

E o Novo já Nasce Velho: o reque(i)ntado Discurso da Ideologia da Defesa Social

Fúria disse ao pobre rato,
que correndo veio do mato:
“Vamos os dois perante a lei:
Pois hei de processar você.
Vamos, e sem qualquer lamento,
temos de ter o julgamento,
pois realmente esta manhã
É só o que tenho a fazer.”
Disse ao vira-lata o ratinho:
Tal julgamento, sinhozinho, sem júri,
sem juiz, sem nada, será jogar fora
conversa.”
“Vou ser o júri e o juiz.”
Disse a Fúria, com
ardis. “Hei de julgar
a causa inteira.
Você não
escapará dessa.”

Lewis Carroll – Alice no País das
Maravilhas

A hipótese inicialmente aventada de que o discurso do Judiciário Criminal estaria permeado pela Ideologia da Defesa Social, afastando-se de sua atribuição constitucional de dirimir conflitos para ter uma atuação de cunho mais administrativo, no sentido de contenção dos indivíduos, nos levou a uma investigação sobre decisões penais que trouxessem em seus textos as interpretações acerca da “periculosidade do agente”, “gravidade do delito” e “ordem pública”.

A escolha das decisões judiciais a serem pesquisadas foi feita pensando-se no recorte de tempo de dez anos, 1996/1997 e 2006/2007, no âmbito do Poder

Judiciário do Estado do Rio de Janeiro¹. Tendo em vista nossa hipótese, nos pareceu, em um primeiro momento, ser mais significativo nos debruçarmos sobre as decisões judiciais mais imediatas, de primeiro grau. No entanto, em razão da quantidade e densidade destes, a pesquisa se tornaria inviável. Por outro lado, adotando o critério usado por Alessandro Nepomuceno² pesquisamos acórdãos por privilegiarem idéias-chaves. “Estes, também conhecidos como arestos, são como a “ponta do *iceberg*” do Poder Judiciário, em cuja base estão os processos.”³ A escolha girou em torno de acórdãos do Tribunal de Justiça, no caso do Estado do Rio de Janeiro.

A escolha do Estado do Rio de Janeiro tem a intenção de alcançar a tendência dos discursos penais do final do século XX e primeira década do XXI, considerando ainda que as políticas penais do Estado do Rio de Janeiro têm grande ressonância e assimilação no restante do país e que, com o processo de pasteurização acrítica do sistema penal, poderíamos ter um quadro mais amplo a partir do Poder Judiciário Estadual. Assim, foram pesquisadas, no Tribunal de Justiça do Estado, decisões de segunda instância criminal⁴ que abarcam os anos de 1996 e 1997, sob três palavras-chave: 1 – “periculosidade do agente”, 2 – “gravidade do delito”, 3 – “ordem pública”. A mesma pesquisa foi realizada para decisões dez anos depois, anos de 2006 e 2007. Verificou-se um incremento no uso destas expressões nas referidas decisões da ordem de quinze vezes, podendo chegar a vinte e cinco vezes mais. Em relação ao tema “periculosidade do agente”, no ano de 1996, foram encontradas 08(oito) decisões, enquanto que no ano de 1997, foram proferidas 07 (sete) com estes termos. Já nos anos de 2006 e 2007, as decisões contendo a palavra-chave “periculosidade do agente” pulam para 127 (cento e vinte e sete) e 103 (cento e três), respectivamente. Do total de 15 acórdãos nos anos de 1996 e 1997, apenas 02 (dois) foram proferidos em sede de *Habeas Corpus*, sendo os outros 10(dez) em sede de Recurso de Apelação e 03

¹ Todos os acórdãos estão disponíveis no site www.tj.rj.gov.br. Ao longo da pesquisa, também foram consultadas decisões do Tribunal Regional Federal da Segunda Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo), do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, mas apenas para efeito exemplificativo, sendo que apenas uma decisão de primeiro grau originária da 1.a Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro será mais detalhadamente examinada em razão de seu conteúdo trazer elementos interessantes para o trabalho.

² NEPOMUCENO, Alessandro, *op. cit.*, p. 129.

³ *Ibidem*.

⁴ O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já possuía no ano de 1996 as oito Câmaras Criminais que atualmente compõe a segunda instância criminal, mas, logicamente com uma composição diferente.

(três) em Recurso em Sentido Estrito, sendo que estes últimos se referiam à pena já cominada. Em contrapartida, nos anos de 2006 e 2007, os 230 (duzentos e trinta) acórdãos encontrados se referem, em grande maioria, às medidas cautelares, sobretudo prisão provisória, portanto já assumindo claramente a idéia de uma periculosidade presumida⁵, nas quais as prisões são mantidas sob o fundamento da periculosidade do agente.

Em relação à pesquisa com a expressão “gravidade do delito”, ocorre um fenômeno semelhante. No ano de 1996, encontramos 08 (oito) decisões com a palavra-chave “gravidade do delito”, em julgados que se dividiram em 05 (cinco) Apelações Criminais e 03 (três) *Habeas corpus*. No ano de 1997, foram encontradas 06 (seis) decisões, sendo 04 (quatro) em sede de *Habeas corpus* e 02 (duas) em Recurso de Apelação, sendo que dos quatro *Habeas corpus*, dois diziam respeito a questões incidentais no cumprimento de pena. No ano de 2006, encontramos 207 (duzentas e sete) decisões com a palavra-chave pesquisada e em 2007, este número sobre para 293 (duzentos e noventa e três).

As decisões com a palavra-chave “ordem pública” não foram especificamente usadas nesta pesquisa, por duas razões: a primeira delas é que nos anos de 2006 e 2007, ultrapassam o número de mil, tornando a pesquisa inviável; de outro lado, quase todas as decisões examinadas já traziam a “ordem pública” atrelada à de “periculosidade” e/ou “gravidade” da conduta, quando não encontramos todas essas expressões juntas em um mesmo acórdão.

Poderia se pensar que tal aumento acompanhou o crescimento de demandas judiciais na área criminal, mas na realidade o que se verifica é que não há proporcionalidade entre o número de ingressos de ações penais no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁶ e, por exemplo, o aumento de prisões cautelares, nos levando a crer que, em uma trágica compensação no sistema de controle social, a intervenção penal prévia aumentou consideravelmente.

O que se depreende das mencionadas decisões, sobretudo as dos anos de 2006 e 2007, é uma volta, ou melhor, a permanência da velha idéia positivista do século XIX, de que pessoas possam ser “naturalmente” perigosas, suspeitas, devendo ser assim previamente controladas, neutralizadas. No entanto, se a idéia

⁵ Neste sentido ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 2007.

⁶ O site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – www.tj.rj.gov.br – disponibiliza sob o link “produtividade” os números (ingressos de ações, decisões, audiências, etc.) das varas e de seus juízes.

de periculosidade acima mencionada nos chega em linha direta do século XIX, a Ideologia da Defesa Social é anterior conforme já demonstrado. Acreditamos assim que, atualmente, o discurso criminológico oficial a embasar a expansão do poder punitivo se centra justamente nesta idéia de que a sociedade precisa ser defendida destes “diferentes” que não pertencem a ela, trazendo uma visão que não admite uma sociedade diversificada, portanto com diferentes interesses a serem pacificamente acomodados, mas ao contrário uma ordem única, de preferência voltada para o consumo desenfreado de bens e pessoas, descartando de seu seio aquele que Zygmunt Bauman chamou de “consumidor falho”.

Também foi realizada uma pesquisa com a expressão “clamor público”, atrelada à expressão “ordem pública”, quando, conforme já mencionado, temos um considerável aumento do número de decisões, ultrapassando a casa de 1.000 (mil) decisões em 2006 e 2007 contra as 107 (cento e sete) dos anos de 1996 e 1997. Sob esta rubrica – “ordem pública”, grande parte das decisões que justificam a prisão preventiva o faz em razão de intenso clamor social, clamor este que “exige resposta” do Estado para que não haja a “desmoralização” da justiça na defesa da sociedade. Ou seja, o Poder Judiciário estaria atuando como um órgão “administrativo” de segurança, defesa da sociedade, e não mais como um Poder independente com a atribuição de dirimir os conflitos em torno dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, norteado pelo princípio da imparcialidade do Juiz em seu atuar.

“Presentes o "fumus boni iuris" e "periculum in mora" a justificar a prisão cautelar. Não se encontra o presente feito instruído a comprovar a primariedade, residência e atividade laborativa afirmada na inicial. Constrangimento ilegal. Inexistente. Denegação da ordem. Unânime. Paciente denunciada com outros vinte elementos, por formação de quadrilha e extorsão, objetiva através do presente "writ" sua liberdade provisória, ao argumento de ser primária, bons antecedentes, atividade laborativa regular, e residência fixa, bem como pelo fato de não se encontrar devidamente fundamentada a decisão de primeiro grau que indeferiu o pleito. A quadrilha dedicava-se a cometer a conhecida extorsão por telefone, anunciando para terceira pessoa, notícias do (falso) seqüestro de um ente familiar e exigindo o pagamento de determinadas quantias para que o seqüestrado fosse liberado. O "fumus boni iuris", que fundamentou o indeferimento da revogação de prisão preventiva, baseou-se no fato de a autoria estar suficientemente indiciada, com suporte no material trazido na inicial, resultante de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente e outros elementos da investigação. Quanto ao "periculum in mora" emerge da natureza dos injustos em apuração. Dos vinte e um denunciados, nove integram o efetivo carcerário do Estado, o que parece que não foi suficiente para proteger a sociedade da sanha criminosa dos mesmos. Continuam a delinqüir, contando com

o valioso concurso de familiares e pessoas que estão em liberdade, para extorquir inúmeras vítimas - em sua grande maioria, indefesas -, em expediente ilícito que, como bem assinalado na d. promoção ministerial, vem causando intenso clamor social, não só nesta mas também em outras unidades federadas - já sendo, inclusive, objeto de ampla divulgação pelos veículos de comunicação -, a comprometer seriamente a ordem pública e exigir pronta e enérgica resposta estatal. Por outro lado, a conveniência da instrução criminal clama pela medida constritiva, pois, sendo a ameaça o meio utilizado para as extorsões, certamente não hesitariam os agentes em utilizá-lo para afastar vítimas e testemunhas, que não se sentiriam seguras para vir a juízo depor. Por fim, com relação aos réus que não estão encarcerados - alguns residindo fora do distrito da culpa e todos sem comprovação de ocupação lícita -, a cautela é imprescindível para assegurar a aplicação da lei penal. Bem fundamentada se encontra, portanto, a decisão que indeferiu a revogação da custódia cautelar. Com relação a ora paciente, não há nos presentes autos nada que comprove ser a mesma primária, bons antecedentes, residente no distrito da culpa ou mesmo que tem ocupação lícita, a justificar o benefício da liberdade provisória ora pretendido. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem que se denega.”⁷
(HC 2007.059.00549 – Sétima Câmara Criminal – julgamento em 06.03.2007)

Na decisão acima, podemos perceber como se articularam as fundamentações para denegação da ordem, à unanimidade, reportando-se ao voto da relatora, do “clamor social”, “das vítimas indefesas” e da “ampla divulgação pelos veículos de comunicação -, a comprometer seriamente a ordem pública”. Não há no acórdão qualquer referência a fatos concretos que pudessem autorizar a segregação cautelar, mas puras ilações e referências às propagandas midiáticas de fomento do pânico social.

A pesquisa realizada nas decisões selecionadas revela que a “aferição” da periculosidade do indivíduo, bem como a da gravidade do delito que teria cometido, se dá por duas vias diferentes. A primeira delas surge em decisões que avaliam, em segundo grau de jurisdição, a condenação do acusado, portanto estaríamos no âmbito de cominação de pena – estabelecimento trifásico da pena, qualidade e quantidade, regime prisional, enfim tudo o que diz respeito a um momento posterior à instrução criminal já realizada, sendo elas, em sua quase totalidade, em sede de Recurso de Apelação.⁸ Curiosamente, encontramos apenas duas decisões acerca da periculosidade nos casos em que o indivíduo está sob medida de segurança, portanto necessário exame de periculosidade ou cessação desta.

⁷ HC 2007.059.00549 – Sétima câmara Criminal – julgamento em 06.03.2007.

⁸ Dentre as decisões em grau recursal, nos anos de 2006 e 2007, pouquíssimas são em sede de Embargos Infringentes, Recurso em Sentido Estrito e Embargos de Declaração.

De outro lado, também encontramos decisões que avaliam a periculosidade do indivíduo, e/ou a gravidade do delito por ele cometido, em um momento anterior à decisão de mérito, por vezes até mesmo anterior à ação penal, se tratando nestes casos, na quase totalidade das decisões pesquisadas, de prisões processuais, todas em sede de *Habeas Corpus*. Neste caso, podemos dizer que estamos diante de uma contenção prévia baseada em periculosidade presumida.

“Em síntese, *na América latina há um desdobramento do sistema penal oficial em sistema penal cautelar e sistema penal de condenação, sendo o primeiro mais importante do que o segundo, dado que abarca a imensa maioria da criminalização, produto de infrações de média e pequena gravidade. O direito penal autoritário reconhece a natureza penal e procura ampliá-la, ou melhor, sem reconhecer-lhe esse caráter, nega toda vigência ao princípio da inocência, ao passo que a doutrina liberal lhe nega caráter penal, com objetivo de reduzir seu âmbito, sem perceber que, ao mesmo tempo está legitimando, sem que isso redunde em resultados práticos redutores*”.⁹

Como bem percebe Zaffaroni, o discurso da periculosidade, aqui se incluindo suas implicações sobre gravidade do delito em abstrato e violação da etérea e imprecisa ordem pública, aparece tanto nas decisões que a examinam para maior ou menor condenação, quanto em sede cautelar quando não há ainda qualquer certeza dos fatos. A seguir, trataremos de diferenciar na legislação penal, o código tecnológico de Alessandro Nepomuceno,¹⁰ o que seria da esfera da pena, ou da medida de segurança e, casos de inimputabilidade, e o que seria de natureza cautelar processual, sem embargo de, na prática, o sistema penal como um todo operar da mesma forma seletiva e genocida nas duas hipóteses.

Assim, para efeito de melhor visualizarmos o alcance dos discursos punitivos nas decisões pesquisadas, trataremos das decisões nas Apelações¹¹, quando as expressões periculosidade e gravidade do crime aparecem como justificantes para uma intervenção penal mais gravosa, para depois nos atermos às decisões que se valem da ordem pública, do clamor social, da credibilidade da justiça, entre outras fundamentações extrajurídicas, para manutenção das cautelares, todas em sede de *habeas corpus*. Ainda abriremos um tópico para

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 2007, p. 114.

¹⁰ NEPOMOCENO, Alessandro, *op. cit.*, 2004.

¹¹ As decisões transcritas neste capítulo o serão em sua íntegra ou apenas a ementa. Quando a ementa estiver elaborada de forma à perfeita compreensão das fundamentações usadas nas decisões, não nos valeremos destas últimas. Em contrapartida, quando necessária, transcreveremos a íntegra ou trechos das decisões.

tratar do que poderia ser apelidado de burocratização do Judiciário, abordando por fim a espinhosa questão sobre um suposto “mandado de criminalização” da Constituição Federal, verdadeira inversão ideológicas dos preceitos constitucionais.

3.1

Circunstâncias judiciais: Periculosidade e Gravidade do Delito

Não trataremos nenhum dispositivo legal específico que trate de periculosidade do sujeito infrator e da gravidade do delito por ele cometida uma vez que não se encontram expressos literalmente, a não ser os dispositivos acerca da periculosidade nas hipóteses de medidas de segurança¹². No entanto, certas diferenciações no trato legal são necessárias para que possamos perceber as diversas nuances no discurso da Ideologia da Defesa Social que permite o embasamento de decisões condenatórias em suposta periculosidade, que deveria se restringir à medida de segurança.

Sempre lembrando que toda legislação pátria está formalmente enquadrada na Constituição da República, e que as normas penais, assim como as processuais penais, estão balizadas pelos Direitos e Garantias Fundamentais, abordaremos o artigo 59 do Código Penal Brasileiro, o dispositivo legal que dispõe sobre a fixação da pena base¹³, mas, sobretudo, o que traz as regras para que o julgador analise a personalidade do infrator e as conseqüências do crime, sempre com intuito de “retribuição” e “prevenção”.¹⁴ E mais, esta primeira fase da fixação da pena é a que permite, a teor do que está disposto no *caput* do referido artigo 59, todos os discursos de periculosidade do agente, de aplicação de um direito penal

¹² No Código Penal Brasileiro, as medidas de segurança vêm expressas nos artigos 96 e seguintes, sendo a periculosidade aferida por perícia médica, assim como sua cessação, não se confundindo, ao menos tecnicamente, com a pena. Com a adoção do sistema vicariante na reforma do Código Penal de 1984, abandona-se o sistema duplo binário, no qual o acusado podia receber uma pena e cumulativamente ser submetido à medida de segurança, sendo que o juiz só poderá aplicar pena ou medida de segurança.

¹³ O sistema brasileiro de fixação de pena é trifásico, a teor do artigo 68 do Código Penal Brasileiro, desenvolvendo-se assim em várias etapas: fixação da pena base (artigo 59 CPB), exame da existência, ou não de circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas que diminuiriam ou aumentariam a pena base, exame da existência ou não causas de diminuição ou aumento de pena da parte especial.

¹⁴ E assim voltamos às teorias absolutas e relativas (ver cap. 1).

do autor, julgando não apenas o fato em si, mas a “conduta social”, a “personalidade” do agente e seus antecedentes.

“Artigo 59 CPB: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

Conforme anteriormente abordado, o artigo acima transcrito demonstra o quanto nosso direito pátrio adotou as teorias retributivas e preventivas, sendo as circunstâncias judiciais do *caput* do artigo 59 do Código Penal, as balizadoras desta retribuição, que deve ser proporcional ao dano, e da prevenção com a “mitológica” idéia de fazer a prevenção geral abstrata, dirigida a todos igualmente, e evitar a reincidência, prevenção específica. Embora o artigo acima transcrito traga a “personalidade do agente” como uma das circunstâncias judiciais a ser aferida no primeiro momento da apenação, não define minimamente o que seria, deixando à discricionariedade do julgador o preenchimento de sentido da norma. Também não o faz com o termo “periculosidade”, embora encontremos esta palavra nas decisões penais carregada dos preconceitos das “every days theories”. “Nem a personalidade, nem a periculosidade criminal, as duas variantes que definem a personalidade perigosa, nem esta, a despeito das teorias positivistas, estão explicitamente definidas no Direito Positivo Penal brasileiro.”¹⁵

O preenchimento de sentido da “periculosidade” será construído pela dogmática e pela jurisprudência, uma reforçando a outra, valendo-se de termos vagos e imprecisos, à semelhança do que ocorre com “ordem pública”. Em tempos de direito penal do inimigo, em que a periculosidade, enquanto insegurança cognitiva de conduta do indivíduo, o discurso da “personalidade perigosa” só faz expandir ainda mais o sistema penal.

Transcrevemos abaixo algumas ementas de julgados:

¹⁵ BISSOLI FILHO, Francisco, *op. cit.*, 1998, p. 169.

“PENA BASE: No calibramento da pena base o juiz possui manifesta discricionariedade, podendo promover a exacerbação do mínimo legal quando os elementos moduladores previstos no artigo 59 do Código Penal não favorecerem ao agente. Na hipótese, a própria dinâmica dos eventos, tratando-se do famoso golpe conhecido como saidinha de banco, mormente em razão do grande prejuízo sofrido pelas vítimas, autoriza o acréscimo operado, entendendo este relator, inclusive, que a pena fixada se mostrou até mesmo benevolente.

REGIME: O regime de pena deve ser fixado de acordo com as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, observada, ainda, a orientação do artigo 33 do mesmo diploma legal. Não se trata, porém, de uma regra absoluta, devendo o Juiz quando do calibramento da pena buscar aquela que se apresenta justa e necessária à prevenção e reprovação do crime, não só com relação ao seu quantitativo, mas, também, quanto a sua qualidade. Entendo que aquele que emprega arma de fogo para subtrair os pertences da vítima atua com extrema ousadia e periculosidade, estando disposto a matar ou morrer, o que torna a circunstância da infração mais grave, sendo o regime fechado o adequado. Na verdade, um dos elementos do artigo 59 do Código Penal é a circunstância da infração, não tendo sido o emprego de arma considerado na primeira etapa, de acordo com o artigo 59, também importante na escolha do regime, porque caracteriza a forma majorada que tem o seu momento próprio para ser reconhecida, ou seja, na terceira etapa. Situação semelhante ocorre com a reincidência. Tal condenação não permite o reconhecimento dos maus antecedentes na forma da súmula 241 do STJ, devendo a pena base, ausente qualquer outro elemento desfavorável, ser estabelecida no mínimo legal. Todavia, quando da escolha do regime de pena, aqueles maus antecedentes são considerados e autorizam a aplicação da forma mais gravosa. Na hipótese, desnecessária tal consideração porquanto as circunstâncias judiciais não são inteiramente favoráveis aos agentes, ficando autorizado o regime fechado estabelecido.”

(Apelação Criminal 2007.050.04382 – Primeira Câmara Criminal – julgamento em 27/11/2007)

“(…) Regime prisional que se modifica para o semi-aberto para os três primeiros apelantes, diante as penas totalizadas, que apesar de não alcançarem 2 anos de reclusão ou detenção, permitem a fixação de regime mais gravoso que o aberto, especialmente pela periculosidade dos agentes, demonstrada com a prática de crimes mediante a utilização de armas de fogo, sendo certo quanto ao quarto apelante, sua condição de reincidente impõe a manutenção do regime fechado, tudo em conformidade com os artigo 59 e 33, §2º, b, do Código Penal, (...)” –

(Apelação Criminal 2007.050.02366 – Segunda Câmara Criminal – julgamento em 04/12/2007)

“(…) Impende ressaltar, a princípio, que o cálculo inicial da pena de ambos os apelantes estabeleceu o rigor mínimo legal, em razão da primariedade e dos bons antecedentes dos agentes. Mas, tendo sido o crime cometido com o emprego de arma e em concurso de agentes, parece-nos acertada a decisão que concedeu o aumento de metade, na pena-base estabelecida. Destaque-se que o delito foi cometido também contra vítimas menores, constrangidas e ameaçadas com o emprego de arma de fogo. Quanto ao recurso ministerial, temos que as circunstâncias do fato - três vítimas, duas delas menores; audácia desmesurada e periculosidade dos agentes - apontam para sua procedência, com a fixação do regime inicial fechado, para cumprimento da pena privativa de liberdade. Voto, pois, pelo desprovimento dos recursos defensivos e pelo provimento do apelo do

Parquet. (Apelação criminal 2006. 2006.050.00973 – Julgamento em 05/12/2006 - Quinta Câmara Criminal)

“EMENTA: APELAÇÃO-ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA DE FOGO, NA FORMA TENTADA E EM CONCURSO FORMAL - REGIME PRISIONAL.. O uso de arma de fogo no delito de roubo em análise, por si só não se constitui em circunstância suficiente ao agravamento do regime semi-aberto imposto na sentença, fazendo-se necessário considerar, além da quantidade da pena aplicada, a existência de condições concretamente extraídas dos autos que demonstrassem a extrema periculosidade da conduta, a justificar a aplicação do regime fechado, até mesmo diante da primariedade do apelado. A pena privativa de liberdade fixada em observância às circunstâncias delineadas no artigo 59 do Código Penal, concretizada em 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, não sendo o agente reincidente, comporta a aplicação do regime semi-aberto fixado na sentença, a teor do artigo 33, §2º, b, do Código Penal. RECURSO DESPROVIDO.”

(Apelação Criminal 2006.050.04457 – Sexta Câmara Criminal – julgamento em 14/11/2006)

“Extorsão mediante seqüestro. Co-autoria configurada. Acervo probatório reunido nos autos suficiente para condenar. Inconformismo defensivo em relação à dosimetria da pena, que não merece ser acolhido. Pena-base fixada um pouco acima do mínimo legal. Ação criminosa empreendida pelo acusado e demais participantes do crime, que impôs aos pais da vítima elevado sofrimento, ao retirarem seu filho do convívio familiar, sob ameaças constantes de armas de fogo, que somente conseguiu fugir do cativo dois dias após os fatos. Periculosidade evidenciada. circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente, que ostenta personalidade voltada à prática delituosa, com folha de antecedentes que o descredencia, nos termos do art. 59, do código penal. reprimenda fixada de forma correta. sentença condenatória devidamente individualizada, que deve ser mantida. parcial provimento do recurso para aplicar o regime prisional fechado, de modo a possibilitar a flexibilização do cumprimento, da pena, analisados os requisitos subjetivos pelo juízo da execução”

(Apelação Criminal 2005.050.06829 – Segunda Câmara Criminal – julgamento em 18/07/2006)

APELAÇÃO. CRIME DO ARTIGO 157 C/C 14, II DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA-PROVA IDÔNEA. DESCLASSIFICAÇÃO-INVIABILIDADE-DOSIMETRIA PENAL - REDIMENSIONAMENTO. REGIME DA PENA - ABRANDAMENTO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. Flagrado o agente, em fuga, de posse dos bens subtraídos e reconhecido pela vítima, não há margem para dúvida sobre a autoria. Sendo lograda a subtração mediante a intimidação da vítima, empurrada pelo agente que dizia estar armado, configura-se o roubo e não mero furto. A reação da vítima, ao constatar que o agente não estava armado, provocando-lhe a fuga, com perseguição ininterrupta até a prisão, impediu a consumação do delito, embora percorrido o *iter* quase integralmente, justificando-se a diminuição no percentual mínimo, pela tentativa. Embora o regime da pena deva ser, em razão da reincidência, mais rigoroso do que o possível, em tese, pelo quantum da pena, desnecessária a fixação no rigor máximo, na ausência de emprego de arma, que denotaria maior periculosidade, e sendo a condenação anterior por crime de outra natureza, não violento. Recurso parcialmente provido.”

(Apelação Criminal 2007.050.02787 – Sexta Câmara Criminal – julgamento em 18/10/2007)

“Crime contra o patrimônio. Artigo 155, § 4, inciso IV, sendo que em relação a Marco Aurélio c/c artigos 61, inciso I, e 65, inciso I, e quanto a Jorge c/c artigo 65, incisos I e III, letra d, todos do Código Penal. Apelo do Ministério Público objetivando a exasperação da pena base de Marco Aurélio. Apelo de Jorge: a) preliminar de extinção da punibilidade por força da prescrição; b) desclassificação do furto para a forma tentada; c) diminuição da pena aplicada. Apelo de Marco Aurélio: a) absolvição, por inexistir prova segura de que tenha praticado o crime; b) desclassificação do delito para a forma tentada, pois não houve posse livre e desviada da *res furtiva*; c) preponderando a menoridade sobre a reincidência, deve ser anulado o aumento de pena na segunda fase, mantendo-a no mínimo legal. Sendo Jorge condenado a 2 anos de reclusão e reconhecida a menoridade, o prazo prescricional reduz-se em metade, e, decorrido prazo superior a 2 anos entre o recebimento da denúncia e a sentença, prescrita está a pretensão punitiva. As palavras sinceras da lesada dão a absoluta certeza de que Marco Aurélio foi quem puxou a bolsa de seu ombro, e, assim, não há como acolher a inverossímil versão de que ignorava a intenção de Jorge de subtrair a bolsa. Embora por poucos minutos, os réus alcançaram a posse tranqüila e desviada da *res*, consumando, assim, o crime. Após a análise negativa da conduta social, periculosidade e antecedentes de Marco Aurélio, incorretamente foi fixada a pena base no patamar mínimo, a qual merece sofrer pequena exasperação. Na segunda fase, a atenuação pela menoridade a reduz ao quantum mínimo e a reincidência determina pequeno agravamento. Acolhimento da preliminar argüida por Jorge, para declarar extinta a punibilidade com base no artigo 107, inciso IV, primeira parte, do Código Penal. Recurso ministerial provido para exasperar a pena base de Marco Aurélio e provimento parcial do interposto por este réu, tão somente pra reduzir a pena final, expedindo-se em seu desfavor mandado de prisão.”

(Apelação Criminal 2005.050.04495 – Oitava Câmara Criminal – julgamento em 04/10/2007)

“Quadrilha ou bando armado (art. 288, parágrafo único do Código Penal). Corrupção ativa (art. 333 do Código Penal). Receptação (art. 180 do Código Penal). Corrupção de menores (art. 1., da Lei n. 2252/54). Prova. O delito de quadrilha ou bando, dada sua completa autonomia jurídico-penal, basta ao seu tipo a simples associação estável e permanente para delinquir, cabendo a incidência do parágrafo único do art. 288 do Código Penal em razão das armas apreendidas em poder dos agentes, circunstância que demonstra maior periculosidade e temibilidade do bando. Por se tratar de crime formal e de mera conduta, a corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) se aperfeiçoa no momento do oferecimento vantagem, ainda que repudiada, porém visando finalisticamente a inibir o servidor público a praticar ato de ofício. Quanto a receptação dolosa (art. 180 do Código Penal), provado que os agentes sabiam da origem viciada dos objetos, e' o quanto basta para tipificá-lo. Finalmente, comete o crime de corrupção de menores (art. 1. da Lei n. 2252/54) quem alicia menor imputável, levando-o a praticar infração penal ou, pelo menos, a presenciá-la. Penas bem aplicadas. Desprovimento.” (RCB)

(Apelação Criminal 1997.050.00092 – Primeira Câmara Criminal, sessão de

juízo 16.09.1997)

“EMENTA: ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL PARA A PRÁTICA DE TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE- ABSOLVIÇÃO- PRECARIIDADE DA PROVA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL.- SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.- A prova produzida no presente feito é farta e robusta no sentido de demonstrar que o agente estava, de forma estável, associado aos integrantes de uma organização criminosa liderada por seu irmão Ernaldo Pinto Medeiros, vulgarmente conhecido por Uê, que era o chefe no Morro do Adeus, para a prática de crime de tráfico de substância entorpecente.- Deve ser mantida a dosimetria da pena, eis que a douta magistrada sentenciante vistoriou de forma minuciosa as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, aplicando a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ante a gravidade do crime, dos efeitos perniciosos do tráfico, responsável pelo cometimento de tantos outros graves delitos, estando sua conduta a merecer maior grau de reprovabilidade, eis que se tratava de peça importante e fundamental na quadrilha, não obstante ser o mesmo primário e de bons antecedentes. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90. Recurso improvido. Vistos, Relatados e discutidos estes autos de Apelação, em que é apelante EDINILDO PINTO MEDEIROS.- ACORDAM os Desembargadores que integram esta Oitava Câmara Criminal Do Tribunal De Justiça Do Estado Do Rio De Janeiro, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso.- (Apelação Criminal 2006.050.04723 – Oitava Câmara Criminal - Sessão de julgamento: 14/12/2006)

Voltamos, ou jamais deixamos de estar, em pleno discurso positivista do século XIX, apenas com um discurso dogmático jurídico mais adaptado aos tempos atuais. Não se trata mais da adoção direta do racismo inferiorizante que aporta no Brasil recém saído da escravidão, mas sim de um discurso mais sofisticado, que não deixa de ter os elementos racistas, de desqualificação da pessoa por sua “personalidade desviada”. Hoje o poder penal pretende abarcar, ainda com seus velhos preconceitos arraigados no imaginário social, todas as esferas de vida. Abaixo transcrevemos decisão que não fez parte de nossa pesquisa inicialmente, pois que de Vara Federal, mas seu conteúdo revela todos os estereótipos presentes no imaginário acerca da droga, da ordem pública, da defesa da sociedade, no caso internacional, já que se trata de acusada de tráfico internacional de nacionalidade francesa.

“(…).

II – Fundamentos

(…)

Analisando todo o conjunto probatório, firmo meu convencimento de que a acusada agiu com plena consciência da ilicitude, (...).

Portanto, podia perfeitamente agir de modo diverso, e não minora ou exclui o grau de reprovabilidade da conduta o fato de dizer que tem 20 anos, que é imatura, pois tem perfeita capacidade de entender e compreender que não é permitido o comércio de cocaína, até mesmo um jovem com menos idade tem esse entendimento, ademais, aceitou livremente realizar o transporte da droga para o exterior, e o pior, usando uma aparência inocência como forma de desviar a fiscalização e o policiamento, e a droga somente foi encontrada pelo aparelho de raio-x, e por óbvio, não há qualquer inocência nesse comportamento, ao contrário, demonstra uma malícia e sagacidade na personalidade capaz de superar qualquer obstáculo para atingir seus objetivos ilícitos, quando poderia perfeitamente desenvolver atividade lícita e ganhar dinheiro honestamente, sendo de considerar que essa tarefa criminosa é realizada mediante contraprestação financeira.

A personalidade da acusada revela ausência de sensibilidade para os conflitos sociais e o flagelo resultante do comércio de cocaína, e ainda desprezo para as severas sanções penais previstas para a espécie de crime praticado.

(...), a fim de evitar que a autora, que demonstra visão distorcida dos valores sociais, acredite que o crime compensa.

Considero que Jennifer Claude Salagnac (...) veio ao Rio de Janeiro e **dissimulou ser uma turista estrangeira de bem** (...) agiu com singular destemor e frieza para levar adiante seu obstinado destino, conduta que revela ausência de sensibilidade para os conflitos sociais e desprezo para as severas sanções.

A acusada revelou ter uma personalidade destemida, audaciosa, habilidade singular e facilidade para manter ligação com pessoas ligadas ao comércio internacional de tráfico de drogas em todo *iter criminis*, ao mesmo tempo em que consegue fingir ser uma pessoa de bem e não levantar suspeitas das autoridades, ou mesmo dos particulares que a cercam, situação que demonstra malícia e sagacidade que não mede qualquer esforço para superar obstáculos e atingir seus objetivos criminosos, pouco se importando para os problemas sociais que a sociedade moderna vive com a realidade do flagelo humano resultante do comércio da cocaína, dos graves conflitos familiares e sociais daí resultante, do aumento da violência, fatos esses de conhecimento público e notório inclusive em seu país, contudo, optou pelo caminho do crime e nada lhe desmotivou de alcançar o fim pretendido – levar cocaína do território brasileiro para o exterior, e assim deve assumir a consequência da sua conduta: responder pelo crime praticado.

(...)

III - Dispositivo

Ex positis, e tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente a pretensão do ministério público federal e condeno Jennifer Claude Salagnac incurso nas sanções dos artigos 12 c/c 18 inciso I da Lei nº 6.368/76, pelo que passo a dosimetria da pena.

1. Pena base.

A culpabilidade é grave, pois a ré demonstrou facilidade em manter ligação com pessoas ligadas ao submundo do crime das drogas, tanto no território brasileiro quanto no exterior, e ante a quantidade apreendida -15,8 kg (quinze quilos e oitocentos gramas) - evidencia que são pessoas envolvidas com forte esquema criminoso e grande poder de aquisição do produto; antecedentes - não há registros; a conduta social não é boa, devido ao metucioso plano que usou para receber e transportar a cocaína; personalidade, insensível e dissimulada para esconder sua atividade criminosa; motivos do crime - egoísticos, consubstanciados em vantagem financeira ilícita; e consequências do crime - normais a mesma espécie de delito.

Ponderadas as circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e, pelos mesmos fundamentos, ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, com valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, considerando a situação econômico-financeira da ré.

2. Circunstâncias atenuantes e agravantes.

Não existem circunstâncias que possam atenuar ou agravar a pena base.

3. Causas especiais de aumento e diminuição.

Caracterizado o tráfico internacional de entorpecentes, incide a regra do artigo 18 inciso I da Lei nº 6.368/76, assim aumento a pena em 1/3 (um terço) passando para 06 (seis) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, no valor unitário já fixado.

Sem outras causas especiais a serem analisadas, consolido e torno definitiva a pena em 6 (seis) anos de reclusão e 200 dias-multa, com valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, considerando a situação econômico-financeira da ré.

Fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Recomendo que a ré permaneça na prisão, com fundamento no artigo 594 do Código de Processo Penal c/c §2º do artigo 2º da Lei 8.072/90, pois ainda persistem os pressupostos da prisão preventiva: o *fumus boni iuris* - consubstanciado na saciedade da prova de autoria e materialidade do fato criminoso; o *periculum in mora* - a liberdade da ré representa perigo grave para a sociedade, ante a capacidade de manter ligação com traficantes no território brasileiro e estrangeiro, sendo necessária a segregação para conservar a higidez da ordem pública e tornar efetiva a prestação jurisdicional.

Inaplicável ao caso a substituição da pena, considerando que da análise das circunstâncias judiciais depreende-se que o benefício não seria suficiente para reprimir a contento a prática do crime, ante o disposto no artigo art. 44, III do CP.

Também não se aplica ao caso o disposto nos artigos 77 e 83 do Código Penal, uma vez que não estão preenchidos os requisitos legais.

Expeça-se mandado de prisão para mudança do título, que decorre da presente sentença penal condenatória recorrível. Determino que seja realizada a transferência da ré da Delegacia onde se encontra para a unidade prisional correspondente.

Condeno a ré nas custas processuais.

No que diz respeito aos bens listados nos itens 13 (duas malas) a 24, fls. 13/14, determino que os mesmos permaneçam acautelados em Juízo até o trânsito em julgado da sentença. Oficie-se.

Autorizo a destruição da cocaína apreendida com a ré, mantendo-se a quantidade acautelada no NUCRIM como contraprova. Oficie-se com o prazo de 5 (cinco) dias para cumprimento, devendo a autoridade policial encaminhar o auto imediatamente a este Juízo.

Condeno a ré nas custas processuais.

Transitada em julgado e certificado pela Secretaria, anote-se o nome da ré no Livro de Rol dos Culpados e após ao Ministério Público Federal para as providências cabíveis, nos termos do art. 68 da Lei n.º 6.815/80, art. 42 da Lei 6.368/76 e art. 50 da Lei n.º 10.409/02.

Decreto a perda do valor da passagem referente ao trecho não utilizado em favor da União, que será destinado ao Fundo Nacional Antidrogas - FUNAD. Oficie-se a empresa aérea para depositar o valor do trecho da passagem não utilizada em conta à disposição deste Juízo junto à Caixa Econômica Federal - CEF - PAB Justiça Federal, no prazo de 15 (quinze) dias.

Oficie-se o consulado da França encaminhando cópia da presente sentença.

Expeçam-se os ofícios de praxe.”¹⁶

Que sejam delitos contra patrimônio com emprego de arma de fogo, ou delito de tráfico de entorpecentes, iremos observar o mesmo tipo de discurso acerca de pessoas “perigosas” nas inúmeras decisões pesquisadas. Os autores de crimes contra o patrimônio e tráfico de entorpecentes constituem a grande clientela do Poder judiciário na esfera criminal¹⁷, não sendo coincidência virem dos estratos mais baixos da sociedade, uma vez que são sobre esses indivíduos que o controle social penal recai com mais intensidade. Serão processados e condenados, pelo menos aqueles que não morrerem nos confrontos quase diários nas comunidades de baixa renda das cidades brasileiras.

“Não se está mais preocupado com a conduta e o resultado, mas sim com o autor e sua periculosidade, que deve ser reprimida através da pena. Ambas acepções convivem hoje em nossa dogmática penal, produzindo efeitos deletérios e legitimando, o último, os sancionamentos gravosos para defender a sociedade”.¹⁸

A fundamentação dos acórdãos na gravidade do delito, no âmbito das condenações, traz um aspecto interessante: o consenso da “jurisprudência” de que a gravidade em abstrato não pode ser usada na primeira fase de apenação, ao contrário da periculosidade, pois essa gravidade já estaria no próprio tipo penal, mas a gravidade do delito, consubstanciada nos termos “motivos”, “circunstâncias e conseqüências” do crime (artigo 59, *caput*, CPB), permite a aplicação de um regime prisional mais rigoroso. Que o argumento seja o da periculosidade do indivíduo, complementado pelo da gravidade do delito, o que se observa no momento da condenação é o discurso típico da Ideologia da Defesa Social sob novas roupagens preventivas, agregadas às tradicionais teorias retributivas que realizam, assim amalgamadas, a vingança, não mais do soberano, mas da “sociedade” seja lá o que esta última queira dizer.

“A irracionalidade da pena retributiva já se manifesta pela inviabilidade de esclarecimento da razão pela qual o mal deveria ser compensado com outro mal de igual proporção. Se o mal é algo que se deseja ver afastado ou evitado, porque

¹⁶ Ação Penal n.o. 2006.51.01.517396-3 – Primeira Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro (TRF2)

¹⁷ Neste sentido ver NEPOMOCENO, Alessandro, *op. cit.*, 2004. Também, TEIXEIRA, Alessandra e outros (coordenação), “Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo – Alei, o direito e a ideologia”, São Paulo, IBCCRIM e IDD, 2005.

¹⁸ NEPOMOCENO, Alessandro, *op. cit.*, 2004, p. 189.

deveria ser reproduzido através da pena? Mesmo aceitando-se as teses contratualistas, que estiveram na origem da idéia de retribuição, ou as posteriores posições neo-contratualistas, decerto pareceria mais lógica a opção pela reparação do dano material ou moral causado pela conduta socialmente negativa etiquetada como crime, especialmente porque aí se levaria em conta os interesses das pessoas diretamente atingidas por aquela conduta.”¹⁹

A resolução do conflito não se dá na forma acima descrita por Maria Lucia Karam pela simples razão de que punir é poder e para legitimar tal poder foi preciso travesti-lo de legalidade, limitação do estado, teorias e discursos legitimantes, mas em última instância, o exercício do poder punitivo, seja através da pena, seja através de prisões cautelares, ou mesmo outras medidas cautelares como seqüestros de bens – que hoje estão mais próximos de confisco, ou interceptações telefônicas, quer apenas se reproduzir. O sistema capitalista de produção necessita dessa constante reafirmação do poder punitivo para se sustentar. Tanto as teorias absolutas, quanto as relativas se fundam em “irracionalis e irrealizáveis idéias de retribuição e prevenção” e têm por função “ocultar o fato de que a pena, na realidade, só se explica – e só pode se explicar – em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução de estruturas de dominação.”²⁰

“EMENTA: PENAL. FURTO. DENUNCIA. INÉPCIA. PROVA. INSIGNIFICÂNCIA. PENA. DENÚNCIA - ARTIGO 41 DO CPP: Descrevendo a denúncia de forma satisfatória a imputação respectiva, tudo a possibilitar o amplo exercício da garantia constitucional do contraditório, inclusive com indicação das circunstâncias em que o delito foi praticado, deve ser rejeitada a preliminar de inépcia daquela peça exordial. A jurisprudência não vem se mostrando rigorosa quanto à exigência da descrição pormenorizada da conduta de cada agente, admitindo que, referidos os elementos essenciais do delito, possam ser determinadas circunstâncias mencionadas genericamente com relação a todos os envolvidos (RT 603/335. 655/321 e 731/535).PROVA: Não sendo a subtração negada pelos acusados, apenas tendo um deles procurado assumir sozinho à prática delituosa, o que se justifica pelo fato da mãe ter procurado inocentar os seus filhos, bem como estando a participação de todos os acusados confirmada pelo depoimento prestado pelos lesados que viram mãe e filha subtraindo as coisas, fugindo todos no carro do terceiro que não ingressou na loja, correta se apresenta a condenação do trio pelo crime de furto qualificado pelo concurso de agentes. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: A insignificância do resultado leva a doutrina a divergir sobre a sua consequência jurídica, alguns defendendo que o seu reconhecimento acarreta o reconhecimento da atipicidade da conduta, enquanto outros sustentam que deve ser reconhecida a exclusão da ilicitude, sendo a primeira, a meu sentir, a melhor posição. Tal princípio sustenta que o

¹⁹ KARAM, Maria Lucia, “Escritos Sobre a Liberdade – A Privação da Liberdade: o Violento, Danoso, Doloroso e Inútil Sofrimento da Pena”, Vol. 7, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 6.

²⁰ *Idem*, p. 7.

direito penal não deve se preocupar com bagatelas, devendo ser desconsiderada a tipicidade quando o bem jurídico protegido foi atacado de forma mínima. Não é esta a hipótese dos autos, porquanto, apesar do pequeno valor das coisas subtraídas, não se trata de bagatela, sem desconsiderar os diversos outros objetos de origem duvidosa apreendidos com o trio quando da prisão respectiva. A circunstância da prisão demonstra que o comportamento dos acusados está longe de ser irrelevante para o direito penal, estando a merecer um justo reproche do Estado, acrescentando, por último, face o grande número de pequenos furtos e roubos que ocorrem diariamente na cidade, que o acolhimento da tese defensiva acarretaria a desordem e o incentivo a criminalidade menor, diminuindo a credibilidade da justiça local. APLICAÇÃO DA PENA: A pena deve ser aplicada na forma estatuída no artigo 68 do Código Penal, observado o critério trifásico lá determinado. A pena base é fixada de acordo com as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal; na pena intermediária se observam as agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61/66 do mesmo diploma legal; na pena definitiva, na terceira etapa, leva-se em consideração as causas de aumento e diminuição de pena destacadas na parte especial e geral do código. No caso presente, a pena base foi fixada acima do mínimo sem a devida fundamentação, impondo-se a redução ao patamar menor, eis que nada justifica o incremento operado.”

(Apelação Criminal – Primeira Câmara Criminal – Julgamento em 19/06/2007)

Na decisão acima, a fundamentação para pena leva em conta para realizar a retribuição o fato de ocorrer grande número de pequenos furtos na cidade diariamente. Ou seja, mãe e filha, as réis do caso concreto, estão recebendo uma reprovação maior “face o grande número de pequenos furtos e roubos que ocorrem diariamente na cidade,” caso contrário, acrescenta a decisão, “a desordem e o incentivo a criminalidade menor” diminuiriam a ‘credibilidade da justiça local’.

Ferri, em 1927, já escrevia:

“§ 3.o. *O crime na atividade judiciária.* Modernamente, por obrigação profissional e com o intuito de atenuar e tranquilizar a emoção pública, põe-se em movimento as várias engrenagens da justiça penal. (...). De qualquer maneira, o funcionamento quotidiano da justiça penal, exercendo-se por uma clamorosa e numa atmosfera incandescente de emoção e expectativas públicas, é a afirmação imanente e sugestiva da força do Estado, seja para a defesa do cidadão, seja para a sua educação e disciplina social perante as ações lícitas ou ilícitas, permitidas ou proibidas.”²¹

O Judiciário sai de sua função de dirimir conflitos penais, de forma imparcial e dentro das regras do jogo, para ter que dar resposta ao público, sob

²¹ FERRI, Enrico, *op. cit.*, p. 17/18.

pena de “perda de credibilidade”. O Poder judiciário, desvirtuado, responde às “expectativas públicas”, reafirmação da força do Estado, “defesa do cidadão”.

3.2

Prisões Provisórias e Periculosidade: quando a Exceção se torna Permanente

Barbara Hudson²² se debruça sobre a questão de como fazer justiça para aqueles que estão “fora” da comunidade, tocando em ponto crucial em relação à questão de aplicação da justiça e exclusão: “como se comportar de forma justa em relação a pessoas que estão ou que se colocam, elas mesmas, fora da nossa comunidade, e como salvaguardar os direitos humanos daqueles que são mal olhados como humanos”. Esse questionamento é pertinente na atualidade, sobretudo diante do vigor que a idéia de um direito penal do inimigo se articula dogmaticamente, conforme visto no capítulo anterior, e transborda para a prática dos tribunais, se naturalizando na própria esfera do direito.

Mas, além da questão do “estranho à comunidade”, Barbara Hudson também aborda, e este ponto nos interessa quando estudamos as decisões sobre a personalidade perigosa de um indivíduo, o “diferente incompreensível” que está dentro das fronteiras da comunidade. “Somos confrontados, dentro de nossas próprias comunidades geopolíticas, por transgressores e transgressões que possivelmente não podemos compreender. E se não podemos compreendê-los, como poderemos prestar-lhes justiça?”²³ Estes são os “anormais”, os “monstros” e por isso mesmo estariam além do procedimento racional que baliza as ações penais, por exemplo.

Jakobs responderia que esses que estão além de nossa compreensão, e, portanto, não apresentam uma segurança cognitiva, seriam portadores de periculosidade, autorizadora, por sua vez da aplicação do direito penal do inimigo: contenção prévia. Não se trata de uma resposta do judiciário através de uma pena cominada após uma instrução criminal cercada pelas garantias do acusado, mas medida administrativa de contenção.

²² HUDSON, Barbara, *op. cit.*, 2006.

²³ *Ibidem.*

Zaffaroni informa que 3/4 dos presos na América Latina são presos provisórios²⁴. No Brasil, os últimos números apontam para o crescimento exponencial do número de presos provisórios, sendo de aproximadamente 43% em dezembro de 2008 e hoje beirando os 50 %.²⁵ No âmbito das decisões acerca das prisões provisórias é que melhor se observa o discurso do direito penal do inimigo e seu efeito sedativo sobre a sociedade. Por um lado, as prisões em massa dos “perigosos” elementos identificados, nas fantasias do medo cósmico, nos jovens rapazes das favelas e guetos do mundo globalizado, por outro, as prisões de algumas “pessoas” das classes média e alta, para que o efeito simbólico do sistema penal não embace. A distorção que surge deste fenômeno de encarceramento massivo é o discurso de que todo mundo deve ser preso²⁶, ricos e pobres, a teor da Ideologia da Defesa Social que prega o mito da igualdade do sistema, e no qual todos embarcam, direita e esquerda, esta última certamente pensando em uma justiça social às avessas, não se dando conta justamente do processo extremamente seletivo e simbólico do sistema penal: para cada pessoa da elite presa, mil não-pessoas o serão. Tal discurso apenas legitima e reforça o poder punitivo.

“Paralelamente às novas roupagens preventivas, as tradicionais teorias retribucionistas, que acenam para uma compensação do mal do crime com o mal da pena, encontraram espaço para um renascer, com as novas propostas de troca de liberdade por segurança, com a exacerbação dos desejos punitivos, com a expansão do poder punitivo que se registra a partir das últimas décadas do século XX.”²⁷

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 2007, p. 70.

²⁵ “Em 11 estados brasileiros, o número de presos provisórios supera o dos que já têm decisão condenatória. “O desproporcional número de presos provisórios estrangula o sistema penitenciário”, critica o juiz Eivaldo Ribeiro dos Santos. Ele apresentou dados sobre o sistema carcerário no 2º Encontro Nacional do Judiciário, em Belo Horizonte, na segunda-feira (16/2). Segundo o juiz, em Alagoas, 77% dos presos são provisórios. Para Eivaldo Ribeiro, o alto número de presos nessa situação cria uma dificuldade na administração das penitenciárias. Isso porque não se sabe quando e se esses presos se tornarão definitivos. Dados do Departamento Penitenciário Nacional revelam que até dezembro de 2008 haviam 446.687 presos. Destes, 43% são presos provisórios. Em oito anos, o número de presos provisórios saltou de cerca de 43 mil para 190 mil.” Fonte Consultor jurídico, fev. 2010.

²⁶ Lembrem-se de Simão Bacamarte da Vila de Itaguaí.

²⁷ KARAM, Maria Lucia, “A Privação da Liberdade: O Violento, Danoso, Doloroso e Inútil Sofrimento da Pena”, Escritos sobre a Liberdade Vol. 7, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 5.

As prisões provisórias no direito pátrio estão legalmente previstas, e constitucionalmente delimitadas,²⁸ nos interessando para o escopo deste trabalho, em especial, o artigo 312 do Código de Processo Penal no qual estão dispostos os elementos autorizadores destas prisões.

“Artigo 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

O primeiro dos requisitos seria o *fumus comissi delicti*, significando uma probabilidade razoável da existência do crime e de sua autoria (“houver prova de sua existência e indício de sua autoria”). Mas o que efetivamente nos interessa é o fundamento do *periculum libertatis*, pois que, havendo o primeiro requisito, a prisão só estaria autorizada caso presente uma das situações (“garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal”), não bastando apenas transcrever, como faz a grande maioria dos julgadores, a letra da lei, mas demonstrando a existência de prova razoável do perigo que o indivíduo levaria se solto²⁹. A regra é a liberdade, a prisão exceção; ao menos na teoria.

Transcreveremos abaixo algumas decisões em sede de *habeas corpus* e nas quais podemos perceber as fundamentações de “ordem pública”, periculosidade”, “gravidade” se conjugam para sistematicamente transformar a exceção em regra.

“Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado visando a liberdade provisória do paciente. Indica a inicial que o paciente foi denunciado pelo art. 33 da Lei 11.343/2006 e art. 171 do Código Penal.

A cópia da denúncia não veio aos autos, de forma a permitir que se conheçam as circunstâncias dos delitos e daí a eventual periculosidade do agente.

Com efeito, a simples juntada dos documentos, com Carteira de Identidade e C.P.F. não são de molde a convencer que a prisão cautelar não seja necessária.

Pretende o paciente demonstrar atividade lícita. A comprovação de uma atividade laborativa tem por finalidade mostrar vínculos estáveis com o local do eventual crime e assim firmar a convicção de que a fuga não seria opção fácil ao indiciado,

²⁸ Vide nota 238 acerca da prisão temporária. Além da prisão temporária, distinguimos as prisões em flagrante, preventiva, decorrente de pronúncia e decorrente de sentença condenatória recorrível. A Constituição da República em seu artigo 5.o., inciso LXI dispõe: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.” Além da do inciso LXI, outras garantias cercam a prisão, ver incisos LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, todos do artigo 5.o. da Constituição Federal.

²⁹ Neste sentido ver LOPES Jr., Aury, “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, Vol. II, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

vez que a vida de foragido não seria atraente por importar em renúncia a uma fonte de renda.

A documentação trazida aos autos mostra apenas que o paciente foi dispensado de seu último emprego, desde setembro de 2005, e que em novembro de 2006, pediu um “orçamento” para comprar um equipamento para preparo de assados (*tipo frangueira*) e de material de construção.

O certo que não existe prova de que o paciente já esteja estabelecido como comerciante e em que local, nem justifica porque um dos réus envolvido no tráfico de entorpecentes estava de posse do veículo do paciente que era usado para transações de compra e venda de entorpecentes.

Nestas circunstâncias, não vejo como conceder a Liberdade provisória do paciente sob fundamento de desnecessária a prisão cautelar oriunda de flagrante.

O interrogatório já está designado com expedição da carta precatória e a prisão ocorreu em 22q05/2007, não havendo ainda excesso de prazo, que sequer foi cogitado.”

(*Habeas Corpus* 2007.059.03950 - Sexta Câmara Criminal Julgamento: 16/08/2007)

“HABEAS-CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA. INEXISTÊNCIA DAS HIPÓTESES QUE AUTORIZAM A PRISÃO PREVENTIVA. RÉU PRIMÁRIO COM BONS ANTECEDENTES, ENDEREÇO FIXO E TRABALHO, EM RECUPERAÇÃO DE UMA CIRURGIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. LIBERDADE PROVISÓRIA. DESCABIMENTO. O acusado foi preso em flagrante, pela prática do crime previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10826/03, quando fugia em sua motocicleta de um local onde acabara de ocorrer um roubo. De acordo com as informações prestadas pela dita autoridade coatora, há notícia do suposto envolvimento do paciente na prática de crime de roubo juntamente com outro elemento, que faleceu momentos antes da prisão do réu, por disparo de arma de fogo, aparentemente em uma tentativa frustrada de roubo, o que motivou o indeferimento do pedido de liberdade provisória. A condição de ser o paciente primário, possuir domicílio e emprego no distrito da culpa não obriga o Juízo à concessão do benefício, sendo a necessidade da manutenção da prisão fundamentada na garantia da ordem pública, pois, o delito é de extrema gravidade. Por outro lado, o ofício da SEAP atesta que o paciente apresenta bom estado de saúde, e necessita apenas de tratamento ambulatorial. Além disso, a prova de acusação já ocorreu, tendo sido designado para o último dia 05 de setembro, a oitiva das testemunhas de defesa, por Carta Precatória. Não há qualquer ilegalidade na manutenção da prisão do paciente. Ausência de constrangimento ilegal. DENEGAÇÃO DA ORDEM. Leg: art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10826/03.”

(*Habeas Corpus* 2006.059.05165 – Sétima Câmara Criminal - Julgamento: 03/10/2006)

“HABEAS CORPUS. Decretação de prisão preventiva. Pedido de revogação do decreto prisional em razão da carência de fundamentação e desnecessidade da manutenção cautelar. Impossibilidade. Constrangimento ilegal não configurado. Denegação da ordem. A decisão lançada pelo ilustre magistrado *a quo*, apesar de sucinta, está suficientemente motivada, tendo se baseado em elementos concretos do processo, que demonstram a necessidade da manutenção da medida, visando, sobretudo, a garantia da ordem pública, diante da extrema gravidade do delito. Ademais, as notícias de que o paciente utilizava sua própria residência para guardar e distribuir as substâncias entorpecentes, também recomendam a sua segregação cautelar. Primariedade, trabalho lícito e bons antecedentes não são

suficientes para afastar a necessidade da custódia cautelar quando recomendada. Ordem denegada. Sessão de julgamento: 18/12/2007

“*Habeas Corpus* requerido por nobres Advogado e Estagiário em prol de cidadão, preso em flagrante, no escopo da obtenção de liberdade provisória. Parecer ministerial no desabono. Razão manifesta. Custódia flagrancial resultante de o paciente, juntamente com outro indivíduo maior, e outro menor inimputável, ter, em meados de novembro deste ano, subtraído bolsa de uma mulher, contendo objetos dela e de outra, através de ameaça com emprego de arma de fogo. Delito de gravidade, impondo-se, por ora, o continuar do encarceramento, a bem da ordem pública e como garantia da instrução criminal. Severidade que impende, ante o crescimento de tal atividade criminosa, aterrorizando cada vez mais o povo carioca e fluminense como um todo. Excesso de prazo, inexistente, por contrário, rapidez na tramitação do feito. Falta de nomeação de curador na fase policial, em sendo o paciente maior de 18 e menor de 21 anos, que se constitui em irregularidade, mas de conteúdo relativo, podendo e devendo ser sanada por defesa eficaz; isso, agregado à circunstância de o procedimento na polícia apenas servir à colheita de indícios como base de uma denúncia. Interrogatório realizado na semana passada, ao que tudo indica. Ausência de constrangimento em violação de lei ou da Constituição. Ordem que se denega. Sessão de julgamento: 18/12/2007

(*Habeas Corpus* 2007.059.07801 – Segunda Câmara Criminal - Julgamento: 18/12/2007)

Nos acórdãos acima, a ordem pública estaria sendo violada pela gravidade do delito - “necessidade da manutenção da prisão fundamentada na garantia da ordem pública, pois, o delito é de extrema gravidade”-, trazendo uma lógica perversa em que bastaria o indivíduo estar sendo processado por um crime de maior gravidade que autorizado estaria o Estado em mantê-lo em custódia cautelar. Outra decisão, acima transcrita, que chama atenção é a que fundamenta a manutenção da prisão provisória, não nos fatos concretos dos autos, mas em razão do crescimento da criminalidade que gera o medo - “severidade que impende, ante o crescimento de tal atividade criminosa, aterrorizando cada vez mais o povo carioca e fluminense como um todo”.³⁰

“A tentação ‘criminológica’ de ‘Defesa Social’, ou seja, de julgar o acusado e não a hipotética conduta, escorrega – via *(in)consciente* – na cadeia de significantes previstos na lei, até porque a legislação utiliza-se de termos claramente ‘vagos’ e ‘ambíguos’ para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos valendo, por todos, a *anemia semântica* do art. 312 CPP: ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal. (...).Em outras palavras, se

³⁰ HC 2007.059.07801, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 18 / 12 / 2007.

deferida a prisão, os argumentos se desfazem. Afinal, o acusado estará preso e não poderão verificar os ditos motivos da prisão.”³¹

A garantia da ordem pública é autorizadora de prisão processual quando sua verdadeira natureza é administrativa. Neste passo, “gravidade do delito”, “repercussão social”, “periculosidade do agente”, se tornaram elementos, todos vagos e maleáveis, afeitos à subjetividade do julgador, para aferição de violação da ordem pública. Examinando a natureza dos dois primeiros requisitos autorizadores de prisão cautelar presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal – ordem pública e ordem econômica -, percebemos que não fundamentam medidas cautelares processuais, uma vez que seu campo de incidência não está diretamente ligado à garantia do processo em curso, mas a uma medida preventiva de neutralização do indivíduo, da seara administrativa. E mais, em confronto com o princípio constitucional da presunção de inocência, esses dois fundamentos seriam substancialmente inconstitucionais. “É importante fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional.”³²

Porém, o que se observa na prática de nossos Tribunais é o uso acrítico do fundamento da “ordem”, validando o senso comum teórico de que prendendo preventivamente a segurança estará resguardada. É comum, não obstante o acusado ser primário, ter bons antecedentes, moradia certa, - também requisitos que revelam todo preconceito pelos que não os possuem-, este ter sua prisão preventiva decretada porque cometeu um delito de gravidade, ou que “chocou” a opinião pública, sempre bem informada pela mídia.

“(…) Assim se expressou o magistrado: De fato, muito embora a garantia da ordem pública deva ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração, repercussão social e periculosidade do agente, não se pode pensar na medida exclusivamente com a união indissolúvel do referido trinômio. Em determinadas situações, por vezes, a pessoa, não obstante primária e sem qualquer antecedente, pode ter sua prisão preventiva decretada porque cometeu um delito muito mais grave, chocando a opinião pública, a despeito de não apresentar periculosidade (probabilidade de tornar a cometer delitos). Portanto, para a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública basta a gravidade da infração e sua repercussão social. No tocante à gravidade da infração, pode ela ser analisada sob dois ângulos: o individual e o social. Pelo primeiro, a lesividade verifica-se pela

³¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre, “Decisão Penal: A Bricolage de Significantes”, Rio de Janeiro, Lumen júris, 2006, p. 139.

³² LOPES JR., Aury, *op. cit.*, 2009, p. 104.

intensidade com que a conduta proibida atinge a esfera do particular. Sob esse aspecto, crimes praticados com violência e grave ameaça (individualmente graves), associados à repercussão causada na sociedade, provocam um quadro legitimador da prisão preventiva. Nas infrações de gravidade individual, a repercussão social evidencia-se na sensação de intranquilidade e insegurança social. Por outro lado, sob o ângulo social, a gravidade da infração é observada pela lesividade coletiva, e não individual, da conduta proibida. São exemplo os crimes contra Administração Pública e, em especial, os de desvio de dinheiro público. Em tais infrações, embora a conduta proibida não gere, em regra, intranquilidade ou insegurança, a repercussão social se acentua na sensação de impunidade e repugnância causada à população. Exemplifico: num crime de gravidade individual intensa como, por exemplo, o latrocínio, a prisão preventiva justifica-se na repercussão social causada pela intranquilidade e sensação de insegurança. Já num crime de lesão individual fraca como, por exemplo, o peculato desvio, a decretação da preventiva dependerá da gravidade social da infração - que se verifica no caso concreto - associada à repercussão social causada pela sensação de impunidade e repugnância. No caso dos autos, onde há notícias de desvio de milhões e milhões de reais, entendo que estamos diante da hipótese comentada, vale dizer, da situação onde a gravidade social da infração permite a decretação de prisão preventiva. Neste ponto, malgrado o aparente substrato jurídico utilizado na decisão, dele não se extrai qualquer fato concreto capaz de justificar a segregação determinada, senão mera argumentação genérica, desprovida de correspondência no plano fático. (...).”

(*Habeas Corpus* 2008.059.0769 – Sétima Câmara Criminal – julgado em 28.02.2008)

“EXTORSÃO QUALIFICADA.- EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO FEITO.- INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA.- AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NOS DESPACHOS.- CONSTRANGIMENTO ILEGAL.- O fato é de natureza grave e o feito tramita dentro da normalidade, visto que a prova de acusação já foi encerrada.- Os despachos de indeferimento de liberdade provisória estão perfeitamente fundamentados, já que o juiz *a quo* se reportou a promoção do Ministério Público, ressaltando que a manutenção da custódia cautelar se faz necessária, para a conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública, atendendo, portanto, ao que prescreve o artigo 312, do Código de Processo Penal.- Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada”

(*Habeas Corpus* 2007.059.07647 – Oitava Câmara Criminal - Julgamento: 13/12/2007)

Na prática, o magistrado de segundo grau pede informações à autoridade coatora, magistrado de primeiro grau, que por sua vez “defende” seu decreto prisional fundamentando-se por sua vez na denúncia do Ministério Público, ou em sua “cota”, caso ainda não haja denúncia. Esse mecanismo acaba por gerar uma autolegitimação da prisão.

Por outro lado, a política criminal para “combate” às drogas³³ tem como efeito o encarceramento em massa, configurando-se a legislação de drogas um verdadeiro direito penal do inimigo, no qual o indivíduo pode ficar até meses preso, sem sequer um processo regular, mera contenção administrativa, com uma fantasia de cautelar processual penal. Para melhor exemplificar, transcrevemos trechos do acórdão que diz respeito aos delitos de tráfico de drogas no Morro do Borel e no qual os Pacientes do *habeas corpus* haviam sido denunciados pelo delito previsto no artigo 14 ainda da lei 6.368/76, em dezembro de 2006. No entanto, já vigia a nova lei 11.343/06 e a audiência marcada não se realizou, uma vez que o Ministério Público, erroneamente, havia denunciado com base em lei que não mais tinha vigência - e o Juiz também recebido denúncia nula -, tendo que re-ratificar sua exordial. Re-ratificada, o recebimento foi novamente anulado, vez que a Defesa não havia sido intimada para apresentar defesa prévia. Ou seja, a nova lei já vigia há quase um ano e Ministério Público e Magistrado não sabiam aplicá-la. Neste longo percurso de erros formais, em dezembro de 2007, com um dos pacientes preso desde 23 de janeiro de 2007, ainda não havia sido realizada a audiência de instrução e julgamento. No entanto, o julgamento do *Habeas Corpus*, em 18 de dezembro de 2007, denegou a concessão da ordem, a unanimidade, considerando que o excesso de prazo, quase um ano, era justificável em razão “da necessidade de regularização dos autos” e que “se os trâmites estão sendo seguidos dentro de um critério de razoabilidade”, não há qualquer problema.

“**EMENTA:** ARTIGO 14 DA LEI 6.368/76 - RERRATIFICAÇÃO DA CAPITULAÇÃO PARA A DOS ARTIGOS 36 E 35, DA LEI 11.343/06 - FATOS COMETIDOS A PARTIR DE JULHO DE 2006 - PACIENTE QUE SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA CAPITULAÇÃO - NÃO VIOLAÇÃO DO ARTIGO 4º DO CÓDIGO PENAL - PROCESSO EM FASE DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. Prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, porque aos mesmos, conhecidos pelos vulgos de Baleia e Isaias do Borel, foi imputado crime de associação para o tráfico de drogas, supostamente cometido a partir de julho de 2006, capitulado inicialmente no artigo 14 da Lei 6.368/76, porque apontado este último como o dono do tráfico ilícito no Morro do Borel, atuando em unidade de ações e desígnios com o primeiro, a quem dava ordens, apesar de se encontrar detido no Presídio Bangu I. Decisão de recebimento da denúncia anulada a primeira vez por esta Câmara, já

³³ Que Nilo Batista chama de Política de drogas com derramamento de sangue.

que recebida na vigência da nova Lei 11.343/06, não se observou o rito previsto no artigo 55 deste diploma legal, e a na segunda oportunidade, porque após primeira rerratificação a ela feita para constar nova capitulação - artigo 33 da Lei 11.343/06 - esta foi novamente recebida sem permitir à Defesa a apresentação de defesa prévia, sendo certo, entretanto, que segunda rerratificação foi oferecida, agora capitulando os fatos nos artigos 36 e 35 da nova lei de drogas, porém corretamente recebida, estando o processo aguardando a realização de Audiência de Instrução e Julgamento no próximo dia 19/12. Tais circunstâncias não importam, necessariamente, no reconhecimento de excesso de prazo para efeito de relaxamento da prisão do paciente, se todos os trâmites estão sendo seguidos dentro de um critério de razoabilidade. Com efeito, o réu se defende dos fatos, e não da capitulação, não se configurando ofensa ao artigo 4º do Código Penal, a circunstância de não ter sido descrito na rerratificação oferecida, qualquer fato novo, devendo o julgador, no momento de prolatar a sentença, se condenatória for, dar aos fatos a definição jurídica correta e adequada. Ordem denegada.

VOTO: (...) com denúncia recebida em 02/01/07, ocasião em que foi decretada a prisão preventiva de ambos, (...)sendo certo que esta Câmara concedeu parcialmente a ordem em habeas corpus impetrado a seu favor para declarar a nulidade do recebimento da denúncia, por inobservância da Lei 11.343/06, vigente à época de seu oferecimento, sendo a defesa intimada para apresentar defesa preliminar, limitando-se, a pleitear a revogação da prisão cautelar. Consta, ainda, que o órgão ministerial, retificou a capitulação contida na denúncia, para imputar aos réus o crime do artigo 33 da Lei 6.368/76, que acabou sendo novamente recebida, sem oportunizar-lhes a apresentação de defesa prévia, ocorrendo rerratificação, agora para atribuir-lhes a conduta descrita nos artigos 36 e 35 da Lei 11.343/06, mas iniciada a instrução o atento Juiz, Dr. Alexandre Abrahão D. Teixeira, chamou o feito à ordem para declarar a nulidade da decisão que recebeu aquela primeira rerratificação, e diante a segunda apresentada, determinou a intimação da Defesa do paciente, que se encontrava ao ato, para apresentar a devida defesa preliminar. As informações dão conta, ainda, de que restou cumprido o artigo 55 da nova Lei de Drogas, após o que foi recebida a rerratificação, ficando inicialmente designado o dia 26/07/07 para audiência de instrução e julgamento, que não se realizou pela ausência de parte das testemunhas, e como a Defesa não concordou com o fracionamento da prova, foi redesignada para 03/12/07, não se concretizando pelo mesmo motivo, estando a próxima marcada para o dia 19/12/07. É evidente que, se considerarmos o prazo de 81 dias para conclusão da instrução criminal, há excesso de prazo configurado. Entretanto, o referido atraso encontra-se plenamente justificado pela necessidade de regularização dos autos no decorrer da instrução, para evitar nulidades futuras, e também porque, ao que se vê nas últimas assentadas, a Defesa não pretende o fracionamento da prova, sendo certo que, eventualmente, uma ou outra testemunha poderá não comparecer, o que dará ensejo a novos adiamentos, devendo aplicar à hipótese o princípio da razoabilidade, diante da gravidade dos fatos imputados aos agentes e a periculosidade de ambos. (...).Desta forma, voto pela denegação da ordem.Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2007.”

(HABEAS CORPUS - 2007.059.07619 – Segunda Câmara Criminal - Julgamento em 18/12/2007)

O resultado não podia ser outro, uma vez que os Pacientes eram os “temíveis” e perigosos” Baleia e Isaías do Borel, sobre os quais recaem todos os estereótipos. Não estamos muito longe da “defesa preventiva” de Ferri³⁴ e sua vigilância das classes perigosas ou, para sermos *avant la lettre*, do direito penal do inimigo que, se no campo dogmático ainda nos restringimos aos debates, no Brasil já o aplicamos. No caso concreto, Isaías já estava na prisão federal do Paraná, em sua vida nua. Mas o outro Paciente, o Baleia, sendo a despersonalização tão profunda que os acusados não são tratados por seus nomes,³⁵ permaneceu no limbo judicial por onze meses, tendo a decisão que manteve tal situação se fundado na “razoabilidade” da medida de contenção “diante da gravidade dos fatos imputados aos agentes e a periculosidade de ambos”, além de justificar o atraso, reconhecido, na “necessidade de regularização dos autos”. Ora se o poder público, aqui representado pelo Judiciário erra, não é o indivíduo que deve sofrer as conseqüências, mas como bem explicitou Zaffaroni o sistema penal latino americano opera à margem do sistema penal legal. Casos semelhantes ao de Paulo César de Souza Soares e Isaías da Costa Rodrigues, - nos recusamos a aderir à desqualificação das pessoas -, são a imensa maioria de um sistema que converte a prisão preventiva em condenatória e a condenatória em revisão desta primeira, “como resultado de la prolongación burocrática del proceso penal y de la conseguinte generalización del fenómeno del “preso sin condena”.³⁶

3.3

Matar ou Morrer: a Periculosidade dos Nascidos no Calor³⁷

A leitura das decisões mais recentes em matéria criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também revela uma burocratização do atuar

³⁴ Ver o capítulo 2.

³⁵ Baleia é Paulo César de Souza Soares e Isaías do Borel é Isaías da Costa Rodrigues.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, mimeo.

³⁷ O tempo não pára/Eu vejo o futuro repetir o passado/Eu vejo um museu de grandes novidades/O tempo não pára/Não pára, não, não pára/Eu não tenho data pra comemorar/ Às vezes os meus dias são de par em par/Procurando uma agulha num palheiro/Nas noites de frio é melhor nem nascer/as de calor, se escolhe: é matar ou morrer/E assim nos tornamos brasileiros/Te chamam de ladrão, de bicha, maconheiro/Transformam o país inteiro num puteiro/Pois assim se ganha mais dinheiro. Cazuza, O Tempo não para.

jurisdicional, no sentido das decisões serem mecânica e acriticamente proferidas. Assim, por exemplo, apenas um magistrado, nas decisões (anos 2006-2007) que profere na qualidade de relator em sede de apelação criminal, em processos distintos, portanto acusados e fatos diferentes, escreverá em seu voto invariavelmente a mesma frase, ou melhor, o mesmíssimo parágrafo, na verdade praticamente quase a mesma decisão.³⁸ Quando nos referimos a fatos diferentes, não significa que não possam ser semelhantes, certamente o serão, o que não autoriza o julgador, que deve prestação jurisdicional ao recorrente/acusado – e isso significa examinar o caso concreto, a massificar sua decisão em um processo de “corta-e-cola” .

“Matar ou morrer” chama atenção nas ementas idênticas que encontramos para os processos julgados nos anos de 2006 e 2007 e por isso fomos verificar os acórdãos na íntegra.

“EMENTA: ROUBO MAJORADO - PROVA - PALAVRA DA VÍTIMA - RECONHECIMENTO EM JUÍZO - ARTIGO 226 DO CPP - PENA – REGIME PROVA - PALAVRA DA VÍTIMA: Nos crimes de roubo a palavra da vítima é decisiva para a condenação, mormente quando as partes não se conheciam anteriormente, não havendo motivo para que terceira pessoa desconhecida fosse injustamente acusada. Na verdade, neste tipo de infração, a vontade da vítima é a de apontar o verdadeiro autor da subtração que sofreu. No caso presente, os acusados foram reconhecidos pelas duas vítimas, o que ocorreu na fase policial e em juízo, o que torna a prova da autoria inquestionável, ficando isolada a versão negativista apresentada. Outrossim, também firme a jurisprudência, inclusive do STF, no sentido de que a prova através do reconhecimento judicial possui eficácia jurídica processual idêntica àquela que emerge do reconhecimento efetuado com as formalidades prescritas no artigo 226 do CPP, tratando-se de meio probatório de validade inquestionável, suficiente, assim, para escorar um juízo de reprovação (cf. HC 68819-SP - STF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 28.08.92 - p. 13452).PENA BASE: No calibramento da pena base o juiz possuir manifesta discricionariedade, podendo promover a exacerbação do mínimo legal quando os elementos moduladores previstos no artigo 59 do Código Penal não favorecerem ao agente. Na hipótese, a própria dinâmica dos eventos, tratando-se do famoso golpe conhecido como saidinha de banco, mormente em razão do grande prejuízo sofrido pelas vítimas, autoriza o acréscimo operado, entendendo este relator, inclusive, que a pena fixada se mostrou até mesmo benevolente.AGRAVANTE -

³⁸ TJRJ – Primeira Câmara Criminal – Apelação Criminal n.º 2006.050.05053, n.º 2006.050.05405, n.º 2006.050.03752, n.º 2006.050.03913, n.º 2006.050.02203, n.º 2006.050.02310, n.º 2006.050.03213, n.º 2006.050.03239, n.º 2006.050.03507, n.º 2006.050.03555, n.º 2006.050.01224, n.º 2006.050.01603, n.º 2006.050.01960, n.º 2006.050.02310, n.º 2006.050.02382, n.º 2006.050.01719, n.º 2006.050.06140, n.º 2006.050.00021, n.º 2006.050.00251, n.º 2006.050.00159, n.º 2006.050.00187, n.º 2005.050.06266, n.º 2005.050.05756.

REINCIDÊNCIA: Reconhecido que o agente era reincidente, impõe-se o aumento da pena na segunda fase da apenação. O Código Penal não estabelece o quantum da diminuição ou do aumento referente às circunstâncias atenuantes e agravantes, que fica, portanto, ao livre arbítrio do julgador. Todavia, não se trata de um poder ilimitado, devendo ser observada a regra da proporcionalidade e da razoabilidade. As agravantes e atenuantes devem ser menos valoradas do que as causas de diminuição ou aumento de pena, nunca esquecendo, porém, no caso da reincidência, a natureza do crime anterior, a fim de que a pena não seja aumentada de quantitativo maior do que o máximo previsto em abstrato para o delito anterior. Neste sentido, a jurisprudência se orienta de que o aumento da pena na fase intermediária não pode ser superior a 1/6, limite ultrapassado no caso dos autos de forma desproporcional, porquanto, em razão da reincidência, o juiz aumentou a pena base em 1/5.

DUPLA MAJORAÇÃO - AUMENTO: O fato de os roubos terem restado duplamente majorados, por si só, não autoriza o aumento da pena em quantitativo maior do que o mínimo previsto no tipo respectivo. O aumento com observância exclusiva do número de majorantes representa resquício da nefasta responsabilidade objetiva. O direito penal atual é o da culpa. O aumento respectivo deve decorrer do exame das próprias majorantes no caso concreto, nada impedindo, por exemplo, que a presença de uma única causa de aumento, em razão de sua maior potencialidade ofensiva, autoriza aumento maior do que o mínimo previsto. Na hipótese o grande número de agentes e de armas empregadas nas ações delituosas, autoriza o aumento máximo estabelecido na sentença.

CRIME CONTINUADO: Reconhecida a forma continuada, o aumento deve ocorrer de acordo com o número de crimes reconhecidos. Sendo duas as infrações, nada justifica aumento maior do que 1/6.

REGIME: O regime de pena deve ser fixado de acordo com as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, observada, ainda, a orientação do artigo 33 do mesmo diploma legal. Não se trata, porém, de uma regra absoluta, devendo o Juiz quando do calibramento da pena buscar aquela que se apresenta justa e necessária à prevenção e reprovação do crime, não só com relação ao seu quantitativo, mas, também, quanto a sua qualidade. Entendo que aquele que emprega arma de fogo para subtrair os pertences da vítima atua com extrema ousadia e periculosidade, estando disposto a matar ou morrer, o que torna a circunstância da infração mais grave, sendo o regime fechado o adequado. Na verdade, um dos elementos do artigo 59 do Código Penal é a circunstância da infração, não tendo sido o emprego de arma considerado na primeira etapa, de acordo com o artigo 59, também importante na escolha do regime, porque caracteriza a forma majorada que tem o seu momento próprio para ser reconhecida, ou seja, na terceira etapa. Situação semelhante ocorre com a reincidência. Tal condenação não permite o reconhecimento dos maus antecedentes na forma da súmula 241 do STJ, devendo a pena base, ausente qualquer outro elemento desfavorável, ser estabelecida no mínimo legal. Todavia, quando da escolha do regime de pena, aqueles maus antecedentes são considerados e autorizam a aplicação da forma mais gravosa. Na hipótese, desnecessária tal consideração porquanto as circunstâncias judiciais não são inteiramente favoráveis aos agentes, ficando autorizado o regime fechado estabelecido.”(Apelação Criminal 2007.050.04382 Primeira Câmara Criminal - Julgamento: 27/11/2007)

A(s) decisão(s) em questão são muito técnicas e bem fundamentadas, com sólido conteúdo dogmático, mas o fato de elas se repetirem inúmeras vezes demonstra que não importam os detalhes da situação concreta: está armado, é

ousado e, se é ousado é perigoso. E se é perigoso está disposto a matar ou morrer, com a diferença que mais morrem ... “(...) aquele que emprega arma de fogo para subtrair os pertences da vítima atua com extrema ousadia e periculosidade, estando disposto a matar ou morrer”.

3.4

Pode a Constituição Criminalizar?

É possível vislumbrar em algumas das decisões estudadas a negação de coerência interna do discurso jurídico-penal a que alude Zaffaroni com o uso de argumentos de autoridade que “implicam a confissão aberta do fracasso de qualquer tentativa de construção racional e, por conseguinte, legitimadora do exercício de poder do sistema penal”.³⁹ Como exemplo, citamos a decisão seguinte que, para além do argumento da inevitabilidade de aplicação da legislação em questão, ainda se fundamenta em um suposto mandamento constitucional de criminalização, demonstrando mais agudamente a contradição entre as regras constitucionais de preservação da pessoa e a real programação do poder punitivo e seus paradoxais dispositivos constitucionais sustentadores dos programas de expansão da punição com violação da própria Constituição da República.

“(…) A mesma Carta Magna, porém, em artigo diverso (artigo 5º, XLIII), fez referência a crimes de maior gravidade, nominando-os de hediondos, além de indicar outros de igual gravidade, como o tráfico de entorpecentes, determinando um tratamento mais rigoroso com relação a estes. Vê-se que o legislador constituinte fez inserir no texto constitucional os chamados crimes de menor potencial ofensivo e, da mesma forma, os considerados de maior gravidade (hediondos, tráfico de entorpecentes, terrorismo e tortura), determinando que fossem tratados de forma totalmente diversa. Aqueles, com resposta penal mais branda, procurando medidas alternativas à pena de prisão, permitindo, inclusive, a transação penal; estes, de forma mais rigorosa, proibindo a fiança e graça. Para dar cumprimento ao texto constitucional, mais precisamente visando atender ao que dispõe o artigo 5º antes mencionado, foi editada a Lei 8072/90, nela sendo destacadas as infrações consideradas de maior gravidade e outras a elas assemelhadas, estas já identificadas pelo constituinte, sendo vedada a concessão de liberdade provisória, fiança, anistia, graça, indulto, e, ainda, estabelecido que a pena privativa de liberdade imposta deva ser cumprida em regime integral fechado, não sendo permitida a progressão (como já dito, tal norma foi

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, 1998, p. 17.

recentemente declarada inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, o que não altera a posição do relator com relação a substituição em exame). A lei ordinária, assim, atendendo a “determinação” da Constituição Federal, tratou com extremo rigor os crimes hediondos e os assemelhados, inclusive o tráfico de entorpecentes. Destaco, mais uma vez, que o constituinte, preocupado com esta última infração, não deixou para o legislador ordinário a sua qualificação como de extrema gravidade. Como se sabe, a Constituição não indicou quais seriam os delitos hediondos, deixando tal atribuição para o legislador ordinário, o que veio a ocorrer na lei 8072/90.

Na avaliação do tráfico de drogas, porém, o constituinte se antecipou e destacou a sua maior reprovabilidade. Anos após a edição da lei de crimes hediondos, o legislador ordinário, em cumprimento ao que dispõe o artigo 98 da Constituição Federal, editou a Lei 9099/99, onde disciplinou as infrações de pequeno potencial ofensivo, dizendo que seriam aquelas em que a pena máxima cominada não supera um ano, além das contravenções penais. A mesma lei, ainda, procurou criar uma classe de delitos de gravidade intermediária, que seriam aqueles em que a pena mínima não ultrapassa um ano, neles permitindo a suspensão do processo. Esta lei, inquestionavelmente, atendeu às lições da moderna criminologia, sendo evidente a sua intenção de deixar a pena de prisão para os casos de extrema gravidade.

Agora, com o advento da Lei 9714/98 que alterou diversos artigos do Código Penal, procurou o legislador reduzir ainda mais o campo de incidência da pena de prisão, permitindo que os réus condenados à pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, desde que os crimes não tenham sido praticados com violência ou grave ameaça e se satisfeitos alguns requisitos de caráter subjetivo, tenham direito a substituição nela prevista, não tendo sido feita qualquer referência ao crime de tráfico, que, em regra, é praticado sem violência física ou moral. Assim, para aqueles que utilizam o exclusivo método literal de interpretação, seria permitida, em tese, a substituição no nefando delito de tráfico de entorpecentes, já que a natureza da infração não foi relacionada como causa impeditiva na nova redação do artigo 44 do Código Penal. Entendo, porém, em sentido contrário.

A lei penal, como qualquer outra, deve ser interpretada em razão de seus fins e objetivos. Na verdade, interpretar a lei representa revelar o seu sentido (descobrir a sua finalidade) e fixar o seu alcance (delimitar seu campo de incidência e indicar em que circunstâncias a norma jurídica tem aplicação). Para tal fim, o intérprete se utiliza de duas regras de interpretação: a gramatical e a sistemática. A meu sentir, porém, a norma jurídica somente deve ser interpretada e ganhar efetividade quando analisada no conjunto de normas que dizem respeito àquela matéria, não devendo a lei ser interpretada isoladamente, sob pena de ser alcançado um resultado falso, por ela não querido.

No caso em exame, deve ser afastada a interpretação meramente literal, devendo ser feito um exame contextualizado de todo ordenamento jurídico, não podendo ser desconsiderado o que foi dito na exposição de motivos da Lei 9714/98, onde foi consignado que “a prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinquir”, acrescentando que “a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social.” E ainda, “para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social.”

Verifica-se que o legislador somente quis permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes de menor gravidade, naqueles em que a pena de prisão não é necessária para a sua prevenção. E mais. A meu ver, o limite de quatro anos não foi fixado aleatoriamente, tendo o legislador utilizado como parâmetro o máximo da sanção em que é permitido o

regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Afasta-se da razoabilidade a interpretação de que aquele que não pode obter liberdade provisória no curso da instrução, aquele em que a lei determina o cumprimento da pena reclusiva em regime integral fechado (regra já declarada inconstitucional, mas que serve para indicar a gravidade da infração), possa ter a pena substituída por restritiva de direitos.

A interpretação gramatical não é, e nunca será, a melhor regra de hermenêutica. Ora, observada somente a literalidade da lei, a substituição não seria possível em alguns crimes de pequeno potencial ofensivo, como o de lesão corporal dolosa, constrangimento ilegal e ameaça, eis que nestes se encontra presente a elementar da violência física ou moral.

Todavia, a doutrina, pode se dizer à unanimidade (cf. Luiz Flávio Gomes, Damásio de Jesus, Cesar Roberto Bittencourt), entende aplicáveis as regras da lei 9714 nestas infrações, eis que as normas devem ser analisadas globalmente, tendo a própria Constituição determinado o tratamento mais benevolente nos crimes de pequeno potencial ofensivo. O que causa espécie, com a devida vênia, é que aqueles mestres antes mencionados, no tocante a aplicação da substituição no tráfico, se afastam da interpretação sistemática, e, estranhamente, se apegam a literalidade da lei para entender possível aquela substituição.

O que é fato é que a interpretação sistemática da norma em exame impede a sua aplicabilidade nos crimes de tráfico, devendo ser ressaltado, ainda, que o legislador ordinário, na verdade, não precisava expressamente se referir àquela inaplicabilidade, eis que evidente a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico vigente, mormente com o sistema preconizado na Constituição Federal.

Ora, a ordem jurídica não é um sistema de normas estabelecidas em um mesmo plano, sendo formada por uma pirâmide hierarquizada, destacando-se que a norma maior, a Constituição Federal, é aquela que legitima toda a estrutura normativa. A superioridade da Constituição sobre todas as demais espécies normativas impõe que estas busquem naquela o fundamento de sua validade. Esta superioridade faz com que a Constituição seja como o vértice do sistema jurídico do Estado. A lei, assim, sempre deve se apoiar na Constituição, tendo que estar de acordo com a mesma. (cf. Teoria Normativa de Hans Kelsen) Como leciona o constitucionalista José Afonso da Silva, “todas as normas que integram o ordenamento jurídico social só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”.

E, ainda salienta o referido mestre, “do princípio da supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”.

Não é diferente o entendimento de Luiz Flávio Gomes: “nem tudo que o legislador insere numa lei tem sentido, racionalidade e validade. O conjunto de enunciados linguísticos que a integram, na verdade, só possuem validade depois de examinada sua razoabilidade e compatibilidade vertical com o texto maior. Vigência forma é uma coisa; validade substancial é outra bem diferente. Nem tudo a que o legislador dá a forma de lei (por ato de sua vontade, *voluntas legislatoris*) possui o valor de lei. Lei válida é a que guarda compatibilidade com a Constituição e com a realidade social. Quando o enunciado linguístico fere uma ou outra, tem vigência, mas não tem validade, não é vinculante, não ganha o status de direito. Leia-se: não deve ser aplicada, porque já não somos “la bouche de la loi”, tal como pregava Napoleão. Na lição que acaba de ser relembrada, e que constitui a base do Estado Constitucional e Democrático de Direito, são mais

que oportunos o estudo e a interpretação do dispositivo acima transcrito e ora sob análise”. (Lei de Armas de Fogo, p. 172/173)

Ensina Canotilho: “Toda ordem jurídica deve ser lida a luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela. São três os componentes principais desta preeminência normativa da Constituição: a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mas concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme à Constituição); b) as normas de direito ordinário desconforme com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional; c) salvo quando não são exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se diretamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela” (in fundamentos da constituição – Coimbra – 1991 –p. 45)

Em resumo: a norma deve ser interpretada como um todo, dando ênfase, porém, para aos princípios que foram valorizados pelo constituinte, devendo prevalecer o objetivo teleológico ou finalístico da Constituição.

No caso em exame, a Lei 9714/98, com relação ao delito de tráfico, é inteiramente incompatível com “a vontade unitária da Constituição”, eis que esta determinou tratamento rigoroso para tal infração, não podendo a lei infraconstitucional instituir regra em contrário, eis que violaria frontalmente o sistema preconizado na carta magna. Não se pode interpretar a Constituição conforme a lei ordinária. O contrário é que se faz. A lei em exame é que tem que se amoldar à Constituição. E esta, como já salientado, determinou tratamento rigoroso nos crimes de tráfico, o que impede a substituição em exame nestas infrações. Entendimento em contrário constitui uma incompatibilidade que não pode perdurar, porque evidente o contraste com os princípios da hierarquia, coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico.

CUSTAS: A condenação ao pagamento das custas decorre do artigo 804 do CPP, devendo eventual isenção ser objeto de apreciação no juízo da execução.

Por tudo que foi exposto, dirijo meu voto no sentido de dar parcial provimento ao apelo para reduzir a pena final para 2 anos e 11 meses de reclusão em regime inicial fechado e multa de 48 dias. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2007.”⁴⁰

A decisão acima transcrita traz em seu bojo a questão acerca do permissivo Constitucional de punição de determinados crimes. Reforçamos “permissão” e não “obrigação”. A teoria do bem jurídico a ser protegido pelo direito penal sustenta a idéia de que a Constituição traria no seu corpo a autorização para a

⁴⁰ Trecho do acórdão proferido na Apelação Criminal de n.o. **2007.050.04948** - Apelante: Alessandra Alves de Freitas e Apelado: Ministério Público. Julgamento: 11/12/2007 - Primeira Câmara Criminal do TJRJ, íntegra do acórdão disponível no site www.tj.rj.gov.br. É interessante notar que no caso concreto a Apelante se defendia da acusação de tráfico de droga que teria sido apreendida quando sofreu revista para ingressar no presídio quando da visita a seu companheiro preso. A decisão acima transcrita, de forma deselegante, ironiza a tese defensiva – “Ementa: Risível a alegação defensiva de que a revista sofrida pela acusada ao ingressar no presídio para visitar seu companheiro que lá estava preso, constitui violação a sua intimidade” -, além de desqualificar de plano a tese do uso, que permitiria tratamento mais benéfico, sob a alegação de que “ela levava a droga para ele. Nem se sabe se com a intenção futura de comercializá-la no interior do presídio ou se somente para uso do mesmo”, violando assim a garantia de condenar por presunção. Podemos assim perceber como se agrava a situação da Apelante, pois assim a Constituição o manda, e de outro lado, em descompasso com a própria Constituição, presume-se o tráfico de entorpecente.

proteção via penal destes bens constitucionalmente valorados. Alguns autores, como Lênio Luiz Streck, entendem que o legislador constituinte estabeleceu mandados de criminalização tornando obrigatória a criação de leis, por exemplo, no âmbito das drogas ilícitas.

“Em outras palavras é possível afirmar que, ao contrário do que sustentam os penalistas adeptos de posturas minimalistas, o constituinte não albergou a tese da “intervenção mínima do direito penal”, mas ao contrário disso colocou, pelo menos hipoteticamente a possibilidade de subversão de grande parte de uma hegemonia histórica nas relações de poder sustentadas e reproduzidas, em não desprezível parcela pela aplicação da lei penal”.⁴¹

Esse entendimento, aliado aos discursos de defesa social, vem propiciando a expansão do poder punitivo, valendo-se do distorcido fundamento de que própria Constituição da República legitimaria um tratamento penal mais rigoroso. Para complementar essa preocupante tendência, o Brasil assinou diversos tratados internacionais na área de combate a crimes transnacionais, sempre sob o fundamento de permissivo constitucional, obedecendo à lógica do capitalismo financeiro tardio que precisa do poder punitivo também planetariamente estabelecido para manter-se. Por outro lado, a idéia de uma política integral de proteção dos direitos faz com que a segurança se torne o direito por excelência a ser protegido e, quando da eventual ponderação de interesses, acabará prevalecendo sobre outros direitos individuais como liberdade e/ou presunção de inocência.

Na esteira de um sistema penal, com finalidades correspondentes ao Estado de Direito, de matriz iluminista, e ao Estado Social, este de viés positivista, o direito penal servirá simultaneamente para limitar o poder de intervenção estatal e para combater o crime. Para os que crêem nesta sua dupla função atribuída ao direito penal e processual penal, tais direitos protegerão o indivíduo de uma repressão abusiva por parte do Estado (*nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine iudicio*), mas também terá uma função de proteger a sociedade dos abusos dos indivíduos (condenação do infrator e medidas cautelares processuais). Neste ponto, esse ideário se coaduna com os princípios da Ideologia da Defesa Social, sobretudo no tocante ao princípio da legitimidade, ao princípio da finalidade e ao princípio preservador do interesse social.

⁴¹ STRECK, Lênio Luiz, “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Análise da Lei de Tóxicos a partir do Dever de Proteção do Estado”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

Lênio Streck, em consonância com essas idéias, dirá que o Estado tem a função de proteger a sociedade por duas vias: a clássica proteção contra o arbítrio estatal e a proteção “contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais (artigo 5º, *caput*, da Constituição do Brasil)”.

Esse dever de proteção estaria diretamente ligado aos conceitos de ameaças e riscos difusos provenientes da conduta de outros atores privados ou forças sociais dos quais o Estado tem o dever de controlar. Tal pensamento, aliado a idéia de um mandado constitucional de criminalização, tem o perverso condão de facilitar a expansão do poder punitivo sob o argumento de proteção à ordem pública, de necessidade de segregação daqueles “perigosos” por suas condutas, ou possíveis condutas, no seio da sociedade.

Ao estruturar sua visão acerca dos bens jurídicos, Streck entende que, se por um lado, o Estado Democrático de Direito visa à proteção contra excesso, no sentido clássico iluminista, por outro lado, com sua evolução, ele assumiria o papel de proteger os direitos, e essa proteção se daria através do direito penal. Lênio Streck constrói assim uma formulação muito semelhante a de Jakobs e seu direito Penal do inimigo. Em seu texto, o autor faz uma perversa inversão, afirmando que aquele que só entende o direito penal e o processo penal como limitador do poder punitivo estatal teria “um pé no século XIX”,⁴² já que eles serviriam não só para proteger a liberdade do indivíduo frente ao Estado, mas também “combater o crime” na qualidade de “preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo.”⁴³ Estamos diante de mais um discurso legitimante do exercício do poder punitivo, assim como o é o direito penal do inimigo e a Ideologia da Defesa Social. Ainda lembrando que o discurso da proteção social através do direito penal, semelhante ao que Lênio Streck propõe, tem um pé, não no século XIX, mas sim no século XVIII, conforme demonstramos no capítulo 2, ao tratarmos das idéias de Beccaria.

O dever de proteção estatal sobre os direitos fundamentais, inegável avanço do Estado Democrático de Direito, não precisa ser realizado necessariamente pelo viés penal, muito menos valer-se dos argumentos de que a Constituição da República traz a obrigatoriedade em criminalizar, não podendo o

⁴² *Idem*, p. 162.

⁴³ *Idem*, p. 163.

legislador ordinário “optar por ‘meios alternativos’ de punição de crimes.”⁴⁴ Para Streck, quando o Estado deixa de proteger penalmente os bens jurídicos - interesse social da ideologia da Defesa Social - ele traria uma “proteção deficiente”. “Proteção Deficiente” ou “inimigo” são categorias que trazem consigo o germe do Estado autoritário, uma vez que a escolha do que será protegido, ou ainda, quem é o inimigo é uma escolha política e sobre a qual pouco tem influência os teóricos das ciências penais. Nesse caso, a máxima “quem pode o mais, pode o menos” deve prevalecer, uma vez que não há nada mais violador dos Direitos Fundamentais do que reforçar o poder punitivo.

Luciano Feldens entende que a Constituição teria três níveis de projeção que informariam o legislador - Constituição como a) limite material do Direito Penal; b) como fonte valorativa do Direito Penal; c) como fundamento normativo do Direito Penal -,⁴⁵ sendo que esses três aspectos não seriam estanques, revelando uma tensão entre as diferentes normas na Constituição dispostas, trazendo, na mesma linha de pensamento de Lênio Streck, a idéia de que haveria na Constituição uma proibição de proteção deficiente que obrigaria o legislador a legislar penalmente.

No entanto, se observamos as normas constitucionais ditas “criminalizadoras”, perceberemos que muitas deixam uma discricionariedade, inconstitucional se considerarmos os direitos fundamentais individuais, enorme ao legislador para preencher os sentidos dessa criminalização. Assim, por exemplo, “crimes hediondos” (artigo 5.o., inciso XLIII da Constituição da República) serão aqueles “definidos como” tal; ou ainda os termos “entorpecentes” e “drogas” serão definidos por portaria do Ministério da Saúde, configurando-se em verdadeira norma penal em branco, o que violaria o princípio constitucional da estrita legalidade.

O suposto mandado criminalizador da Constituição, sob o argumento da proibição de proteção deficiente, - aliás proteção esta que por ser via outros ramos do Direito, além de políticas públicas em áreas sociais -, significa abrir espaço para que políticas autoritárias legitimadoras dos sistema penal se afirmem na cenário jurídico, e claro, nas práticas da sociedade.

⁴⁴ *Idem*, p. 169.

⁴⁵ FELDENS, Luciano, “A Conformação Constitucional do Direito Penal”, in “Política Criminal Contemporânea - Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal”, Coord. WUNDERLICH, Alexandre, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.

“Es necesario aclarar si una intervención más incisiva del Derecho Penal realmente aporta seguridad o inseguridad. (...). Si por el contrario entendemos que de lo que se trata realmente es de proteger bienes jurídicos, bajo la consideración de que cualquier ciudadano puede en un momento dado delinquir, la idea de seguridad no puede ponerse al servicio de una merma de garantías en ningún caso, porque lo que se está introduciendo es inseguridad. (...) La “inseguridad” que puede conllevar se transforma en inseguridad jurídica a través por ejemplo de la indeterminación en la tipificación de las conductas, la indefinición de los bienes jurídicos protegidos, el adelantamiento de la punibilidad mediante los delitos de peligro, o en general, de la relajación de las garantías en busca de presunta eficacia.”⁴⁶

Na contramão daqueles que acreditam que uma maior intervenção do direito penal e processual penal só traz mais insegurança, Lênio Streck entende que, com o Estado Democrático de Direito, o direito teria adquirido certa autonomia e, conseqüentemente o direito penal, o “que pode(ria) ser percebido pela obrigação de proteger o cidadão a partir de atitudes “negativas” e “positivas”, chegando – por vezes – ao limite da obrigação de criminalizar”.⁴⁷ Esse entendimento sustenta decisões na prática da Justiça criminal, como a logo acima transcrita – “(...), a Lei 9714/98, com relação ao delito de tráfico, é inteiramente incompatível com “a vontade unitária da Constituição”, eis que esta determinou tratamento rigoroso para tal infração, não podendo a lei infraconstitucional instituir regra em contrário, eis que violaria frontalmente o sistema preconizado na carta magna.” Streck fundamenta políticas penais eficientistas, sob o argumento de que, com o suposto mandado criminalizante no corpo da Constituição Federal, o Estado tem obrigação de intervir mais repressivamente.

“(…) é possível afirmar que, ao contrário do que sustentam os penalistas adeptos de posturas minimalistas, o constituinte não albergou a tese da ‘intervenção mínima do direito penal’, mas ao contrário disso, colocou, pelo menos hipoteticamente, a possibilidade de subversão de grande parte de uma hegemonia histórica nas relações de poder sustentadas e reproduzidas, em não desprezível parcela, pela aplicação da lei penal.”⁴⁸

Esse discurso que possibilita a expansão desmesurada do sistema penal é o verdadeiro violador dos Direitos Fundamentais. O sistema penal nunca atuou, nem é o instrumento adequado para isto tendo em vista sua característica maior ser o de produzir dor, positivamente na criação das condições materiais de realização

⁴⁶ DEMETRIO-CRESPO, Eduardo, *op. cit.*, 2007, p. 128.

⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁸ *Idem*, p. 160.

dos direitos humanos. “As supostas obrigações criminalizadoras são extraídas de uma leitura distorcida da Constituição”.⁴⁹

Entendemos que idéia de Streck, de “que a punição insuficiente para um crime de extrema gravidade e reprovabilidade equivale à *impunidade*”⁵⁰, e que existe uma proibição de proteção insuficiente por parte do Estado que deve ‘tomar medidas de defesa’⁵¹ para evitar riscos para o indivíduo se enquadra na Ideologia da Defesa Social, recuperando o princípio da legitimidade estatal, no comando constitucional de criminalizar e no viés da proteção de bens jurídicos via direito penal; por outro lado, também aparece a idéia de existência de terceiros que possam trazer riscos, devendo o estado neutralizá-los. E ainda, os princípios da finalidade, agora constitucionalmente estabelecido, e o da igualdade do direito penal estariam inscrito nessas idéias. Por fim, o princípio do interesse geral, travestido de Direitos Fundamentais, embasa a atuação penal estatal. Como em um museu de novidades, a história dos discursos se repete.

⁴⁹ KARAM, Maria Lucia, ‘Expansão do poder punitivo e Violação de Direitos Fundamentais’, disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 26.10.2007.

⁵⁰ *Idem*, p. 173. A punição insuficiente significaria a “não aplicação do comando constitucional de criminalizar.”

⁵¹ *Idem*, p. 167.