



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCUS VINÍCIUS ROCHA SALES

**A BANALIZAÇÃO DO ENCARCERAMENTO PREVENTIVO PARA GARANTIA DA
ORDEM PÚBLICA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS**

Salvador

2018

MARCUS VINICIUS ROCHA SALES

**A BANALIZAÇÃO DO ENCARCERAMENTO PREVENTIVO PARA GARANTIA DA
ORDEM PÚBLICA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Misael Neto Bispo da França

Salvador

2018

MARCUS VINICIUS ROCHA SALES

**A BANALIZAÇÃO DO ENCARCERAMENTO PREVENTIVO PARA GARANTIA DA
ORDEM PÚBLICA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Misael Neto Bispo da França – Orientador
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Universidade Federal da Bahia

Sebastian Borges de Albuquerque Mello - Examinador
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Universidade Federal da Bahia

Tiago Silva de Freitas - Examinador
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Universidade Federal da Bahia

“A liberdade, Sancho, é um dos dons mais preciosos, que aos homens deram os céus: não se lhe podem igualar os tesouros que há na terra, nem os que o mar encobre; pela liberdade, da mesma forma que pela honra, se deve arriscar a vida, e, pelo contrário, o cativo é o maior mal que pode acudir aos homens”.

(Miguel de Cervantes)

“Todos os atos de autoridade de um homem sobre outro, que não derivem de absoluta necessidade, são tirânicos”.

(Cesare Beccaria)

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, pelo maior amor que há no mundo.

Ao meu pai, pelo apoio de sempre.

À minha irmã, pelo incentivo.

À Lara, a melhor companheira que a vida poderia ter me dado, por compartilhar comigo o destino.

Aos meus amigos, André, Tiago, Vinícius, presentes que o tempo me deu.

Ao meu orientador, um exemplo de humildade e sabedoria, orgulho para a Faculdade de Direito da UFBA.

SALES, Marcus Vinícius Rocha. **A banalização do encarceramento preventivo nos crimes de tráfico de drogas sob a justificativa de garantir a ordem pública.** 55 fls. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho, contextualizado na abordagem crítica do processo penal brasileiro e da política criminal das drogas, examina a banalização da utilização da garantia da ordem pública como fundamento para decretação e manutenção de prisões preventivas nos crimes de tráfico de drogas. Considerando o exponencial aumento da população carcerária brasileira após a entrada em vigor da Lei 11.343/2006 e o elevado número de presos provisórios no país, sendo o crime de tráfico o tipo penal que mais encarcera, verificou-se a necessidade de produção deste trabalho. Para tanto, foram analisadas as interpretações conferidas pelos Desembargadores das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, para “ordem pública”, conceito que padece de grande abstração e maleabilidade conceitual, levando à discussão da legalidade ou não das prisões decretadas e posteriormente mantidas com base nesse fundamento. Ademais, revela a utilização do instituto da prisão preventiva à serviço da ideologia da defesa social e da antecipação da pena.

PALAVRAS-CHAVES: PRISÃO PREVENTIVA; GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA; POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS; CONTROLE SOCIAL; IDEOLOGIA DE DEFESA SOCIAL

SALES, Marcus Vinícius Rocha. The banalization of preventive incarceration in drug trafficking crimes under the justification of ensuring public order. 55 fls. Monography (Undergraduate) - Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The present work, contextualized in the critical approach of the Brazilian criminal process and the criminal policy of drugs, examines the banalization of the use of the public order guarantee as a basis for decrees and maintenance of preventive prisons in drug trafficking crimes. Considering the exponential increase in the Brazilian prison population after the entry into force of Law 11.343/2006 and the high number of provisional prisoners in the country, with the crime of trafficking being the criminal type that most imprisoned, it was verified the need to produce this work. To that end, the interpretations conferred by the Judicial Chambers of the Court of Justice of the State of Bahia were analyzed for "public order", a concept that suffers from great abstraction and conceptual malleability, leading to a discussion of the legality or not of the decreed prisons and subsequently maintained on that basis. In addition, it reveals the use of the institute of the preventive prison in the service of the ideology of the social defense and the anticipation of the sentence.

KEY WORDS: PREVENTIVE PRISON; GUARANTEE OF THE PUBLIC ORDER; NATIONAL POLICY OF DRUGS; SOCIAL CONTROL; SOCIAL DEFENSE IDEOLOGY

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 LEGITIMIDADE DO DIREITO DE PUNIR E A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL	13
2.1 OS MOVIMENTOS PELA DESCONSTRUÇÃO DO ARBÍTRIO E O CONTRATO SOCIAL	13
2.2 A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL	16
3 A POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS	19
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	19
3.2 GUERRA CONTRA AS DROGAS OU GUERRA CONTRA AS PESSOAS?	20
3.2.1 USUÁRIO OU TRAFICANTE?	21
3.2.2 A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA	23
3.2.3 O AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA.....	27
4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENCARCERAMENTO PREVENTIVO.....	30
4.1 PRISÃO PREVENTIVA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	30
4.2 AS HIPÓTESES DE CABIMENTO.....	32
4.2 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	34
4.3 VONTADE POLÍTICA DO JULGADOR E DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÃO	38
4.4 IMPETRAÇÃO DE <i>HABEAS CORPUS</i> CONTRA FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA	41
5 A BANALIZAÇÃO DO ENCARCERAMENTO PREVENTIVO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS	43
5.1 ANÁLISE DE ACÓRDÃOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA.....	43
5.1.1 METODOLOGIA	43
5.2 RESULTADOS	44
5.2.1 GRAVIDADE DO DELITO.....	47
5.2.2 A PERICULOSIDADE DO AGENTE E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA ..	49
5.2.3 O CLAMOR E A REPERCUSSÃO SOCIAL.....	50
5.2.4 A ILUSÃO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	53
5.2.5 A INOBSERVÂNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS À PRISÃO..	55
5 CONCLUSÃO	56
6 REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O consumo de drogas é um fenômeno social global e muito antigo. Multifacetado e essencialmente polêmico, o tema suscita intensos debates de ordem científica, filosófica e moral, constituindo objeto de interesse, inspiração e estudo dos mais diversos campos da investigação humana: da literatura à antropologia, da economia à medicina, do cinema à psicologia.

No campo do Direito, enquanto instrumento oficial de controle social, os chamados “paraísos artificiais” na icônica definição de Charles Baudelaire (1998) para os estados de alteração da consciência, recebem diferentes tratamentos. Enquanto algumas drogas são proibidas e as pessoas com estas envolvidas lidam com as reprimendas do Estado, considerando a prevalência do entendimento de que o uso de determinadas substâncias entorpecentes configura um problema de segurança pública a ser combatido, outras são livremente comercializadas, com propagandas veiculadas nos principais veículos de comunicação.

Na contramão de países como Portugal, Uruguai, Holanda e Canadá, que buscaram a implementação de políticas públicas para redução de danos voltadas aos usuários de substâncias entorpecentes, como revelou o mais recente Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa, divulgado em 2017 pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (BRASIL, 2015), o Estado Brasileiro tem dado ao resto do mundo, claros sinais de que não pretende se espelhar nos países mencionados.

O Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD, órgão deliberativo ligado ao Ministério da Justiça, aprovou em 01 de março de 2018, resolução cujo texto consta expressamente:

(...) a orientação central da Política Nacional sobre Drogas deve considerar aspectos legais, culturais e científicos, em especial a posição majoritariamente contrária da população brasileira quanto a iniciativas de legalização de drogas (BRASIL, 2018).

Vê-se, portanto, clara movimentação política com vistas ao endurecimento no discurso oficial de controle de entorpecentes já suficientemente rígido a partir da criminalização de condutas atinentes ao tráfico. Se a repercussão das agendas

repressivas de algumas substâncias psicoativas, em detrimento de investimentos em programas para prevenção e tratamento, levou à noção de que a criminalização seria a “solução” para problema entendido como policial, o encarceramento em massa foi o resultado mais marcante desta concepção no Brasil.

Segundo dados oficiais atualizados até junho de 2016 pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça, a população carcerária brasileira ultrapassou o número de 700 mil pessoas, com o exponencial crescimento a partir a Lei de Drogas de 2006 (BRASIL, 2017).

Ainda segundo o mesmo estudo, 28% das pessoas em privação de liberdade no Brasil (aguardando julgamento ou já condenadas), o estão em virtude de crimes atinentes ao tráfico de drogas. Diante de tal cenário, em que milhares de brasileiros tem sido preventivamente custodiados sob acusação de suposto cometimento de tais delitos, este trabalho pretende investigar os fundamentos jurídicos que têm sido utilizados para a decretação e manutenção das prisões preventivas nestes casos e identificar quais argumentos tem sido invocados para traduzir a alegada necessidade de garantir a ordem pública. A ênfase nos crimes de tráfico de drogas no presente trabalho se justifica por ser esse tipo penal o que mais priva pessoas de liberdade no Brasil (BRASIL, 2017).

Inobstante a previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro de diversas medidas cautelares diversas à prisão, vê-se que a prisão tem sido a medida cautelar majoritariamente aplicada, em que pese a necessidade de prova de existência de fato típico, indícios de autoria para que seja aplicada em nome da garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

O interesse em realizar o presente trabalho decorre da atuação pessoal na prática jurídica possibilitada no estágio realizado na instância superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia, a quem compete atuar nas ações originárias no Tribunal de Justiça estadual e produzir recursos endereçados aos Tribunais Federais - STJ e STF. A experiência ali travada permitiu que constatássemos que a necessidade de preservar a ordem pública vem sendo rotineiramente invocada para afirmar a presença do perigo da liberdade dos acusados pelo cometimento dos delitos de tráfico de drogas.

Importa esclarecer que não pretendemos esmiuçar a origem da criminalização e a historiografia das legislações sobre entorpecentes no Brasil. Também não objetivamos trazer nova luz ao necessário debate sobre a descriminalização, ainda que a experiência de outros países demonstre a relevância desta proposta. Pretendemos, isto sim, sob a lupa da criminologia crítica com ênfase no discurso sobre a violência do Estado, analisar o papel que o processo penal vem exercendo no âmbito da Política Nacional de Drogas.

Neste ensejo, analisaremos a forma como o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia tem julgado as ações de *Habeas Corpus* impetradas nos crimes de comércio ilícito de entorpecentes, utilizando a pesquisa documental de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em dado lapso temporal, no intuito de identificar os fundamentos que tem servido de justificativa para as constrições cautelares. Ademais, pretendemos averiguar se o duplo grau de jurisdição tem se mostrado, realmente, como garantia dos acusados ao efetivo reexame de decisões ilegais.

Destaque-se que a metodologia utilizada se baseia livremente na Teorização Fundamentada nos Dados (TFD), ferramenta para realização de pesquisa empírica em que se “pretende produzir teoricamente a partir e através das observações de campo” (CAPPI, 2017, p. 391). Ricardo Cappi (2017) anota que, como qualquer método de pesquisa, a TFD requer tempo de exercício e permite movimento que vai do dado à abstração, encontrando-se ao alcance de pesquisadores de qualquer nível acadêmico. No campo do método dedutivo e indutivo, o autor defende que as duas operações podem coexistir na prática da pesquisa, podendo, inclusive, falar-se em pesquisa prevalentemente dedutiva e prevalentemente indutiva.

No presente caso, partimos de uma teoria relacionada com o fenômeno estudado, da qual deduzimos uma hipótese que buscamos verificar através da observação dos dados coletados. Assim, “o quadro teórico” foi “previamente construído, antes da aproximação aos dados empíricos, para que estes fossem observados a partir daquele. Em outras palavras, para que a hipótese inicial seja ou não confirmada. Portanto, trata-se de pesquisa prevalentemente dedutiva (CAPPI, 2017, p. 396) baseada em pesquisa quantitativa sem, contudo, abrir mão da presença de dados qualitativamente alcançados.

Para além dessas distinções, a TFD constitui um método que valoriza o caráter de descoberta da pesquisa, fomentando a criatividade e a sensibilidade do pesquisador, sua flexibilidade na observação e análise, conjugada com o rigor e a sistematicidade que estas requerem (CAPPI, 2017)

Assim, analisamos os julgados relacionados ao tema e diferentes casos concretos para identificação das relações entre eles. Desta forma, buscou-se obter resultados que ajudem a responder se um padrão de decisões genericamente fundamentadas em cláusula aberta pode coexistir com o Estado Democrático de Direito em que a liberdade é um bem que só pode ser suprimido em caso de extrema necessidade.

No primeiro capítulo será brevemente analisada a legitimidade do direito de punir estatal, passando pelo desenvolvimento das ideias que buscavam a desconstrução do arbítrio e a noção de contrato social como base da ideologia da defesa social. No segundo capítulo, a política nacional de drogas é analisada à luz da criminologia crítica. Em seguida, tecemos considerações a respeito do encarceramento preventivo e suas hipóteses autorizadoras, com atenção à garantia da ordem pública que guarda estreita relação com a ideologia da defesa social.

Posteriormente, passamos à análise de acórdãos denegatórios de *Habeas Corpus* nos crimes de tráfico de drogas identificando as interpretações mais utilizadas: clamor ou repercussão social, gravidade do delito, descrédito da Justiça, periculosidade do agente. Por fim, empreendemos esforços na construção de uma crítica à banalização da prisão preventiva enquanto instrumento da política nacional de drogas.

2 LEGITIMIDADE DO DIREITO DE PUNIR E A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

2.1 OS MOVIMENTOS PELA DESCONSTRUÇÃO DO ARBÍTRIO E O CONTRATO SOCIAL

As noções de liberdade e direitos individuais vieram à tona razoavelmente tarde na história humana. O longo percurso histórico e político, marcado pela violência no exercício do poder punitivo, até a consagração do entendimento moderno de que o homem é titular de direitos fundamentais, tem sido fartamente estudado pela História, pelo Direito e demais ciências humanas. Recordar esse percurso parece cada vez mais necessário, considerando as cotidianas violações aos direitos humanos no Estado pós-moderno.

A Ciência Política, dedicada ao estudo do Estado e de suas relações com o Direito, a política e o poder, deu grande contribuição para que hoje se tenha a dimensão do que representou, não apenas para o mundo ocidental, o desenvolvimento das ideias iluministas e consagraram conceitos modernos como democracia representativa, direitos humanos, garantias fundamentais e liberdade (STRECK; MORAES, 2013).

A própria compreensão de que o Direito atua para regular o convívio social, através das normas instituidoras de ideais de conduta e sanções em caso de desrespeito, está fundada na ilustrada ideia do “contrato social” (CARVALHO, 2015), conceito que é fruto das ideias que se seguiram àquelas dominantes na Idade Média.

Não é demais ressaltar que no período medieval, as punições eram aplicadas com grande violência e sem nenhuma proporcionalidade. Suplícios e torturas serviam a uma “política do medo” baseada na espetacularização do tormento, formas de demonstrar a força e o poder das estruturas sociais então vigentes (BRITTES, 2009).

Na já clássica obra, *Vigiar e Punir*, Michel Foucault (2000) detalha os métodos punitivos adotados e os horrores perpetrados pelo poder público naquela quadra histórica, chamando de “melancólica festa da punição”, o tipo de cerimônia que entre outros abusos, envolvia atezamentos, esquartejamentos com a utilização de cavalos e queima de partes de cadáveres.

Naquela fase do Direito Criminal, as leis penais caracterizavam-se pela grande crueldade, com a utilização da execução da pena com intuito intimidatório e de desagravo público. Se as penas eram corporais e angustiantes, é porque refletiam um Direito construído arbitrariamente, demasiadamente rígido e caótico (PRADO; CARVALHO, 2014).

No contexto de rompimento com o pensamento medieval fundado na ideia de centralização do poder, tempo em que os direitos eram coletivos e julgados conforme a lei natural ou divina (BITTAR; ALMEIDA, 2012), são formuladas as clássicas teses contratualistas, segundo as quais, a existência social era garantida pelo contrato social tacitamente firmado entre os indivíduos.

Thomas Hobbes teria sido o primeiro a fazer tais reflexões. Defendeu a centralização do poder na figura do soberano e justificou a suposta necessidade dos seres humanos se submeterem à autoridade em troca de proteção para evitar a chegada ao “indesejável estado de natureza” (BITTAR; ALMEIDA, 2012), em que os homens viveriam em constante estado de guerra.

A ideia de contrato também foi assimilada por outros autores iluministas como John Locke e Jean-Jacques Rousseau. No entanto, enquanto Hobbes usava a ideia ilustrada de acordo social para defender o absolutismo, argumentando que ao abrir mão de um pouco de sua liberdade e jurando obediência, o povo teria a paz garantida, Rousseau usou a tese contratualista para defender que a verdadeira soberania só poderia existir a partir do povo (BONAVIDES, 2015).

A liberdade, segundo Rousseau, continuaria íntegra após a adesão ao pacto social (BITTAR; ALMEIDA, 2012). A clássica frase segundo a qual “Renunciar à liberdade é renunciar a ser homem” (ROUSSEAU, 2014) consta em seu *Contrato Social*, obra que viria influenciar figura essencial e indispensável ao desenvolvimento das ciências criminais: Cesare Beccaria.

Foi a necessidade que forçou o homem a abrir mão de parte de sua liberdade. É certo, então, que cada indivíduo disporia ao depósito público a mínima porção possível de sua liberdade, suficiente apenas para induzir outros a defendê-lo. O agregado dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir. Tudo o que vai além disso é abuso, não justiça (BECCARIA, 2012, p. 14).

Ao publicar *Dos Delitos e Das Penas*, obra considerada o "marco referencial das ciências criminais da Modernidade" (CARVALHO, 2015, p. 37), Beccaria justifica o direito de punir no contrato social e denuncia a violência, a severidade e o arbítrio na aplicação das penas então vigentes, defendendo que limites deveriam ser impostos ao seu exercício.

Ao fazê-lo, lançou, segundo Fauzi Hassan Choukr (2002), as bases para o funcionamento do poder punitivo legítimo, delineando os princípios humanizadores do direito penal e processual penal.

Referência para a criminologia crítica, Alessandro Baratta esclarece que a função do contrato social advém da necessidade de "defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil" (BARATTA, (2011, p. 33). Ao compor o alicerce da autoridade estatal e das normas que estipulam a pacificação social, o chamado pacto também constituiria o limite do sacrifício de todos para que o Estado atue e exerça o poder punitivo.

Prossegue afirmando que a consequência da publicação do tratado de seu conterrâneo italiano, é a "formulação pragmática dos pressupostos para uma teoria jurídica do delito e da pena, assim como do processo (...)sobre as ideias do contrato social e da divisão de poderes" (BARATTA, 2011, p. 33).

Fato é, que ganhou escopo o debate em torno de temas como legalidade dos delitos e das penas, a necessidade de proporcionalidade das punições e a presunção de inocência. À luz dos esforços reformistas pela desconstrução do arbítrio e do embate para que fossem reconhecidos os direitos individuais e sociais fundamentais da humanidade, passam por inevitáveis transformações as noções de Estado e por consequência, a compreensão sobre o direito de punir e o próprio sistema punitivo.

Surgem, no correr dessa verdadeira mudança de paradigma, diferentes concepções sobre a soberania estatal no exercício do controle social pela legitimidade do direito de punir, natureza do delito e finalidade das sanções. As escolas penais representam, assim, as variadas correntes de pensamento e construções científicas sobre o *ius puniendi* (JIMENEZ DE ASÚA, 1964 APUD PRADO, p. 87)

Consolidada a noção de Estado de Direito, segundo a qual os indivíduos estão subordinados ao império da Lei e de que a punição mantém a sociedade apaziguada, a necessidade de defender a sociedade justificará o punitivismo estatal. Como esse trabalho não pretende analisar profundamente as escolas e as tendências penais,

parece suficiente destacar, que tanto na escola clássica quanto na escola positivista, segundo Alessandro Baratta (2011) inobstante as grandes diferenças na concepção de sociedade entre as duas, é forte a ideologia da defesa social como base do sistema penal e fator de legitimação da repressão no suposto combate às drogas.

2.2 A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

Nascida com a escola clássica de Beccaria (CARVALHO, 1996), baseia-se, a ideologia da defesa social, na ideia de que ao cometer um crime, atenta o agente contra o contrato social, estabelecendo-se que o delito merece uma resposta. Baratta dedicou um capítulo da obra “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal” ao seu estudo e no esforço de traduzir seu conteúdo, o reconstruiu em uma série de princípios.

A ideologia da defesa social (ou do “fim”) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico penal. (BARATTA, 2011, p. 42).

Em apertada síntese, o renomado autor identifica que a IDS (sigla para Ideologia da Defesa Social, fartamente utilizada pelo autor Salo de Carvalho e aqui reproduzida) compõe as Ciências Penais e também o senso comum sobre a noção do crime e das penas. Nessa ordem de ideias, não apenas socialmente, mas também juridicamente assimiladas, o crime é visto como um dano à sociedade, como ofensa aos interesses fundamentais e comuns a todos os cidadãos. Assim, cabe ao Estado, enquanto “expressão da sociedade”, por meio das oficiais instâncias de controle social não apenas retribuir, mas também prevenir o crime (BARATTA, 2011).

O teor desta ideia passou pelo filtro das discussões nas diferentes tendências penais e vai justificar a atuação do poder punitivo ou como traduziu Vera Regina Pereira de Andrade (2003), sintetizar a visão que legitima o exercício do domínio do sistema penal. Violada a lei penal por uma minoria “desviante”, comportamento reprovável, portanto, a reação penal deve ser suficiente para reafirmar os valores sociais.

Construída a noção de que dada conduta traz danos à sociedade, o sistema penal, encarado como instrumento de controle social destinado à punição e prevenção das condutas consideradas prejudicialmente gravosas, se volta para a defesa da sociedade, para cumprir a missão que esperam que seja exercida.

Na obra, “A Racionalidade das Leis Penais”, José Luis Díez Ripollés analisa toda a dinâmica de produção das leis penais, observando como a consolidação da percepção social do “medo do delito” instaura um mal-estar social que “precisa concretizar-se através de um processo comunicativo de intercâmbio de opiniões e impressões” (RIPOLLÉS, 2005, p; 28).

Uma vez que a ideologia da defesa social serve à legitimação da expansão punitivista (CARVALHO, 2016) em seu nome e devidamente apoiada por uma apregoada vontade geral (tantas vezes influenciada pelos meios de comunicação e grupos de pressão especializados), determinadas condutas passam a ser enxergadas como danosas e determinados grupos de pessoas, encarados como inimigos a serem batidos.

Daí a muito pertinente observação feita por Alexandre Morais da Rosa e Lourenço Silveira Filho (2007, p. 03):

A mídia procede a mobilização dos aparatos de punição, seja através de mensagens explícitas, como nos mais variados programas policiais atualmente existentes, ou mesmo implícitas, em diversos níveis de expressões. Seu papel de protagonista da “seleção” é inescandível, com interesses nem sempre manifestos.

O conceito de “defesa social” vai exercer, segundo Baratta (2011, p. 43) “mais que um elemento técnico do sistema legislativo ou do dogmático (...)”. Assume, isto sim, uma função de justificação e racionalização desses sistemas, vindo a perpassar tanto o senso comum como a dogmática acerca da criminalidade. Nas esclarecedoras palavras de Salo de Carvalho, quando, dissecando as características da IDS (Ideologia da Defesa Social), menciona que ela funda no senso comum do homem da rua sobre o crime, a criminalidade, o criminoso e a resposta a ser dada em forma de punição (CARVALHO, 2016).

Vera Andrade leciona que tal ideologia vai legitimar um modelo maniqueísta por ela chamado de paradigma da beligerância ou de guerra, numa clara separação

entre criminosos e cidadãos. É que a criminalidade constituiria “uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais e contra a qual se deve dirigir uma adequada Defesa Social “ (1995, apud CARVALHO, 1996, p. 161).

É nessa perspectiva universalista de defesa social, que “absorve e aprisiona a alteridade, convocando postulados de moralidade para a eterna cruzada do bem contra o mal” (CARVALHO, 2016, p. 361), que o vigente modelo de guerra às drogas encontra o seu fundamento.

O exercício do poder punitivo deveria, em um Estado Democrático de Direito, respeitar seus elementos legitimadores: submissão aos princípios humanitários constitucionalmente assegurados após uma longa trajetória de arbitrariedades. O Estado Moderno evoluiu tendo como preceito a limitação do poder, consolidando como valores fundamentais a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a justiça e a liberdade. No Brasil, embora tenha a Constituição Federal de 1988 positivado tais conquistas, o uso indiscriminado do poder punitivo tem colocado em xeque a sua concretização.

Diferentemente de tutelar bens jurídicos e proteger os direitos fundamentais igualizando a repressão como preconiza a principiologia da Ideologia da Defesa Social, ficou mantida a hierarquização das estruturas e a seletividade do controle social (CARVALHO, 2016, p. 77). As implicações da perspectiva da ideologia da defesa social enquanto legitimador desse poder, tem sido objeto de análise da Criminologia Crítica há décadas.

Frise-se, no entanto, que não se pode falar em padronização da Criminologia, eis que existe uma “pluralidade de discursos sobre o crime, o criminoso, a vítima, a criminalidade, os processos de criminalização e as violências institucionais produzidas pelo sistema penal” (CARVALHO, 2015, p. 41).

Assim, tomando como base a criminologia crítica com ênfase no discurso sobre a violência do Estado, nos debruçamos sobre o papel que o processo penal vem exercendo a serviço da Política Nacional de Drogas, amparada que está pela Ideologia da Defesa Social.

3 A POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Cumprir destacar que a preocupação com o estabelecimento de legislação em torno da questão das drogas no Brasil não é algo recente. Podemos encontrar a sua origem ainda no Período Colonial no Brasil, com as Ordenações Filipinas (1603), seguindo com o Código Penal de 1890 e com Código Penal de 1940.

Em 1971, foi promulgada a Lei 5.726/71 que chegou a ser considerada como a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos no âmbito mundial (GREGO; RASSI, 2008. p. 03), posteriormente substituída pela Lei 6.368/76 como estratégia político-criminal votada a incrementar a repressão (CARVALHO, 1998).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tráfico de entorpecentes é mencionado no artigo 5º, inciso XLIII, dispondo que o delito é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Após a promulgação da lei n. 10.409/02, surge a mais recente legislação sobre tóxicos, tombada sob o número 11.343/06, com o suposto intuito de suprir falhas e ineficiências das leis anteriores (GREGO; RASSI, 2008. p. 03).

“Drogas” foi a nova terminologia adotada pela então nova lei, e o seu conceito aparece logo no artigo 1º, parágrafo único: “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (BRASIL, 2006).

Trata-se, evidentemente, de norma penal em branco, o que implica na necessidade de análise em conjunto com a lista de substâncias emitida pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), que é taxativa. Nesse sentido, novas substâncias não catalogadas, uma vez que não compõem o referido documento, são consideradas legais, ainda que possuam como característica a possibilidade de causar dependência física ou psíquica (GREGO; RASSI, 2008. p. 03).

Não constitui objeto do presente trabalho o detalhamento da historiografia da repressão. Contudo, convém destacar que, inobstante o conhecimento de que o uso de substâncias entorpecentes sempre existiu na sociedade humana, por fatores históricos e políticos, profundamente ligados ao papel de destaque e liderança dos

Estados Unidos da América perante a comunidade internacional, o atual paradigma está fundado na ideia de que algumas drogas devem ser proibidas (VALOIS, 2017).

(...) o processo de transferência marcado pela responsabilização de países marginais pelo consumo interno de drogas nos EUA acabou por produzir a dicotomização mundo livre versus países inimigos, sendo criadas inúmeras teorias cujo efeito, ao ganharem espaço na opinião pública, foi a difusão de pânicos morais (CARVALHO, 2016).

As diretrizes norte-americanas foram seguidas por muitos países, incluindo o Brasil, que assimilou a “cruzada” do outro gigante do continente americano contra determinadas drogas, estabelecendo que as pessoas envolvidas com o tráfico de certas substâncias deveriam ser encarceradas, vez que, ao fazê-lo, estavam cometendo um grave crime, pela Constituição de 1988 equiparado a hediondo.

Nos crimes contra a pessoa ou contra a dignidade sexual, que possuem vítimas definidas e ferem de forma efetiva o direito individual, as penas são severas e justificadas na proteção dos bens jurídicos essencialmente relevantes. No tocante ao tráfico de drogas, que não tem vítima definida, eis que os componentes do comércio participam de forma espontânea, a justificativa é a violação ao bem jurídico da saúde pública.

Trata-se de um modelo de repressão transnacional cuja orientação é a aplicação de duras penas aos agentes infratores. Nesse contexto, os bens jurídicos penalmente tutelados e, portanto, de suposta grande importância, quando atacados, ensejariam a utilização de adequado tratamento pelo Estado. No caso das drogas, a escolha foi pela estratégia da repressão com rígidas penalidades e resultados sociais catastróficos (ZACONNE, 2008).

Passados mais de dez anos desde que a Lei 11.343/2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre as Drogas no Brasil – SISNAD (BRASIL, 2006), a população carcerária brasileira só aumentou, constituindo um dos principais fatores de crescimento dos níveis de encarceramento (BOITEUX, 2016, p. 90) e trazendo graves implicações sociais e econômicas, que passamos agora a aprofundar.

3.2 GUERRA CONTRA AS DROGAS OU GUERRA CONTRA AS PESSOAS?

3.2.1 USUÁRIO OU TRAFICANTE?

Importa destacar que a lei 11.343/06 trouxe um controverso ponto que suscitou o debate se teria ocorrido a descriminalização ou despenalização do uso. A controvérsia surge devido ao texto do artigo 28 que torna benéfica a sanção penal para as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal. Luis Carlos Valois (2017) esclarece que houve sim o abrandamento da sanção, porém, a conduta continua constituindo crime.

É que o texto atual reflete a noção de que aquele que traz a droga para consumo próprio comete conduta menos ofensiva (e, portanto, com a pena mais branda), do que aquele que realiza o tráfico. Contudo, o artigo tornou a apreciação para a determinação do consumo próprio complexa e subjetiva, uma vez que oferece outras circunstâncias, além da quantidade, que precisam ser analisadas, como o local e as condições em que se desenvolveu a ação.

A apreciação dessas questões é fundamental para que se defina se a conduta se enquadra no artigo 28, ou no artigo 33, visto que as consequências são extremamente diferentes, pois o artigo 28 não prevê a pena privativa de liberdade, e sendo assim não admitiria o flagrante. (GRECO FILHO; RASSI, 2008, p. 43).

Vê-se, assim, que a lei de Drogas não delimita em seu texto ou, pelo menos, não o faz de modo taxativo, a quantidade de entorpecente capaz de subsumir o fato à norma que o respalda. Diante dessa obscuridade do âmbito de incidência da norma ao caso concreto, há margem de discricionariedade do juiz ao decidir se traficante ou dependente, o sujeito possuidor de substância constante em rol proibitivo. O § 2º do artigo 28 determina os critérios a serem seguidos pelo juiz para determinar qual o desígnio da posse – o texto, porém, mantém a zona de indeterminação e a consequente apreciação valorativa.

Não é necessária profunda digressão acerca da proteção aos bens jurídicos como uma das principais finalidades declaradas do Direito Penal. Essa noção comumente fomenta nos mais desinformados a impressão de serem, tanto o Direito Penal quanto o Direito Processual Penal, mera subsunção da norma ao caso concreto, mecanismo imparcial e desprovido de qualquer “contaminação” ou influência, seja por parte dos responsáveis pela instituição das políticas criminais em vigor, ou mesmo, do poder discricionário do julgador diante do caso concreto (MIRABETE, 2006).

No processo de elaboração da norma, o legislador estabeleceu diferentes tipos penais para diferentes condutas e, conseqüentemente, a punição compatível. No entanto, falhou de maneira desastrosa ao se omitir quanto aos critérios essenciais à esta distinção. Se é criticável a opção de punir o usuário, importa reconhecer que, uma vez que esta opção foi feita, pelo menos, foi conferido um tratamento diferenciado ao usuário. Neste ponto, a Lei de Drogas traria menos prejuízos, posto que impõe sanções totalmente contrastantes para usuário e traficante de drogas.

Não penalizar o usuário com a prisão na tentativa de resguardar o dependente químico, indivíduo em notória situação de vulnerabilidade, é sobrepor o respeito ao cidadão à iminente necessidade de punição pela transgressão normativa. Da mesma maneira, estabeleceu critérios como a primariedade da conduta e os diferentes graus de envolvimento no tráfico para a fixação da pena. No entanto, a aplicação prática da norma demonstra outra realidade.

As omissões normativas existentes na Lei de Drogas conferem discricionariedade exagerada aos seus aplicadores desde o início, a começar com abordagem policial, seguindo com a atuação do Ministério Público e por fim e não menos importante, do Poder Judiciário.

A distinção no tratamento conferido ao usuário e ao dito traficante é extremamente ampla e, mesmo enquanto circunstância elementar que cominará na aplicação de penas totalmente distintas, não se pauta por critérios técnicos rígidos. Segundo a Lei de Drogas, rigorosamente, no seu art. 28, elementos como antecedentes do réu, o local em que foi encontrado, as circunstâncias sociais e pessoais e quantidade de droga – não especificada – servirão de parâmetro para enquadramento do agente enquanto usuário, ou traficante.

Se para os usuários inexiste previsão acerca da aplicação de pena privativa de liberdade, mas, tão somente, sanções educativas e administrativas, para o traficante esta previsão não somente existe, como pode chegar a 15 anos de reclusão, sobre a qual deve se acrescer a distinção no tratamento do autuado e todo o estigma social decorrente do etiquetamento como traficante de drogas, além da notória desumanização inerente ao ambiente prisional.

Nesse sentido, o delito do porte de drogas para consumo é um dos que apresentam maiores cifras ocultas e a sua repressão só ocorre de maneira seletiva (CARVALHO, 2016). Tendo por base os próprios parâmetros a serem considerados

no momento da autuação, já se opera uma discriminação nata, com a catalogação estereotipada do traficante. Se a seletividade é estrutural e, portanto, presente em qualquer âmbito de atuação do poder punitivo (CARVAHO; MAYORA, 2012), na Lei de Drogas ela é primária e incontroversa, já que prescreve um rol de permanentes suspeitos.

A discussão sobre o tratamento punitivo do uso de entorpecentes chegou ao Supremo Tribunal Federal, que deverá se pronunciar sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de drogas que criminaliza o porte de drogas para consumo pessoal, ao julgar o Recurso Extraordinário 635.659, com repercussão geral reconhecida.

Deverá ser analisada a incompatibilidade da criminalização do porte com o direito constitucionalmente assegurado da intimidade e vida privada, considerando a vedação legal à criminalização de comportamentos que apenas dizem respeito aos agentes.

Baseado no suposto intuito de tutelar os interesses coletivos relativos à saúde pública, além do discurso da periculosidade presumida, é permitido que mesmo uma pequena quantidade de droga seja objeto de incriminação. Ocorre que, forte em Maria Lúcia Karam (1996, p. 126 apud CARVALHO, 2016, p. 340) “a destinação pessoal não se compatiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios, (...) sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal”.

3.2.2 A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA

Estabelecer o local da apreensão como um dos fatores que devem orientar a tipificação da conduta, por exemplo, implica na consequência óbvia da criminalização de determinados indivíduos simplesmente por habitarem uma região específica mais perigosa ou marcada pela presença policial engajada na guerra às drogas.

Moradores das regiões periféricas, das favelas, das invasões e a população em situação de rua, são traficantes em potencial simplesmente em razão do ambiente em que vivem. São indivíduos que vivem em “atitude suspeita”, estar em atitude suspeita é a sua rotina, é inerente à sua existência (CARVALHO; MAYORA, 2012).

Muito mais do que a dita “atitude suspeita” consagrada nos autos policiais, o critério identificador do suspeito de tráfico é o pertencimento a determinado grupo social (MALAGUTI, 2003).

Como não existe uma quantidade padrão nem mesmo em termos jurisprudenciais, é possível notar grandes diferenças nas quantidades estabelecidas para cada caso concreto. Ao revés da supressão da lacuna normativa relativa à quantidade de droga através de um padrão nos julgamentos dos crimes de tráfico, o critério das circunstâncias sociais e pessoais tem sido o mais utilizado.

O proibicionismo e atual política belicosa utilizada na guerra às drogas não são método eficaz para a redução da criminalidade. As drogas não são o fator principal na inclusão dos jovens na marginalidade ou na manutenção do crime, mas, sim, a ausência de políticas sociais que objetivem inscrever os indivíduos marginalizados na sociedade (HART, 2015).

Não se pode olvidar das funções ocultas do Direito penal, ou melhor, da sua missão secreta: a manutenção do *status quo*. (BATISTA, 2007, p. 117) O romantismo inculcado na ideologia de preservação de bens jurídicos universais mascara o real objetivo de proteger os interesses particulares dos grupos dominantes, travestindo-os de interesse social geral. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 76).

Nesse sentido, o verdadeiro escopo do direito penal é salvaguardar os valores e a consciência comum das camadas dominantes, perpetuando esta relação, afinal, dita as normas quem detêm o poder, como muito bem esclarece o professor Nilo Batista (2007):

Numa sociedade dividida em classes o direito penal estará protegendo relações sociais (ou "interesses" ou "estados sociais", ou "valores") escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade e, contribuindo para reprodução dessas relações.

Quando se analisa a Lei de Drogas e a sua aplicação prática ou, mais especificamente, os seus efeitos diretos na redução/aumento da criminalidade, no número de indivíduos encarcerados e, ainda, o perfil social destes indivíduos, essa concepção asséptica e já bastante frágil, fica ainda mais difícil de se sustentar.

Legitimada pela ideologia de defesa social, a manutenção de uma política criminal segregacionista justifica a massiva utilização da prisão preventiva como seu

instrumento, sem nenhum zelo por parte das agências repressivas com o rol de direitos que a Constituiu assegurou.

Cabe aqui ressaltar o trabalho exercido pelos meios de comunicação que ampliam o alarmismo, transmitindo ao senso comum do homem da rua uma sensação de constante perigo que só pode ser resolvido pela atuação da justiça penal.

Alexandre Morais da Rosa (2007) nota que os meios de comunicação compõem a socialização das pessoas em um contínuo processo que segue os indivíduos por toda a vida influenciando na formação do “laço social”. Conquanto seja a população submetida a sua influência, as mensagens que são massivamente transmitidas passam, de fato, a integrar o modo de ser geral.

Assim, os meios de comunicação terminam por exercer, em verdade, um papel ideológico, inculcando medos, reproduzindo “fatos conflitivos interessantes de serem reproduzidos em cada conjuntura” favorecendo e concedendo poder às agências do sistema punitivo (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2007, p. 05).

A grande publicidade de casos de violência, sobretudo de casos de homicídios e roubos produzem a proliferação do pânico. No caso das drogas, tais crimes contra a vida e o patrimônio, terminam associados ao tráfico antes mesmo de qualquer apuração. Basta a simples assimilação destituída de reais ligações para que se fixem os estereótipos,

(re)significando a criminalidade e apontando as baterias do sistema punitivo aos grupos vulneráveis, ou seja, aqueles que por correspondência são identificados, ou os que através de posturas ou atos de pessoas são identificados com o estereótipo (CARVALHO, 2016).

Rubens Casara (2016, p. 56) destaca o “fascínio pelo crime, em um jogo de repulsa e identificação”. Para ele, a crença de que a prisão é o remédio para os problemas de ordem social, aliado a um aparente sadismo de parte da população, “fazem do julgamento penal um objeto privilegiado de entretenimento”. É o que chamou de processo penal voltado para o espetáculo, onde não há lugar para a garantia dos direitos fundamentais.

A crítica contundente e precisa que o autor faz ao processo penal desta quadra histórica inclui a percepção de que, se antes, a sistemática processual era vista como instrumento de racionalização do poder punitivo, atualmente, os valores

típicos da jurisdição penal foram substituídos pela aposta no sofrimento imposto aos investigados e aos réus (CASARA, 2016).

Para atender à histeria coletiva e assim “agradar ao público”, a prisão é encarada como natural, e não mais como medida excepcional e o processo se limitando a confirmar as hipóteses acusatórias, a que Casara atribui como roteiro desse espetáculo, onde juízes e promotores são atores e também espectadores (CASARA, 2016).

Com essa “estetização do processo penal”, a denúncia oferecida pelo Ministério Público é o roteiro do espetáculo que o magistrado vai assumir com veracidade e investir na luta do bem contra o mal, tão cara à ideologia da defesa social e alimentada para agradar ao grande público formado pelos meios de comunicação que não apenas não esclarecem a necessidade de defender os direitos humanos como alimentam os discursos contrários a eles.

Em momento de grande inspiração, Luis Carlos Valois (2017, p. 16) cunhou as decisivas palavras sobre o suposto combate travado contra os entorpecentes:

Guerra às drogas é sinônimo da criminalização arbitrária de certas relações que o ser humano trava com algumas substâncias, mas drogas não morrem, não levam tiros e não são encarceradas, enfim, aos poucos o termo guerra às drogas vem revelando a sua face exclusivamente desumana de uma guerra contra pessoas.

Vê-se que a Lei de drogas serve apenas como ferramenta para a criminalização da miséria. Indivíduos são encarcerados em celas imundas sob a justificativa de atentarem contra a saúde pública, como se o Estado brasileiro demonstrasse especial cuidado com a questão sanitária. Assim é que os “inimigos” saúde pública são despejados, justamente em locais onde a saúde é completamente ignorada, sem o mínimo de salubridade, promovedores de tuberculose, pneumonia, AIDS e diversas outras doenças que se propagam nas celas molhadas, mofadas e superlotadas (VALOIS, 2017).

A grave situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros está intimamente ligada ao elevadíssimo aumento no número da população carcerária, que como já vimos, tem na Lei de Drogas uma das grandes responsáveis.

Relatório elaborado por Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada para investigar a situação do sistema carcerário brasileiro destacou a superlotação dos

estabelecimentos prisionais, os custos econômicos e sociais, a permanência de custodiados que já poderiam ter saído eis que cumpriram a pena, além da forte presença da violência e da corrupção nos presídios.

A quase totalidade dos presos é pobre, originários da periferia, com baixa escolaridade e sem ou com pouca renda. No ato da prisão, o aparelho policial age sempre com prepotência, abuso de poder, sonegação de direitos e, não raro, com violência. A CPI ouviu muitas denúncias de flagrantes forjados – em especial no que se refere às drogas – bem como de maus-tratos praticados pelos agentes policiais (BRASIL, 2009)

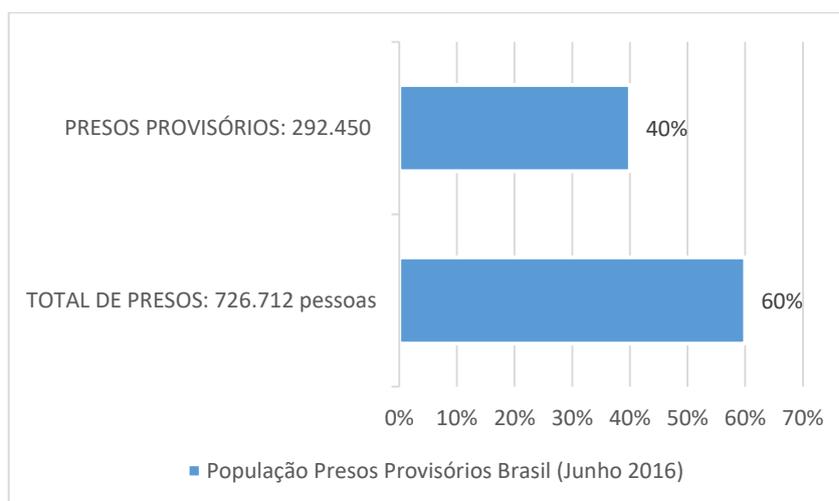
Sob o suposto objetivo de implantar uma política proibicionista com foco na diminuição no consumo, a Lei de tóxicos, em verdade, não contribui para a diminuição do número de usuários nem oferece os subsídios adequados para o aludido tratamento médico do usuário, que normalmente acaba sendo delegado a instituições de cunho religioso, sedentas pelo combate ao “mal” que as drogas supostamente representam.

3.2.3 O AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Se o real objetivo da Lei de Drogas era coibir o uso de substâncias ilícitas e proporcionar o tratamento adequado para seus usuários, de pronto nota-se que a lei falhou.

Os dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, demonstram que até junho de 2016, o Brasil contava com 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) privadas de liberdade (BRASIL, 2016). Deste contingente, 292.450 (duzentas e noventa e duas mil, quatrocentas e cinquenta) pessoas encontram-se provisoriamente custodiadas, correspondendo a 40% do total.

Figura 1 - População Presos Provisórios Brasil (Junho 2016)



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, Junho de 2016.

Não foram obtidas pelo levantamento oficial, informações sobre o tipo penal imputado a todos os privados de liberdade, tendo em vista que nem todas as unidades prisionais dispunham da informação. Contudo, tendo à disposição 620.583 (seiscentas e vinte mil, quinhentas e oitenta e três) incidências penais registradas até Junho de 2016, o Departamento Penitenciário Nacional identificou que pelo menos 176.691 mil pessoas deste montante, encontram-se presas por tráfico de drogas, associação para o tráfico e tráfico Internacional de drogas (BRASI, 2016).

Constata-se, portanto, que o encarceramento foi resultado imediato da política criminal de drogas brasileira, amparada no amplo poder criminalizador concedido às agências de persecução criminal, sobretudo, a polícia. Parece claro que foi conferida subjetividade exagerada aos critérios que acabam justamente por servir de norte na tipificação da conduta do agente. Diante da subjetividade da norma, há uma impossibilidade lógica: nem todos que praticam o mesmo crime sofrerão as mesmas consequências.

Os problemas decorrentes desta discricionariedade em demasia são imensos, vez que a diferenciação entre usuário e traficante de drogas é fundamental, considerando as implicações na punibilidade das condutas e na narrativa processual.

Neste cinzento terreno de incertezas, a consequência direta é o encarceramento em massa refletido já antes do trânsito em julgado. A agenda repressiva cumpre a sua finalidade antecipando, em verdade, a execução da pena

para supostamente promover a sensação de bem-estar comunitário salvaguardando a ordem pública. Sem o estabelecimento de critérios muito bem definidos e objetivos na norma, proporcionando uma capacidade punitiva isonômica, o que se alcança, é apenas o controle daqueles considerados perigosos.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENCARCERAMENTO PREVENTIVO

4.1 PRISÃO PREVENTIVA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Diante do valor que é dado à liberdade, inevitáveis tensões são despertadas ao se tratar sobre sua restrição. Tratando-se de constrição antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o tema fica ainda mais complexo, considerando o difícil equacionamento entre a consagração, no texto constitucional, do princípio da presunção de inocência e a possibilidade de encarceramento antes da condenação definitiva.

O professor Aury Lopes Junior (2016) esclarece que em um Estado Democrático de Direito, o processo penal é caminho para que se possa atingir a pena, um mediador entre o exercício do poder punitivo e os limites que devem ser necessariamente observados, já que o Direito Penal não tem poder de coerção. Infringida a norma penal, o agente só pode ser responsabilizado por meio do processo.

Não há, todavia, que se falar em um processo penal como mero instrumento do poder punitivo. Isto porque, o *jus puniendi* está condicionado ao respeito às garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, desempenhando o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido (LOPES JUNIOR, 2016).

Assim, no ordenamento jurídico pátrio, as medidas cautelares supostamente visam a garantia do pleno desenvolvimento do processo. Daí a utilização da expressão “instrumentalidade hipotética” (ou de segundo grau), para designar sua característica precípua: preservação de bens processuais (DEZEM, 2016).

No âmbito do processo penal brasileiro há três modalidades de medidas cautelares: *reais*, de natureza assecuratória, (como hipoteca legal e arresto); *probatórias*, ligadas à produção de prova (como a busca e apreensão), e *pessoais*, que recaem sobre a liberdade do sujeito, tais quais as prisões, as medidas alternativas à prisão e as medidas substitutivas da prisão (DEZEM, 2016).

Sem sombra de dúvidas, a prisão processual é a medida cautelar mais grave, admitida no sistema legal nas modalidades de prisão em flagrante¹, prisão preventiva

¹ Aqui, cabe mencionar o alerta feito por Guilherme Dezem (2016) quanto à prisão em flagrante não constituir modalidade de prisão cautelar pela ausência do *periculum libertatis* enquanto requisito.

e prisão temporária. Como já dissemos, é a prisão preventiva a modalidade neste trabalho investigada, justificando-se a ausência de considerações sobre as demais.

A restrição da liberdade deve ser aplicada com a verificação de toda a principiologia processual: legalidade, tipicidade do ato processual, presunção de estado de inocência, devido processo legal, proporcionalidade (atentando-se à adequação e necessidade) e, sobretudo, do princípio da excepcionalidade. A noção de que as medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo e não das agências punitivas é chamada por Aury Lopes Júnior (2016) de *instrumentalidade qualificada*.

Como requisitos para a decretação de medida coercitiva, estão o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, respectivamente, a prova da existência do delito conjugada aos indícios suficientes de autoria e o perigo decorrente do estado de liberdade do agente. Neste diapasão, Maria Lucia Karam (2009) reforça o caráter extraordinário da prisão antes do julgamento já que a legalidade processual exige a presença de evidências quanto ao perigo que a liberdade do imputado representa para o processo.

Na obra “Direito e Razão”, Luigi Ferrajoli (2002, p. 441) esclarece que o princípio da presunção de inocência é “fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”. O professor vai além, ao sustentar que é inadmissível e ilegítima a prisão de um imputado antes de sua condenação, em virtude da imposição do mencionado princípio.

Posição destoante assume J.J. Gomes Canotilho (1993 apud Lima, 2016), para quem o processo penal restaria inviabilizado se o princípio fosse visto de forma radical. Inobstante a crítica do mestre italiano, o instituto da prisão preventiva está absolutamente naturalizado em terras brasileiras.

Em que pese a custódia preventiva ter finalidade assentada no arcabouço legal brasileiro, percebe-se que seu uso tem sido equivocadamente implementado, configurando grave deturpação de seu significado, tornando-se um mecanismo de justicamento amplamente aplaudido pela opinião pública. A espetacularização do processo, sobre a qual Rubens Casara fala na obra “Processo Penal do Espetáculo”, é uma das responsáveis por essa naturalização. Cumprem os meios de comunicação,

nesse sentido, a função de influenciar a população, introjetando a noção de que a criminalidade constitui o mais grave problema social e que a impunidade leva ao caos, sendo, portanto, a prisão, o remédio possível (MORAIS DA ROSA; SILVEIRA FILHO, 2007).

Ao traçar o panorama histórico da prisão preventiva, FERRAJOLI (2002) destaca a crise do princípio da presunção de inocência após o advento do fascismo com a derrocada dos freios ao poder e do abuso da medida sem “jogos de palavras ingênuos” como necessidade para defesa social, medida de segurança processual e grave clamor público. Ressalta ainda, que na experiência italiana, a prisão preventiva terminou por alterar a ordem processual, com a antecipação da pena ocorrendo de forma procedimental, naturalizada. Qualquer semelhança com o que ocorre hoje no Brasil não é mera coincidência.

Prevista nos artigos 311 a 316 do CPP, a prisão preventiva deveria ser a última medida a ser tomada. Inobstante o texto do artigo 282, parágrafo 6º do Código de Ritos segundo o qual “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”, afigura-se tal modalidade de medida justamente como a mais lembrada. Outra importantíssima disposição normativa está contida no inciso II do artigo 310 que estabelece a exigência de presença dos requisitos legais e da necessidade de se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

4.2 AS HIPÓTESES DE CABIMENTO

Passemos à análise das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, medida cautelar supostamente utilizável para assegurar o bom funcionamento da justiça, cujas situações tuteláveis estão previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal:

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 (BRASIL, 1941).

Para que a custódia preventiva seja decretada, basta a presença de apenas um desses fundamentos. A real instrumentalidade dessa medida cautelar para conveniência da instrução e para a aplicação da lei, visando a tutela da efetividade do andamento processual parece ser admitida pela maior parte da doutrina, mesmo entre autores que produzem estudos críticos sobre o assunto como Aury Lopes Júnior.

Não teceremos grandes considerações sobre todas as hipóteses, sob pena de fuga temática. Destacamos, todavia, que a instrução criminal é a etapa do processo em que o acusado pode exercitar a sua defesa. Assim, quando há risco de destruição de provas, alteração da cena do delito ou coação de testemunhas ou mesmo vítimas e peritos, a prisão pode ser decretada como forma de impedir perturbações na regular marcha processual. Serviria, desta forma, para impedir a contaminação de provas e permitir um julgamento justo (PACELLI, 2017).

Quando há risco de fuga do indiciado, e este risco é mensurado pela análise de concretos elementos, não podendo, portanto, ser meramente presumida, a prisão pode ser decretada tendo como fundamento a necessidade de garantir a aplicação da lei (KARAM, 2009). Favorável condição socioeconômica do acusado, que por dispor de recursos financeiros poderia evadir-se da ação da justiça, não pode servir de fundamento, considerando que a presunção é de inocência e não de fuga.

Como visto, as hipóteses autorizadoras anteriores referem-se à instrumentalidade processual. Todavia, a doutrina se divide quanto à finalidade efetivamente cautelar de duas das hipóteses autorizativas: garantia da ordem pública e da ordem econômica.

A garantia da ordem econômica tem pouca aplicação forense e teria sido incluída no mencionado artigo com a intenção de tutelar o risco decorrente de condutas capazes de afetar a harmonia do sistema financeiro ou mercado de ações e valores, gerando perdas financeiras. Aponta, contudo, Eugenio Pacelli (2017) que de nada serve a prisão para remediar ou diminuir lesões econômicas, quando seria mais útil a indisponibilidade de bens podendo efetivamente tutelar a ordem financeira e evitar a reiteração delitiva. Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 1277) corrobora com tal entendimento afirmando que “em crimes contra a ordem econômica, a prisão de um e/ou mais integrantes da organização não a destruirá, sendo certo que outro agente fatalmente irá ocupar seu lugar” .

Curiosamente, os mencionados autores não apresentam semelhantes posições com relação à ordem pública, concordando que a expressão é vaga, mas admitindo, contudo, o uso de impreciso conceito que tanto gera controvérsia jurisprudencial e doutrinária. Não por acaso, deixamos a garantia da ordem pública por últimos, que por ser objeto do presente trabalho merece investigação mais detalhada.

4.2 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Renato Brasileiro de Lima (2017) esclarece que três correntes se dividem sobre o tema. A majoritária, com a qual se identifica, defende a legitimidade da decretação de preventiva “com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente”. Segundo esta corrente, de caráter restritivo, garantia pública é expressão sinônima de periculosidade concreta do agente, preservando-se o caráter cautelar, pois a ida para o cárcere teria o objetivo de garantir o resultado do processo e vetar a continuidade delitiva do acusado, resguardando-se a prevenção geral (LIMA, 2017, p. 1274). Assim também pensam nomes como Júlio Fabbrini Mirabete e Eugênio Pacelli.

Para a segunda corrente, de caráter ampliativo e defendida por nomes como Fernando Capez, a prisão com tal fundamento garante a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público. Segundo este autor e demais defensores desta corrente, “não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo” (CAPEZ, 2009, p. 279 apud LIMA, 2017, p. 1276).

Nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar: (2016, p. 1.254):

Em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória.

De acordo com a terceira corrente, minoritária e segundo a qual fundamentamos este trabalho, trata-se de conceito impreciso e essencialmente genérico, passível de grande “maleabilidade conceitual” (LOPES JUNIOR, 2016). A prisão preventiva decretada com tal fundamento não é dotada de justificação cautelar e parece estar servindo, em verdade, à antecipação da execução da pena.

Esta é a posição de Sanguiné (2003, p. 115 apud LOPES JUNIOR, 2016, p. 663):

A prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir.

Discute-se o desvirtuamento do sentido e natureza da medida cautelar. Se a função de prevenção geral é da pena e não da medida cautelar e se a pena cominada só pode ser executada após a tramitação regular do processo com atendimento aos postulados básicos do contraditório e da ampla defesa, sua antecipação constitui severa irregularidade.

Filiamo-nos à corrente doutrinária que defende a posição de que a ordem pública e a ordem econômica não constituem situações tuteláveis por meio da prisão por não guardarem relação com fins processuais, transformadas, isto sim, em verdadeiras atividades de polícia ou “medidas de segurança pública” (LOPES, 2016). Assim, reputamos a inconstitucionalidade da prisão preventiva com base nestes fundamentos

Firmes neste entendimento, diante do severo quadro de reiteradas ilegalidades perpetradas por magistrados de primeiro grau, centenas de *Habeas Corpus* são impetrados nos Tribunais brasileiros, por pacientes irrisignados com o verdadeiro processo de antecipação satisfativa da pretensão punitiva do estado a que estão submetidos.

Antes de passarmos a adentrar na análise dos acórdãos denegatórios das ordens de HC e da maleabilidade conceitual com que ocorre, convém tecer breves considerações sobre a origem ditatorial do conceito no nosso ordenamento.

O termo “ordem pública” não aparece no ordenamento jurídico brasileiro apenas no processo penal. Na Constituição Federal de 1988, o termo pode ser encontrado no inciso III do artigo 34 ao tratar das exceções que justificam intervencionismo da União nos estados e Distrito Federal em nome de “grave perturbação da ordem pública”. Surge também no artigo 144 ao tratar da segurança pública como dever estatal para preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio (BRASIL, 1988).

Entre outros, também aparece no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil: “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. Já na seara do direito penal, não consta nenhuma tipificação quanto a delitos praticados contra a “ordem pública”. Consta, isto sim, disposição sobre os crimes contra a paz pública: incitação ao crime (art. 286), apologia de crime ou criminoso (art. 287), quadrilha ou bando (art. 288) e o de constituição de milícia privada (art. 288-A).

Assim, pode-se notar que, inobstante a aplicação do conceito, inexistente definição ou mesmo referencial semântico capaz de esclarecer uma cláusula tão aberta surgida na Alemanha na terrível quadra histórica em que o Nazismo precisava, não por acaso, de autorização geral para prender. (LOPES JUNIOR, 2016).

No Brasil, a entrada desse conceito está intimamente ligada à chegada de Getúlio Vargas ao poder, inaugurando o lapso temporal que ficou conhecido na historiografia nacional como Era Vargas. Enquanto instituto jurídico, a “ordem pública” aparece primeiro, oficialmente, no Código de Processo Penal de 1941.

Segundo Medeiros (1978) conforme citado por GOMES (2013), o foco na defesa social se tornou ponto chave, verdadeiro “norte” para as mudanças legislativas daquele período, com maior restrição a direitos e garantias individuais e rapidez na repressão dos considerados inimigos do Estado (SCHWARCZ, 2015). Tal direcionamento por parte do Estado Novo, nova ordem política instituída com a Constituição de 1937, outorgada por Vargas, se comprova com a leitura do Decreto-Lei tombado sob o número 640 de 22 de agosto de 1938 (antes, portanto, do CPP), criando no arquipélago de Fernando de Noronha, Colônia Agrícola “destinada à concentração e trabalho de indivíduos reputados perigosos à ordem pública, ou suspeitos de atividades extremistas” (BRASIL, 1938).

Apesar de o instituto constar no ordenamento jurídico brasileiro desde 1941, permitindo a custódia preventiva com o fito de garantir essa ordem pública indefinida, a única definição legal para o conceito está contida na Lei 88.777 de 30 de setembro de 1983 que regulamenta o corpo de bombeiros e as polícias (GOMES, 2013). No texto legal conta a definição para “manutenção da ordem pública” como “exercício dinâmico do poder de polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública” e a ordem pública em si como

Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum (BRASIL, 1983).

Vê-se, portanto que a definição do conceito está contida em uma lei aprovada em plena Ditadura Militar, pelo então General João Figueiredo, o que, logicamente, reflete o ideal e as práticas de um regime antidemocrático. Não é mera coincidência que a cláusula aberta seja inserida em um período de supressão democrática (década de 30) e que a conceituação desta cláusula, diga-se de passagem, repleta de outros termos vaguíssimos como “bem comum” e convivência pacífica”, tenha sido realizada na vigência do período ditatorial seguinte (década de 80).

Embora seja evidente a origem autoritária do instituto da garantia da ordem pública como fundamento para prisão preventiva, não apenas se mantém essa medida cautelar como é cada vez mais utilizada, ao arrepio da óbvia incompatibilidade com o texto constitucional vigente.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, imbuída dos anseios pela efetivação de um Estado efetivamente democrático, a releitura do CPP torna-se indispensável para que então, o processo penal brasileiro reflita sem sobra de dúvidas, o instrumento a serviço das garantias. Para Alexandre Morais da Rosa, o processo penal no Brasil encontra-se arraigado por concepções ultrapassadas, constituindo “solo fértil para a aceitação crítica dos modelos totalizadores do Direito Penal antes apresentado” (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2007, p. 63).

Aury Lopes Junior (2016) destaca que foram encaminhados ao Congresso Nacional sucessivos projetos buscando a reforma do Código de Processo Penal,

tendo, inclusive, constado no Projeto de Lei 4.208/2001, modificação do artigo 312 com substituições da garantia da ordem pública e da ordem econômica por definições precisas das circunstâncias que justificariam a prisão preventiva. Ficou mantida, contudo, lamentavelmente, a redação do texto.

Destaque-se que a Lei 12.403 de 2011, que estabeleceu a aplicação da prisão cautelar apenas para os crimes dolosos com pena máxima superior a quatro anos, apesar de coadunar com o princípio da proporcionalidade (que já estava sendo aplicado jurisprudencialmente), no caso do tráfico de drogas nada se alterou, eis que a pena mínima é de cinco anos.

Diferentemente das hipóteses efetivamente relacionadas à necessidade de garantir a boa tramitação processual e à aplicação da lei, a situação em exame acaba permitindo argumentações diversas, restando a cada juiz aplicar o fundamento caso a caso. Mediante tal poder discricionário, ordem pública é cláusula aberta facilmente manipulável e adaptável, conforme vontades políticas de quem decide.

4.3 VONTADE POLÍTICA DO JULGADOR E DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÃO

Ao discutir os limites da separação entre direito e política, Luís Roberto Barroso (2013) anota que não se pode ignorar que a linha divisória entre ambos nem sempre é nítida. Prossegue explicando que apesar de ser repetido pela comunidade jurídica que são coisas diversas, o direito não é isolado da política, de modo que “suas órbitas se cruzam, e, nos momentos mais dramáticos, se chocam, produzindo vítimas” (BARROSO, 2013, p. 425).

A criação e a aplicação das normas dependem, logicamente, da atuação de determinados sujeitos: legisladores e intérpretes. Como ato de vontade humana, a lei vai expressar os interesses dominantes de dado momento e espaço. A Jurisdição, por sua vez, enquanto “interpretação final do direito aplicável” expressa, em menor ou maior grau, a compreensão do magistrado ou do Tribunal quanto ao sentido do texto legal (BARROSO, 2013).

Na obra Sociologia do Crime, Philippe Robert (2007, p. 114) ressalta que a norma nunca resta intacta após sua aplicação, uma vez que o magistrado sempre se mostra criador do direito. Destaca, ainda, que os grupos mais poderosos monopolizam

a criação e também a aplicação da lei penal em prejuízo dos não detentores de poder “cujos comportamentos são facilmente tachados de criminosos”. Daí advém a conclusão de que o problema do crime não diz respeito a comportamento e sim político, numa estreita relação de dependência com a distribuição do poder.

O artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988 dispõe expressamente que todas as decisões emanadas pelo Poder Judiciário devem ser fundamentadas. Tal dispositivo atesta que o legislador entende que o processo penal deve refletir os alicerces constitucionais do Estado Democrático, daí a obrigatoriedade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas como condição para imposição de medidas punitivas.

Ao justificar a decisão, o magistrado permite que se identifique o alcance e o conteúdo de seu pronunciamento, que se verifique a compatibilidade com o sistema legal que proíbe o uso do poder punitivo para fins alheios. Assim, a motivação das decisões judiciais é uma garantia fundamental inalienável de qualquer Estado que se afirme democrático (FERRAJOLI, 2002). Como garantia política, a motivação é um dos meios encontrados para exercício do controle sobre o poder.

Com a ressignificação do modelo jurídico conferindo à Carta Política força normativa, o Poder Judiciário assumiu certa evidência em detrimento dos demais poderes, na medida em que cabe a ele a última palavra sobre a validade das leis sob o império do texto constitucional, que versa sobre princípios basilares do enquadramento democrático. A coação de um magistrado sobre o cidadão deve ser submetida a regras que deveriam ser rigorosamente seguidas à luz da principiologia constitucional

Contudo, diante da força normativa dos princípios e de predominância do Judiciário, é possível que a discricionariedade não seja combatida, se for aceita a ideia de abertura dos princípios. Como bem elucida Lenio Streck na obra *“O que é isto? – decido conforme minha consciência?”*, o caráter normativo dos princípios não pode ser visto como desculpa para atos discricionários.

Nesse diapasão:

Com isso quero dizer que a tese da abertura (semântica) dos princípios – com que trabalha a teoria da argumentação (e outras teorias sem filiação a matrizes definidas) – é incompatível com o modelo pós-positivistas de teoria do direito (STRECK, 2013, p. 106).

Ante o exposto, denota-se a dificuldade de superar a discricionariedade apesar do advento do Estado Democrático de Direito na medida em que, a depender da vinculação à matriz de cada corrente, é possível fundamentar qualquer decisão nesse sentido. Com bem adverte o autor acima homenageado, não se pode permitir que o magistrado diga “qualquer coisa sobre qualquer coisa”. Limites devem ser observados no ato de decidir e estes limites estão previstos na Constituição.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003) alerta que uma norma pode proporcionar diferentes significados, cabendo ao magistrado interpretá-la conforme a Constituição. É o que ele chama de princípio da prevalência da Constituição, optando, necessariamente, pelo sentido que apresente conformidade com a lei máxima.

O que se espera do magistrado é a exata aplicação do princípio da necessidade que determina a impossibilidade de aplicação de medidas punitivas à margem da sistemática processual penal. Nesse sentido, Ferrajoli (2002) defende que o poder dos magistrados deve ser humanizado, incorporando-se uma “inversão de paradigmas” com a sobreposição do saber sobre o poder. Ou seja, impedir que o poder seja por si mesmo legitimado.

Não se perca de vista que a imparcialidade do magistrado é fator indispensável ao pleno exercício da jurisdição. Daí que devem ser afastadas as possíveis influências externas sobre o que o juiz decide, para que assim, o ato jurídico seja apresentado de acordo com seu livre convencimento, devidamente motivado, entretanto.

Ressalte-se que a fundamentação deve estar presente, por óbvio, em qualquer decisão judicial. Aquelas tomadas no andamento do processo não poderiam, portanto, fugir à regra. Muito menos, as que impõem barreiras ao exercício do direito de ir e vir.

Diversamente das outras situações que são efetivamente ligadas a garantia do andamento processual, a ordem pública acaba permitindo argumentações diversas, revelando “traços ideológicos do julgador na decisão” (GOMES, 2013). Como veremos adiante, a maleabilidade discursiva relativa ao genérico conceito leva a variadas motivações, completamente alheias ao processo penal.

Em respeito ao artigo 5º, inciso LIV que determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal “ e mais precisamente ao inciso LXI que dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem

escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar” (BRASIL, 1988), toda decisão que priva alguém de liberdade sem apresentar fundamentação idônea é manifestamente ilegal, devendo, portanto, tal arbitrariedade ser combatida por meio de *Habeas Corpus*.

4.4 IMPETRAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* CONTRA FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA

Previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, o *periculum libertatis* está traduzido nas hipóteses tuteláveis já mencionadas: ordem pública, ordem econômica, instrução criminal e aplicação da lei penal.

Considerando que o CPP não prevê cabimento de recurso contra decisão que decreta a prisão preventiva ou indefere o pleito pela revogação ou substituição da medida cautelar, cabe impetração de *Habeas Corpus*, com fulcro no inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que estabelece: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O instituto encontra-se também previsto no artigo 647 do Código de Processo Penal que dispõe texto semelhante: “dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

O artigo 648 do Código de Ritos, por sua vez, elenca as causas de ilegalidade da coação: quando não houver justa causa; quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; quando o processo for manifestamente nulo e por fim, quando extinta a punibilidade.

Trata-se, o *Habeas Corpus*, de remédio constitucional estabelecido como forma de garantir a liberdade física e demais direitos que têm como pressuposto a locomoção e que não deve obedecer a formalidades processuais considerando a possibilidade de ser formulada sem causídico.

Em que pese esteja inserto no Código de Processo Penal na parte destinada às nulidades e aos recursos, anota Pacelli (2017) que é ação autônoma de

impugnação que pode ocorrer antes mesmo do início da ação penal e após transitar em julgado, podendo, ainda, substituir recurso cabível ou ser impetrado de forma cumulativa.

Tendo em vista a aplicação de constrição preventiva, pelos magistrados de piso, com o fim de assegurar a sociedade, ordens de *Habeas Corpus* são impetradas, pleiteando o *writ* com o intuito primordial de configurar a ilegalidade da prisão em virtude da alegada precariedade de fundamentação. Passamos agora a analisar os acórdãos proferidos no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e buscar o sentido das interpretações encontradas.

5 – A BANALIZAÇÃO DO ENCARCERAMENTO PREVENTIVO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

5.1 ANÁLISE DE ACÓRDÃOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

5.1.1 METODOLOGIA

Pretendemos com o presente trabalho, identificar as justificativas utilizadas pelos Desembargadores componentes das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia para denegar a ordem de *Habeas Corpus*, mantendo a prisão preventiva dos pacientes investigados ou denunciados pelo crime de tráfico de drogas, descrito no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 e condutas afins.

Os resultados da pesquisa foram obtidos tendo como base a metodologia proposta por Glaser e Straus (1967) denominada Teorização Fundamentada nos Dados (TFD), permitindo a formulação teórica nos dados empiricamente levantados. Para coleta desses dados, no caso, levantamento dos acórdãos denegatórios, inicialmente foi necessário buscar as pautas de julgamento, disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Foram levantados (por meio de *download*) os acórdãos proferidos entre novembro de 2017 e março de 2018 e, em seguida, identificados aqueles referentes ao julgamento de *Habeas Corpus* e aos “crimes de tráfico de drogas e condutas afins” (termo utilizados pelo Tribunal para informar o tipo penal no campo “assunto”, ferramenta disponível na página de consulta processual do sistema “e-saj”).

Paralelamente, uma planilha, contida no Anexo A, foi sendo alimentada com a devida indicação do número do processo, turmas e câmaras criminais que julgaram as ações, resultado do julgamento (concessão, denegação, prejudicialidade e não conhecimento) e a data da sessão.

Ultrapassada essa fase, passamos à análise das decisões, tendo sido necessário, por dificuldade operacional para análise de numerosas decisões e rigor metodológico, sido descartadas as decisões entre janeiro e março de 2018, restando os acórdãos proferidos nas sessões de julgamento ocorridas entre novembro (07, 14

e 21) e dezembro (05, 12, 14 e 18) de 2017, chegando assim ao ainda expressivo número 98 decisões colegiadas.

Em seguida, foram novamente filtrados os acórdãos, sendo então examinados os que denegaram a ordem pretendida, com intuito de apurar as interpretações sobre a garantia da ordem pública utilizadas pelos magistrados de primeiro grau e mantidas pelos Desembargadores. Assim, não são alvos de nossa crítica as outras situações constantes no artigo 312 do Código de Processo Penal que traduzem o *periculum libertatis*, quais sejam: aplicação da lei penal, conveniência da instrução criminal e ordem econômica, ainda que devidamente indicadas quando identificadas na análise das decisões (Anexo A).

5.2 RESULTADOS

A análise de um conjunto de decisões judiciais que versam sobre o mesmo objeto possibilita ao investigador valiosa e reveladora experiência. Isto porque, na prática jurídica, o operador do Direito, ainda que atuando numa área específica como a criminal, se debruça sobre variados casos, envolvendo diferentes teses, delitos e situações fáticas, o que, apesar de conferir certo dinamismo ao trabalho exercido, pode desviar a atenção de certos sinais já há muito presentes na justiça penal.

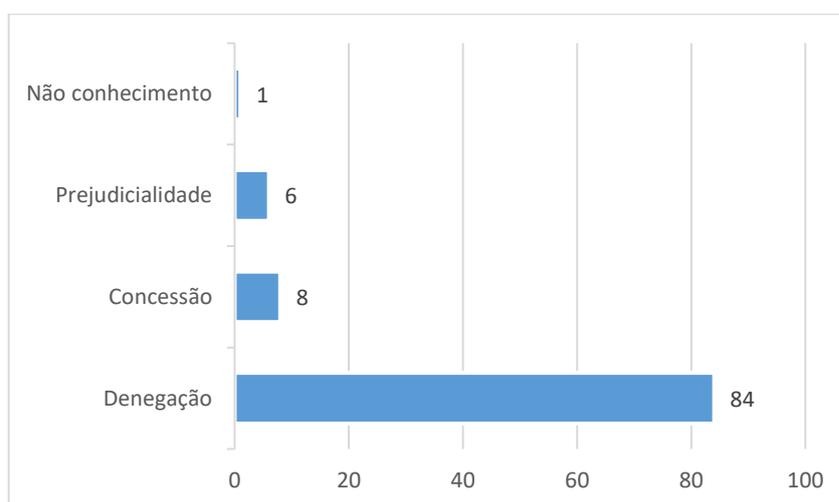
Os acórdãos denegatórios de *Habeas Corpus* proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia parecem seguir uma fórmula, um verdadeiro padrão de manutenção do cárcere. Trata-se de, geralmente, nove a doze páginas, repletas de precedentes formados pela própria Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça, ali dispostas como forma de reforçar posicionamentos lamentavelmente tomados em detrimento das garantias fundamentais.

Na maioria dos casos, a exigência legal de fundamentação das decisões judiciais parece inexistir, já que, em verdade, os conteúdos dos acórdãos “parecem” sempre muito semelhantes uns dos outros. Revelou-se comum encontrar trechos exatamente iguais em acórdãos proferidos nas mesmas turmas e incomum, pronunciamentos com clareza e profundidade jurídica. A impressão dada é a de que cumpre o papel de referendar as decisões de piso, ao arrepio do princípio do duplo grau de jurisdição, direito processual garantido pela Constituição para reexame de decisões.

Embora os acórdãos denegatórios proferidos pelas turmas das câmaras criminais do TJBA padeçam de grande fundamentação jurídica, é possível identificar de forma muito evidente o descolamento entre o que se pratica e o que o texto constitucional garante.

Em apenas 6 dos 98 acórdãos analisados, houve concessão da ordem. Em nenhum deles, a ilegalidade da prisão foi declarada em virtude da precariedade da fundamentação do *decisum* que converteu a prisão em flagrante em preventiva ou a decretou, sob a alegação genérica de manutenção da ordem pública, mas sim, em virtude do excesso de prazo no deslinde processual.

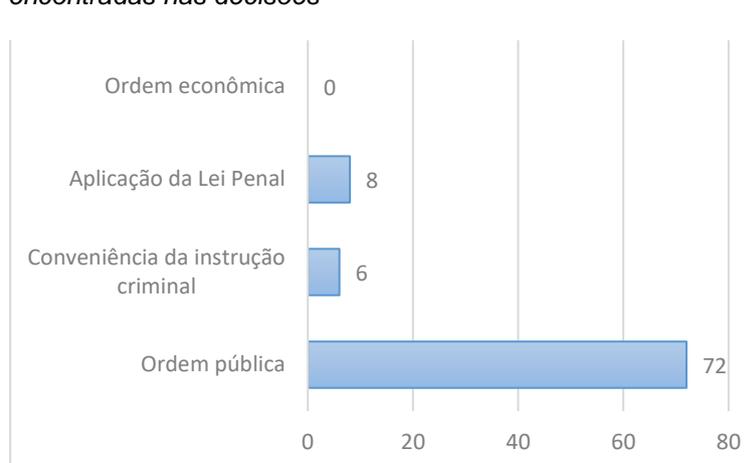
Figura 2 - Resultado dos julgamentos nas sessões dos dias 07, 14 e 21 de novembro de 2017 e 05, 12, 14 e 18 de dezembro de 2017



Fonte: Elaborado pelo autor.

O gráfico acima demonstra que a esmagadora maioria dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça da Bahia no intervalo determinado, foram denegatórios. Os casos analisados no presente trabalho demonstram marcante aceitação, pela Corte Baiana, do discurso punitivo por meio da segregação provisória. Por sua vez, a legitimação por parte do Tribunal, dos discursos alicerçados na suposta necessidade de garantir a ordem pública está evidentemente demonstrada na comparação com as demais situações tuteláveis pela medida cautelar extrema.

Figura 3 - Situações tuteláveis previstas no art. 312 do CPP e encontradas nas decisões



Fonte: Elaborado pelo autor.

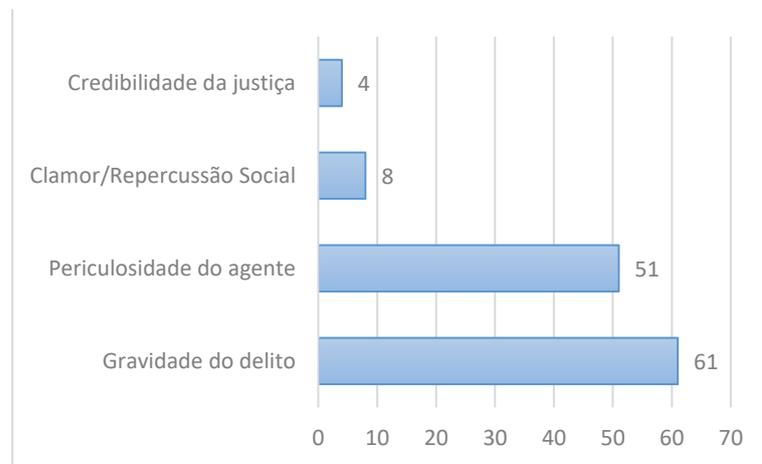
Vê-se que, apesar de também terem sido mantidas as prisões cautelares com base no receio de risco de fuga do agente (8 acórdãos) e de geração de óbices à investigação criminal (6 acórdãos), é a suposta necessidade de acautelar o meio social a responsável pela expressiva continuidade das constrições. Dos 98 acórdãos denegatórios de *Habeas Corpus* analisados, 72 referem-se à garantia da ordem pública como fundamento.

Destaque-se, ainda, que em 2 das 7 decisões mantendo a prisão preventiva em nome da aplicação da lei penal e em 3 dos 6 acórdãos que mantiveram o cárcere por conveniência da instrução criminal, a ordem pública também surge como justificativa para a continuidade da medida.

No esforço de identificar as interpretações dadas a essa suposta necessidade de garantir a ordem pública, analisamos todos os acórdãos denegatórios e naqueles em que a prisão preventiva foi mantida para salvaguardar a ordem pública, verificamos a presença de sete argumentos-chave que alegadamente a traduzem: gravidade concreta do delito, periculosidade do agente, risco de reiteração delitiva, clamor social, repercussão social e credibilidade da justiça.

Nesse trabalho, tais interpretações foram reduzidas a quatro, considerando a similitude entre a repercussão social (geralmente associadas à repercussão nos veículos de comunicação) e o clamor social (enquanto perturbação pública motivada pela suposta ação delitiva), bem como, a ligação entre periculosidade do agente e risco de reiteração delitiva, já que o perigo da liberdade reside no receio de continuidade da prática de delitos.

Figura 1 – Argumentos invocados para traduzir a necessidade de garantir a ordem pública



Fonte: produzido pelo autor.

Depreende-se da leitura do gráfico acima, que a gravidade do delito e a periculosidade do agente são as justificativas mais usadas para a decretação da prisão preventiva posteriormente mantidas pelo Tribunal analisado e que a credibilidade do Judiciário e a repercussão social do delito também foram fundamentos utilizados, em menor número².

5.2.1 GRAVIDADE DO DELITO

Dentre todos os argumentos observados na análise dos acórdãos proferidos pela Corte baiana, a gravidade do delito de tráfico de drogas foi o mais utilizado para decretação e posterior manutenção do encarceramento preventivo.

Ocorre que é defeso em lei constranger a liberdade alheia tendo como motivação a gravidade abstrata do crime considerando que, trata-se, em verdade, de circunstância subsumida no próprio tipo penal, devendo ser reservada para apreciação somente na fase da dosimetria da pena em hipótese de condenação.

Tal argumento não se presta para embasar custódia cautelar por não constituir fundamentação idônea, tendo em vista que se desvincula de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do artigo 312 do Código de

² No Anexo B consta a tabela criada para facilitar a identificação de tais argumentos em cada processo e a coexistência de mais de um deles no mesmo caso concreto.

Processo Penal. Afirmações acerca da gravidade do delito, alusões acerca dos malefícios que o crime de tráfico supostamente traz para a saúde pública e para a segurança, trazem aspectos já subsumidos ao tipo penal do tráfico de drogas.

Ademais, o fato de ser delito equiparado a crime hediondo, também não pode ser justificativa aceitável. Do contrário, a prisão preventiva seria automática para todos os imputados pelo cometimento de crimes de natureza grave, o que por óbvio, esbarra no princípio da presunção de inocência. Com base em tal entendimento, não tem sido aceita, pelos Tribunais superiores, a prisão decretada com base apenas na gravidade abstrata do delito, mesmo quando se trate de crime hediondo.

Outro ponto comum na fundamentação da manutenção do cárcere diz respeito à natureza da droga como elemento definidor da gravidade do delito e da quantidade apreendida. Nesta ordem de ideias, quanto maior o poder lesivo da droga, mais grave seria o crime cometido.

Na ausência de norma estipuladora do potencial lesivo da substância e de quantidade mínima a ensejar o enquadramento por tráfico e não consumo, recai ao julgador tal função. Daí a necessidade de mais uma vez ressaltar os riscos às garantias fundamentais pelo excessivo poder discricionário concedido aos aplicadores da norma no contexto de uma guerra às drogas.

Tanto encontramos exemplos de pequenas quantidades de crack justificarem a gravidade do delito como de maconha por uma mesma turma do Tribunal de Justiça da Bahia. Assim, tanto é possível que o acusado pela mercancia de quilos de cocaína seja preventivamente custodiado em virtude da gravidade do delito como o investigado pelo comércio de gramas de maconha também o seja. Sequelas da já aqui tratada discricionariedade.

Um decreto prisional necessita de motivações e convencimentos substanciais que, jamais, devem se amparar em meras conjecturas ou abstrações que invoquem, tão-somente a gravidade do crime. Além de gerar incontestemente instabilidade jurídica, estabelece uma forma de pré-julgamento não admitida no sistema jurídico brasileiro, por evidente incompatibilidade com o texto da Constituição, que veda, expressamente, a presunção de culpa em sede processual penal, assegurando a aplicação, dentre outros, dos princípios esculpidos no artigo 5º, incisos LVII e LXVI da Constituição Federal.

5.2.2 A PERICULOSIDADE DO AGENTE E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA

Depois da gravidade do crime, a suposta periculosidade do acusado constituiu-se como o segundo argumento mais utilizado na amostra desta pesquisa.

Conforme já esclarecido, o receio de reiteração delitiva foi aqui abarcado considerando a óbvia relação com a ideia de que um acaso é perigoso. Adjetivar uma pessoa como perigosa implica em dizer que suas ações representam um risco. Como existe fundamento específico para justificar a prisão temendo a obstrução da justiça, entendemos que ao utilizar a garantia da ordem pública e traduzi-la baseando-se na personalidade do agente, o temor é que este acusado cometa novos delitos.

Mais uma vez, a abstração conceitual e a discricionariedade dão o tom: como definir quanto alguém é ou não perigoso? Ser acusado de chefiar uma associação para o tráfico basta para que este indivíduo seja encarcerado preventivamente?

Pudemos notar que o fato de um acusado responder a uma ação penal, sem sequer ter sido ainda condenado, tampouco ter condenação transitada em julgado, basta para que seja “contemplado” com a pecha de perigoso e ter a constrição mantida. Tal motivação atende não ao processo penal, mas a uma função alheia a este, de polícia.

Ademais, a previsão de que a liberdade de um acusado levará ao cometimento de novos crimes, além de impertinente é impossível “salvo para os casos de vidência e bola de cristal”, como com humor ressaltou Aury Lopes Junior (2016, p. 667). Da mesma forma que não cabe ao imputado provar que não irá fugir e sim ao Ministério Público, se assim entender, levar ao Judiciário elementos que indiquem de forma concreta tal risco, aqui, também não cabe ao acusado provar que em liberdade, não cometerá delitos.

Tomando emprestada expressão cunhada por Zaffaroni, Lopes Júnior destaca a inexistência de um “periculosômetro” ou instrumento que consiga prever o futuro e impedir práticas delituosas.

Como se pode verificar na Figura 3, tal argumento é bastante comum nos crimes de tráfico, o que conduz a impressão que existe uma presunção de periculosidade a se confundir com o tipo penal em comento. Por ser acusado de tráfico, o agente passa a sofrer com o estigma de, enquanto traficante, sua liberdade

representar um risco à ordem pública, diante da ideia já enraizada no meio social de que o tráfico é crime de grande gravidade e responsável pela insegurança pública.

Cabe aqui lembrar Luis Carlos Valois (2016, p. 457):

Quando uma pessoa chega ao judiciário indiciada como autora da prática do crime do art. 33 da Lei de Drogas, ela não é mais uma simples acusada, após a denúncia não uma simples ré, mas passa a ser um traficante, independentemente da conduta atribuída entre aquelas tantas do artigo de lei citado.

A personalidade perigosa dos imputados está, portanto, presumida no crime supostamente praticado. Considerando a seletividade estrutural da política nacional de drogas, o estigma que acompanha o imputado pelo delito de tráfico e todo o estereótipo forjado na sua demonização, levará a presunção de periculosidade em prejuízo da análise concreta de elementos fáticos que justifiquem a constrição.

Deste modo, a custódia cautelar é utilizada como medida de segurança pública. Sob a justificativa de impedir que o imputado (que logicamente é considerado inocente até o trânsito em julgado) volte a comercializar entorpecentes, causando os alegados grandes prejuízos à sociedade, a solução é a prisão, tirar do convívio o inimigo penal.

5.2.3 O CLAMOR E A REPERCUSSÃO SOCIAL

O Alegado clamor social provocado pelo delito do tráfico de drogas na comunidade apareceu como argumento em oito dos acórdãos denegatórios de ordem de Habeas Corpus analisados. A credibilidade do Poder Judiciário, em quatro.

Convém informar que em nenhum dos julgados observados, esses dois argumentos foram isoladamente utilizados. A suposta preocupação com o descrédito popular no aparelho judiciário esteve em todos os casos analisados acompanhado de todos os demais argumentos. De toda sorte, tratam-se de duas expressões também vagas e consideradas pelos julgadores no ato de decretar a prisão e, portanto, sua análise merece ser aqui realizada.

Em nenhum dos acórdãos examinados, o alegado clamor social foi demonstrado de forma concreta. Nenhuma menção a manifestações nas ruas,

protestos ou tentativas de linchamentos. Não consta, sequer, indicação que a o delito em tese praticado repercutiu nos meios de comunicação. Em outras palavras, nenhuma evidência de que o cometimento do delito gerou abalos no meio social.

Esclareça-se, contudo, que, ainda que dado delito tenha repercussão na mídia, apareça nos programas sensacionalistas típicos do começo da tarde nas emissoras de televisão brasileiras, e que exista alguma comoção advinda da prática delitiva, o Poder Judiciário, por óbvio, não pode assimilar “antipatias”.

Julgador nenhum pode deixar que a repulsa popular dite os rumos do processo. Se prisão preventiva tem finalidade processual, e não meio de antecipação da “justiça”, independe o crime imputado ao indivíduo. Homicídio ou tráfico de drogas, estupro de vulnerável ou latrocínio, seja qual for o delito, a prestação jurisdicional não pode se basear no público, nem pode perder-se de vista que o para dar efetividade aos direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional.

Julgar contra a vontade das massas será sempre uma possibilidade e é com firmeza e altivez do Poder Judiciário que isso deve ocorrer. Afinal, maiorias eventuais não podem se impor sobre direitos humanos. Não deveriam, ao menos.

Já tivemos a oportunidade de tecer considerações sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais e a relação entre política e direito. Assim, se já é questionável a tomada de decisão diante da presença de dado fato na pauta pública, consubstanciando alegado clamor para a decretação de prisões, o que falar de forjadas alegações de repercussão?

Como já tratado no capítulo 2 deste trabalho, a política nacional de drogas guarda estreita relação com o poder da mídia. Alexandre Morais da Rosa (2007, p. 07) destaca a “exploração dos casos como forma de difundir o medo, a insegurança, e conseqüentemente, proceder cada vez mais à legitimação do poder punitivo”. A sensação de insegurança é, sem sombra de dúvidas, potencializada pelo trabalho dos veículos de comunicação de massa, de modo que a crença de que a prisão é a resposta, alimentada por esses meios, só amplia a associação entre ordem pública e clamor público.

Mesmo para autores que admitem a garantia da ordem pública como fundamento para prisão preventiva, como Renato Brasileiro de Lima e Eugênio Pacelli (de forma restritiva, diga-se), a impossibilidade de decretação em virtude da

repercussão social ou do clamor público é latente, por serem desprovidos de propósito eminentemente cautelar (LIMA, 2016, p. 1.274).

Não por acaso, o argumento do clamor social, ao menos nos casos analisados, veio sempre acompanhado da suposta necessidade de impedir o descrédito na justiça, como se existisse uma relação de causa e efeito, de resultado decorrente de não se ouvir a opinião pública. Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 365) comunga dessa teoria ao afirmar que “a afetação da ordem pública constitui importante ponto para a própria credibilidade do Judiciário, como vêm decidindo os tribunais pátrios.

A alegada falta de crença geral nas instituições públicas e as razões para este fenômeno, constituem tema complexo que poderia ser tratado por múltiplas abordagens e saberes diversos. Contudo, não parece inteligente atribuir tal falta de credibilidade no cometimento dos delitos e, tampouco, alimentar a crença de que a prisão, por si só, tem o poder de reverter a impressão da sociedade sobre os poderes instituídos.

A apregoada sensação de insegurança que deixa a população brasileira apreensiva e em estado de permanente alerta, é sem sombra de dúvida fator de desgaste no meio social. Se não podemos deixar de considerar a influência da mídia no sistema punitivo, não podemos, também, ignorar o que causa o medo da violência pública e como, talvez de forma inconsciente, a violência é tomada como resposta para o próprio temor.

Como anotaram SCHWARCZ e STARLING (2015, p.14):

Certa lógica e certa linguagem da violência trazem consigo uma determinação cultural profunda. Como se fosse um verdadeiro nó nacional, a violência está encravada na mais remota história do Brasil, país cuja vida social foi marcada pela escravidão. Fruto da nossa herança escravocrata, a trama dessa violência é comum a toda a sociedade, se espalhou pelo território nacional e foi assim naturalizada.

O sentimento de vingança contra aqueles que desafiam as leis e cometem delitos não existe apenas entre os leigos. A ideia de pena como vingança não está superada, assim como não ficou para trás a punição como espetáculo. Séculos depois do fim da guilhotina e dos cadafalsos, expressivo contingente humano ainda se compraz com o tormento alheio.

Os avanços tecnológicos, o desenvolvimento da medicina e maior democratização da educação parecem não ter aumentado o nível de civilidade. Como bem alertou Aury Lopes Junior (2016), é preocupante que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas.

Seria suficientemente espantoso que a restrição ao direito de ir e vir de um indivíduo fosse comemorada por pessoas que acreditassem que os locais para onde as pessoas vão quando presas, possuem mínimas condições de habitação. Quando se encara a utilização de um argumento baseado no clamor público para prisão de seres humanos em estabelecimentos cujas condições indignas são de relativo conhecimento público, constata-se o quanto ainda precisa ser percorrido para que os direitos humanos sejam efetivamente compreendidos por todos, de leigos a magistrados.

Seja qual for o crime, pensamos que nenhuma prisão deveria ser comemorada, uma vez que execução de pena privativa de liberdade pressupõe violação a bem jurídico supostamente relevante. Clamor social algum, menos ainda por fato tipificado como crime sem vítima individualmente definida, deveria ser justificativa para a prisão.

5.2.4 A ILUSÃO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Assim, com base nos dados obtidos e considerando apenas as interpretações dadas à ordem pública, eis que, para não fugir do tema, não avaliamos os elementos fáticos que demonstrariam a presença de fundado risco de fuga ou de obstrução da justiça, é forçoso reconhecer o evidente rompimento por parte do Tribunal de Justiça com o postulado do duplo grau de jurisdição enquanto ferramenta processual apta a correção de ilegalidades.

Como anota o processualista Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 512), “a irresignação diante de uma decisão é algo bastante natural, sendo por esta razão que os sistemas processuais normalmente apresentam formas de impugnação das decisões judiciais”.

Embora não seja o *Habeas Corpus* um recurso, mas uma ação autônoma de impugnação, de natureza mandamental e *status* constitucional (LOPES JUNIOR, 2016, p. 1121), o princípio do duplo grau de jurisdição também garante aos

prejudicados pela decisão de piso que homologou a prisão em flagrante em preventiva ou a decretou, o direito de submeter o caso ao Tribunal para ver declarado o constrangimento ilegal.

Contudo, os resultados encontrados nesta pesquisa atestam que este postulado não tem se mostrado uma efetiva garantia aos imputados pelo crime de tráfico de drogas. Em verdade, foi possível constatar nítida tendência pela confirmação automática das decisões de piso, sem qualquer ponderação sobre as questões levantadas nos *Habeas Corpus* impetrados, como, por exemplo, a presença de condições pessoais favoráveis aos pacientes, como ter residência fixa, emprego e ser primário.

Amparado por igual entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, parece consolidada na Corte baiana a tese de que as condições pessoais favoráveis não possuem o condão de afastar a imposição da prisão preventiva.

Considerando o elevado número de presos provisórios em todo o país, conforme já demonstrado acima, não há razões para acreditar que a realidade é diferente nos outros estados da Federação.

Rubens Casara (2016, n.p) esclarece que o processo penal é, ou deveria ser, um freio à irracionalidade que caracteriza a vingança e o espetáculo da punição. Não raro, segundo ele, os julgamentos em segundo grau de jurisdição têm se mostrado como “simulacros” de garantia, mas não passam de “um jogo de cartas marcadas, uma vez que feitos ao arpejo dos princípios da legalidade, do devido procedimento legal, da motivação das decisões”.

Não por acaso, tecemos breves considerações no início deste trabalho sobre o percurso que levou à consagração de que o homem é titular de direitos fundamentais e que houve um tempo, muito bem diagnosticado pela obra de Foucault, em que o exercício do poder punitivo constituía uma “melancólica festa”, um verdadeiro espetáculo.

Embora tenha ficado para trás o tormento e a tortura em praça pública, o aumento nos índices de encarceramento demonstram que o que mudou não foi o clamor pelo suplício alheio, mas o local e a forma com que ele ocorre. Alerta, Morais da Rosa (2007) que o argumento de que a impunidade é a causa da violência do Brasil chega a ser ridículo quando se analisa o sistema carcerário brasileiro.

O processo penal, que deveria se constituir como instrumento de garantia dos direitos fundamentais está naturalizado como um de seus algozes.

5.2.5 A INOBSERVÂNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS À PRISÃO

Apesar de o Código de Processo Penal impor que o juiz, antes de decretar a prisão preventiva deve analisar o cabimento das outras nove medidas cautelares alternativas à custódia, previstas no artigo 319, foi possível constatar que tal exigência fica apenas do plano da teoria.

Nitidamente, a tendência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia é pela manutenção da prisão preventiva, deixando, seus Desembargadores de considerar medidas diversas, por mais que expressamente solicitadas pela defesa. O espantoso número de manutenções do cárcere a 72 imputados dentre 98, conforme demonstrado, é capaz de atestar isso.

É de se ver que a liberdade não deve ser subordinada ao juízo de oportunidade e conveniência (discricionariedade) dos magistrados eis que garantida pela legalidade estrita das hipóteses previstas no artigo 282 e seguintes do CPP.

Com relação à aplicação das medidas cautelares diversas à prisão nos crimes de tráfico de drogas, constata-se que a Corte Baiana assimilou de forma contundente a tese de que a prisão é a única medida cabível para resguardar a ordem pública.

Apesar de as medidas diversas à prisão sujeitarem os imputados a restrições como comparecimento periódico em juízo ou proibição de ausentar-se da comarca, portanto, eficientes para a finalidade cautelar, espantosamente, nenhuma das 06 (seis) ordens de HC concedidas disseram respeito ao constrangimento ilegal por motivação inidônea, mas ao excesso de prazo no deslinde processual.

5 CONCLUSÃO

Já é suficientemente questionável e passível de severas críticas, o massivo encarceramento, mesmo após a regular tramitação processual e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como elemento estruturante de uma política criminal baseada na perseguição de determinados grupos, já marginalizados. Quando se verifica a naturalidade com que as penas têm sido antecipadas, ao arrepio do princípio da presunção de inocência, constata-se a falência da proteção às garantias fundamentais no Brasil contemporâneo.

Mais de setecentas e vinte mil pessoas estão presas, sendo a maioria em lugares absolutamente inadequados, superlotados, insalubres e fétidos. Meias palavras não devem ser usadas para definir a situação prisional do Brasil: é um inferno. Desse imenso contingente, ampliado após a entrada em vigor da nova Lei de Drogas em 2006, alarmante número de pessoas cumprem a pena pelo suposto cometimento de crimes de tráfico (e aqui usamos a palavra “suposto” em virtude da problemática nos critérios que distinguem usuários e traficantes) e assustador montante, em tese espera a condenação definitiva.

No direito penal da guerra às drogas, a prisão dos ditos “desviantes do comportamento geral”, não passa mesmo do que Rubens Casara chamou de “gestão dos indesejáveis”. Como bem anotou Zaffaroni (1991, p. 25) “o poder configurador do sistema punitivo é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica”.

Formado o consenso de que em nome do combate à violência e da insegurança, o “endurecimento” é a medida a se impor, alimentado está o mito de que a tão almejada “paz social” somente será possível de alcançar com a radicalização do sistema penal (ROSA, 2007). Assim é que, aberto o espaço para a mitigação dos direitos e garantias fundamentais, ocorreu a banalização da prisão preventiva nos crimes de tráfico de drogas, tristemente corroborada pelos Tribunais pátrios. A corte baiana, como buscamos demonstrar, não fugiu à regra.

Parece claro que a alegada necessidade de preservar a ordem pública consiste, na verdade, em usar o aparato estatal contra os “inimigos públicos”. Segundo a narrativa oficial, traficantes abalam o meio social, impondo a necessidade de garantir, por meio da prisão, uma estabilidade que em verdade sequer existe,

supostamente evitando que crimes sejam cometidos como se ao menos existisse a possibilidade de prever o cometimento de delitos e antecipar danos.

Se a hipótese prevista no próprio Código de Processo Penal já é vaga, os argumentos invocados pelos julgadores para traduzi-la padecem igualmente de abstração. Argumentos estes genéricos reiteradamente utilizados porque, ao fim e ao cabo, o sistema punitivo precisa deles para continuar a sua guerra contra as pessoas.

Gravidade do delito, periculosidade do agente, clamor social e descrédito do Judiciário foram os genéricos termos encontrados nos acórdãos analisados neste trabalho para traduzir o que seria a tal ordem pública que precisa ser garantida. Contudo, esse rol não é exaustivo. A análise de uma amostra maior de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça estadual possivelmente levaria a identificação de outras interpretações. O mesmo padrão parece ser seguido pelos tribunais de outros estados, perpetuando-se um ciclo deprimentemente vicioso, em que as ilegalidades de prisões sem a devida fundamentação, tal qual exige a lei, são mantidas sem pudor por quem deveria de forma incisiva agir contra o arbítrio.

Difundida a ideia de gravidade do comércio ilícito de entorpecentes no meio social, devidamente assentada na política criminal em vigor, tem se mostrado um desafio não institucionalizar a custódia preventiva, como obrigatoriedade nos crimes com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Por tratar-se de crime socialmente enxergado como de natureza grave, o encarceramento nos crimes de tráfico parece ter se tornado automático.

Constata-se, com tristeza, que a guerra oficialmente perpetrada “contra as drogas” (a atingir de forma cruel corpos e sonhos) não chegará ao fim por intermédio do poder judiciário. Isto porque, como anotou VALOIS (2017) tende a se movimentar mais lentamente do que a base. Ademais, é preciso reconhecer a disparidade entre o dever ser e a realidade. O poder Judiciário em um Estado alegadamente Democrático de Direito jamais poderia ser instrumento de manutenção do *status quo*.

Bem sabemos que a permanente demonização em torno das drogas, tem impedido o avanço de sérias discussões a respeito de formas alternativas ao encarceramento para lidar com o fenômeno. Até a utilização de substâncias presentes em drogas como a maconha, para tratamento de determinadas doenças como convulsões e Parkinson, tem sido alvo de grupos de pressão, tal qual mencionado por RIPOLLÉS (2005). Assim, meros debates a respeito da descriminalização ou da

legalização já despertam tensionamentos, o que não pode representar, obviamente, o fim do debate.

O fato é que o uso excessivo da prisão por crimes relacionados às drogas, tem se mostrado ineficaz na redução da reincidência e sobrecarregando os sistemas de justiça penal, com exponencial aumento da população carcerária. Revela-se, isto sim, absolutamente falha a tentativa de se controlar penalmente o fenômeno social das drogas e o Brasil continua fiel a uma política meramente repressiva.

Vê-se que o diálogo sobre o assunto deve ser permanente, apostando-se na informação, na ciência e no direito comparado para que propostas que visem a construção de um modelo regulatório antiproibicionista possa avançar. Não faltam experiências internacionais e dados científicos aptos a apontar caminhos efetivos. Também é urgente que o Supremo Tribunal Federal julgue o Recurso Extraordinário 635.659 e declare a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, descriminalizando o porte de drogas para consumo pessoal.

Apesar do reconhecimento da repercussão geral e da análise no STF, a Lei de Drogas continua legitimando a lavratura de boletins de ocorrência, gerando processos criminais por posse de drogas e condenações. Diante da já tratada falta de clareza na distinção entre usuários e traficantes, quantos usuários não respondem pelo crime de tráfico, violando-se violentamente as garantias fundamentais insculpidas na CF/88? Quantos, em nome da garantia da ordem pública, assistem a antecipação da pena?

Urge repetir, mesmo que à exaustão, que a manutenção da lógica punitiva só tem trazido danos. Enquanto a mudança na política criminal de drogas não passa por transformação, eis que o sistema penal não é capaz de lidar com a questão, e enquanto não se abdica da guerra contra as pessoas falsamente identificadas como contrárias às drogas, o processo penal precisa, no campo da aplicação das medidas cautelares, cumprir sua função: ser instrumento de garantia.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007

BAUDELAIRE, Charles Pierre. **Paraísos Artificiais: o haxixe, o ópio e o vinho**. Porto Alegre: L&PM, 1998.

BECCARIA, CESARE. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITTAR, Eduardo Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOITEUX, Luciana. Drogas e Cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCrim, 2014. p. 83-104.

BONAVIDES, PAULO. **Ciência Política**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Editores Malheiros, 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 640, de 22 de agosto de 1938.** Cria, no arquipélago de Fernando de Noronha, uma Colônia Agrícola, destinada à concentração e trabalho de indivíduos reputados perigosos à ordem pública, ou suspeitos de atividades extremistas. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro-RJ, 22 de agosto de 1938. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-640-22-agosto-1938-350872-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 28 novembro 2018.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2004-2006/2006/lei11343.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2018.

BRASIL. **Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas.** Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/senad-divulgalevantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf>>. Acesso em: 19 novembro 2018.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - junho de 2016.** Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, DF, 2017.

Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BRASIL. **Resolução CONAD Nº 1, de 9 de março de 2018.** Regulamenta, no âmbito do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), as entidades que

realizam o acolhimento de pessoas, em caráter voluntário, com problemas associados ao uso nocivo ou dependência de substância psicoativa, caracterizadas como comunidades terapêuticas. Disponível em: < <http://justica.gov.br/news/politicas-sobre-drogas-dara-guinada-rumo-a-abstinencia/proposta-aceita-osmar-terra.pdf/view>> Acesso em: 18 de nov. 2016.

BRASIL. **Decreto n. 88.777, de 30 de setembro de 1983.** Aprova o regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares. Brasília, DF, 30 de setembro de 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88777-30-setembro-1983-438564-norma-Atualizada-pe.html>> Acesso em: 21 nov. 2018.

BRITES, Isabel. **A centralidade de Vigiar e Punir:** História da violência nas prisões, na obra de Michel Foucault. Revista Lusófona de Educação, v. 10, n. 10 jul. 2009. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rleducacao/article/view/638>>. Acesso em: 29 junho 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedinas, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático).** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização).** 1996. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina: Florianópolis: 1998.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CASARA, Rubens R. R. **Pesquisa revela a ilusão do duplo grau de jurisdição**. Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-24/rubens-casara-pesquisa-revela-ilusao-duplo-grau-jurisdicao>>. Acesso em: 29 novembro 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2002.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FOCAULT, Michael. **Vigiar e punir**. Tradução de Ligia Maria Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 2000.

GOMES, Maria Tereza. **Estudo técnico para sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei 11.343/2006**. Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, Curitiba, 2014. Disponível em <www.politicassobredrogas.pr.gov.br> Acesso em: 26 nov. 2018.

GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 3. ed; São Paulo: Editora Saraiva 2008.

HART, Carl. **Empty Slogans Real Problems**. Revista Internacional de Direitos Humanos. Agosto/2015

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de Lima. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MACHADO, Maíra Rocha. (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MALAGUTI, Vera. **Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A Racionalidade das Leis Penais**. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROBERT, PHILIPPE. **Sociologia do Crime**. Tradução de Luís Alberto Salton Peretti. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo Penal Democrático: Crítica à Metástase de Controle Social**. Rio de Janeiro, RJ: EDITORA LUMEN JURIS, 2007

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2014.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. STARLING, Helena Murgel. **Brasil: uma biografia**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

VALOIS, Luis Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2017.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do Nada: quem são os traficantes de droga**. Rio de Janeiro: Revan, 2008

ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.