

# UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL E AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO PARA AFASTAR A APLICABILIDADE DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS: UMA ANÁLISE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RESP Nº 1.431.091 - SP

Alencar Frederico Margraf<sup>1</sup>

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro<sup>2</sup>

Thales Aporta Catelli<sup>3</sup>

Meg Francieli Svistun<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busato de Ensino. Pós-Graduado *latu sensu*, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Membro Efetivo do Instituto Paranaense de Direito Processual. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (mai-2013/mai-2015). Vice-Lider do Grupo de Pesquisa “REI: Relações Institucionais: todos os lados do artigo 2º da Constituição Federal” (certificado pela CAPES). Editor Chefe da Revista Aporia Jurídica da Faculdade CESCAGE. Professor de Ciência Política e Teoria do Estado e de Processo Penal nas Faculdades Integradas dos Campos Gerais (CESCAGE). Pesquisador.

<sup>2</sup> Discente no curso de Direito da Faculdade de Telêmaco Borba – PR – FATEB. Integrante do Grupo de Pesquisa da Faculdade de Telêmaco Borba. Membro do Grupo de Pesquisa “REI: Relações Institucionais: todos os lados do artigo 2º da Constituição Federal” (certificado pela CAPES).

<sup>3</sup> Discente no curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Bolsista no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, termos do processo 135207/2018-5. Integrante dos grupos de pesquisa “A intervenção do Estado na vida da pessoa” e “Novos direitos, controle social e aspectos criminológicos (NODICO)”.

<sup>4</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM).. Professor titular de Processo Penal e de Legislação Penal Especial do Centro

Resumo: Trata-se, o presente enfrentamento científico, de estudo relacionado aos institutos penais e processuais penais intrínsecos ao ordenamento jurídico brasileiro, com destaque à apreciação do artigo 33, §4º da famigerada *Lei de Drogas* brasileira – Lei 11.343/06 – em observância aos dispositivos presentes nas normas procedimentais e materiais presentes no arcabouço pátrio e sua aplicação prática demonstrada a partir da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Discorre-se sobre breve introdução ao tema, seguida pela contextualização fático-normativa e apresentação de caso que elucida o objeto do estudo – Embargos de Divergência no REsp nº 1.431.091-SP – resultando, por seguinte, as considerações conclusivas. De se atentar que o presente artigo resulta de pesquisa desenvolvida sob a égide do rigor acadêmico-científico, pautando-se no método dedutivo à elaboração de concepções a partir dos resultados adquiridos, não se intentando o esgotamento da matéria tratada, mas sim a o compartilhamento de resultados, levantamento de hipóteses e lapidação do conhecimento.

Palavras-Chave: Lei brasileira de drogas. Processo penal.

Abstract: It is the present scientific confrontation of a study related to criminal institutes and penal procedures intrinsic to the Brazilian legal system, with emphasis on the appreciation of article 33, paragraph 4 of the notorious Brazilian Drug Law - Law 11.343 / 06 - in compliance with the provisions present in the procedural and material norms present in the parent framework and their practical application demonstrated from the jurisprudence of the Superior Courts. A brief introduction to the topic is followed, followed by the contextual-normative and case presentation that elucidates the object of the study - Embargos

de Divergência in REsp nº 1.431.091-SP, resulting, therefore, the conclusive considerations. It should be noted that the present article results from a research developed under the auspices of academic-scientific rigor, based on the deductive method to the elaboration of conceptions based on the acquired results, not attempting the exhaustion of the treated matter, but rather the sharing of results, hypothesis gathering and the lapidation of knowledge.

Keywords: Brazilian drug law. Criminal proceedings.

## INTRODUÇÃO



om o advento da Lei 11.343/06, o Brasil viu-se cobrir importante evolução concernente à temática intrínseca à persecução penal referente aos delitos relacionados às drogas ilícitas como um todo.

Ocorre que as disposições da normativa, à época inovadoras, atentando-se às concepções do Código de Processo Penal Brasileiro, este datado do ano de 1941, clamaram por atenção redobrada dos Superiores Tribunais no que se referia às atualizações e lapidação de suas concepções, assim como a harmonia necessária a efetiva aplicação da tutela jurisdicional.

Em exemplo, de se destacar as conceituações atinentes à configuração do agente como integrante de organizações voltadas à prática delitiva, *a priori*, relativas ao tráfico de entorpecentes, para o qual viam-se julgados nos quais percebiam-se fixados entendimentos diversos, que resultavam, em regra, em interpretações destoantes entre os entes dos próprios Superiores Tribunais, culminando, por óbvio, em séria insegurança jurídica.

As novas disposições de natureza material e procedimental, então, vinculando-se às arcaicas modulações legais, deram ensejo à observância da necessária pacificação jurisprudencial utilizando-se, para tanto, institutos dispostos nas normativas

anteriores, o que gerou relevante avanço nas apreciações jurisdicionais pautadas nas conceituações legais diversas com evidente isonomia temporal.

O presente enfrentamento científico, portanto, atentou às discrepâncias da jurisprudência quanto à consideração do inquerito policial e a ação penal, ainda em andamento, para afastamento da aplicabilidade do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, bem assim o nortemento à pacificação do tema pelos Tribunais Superiores brasileiros, utilizando-se, para alcançar a plena elucidação da proposta apresentada, da apreciação do julgamento Embargos de Divergência no Recurso Especial número 1.431.091-SP.

A pesquisa disposta nesse artigo vê-se embasada na análise de doutrinas e produções acadêmicas pátrias e internacionais, bem assim em jurisprudência nacional, utilizando-se, à formação das concepções intrínsecas ao resultado, do método dedutivo, sendo objeto deste estudo, além das elucidações e compartilhamento no seu desenvolvimento trazidos, o ensejo à lapidação dos conhecimentos relativos a temática apresentada.

## I. DA LEI DE DROGAS NO BRASIL.

A Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 integrou o ordenamento jurídico brasileiro instituindo, em abstrato, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, prescrevendo medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelecendo normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e definindo crimes relacionados à temática da normativa, dentre outras providências.

Para tanto, em exemplo, junto ao Capítulo II, percebem-se elencados crimes relacionados às drogas ilícitas, atentando-se ao disposto junto ao artigo 33, *caput*, o tipo penal que define como delito 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 regulamentada<sup>5</sup>. Prescreve ainda a pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias multa.

O *parágrafo primeiro* do referido dispositivo aduz que, nas mesmas penas incorrerão quem importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, *matéria-prima, insumo ou produto químico* destinado à *preparação de drogas*; bem assim quem semear, cultivar ou fazer a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de *plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas* ou utilizar local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, *para o tráfico ilícito de drogas*<sup>6</sup>.

Em seu *parágrafo quarto*<sup>7</sup>, tem-se por disposição que nos delitos definidos no *caput* e bem assim no *parágrafo primeiro* do referido artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja *primário*, de *bons antecedentes*, *não se dedique às atividades criminosas nem*

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acessado em: 23/01/2019.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acessado em: 23/01/2019.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acessado em: 23/01/2019.

*íntegre organização criminosa.*

As disposições da referida normativa, Tais disposições concernentes à Lei de Drogas denota embasamento elementar às análises desse artigo, mas não se mostra único, haja vista a necessária explanação concernente ao instituto do Recurso Especial, bem assim dos Embargos de Divergência, sob a ótica de análise da jurisprudência destacada como modelo à apreciação da temática e, sobre tais considerações, de se dedicar breve título às elucidações pertinentes.

## II. DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS E DA JURISPRUDÊNCIA ANALISADA.

O Recurso de Embargos de Divergência no REsp nº 1.431.091 - SP foi julgado no dia 14 de dezembro de 2016 pela Terceira Seção do STJ, o relator do acórdão foi o excelentíssimo Ministro Felix Fischer.

Interposto pelo Ministério Público de São Paulo, o recurso atacava a decisão proferida em agravo regimental, pela sexta turma, a qual sustentava que não poderiam ser considerados os inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado para afirmar que o acusado se dedicava a atividades criminosas.

O recorrente utilizou como acórdãos paradigmas: o REsp n. 1.399.612/BA, o AgRg no AREsp n. 101.913, e o AgRg no AREsp n. 202.564/RS, proferidos pela quinta turma do STJ. Nestas decisões foram admitidas a utilização de inquéritos e ações penais em andamento como meio de prova de que o réu se dedicava a atividades criminosas, divergindo do acórdão embargado.

Portanto, a divergência entre as decisões incidia na possibilidade – ou não - de ser usado os inquéritos e processos penais em tramitação, como prova de que o acusado participava de atividades criminosas podendo, assim, afastar o benefício

previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06.

O recurso de Embargos de Divergência é um mecanismo de preservação da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência do STJ e do STF. Segundo Alexandre Freitas Câmara “trata-se de recurso destinado a eliminar divergências jurisprudenciais internas ao STF ou ao STJ, harmonizando entendimentos e estabelecendo quais as teses que deverão prevalecer quando houver algum dissídio jurisprudencial”.<sup>8</sup> Em suma, Embargos de Divergência é uma técnica para atender às exigências de isonomia e de segurança jurídica, bem como, um meio de concretizar a uniformização.

Foi em razão de várias decisões diferentes sobre um mesmo caso - que ofende o princípio da isonomia, como também fere a igualdade formal e substancial prevista na Constituição - que o legislador previu mecanismos de controle de decisões judiciais, tendo em vista que o conflito de respostas diferentes pode acabar destruindo o sistema jurídico.<sup>9</sup>

Uma das premissas do Código do Processo Civil de 2015 é a integridade e a coerência das decisões judiciais, que tem como base a tese do *romance em cadeia*, de Ronald Dworkin, que busca a estabilização das interpretações. Por essa razão o art. 926 do CPC determina que: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.<sup>10</sup>

A metáfora do *romance em cadeia* explica como a integridade e a coerência é importante no campo de decisões judiciais. A metáfora diz que vários romancistas escrevem o mesmo romance e para escrever um novo capítulo eles deverão

---

<sup>8</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro.- São Paulo: Atlas, 2015. p. 558.

<sup>9</sup> LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista de. Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica: a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência. *Revista Jurídica UNIARAXÁ*, Araxá, v. 16, n. 15, p. 64-85, ago. 2012. , p. 72-76

<sup>10</sup> THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 36.

interpretar os capítulos anteriores, sendo, então, o novo material adicionado ao material já existente. A história deve ter coerência. Os autores devem interpretar o que já foi escrito e, em seguida, escolher uma interpretação que se ajuste ao caso concreto.<sup>11</sup> Portanto, mesmo que o intérprete prefira a outra interpretação, ele deverá escolher a que melhor se ajustou ao caso, controlando suas convicções e analisar o romance como um todo.

Para Lenio Streck é necessário tomar cuidado quando se importa teses, principalmente do sistema jurídico da *common law*, pois a tese de Dworkin busca argumentos principiológicos fora do ordenamento jurídico para sustentar a vagueza das regras, entretanto, no sistema jurídico brasileiro há a Constituição que já abarca em seu texto um conjunto de princípios.<sup>12</sup>

A tradição do sistema jurídico brasileiro é romano-germânica e as teorias da decisão judicial são anglo-americanas, como a de Ronald Dworkin, no entanto estas teorias são importantes para uma reflexão das decisões do Judiciário e estão trazendo novos argumentos para as decisões. Porém, essa transição traz algumas preocupações quanto à coerência e integridade do sistema constitucional, pois, a dogmática constitucional e a jurisprudência se revelam confusas quando tentam respeitar a Constituição.<sup>13</sup>

A adoção de argumentos de política por parte do Judiciário ainda é muito frequente no Brasil, em que, muitas vezes, ele

---

<sup>11</sup> MAUES, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 2, dez. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000200009&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200009&lng=pt&nrm=iso)>. Acessado em: 05/08/2016. p. 608.

<sup>12</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2014. p. 359-360.

<sup>13</sup> CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. *Revista direito GV*. São Paulo, v. 5, n. 1, jun. 2009. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322009000100003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100003&lng=pt&nrm=iso)>. Acessado em: 05/08/2016. p. 46.



mesmo ‘rouba’ os poderes do Legislativo e do Executivo. Isso ocorre quando os julgadores decidem com base em argumentos de política. Entretanto, esses argumentos só são legítimos para aqueles que detém o poder, ou seja, os representantes legais da vontade da maioria. Desta forma, deve-se sempre lembrar que “*Ao judiciário cabe aplicar coerentemente as normas*”.<sup>14</sup>

Na decisão em comento foi traçado um parâmetro sobre o crime de tráfico de drogas sob a perspectiva constitucional e foi observado que a Constituição Federal, no artigo 5º, XLIII, traz uma premissa do que pode ser definido como “mandamento constitucional de criminalização” do qual deriva o princípio da vedação de proteção deficiente.

A Lei nº 11.343, que como visto cria o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, definiu a diferença entre fornecedores e usuários, segundo a publicação da Política Nacional sobre Drogas (PNAD), sendo considerada um avanço nas políticas públicas sobre drogas. Contudo a lei não descriminaliza o uso da droga, ou seja, o usuário, ao consumir a droga, continua cometendo um crime.

A lei infraconstitucional obedece ao preceito constitucional e criminaliza a prática de tráfico de drogas, como, também, prevê causa de diminuição de pena ou o denominado “tráfico privilegiado”<sup>15</sup>, e quando o condenado se enquadra nos requisitos da lei, negar o benefício é o mesmo que julgar o agente duplamente culpado, ou seja, pelo delito que está sendo apurado e por outros crimes que ainda não foram confirmados, dessa forma, nega-se ao agente a aplicação dos princípios da presunção da inocência e o da individualização da pena. A grosso modo

---

<sup>14</sup> CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: a sério: ...Op. Cit. p. 46. p. 61.

<sup>15</sup> Art. 33 (...) - § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

tem-se a verificação de um direito penal do autor e não do fato por ele praticado.

Por certo que para conceder a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 o agente deve preencher os requisitos cumulativos, quais sejam: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Para ser aplicado a redutora o magistrado deve observar os quatro critérios negativos da lei, desta forma, não parece adequado a não concessão da referida benesse quando o agente responde por ação penal e/ou inquéritos policiais, porque ainda as informações não foram confirmadas pelo Judiciário, portanto, o agente não foi considerado culpado pelas autoridades competentes. Situação mais gravosa se dá quando se analisam apenas as informações contidas em boletins de ocorrência e inquéritos policiais, documentos estes formados unilateralmente pelo próprio Estado. O que ocorre é uma interpretação do magistrado de que estes são indicativos de grau de envolvimento do agente em atividades criminosas ou eventual integração de organização criminosa.

Não conceder o benefício porque o agente está respondendo outra ação penal ou porque está sendo investigado em inquérito policial fere o princípio da não culpabilidade, contudo, tal princípio vem sendo relativizado pelo Judiciário brasileiro, o que para muitos não passa de uma violação à Constituição Federal, para outros se trata de uma necessidade, ou seja, uma adequação normativa à nova realidade social.

O princípio da não culpabilidade ou presunção da inocência já foi mitigado na decisão tomada pelo pleno do Superior Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 126.292-SP, que decidiu pela possibilidade do cumprimento de pena mesmo antes do trânsito em julgado da sentença. O pleno do STF decidiu que não viola a Constituição Federal iniciar da execução provisória da pena, decretada pelo juízo de segundo grau, mesmo havendo a

possibilidade de serem apresentados recursos especiais e extraordinários, bem como embargos e agravos.

No caso, apesar dos ministros apresentarem uma discussão principiológica densa, não se estava questionando a aplicação do Princípio da Presunção Inocência, visto que, o inciso LVII do artigo 5º da CF se trata de uma regra constitucional, ou seja, quando a Constituição Federal fala que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado, isso quer dizer ninguém. Neste ponto inicia-se uma discussão que vai além da possibilidade – ou não – de iniciar o cumprimento de pena de forma antecipada, posto que, por meio da decisão supracitada, passou-se a afirmar que STJ e STF não decidem sobre méritos, mas apenas sobre questões normativas, o que impediria uma revisão fática do acusado, portanto, descaberia a análise da culpa do agente. Assim sendo, o mais coerente seria o início do cumprimento de pena, pois os recursos que seriam interpostos não estariam relacionados ao fato por ele praticado, mas apenas sobre a constitucionalidade ou não de uma norma.

Para a interpretação da Constituição feita pelo pleno do STF seria necessário que o texto constitucional fosse alterado, pois o preceito constitucional é clara regra de tratamento, e, regra incide na base do tudo ou nada e não pode ser submetida a uma ponderação, tal como lecionava Ronald Dworkin: *“As regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”*.<sup>16</sup>

Desta forma, se a regra não vai ser aplicada ela deve ser alterada pela via legislativa e não por pela linguagem ou interpretação. Luís Roberto Barroso já disse que os *“Juízes e Tribunais não podem presumir demais de si próprios”*<sup>17</sup>, pois estes só

---

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-40.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

têm legitimidade quando são capazes de motivar racionalmente suas decisões baseando-se na Constituição.<sup>18</sup>

Quando se faz uma interpretação das regras a decisão não será íntegra, pois ela será o oposto do que manda a Constituição. Lenio Streck diz que a interpretação deve começar com um texto, ou seja, “*se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto lhe diga algo*”.<sup>19</sup>

Partindo desta exposição deve-se reconhecer que a fundamentação da decisão no HC 126.292/SP, em que mitigou o princípio da presunção de inocência, foi inovadora, não por haver interpretado uma regra constitucional, mas por justificar que esta regra foi criada com base em um princípio e sendo ele alterado pela realidade social a consequência seria que a regra também necessitaria de adequação. E foi o que fizeram. Por meio de uma análise principiológica se convenceram de que a regra constitucional estava ultrapassada, carecendo de modificação estrutural.

A razão para discutir a presente decisão está diretamente relacionada à decisão em comento, uma vez que, se a presunção de inocência está sendo mitigada em relação ao cumprimento de pena, também estará durante a análise processual, ou seja, permitindo que a culpabilidade, periculosidade e vida progressiva sejam analisadas de maneiras diversas, o que justifica a não aplicação da benesse prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

### III. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

---

p. 12.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

p. 19

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2014. p. 405.

Deve-se ficar claro que a decisão proferida no Embargos de Divergência no REsp nº 1.431.091 – SP pode não ser justa e de acordo com o que a doutrina vinha apresentando e conforme entendimento jurisprudencial de juízes de primeira e segunda instância vinham aplicando em suas decisões. No entanto, percebe-se coerência do Supremo em aplicar seu próprio raciocínio, ou seja, se o princípio da presunção de inocência está relativizado, uma vez que princípios são flexíveis e extensíveis, o mais lógico é poder aplicá-lo conforme caso a caso, não sendo mais considerado um posicionamento estanque e inflexível, conforme determina a regra constitucional.

Ao afirmar, nas linhas acima, que a decisão do STF foi coerente, não significa dizer que a apoia, mas apenas que os ministros estão seguindo uma única linha de raciocínio, ainda que um tanto quanto inovadora e temerária. *Inovadora*, pois nunca haviam se comportado desta maneira em relação a tal princípio. *Temerária*, uma vez que abre as portas para juízes discricionários e tendenciosos passem a alegar, nos processos que atuam, a existência de um princípio criador de suposta regra infraconstitucional e com isso inicie uma interpretação principiológica de uma regra, flexibilizando-a no sentido de alterar a orientação expressa da regra apenas para dar uma resposta que entenda ser justa para determinada situação.

Em outras palavras, poder-se-á verificar uma nova Era em que predomina a guerra de todos contra todos, na qual a arma utilizada será uma “*hermenêutica manipuladora*” (no estilo da Espada Excalibur – com poderes místicos e sobrenaturais), que vendo a impossibilidade de alterar o alcance de uma regra, busca a manipulação de sua fonte inspiradora.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. - São Paulo: Atlas, 2015.
- CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. *Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91*. *Revista de direito GV*. São Paulo, v. 5, n. 1, jun. 2009. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322009000100003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100003&lng=pt&nrm=iso)>. Acessado em: 05/08/2016.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista de. Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica: a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência. *Revista Jurídica UNIARAXÁ*, Araxá, v. 16, n. 15, p. 64-85, ago. 2012.
- MAUES, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 2, dez. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000200009&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200009&lng=pt&nrm=iso)>. Acessado em: 05/08/2017.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2014.
- THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro:

Forense, 2015.

BRASIL. *Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas).*

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acessado em: 23/01/2019.