

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL III

DANI RUDNICKI

JULIO CESAR ROSSI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929

Criminologias e política criminal III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Dani Rudnicki, Julio Cesar Rossi – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-293-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Criminologias. 3. Política Criminal. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL III

Apresentação

O Grupo de Trabalho Criminologia e Política Criminal III reuniu-se, no dia 9 de dezembro, sob nossa coordenação. O GT foi um dos vários realizados no âmbito do XXXV Congresso do CONPEDI, realizado no Unicuritiba entre os dias 7 a 10 de dezembro de 2016. Na ocasião, foram expostos dezenove artigos científicos.

Os trabalhos versaram sobre temas relevantes e atuais da referida área do conhecimento, tais como terrorismo, ondas punitivas, atos infracionais, drogas, violência doméstica, sistema penal, dinâmica legislativa, fundamentos éticos da punição, pena de morte, encarceramento, contraditório no inquérito policial.

Trabalhos com profunda investigação empírica, doutrinária e jurisprudencial, revelam a importância e imprescindibilidade do estudo em nível de Pós-Graduação no Brasil e contribuirão com o desenvolvimento do pensamento científico na área do Direito.

Dentro do espírito científico proposto pelo CONPEDI, a discussão apontou para a necessidade de reflexão sobre o papel desempenhado pelo sistema penal nas sociedades contemporâneas. Assim, com base nas teorias críticas surgiram ideias para propor instituições e legislação comprometidas com valores democráticos.

Parabéns ao CONPEDI e ao Unicuritiba por receberem estudos acadêmicos tão bem elaborados, sobre temas contemporâneos que merecem toda a reflexão da comunidade acadêmica.

Prof. Dr. Dani Rudnicki – UniRitter

Prof. Dr. Júlio César Rossi – São Paulo/Brasília

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO
CAPIXABA: AS RAZÕES PARA A DENEGAÇÃO DE HABEAS CORPUS PARA A
REVOGAÇÃO DE PRISÕES PREVENTIVAS EM CRIMES DA LEI DE DROGAS**

**EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LA POLÍTICA CARCELARIA CAPIXABA:
LAS RAZONES DE LA DENEGACIÓN DE HABEAS CORPUS PARA LA
REVOCACIÓN PRISIONES PREVENTIVAS EN CRÍMENES DE LA LEY DE
DROGAS**

Humberto Ribeiro Júnior ¹
Rovena Furtado Amorim ²

Resumo

Este trabalho buscou analisar os fundamentos utilizados pelo TJ/ES para denegar pedidos de habeas corpus para a revogação de prisões preventivas relacionadas aos crimes da Lei de Drogas. Foram analisados 663 acórdãos proferidos entre julho e dezembro de 2013. Inicialmente, com o fim de estabelecer as bases interpretativas, foi efetuada uma análise política e dogmática das prisões preventivas, seguida de uma reconstrução dos principais elementos que envolvem a política de guerra às drogas no Brasil. Diante disso foram analisados os dados coletados nos acórdãos para verificar os elementos primordiais da construção jurisprudencial da guerra às drogas no Estado.

Palavras-chave: Prisão preventiva, Lei de drogas, Poder judiciário, Análise de decisões

Abstract/Resumen/Résumé

Este estudio tuvo como objetivo analizar los motivos utilizados por el TJ/ES para negar habeas corpus a la derogación de las detenciones relacionadas con delitos de drogas. Fueron analizadas 663 sentencias dictadas entre julio y diciembre de 2013. Con el fin de establecer las bases interpretativas, se hizo un análisis político y dogmático de la detención preventiva, seguido de una reconstrucción de los principales elementos que involucran la política de guerra contra las drogas. De este modo se analizaron los datos recogidos en las sentencias de comprobar los elementos clave de la construcción jurisprudencial de la guerra contra las drogas.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Prisión preventiva, Ley de drogas, Poder judicial, Análisis de decisiones

¹ Doutor em Sociologia e Direito (UFF), Mestre em Filosofia e Teoria do Direito (UFSC), professor do Mestrado em Segurança Pública da Universidade Vila Velha (UVV).

² Mestranda em Segurança Pública na Universidade Vila Velha (UVV), graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), advogada.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, é possível constatar que a “guerra às drogas” não trouxe nenhuma mudança significativa para a realidade dos dependentes químicos e eventuais usuários que continuam a movimentar tal mercado ilegal. A única transformação social visível se deu sob o prisma do aumento expressivo do encarceramento e do extermínio de um determinado grupo social visto como mal a ser combatido.

Dados sobre autos de resistência e sobre o encarceramento em massa que se instala no país servem como indícios que nos permitem avaliar os verdadeiros resultados da política de guerra às drogas implementada no Brasil. Somente no Estado do Rio de Janeiro foram mais de 10 mil civis mortos oficialmente pela polícia entre 2001 e 2011 (MISSE *et. al.*, 2013), período em que a população carcerária do país aumentou mais de 120%, segundo os dados do Ministério da Justiça.

Ademais, como diversas pesquisas demonstram (BOITEAUX, 2009; ZACCONE, 2007; BATISTA, 2003), esta guerra possui um recorte seletivo evidente. O seu espectro de ação não está distribuído igualmente pelas diferentes classes e grupos sociais, mas sim concentrado nas parcelas mais pauperizadas da população jovem e negra.

No entanto, estes elementos que vão da produção de discursos punitivistas aos custos humanos desta cruzada moral não devem ser vistos mera eventualidade ou casualidade. Eles podem ser muito melhor compreendidos a partir de uma visão sistêmica que busque compreender algumas das racionalidades que operam no entorno das políticas de controle de substâncias psicoativas e das populações envolvidas na produção, comércio e consumo das mesmas.

Percebe-se, portanto, que as políticas de guerra à drogas, apesar de não possuírem capacidade de reduzir o consumo e a circulação destas substâncias, colocaram em curso um modelo de política de segurança pública e de aprisionamento tendente a exercer o controle punitivo sobre as chamadas classes perigosas.

No Brasil, tal circunstância se tornou mais impactante tendo em vista a persistência de uma cultura que torna faz com que a exceção se torne regra. Há um uso exacerbado das prisões preventivas processuais, em desrespeito evidente e violento à presunção de inocência, direito este fundamental postulado na constituição.

Tais afirmações se comprovam nos próprios dados oficiais. Em estudo lançado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (2014), foi constatado que um cenário nacional em que há 607.731 presos, 41% destes são provisórios. Há aqui, portanto, um grave

conflito entre esta política de encarceramento e os princípios de liberdade e de presunção de inocência em nosso país.

No caso específico do Espírito Santo, a população carcerária até 2014 já era composta por 16.234 presos, destes 44% presos sem condenação. No Estado existem 35 presídios, sendo 13 destinados exclusivamente a presos provisórios – mesmo sendo sabido que esta separação de espaços prisionais entre provisórios e condenados não é respeitada.

Todavia, até o momento, os estudos que buscam avaliar as políticas de encarceramento massivo centram boa parte dos esforços nos papéis exercidos pelos poderes Legislativo, ao editar as normas criminalizadoras, e Executivo, ao construir as políticas de segurança pública. Pouco se fala sobre o papel que o Poder Judiciário cumpre neste processo. Afinal, um sistema judiciário alinhado com a proteção dos direitos e garantias fundamentais poderia servir como um freio às políticas de encarceramento massivo, algo que as estatísticas não têm mostrado.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo identificar em que medida o mecanismo das prisões processuais serve como instrumento das políticas de encarceramento em massa vigentes no Estado do Espírito Santo, notadamente no caso das prisões provisórias decretadas a partir de suspeitas de delitos enquadrados na lei nº 11.343/06.

Para tanto, avaliaremos os acórdãos proferidos em sede de *habeas corpus* que buscavam a libertação de indivíduos presos preventivamente julgados no período de julho a dezembro de 2013, analisando de modo quantitativo e qualitativo os casos que tiveram o pedido de liberdade denegada, com a finalidade de identificar as principais razões utilizadas pelos desembargadores para a manutenção das prisões processuais.

2. ASPECTOS POLÍTICOS E DOGMÁTICOS DA PRISÃO PROVISÓRIA NO BRASIL

A história do processo penal se dá pela relação entre liberdade a prisão: a primeira sendo inerente ao indivíduo e a segunda como uma construção cultural que fundamenta a noção de que é possível privar esta liberdade das pessoas em casos específicos (CASARA, 2014, p. 7). Através da operabilidade do processo penal pode haver a coação e o desenvolvimento da violência social, ou pode ocorrer a garantia irrestrita dos direitos fundamentais. Contudo, no Brasil o processo penal é gravemente afetado por uma cultura histórica autoritária. Nas palavras de Casara (2014, p. 09), “essa cultura se projeta na formação de um imaginário autoritário, de uma cultura que acredita no uso da força, em detrimento do conhecimento, como forma de solucionar os mais diversos problemas sociais”.

Apesar de o Brasil ser um Estado Democrático de Direito, o que o impõe legalmente limites ao exercício do poder Estatal, há uma crença que a prisão solucionará toda a violência existente, mesmo quando ela viole os princípios democráticos fundamentais. É nesse sentido que Binder (2013, p. 219) afirma que é “a política que impede que os juízes sejam independentes, que normas evidentemente constitucionais sejam desconsideradas”. São por razões políticas que as prisões ilegais e desnecessárias são mantidas, seja pela massificação da mídia, pela reputação do agente judiciário ou pela responsabilidade assumida e possível repressão futura caso o suspeito volte a delinquir.

Funcionando o processo penal como o caminho para a pena (LOPES JR., 2012, p. 23), o princípio da necessidade do processo penal garante a aplicação da pena após o devido processo legal, para impedir a discricionariedade e violação aos direitos fundamentais.

A verdade e liberdade são valores da jurisdição penal. Nesse sentido, explica Casara que tais valores se constituem como “(...) possibilidade de verificação das hipóteses fáticas (a busca da verdade, típica das atividades cognitivas) que funciona como um dos limites aos espaços potestativos/arbitrários de decisão e, portanto, age como garantia de liberdade do imputado”. (CASARA, 2014, p. 20)

Ora, a lei interfere diretamente na liberdade das pessoas, pois todos são livres para fazer o que lei não proíbe. E, de acordo com o princípio da legalidade, o Estado só poderia agir nos casos em que a lei permite. Diante disso, temos a previsão Constitucional de remédios diante de ameaças ou violação da liberdade individual. O Estado, a partir da premissa que o sistema penal é capaz de proteger bens jurídicos, é autorizado a punir e, através de seus agentes, afetar direitos fundamentais, como a liberdade. Casara destaca que:

A Constituição da República estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar” e que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Infelizmente há uma imensa distância entre a normatividade constitucional e a realidade sensível, está marcada por prisões ilegais e desnecessárias que fazem do Brasil um dos países com o maior índice de encarceramento do mundo. (2014, p. 31)

As promessas da pena-prisão, prevenção e ressocialização, não se cumprem. Muito pelo contrário, o que se cumpre é a degradação e a humilhação daqueles que são sua clientela, visto que as condições atuais dos presídios contribuem para a proliferação de crimes, com a superlotação carcerária e condições degradantes dos presídios. Como afirma Karam,

[...] limitação de espaço, a impossibilidade de ir a outros lugares, de buscar e estar

com quem se deseja, o isolamento, a separação, a distância do meio familiar e social, a perda de contato com experiências normais da vida, essas restrições inerentes à privação de liberdade são fontes de muita dor. Às dores inerentes à privação de liberdade somam-se dores físicas provocadas pela falta de ar, de sol, de luz, pela promiscuidade dos alojamentos, pela precariedade das condições sanitárias, pela falta de higiene, pela alimentação muitas vezes deteriorada, o que resulta na propagação de doenças, especialmente doenças transmissíveis que atingem os presos em proporções muito superiores aos índices registrados nas populações em geral. (2009, p. 16).

No que diz respeito à dogmática das prisões processuais, temos que a prisão preventiva, em sentido estrito, pode ser determinada pelo Juiz em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal como “medida de segurança de natureza processual [...], seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, seja por conveniência da instrução criminal” (TOURINHO FILHO, 2003, p. 475).

O Código de Processo Penal não estabelece prazo máximo de duração da custódia cautelar, mas esta deve considerar o direito de não ser privado durante o procedimento penal de forma prolongada.

A presunção de inocência revela uma regra de tratamento, em que todos os imputados devem ser tratados como inocentes, até a certeza jurídica da culpabilidade através de uma sentença penal irrecorrível. O Estado, para concretizar este princípio possui o dever de adotar todas as medidas que permitam assegurar ao indiciado ou acusado um tratamento digno (CASARA, 2014, p. 53).

Neste sentido, a ideia norteadora das prisões processuais, ao menos do ponto de vista dogmático, é a de que a liberdade é regra e a prisão exceção. Tanto que o art. 310 do Código de Processo Penal dispõe que:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
I - relaxar a prisão ilegal; ou
II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Deste modo, na ausência dos requisitos processuais exigidos, deve-se imediatamente relaxar a prisão ilegal. Estes pressupostos nada mais são que o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, ou seja, a necessidade de se demonstrar que a liberdade do sujeito coloca em risco a eficácia processo, não sem antes afirmar a existência de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria de um crime.

Na forma do 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.”

Neste sentido, argumenta Rubens Casara:

No Brasil, cabe ao Poder judiciário o controle da legalidade, da proporcionalidade e da necessidade das prisões provisórias. A Agência Judicial, como garante da liberdade individual, deve evitar qualquer automatismo na decretação ou manutenção de prisões provisórias, excepcionais por natureza, uma vez que essas medidas de constrição pessoal só são legítimas se for possível conjugar a exigência cautelar (*periculum libertatis*) com um juízo de probabilidade acerca da hipótese do imputado ser o autor de um fato típico, ilícito e culpável. (2014, p. 69)

Desta forma, a decretação ou manutenção de uma “prisão sem condenação” exige um duplo juízo, em que, primeiramente, o juiz deve analisar a legalidade da prisão – e as prisões ilegais devem ser imediatamente relaxadas –, e, seguido a este primeiro momento, a análise da proporcionalidade da custódia e da necessidade da prisão cautelar.

A proporcionalidade traz a ideia de correspondência entre meios e fins, entre as partes e o todo, e qualquer medida do Estado que fere direitos fundamentais deve ser analisado a partir deste princípio, que se subdivide em três princípios parciais: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Estes subprincípios devem se dar de forma sucessiva e cumulativa. Somente após a análise destes princípios parciais perante o ato, é que se pode dizer que está de acordo com a proporcionalidade, adequação e necessidade.

Assim, se os dados concretos indicam a probabilidade de não haver pena privativa de liberdade ao término do processo, não há que se falar em prisão cautelar, mesmo diante de um risco processual extremo. Só poderão ser aplicadas as medidas processuais alternativas à prisão cautelar, para que não haja violação do princípio da proporcionalidade. Deste modo, observa Casara, diante do princípio da proporcionalidade:

[...] o princípio da proporcionalidade, não raro, tem sido utilizado para justificar decisionismos, ou seja, a vontade/ capricho do julgador tem aparecido em grande número de decisões travestido de proporcionalidade, de ponderação entre os valores na causa (assim, por exemplo, justifica-se uma prisão cautelar pela necessidade de se garantir o interesse abstrato da sociedade – ou o valor segurança pública – que deve se sobrepor aos interesses concretos do réu). (2014, p. 66).

A afirmativa acima trazida por Casara se confirmam pelos próprios dados oficiais. A população de presos provisoriamente chega perto da metade da população carcerária, ou seja, presos sem condenação estão sendo sistematicamente encarcerados a despeito da presunção de inocência. Em estudo recente lançado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (2014), foi constatado que, em um cenário nacional em que há 607.731 presos, 41% destes

são presos sem condenação.

Diante disso, a pesquisa que deu origem a este artigo buscou investigar as razões utilizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo para denegar *habeas corpus* que visavam revogar prisões preventivas. Um dos objetivos era verificar se a fundamentação dos acórdãos estava adequada aos limites impostos pela própria legislação de dogmática penal. Todavia, um dos pontos de maior destaque na pesquisa foi o de como havia uma correlação intensa entre a manutenção da prisão e os crimes relacionados com a Lei de Drogas (11.343/2006). Esta informação levantou o questionamento sobre como o Judiciário também cumpriria um papel relevante na chamada política de guerra às drogas. Por isso, antes de passarmos à análise dos dados, relevante se faz contextualizar a política criminal de drogas e sua recepção no Brasil.

3. DROGAS E CRIMINALIZAÇÕES DO NOVO INIMIGO

Até o início século XX a circulação das substâncias entorpecentes raramente havia sido encarada como uma questão de interesse público ou de saúde pública. Aliás, estudos recentes comprovaram que as substâncias psicoativas, que hoje são criminalizadas, sempre estiveram presentes na história das diversas civilizações. (KARAM, 2009, p. 3).

É pacífico, também, que o proibicionismo que recaiu sobre as drogas tem influência estabelecida dos EUA e das Organizações das Nações Unidas (ONU) e se espalhou pelas nações como uma cruzada contra as drogas, tanto no âmbito criminalizador quanto no viés higienizador, o que culminou em uma cultura de estigmatização do consumo e da produção destas, transformando-as no grande mal da sociedade. Por não ser o objeto de nossa pesquisa, não nos aprofundaremos no histórico do proibicionismo nos EUA e na sua internacionalização, contudo é importante destacar a ideia que Maurício Fiore tem sobre o tema, qual seja:

[...] o paradigma proibicionista ancora sua legitimidade social em duas premissas. A primeira e mais fundamental é a de que determinadas substâncias são tão destrutivas social e individualmente que o Estado deve ter a prerrogativa de impedir sua produção, circulação e consumo em nome do bem comum. A segunda, legitimada pela grande potência da primeira, é a de que a melhor forma de combater os malefícios intrínsecos a essas substâncias é persegui-las, buscando eliminá-las por meio de controles penais e aplicação de força policial e/ou militar e encarcerando desobedientes. (2012, p.20)

Resta explícito, portanto, que as duas principais premissas acima elencadas foram e continuam a ser o sustentáculo da guerra às drogas, com toda a influência da cultura punitivista dos Estados Unidos. Há nesse período a criação de uma política de intolerância de

determinadas substâncias com base em argumentos falaciosos, buscando um controle neoliberal sobre determinados países e determinadas substâncias.

Assim sendo, como resultado dessa internacionalização do proibicionismo, temos a edição de várias legislações internacionais sobre o tema. Tais convenções interferiram diretamente nas políticas internas de criminalização e, conseqüentemente, nas legislações proibicionista, como é o caso brasileiro no tocante a Lei 11.343/06.

A legislação brasileira além de praticamente imitar as legislações internacionais com o fundo proibicionista, também segue uma lógica seletiva e de encarceramento das massas. De pronto, é possível perceber que a lei pátria seguiu uma política bélica travestida de proteção à saúde pública, ignorando os princípios basilares do Direito Penal, como os princípios da lesividade, da proporcionalidade, da legalidade, entre outros. Há uma opção clara de criminalizar, punir, exterminar e manter uma política pública de guerra ao novo inimigo, o novo mal chamado drogas.

Neste sentido, Salo de Carvalho afirma que “nossa política de drogas é marcada por constantes alterações, com poucos avanços e muitos retrocessos, sempre no sentido de reforçar o paradigma bélico e de dificultar a implementação de políticas de redução de danos” (2014, p.32). Em concordância, Vera Malaguti Batista afirma que “a falta de novidades em nossa política criminal e em nossos discursos sobre drogas tem sido inversamente proporcional aos danos, aos sofrimentos e ao extermínio produzidos por essa política e por esse discurso” (in CARVALHO, 2014, p.15).

É patente que tal política de guerra às drogas, persegue, extermina e encarcera às massas sociais, em flagrante violação aos direitos humanos, com objetivos escusos e lucrativos, não protegendo nem mesmo o seu bem jurídico reivindicado na lei de drogas brasileira. Além disso, o exercício do poder punitivo estatal sobre aquele que usa, porta, produz ou adquire drogas atinge diretamente o direito à liberdade individual, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, à igualdade e a garantia do estado de inocência. (KARAM, 2009, p. 11-24)

Diante disto, os delitos de drogas acabam também sendo foco do sistema penal. Estudos recentes comprovam a correlação dos crimes de drogas com as prisões, sejam sentenciadas ou não, violando diretamente os princípios já elencados (proporcionalidade, lesividade, entre outros), como também os princípios da presunção de inocência, do duplo grau de jurisdição, da isonomia, da garantia de vedação de dupla punição e da prevalência da tutela de liberdade.

Como nos esclarece Lemos,

[...] os envolvidos com drogas ilícitas viraram objeto de uma dominação política reforçada nas últimas três décadas, o Estado neoliberal se instala visando reorganizar um controle que atenda às demandas de uma nova conjuntura socioeconômica programada pelas elites. [...] Um controle agudo das classes baixas é o que dita o ritmo do novo volume de clausura proporcionado pelo Estado neoliberal. Nunca esquecendo que a seletividade é um dado estrutural de todos os sistemas de controle. (2014, p.34)

Portanto, há uma conjuntura que propicia uma discricionariedade legal e processual para determinar quem é o criminoso dos delitos de drogas. Neste sentido, constrói-se um criminoso em virtude de suas características físicas e status social. O pobre, suspeito de envolvimento com o tráfico de drogas, se torna, assim, o principal inimigo público.

4. O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO CAPIXABA

Na última década o Estado do Espírito Santo vivenciou, na esteira de um fenômeno nacional, um verdadeiro processo de encarceramento em massa. Somente neste período, a população carcerária aumentou cerca de cinco vezes, chegando ao número atual de 14.733 presos. Em termos proporcionais, tomando como referência a relação entre o número de encarcerados e a população, entre 2005 e 2013 o aumento foi de 1,86 vezes, saindo de 225,36 presos por cem mil habitantes, para 421,05. Isso representa, hoje, um número uma vez e meia maior que a taxa nacional de 287,32. (DEPEN, 2014)

Acompanhando a série histórica do encarceramento no Espírito Santo, é possível perceber que um dos elementos que mais contribuem para a sua expansão são as prisões processuais. Durante a maior parte da última década mais da metade dos encarcerados do Estado era composta por presos provisórios. Este número chegou a 65,80% em dezembro de 2005, mas veio caindo gradativamente desde então, chegando a 43,58% em dezembro de 2012.

Entretanto, ainda que o percentual tenha diminuído em números absolutos, o crescimento das prisões processuais foi considerável. Em 2005, o primeiro ano em que tivemos dados confiáveis sobre isso, havia 4.590 presos provisórios no Espírito Santo. Sete anos depois, este número era de 6.421.

Mesmo que o aumento da população de presos provisórios tenha crescido em proporção e velocidades menores que o número de condenados – o que poderia, em situações normais, ser tomado como um avanço – nota-se que este número ainda é extremamente elevado tendo em vista uma importante mudança legislativa que ocorreu neste período: a

aprovação da Lei 12.403 de maio de 2011, que foi responsável pela implementação de um novo regime jurídico para as medidas cautelares no processo penal.

Esta Lei alterou profundamente alguns dispositivos do Código de Processo Penal e foi tomada por uma parcela da doutrina como uma norma que visava reduzir a decretação de prisões preventivas, substituindo esta medida por outras cautelares nos casos em que a restrição antecipada da liberdade não se mostrasse adequada ou necessária (MAGALHÃES, 2012, p. 228). Razões pelas quais alguns setores punitivistas chegaram a criticar sua aprovação, tal como segue:

Ressalte-se que a lei em comento tem sido duramente criticada e por muitos é lamentada, tais como pelas autoridades policiais, integrantes do Ministério Público e magistrados, pois dificultará a decretação da prisão preventiva, impondo-se como alternativa a ser examinada pelo juiz a decretação de outras medidas cautelares menos severas do que o encarceramento preventivo, muitas apontadas de frágil eficácia ou difícil fiscalização. (2012, p. 228)

Portanto, com essas importantes mudanças, a expectativa era a de que o número de presos provisórios caísse drasticamente tão logo a lei fosse aprovada. Todavia, no caso capixaba viu-se algo diferente ocorrer. Em dezembro de 2010, antes da nova lei, o número de presos provisórios era de 4.845. Em maio de 2011 a lei foi aprovada, porém, em junho os presos provisórios somavam 5.788 – quase 1.000 presos a mais. Em dezembro de 2011 houve uma leve queda para 5.223 presos, mas em junho de 2012 já eram 6.160 provisórios. Em dezembro de 2012 o número total era de 6.421. Em suma, em um período inferior a dois anos após ter sido aprovado um regramento tido como “empecilho para a decretação de prisões preventivas”, o número de presos atingidos por ele aumentou em 1.576, ou 1,32 vezes, no Estado do Espírito Santo.

Considerando que uma das justificativas do projeto de lei, mesmo diante de todas as críticas, era justamente reduzir a população carcerária nacional – que já era a quarta maior do mundo –, como justificar este aumento considerável de presos provisórios no Espírito Santo? Quais as justificativas utilizadas pelos magistrados? Por que não recorrer às outras medidas cautelares diversas da prisão?

Diante disso, seria possível afirmar que o Poder Judiciário capixaba aparenta ser um dos grandes responsáveis pelo número excessivo – e em constante crescimento – de encarcerados que o Espírito Santo possui. Todavia, existem razões jurídicas ou extrajurídicas para tanto? Existem circunstâncias em torno dos crimes e dos suspeitos de tê-los cometido que realmente justifiquem a manutenção dessas prisões?

Com o objetivo de responder a estes questionamentos foram analisados os acórdãos proferidos em sede de *habeas corpus* que visavam a revogação de prisões preventivas no

período de julho a dezembro de 2013. Ao final, excluídos os julgamentos de habeas corpus com análise prejudicada, não conhecidos por supressão de instância ou reiteração do pedido, cujo inteiro teor não estava disponível por erro de alimentação no sistema e aqueles impetrados com vistas garantir a progressão de regime, foram analisados 663 acórdãos de um total de 681.

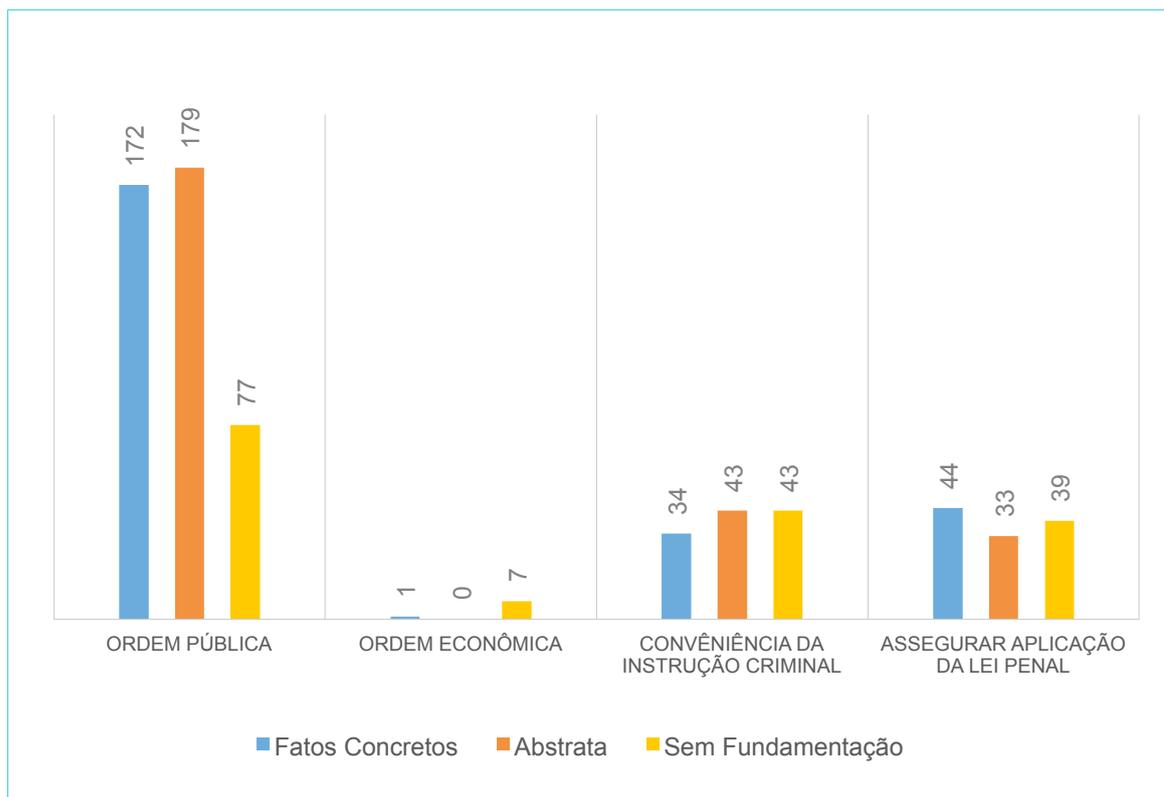
A partir desta investigação, alguns dados saltaram aos olhos. Inicialmente a taxa de indeferimento dos *habeas corpus* de surpreendentes 82%, correspondendo a 544 casos do total de 663. Isolando apenas a Segunda Câmara criminal, o percentual de indeferimento foi de 91,3 %, com apenas 24 casos de concessão de liberdade em 276 acórdãos proferidos por esta câmara no semestre em análise.

Curioso também perceber que 98% de todos os julgamentos foram por unanimidade, sendo apenas 10 julgamentos por maioria no período. Tal realidade configura um nítido desvirtuamento da ideia de colegialidade, que presa para que o julgamento em sede de tribunal seja coletivo, feito pela somatória de votos dos desembargadores competentes. Algo que se comprova ao perceber-se que todas estas 663 decisões foram proferidas em apenas 24 sessões de julgamento, chegando a 53 *habeas corpus* analisados em um só dia.

Todavia, os principais dados dizem respeito à fundamentação das decisões. Em nossa análise fizemos uso dos requisitos elencados pelo artigo 312 do Código de Processo Penal para a manutenção da prisão, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Para cada um destes casos verificamos a fundamentação utilizada e, ao final, dividimos em três tipos: 1) fundamentação baseada em fatos concretos/provas que demonstrem a necessidade da prisão; 2) fundamentação abstrata, sem considerar provas/fatos concretos; 3) sem fundamentação.

O gráfico abaixo mostra os resultados:

Gráfico 1 – Manutenção das Prisões baseados nos requisitos do CPP



O gráfico mostra índices relevantes de manutenção da prisão preventiva com base em mera fundamentação abstrata ou mesmo sem qualquer fundamentação. Mais do que isso, mostra o amplo uso da fundamentação baseada na garantia de ordem pública. Um tipo bastante abstrato e que é objeto de controvérsia jurídica uma vez que é bastante difícil mensurar o que seja “ordem pública” e como a prisão processual de um indivíduo pode necessária para a sua garantia.

Outros dados também foram levantados, tais como o papel da Procuradoria de Justiça, referências utilizadas nas decisões, justificativa para não aplicação de medidas diversas da prisão, dentre outros que para os fins deste artigo são de menor relevância.

Por outro lado, a avaliação da atuação do Tribunal de Justiça no julgamento dos *habeas corpus* a partir de um recorte feito tendo em vista os delitos atribuídos aos réus trouxe resultados que demandam uma avaliação mais estrita, notadamente no que diz respeito aos crimes que envolvem a Lei de Drogas.

4.1 A Atuação do Tribunal de Justiça do Espírito Santo nos crimes da Lei de Drogas

Dentre todos os tipos penais mencionados nos casos levados a julgamento no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, os dois mais recorrentes são aqueles relacionados à

Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), quais sejam, tráfico de drogas (art. 33) e associação para o tráfico (art. 35). Somente estes dois tipos penais foram mencionados 400 vezes nos casos analisados.

Considerando todos os tipos penais encontrados nos acórdãos em análise, o crime de tráfico é mencionado em 261 casos e associação para o tráfico em 139, correspondendo a 39,3% e 20,9% de todos os que foram objeto de análise nos acórdãos. Em suma, os crimes de drogas corresponderam a 60,2% de todos aqueles mencionados nos julgados.

Obviamente, a quantidade de ocorrências é um indicativo muito maior da ação das polícias na priorização destes delitos frente todos os outros, do que da própria ação do Tribunal de Justiça. Por outro lado, a forma como estes delitos são julgados em comparação com os outros demonstra que os desembargadores apenas reforçam a estratégia criminalizante iniciada pela base do sistema de justiça criminal.

Além de serem os tipos penais com maior ocorrência, os crimes da Lei de Drogas são aqueles que apresentam as maiores taxas de denegação de habeas corpus, sendo de 90,4% para o crime de tráfico de drogas e de 92,8% para o crime de associação para o tráfico. Em outras palavras, a chance de ter a prisão provisória revogada quando a acusação envolve estes delitos no Tribunal de Justiça do Espírito Santo é de apenas 8,4%, na média combinada dos artigos 33 e 35.

Nestes casos, apenas o crime de homicídio qualificado apresenta um índice tão alto de denegação da ordem quanto o de tráfico de drogas, apresentando uma rejeição de 90,5% – ainda que seja importante destacar que foram apenas 85 casos em que o crime de homicídio qualificado foi mencionado.

Outro dado encontrado foi o de decisões que se baseavam apenas no que a doutrina penal chama de “gravidade abstrata do crime”, ou seja, na ideia de que determinados crimes são graves ou perigosos em si mesmos, independentemente da conduta do agente.

No total foram identificados 123 acórdãos denegados com base na gravidade abstrata do crime. Destes, 58,5% se referiam ao tráfico de drogas, 31,7% à associação para o tráfico, 13,8% à homicídio qualificado e 5,6% a roubo qualificado.

Deste modo, percebe-se que os crimes da Lei de Drogas são tidos, em um grande número de casos, como crimes graves em si mesmos, sem considerar se a conduta do agente foi violenta ou não. O simples ato de compra e venda de substâncias ilícitas é tomado pelos desembargadores como a raiz de muitos dos males da sociedade.

Isso fica mais claro quando destacamos passagens dos acórdãos como as que seguem:

“(…) vale dizer que o crime de tráfico de drogas, bem como de associação, vêm se tornando prática corriqueira, gerando, inclusive, diversos outros ilícitos penais graves, produzindo intranquilidade e insegurança na população, de modo que a prisão cautelar é necessária para não gerar o sentimento de impunidade na sociedade.”

“Diante da necessidade de resguardarmos a população do grande mal das drogas, que vem se alastrando a cada dia, tenho que a custódia do iniciado ainda é necessária para a garantia da ordem pública e da paz social.”

“Ademais, importante trazer à baila que, as consequências trágicas da droga tem causado grande revolta na sociedade Ecoporanguense, que se sente a mercê da criminalidade. Por tais razões, caso fosse concedida a liberdade provisória para o denunciado, iria, sem dúvidas, trazer à sociedade, um sentimento de impunidade, com o conseqüente descrédito à justiça.”

“A liberdade do paciente gerará um descrédito social na ação da justiça, abalando o prestígio e a segurança da atividade jurisdicional.”

Estes dados demonstram que há um tratamento diferenciado por parte do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, para pior, com os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas. Desta maneira, fica exposto de maneira objetiva que o problema das drogas em meio à política criminal brasileira para compreendermos se dá por uma produção deste verdadeiro inimigo social.

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do Direito Penal liberal, isto é, das garantias que hoje o Direito internacional e os direitos humanos estabelecem universal e regionalmente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tese é que o inimigo da sociedade ou estranho, o ser humano considerado como ente perigoso ou daninho e não como pessoa com autonomia ética, de acordo com a teoria política, só é compatível com um Estado absoluto e que, conseqüentemente, as concessões do Estado Penal têm sido obstáculos absolutistas que a doutrina penal colocou como pedras no caminho da realização dos Estados constitucionais de direito.

Em outras palavras, a falácia de que a impunidade reina em terras brasileiras, mais especificamente em terras capixabas, se torna insustentável, haja vista os resultados aqui

apresentados. Hoje o inimigo mais encarcerado é o traficante. Tal cenário é comprovado pelas prisões, principalmente às prisões provisórias.

É especificamente no tocante ao crime de tráfico e associação ao tráfico que há visivelmente no Espírito Santo a eleição e, conseqüente, perseguição de um novo inimigo, qual seja o traficante de Drogas. Contudo, este traficante é estereotipado como sendo pertencente às massas, dando prosseguimento à promessa neoliberal de um Estado livre de crimes, no afã do tolerância zero, que na verdade tem a sua face também baseada na exceção permanente às massas, quer seja pela guerra às drogas que mata consideravelmente, dia após dia, a juventude das periferias, quer seja no encarceramento dessa mesma massa.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis Ganhos Fáceis** - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro De 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 18 de jun. 2015.

_____. Lei nº. 11.343 de 23 de Agosto 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 18 de jun. 2015.

_____. Lei Nº 12.403, de 4 de Maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 18 de jun. 2015.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 7. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Política de Guerra às Drogas na América Latina: entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. In: Revista Crítica Jurídica. n. 25. Jul-Dec, 2006.

CASARA, Rubens R. R. **Prisão e Liberdade**. Coleção Para Entender o Direito. Coordenação de Marcio Sotelo Felipe e Marcelo Semer. São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL - DEPEN. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias INFOPEN** - Junho 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

FIGLIANO, Maurício. **A Criminalização como obstáculo aos controles sociais do consumo de substâncias psicoativas**. Boletim IBCCRIM, São Paulo: IBCCRIM. p. 20 - 21, 30 out. 2012.

KARAM, Maria Lúcia. Proibições, Riscos, Danos e Enganos: as drogas tornadas ilícitas. Coleção Escritos Sobre a Liberdade. vol 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- _____. **Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias**. Coleção Escritos Sobre a Liberdade. vol 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LEMOS, Clécio. Internações forçadas: entre o cachimbo e a grade. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (coord.). **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM. 2014.
- LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAGALHÃES, Lúcia Regina E. de. O novo regime das medidas cautelares no processo penal. In: BALDEZ, Paulo de Oliveira L.; et all. (coord.). **O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012.
- MISSE, Michel, *et. al.* **Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)**. Rio de Janeiro: Booklink, 2013.
- RAUPP, Mariana M. **O seletto mundo da justiça: análise de processos penais de tráfico de drogas**. São Paulo: Dissertação (Mestrado em Sociologia), FFLCH/USP, 2005.
- ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.