pessoas presas por esses delitos, o tempo que essas pessoas ficam no sistema é alto quando se trata de um lapso temporal para progredir equivalente aos dos crimes hediondos, cometidos mediante violência e grave ameaça, o que fere diretamente qualquer proporcionalidade e razoabilidade.

É imperioso que a pena aplicada a pessoas que cometem crimes de tráfico de drogas, que não são crimes violentos, seja inferior à pena aplicada aos demais crimes hediondos, até mesmo pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Não é racional e não está em conformidade com o princípio da isonomia penitenciária que presos condenados por crimes comuns, como deve ser tratado o crime de tráfico de drogas, cumpram pena nos mesmos estabelecimentos prisionais e nas mesmas condições que presos condenados por crimes hediondos, pois “as penas devem ser cumpridas em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito”, conforme o art. 5º, XLVII, da Constituição Federal.

É válido apostar na ideia de aplicação dos percentuais de crime comum para progressão de regime de crimes de tráfico de drogas como uma forma possível de reduzir o encarceramento em massa, pois haveria um tempo mais curto de passagem dessas pessoas, em sua maioria primárias e sem maus antecedentes, no sistema carcerário, reduzindo, dessa forma, até a possibilidade de ingresso dessas pessoas em fações criminosas e a cooptação para fazer parte de organizações – situação comum no estado de coisas inconstitucionais do sistema prisional brasileiro já constatado pela Corte Suprema do país.

Contudo, em que pese a tese ser absolutamente viável e muito bem construída, devendo ser continuamente sustentada, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 – conhecida como Pacote Anticrime – na Lei 8.072/1990 não retiraram a equiparação do delito de tráfico de entorpecentes a crime hediondo. O colegiado destacou que a classificação da narco traficância como infração penal equiparada a hedionda está prevista na própria Constituição (artigo 5º, inciso XLIII), o que se deve entender como equivocado por tudo que já foi exposto ao longo do trabalho.

O entendimento foi fixado pela turma ao rejeitar habeas corpus que buscava o reconhecimento de que o tráfico de drogas teria perdido a sua caracterização como crime equiparado a hediondo após o início da vigência do Pacote Anticrime, que revogou o artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei 8.072/1990. O dispositivo trazia parâmetros para a progressão de regime no caso de crimes hediondos e equiparados – a prática da tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo. Como consequência da revogação do dispositivo, a defesa pedia a aplicação, ao delito de tráfico, das frações de progressão de regime previstas na Lei de Execução Penal (LEP) para os crimes comuns.

O relator do habeas corpus, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, explicou que, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição, a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. “O próprio constituinte assegurou que o tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo são merecedores de tratamento penal mais severo”, complementou. De acordo com o ministro, o fato de o Pacote Anticrime ter expressamente consignado, no artigo 112, parágrafo 5º, da LEP, que não se considera hediondo ou equiparado a ele o tráfico de drogas descrito no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 apenas consagrou o tratamento diferenciado que já era atribuído pela jurisprudência ao tráfico privilegiado.

Reitera-se que essa tese não merece prosperar porque o constituinte não equiparou expressamente tais delitos, mas apenas imputou um dever para o legislador de estabelecer algumas características comuns, (impossibilidade de graça, anistia e fiança). Se fosse a intenção do constituinte um total identidade, bastava constar expressamente a equiparação ou mesmo determinar a inclusão de tais delitos na categoria de hediondos.

Além de tudo já exposto, qualquer agravamento penal, como a equiparação à hediondez, submete-se ao princípio da reserva legal, não podendo fazê-lo o intérprete. Por fim, se a equiparação fosse constitucional, não haveria razão para o art. 17 da Lei 13.260/2016 determinar a aplicação da Lei de Crimes Hediondos aos delitos de Terrorismo, por exemplo, nem poderia o Superior Tribunal de Justiça excluir o delito de associação para o tráfico do rol de delitos hediondos equiparados por ausência de previsão legal.

Portanto, é imperiosa a alteração dessa forma de interpretação do caráter do tráfico de drogas, a fim de que deixe de ser compreendido pela jurisprudência como hediondo e passe a ser considerado crime comum, em consonância com o que dispõe a legislação constitucional e infraconstitucional. Assim, seria possível uma redução do número de encarcerados por esse tipo de delito que não envolve violência, nem grave ameaça e deve ser tratado como uma questão de saúde pública e não de ordem penal.

Se os atores do sistema de justiça criminal passassem a atuar como efetivos redutores de danos do encarceramento em massa, sem que fossem guiados por uma lógica proibicionista e seletiva, podemos chegar a uma redução expressiva no número de pessoas que passam a viver por anos a fio dentro do sistema prisional somente em decorrência da proibição de uma prática de comércio considerada ilegal.

A atuação dos magistrados, do Ministério Público, das Defensorias Públicas e dos advogados privados nesse sentido poderia ser uma excelente solução para efetivar o princípio do Numerus clausus, compreendido como sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção de presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução (Roig, 2021, p.72).

3.2 DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Outro direito subjetivo do apenado que tem uma especial relevância para redução do encarceramento é o livramento condicional. Trata-se de antecipação da liberdade, por meio do cumprimento de determinadas condições, antes do término efetivo da pena. A concessão desse direito se dá por meio do Juiz da Execução, presentes os requisitos do art. 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público (art. 131 da LEP) e a defesa (art. 112, §2º, da LEP).

Na Lei nº 11.343/06 há uma previsão específica no tocante ao livramento condicional, prevista no art. 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o **livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena**, vedada sua concessão ao reincidente específico.

É imprescindível apontar que é de entendimento consolidado que, considerando que o tráfico-privilegiado não tem caráter hediondo, a fração para concessão do Livramento Condicional deve ser o de mais de 1/3, se não reincidente, ou mais de 1/2, se for reincidente em crime doloso, afastando o prazo previsto no art. 44, parágrafo único da Lei de Drogas.

A partir desse raciocínio, também seria fundamental uma alteração nesse art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06 pela falta de razoabilidade de exigir um cumprimento maior que o previsto no Código Penal para a concessão de livramento condicional nos crimes dos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da Lei de Drogas, o que está totalmente em desacordo com qualquer razoabilidade, haja vista que são crimes sem potencial lesivo grave, pois não lesionam bens jurídicos relevantes como a vida e a integridade física concreta de alguém. O bem jurídico que se alega está protegendo é o da “saúde pública”, mas essa construção se dá de modo totalmente genérico, deixando de utilizar o direito penal como *ultima ratio*, passando a tratar uma questão de saúde como uma questão penal, mais uma vez.

Impor ao crime de tráfico de drogas e de associação para o tráfico o percentual mais gravoso de 2/3 da pena para a possibilidade de concessão de livramento condicional também é uma questão que implica no fomento do lapso temporal de encarceramento de inúmeras pessoas no país.

Com base ainda no raciocínio apresentado no tópico anterior, ausência de equiparação normativa do tráfico de drogas como crime hediondo, também não há vedação ao livramento condicional a esse delito com resultado morte, conforme previsão nos incisos VI, alínea “a” e VIII do art. 112 da LEP, embora seja incomum tal hipótese no delito de tráfico.

É fundamental, ainda, considerar que se o tempo de prisão provisória pode ser computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade (art. 387 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.736/2012), com igual razão deve ser considerado para fins de livramento condicional, sendo perfeitamente viável a utilização de analogia nesse caso (Roig, 2021, p. 332). Com isso, compreender dessa forma também seria um mecanismo de reduzir danos e promover a concessão do livramento condicional aos apenados de maneira mais célere, reduzindo, assim, o encarceramento.

Faz-se imprescindível apontar, também, a necessidade de elaboração de cálculo diferenciado de pena, considerando as condenações por crime hediondo e por crime comum, pois se a realização do cálculo do livramento condicional se der em face da reprimenda total imposta, mostrar-se-á prejudicial ao apenado, pois haverá tratamento mais gravoso ao crime não hediondo. Dessa forma, todos os atores do sistema de justiça criminal devem estar atentos para realizar o cálculo de pena diferenciado para que seja aplicada corretamente as frações aplicáveis para a concessão desse direito subjetivo.

Outro ponto sobre o livramento condicional que merece atenção é a exigência requerida no art. 83, inc. III, do CP. Requerer do apenado aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto é um requisito que, como considera Rodrigo Roig, oculta a seletividade penal e a dessocialização provocada pelo próprio encarceramento. Assim, a vedação do livramento condicional pela ausência de perspectiva laboral seria uma criminalização do desemprego, inadmissível no Estado Democrático e Republicano de Direito. (ROIG, 2021, p. 341).

As condições do livramento condicional também são um ponto que exige especial observância, pois como condições obrigatórias estão elencadas a obtenção de ocupação lícita dentro de prazo razoável e comunicação periódica da ocupação ao juízo, o que é uma exigência que não considera a vulnerabilidade do egresso e as dificuldades de inserção no mercado de trabalho como uma das consequências, inclusive, do encarceramento.

Por tudo exposto, reitera-se como a questão do livramento condicional também poderia reduzir os danos do encarceramento em massa em decorrência dos crimes da lei de drogas caso houvesse uma reforma no art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06 e também uma mudança jurisprudencial no entendimento a respeito da natureza do delito de tráfico de drogas, pois se compreendido como crime comum, passaria a também não ser razoável continuar a aplicação de fração diferenciada para concessão do livramento condicional ao considerar que a própria figura do art. 33, caput e §1º não se equiparam à crimes hediondos, como já foi suscitado anteriormente nesse trabalho.

3.3 DO INDULTO

Foi declarado inconstitucional o art. 44 da Lei 11.343/2006 na parte em que proíbe a liberdade provisória para os crimes de tráfico de drogas. Assim, é permitida a liberdade provisória para o tráfico de drogas, desde que

ausentes os requisitos do art. 312 do CPP. STF. Plenário. HC 104339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/5/2012. A decisão foi reafirmada pelo Plenário Virtual do STF no RE 1038925, de 2017, com repercussão geral.

No entanto, a vedação específica para a concessão de indulto para crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, 34 a 37 da Lei nº 11.343/06 se manteve, o que também revela uma enorme desproporcionalidade fundamentada na ideia proibicionista, na medida em que essa vedação é feita a outros tipos penais exercidos com violência e grave ameaça, como a tortura, como o homicídio qualificado, enquanto o delito do tráfico de drogas, compreendido como um ato comercial não deveria ter esse mesmo grau de reprovabilidade, mas tem, por conta de empresários morais que tratam a questão das drogas com base na ideologia de garantia da Lei e Ordem.

A vedação ao indulto disposta na Lei 11.343/06, deve ser criticada, pois, com base no princípio da Separação das Funções do Poder (art. 2º da Constituição Federal), a decisão quanto à concessão de indulto é de competência privativa do Presidente da República, com fulcro no art. 84, XII, da CF, sendo delegável apenas aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, conforme o art. 84, parágrafo único, também da Constituição Federal. Desse modo, não há fundamento constitucional para que o Poder Legislativo interfira nessa matéria ao redigir a Lei de Drogas, podendo, a partir dessa lógica, ser suscitada a inconstitucionalidade dessa vedação.

É preciso distinguir ainda a comutação do indulto, para compreender que a vedação prevista no art. 44, *caput*, da Lei 11.343/06 ao não incluir a comutação não vedou esse direito. A comutação da pena não deve ser compreendida como indulto parcial, pois o indulto é causa de extinção de punibilidade e não pode ser parcial, mas tão somente integral. A melhor interpretação é no sentido de que a comutação é a transformação da pena privativa de liberdade em outra de quantidade menor e de qualidade distinta. Em sendo assim, não sendo vedada pela lei de drogas, a comutação deveria ser aplicada aos casos dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei nº 11.343/06.

Faz-se pertinente ressaltar, novamente, que as condutas previstas no art. 33, *caput* e §1º da Lei nº 11.343/06 quando atenuadas pela incidência do art. 33, §4º, não podem ostentar caráter equiparado a hediondo e, assim, devem ser admitidos o indulto e a comutação nessas hipóteses. Assim, também não faria sentido continuar sustentando a vedação ao indulto ao considerar que a própria figura do art. 33, *caput* e §1º não se equiparam à crimes hediondos, como já foi suscitado anteriormente nesse trabalho. O que demonstra, mais uma vez, o quanto seria impactante a alteração dessa compreensão a respeito da natureza do delito de tráfico de drogas, pois se compreendido como crime comum, passaria também a ter a possibilidade de indulto da pena.

Imperioso apontar, ainda, que a vedação ao indulto humanitário nesses crimes não se mostra razoável, pois as razões para o perdão quando se trata de indulto humanitário prescindem de considerações quanto à natureza do crime. No caso desse tipo de indulto, basta a observância exclusiva da situação do apenado em razão do grave estado de saúde. Conforme Rodrigo Roigo (2021), o

instituto do indulto é de extrema relevância para reduzir danos do encarceramento massivo existente no sistema prisional brasileiro: “Na qualidade de contramedida da (opção política da) pena, o indulto é opção política vetorialmente apontada para a redução de danos penais. E, na dúvida interpretativa, devem sempre imperar os princípios *pro homine* e favor rei.”

4 QUEM ESTÁ COM A CANETA?

4.1 UMA REFLEXÃO SOBRE QUEM DECIDE NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL

É importante situar que a atuação dos atores do sistema de justiça criminal em sede de execução da pena, por meio de suas decisões ou isenções, tem um forte poder simbólico.

Se por um lado podem existir violências físicas contra o apenado por meio da prática de ilegalidades ocorridas dentro do sistema penitenciário, a legitimação dessas práticas através da ratificação em decisões do Poder Judiciário também é violenta. Sendo assim, a violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado pode se combinar, por vezes, com o exercício da força física (Bourdieu, 2001, p. 211).

No âmbito da execução penal é possível que o Poder Judiciário verifique a legalidade da execução penal por parte da Administração penitenciária, além de realizar o controle das eventuais práticas viola tórias de direitos. No entanto, na medida em que há a convalidação de alguns atos por meio de decisões, há um processo de contribuição ativa dos operadores do sistema de justiça, como magistrados e promotores, para a manutenção de uma estrutura que relativiza ilegalidades.

Essa relativização acontece, por exemplo nos casos da Lei de Drogas, desde antes da execução efetiva da pena, quando não há relaxamento de prisão para invalidar prisões feitas com base em critérios não legais, como a fundada suspeita baseada em questões estereotipadas e racista; como o argumento de que a abordagem/batida policial se deu porque o local é conhecido como “ponto de tráfico”, pela mera localização territorial em espaços periféricos, sem necessariamente fazer prova dessa alegação; que a entrada na residência foi “franqueada”, sem que haja provas disso.

Nesse sentido, durante a execução da pena também é fundamental a atuação atenta dos operadores do sistema de justiça criminal, na figura do Juiz da Execução, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Conselho da Comunidade, entre outros, para fiscalizar se os lapsos temporais de progressão de regime estão sendo respeitados, bem como os de livramento condicional, se as autorizações de saída estão sendo concedidas, como também as saídas temporárias, o acesso à assistência social, à saúde, educação, entre outras questões.

Por tudo o exposto, pontua-se que não basta apontar e cobrar constantemente das instituições policiais, penitenciárias e administrativas uma mudança de prática institucional quando o próprio sistema de justiça criminal performa inocência, mas sustenta práticas nocivas que desrespeitam princípios da execução das penas.

A invalidação de práticas duvidosas, como práticas de tortura, como aquelas que ferem a garantia e o acesso aos direitos básicos dos apenados, teria um efeito de aprimorar, inclusive, o trabalho da administração penitenciária, ao limitá-lo e adequá-lo às garantias constitucionais previstas no Estado Democrático de Direito.

Se, de fato, as decisões judiciais tivessem suas finalidades cumpridas representariam válida ferramenta de controle para a autoridade penitenciária e para a redução de danos da política proibicionista brasileira. No entanto, nem sempre é o que acontece, pois muitas vezes os próprios agentes do sistema judiciário, principalmente no âmbito da execução penal, não individualizam o cumprimento de pena, tratam os apenados de forma não individualizada e atuam como se uma de suas funções fosse o combate à criminalidade, afastando-se da posição de garantidor de direitos e liberdade para agir como mais uma arma apontada para a população (Valois, 2020, p. 450).

Isso se dá porque, conforme Cristóvão Gonçalves demonstrou em sua dissertação “A cultura de um juiz penal pode, por vezes, se mostrar mais militar do que a dos próprios militares.” Desse modo, ao invés de acontecer o controle da execução da pena, observa-se no curso do processo de execução que a autoridade judicial costuma chancelar práticas de abuso e essa chancela se dá na medida da inanição do judiciário ao constatar violações e ilegalidades.

A execução penal no âmbito da Lei de Drogas, portanto, somente poderá ser considerada redutora de danos se – por meio da atuação dos atores que compõe o sistema de execução penal - passar a funcionar, de fato, como promoção dos princípios que guiam a Execução Penal, valendo-se do princípio da humanidade, da legalidade, da não marginalização, da individualização da pena, da intervenção mínima, da transcendência mínima da pena, da proporcionalidade, da razoável duração do processo de execução e do princípio do *numerus clausus*.

4.2 DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DE DANOS DOS EFEITOS DA POLÍTICA ANTIPROIBICIONISTA NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL

A política criminal de drogas brasileira demonstra um enorme abismo entre as funções declaradas e as funções efetivamente exercidas pelas agências punitivas. Como observado por Salo de Carvalho, a Lei nº 11.343/06 reforça e reproduz em sua estrutura o rompimento gradual que as leis de emergência operam na principiologia constitucional do direito penal e do direito processual penal (CARVALHO, p. 377). Isso porque ainda que houvesse uma pretensão redutora de danos na nova – não tão mais nova assim – lei de drogas, ela acabou por reforçar a política de repressão às drogas, o discurso médico-sanitário, discurso político jurídico, além de fomentar a ideia de um direito penal do inimigo que deve ser voltado ao combate daqueles envolvidos com o tráfico de drogas, criando um sistema político-criminal de exceção.

Não obstante haja uma compreensão por tudo exposto nesse trabalho que a alternativa mais harmônica

com as políticas de redução de danos seria tratar da questão das drogas na esfera da saúde pública e não na seara criminal, diante da resistência às ideias mais progressistas e diante da ideologia proibicionista que vigora na sociedade brasileira, faz-se necessário pensar em alternativas de redução de danos do que está posto a partir dos instrumentos existentes atualmente.

Pode-se observar que recentemente iniciou-se um movimento jurisprudencial nos tribunais superiores de importantes alterações na jurisprudência na esfera criminal que podem apontar novos caminhos. Esse movimento conta com o mérito de alguns Ministros, mas está inserido em um plano mais complexo do que uma mera mudança de ideia dos Ministros. Esse movimento de mudanças e superação de alguns paradigmas, ainda que mínimos, pode estar ligado à movimentos estratégicos que trouxeram algumas das injustiças à tona, ao demonstrar a materialidade das mazelas do sistema de legalidade (não de justiça) criminal.

Não se trata de uma mera disputa política/de interpretação da lei, mera opção por posição jurídica/opinião sobre determinado dispositivo legal, não são novas decisões fruto de um mero repensar a interpretação de normas, embora passe por isso. Mas são novas decisões que se deram em decorrência de lutas no campo jurídico que se fizeram de forma muito elaborada de levar os resultados das injustiças reais aos tribunais. A exposição da miséria do sistema penal para os tribunais pode ser compreendida, portanto, como uma forma de redução de danos e tentativa de empreender modificações jurisprudenciais que tenham eficácia real no âmbito da execução penal da lei de drogas.

Para isso, a atuação institucional da defensoria pública nesse sentido é de suma impotência para que demandas não só individuais, mas também coletivas, do âmbito da execução penal sejam levadas aos tribunais superiores e discussões como a seletividade penal, o encarceramento em massa gerado pela guerra às drogas, reflexões sobre o sistema progressivo, entre outras questões suscitadas ao longo desse trabalho sejam postas em pauta.

Deve-se, portanto, pensar em formas de litigância estratégica no campo da execução penal como um potencial forma de redução de danos dentro da lógica proibicionista que permeia o sistema criminal brasileiro.

4.3 A RELEVÂNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DANOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Conforme o entendimento da doutrina majoritária, a natureza jurídica da execução penal é mista. No entanto, essa classificação é passível de críticas, na medida em que coloca a gestão da pena exclusivamente sob responsabilidade administrativa e a responsabilidade do juízo de execução passa a ser somente a efetivação do disposto no título executivo (sentença), o que limita a fiscalização e possibilidade de efetivação de direitos. Portanto, é mais interessante sustentar a natureza jurisdicional da execução penal, pois, desse modo, o Poder

Judiciário deve atuar efetivamente como garante na execução das penas.

Mais do que jurisdicionarizar, é preciso constitucionalizar a execução penal, pois é papel do judiciário garantir o cumprimento material dos preceitos constitucionais como a garantia da dignidade humana. Dessa forma, a jurisdicionarização da função fiscalizatória do juízo de execuções penais é pressuposta inevitável para caminhada em direção à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

No entanto, apesar da lógica paradoxal da importância do Direito no sentido de promover algumas garantias aos hipossuficientes, ele é um instrumento de manutenção do *status quo*. Faz-se necessário, por isso, compreender o universo social específico em que o direito se produz e se exerce (Bourdieu, 2011, p. 211).

Nas decisões judiciais estão em jogo lutas políticas que são travadas através da força simbólica do Direito que nelas se encontram em estado potencial. No entanto, há uma busca contínua por mascarar essa disputa de narrativa, a partir de uma pretensão de dar ao direito um caráter de racionalidade para fazer com que pareça neutro.

É fundamental apontar, no entanto, que não tem como o direito ser neutro, pois não é possível ser totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra ao reproduzir estruturas de poder por meio de violências simbólicas. As decisões judiciais se diferenciam de atos políticos porque se dão através de uma ordem reconhecida como legítima na enumeração das autoridades, mas carregam em si um fazer político, adequado ou não ao que é considerado legítimo.

Nesse toar, a análise da fundamentação ou ausência de fundamentação das decisões é um importante indicativo da violência institucional do sistema de justiça criminal. Para isso é imprescindível observar como se dá a atuação da defesa, do Ministério Público e do Juiz da Execução, durante o processo de Execução Penal de casos da Lei de Drogas.

Os magistrados performam em suas decisões uma falsa neutralidade fazendo o uso de uma retórica da impessoalidade e da atuação como agentes de promoção de segurança pública e de defesa da ordem social. Tal situação é equivocada, pois não é essa a função destinada aos magistrados nessa circunstância. É possível observar também que apostam em generalizações e em decisões “em modelo genérico” como uma linha de montagem aplicáveis aos casos de tráfico de drogas já previamente rejeitados pela mentalidade proibicionista que os guia.

Essa retórica é a própria expressão do funcionamento do mundo jurídico indissociável dos paradigmas de uma sociedade punitivista. Nas decisões judiciais está em jogo o monopólio do poder de dizer o que é legítimo, de impor o princípio universalmente reconhecido de conhecimento do mundo social. Como já alertou Bourdieu, as decisões do Poder Judiciário expressam a visão soberana do estado detentor do monopólio da violência simbólica legítima.

Com efeito, o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito que resulta na ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas (Bourdieu, 2011, p. 212).

É necessário, por fim, ressaltar a relevância do uso de lentes racializadas para compreensão das dinâmicas do sistema de justiça criminal e do encarceramento em massa decorrente da criminalização de condutas previstas na lei de drogas.

Assim, é imprescindível compreender o local específico de atuação e de fala dos operadores do direito dentro da estrutura social, atentos à reprodução do racismo estrutural e à manutenção dos privilégios da branquitude, enquanto há um verdadeiro extermínio de vidas negras (de forma simbólica ou factual).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, demonstrou-se que existem institutos legítimos no âmbito da Execução Penal que podem ser utilizados como mecanismos de redução de danos – a partir da adoção de uma mentalidade antiproibicionista - da situação de elevado encarceramento no país. No entanto, há uma enorme resistência por parte dos próprios atores do sistema de justiça criminal de aplicar a lei de forma garantista, como na interpretação do caráter não hediondo do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Infelizmente, verifica-se uma mentalidade contaminada de juízes, magistrados e até mesmo de defensores (públicos ou privados) que acabam atuando conforme o punitivismo que direciona para o tratamento de uma execução penal que supera os limites da própria pena cominada, pois infringe os indivíduos para além daquilo determinado na sentença.

Enquanto não for possível a perspectiva antiproibicionista de fim da criminalização das drogas e de transferência da questão para a pauta da saúde pública, dificilmente poderemos contar com os mecanismos existentes no nosso ordenamento jurídico para reduzir danos dessa política de gestão e controle de corpos, utilizada sob o fundamento falacioso de “Guerra às Drogas” que já constatamos ser uma guerra contra determinadas pessoas.

Por tudo exposto, entende-se que alguns institutos da execução penal, como a progressão de regime, o livramento condicional e o indulto, poderiam servir como efetivo mecanismo de redução de danos da política proibicionista se houvesse a uma alteração na lógica de atuação dos magistrados, promotores, defensores, passando a considerar todos os delitos previstos na lei de drogas como crime comum.

Tal esforço interpretativo seria capaz de provocar mudanças dos padrões institucionais de garantia de direitos e, conseqüentemente, poderia reduzir de forma expressiva as mazelas geradas pelo encarceramento em massa.

Há urgência de que a sociedade compreenda que a criminalização de determinadas condutas se dá por uma escolha política de manutenção de status quo e privilégio de determinadas pessoas em detrimento de outras e não pela proteção do bem jurídica saúde pública. Em sendo assim, o objetivo do mundo ideal seria fim da proibição das drogas, haja vista sua origem não legítima e colonial que estruturou legislações, pensamentos e posicionamentos institucionais. Mas, por ora, poderíamos começar a reduzir danos do que já está posto.

Nesse sentido, os institutos da execução penal apontados ao longo desse trabalho poderiam ser um potencial mecanismo de redução de danos da política proibicionista brasileira, se houver uma mudança na mentalidade colonial dos atores do sistema de justiça criminal e o rompimento do pacto narcísico que os sustenta.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 43, nov. 1995.

ALMEIDA, Luciana Santana de. **A defensoria pública e a proteção dos direitos humanos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

ARAÚJO, Higor Alexandre Alves de. **Culpados, mesmo com prova em contrário: uma análise jurisprudencial da alegação de flagrante forjado em prisões por tráfico de drogas no Tribunal de Justiça de Pernambuco**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. (Série Universitária).

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. O uso da observação participante em pesquisas realizadas na área do direito: desafios, limites e possibilidades. *In*: MACHADO, Maíra Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, ano 2, ed. 3, p. 134-155, jul./ago. 2008.

BENTO, Maria Aparecida da Silva. **Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público**. 2002. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico**. Matera: Editores, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados estatísticos / Mapa de implementação das audiências de custódia**. Brasília, DF: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 2 fev. 2019.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Censo penitenciário 2015**. Brasília, DF: DEPEN, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.¹

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório sintético: sistema de informações do Departamento Penitenciário Nacional**. Brasília, DF: DEPEN, 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDIiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWEyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CARLOS, Luís. **O direito penal da guerra às drogas**. [S. l.: s. n.], 2020.

CARVALHO, Gabriela Ponte; DUARTE, Evandro Piza. As abordagens policiais e o caso Miranda v. Arizona (1966): violência institucional e o papel das cortes constitucionais na garantia da assistência do defensor na fase policial. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 303-334, 2018.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAUDELIN, Jean; RATTON, José Luiz. Mercados de drogas, guerra e paz no Recife. **Tempo Social**, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 115-134, 2017.

DE CALAZANS, Márcia Esteves et al. Criminologia crítica e questão racial. **Cadernos do CEAS: Revista Crítica de Humanidades**, Salvador, n. 238, p. 450-463, 2016.

DUARTE, Evandro Piza. Ensaio sobre a hipótese colonial: racismo e sistema penal no Brasil. *In*: CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 89-200.

DUARTE, Evandro Piza. Paradigmas em criminologia e relações raciais. **Cadernos do CEAS: Revista Crítica de Humanidades**, Salvador, n. 238, p. 500-526, 2016.

DUARTE, Evandro Piza; ZACKSESZKI, Cristina. Sociologia dos sistemas penais: controle social, conceitos fundamentais e características. **Publicações da Escola da**

AGU: Direito Constitucional e Biopolítica, Brasília, DF, ano 4, n. 17, abr. 2012.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.³⁴

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Democracia genocida. In: ⁵MACHADO-PINHEIRO, Rosana; FREIXO, Adriano de (orgs.). **Brasil em transe**: bolsonarismo, nova direita e desdemocratização. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; FREITAS, Felipe da Silva. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento negro no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 135, p. 49-71, 2017.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula. Roteiros previsíveis: racismo e justicamentos no Brasil. **Trincheiras Democráticas**: Boletim do IBDPP, Salvador, ano 3, n. 8, abr. 2020.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1211-1237, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2021.

GONÇALVES, Cristhovão Fonseca. Nas redes da proibição: crack, polícia e segurança pública na Grande Recife. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 129, p. 107-136, 2017.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação**: episódios de racismo cotidiano. Rio de Janeiro: Cobogó, 2020.

LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. **Anuário Antropológico**, Brasília, DF, v. 39, n. 1, p. 9-37, 2014.
LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de drogas**: aspectos penais e processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

MIRANDA, Rafael de Souza. **Manual da Lei de Drogas**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2020.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JR., Domicio. Da accountability seletiva à plena responsabilidade policial. In: CARUSO, Haydée; MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; BLANCO, Antônio Carlos Carballo (org.). **Polícia, estado e sociedade**: saberes e práticas latino-americanos. Rio de Janeiro: Publit, 2007. p. 21-73.

OLIVEIRA, Luciano. De Rubens Paiva a Amarildo: “e Nego Sete”? O regime militar e as violações de direitos humanos no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 202-225, 2018.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de drogas**: comentários penais e processuais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

ROEHRIG, José Flávio; ALMEIDA, Caio César. Tráfico de drogas nunca foi equiparado a hediondo. **ConJur**, [S. l.], 7 abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-07/roehrig-almeida-traffic-drogas-nunca-foi-hediondo>. Acesso em: 7 ago. 2022.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 2.

SCHUCMAN, Lia Vainer. **Entre o encardido, o branco e o branquíssimo**: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana. 2012. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SILVEIRA, Érico; TAKAYASSU, Felipe. Tráfico de drogas e progressão de regime: a lei anticrime e a não hediondez do delito. **ConJur**, [S. l.], 18 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/tribuna-defensoria-traffic-drogas-progressao-regime-delito-comum>. Acesso em: 7 ago. 2022.

VALENÇA, Manuela Abath. **Julgando a liberdade em linha de montagem**: um estudo etnográfico do julgamento dos habeas corpus nas sessões das câmaras criminais do TJPE. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida**: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.