

Alessandra Prado
Ney Menezes
Fabiano Pimentel
Organizadores

SISTEMA PENAL E CRIMI NALIZA ÇÃO

PERICULOSIDADE E
CONSTRUÇÃO PROBATÓRIA
NO DISCURSO JURÍDICO

SISTEMA PENAL E CRIMINALIZAÇÃO



Universidade do Estado da Bahia - UNEB

Adriana Marmori Lima
Reitora

Dayse Lago de Miranda
Vice-Reitora



Editora da Universidade do Estado da Bahia - EDUNEB

Diretora

Sandra Regina Soares

Conselho Editorial

Titulares

Adelino Pereira dos Santos
Alan da Silva Sampaio
Ana Lúcia Gomes da Silva
Astria Dias Ferrão Gonzales
Lázaro N. V. Andrade
Maria das Graças de A. Leal
Marilde Queiroz Guedes
Marineuza Matos dos Anjos
Marluce Alves dos Santos
Monalisa dos Reis A. Pereira
Nadja Santos Vitória
Nilson Roberto da S. Gimenes
Paulo César Souza García
Valério Hillesheim

Suplentes

Marielson de Carvalho B. da Silva
Nivaldo Osvaldo Dutra
Cláudia Paranhos de J. Portela
Hilda Ferreira da Silva
Marcos Antonio V. Silva
Neivalda Freitas de Oliveira
Elzicleia Tavares dos Santos
Nilza da Silva Martins de Lima
Angelita de Souza Leite
Luciete de Cássia S. L. Bastos
Josilda B. L. M. Xavier
Monica Matos Ribeiro
Carla Severiano de Carvalho
Virgínia Queiroz Barreto

**Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado
Ney Menezes de Oliveira Filho
Fabiano Pimentel**

Organizadores

SISTEMA PENAL E CRIMINALIZAÇÃO

periculosidade e construção
probatória no discurso jurídico

Salvador
EDUNEB
2023

© 2023 Autores

Direitos para esta edição cedidos à Editora da Universidade do Estado da Bahia.
Proibida a reprodução total ou parcial por qualquer meio de impressão, em forma idêntica,
resumida ou modificada, em Língua Portuguesa ou qualquer outro idioma.
Depósito Legal na Biblioteca Nacional.
Impresso no Brasil em 2023.

Coordenação Editorial

Elisângela Santana dos Santos

Coordenação de Design

Sidney Silva

Capa e Diagramação

Rodrigo Caiobi Yamashita

Revisão Textual

Tikinet Edições Ltda

Revisão Textual de Provas

Denise Dias de Carvalho Sousa

Revisão de Diagramação de Provas

Henrique Rehem Eça

Imagens de Capa

91648152 (textura de aniação) | AdobeStock

FICHA CATALOGRÁFICA

Bibliotecária: Regina Simão Paulino – CRB 6/1154

Prado, Alessandra Rapacci Mascarenhas, Pimentel, Fabiano, Oliveira Filho, Ney Menezes
(Organizadores)

Sistema penal e criminalização: periculosidade e construção probatória no discurso
jurídico / Organização de Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, Fabiano Pimentel e
Ney Menezes de Oliveira Filho. – Salvador: EDUNEB, 2023.

266 p.

ISBN 978-65-88211-78-6

1. Direito Penal. 2. Direito Processual Penal. 3. Sistema Penal Brasileiro. 4. Criminalização.
5. Periculosidade. 6. Criminologia Crítica. 7. Desigualdade Penal. I. Título. II. Prado,
Alessandra Rapacci Mascarenhas, Organizadora. III. Pimentel, Fabiano, Organizador. IV.
Oliveira Filho, Ney Menezes, Organizador.

CDD 345

Editora da Universidade do Estado da Bahia – EDUNEB
Rua Silveira Martins, 2555 – Cabula
41150-000 – Salvador – BA
editora@listas.uneb.br
portal.uneb.br

Editora filiada à

Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
A INFILTRAÇÃO DO AXIOMA DA PERICULOSIDADE NO DIREITO PENAL E NO PROCESSO PENAL SOB A CONDESCENDÊNCIA DA DOGMÁTICA PENAL	21
Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado	
A NATUREZA FEMININA COMO ELEMENTO DA PERIGOSIDADE: CRIME, MULHERES E LOUCURA	67
Catharina Maria Tourinho Fernandez	
ONDE ESTÁ O PERIGO NO CRIME DE FURTO: RAÇA E CLASSE NA NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA EM FACE DO ESTEREÓTIPO DA PERICULOSIDADE DO SUJEITO	83
Bernardo Sodré Carneiro Leão Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado	
O INTERROGATÓRIO PARCIAL COMO COROLÁRIO DOS DIREITOS HUMANOS	129
Fabiano Pimentel	
CONSTRUÇÃO PROBATÓRIA E DEPOIMENTOS POLICIAIS: UM ESTUDO SOBRE SENTENÇAS DE TRÁFICO DE DROGAS EM CAMAÇARI/BA	147
Maria Louise Oliveira da Silva Ribeiro Ney Menezes de Oliveira Filho	

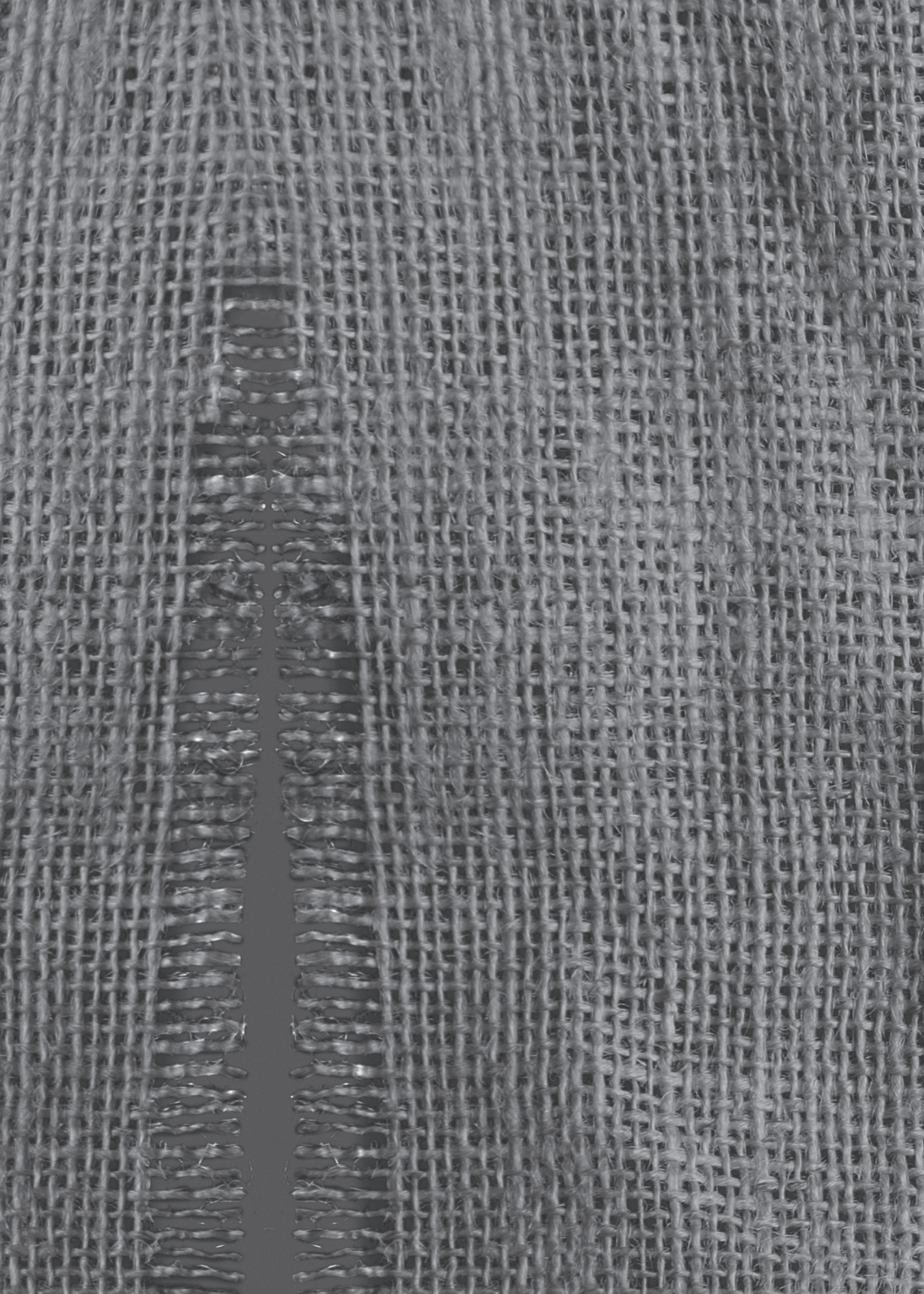
**VERDADE JURÍDICA E CONSTRUÇÃO DO DELITO:
O CONTROLE JUDICIAL DE VALIDADE DAS NARRATIVAS
POLICIAIS NOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS** 193

Artur Ribeiro Alves

**RISCO DE REITERAÇÃO E DIREITO PENAL DO AUTOR:
MANUTENÇÃO DE PRISÕES PREVENTIVAS
NO ÂMBITO DO STJ** 249

Karina Calixto de Mattos

SOBRE OS/AS AUTORES/AUTORAS 263



APRESENTAÇÃO

A presente coletânea é composta de textos que visam discutir a atuação do sistema penal brasileiro a partir de questionamentos sobre processos de criminalização que ocorrem ainda sustentados pela ideia de defesa social, pautados (explícita ou implicitamente) na noção indeterminada de periculosidade, muitas vezes legitimados pelo processo de produção e avaliação das provas.

A partir de discussões travadas no âmbito do Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (NESP-UFBA), grupo de pesquisa cadastrado no Diretório de Grupos do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq), entre seus pesquisadores e a comunidade acadêmica, sobre a racionalidade penal; e a partir da proposta de pesquisa contida no projeto *A periculosidade como fundamento para a intervenção penal e a relativização da racionalização do poder punitivo*, pesquisadores assumiram o propósito de deslindar o quanto a periculosidade ainda alicerça a intervenção penal na imposição da privação da liberdade — seja na modalidade de prisão cautelar, seja como espécie de pena —, para repensar a intervenção penal a partir dos resultados encontrados, bem como no que diz respeito à culpabilidade e à individualização da pena, colocando à prova a racionalização do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Considerando que o processo de criminalização, que passa pelo juízo de periculosidade, é legitimado também pela construção probatória, na produção das evidências a serem consideradas nas decisões para afirmar o convencimento dos magistrados, considerou-se importante que parte das pesquisas tratasse da análise de questões relacionadas à prova. Dessa forma, a coletânea conta também com

a colaboração da produção do Grupo Direito Penal e Democracia, coordenado pelo professor Fabiano Pimentel.

Desde o Iluminismo, a sanção penal é justificada por discursos filosóficos e políticos, consubstanciando-se em leis penais e nos seus respectivos preceitos. Com isso, o poder de punir, no Estado moderno, é exercido pelos três Poderes sob o manto da legalidade e de uma perseguida legitimidade. No cenário europeu, fundamenta-se a pena como uma resposta racional do Estado em detrimento do terror de outrora, que se impunha por meio de suplícios.

A criminologia clássica — a partir de autores como Cesare Beccaria, Gian. Romagnosi e Francesco Carrara — é a responsável por assimilar as premissas do Iluminismo. A rejeição da irracionalidade da vingança penal, a pena como uma contra motivação para o crime e, ao mesmo tempo, como restauração do direito violado, estão entre as principais contribuições decorrentes do referido movimento cultural e filosófico. Os clássicos ainda equiparavam o sujeito infrator ao cidadão comum, tendo como pressuposto da responsabilidade penal o livre-arbítrio.

Para parte significativa da literatura criminológica, a etapa científica da criminologia se inicia na segunda metade do século XIX, quando Enrico Ferri associa o livre-arbítrio à ideia de ilusão subjetiva e Cesare Lombroso explica o crime em função de aspectos bioantropológicos. Trata-se de uma outra perspectiva criminológica, denominada de paradigma etiológico ou criminologia positivista, por intermédio da qual o sujeito infrator ganha protagonismo. Assim, a abordagem causal-explicativa dos positivistas substituiu o método dedutivo-abstrato dos clássicos.

A formulação da ideia de periculosidade pela criminologia positivista — segundo a qual, por ser anormal ou doente, o delinquente é avaliado em função do seu potencial danoso e das probabilidades de reincidência — foi decisiva para a legitimação e a regulamentação da

imposição de medidas de segurança como forma de controle social dos inimputáveis em razão de doença mental, mas não só.

A partir, principalmente, das ciências médicas (mais especificamente da Psiquiatria) e suas interseções com o Direito Penal, foi construído o binário periculosidade-criminalidade, e apontada como intrínseca a relação entre periculosidade e doença mental, bem como a probabilidade de cometimento de novos delitos. Philippe Pinel (1745–1826) foi pioneiro na separação entre delinquentes e enfermos mentais, mas a Criminologia Positivista acabou por reaproximá-los, ao tratar, por exemplo, do criminoso louco, sujeito propenso ao crime por distúrbio mental ou atrofia moral, como destacou Enrico Ferri (2006).

No Brasil, a criminologia positivista ganhou relevo a partir dos estudos, pesquisas e escritos produzidos na área da Medicina Legal, a exemplo das contribuições prestadas por Nina Rodrigues, na Bahia; Afrânio Peixoto, no Rio de Janeiro; e Oscar Freire, em São Paulo. A obra de Nina Rodrigues (1862–1906) é um marco na recepção do pensamento criminológico positivista no Brasil, viabilizando o desenvolvimento de pesquisas etiológicas com o método empírico, tomando por objeto pessoas negras e os povos indígenas. Como resultado, defendeu, além da eugenia, a responsabilização diferenciada das raças e a identificação de marcas de degenerescência na população negra.

Nesse contexto, merece destaque o modelo integrado de ciências criminais, desenvolvido por Franz Von Liszt, como resultado de pesquisas realizadas na Escola de Marburgo (1850). Segundo o autor, Direito Penal, criminologia e política criminal integram o tríptico que configura o referido modelo. Enquanto o Direito Penal — ciência do “dever ser”, normativa e fundada no método dedutivo-abstrato — é incumbido de criminalizar condutas e fixar as sanções correspondentes, a criminologia e a política criminal são coadjuvantes. A primeira, considerada uma ciência auxiliar, buscaria a observação da realidade, com o objetivo de encontrar respostas para as

questões-fetiche das ciências criminais: “quem é o criminoso? Por que ele delinque?”; a segunda seria o conjunto de estratégias desenvolvidas pelos Poderes Executivo e Legislativo para inibir novos comportamentos desviados.

Ademais, é exatamente entre a segunda metade do século XVIII e o século XIX que são desenvolvidas e aprofundadas as denominadas teorias legitimadoras da pena de retribuição e de prevenção (intimidação, dissuasão), respostas positivas para a questão do fundamento da pena, e assim o Direito Penal moderno se desenvolve sob a justificativa de objetivar a limitação ao poder político.

Se de um lado, para a proteção desses direitos, que passam a ser reconhecidos nos textos constitucionais, o recurso à pena passa a ser cada vez mais recorrente, por outro lado, os princípios ganham relevância e previsão constitucional, adotados como fundamentos dos sistemas jurídicos, como limites impostos à produção do direito, ao exercício do poder.

Entretanto, a função de contenção do sistema jurídico-penal (mais especificamente, da dogmática, da legislação e das decisões judiciais) é contestada pela Criminologia da Reação Social e pela Criminologia Crítica, que se apoiam não mais sobre um paradigma etiológico (para saber quais as causas do crime e quem é o delinquente), mas sobre a investigação dos processos ou condições de criminalização.

Com o giro metodológico ou virada epistemológica ocorrida na década de 1960, houve o redirecionamento do interesse cognitivo da disciplina para além do sujeito infrator. Este perde o protagonismo em detrimento do controle social e da vítima. Conforme assevera Vera Regina Pereira de Andrade (1996), a criminologia deixa de se concentrar nas causas individuais da criminalidade e passa a investigar o papel decisivo do sistema penal na (re)produção e legitimação das assimetrias de raça, classe e gênero.

A pena então é considerada como um ato político, um ato de violência do Estado contra determinados grupos sociais. Como alerta Lola Anyar de Castro, o funcionamento do sistema penal não condiz com as prescrições normativas, pois, “ainda que proibidos pelo sistema penal aparente, há procedimentos diferenciais para as classes subalternas no terreno fático:

[...] execução penal à margem dos Direitos Humanos: carência de condições dignas de vida, de acesso à informação, à comunicação, a prestações culturais ou desportivas etc., e sofrimentos físicos e morais excedentes aos prescritos por lei (Anyar de Castro, 1984, p. 246).

Na década de 1970, essa transição paradigmática se apresentou na América Latina com as contribuições da referida autora e da professora também venezuelana Rosa Del Olmo. Com inúmeras diferenças em relação aos países centrais, a criminologia latino-americana ganhou contornos específicos, enunciando uma flagrante crise de legitimidade do sistema penal, como sustenta Zaffaroni (1991, p. 35):

Com o aparecimento da criminologia da reação social na América Latina, manifestou-se — com maior evidência do que nos países centrais, em razão da violência operativa mais forte ou menos sutil de nossos sistemas penais marginais — a falsidade do discurso jurídico-penal. [...] Se nos países centrais, o discurso jurídico-penal pôde sustentar-se por certo tempo sem maiores variantes, ignorando a crítica criminológica ou sociológica, para o penalismo latino-americano essa situação revelou-se particularmente insustentável, em razão da gravidade dos resultados práticos da violentíssima operacionalidade dos sistemas penais.

Há também que se chamar a atenção para as denúncias realizadas por pesquisadores que utilizamos como referências as teorias

críticas da raça. Segundo esses autores, a exemplo de Ana Flauzina, Márcia Calazans e Camila Prando, a criminologia crítica — em função de sua matriz epistêmica europeia e marcadamente marxista — não conseguiu avançar nas análises das consequências do controle penal racial, perpetuando o pacto narcísico da branquitude.

Nesse sentido, para além da política criminal de combate às drogas (às pessoas), duas questões parecem contribuir para esse processo de criminalização que tem impulsionado o encarceramento em massa no Brasil: uma é o axioma da periculosidade vinculado à ideia de defesa social; outra, a produção e a avaliação das provas pelo Poder Judiciário.

Na década de 1970, ainda que de maneira tímida, chegam ao Brasil as contribuições do paradigma da reação social, que, no lugar de estudar o sujeito infrator, concentram-se na análise dos processos de criminalização e de institucionalização dos considerados anormais, oportunidade em que se destacam os trabalhos de Rosa Del Olmo, Lola Anyar de Castro, Michel Foucault, Erving Goffman, Alessandro Baratta e Eugênio Raul Zaffaroni.

Em paralelo, ganha força a crítica antimanicomial, que considera as instituições psiquiátricas agências de normalização e estigmatização, (re)produtoras de violência e exclusão social. Trabalhos interdisciplinares, conjugando os saberes criminológico e psicológico, são desenvolvidos por Cristina Rauter, Edson Passetti, Antonio Nery, Mariana Weigert, Ludmila Trindade e Haroldo Caetano. Questiona-se a permanência da periculosidade como pressuposto da medida de segurança.

As perspectivas abolicionistas e o movimento antimanicomial ganham espaço na produção científica, o que se revela com o aumento do número de pesquisas empíricas (documentais, etnográficas) sobre o funcionamento do sistema penal e os processos de criminalização, inclusive das pessoas portadoras de transtorno mental. É nesse sentido que as produções científicas mais recentes avançam para uma análise da prisionalização e da manicomialização no Brasil como processos marcados não apenas por questões de classe,

mas também de gênero e raça, como sinalizam Vera Malaguti Batista, Vera Regina Pereira de Andrade, Carmen Hein, Ana Gabriela Mendes Braga, Luciano Góes, Thula Pires, Ana Flauzina, Camila Prado, entre outros/as pesquisadores/as.

No campo do processo penal, constata-se dificuldade similar para a prevenção geral da vingança pública, ou seja, no sentido de limitar as atividades do poder punitivo. Ainda que exista um arcabouço normativo no ordenamento jurídico-penal brasileiro, os direitos fundamentais previstos não são suficientes para conter o arbítrio no Estado no exercício do *potestas puniendi*. Nesse sentido, observa-se como a política de drogas, em simbiose com o discurso jurídico das decisões, tem proporcionado o encarceramento em massa e a morte de pessoas negras e pobres no Brasil.

Considerando a possibilidade do encarceramento, os processos criminais que conduzem à condenação por tráfico, em regra, valem-se dos testemunhos policiais como único meio de prova, ainda que uma versão diferente seja explicitada pelo réu ou que nenhuma outra prova seja contrastada nos autos. Trata-se de um processo penal que, no lugar de garantir os direitos do cidadão, viola as premissas constitucionais correlatas à prisão, escapando das suas funções formalmente declaradas. Na mesma perspectiva de argumentação, encontra-se a contribuição de Maria Gorete Marques de Jesus, quando analisa, em sua tese, a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas.

Dessa forma, o primeiro texto, A infiltração do axioma da periculosidade no Direito Penal e no processo penal sob a condescendência da dogmática penal, de autoria de Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, apresenta uma análise crítica sobre o axioma da periculosidade e sua infiltração no Direito Penal e no Direito Processual Penal, revelando a inconsistência científica e a perspectiva ideológica desse instituto, indicando a necessidade de desconstrução de qualquer fundamentação dogmática centrada na ideia de periculosidade.

O segundo artigo, A natureza feminina como elemento da perigosidade: crime, mulheres e loucura, de autoria de Catharina Maria Tourinho Fernandez, tem por objetivo analisar a introdução de elementos relacionados à natureza feminina, bem como à fisiologia dos corpos femininos, no conceito de perigosidade, utilizado como justificativa fundante e instrumento de manutenção das medidas de segurança aplicadas às mulheres consideradas loucas — portanto inimputáveis — quando da constatação da prática de condutas tipificadas como delitivas.

No terceiro texto, Onde está o perigo no crime de furto: raça e classe na não substituição da pena em face do estereótipo da perido sujeito, Bernardo Sodré Carneiro Leão e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, considerando o processo de criminalização secundária, em que a reprovação penal recai sobre o sujeito (sob o argumento de sua perigosidade), e não sobre o fato, partem do seguinte questionamento: quais fatores aparecem na construção do juízo da perigosidade na fundamentação das sentenças condenatórias que negam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos casos de crime de furto? Para tanto, foram analisadas decisões judiciais proferidas no âmbito do Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, sob a perspectiva da criminologia crítica, associada à perspectiva racial da questão criminal. Percebeu-se, por fim, que a classe e a raça são fatores centrais nos encarceramentos e que a periculosidade é frequentemente associada à reincidência, sem que haja preocupação com a individualização ou a contextualização das circunstâncias do caso concreto.

O quarto texto, O interrogatório parcial como corolário dos direitos humanos, de autoria de Fabiano Pimentel, analisa o instituto do interrogatório judicial e a sua natureza de meio de defesa, classificando-o como corolário dos direitos humanos. Essa premissa implica no direito fundamental a um interrogatório parcial, no qual seja possível exercer parcialmente o direito ao silêncio, de modo que a estratégia e a conveniência de utilização seja livre e atribuída ao acusado e sua defesa.

Em seguida, o quinto artigo, Construção probatória e depoimentos policiais: um estudo sobre sentenças de tráfico de drogas em Camaçari/BA, escrito por Maria Louise Oliveira da Silva Ribeiro e Ney Menezes de Oliveira Filho, consiste em um estudo sobre a força probatória do depoimento do policial que participou da diligência da prisão do acusado em casos de tráfico de drogas. A pesquisa foi desenvolvida a partir da seguinte problematização: qual a principal fundamentação das decisões de condenação por tráfico de drogas na Comarca de Camaçari, Bahia, no período correspondente aos anos de 2021 a 2022? Como objetivo geral, buscaram-se as razões/motivos do convencimento do julgador nas sentenças, tendo como *standard* probatório o depoimento pessoal dos agentes de segurança envolvidos nas diligências da prisão. O estudo se deu por meio da análise dessas decisões, exaradas nas Varas Criminais de Camaçari, Bahia. Quanto à metodologia, optou-se pela pesquisa empírica, realizada através do estudo de oito sentenças, avaliadas por meio de formulário criado na plataforma Microsoft Forms, sendo utilizadas as abordagens qualitativa e quantitativa. Demonstrou-se, como resultado, a fragilidade das provas utilizadas na sentença para a condenação dos acusados, já que majoritariamente ancoradas nos elementos do inquérito, além da predileção pelas narrativas propostas pelas testemunhas de acusação, em detrimento da versão do réu.

Na sequência, o artigo Verdade jurídica e construção do delito: o controle judicial de validade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas, de autoria de Artur Ribeiro Alves, analisa de que forma o testemunho policial é valorado pelo Poder Judiciário nos processos de tráfico de drogas, tentando identificar os fatores endo e exoprocessuais que influenciam na razão de decidir. Para tanto, concentra-se a análise na interação entre o aparato policial e o sistema de justiça criminal. A metodologia da pesquisa consistiu na análise jurisprudencial e teórica acerca do tema. Inicialmente, é examinada a evolução da legislação de drogas e da sua simbiose

com a seletividade racial do sistema penal. Em seguida, são examinadas as dinâmicas do flagrante, levando em consideração a noção de suspeição policial. Ainda, são considerados os estímulos institucionais e externos que podem influenciar na ação policial. Por fim, são examinados dezenove acórdãos proferidos no âmbito de apelação pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. A partir dessa análise, constatou-se que um sistema de crenças é responsável pela presunção de idoneidade do testemunho policial.

O texto que finaliza a coletânea, Risco de reiteração e Direito Penal do autor: uma análise quanto aos fundamentos para manutenção de prisões preventivas no âmbito do STJ, de autoria de Karina Calixto de Mattos, analisa a seletividade penal em casos de pedidos de revogação de medidas cautelares pessoais pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Foi realizada análise de conteúdo dos acórdãos proferidos ao longo do mês de junho do ano de 2022, relativos ao crime de corrupção, tanto ativa quanto passiva. Foram consideradas como hipóteses iniciais a existência de maior incidência de prisões preventivas quando o crime de corrupção está associado ao tráfico de drogas e à correlação entre periculosidade e o risco de reiteração utilizada como fundamento para a decretação/manutenção de prisões preventivas quando o crime de corrupção aparece associado ao tráfico de drogas.

Dessa forma, os autores e as autoras pretendem contribuir para uma reflexão a respeito da necessidade de mudanças na construção da dogmática penal e da dogmática processual penal, partindo das denúncias realizadas pelas perspectivas críticas da criminologia quanto ao funcionamento seletivo do sistema penal.

Fabiano Pimentel
Ney Menezes de Oliveira Filho
Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado
Organizadores

REFERÊNCIAS

ANYAR DE CASTRO, Lola. Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal, y sistema penal subterráneo. *In: ZAFFARONI, Eugenio Raul (org.). Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 233-247.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, abr./jun. 1996. p. 276-287.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

A INFILTRAÇÃO DO AXIOMA DA PERICULOSIDADE NO DIREITO PENAL E NO PROCESSO PENAL SOB A CONDESCENDÊNCIA DA DOGMÁTICA PENAL

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

3. Esta Corte Superior firmou entendimento de que a medida de segurança é aplicável ao inimputável e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade (Precedentes STJ)¹ (Brasil, 2021, p. 1, AgRg. no HC 455452 / PR).

Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente possuir maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitativa e, por via de consequência, sua periculosidade (Brasil, 2022a, p. 1, HC 727509 / PR).

¹ Inclusive, chama a atenção que o referido julgado afasta a aplicação da Súmula n. 527 do próprio STJ, sem qualquer referência a argumentos doutrinários, apenas citando o HC 112227 / RS, T5, Rel. Ministro Jorge Mussi, j. 17/06/2010 e o AgRg no REsp 1555227 / MG, j. 23.04.2018, que afirma que “somente com base em parecer médico poderá o magistrado decidir acerca da liberação do internado” e cita como precedente o HC 233474 / MT, T6, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19/04/2012, que se refere ao prazo indeterminado.

3. A desnecessidade de dados técnicos ou exames feitos por especialistas não exime julgador de aferir, a partir de elementos concretos dos autos — relacionados à índole do réu, seu histórico social e familiar, sua vida social etc. —, uma maior ou menor propensão à prática de crimes ou um grau maior ou menor de periculosidade do agente (Brasil, 2022b, p. 1, AgRg no HC 629109).

Três decisões do Superior Tribunal de Justiça, três situações distintas: uma referente ao tempo de cumprimento da medida de segurança; a segunda, à decretação de prisão cautelar; e a terceira, à dosimetria da pena. Um ponto em comum: decisões judiciais (reiteradas) que implicam na privação da liberdade, tendo por fundamento a periculosidade do agente.

Observa-se que, em regra, em decisões como essas não se discute a adoção da periculosidade como fundamento: no máximo, são discutidos os limites da sua implicação — a exemplo de como avaliar a personalidade e a conduta social do agente, na dosimetria — ou o risco para a ordem pública, nas prisões cautelares. São, portanto, decisões que partem do dogma da periculosidade, isto é, da consideração do estado perigoso como atributo de determinadas pessoas, que colocam em risco a ordem social e justificam, assim, a intervenção penal.

Passado mais de um século das primeiras discussões sobre a definição de periculosidade, e a despeito de sua inconsistência² (Bruno, 1977; Foucault, 2001; Barros-Brisset, 2011; Rauter, 2013; Caetano, 2019), esse conceito permeia tanto o Direito Penal quanto o Direito Processual Penal, seja expressamente, como pressuposto da medida de segurança—, seja disfarçadamente, como medida da

² Desde as primeiras discussões a respeito da disciplina jurídica do estado perigoso nas Assembleias da União Internacional de Direito Criminal, na Europa, entre 1892 e 1912, é perceptível a falta de uniformidade de entendimento sobre a adoção de um conceito de estado perigoso em razão de sua amplitude e falta de clareza. Sobre a discussão nas referidas Assembleias, ver: Bruno, 1977.

individualização da pena (na análise da personalidade, da conduta social, dos antecedentes e da reincidência)—, e fundamento da prisão cautelar (na análise do perigo para a ordem pública).

Tais constatações nos levam a questionar o papel da dogmática penal diante das arbitrariedades de decisões judiciais pautadas no argumento da periculosidade como meio de defesa da sociedade.

Dessa forma, o objetivo desta pesquisa foi analisar como o axioma da periculosidade se expandiu para além da legitimação da intervenção penal sobre a pessoa portadora de transtorno mental, abrangendo não apenas a imposição da medida de segurança, mas também seu papel como lastro maior para o encarceramento em massa e a seletividade do sistema penal.

O texto foi construído a partir de pesquisa teórica, pautada em perspectivas criminológicas críticas a respeito da periculosidade, bem como de fontes indiretas, isto é, pesquisas empíricas que tiveram como objeto decisões judiciais referentes à dosimetria da pena, à decretação de prisão cautelar e à imposição de medida de segurança. Ainda, a fim de analisar se a dogmática penal cumpre o papel limitador do poder punitivo, conduzimos uma pesquisa documental, que teve por objeto acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que abordam a periculosidade, para instruir um dos recortes apontados na pesquisa.

FORMULAÇÃO DA PERICULOSIDADE E SUA INDETERMINAÇÃO

No campo jurídico penal, as primeiras construções dogmáticas foram edificadas sob a inspiração do Iluminismo, e adotaram uma perspectiva metafísica da responsabilidade, do crime e da pena. A dogmática penal, assim, consiste na sistematização de conceitos que viabilizam a conformação, a interpretação e a aplicação do

direito positivado. Inicialmente, essa abordagem foi fortemente influenciada pela Filosofia, visando racionalizar o poder punitivo do Estado por meio da garantia da legalidade e de um Direito Penal centrado nos fatos.

Nessa formulação, o ser humano é abstratamente considerado sujeito de direitos que deve obediência à norma jurídica, que serve à sua proteção. A responsabilidade penal é fundamentada no livre-arbítrio; conduta, consciência e vontade são pontos de partida para a sistematização das teorias do crime, que se define como violação da norma jurídica sujeita a uma pena. Esta é uma forma de limitar o poder punitivo do Estado e garantir segurança jurídica aos cidadãos. Inicialmente, atribuiu-se à pena a finalidade de retribuição, posteriormente justificada como meio de prevenção (geral) do delito. No entanto, a estrutura lógico-abstrata da dogmática penal, seu método técnico-jurídico, apartado dos dados ontológicos, são postos em xeque com o desenvolvimento da criminologia positivista, que denuncia a ineficácia do Direito Penal para conter a criminalidade.

A criminologia positivista, pautada na luta contra o delito, adotando o modelo causal-explicativo, concebe o crime como um fenômeno observável, um ente natural, um dado pré-constituído, resultante de patologias ou anormalidades individuais e/ou sociais. Nessa abordagem, o ser humano torna-se objeto de estudo, considerando-se sua diversidade (diferenças entre criminosos e não-criminosos; classificação dos criminosos), e a intervenção penal passa a se justificar em razão de um determinismo bioantropológico e/ou psicossocial, visando a defesa social.

Assiste-se, desde então, a um estreitamento da relação entre o Direito Penal, a Antropologia e, principalmente, a Psiquiatria Forense, pela via da criminologia positivista, que tem como objeto o estudo do crime a partir da perspectiva do delinquente, perquirindo

sobre o nexos causal entre fatores biológicos, antropológicos e sociais e a criminalidade.

A ideia de periculosidade surge associada à noção de degenerescência em Morel (1857), que, considerando traços morais e físicos, apoiado nos conceitos de norma e normalidade, “propôs classificar os degenerados através de seus graus de perigos e localizá-los mesmo antes de qualquer delito” (Barros-Brisset, 2011, p. 46), considerando que “[...] aqueles que portam um estado doentio, como o da alienação mental, são perigosos para a segurança pública e, portanto, mesmo sem ser culpados, devem ser sequestrados da sociedade” (Barros-Brisset, 2011, p. 46).

Nesse contexto, Rafael Garófalo (1916, p. 123) afirmava que o delito

[...] está sempre no indivíduo e é a revelação de uma natureza degenerada, quaesquer que sejam as causas, antigas ou recentes, d’essa degeneração [...] [e] é o effeito de causas individuaes actuando n’um particular ambiente physico ou em particulares contingencias sociaes; mas, como estas condições existem também para os que não delinquem, ellas não podem ser senão causas occasionaes: — o verdadeiro factor do delicto deve procurar-se no modo de ser especial do indivíduo, que a natureza creou delinquente.

A causa desse “modo de ser especial” foi revelada em outro texto:

[...] a diminuta sensibilidade, a imprevidencia, a volubidade, a lascivia extrema e a crueldade são anormaes nas *raças superiores*, communs nas *inferiores*; não constituem desvios do typo humano, mas do typo aperfeiçoado que os povos cultos representam (Garófalo, 1916, p. 127, grifo do autor).

Garófalo se referiu, em diversas passagens à anomalia moral, à nomalia psíquica e à perversidade inata dos criminosos,³ para então propor que o “critério positivo da penalidade” fosse a temibilidade do agente em sua obra *De un criterio positivo en la penalidad* (1880). Referira-se à temibilidade como “[...] a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade de mal previsto que se deve temer por parte do mesmo” (*apud* Ferri, 2006, p. 114–115).

A questão seria definir “[...] qual o processo para determinar a perversidade constante do réu e o grau de sociabilidade que porventura subsista nelle” (Garófalo, 1916, p. 345), se “[...] o delinquente é por completo destituído de senso moral e portanto insusceptível de toda a adaptação ou se o seu frouxo senso moral, suffocado por hábitos ou ainda por particulares e excepcionais circunstancias, pode resurgir em novas condições de vida” (Garófalo, 1916, p. 345-346). Dessa forma, Garófalo (1916, p. 346) defendeu que a penalidade não deve ser proporcional à gravidade do delito, mas à temibilidade do réu, e em razão dela se justifica, para atender à função de prevenção, de obstáculo ao perigo.

Segundo Enrico Ferri (2006, p. 114–115), essa formulação conferiu “valor científico e função jurídica no ordenamento da justiça penal” à periculosidade, como “perigo que representa o autor do crime em relação às probabilidades de repetir outras ações criminosas”. Assim, consolidou-se, no âmbito da Escola Positiva, a periculosidade⁴ como pressuposto e/ou medida da intervenção em defesa da sociedade.

³ Enrico Ferri (2006, p. 84–85) considera que “o delinquente é sempre um anormal” — por diversas razões (atavismo, degeneração, falta de desenvolvimento, patologias, atipia ou desvios endocrinológicos). “O homem que comete um crime, seja por impulso próprio fisiopsíquico dominante (causa endógena) ou por predomínio de condições do meio (causa exógena), encontra-se em condições anormais” (Ferri, 2006, p. 86).

⁴ Segundo Arturo Rocco, a temibilidade é a consequência da periculosidade, com o que concordaram diversos autores (Ferri, 2006, p. 115). Verifica-se que o termo periculosidade (perigosidade, estado perigoso, *état de danger, gefährlichkeit, dangerousness*) foi o mais difundido.

A criminologia positivista então estabeleceu como critério para justificar a intervenção penal o determinismo, ou, mais especificamente, a perigosidade criminal — “[...] o homem com sua carga hereditária e as suas deformações criadas pela vida, esse homem que se extraviara da norma e em quem possivelmente existiam condições que o levariam novamente a delinquir”, condição “que os tornava inimigos potenciais da sociedade” (Bruno, 1984, p. 258).

O reconhecimento da periculosidade como pressuposto da intervenção penal foi objeto de intensos debates nos Congressos da União Internacional de Direito Criminal (1892 a 1913). Diversos foram os posicionamentos: desde a crítica à amplitude da definição e, conseqüentemente, a contrariedade à sua regulamentação jurídica ou à “determinação concreta daquelas categorias de delinquentes perigosos” (a exemplo dos reincidentes, alcoólicos, deficientes de qualquer espécie, mendigos e vagabundos); da sugestão do requisito da prática do primeiro delito como critério definidor à referência ao estado transitório da periculosidade; da indicação da periculosidade em razão da reincidência à periculosidade por antecedentes hereditários; da imposição de medida de segurança para determinadas categorias de indivíduo à aplicação para todos considerados perigosos, inclusive imputáveis (Bruno, 1977).

Foram intensos os debates em torno da elaboração do conceito de periculosidade. Enquanto o grupo francês, preocupado por evitar arbitrariedades, resistia à sua disciplina legal, o grupo belga-alemão, interessado pela defesa social, insistia no seu reconhecimento (Bruno, 1977). Assim, por pequena maioria, foi expedida uma resolução que, embora considerasse “inadmissível a aplicação legislativa, ao código penal, de um conceito geral do estado perigoso”, recomendava o exame da “determinação concreta daquelas categorias de delinquentes perigosos” aos quais seriam aplicadas as medidas de segurança⁵ (Bruno, 1977, p. 16–17). Então, no Congresso

⁵ Ver também Jimenez de Asúa, 1920, p. 20–21.

de 1913, foi reconhecido o estado perigoso, ainda que não fosse proposta qualquer definição.

Em outro plano, governos seguiram a política criminal defensiva e acolheram a formulação do estado perigoso, fazendo-a repercutir na legislação ou em projetos de leis (Jiménez de Asúa, 1920).

Na sequência, Jiménez de Asúa (1920) defendeu que a discussão sobre livre-arbítrio deveria ficar a cargo da filosofia, devendo interessar ao Direito Penal a noção de estado perigoso e sua utilização como medida para individualização do tratamento. Embora adepto da formulação de temibilidade, Jiménez de Asúa (1920, p. 19) assumiu que, ao ser ampliado, o conceito de estado perigoso adotado pela Escola da Defesa Social perdeu “aquela concepção clara e generalizada⁶ formulada por Garófalo, o que resultou nas discrepâncias e vaguezas das novas definições, sendo quase impossível determinar, naquele momento, a concepção de estado perigoso. Segundo de Asúa (1920, p. 23), não era possível “[...] aceitar o estado perigoso como fórmula parcial, coexistente com os conceitos de imputabilidade e culpabilidade, no antigo sentido, falar de perigo para a sociedade em certos casos e entender que não existe em outros”⁷.

O autor concluiu, porém, que o medo da arbitrariedade dos julgadores não poderia criar obstáculos à tarefa defensiva, pois:

[...] os juízes do novo sistema penal, verdadeiros médicos sociais, não terão [...] outras limitações senão as impostas por sua prudência e honestidade, aliadas à sua competência científica (Jiménez de Asúa, 1920, p. 33).⁸

⁶ No original: “aquella concepción clara y generalizada” (Jiménez de Asúa, 1920, p. 19).

⁷ No original: “aceptar el estado peligroso como fórmula parcial, coexistente con los conceptos de imputabilidad y culpabilidad, en el viejo sentido, hablar de peligro para la sociedad en ciertos casos y entender que no existe en otros” (Jiménez de Asúa, 1920, p. 23).

⁸ No original: “[...] los jueces del sistema penal nuevo, verdaderos médicos sociales, no tendrán, [...], otras limitaciones que las que les impongan su prudencia y honradez, unidas a su competencia científica” (Jiménez Dde Asúa, 1920, p. 33).

Verifica-se, portanto, que a construção do Direito e da dogmática área penal cedeu espaço para institutos gestados pelas denominadas ciências auxiliares, a criminologia e a política criminal e, principalmente, o saber médico, que passou a interferir diretamente nos rumos do Direito Penal.

Jimenez de Asúa (1920) sustentava, ainda, que as medidas de segurança cumpririam a função de prevenção mais que a de repressão, própria das penas, as quais tinham caráter expiatório, sendo possível que essas últimas fossem totalmente substituídas por aquelas.

Enrico Ferri, inclusive, elaborou uma distinção entre periculosidade social, que é verificada antes da prática do delito e envolve anormalidade físico-psíquica do sujeito —, tornando-o, por razões de segurança, inadaptável à vida livre —, e periculosidade criminal, que é verificada após a prática do delito e diz respeito ao crime cometido ou a seu potencial ofensivo e o perigo que representa a possibilidade de sua repetição ou do cometimento de outras ações criminosas. Esse critério é considerado pela justiça penal com o objetivo de “[...] conseguir a adaptação da sanção repressiva à personalidade do criminoso” (Ferri, 2006, p. 137).

Adolfo Prins (*apud* Jiménez de Asúa, 1920, p. 25; Soler, p. 65, 1929) sustentou que o estado perigoso se manifestava não apenas em relação às pessoas que violavam as normas, mas também antes do crime; o perigo social, porém, resultaria da criminalidade). Para Jiménez de Asúa, reconhecer a perigosidade pré-delitual teria a vantagem de unificar as sanções sob o manto da garantia jurisdicional, suprimindo a ação da polícia de segurança.

Sebastián Soler (1929), contrariamente, questionava a perigosidade pré-delitual e seus fundamentos, apontando sua ficção, especialmente quando os mendigos são incluídos entre as classes perigosas. Ele considerava que a relação não parecia suficientemente clara, e o perigo criminal da mendicância inexato, na maioria das vezes. Por isso, advertia que

[...] o mendigo deve interessar ao Estado não como um delinquente possível, senão como mendigo, como indivíduo derrotado que se soma nas filas de uma classe desamparada, improdutiva, testemunho vivo da inferioridade da nossa organização social, de nossa inconsciente indiferença (Soler, 1929. p. 199–200).

Soler sustentava ainda a inadequação da aplicação dessa teoria, por insuficiente, à infância abandonada, aos alienados mentais e, à “semi-loucura”. Sua adoção efetivaria uma ficção absoluta, ora abrangendo todos os mendigos e alienados, ora selecionando dessas categorias sujeitos que, além de mendigos, loucos etc., são julgados individualmente perigosos, restringindo o alcance do necessário direito de intervenção do Estado sobre um número maior que o daqueles que oferecem um perigo puramente criminal (Soler, 1929).

Em razão do risco em que punha as garantias individuais à liberdade dos cidadãos, e por medo da arbitrariedade dos juizes, foram levantadas muitas objeções contra essa formulação (Jimenez de Asúa).

A CONCILIAÇÃO DO AXIOMA DA PERICULOSIDADE COM O DIREITO PENAL DO FATO

A superação da disputa estabelecida entre os adeptos da Escola Clássica e da Escola Positiva — livre arbítrio *versus* determinismo, retribuição *versus* defesa social/prevenção, culpabilidade *versus* perigosidade —, ocorreu a partir das propostas apontadas pelas “direções intermediárias”, principalmente pela Escola Sociológica ou Político-Criminal, representada por Franz Von Liszt, e pela Terceira Escola Italiana, que teve como expoentes Alimena e Carnevalle (Gracia Martin, 2007). Conforme Salo de Carvalho (2013a, p. 271), a consolidação da dogmática penal se dá a partir de uma contradição, “[...] como reação às pretensões epistemológicas do positivismo

criminológico e, ao mesmo tempo, como harmonização e incorporação de suas premissas no discurso jurídico”; ou, nas palavras de Anibal Bruno (1977, p. 26):

[...] essa dubiedade de posição em frente ao problema conduz à aceitação concorrente de princípios doutrinariamente divergentes: estado perigoso e responsabilidade moral; medida de segurança e pena; crime, fenômeno natural, e crime, entidade jurídica. Dualismo justo e aceitável na legislação atual, ilógico e estéril na doutrina.

Nesse sentido, Saleilles (2006, p. 149), após confrontar postulados da Escola Clássica com as formulações da escola positiva, concluiu que

[...] o determinismo e a liberdade compenetraram-se como duas condições indispensáveis, ambas, para vida social; sem lei de causalidade somente há o imprevisto; sem a relação das causas secundárias, não cabe juízo equitativo. Mas sem a ideia de liberdade não há, pelo menos no sentir popular, nem moral, nem justiça.

E, a partir daí, tenta compatibilizar a responsabilidade, fundada na liberdade, com a individualização da pena, baseada no estado de criminalidade.

A periculosidade presumida

Quanto à periculosidade, Grispiñi (*apud* Bruno, 1977, p. 20-24) a considerava “[...] o conceito fundamental de todo o direito criminal”, servindo tanto como “[...] pressuposto para aplicação de uma sanção criminal, quanto no caso em que se determina a aplicação de uma medida de polícia”; a definia como “[...] a capacidade de

uma pessoa de tornar-se, com probabilidade, autora de um delito”; e defendia que ela deveria servir como “[...] um conceito fundamental de todo Direito Penal”.

Em oposição, Soler (1929, p. 189) denunciava não ser a perigosidade, “[...] por impossibilidade teórica e prática, um critério científico”, mas apenas uma ficção jurídica, e, ainda assim, imprecisa e indeterminada, aconselhando muita prudência, também em relação à periculosidade pós-delitual.

Mesmo sem critérios definidores específicos e determinados pela Psiquiatria Forense, pela criminologia ou pelo Direito Penal; ainda que presumida e sem possibilidade de individualização, a periculosidade foi adotada, em muitas legislações, com suporte na doutrina, como axioma legitimador da intervenção penal para inimputáveis em razão de doença mental ou mesmo para imputáveis. Isto porque a dogmática penal de base liberal, que se propôs instrumento de contenção do poder punitivo, cedeu espaço a construções da criminologia positivista, o que se espelha na legitimação da intervenção penal sobre o louco infrator sob a justificativa de contenção da periculosidade e no disfarce da periculosidade em “equivalentes funcionais” (Zaffaroni; Batista; Slokar, 2017, p. 176), isto é, como medida da pena, sob o argumento de individualização — compactuando com a atribuição de fins utilitaristas à pena (de prevenção geral ou especial) —, ou como fator determinante da prisão cautelar em caso de risco para a ordem pública.

No caso do “louco infrator”, considerando a legislação penal brasileira, a periculosidade sempre foi presumida, não havendo que se produzir provas sobre tal estado, sendo suficiente o exame de insanidade; e o fim da medida de segurança, condicionado à cessação de periculosidade atestado por laudo médico, a despeito da inexistência deste termo.

Maria Fernanda Tourinho Peres e Antônio Nery Filho (2002, p. 352–353) sustentam a fragilidade da periculosidade como

fundamento da medida de segurança, criticam a associação normalizada entre loucura e estado perigoso, pois a doença já mostra o agente “em sua personalidade criminal, em sua máxima periculosidade”, constatada em laudo psiquiátrico que examina sua sanidade mental, sem que o juiz precise analisar as circunstâncias pessoais do agente no caso concreto. Os psiquiatras forenses tornam-se, então, os “árbitros da criminalidade”⁹ (Mitjavila; Mathes, 2012, p. 1390).

A presunção de periculosidade decorre, portanto, de um saber moralizante, que se impõe como verdade, e permite a imposição da segregação sem necessidade de prova da condição de perigoso, porque intrínseca ao “louco” que comete um fato típico e antijurídico. Presume-se, assim, ser essa pessoa:

[...] um sujeito incapaz de responder, de saber, de falar por si mesmo da sua experiência; portanto, um sujeito que não precisa ser considerado e escutado enquanto um ser falante capaz de saber transmitir o que importa sobre sua vida, ainda que seja ao seu modo (Barros- Brisset; Juncal, 2018, p. 3–4).

Além disso, percebe-se a dificuldade de o indivíduo retomar a liberdade, seja em razão da indefinição do que é periculosidade — e a dúvida acarreta a sua continuidade —, seja porque a internação agrava seu estado.

Observa-se, portanto, a infiltração do Direito Penal do autor no Direito Penal do fato com a condescendência da dogmática penal. Aceita-se a convivência de uma teoria que parte de uma ideologia liberal — pautada na legalidade, a partir da consideração do fato, mas não distanciada do sujeito — com uma teoria que parte da ideologia da defesa social, pautada na periculosidade, a partir da consideração

⁹ Pesquisas informam que, em regra, os juízes reproduzem *ipsis litteris* os laudos; mas, em alguns casos em que os laudos concluem pela liberdade, os juízes infirmam a periculosidade com uma interpretação própria dos laudos.

de atributos pessoais para legitimação ou como medida da intervenção penal (pena; prisão cautelar). Como diz Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 181), “[...] há um concurso de discursos na legitimação do sistema que não obedecem a uma coerência interna”.

A despeito de questionamentos e desconstruções realizadas em diversas áreas — da psiquiatria às ciências sociais, por exemplo — sobre a definição e adoção da periculosidade como critério legitimador da violência estatal, bem como sobre o poder atribuído à psiquiatria e à consistência dos laudos periciais, essa conciliação prevalece na dogmática, orientando legislador e magistrados/as (Roesler; Lage, 2013), além de teóricos e docentes do Direito Penal.

Pesquisas que tiveram por objeto os laudos psiquiátricos indicam sua falta de consistência científica. Na década de 1970, Foucault (2001, p. 51) alertava que os exames psiquiátricos não correspondiam ao saber psiquiátrico vigente, e que “[...] nenhuma prova histórica de derivação do exame penal remeteria nem à evolução do direito, nem à evolução da medicina, nem mesmo à evolução geminada de ambos”. A partir da análise de laudos psiquiátricos e seus termos,¹⁰ Foucault (2001, p. 21) conclui que

[...] o exame psiquiátrico permite constituir um duplo psicológico-ético do delito. Isto é, deslegalizar a infração tal como é formulada pelo código, para fazer aparecer por trás dela seu duplo, que com ela se parece [...], e que faz dela não mais, justamente, uma infração no sentido legal do termo, mas uma irregularidade em relação a certo número de regras que podem ser fisiológicas, psicológicas, morais etc. [...]

¹⁰ São as noções que encontramos perpetuamente em toda essa série de textos: “imaturidade psicológica”, “personalidade pouco estruturada”, “má apreciação do real”. Todas essas são expressões que encontrei efetivamente nesses exames: “profundo desequilíbrio afetivo”, “sérios distúrbios emocionais”. Ou ainda: “compensação”, “produção imaginária”, “manifestação de um orgulho perverso”, “jogo perverso”, “erostratismo”, “alcebiadismo”, “donjuanismo”, “bovarismo” etc. (Foucault, 2001, p. 20).

O que é mais grave é que, na verdade, o que é proposto nesse momento pelo psiquiatra não é a explicação do crime: na realidade, o que se tem de punir e a própria coisa, e é sobre ela que o aparelho judiciário tem de se abater.

Bernard L. Diamond (1974, *apud* Roesler; Lage, 2013, p. 360) explica:

Se o psiquiatra subestima [...] o perigo e libera um paciente que mais tarde comete um ato violento, ele será exposto a críticas severas. Se, em contrapartida, ele prevê em excesso [...] o perigo, ele não sofrerá qualquer consequência dessa previsão falha, porque sua previsão poderia ter se tornado verdadeira se não tivesse havido intervenção (como a institucionalização).

E assim a loucura (atualmente denominada transtorno mental pela psiquiatria forense),¹¹ declarada no laudo de insanidade, é perpetuada como reveladora da periculosidade (presumida), fundamentando a aplicação, pelo juiz, da medida de segurança, que é cumprida em uma unidade denominada psiquiátrica, mas que é também de custódia, sob a promessa de fazer cessar a periculosidade.

¹¹ Mitjavila e Mathes (2012, p. 1384–1385), ao analisarem significados e formas de enunciação de periculosidade criminal, afirmam que “[...] a posição majoritariamente encontrada [...] caracteriza-se por questionar o grau e alcance das relações entre doença mental e periculosidade criminal, sobretudo a partir de resultados de pesquisas de origem anglo-saxônica que destacam a existência de fracas ou nulas correlações entre ambas as variáveis, principalmente nos casos de estudos populacionais”. Entretanto, “[...] a noção de ‘transtorno mental’, e não mais a de loucura, [...] é o principal fundamento contemporâneo da medicalização do crime e da periculosidade criminal”, o que “faz com que se assegure sua permanência como objeto da psiquiatria”. “Na medida em que se tende a associar etiologicamente a personalidade criminal com transtornos da personalidade [...] a segregação e confinamento dos indivíduos assim diagnosticados acabam sendo as respostas sociais e técnicas em que os universos jurídico-penal e médico, uma vez mais, convergirão” (Mitjavila; Mathes, 2012, p. 1389).

Essa vinculação naturalizada entre crime, perigo e loucura para a normalização da classificação normais/anormais tem servido para legitimar a criminalização de determinadas pessoas consideradas indesejáveis no grupo social — em razão de sua classe, raça (Castelo Branco, 2019) ou gênero (Santos, 2020) — e seu abandono nos hospitais psiquiátricos, o que reforça a estigmatização da “loucura” (Goffman, 1974; Foucault, 2001). E mais: a presunção da periculosidade, diz Fernanda Otoni Barros-Brisset (2018, p. 2), “indubitavelmente [...] permite a realização do genocídio silencioso das pessoas algemadas por tal sentença segregativa”.

Desconstrução da periculosidade como categoria válida à fundamentação da intervenção penal

Nas ciências sociais, a exemplo da criminologia crítica (Castelo Branco, 2019), e do próprio Direito Penal (Fragoso, 2013; Karam, 2002; Carvalho, 2013b; Caetano, 2019), questionamentos são feitos sobre a validade do axioma positivista da periculosidade. Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 638) também aponta:

[...] a inconsistência desses fundamentos: primeiro, nenhum método científico permite prever o comportamento futuro de ninguém; segundo a capacidade da medida de segurança para transformar condutas antissociais de inimputáveis em condutas ajustadas de imputáveis não está demonstrada.

Fernanda Otoni Barros-Brisset (2011, p. 49) afirma que:

[...] essa engenhoca conceitual está a serviço de uma ficção, e mesmo por ser ficção não deixa de ter efeitos mortíferos ao incidir no real dos corpos e das práticas institucionais, na maioria das vezes, calando

e mortificando a resposta do sujeito em sua singularidade inequívoca e impossível de prever.

Esse artifício talvez ainda sobreviva porque alimenta a arte do discurso do mestre, político-gestor, em fazer crer ser possível presumir a periculosidade das pessoas e garantir a segurança para os demais. Contudo, o perigo aí se instala quando essa ideia termina por suturar a possibilidade de novas leituras para os atos humanos e sua articulação intrínseca ao contexto sociológico de cada época.

Mitjavila e Mathes (2012, p. 1391) alertam para possíveis consequências socioculturais da utilização dos modelos etiológicos de construção da periculosidade criminal, e destacam:

[...] sua contribuição à despolitização dos fenômenos da saúde e da criminalidade e, conseqüentemente, à despolitização das instâncias públicas e coletivas e à responsabilização crescente dos indivíduos e suas famílias na provisão de cuidados e no controle da criminalidade.

Claudia Roesler e Leonardo Lage (2013, p. 14), ao analisarem indicadores de periculosidade

[...] encontrados em laudos periciais elaborados pelo IML do Distrito Federal: concluem que (a) muitos indicadores não têm qualquer relação com a doença mental em questão, em especial aqueles relativos à ‘curva vital’ e à ‘morfologia do crime’ [...]; (b) outros, além de terem pouco a ver com a questão da insanidade mental, contêm excepcional conteúdo valorativo; por fim, (c) chama atenção a sua abrangência.

A falta de conexão das perícias com o real singular de cada caso também é apontada por Fernanda de Barros-Brisset e Regina Juncal

(2018, p. 3–4), que aduzem: “[...]partindo de premissas higienistas e ideológicas, as perícias apresentam como possível um mundo que só existe nas confabulações do examinador”, e contaminam e dirigem a doutrina e a prática penal, demonstrando “a força do saber especializado, seu poder sobre os destinos da loucura no âmbito penal”. Lembrando que “[...] a naturalização da loucura como intrinsecamente perigosa, bem como o conceito de periculosidade trata-se de um esquema moral que foi normatizado”; e que o poder que se exerce com o estabelecimento da ideia de um sujeito padrão (que não existe):

[...] contribui historicamente para a padronização de comportamentos, a criação de norma e a noção de desvio. Não diz necessariamente sobre as reais capacidades de pessoas concretamente consideradas (Barros-Brisset; Juncal, 2018, p. 6).

E concluem:

A presunção de que o dito ‘louco infrator’ é uma ameaça intrínseca à sociedade só seria admissível se essa presunção se estendesse a todo e qualquer indivíduo, pois nada mais humano que o crime e a loucura. Fora isso, tal presunção se revela segregativa, destrói possibilidades de conexões inéditas e inviabiliza a construção de uma saída democrática quanto ao modo como nossa sociedade responde aos crimes praticados por quem quer que seja. Afinal, não existe crime normal, todo crime é fora da lei, fora da norma, portanto, anormal (Barros-Brisset; Juncal, 2018, p. 9).

Neusa Maria Guareschi e Mariana Weigert (2015, p. 776) sustentam a importância de se afastar o conceito de periculosidade, e assim

[...] retirar[-se] o principal alicerce de toda a lógica perversa que se volta ao sujeito interno nos

manicômios judiciários brasileiros. E [...], apontar a impossibilidade científica de se precisar o grau de perigo e as futuras condutas de alguém leva todo o regime de verdade estruturado sobre a periculosidade à lenta e irreversível desconstrução.

O Movimento Antimanicomial, que se espalha pelo mundo ocidental a partir das décadas de 1960 e 1970, repercute no Brasil e tem como uma de suas conquistas a promulgação da Lei nº. 10.216/01, denominada Lei de Reforma Psiquiátrica, que estabelece uma nova perspectiva para política de saúde mental, garantindo cidadania à pessoa portadora de transtorno mental, contribuindo para dissociar a loucura do perigo. Além disso, em termos legislativos, em 2015, foi promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146), norma

[...] destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (art. 1º).

O artigo 84 prevê que “[...] a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. E, apenas quando necessário, “[...] a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”.

Portanto, há uma mudança de paradigma no tratamento da autonomia e do exercício de direitos — a exemplo do direito à propriedade, ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto — da pessoa com deficiência mental, considerando sua autonomia e o exercício da cidadania.

Porém, no processo penal, em razão da presunção de periculosidade e do estigma de incapacidade de manifestação, o “louco infrator”

não participa, permanece em silêncio, como advertem Fernanda Barros-Brisset e Regina Juncal (2018, p. 5) — “os peritos falam em seu lugar”. Portanto, considerando o reconhecimento dessas pessoas como sujeitos de direito, se elas são submetidas a um processo, que pode ter como resultado a privação da liberdade, é preciso lhes garantir o acesso à justiça, à fala perante o juiz. As autoras entendem que:

Conferir a esses sujeitos a possibilidade de alçar tal força pulsional ao campo do discurso, servindo-se da língua própria para conferir forma simbólica ao impossível de dizer que precipitou o ato, é uma aposta no laço social: uma sutura no lugar da ruptura. É dar condições para que ele possa estabelecer outras saídas para a sua angústia que não a passagem ao ato, que não o crime, enquanto responde por sua posição, ou seja, seu modo de viver a pulsão. Quanto a isso, somos todos loucos, porque ‘há o gozo’; pulsa no ser uma coisa que ultrapassa a jurisdição do pensamento, pois há uma vontade que não pensa, que não tem governo, nem nunca terá (Barros-Brisset; Juncal, 2018, p. 5).¹²

As críticas que desconstroem o axioma da periculosidade, bem como as alterações legislativas que reconhecem a cidadania das pessoas com deficiência mental, precisam repercutir também na esfera penal — seja do ponto de vista da legislação, seja do da dogmática penal —, possibilitando repensar as formas de controle social exercidas sobre

¹² O PAI-PJ — Programa de Atendimento Integral ao Paciente Judiciário, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, é um dispositivo conector entre o serviço de saúde mental e o poder judiciário, que visa atender o paciente judiciário longe do regime de internação permanente, dos hospitais psiquiátricos. Fernanda de Barros-Brisset e Regina Juncal (2018, p. 8) afirmam que “o êxito do PAI-PJ se mostra não apenas por articular a rede de saúde mental como Poder Judiciário sem se pautar na periculosidade para o direcionamento do tratamento, mas também por demonstrar que, ao ampliar os recursos discursivos e materiais favorecem o laço social, a redução da passagem ao ato é uma resposta, como demonstra a redução a quase zero da reincidência por crimes hediondos”.

as pessoas com deficiência mental. Mas, como sugere Fernanda de Barros-Brisset (2018, p. 3), é preciso dialogar com:

[...] o saber dos 'loucos'. Não é mais possível, [...], que os pré-conceitos sobre a loucura, forjados desde o século XVIII, continuem a determinar e assujeitar tais pessoas a essa tecnologia de controle e mortificação que é a medida de segurança. Portanto, a mudança de paradigmas deve acontecer para além do 'saber especializado'.

INFILTRAÇÃO DA PERICULOSIDADE NO DIREITO PENAL E NO PROCESSO PENAL: AS FISSURAS ABERTAS PARA A SELETIVIDADE PENAL

Embora aparentemente rechaçada em relação aos imputáveis, a periculosidade é também associada à aplicação da pena, assim como na seara processual, especificamente, à decretação da prisão provisória.

Individualização da pena como instrumento de prevenção do crime

Zaffaroni *et al.* (2017, p. 177) alertam:

[...] quando, por evidentes razões política e jurídicas constitucionais e internacionais, vedou-se o uso deste conceito [periculosidade] atrelado a tantos genocídios, esforços para encontrar um equivalente funcional surgiram aferrados às ideologias mais incompatíveis e desencontradas.

É importante ressaltar como o axioma da perigosidade consegue se imiscuir em um denominado Direito Penal do fato. Conforme Zaffaroni *et al.* (2017, p. 176–177), após a falência do positivismo é possível identificar uma série de tentativas de substituir a periculosidade “[...] por outro conceito que — sob o nome de culpabilidade — operasse como seu funcional”. A partir do momento em que a culpabilidade passa a ser considerada, além de categoria do delito, “medida da pena”, abre-se uma brecha para que seja convertida, por alguns, em uma culpabilidade de autor.

Então, à culpabilidade se soma o axioma da individualização da pena. Nesse contexto, observa-se que individualização ganha status de princípio garantista, mas também sem desenvolvimento consistente sobre seus contornos, sua definição. Há um silêncio sobre sua origem pautada nas premissas da criminologia positivista, e seu atrelamento à função da pena de prevenção (tratamento, recuperação ou reintegração social).

É preciso considerar que a proposta inicial de uma teoria de individualização da pena, elaborada por Raymond Saleilles, em 1898, teve por base formulações da escola positiva, isto é, de que a pena, enquanto um meio de defesa e de segurança pública, e não de expiação ou reprovação, deve se adequar à natureza da perversidade do agente, para impedir que se revele em novos atos.¹³

Em sua monografia sobre esse tema, Saleilles (2006, p. 135 e 228 e 235–237) sustenta que “[...] é necessária uma individualização fundada na criminalidade subjetiva do ato”, “segundo a criminalidade passiva do agente”, considerando a intensidade da criminalidade, com “amplo espaço à apreciação judicial”, a partir da classificação dos agentes em incorrigíveis (tendo por base a

¹³ Saleilles (2006, p. 124) refere que “[...] já em 1869, Walhberg, ao mesmo tempo que colocava em circulação a própria palavra individualização, já estabelecia com riqueza de detalhes que conservam hoje sua importância, a relação indispensável entre a subjetividade psicológica do indivíduo e a determinação da pena”.

reincidência), os que não necessitam de reforma (com ausência de delito anterior) e recuperáveis.

A individualização, portanto, inicialmente foi pensada para ser um instrumento de reintegração social, para adequar a pena ao indivíduo, visando compatibilizar a organização jurídica tradicional com certas soluções da escola italiana (Saleilles, 2006). Saleilles propõe que a natureza da pena deve ser determinada segundo a criminalidade passiva do agente (a que se identifica com o fundo do caráter), isto é, a natureza do agente, a origem da criminalidade individual, a intensidade e o tipo de criminalidade devem ser consideradas no momento da individualização pelo juiz. Enquanto isso, a medida terá como critério a criminalidade ativa (fator psíquico que deu origem ao impulso do crime), isto é, o motivo (Saleilles, 2006).

Segundo Ferrajoli (2002, p. 366–367), o problema da justificação da “[...] medida da pena, independente do delito cometido, é um problema moral e político”. Como diz Zaffaroni (2011, p. 259)¹⁴:

[...] não é possível ignorar os dados sociais sobre o efetivo exercício do poder punitivo possibilitado pela lei penal. E o certo é que, ao longo da história — seja lá o que diz o direito penal — o poder punitivo sempre foi exercido escolhendo pessoas, ou seja, invariavelmente como se o direito penal fosse de autor, o que, com variações por vezes importantes, continua até o presente.

É possível perceber na legislação penal brasileira, mesmo após a reforma da Parte Geral do Código Penal, ocorrida em 1984, a influência da Escola Positiva e o quanto alguns critérios a serem considerados pelo juiz para a individualização da pena estão pautados

¹⁴ No original: “no es posible ignorar los datos sociales acerca del efectivo ejercicio del poder punitivo habilitado por la ley penal. Y lo cierto es que, a lo largo de la historia — dijese lo que dijese la ley penal — el poder punitivo se ejerció siempre eligiendo personas, o sea, invariablemente como si el derecho penal fuese de autor, lo que, con variantes a veces importantes, continúa hasta el presente” (Zaffaroni, 2011, p. 259).

na ideia de periculosidade, ainda que parte da doutrina entenda que a reprovação, como juízo de valor da culpabilidade, deva levar em consideração a conduta do agente e não quem ele é.

O artigo 59 do Código Penal estabelece que, para determinação da pena, devem ser considerados: “[...] culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime”, o que se aproxima muito dos critérios sugeridos por Enrico Ferri (2006, p. 139) para avaliação da periculosidade criminal: “[...] a gravidade do delito, os motivos determinantes e a personalidade do agente”, principalmente no que diz respeito a esse último. O autor italiano refere-se à obrigação de juntada da certidão de antecedentes penais ao processo como mais um indicativo da “necessidade de conhecer a personalidade do agente”; e à necessidade de a “personalidade do sujeito ser colocada em primeiro plano”, pela lei penal, “[...] com um sistema de normas que deem realidade ao princípio da Escola Positiva, a saber: adaptar a sanção do crime à periculosidade do criminoso” (Ferri, 2006, p. 163).

Nesse sentido, Michael Foucault (1987, p. 165) adverte:

[...] utilizar de processos de individualização para marcar exclusões — isso é o que foi regularmente realizado pelo poder disciplinar desde o começo do século XIX: o asilo psiquiátrico, a penitenciária, ..., de um modo geral todas as instâncias de controle individual funcionam num duplo modo: o da divisão binária e da marcação (louco-não-louco; perigoso-inofensivo; normal-anormal); e o da determinação coercitiva, da repartição diferencial (quem é ele; onde deve estar; como caracterizá-lo, como reconhecê-lo; como exercer sobre ele, de maneira individual, uma vigilância constante etc.).

Vinícius Machado (2009, p. 92–93), ao analisar 501 procedimentos de aplicação da pena em sentenças condenatórias proferidas

no Tribunal de Justiça do Distrito Federal nos anos de 2006 a 2007, observa que a culpabilidade é a circunstância judicial mais utilizada para justificar a fixação da pena base acima do mínimo legal (aparecendo em 76,5% desses casos). A análise de tal circunstância, entretanto, aparece como um discurso mecânico, automático, utilizando “[...] expressões como ‘a conduta demonstrada pelo acusado evidencia regular índice de reprovabilidade, tendo em vista que possuía o potencial conhecimento da ilicitude dos fatos, sendo socialmente reprovável o seu proceder quando dele se exigia comportamento diverso’ ou é reprovável porque praticou determinada conduta — subtraiu ou tirou a vida de alguém. Nesse último caso, a avaliação da culpabilidade se equipara à avaliação do estado perigoso, ou seja, ela se revela através do crime praticado, segundo ensinamentos de Grispigni.¹⁵ No Brasil, o principal marco dos fundamentos normativos para aplicação da pena são os princípios da individualização e da proporcionalidade da pena, sem que exista, entretanto, um suporte teórico sistematizado, adequado, aprofundado para sua interpretação e aplicação. No tocante à individualização, sua análise é feita, principalmente, a partir do disposto na legislação penal. Observa-se, de forma geral, o tímido desenvolvimento da dogmática penal nesse aspecto, com forte influência ainda da criminologia positivista na definição de tais critérios, tanto do ponto de vista teórico quanto do ponto de vista da individualização judicial.

¹⁵ Segundo Heitor Carrilho (1948, p. 34), Filippo Grispigni desenvolveu considerações “[...] no sentido de demonstrar que o primeiro elemento sobre o qual se baseia a apreciação da periculosidade é precisamente o delito realizado, o qual, no seu entender, sendo um meio para a apreciação do psiquismo do autor e tendo, portanto, além de um valor causai, também um valor sintomático, é o elemento apropriado para um juízo neste sentido. E diz, textualmente: ‘O crime é sempre o elemento de primária e decisiva importância para o juízo da periculosidade’”. Segundo Anibal Bruno (1977, p. 32), “Grispigni põe em consideração, para o estudo da periculosidade, os seguintes elementos: 1º. O delito cometido, elemento para ele de máximo valor sintomático. 2º. Conduta posterior ao delito. 3º. A vida anterior. 4º. Perícia antropológica ou psiquiátrica”.

Pesquisas que têm por objeto sentenças condenatórias de mulheres pela prática do crime de tráfico de drogas revelam como a prática desse delito por si só é considerada como indicativo da periculosidade das réas. Acrescenta-se que são pesquisas que informam os perfis das condenadas como mulheres negras e economicamente vulnerabilizadas. Nessas decisões também se repete a generalização dos critérios valorados pelo/as magistrado/as. O fundamento para imposição da pena superior ao mínimo legal foi a má conduta social da ré — uma vez que ela não possuía ocupação lícita, obtendo seu sustento somente através do tráfico de drogas — e as graves consequências do crime, tendo em vista que ‘[...] corrompe o indivíduo, a família e a sociedade, sendo ‘porta de entrada’ para outros crimes de elevada violência, psíquica e física [...]’ (Prado; Silva, 2020, p. 137).

A periculosidade também se infiltra na consideração dos antecedentes e da reincidência. No primeiro caso, há decisões que contrariam o princípio da presunção de inocência e afastam a pena do mínimo legal com base em inquéritos policiais, sentenças criminais, absolutórias ou condenatórias, ainda não transitadas em julgado (Machado, 2009, p. 98; Fernandes; Oliveira; Fernandez, 2020, p. 171–173). Além disso, os antecedentes, segunda circunstância com maior destaque na fundamentação da dosimetria da pena nas sentenças analisadas por Machado (2009, p. 98–99), por vezes eram referidos de forma sintética “os antecedentes são desabonadores” ou “registra maus antecedentes”.

Vale lembrar que a reincidência em crime doloso, na redação original do Código Penal de 1940, estava prevista entre as hipóteses de presunção de periculosidade (art. 78, IV), seguindo orientação da criminologia positivista. Além disso, atualmente, é uma das agravantes previstas no artigo 61, inciso I, do Código Penal Brasileiro, além

de repercutir em diversos momentos da execução da pena — desde a determinação do regime inicial de cumprimento da pena à concessão ou vedação de direitos.

Assim como a loucura, a reincidência foi associada à existência de um impulso criminoso intrínseco à pessoa que comete um crime ou à sua perversidade. Nesse sentido, Heitor Carrilho (1948, p. 40), ao aderir aos ensinamentos da Escola Positiva, diz que o reincidente é aquele que:

[...] não se adaptou e persistiu na atividade antissocial, é o que permaneceu insensível às normas corretivas e passou indiferente a todas as boas sugestões e tratamentos para a vida harmônica. A reincidência é, não raro, a clara revelação de impulsões e de perversões.

Verifica-se, portanto, como adverte Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 233), que “[...] a dogmática penal se apoia em crenças e fundamentos teóricos totalmente desacreditados pelo conhecimento contemporâneo”.

A defesa da reincidência como reveladora da periculosidade, nos termos postos por Carrilho (1948, p. 40), desconsidera as possíveis causas externas da reiteração de condutas consideradas criminosas. O autor, além disso, afirma que peritos, ministério público, juiz e administração penitenciária se esforçam para garantir a regeneração do condenado; nesse último caso,

[...] humanizando, como deve[m], a privação da liberdade, aplica[m] os processos terapêuticos que se supõem capazes de regenerar o reincidente. Mas, apesar desses esforços, não raro, triunfam as razões da reincidência.

Tais razões se apartam da realidade social, do concreto funcionamento do sistema penal e das repercussões do sistema prisional sobre os indivíduos a ele submetidos.

Em pesquisa realizada em 374 sentenças condenatórias do Distrito Federal, Machado (2009, p. 101) verifica que a personalidade aparece como terceira circunstância mais citada para justificar a pena acima do mínimo legal (47,7%). Machado (2009, p. 102–103) registra que

[...] as sentenças condenatórias se pautam pelo determinismo em 90% dos casos, o que se notabiliza em expressões como ‘personalidade voltada para o crime’, ‘personalidade distorcida’, ‘personalidade comprometida com a prática de delitos [...]’

Muitas dessas expressões trazem sua própria justificação. O que falta, prossegue o autor, é

[...] o individualizar nos procedimentos de aplicação da sanção penal. [...] Esse sujeito é apresentado em um discurso pronto, cujo teor já cuida de seu caráter delinquente, da sua natureza anormal, de sua tendência ao crime. Se os indivíduos são sempre os mesmos, ‘farinha do mesmo saco’, o individualizar perde o sentido (Machado, 2009, p. 129).

Dina Alves (2017, p. 112), ao analisar o caso de uma mulher “negra, sem dentes, homossexual, carroceira e vivendo nas ruas da cidade”, flagrada com 18 pedras de crack e R\$ 540,00, e com onze passagens pelo sistema prisional paulista até 2014 em razão do tráfico de drogas, registra:

Embora a quantidade de droga apreendida e seu estado de penúria sugerisse que D. Joana fosse apenas uma vendedora localizada no andar de baixo do lucrativo comércio de drogas, ela teve a condenação de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão no regime inicialmente fechado, sob a alegação do juiz de que é uma ‘perigosa’ traficante de drogas. Na sentença, o juiz — um jovem branco,

de acordo com Dona Joana — afirmou que a mulher tinha ‘um caráter incorrigível’ e demonstrava ‘uma personalidade deformada e voltada à prática delituosa’.

Dina Alves (2017, p. 112) observa que a condenação baseada em sua “temibilidade” contrasta “com a leniência jurídica sobre jovens de classe média envolvidos com o tráfico de drogas”. E chama atenção para

[...] os termos subjetivos da sentença que indicam a suposta predisposição pessoal para o crime revelam/escondem uma ‘episteme racial’ (Fanon, 1967) que nos remete aos discursos científicos do século XIX.

Dina Alves, no artigo *Rés negras, juízes brancos*, reporta o caso de uma mulher negra, empregada doméstica, que aos 29 anos de idade foi condenada, pelo roubo de um prestobarba e de R\$ 41,00, em uma farmácia, a uma pena de 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão. Além disso, foi decretada a perda do pátrio poder dos filhos menores e a inclusão deles em casa de adoção. Na versão da ré, ela não estava dentro do estabelecimento no momento do fato. Na fundamentação da sentença constava que “a ré apresenta personalidade voltada para o crime e, portanto, não tem condições de ter convivência com seus filhos, ensejando assim a majoração da reprimenda”. Alves (2017, p. 116) constata: “[...] a sentença não pune apenas Verônica, mas criminaliza a maternidade negra”.

É certo que não é comum encontrar menção expressa preconceituosa ou discriminatória relacionada às questões de gênero, classe ou raça. Porém, isso não significa que esses marcadores não interfiram na valoração das circunstâncias a que têm conhecimento magistrados e magistradas, como pondera Debora Moreno (2019). A autora observa, por outro ângulo, a omissão dos magistrados de neutralizar as condições econômicas e a maternidade das rés negras, desconsiderando circunstâncias quando estas deveriam interferir no abrandamento da punição.

Juarez Tavares (2011, p. 129) assinala que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal devem ser ponderadas e submetidas ao crivo de necessidade e proporcionalidade. Assim, após exame da culpabilidade, os demais critérios, complementares “[...] devem ser considerados em favor do réu, e não contra ele”. Entretanto, não é isso que acontece nas sentenças de uma forma geral. O que se verifica, muitas vezes, é o registro de circunstâncias desfavoráveis, apenas.

Outra referência generalizante, comum nas sentenças condenatórias por tráfico de drogas, diz respeito à motivação do crime, isto é, ao “desejo de lucro fácil”, como destacam Daniel Fernandes, Debora Oliveira e Gabriel Fernandez (2020). Os autores e a autora confrontam a assertiva a partir da crítica feita por Vera Malaguti Batista ao risco de morte a que se expõem as pessoas envolvidas com o tráfico de drogas, bem como a exploração a que são submetidas algumas pessoas, que ficam apenas com uma pequena parte do lucro; trata-se, portanto, de atividade de alto risco. Algumas vezes, à atividade ilícita se soma algum trabalho lícito, subsistindo, ainda assim, a dificuldade financeira. Fernandes, Oliveira e Fernandez observam a vulnerabilidade socioeconômica dessas pessoas, a despeito do lucro apontado nas decisões, e como ela é ampliada a partir da intervenção penal.¹⁶

Mais uma vez é percebida a distorção da análise da condição econômica das rés, colocando-as na condição de merecedoras de maior punição, quando o contrário seria o mais acertado, em contraposição ao Direito Penal do autor.

Vê-se, pois, que predomina a aplicação da pena fundada em formas de conduta de vida — como elemento da culpabilidade que encobre a periculosidade como pano de fundo, muitas vezes não especificadas. Embora parte da doutrina pretenda estabelecer limites à

¹⁶ Os autores e a autora inclusive concluem que “[...] seria possível afirmar que a valoração da ideia de lucro fácil para ampliar a pena figuraria como forma bis in idem, de ‘dobra de punição’ inconstitucional” (Fernandes; Oliveira, Fernandez, 2020, p. 163–164).

culpabilidade como medida da pena e à individualização, este não é o posicionamento que predomina na prática judicial.

A despeito da doutrina brasileira conferir à periculosidade apenas a função de fundamento da intervenção penal para os “loucos infratores”, e sustentar a culpabilidade como medida da pena, percebe-se que os postulados deterministas prevalecem no que diz respeito à individualização judicial da pena, favorecendo à seletividade de pessoas vulnerabilizadas pela classe, pela raça e/ou pelo gênero.

Perigo para ordem pública como fundamento da prisão cautelar

A periculosidade também está presente, de maneira implícita, no Direito Processual Penal, vinculada ao instituto da prisão cautelar. Nesse caso, verifica-se que a referência à periculosidade remonta à associação que a Escola Positivista construiu entre periculosidade e “reiteração criminosa”,¹⁷ habitualidade e modo de vida sob a roupagem de “garantia da ordem pública”, inclusive

[...] quando a motivação é baseada em fatos ligados à pessoa do acusado (periculosidade, por exemplo) e não à conduta por ele praticada, as chances da prisão se prolongar por todo o processo são exponencialmente aumentadas, sobretudo porque elementos intrínsecos à pessoa do agente o acompanham indefinidamente (Chaves Junior; Silva, 2020, p. 67).

Juan Antonio Lascuraín (2013), ao tratar sobre a prisão provisória mínima, diz que a prisão cautelar é a expressão com que denominamos uma das instituições jurídicas que mais custa se encaixar

¹⁷ O que justificou, inclusive, por um tempo — da promulgação do Código Penal de 1940 à sua reforma em 1984 — a adoção do sistema do duplo binário (imposição de medida de segurança também para imputáveis perigosos).

em um ordenamento jurídico de legitimação democrática. Por isso deve ser medida excepcional. De acordo com o Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

A primeira hipótese diz respeito à “garantia da ordem pública”, cuja origem, segundo Aury Lopes e Alexandre Morais da Rosa (2015), remonta à Alemanha da década de 1930, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Inclusive, pesquisas revelam o recurso frequente a esse fundamento para decretação de prisões cautelares no Brasil, associando-o à periculosidade do agente ou ao receio de reiteração criminosa. Os autores entendem tratar-se de previsão inconstitucional, por não ter função cautelar, pois não tutela o processo, mas transforma a prisão em medida de segurança pública, “de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal”; além de ser “imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade”, sendo impossível diagnosticar a perigosidade do agente (Lopes Junior; Rosa, 2015).

Odone Sanguiné também entende que, nessa hipótese, a prisão “nada tem que ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição”, mas lhe é atribuída função de segurança da sociedade contra a criminalidade. “Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza” (Sanguiné, 2001, p. 29).

Pesquisa realizada para investigar os elementos estruturais e ideológicos que fomentam o uso abusivo da prisão provisória no Brasil (especificamente no Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Paraíba, Tocantins, Santa Catarina e São Paulo), concluiu, após análise de julgados sobre tráfico de drogas, que a frequência do argumento da ordem pública como balizador das decretações das prisões revela “[...] um padrão decisório que perpassa os diferentes tribunais de justiça das capitais pesquisadas” (Azevedo *et al.*, 2018).

Esse mesmo Relatório (Azevedo *et al.*, 2018, p. 264) registra que, no tocante ao crime de roubo, em alguns dos Tribunais (SC, SP e RS), a “garantia da ordem pública” e a reincidência dos pacientes foram determinantes para a manutenção da prisão preventiva, “desconsideradas as condições subjetivas favoráveis, como residência fixa e emprego lícito”.

Da mesma forma que na individualização da pena, ao avaliar a necessidade de garantia da ordem pública, os tribunais reconhecem os registros de antecedentes relativos a atos infracionais ou a condenações sem o trânsito em julgado como indicativos de perigo de reiteração delitiva e da personalidade voltada para o crime, e não concedem a liberdade, na maioria dos casos. Conforme observado por Azevedo *et al.* (2018, p. 275), “A reincidência, por sua vez, é lida frequentemente como elemento que incide negativamente sobre a personalidade do acusado”.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal, em convênio com o Tribunal de Justiça da Bahia (IBADPP, 2017, p. 32), ao realizar pesquisa sobre as audiências de custódia realizadas em Salvador, verificou que, das 285 decisões analisadas que decretaram prisão preventiva, 114 fizeram referência à periculosidade do sujeito como fundamento, em conjunto ou não com outros requisitos legais; e em 199 casos, o receio da reiteração criminosa foi fundamento para decretar a prisão.

Bernardo Leão e Alessandra Prado (2021), ao analisar 67 casos de furto apreciados pelo Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador,

no ano de 2018, constataram que em todas as ocasiões as autoridades judiciárias apontaram para a necessidade de decretar a cautelar prisional como forma de impedir a reiteração delitiva, fundamentando suas decisões na periculosidade do sujeito ou no fundado receio de reiteração criminosa; em alguns casos, nas duas coisas. Observam os autores que “[...] tais termos, frequentemente, foram usados com enorme abstração, sem qualquer referência a elementos específicos da situação fática analisada” (Leão e Prado, 2021, p. 1732), e que

[...] em algumas decisões, as autoridades judiciárias fizeram questão de ressaltar que ‘o fato do agente ser primário e ter residência fixa, não lhe garante alvará permanente de impunidade’ (APF nº 0341277-75.2018.8.05.0001) (Leão; Prado, 2021, p. 1736).

Nesse mesmo sentido, sinalizam os resultados encontrados na análise de decisões dos Tribunais de Santa Catarina, São Paulo e Rio Grande do Sul, constantes no *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais* (Azevedo et al., 2018), referentes aos crimes de furto, observando-se que foram mantidas prisões preventivas sob os argumentos de “garantia da ordem pública” e da reincidência, acrescentando que foram “[...] desconsideradas as condições subjetivas favoráveis, como residência fixa e emprego lícito e, também a projeção de regime menos gravoso em caso de condenação” (Azevedo et al., 2018, p. 264).

Pesquisa realizada por Chaves Junior e Silva (2020, p. 66 –70), que teve por objeto acórdãos do TJSC, também encontra como resultado a decretação ou a manutenção da prisão cautelar com base em “características do sujeito, notadamente à sua periculosidade”; além das referências à “reiteração da conduta delitiva” e a “fazer do crime meio de vida”.

Portanto, a periculosidade também está presente, de maneira implícita no ordenamento jurídico, no Direito Processual Penal, vinculada ao instituto da prisão cautelar e de forma expressa nas decisões judiciais.

Nesse caso, verifica-se que a referência à periculosidade remonta à associação que a Escola Positiva construiu entre periculosidade e “reiteração criminosa”.¹⁸

Em geral, verifica-se alto grau de abstração na avaliação da periculosidade, o que serve como indicativo de risco para a ordem pública nas decisões, dada a falta de indicação de circunstâncias fáticas específicas para sua caracterização (Leão; Prado, 2021, p. 1732). Por vezes, a perigosidade é identificada com a possibilidade de reiteração criminosa, fazendo-se referência à “[...] mera existência de antecedentes criminais, ações penais em curso ou outras prisões preventivas decretadas”¹⁹ (Leão; Prado, 2021, p. 1733); ou associada “[...] à necessidade de garantir a ordem pública, de preservar a paz social ou de garantir a aplicação da lei penal” (Leão; Prado, 2021, p. 1732).

E assim surge mais uma brecha para que o Direito Penal do autor se infiltre também no processo penal e opere a seletividade do sistema penal (Leão; Prado, 2021; IBADPP, 2017; IDDD, 2019).

A interferência de estereótipos na apreciação dos casos de prisão em flagrante, embora não conste expressamente nas decisões, é reconhecida pelos atores envolvidos com as audiências de custódia em alguns Estados brasileiros (SP, RJ, PE, RS, DF), segundo consta na análise de entrevistas realizadas e registradas no *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais* (Azevedo et al., 2018, p. 298), as quais comunicam:

[...] a existência de um saber profissional acumulado que indica que os operadores da justiça criminal são

¹⁸ O que justificou, inclusive, por um tempo — da promulgação do Código Penal de 1940 à sua reforma em 1984 — a adoção do sistema do duplo binário (imposição de medida de segurança também para imputáveis perigosos).

¹⁹ “Há caso no qual a ficha de antecedentes criminais teve o condão de demonstrar ao órgão julgador que o sujeito [...] atesta história de vida caracterizada pela delituosidade, já tendo ele dado mostras de haver optado pela criminalidade como estilo de vida, podendo vir a cometer novos delitos da mesma espécie” (Bahia. APF nº 0341277-75.2018.8.05.0001)” (Leão; Prado, 2021, p. 1733).

capazes de ‘bater o olho’ e reconhecer na aparência e na apresentação corporal do acusado um conjunto de informações relevantes para a sua decisão, o que pode explicar a filtragem racial e a reprodução de um tratamento desigual entre negros e brancos.

Em um outro texto, Jaqueline Sinhoretto (2022, p. 73–74), que também participou da pesquisa acima citada e realizou análise dos dados, informa que “a este saber do reconhecimento de quem é ou não criminoso utilizando apenas o olhar sobre o corpo os policiais dão o nome de *tirocínio*”, prática à qual a autora atribui estreita correlação com a filtragem racial, e que, nas audiências de custódia, é assimilada pelos atores da justiça criminal.

Onde se esperaria a mobilização de um saber jurídico sobre direito processual, garantias do acusado, direitos constitucionais, encontra-se a o reforço de ‘bater o olho’ e formar o juízo a partir dos sinais exibidos na corporalidade, onde estão presentes todas as marcas da racialização, do gênero, da posição de classe.

Para vários operadores jurídicos, a satisfação com a criação das audiências de custódia não está relacionada à possibilidade de ser uma instância de recurso judicial capaz de frear a filtragem racial. Ao contrário, os operadores acreditam que a audiência de custódia trouxe a oportunidade também para eles de ‘bater o olho’ e mobilizar o tirocínio na decisão judicial. Na maioria dos casos, como foi mostrado na análise quantitativa, a filtragem racial é confirmada.

A análise jurídica do caso tem, para eles, menor relevância do que o conhecimento obtido através do olhar sobre o corpo. Esta é a porta aberta para que os estereótipos e a estigmatização do corpo da pessoa que é apresentada à audiência de custódia prevaleçam

em relação à isonomia de tratamento baseada em direitos fundamentais. Desta forma, o *saber sobre o criminoso* prevalece em relação ao *saber sobre a conduta* (Sinhoretto, 2022, p. 73–74, grifo do autor).

A partir de dados analisados por Bernardo Leão e Alessandra Prado (2021, p. 1727), referentes a 477 pessoas presas em flagrante em Salvador no ano de 2018, com relação ao perfil racial, observa-se que:

2 foram identificadas como pretas, 288 como pardas e 87 como negras, sem esclarecimento se eram pardas ou pretas, ao passo que apenas 2 foram identificadas como brancas e 1 como amarela. Por fim, 97 tiveram a raça/etnia não identificada no auto de prisão em flagrante. A identificação dessas características é feita pela autoridade policial. Portanto, não há como se precisar se a identificação racial é baseada na autodeterminação ou na heterodeterminação. Destacamos que, na cidade cuja população é identificada como 45,6% parda, 36,5% preta e 17,1% branca (IBGE, 2017), dentre as 380 pessoas alcançadas pelas autoridades policiais com alguma identificação racial, apenas 2 (0,52%) foram identificadas como brancas, enquanto as outras 98,68% foram identificadas como negras. Verifica-se, portanto, a sub-representação das pessoas brancas, enquanto uma sobre representação das pessoas negras.

Da mesma forma, o *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais* (Azevedo *et al.*, 2018, p. 296) assinala que “[...] o tratamento judicial é mais duro para os acusados negros, incluindo o que se passa na audiência de custódia”. Destacam-se, a seguir, os dados referentes a São Paulo, Estado que possui a maior população carcerária do país:

[...] entre as pessoas brancas conduzidas à audiência de custódia 49,4% permaneceu presa e 41% recebeu

liberdade provisória com cautelar. Entre os negros (que são maioria na amostra) 55,5% teve a prisão mantida e 35,2% recebeu liberdade provisória com cautelar, o que indica que o tratamento judicial é mais duro para os acusados negros, incluindo o que se passa na audiência de custódia (Azevedo *et al.*, 2018, p. 74).

Em relação à cor/raça, 68% dos presos eram negros (considerando a soma de pretos e pardos). Levando-se em consideração que o percentual de habitantes negros na cidade de São Paulo gira em torno de 35%, é possível observar a sobrerrepresentação de negros presos em flagrante na capital (Azevedo *et al.*, 2018, p. 88–89).

No caso específico da “garantia da ordem pública”, segundo Cristina Zackseski e Patrick Gomes (2016, p. 110), sua indeterminação pode corresponder “[...] ao que não pode ser dito, pois ao dizê-lo o legislador ou o intérprete da lei poderia contrariar outros dispositivos legais, direitos fundamentais e princípios constitucionais”.

Vera Regina Pereira de Andrade (2003) chama a atenção para o fato de que a imprecisão da linguagem, a fluidez de limites e contradições internas estão presentes tanto no ordenamento jurídico quanto na dogmática penal. É o que observamos em relação à periculosidade e seus desdobramentos — a norma penal a toma, implicitamente, como pressuposto e a dogmática não lhe confere definição precisa; da mesma forma, isso acontece com os termos individualização da pena (está prevista expressamente no texto constitucional art. 5º, CF, mas não definida) — e a garantia da ordem pública (prevista no Código de Processo Penal, mas não definida).

Referências, veladas ou explícitas, à periculosidade podem ser um instrumento, como diz Dina Alves (2017, p. 113–114), por meio do qual os “[...] juízes adaptam, conscientes ou inconscientemente, os discursos racializados em pressupostos subjetivos para justificar punições e criminalizar os grupos vulneráveis.”

A periculosidade, a individualização da pena e a garantia da ordem pública são, portanto, formulações que favorecem à permanência do chamado racismo institucional, isto é:

[...] um sistema generalizado de discriminações inscritas nos mecanismos rotineiros, assegurando a dominação e a inferiorização dos negros sem que haja necessidade de teorizá-la ou justificá-la pela ciência (Pires; Lyrio, 2014, p. 9).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora, atualmente, a dogmática seja conformada para instrumentalizar e legitimar o poder de punir pela legalidade e pela construção de um Direito Penal do fato (Andrade, 2003) — a exemplo do garantismo de Ferrajoli (2006)—, de uma forma geral, não conseguiu se desprender da base etiológica e determinista, como, por exemplo, do binômio periculosidade/defesa social.

Com todas as críticas apresentadas ao longo dos anos pelas criminologias da reação social, ainda que uma nova perspectiva de racionalização do Direito Penal tenha se vislumbrado, a periculosidade continua pautando institutos e construções teóricas, mesmo que implicitamente.

Apesar de todas as críticas à formulação do axioma da periculosidade pela Escola Positiva, a ideia de que pessoas representam risco à sociedade pela probabilidade de voltar a delinquir teve ampla repercussão na dogmática penal. Essa concepção justifica a intervenção penal em relação a indivíduos anteriormente excluídos da responsabilização penal, como é o caso das pessoas com deficiência mental; a legislação dela derivada passou a prever a aplicação de medidas de segurança como meio de proteger a sociedade e, ao mesmo tempo, possibilitar a regeneração do indivíduo perigoso.

Para não ceder espaço e poder às ciências médicas no tratamento do “criminoso”, escolas penais italianas e alemãs conciliaram dogmas que, à primeira vista, poderiam parecer excludentes. Assim, a construção de um Direito Penal do fato não se fez de forma integral, mas com fissuras provocadas pela infiltração da noção de periculosidade como base para a determinação da pena, bem como para a decretação de prisão provisória.

É necessário que a movimentação que se iniciou nos anos 1970, que implicou em uma revisão da política pública em saúde mental — com a promulgação da Lei de Reforma Psiquiátrica — que estremece as paredes da dogmática penal, repercuta em sua desconstrução.

No tocante à pena, ao considerar que a culpabilidade servirá como sua medida, mas sem desenvolver uma sistematização teórica consistente sobre aplicação da sanção, a dogmática penal acaba por admitir formulações da escola positivista que servirão como substrato dos critérios de individualização da pena.

A aplicação do conceito de periculosidade à individualização da pena e à prisão cautelar dos inimputáveis em razão de deficiência mental tem efeitos semelhantes. Isso cria uma brecha para a seletividade do sistema penal, levando à criminalização e à estigmatização de determinados grupos, sem mencionar os efeitos do aprisionamento, que resultam em uma mortificação de uma subjetividade. A presença da periculosidade como fundamento da intervenção penal é incompatível com um sistema que se pretende garantidor.

É fundamental reconhecer que a dogmática penal deve ser reestruturada por meio de uma análise crítica do funcionamento do sistema penal, apartada dos dogmas deterministas, em uma relação integrativa com outros saberes. Isso inclui um diálogo com as pessoas que são objeto do saber produzido pelas ciências da saúde e pelas ciências criminais, para que se promova uma abordagem mais abrangente e interdisciplinar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *Revista CS*, Cali, n. 21, p. 97–120, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Renato Sérgio de; CIFALI, Ana Cláudia; FERREIRA, Carolina Costa; FREIRE, Christiane Russomano; SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina; D'ÁVILA, Maria Clara; LUCENA, Mariana Barrêto Nóbrega de; CARLAN, Fernanda Koch; ALBUQUERQUE, Laura Gigante; GOULART, Laura; PELUSSO, Osmar; DALOSTO, Pedro; GARCIA, Tamires; PRÖGLHÖF, Patrícia Nogueira. *Direitos e garantias fundamentais: audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. Genealogia do conceito de periculosidade. *Responsabilidades: Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário — PAI-PJ*. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 37–52, 2011.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de; JUNCAL, Regina Geni Amorim. O que diriam os “loucos”? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 144, p. 441–473, jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 629109/ES. Penal. Agravo regimental em Habeas Corpus. Crime de homicídio. Dosimetria. Pena-base. Análise desfavorável da culpabilidade, personalidade, conduta social e consequências do crime. Fundamentos genéricos e inerentes ao

tipo penal. Afastamento da valoração negativa e redução da pena concedidos. Pleito Ministerial de restabelecimento da exasperação. Não cabimento. Agravo regimental não provido. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Wanderson Omar Simon. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 2022b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus 455452/PR. Execução. Medida de Segurança. Extinção. Exame de cessação de periculosidade. Necessidade. Precedentes do STJ. Recurso não provido. Agravante: Roseli da Aparecida Ferreira. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 727509/PR. Processo penal. Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Associação criminosa. Arma. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta. Reiteração delitiva. Condições favoráveis. Irrelevância in casu. Medidas cautelares diversas. Impossibilidade. Impetrante: Bruna Mitsui Hara. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro, 2022a. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRUNO, Anibal. *Perigosidade e medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo 3: pena e medida de segurança. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAETANO, Haroldo. *Loucos por liberdade: Direito Penal e loucura*. Goiânia: Escolar Editora, 2019.

CARRILHO, Heitor. Psicogênese e determinação pericial da periculosidade. *Arquivos de Neuro-Psiquiatria*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 25–46, jan./mar. 1948,.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013b.

CASTELO BRANCO, Thayara. *A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CHAVES JUNIOR, Airto; SILVA, Luciana Bittencourt Gomes. Análise teórico-empírica da prisão cautelar para garantia da ordem pública. *Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal*, Brasília, v. 2, n. 3, p. 53–77, 2020.

FERNANDES, Daniel F.; OLIVEIRA, Debora M. M.; FERNANDEZ, Gabriel V. C. Discursos sobre o tráfico de drogas: uma análise das sentenças de mulheres em regime fechado no Conjunto Penal Feminino de Salvador/BA. In: PRADO; Alessandra R. M.; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes de; FERNANDES, Daniel Fonseca. *Retratos do sistema penal: política de drogas e discurso jurídico*. Salvador: Eduneb, 2020. p. 151–181.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974–1975)*. Tradução Eduardo Brandini. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução Raquel Ramalheite. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARÓFALO, Rafael. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Tradução Júlio de Matos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916.

GOFFMAN, Erving. *Manicômio, prisões e conventos*. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974.

GUARESCHI, Neusa Maria de Fátima; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. A execução das medidas de segurança e a Lei de Reforma Psiquiátrica no Brasil contemporâneo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 10, n. 2, p. 768-787, 2015.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno*. Madrid: Editorial Reus, 1920.

LEÃO, Bernardo; PRADO, Alessandra. A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 1713, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva. *Conjur.* 6 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em: 28 jan. 2023.

MACHADO, Vinícius da Silva. *Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) — Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

MITJAVILA, Myriam Raquel; MATHES, Priscilla Gomes. Doença mental e periculosidade criminal na psiquiatria contemporânea: estratégias discursivas e modelos etiológicos. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, ano 22, v. 4, p. 1377-1395, 2012.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no Direito Penal brasileiro: inimputabilidade,

irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 9, p. 335–355, maio/ago. 2002.

PRADO, Alessandra R. Mascarenhas; SILVA, Bruna Couto da. A insuficiência de provas e a criminalização de mulheres pela conduta de tráfico de drogas. In: PRADO; Alessandra R. Mascarenhas; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes de; FERNANDES, Daniel Fonseca. *Retratos do sistema penal: política de drogas e discurso jurídico*. Salvador: Eduneb, 2020. p. 111–150.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ROESLER, Claudia; LAGE, Leonardo. A argumentação do STF e do STJ acerca da periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 104, p. 347–392, set./out. 2013.

SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*. Tradução Tahis Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.9, n.107, p. 29-31, out. 2001.

SINHORETTO, Jaqueline. O joio e o trigo: seletividade nas audiências de custódia. In: PRADO, Alessandra R. Mascarenhas; ROMÃO, Vinícius A. (org.). *Audiências de custódia no Brasil: a prática em debate*. Salvador: Edufba, 2022. p. 68–81. (PDF) Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/35784>. Acesso em: 20 nov. 2022.

SOLER, Sebastián. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor, 1929.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação*. uma

contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121–152.

ZACKSESKI, Cristina Maria; GOMES, Patrick Mariano. O que é ordem pública no sistema de justiça criminal brasileiro? *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 108–125, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. 2, t. 2.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. En estado de derecho sólo hay delinquentes. In: NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 251–278.

A NATUREZA FEMININA COMO ELEMENTO DA PERIGOSIDADE: CRIME, MULHERES E LOUCURA

Catharina Maria Tourinho Fernandez

Ao estudar o conceito de perigosidade dos indivíduos que, mesmo apresentando distúrbios mentais que afastam a sua imputabilidade penal, são submetidos ao poder punitivo estatal pela prática de condutas tidas como delituosas, pode-se constatar a efetivação do conceito de perigo atrelado à loucura, socialmente construído com o objetivo de criar instrumentos de controle e respostas à conduta delitiva por eles praticadas.

A indeterminação do que se entende por perigosidade, no âmbito da aplicação e execução das medidas de segurança, tomando por base o panorama geral predominantemente masculino dentro do universo dos indivíduos considerados inimputáveis, subsidia o silenciamento completo do indivíduo que, uma vez institucionalizado, carregará as marcas dessa condição de forma irrestrita até que se constate a cessação do estado de perigo, cujos limites e conceitos não se consegue identificar.

Entretanto, ao realizar o recorte de gênero para vislumbrar a perigosidade da mulher considerada louca e delinquente, podem-se identificar elementos deterministas ligados à natureza dos corpos femininos, ao papel essencial dado pela sociedade à feminilidade e à sexualidade que compõem irrestritamente o conceito de perigo atribuído à criminosa louca. Esses elementos estão diretamente relacionados à fisiologia exclusiva da mulher, subsidiando a ideia

de maior propensão à loucura, o que justificaria tratamento diverso daquele empregado ao criminoso louco, pois envolve, além da institucionalização, a domesticação dos seus hábitos.

Nesse sentido, pode-se constatar que, em sua maioria, criminosas loucas são descritas como aquelas que não conseguem se enquadrar nos papéis femininos predeterminados pela sociedade, afastando-se do conceito de mulher maternal, esposa, doméstica, familiar e sexualmente apática. Segundo Lombroso e Ferrero (2017), a inclinação feminina ao cometimento de condutas delituosas é exacerbada por determinados períodos do ciclo menstrual, pela gravidez, pelo parto ou pela menopausa, para além do exercício de uma sexualidade altamente reprimida pelo meio social.

Portanto, o estudo realizado visa demonstrar que elementos ligados ao que se entende por “natureza feminina” são acoplados ao conceito de perigosidade atrelado à conduta delitativa de mulheres consideradas loucas, de modo que o perigo por elas representado, diferente da periculosidade do louco infrator, é resumido e inferiorizado à análise de elementos fisiológicos.

Assim, há de se constatar que as características da fisiologia feminina são comumente elencadas, ainda na atualidade, como indícios de predeterminação delituosa, atreladas automaticamente às mais diversas condições psiquiátricas incapacitantes, perpetuando o conceito de perigosidade “nata”, não só ligada aos elementos de raça, como também à anatomia feminina, viabilizando o controle irrestrito e perpétuo dos corpos femininos, historicamente, destinados à domesticação.

A PERICULOSIDADE COMO FUNDAMENTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

A primeira menção à loucura relacionada ao delito na história brasileira remonta ao Código Criminal do Império, de 1830.

Influenciado pela Escola Clássica, esse Código determinava que os loucos de todo gênero não seriam julgados criminosos, salvo se tivessem lúcidos intervalos e neles cometessem o crime, devendo ser recolhidos às suas respectivas famílias (Prado, 2018).

Posteriormente, em 1890, o Código Penal da República trouxe o conceito de imputabilidade, de modo que não eram considerados criminosos os que, por imbecilidade nativa ou enfraquecimento senil, fossem absolutamente incapazes de imputação. Os indivíduos considerados isentos de culpabilidade seriam entregues às suas famílias ou recolhidos aos hospitais de alienados, se o estado mental apresentado assim exigir, “para a segurança do público” (Prado, 2018, p. 23).

O ideal de segregação daqueles considerados doentes mentais esteve presente nas duas legislações, seja com o isolamento no ambiente familiar, seja no recolhimento aos chamados hospitais de alienados, caso necessário à segurança pública. Tem-se aqui a primeira referência sutil ao binômio perigosidade e defesa social.

Foi exatamente pelo desenvolvimento do conceito de perigosidade que o louco infrator passou a figurar no âmbito penal, já que o cometimento de delitos demonstrava a sua periculosidade e, portanto, a necessidade de repressão da conduta. Com a medicalização do Direito Penal promovida pela Psiquiatria, o tratamento passou a ser feito mediante aplicação das chamadas medidas de segurança (Prado, 2018).

Nesse sentido, o Código Penal brasileiro de 1940 passou a isentar de pena o indivíduo que “por doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (Brasil, 1940, art. 22), prevendo expressamente a perigosidade presumida dos referidos agentes (Prado, 2018).

A resposta à periculosidade do louco infrator permanece na segregação, vigendo no Brasil, após a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, o sistema vicariante. Esse sistema prevê a aplicação da medida de segurança por tempo indeterminado aos inimputáveis — em substituição à pena — enquanto durar a periculosidade, por meio de internamento ou tratamento ambulatorial.

Com a reforma psiquiátrica promovida pela Lei nº. 10.216/2001 e a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência em 2015, os portadores de doença mental passaram a ser considerados expressamente como sujeitos de direitos fundamentais, com o objetivo de promover a inclusão social obstada pelos longos períodos de segregação. Assim, a execução da medida de segurança passou a ser preferencialmente executada em meio aberto e extra-hospitalar, através dos Centros de Atenção Psicossocial, Serviços Residenciais Terapêuticos e leitos de atenção integral, prevalecendo a excepcionalidade da internação, sem abandonar, entretanto, a periculosidade como fundamento e justificação da medida (Prado, 2018).

Há de se constatar, entretanto, a completa inexistência de um conceito técnico-jurídico para o que seria a periculosidade dos agentes considerados inimputáveis. Dessa forma, trata-se de um conceito indeterminado e aberto, influenciado diretamente pelos determinismos biológico, social e antropológico, que permanecem como base para sua aplicação até os dias atuais (Prado, 2018).

Ao tratar da periculosidade como elemento intrínseco à loucura, Fernanda Otoni de Barros-Brisset (2011, p.46) refere-se a essas teorias deterministas:

De Pinel a Lombroso, passaram-se cem anos, e a exceção dos dementes foi se tornando a regra de todos os delinquentes, e o que não mudará nesse discurso, seja nos monomaníacos, seja nos degenerados ou no homem delinquente, é a ideia pineliana de um déficit

moral intrínseco na loucura, o que faz dos loucos indivíduos intrinsecamente perigosos.

Perigo e loucura andam intrinsecamente ligados pelas teorias deterministas, voltadas em sua maioria ao referencial masculino de louco infrator. Mas o recorte proposto no presente artigo nos permite identificar elementos da natureza feminina tidos como essencialmente perigosos. Aliados à periculosidade inerente à condição de louca, esses elementos demonstram a perpetuação da inimputabilidade feminina, já que, conforme o estado do seu ciclo menstrual, eventos como gravidez, parto e amamentação, ou ainda a menopausa, as mulheres são consideradas naturalmente “doentes” (Moura; Popperl, 2019, p. 57) e propensas à degenerescência psiquiátrica.

As mesmas bases que criaram o conceito determinista de periculosidade, fundamento de aplicação e perpetuação das medidas de segurança para o louco infrator, ao se referirem à loucura feminina, relacionando-a à delinquência, atrelam o estado de perigo ao rompimento de elementos do que se entende por essência feminina. Isso perpetua a periculosidade da mulher infratora que padece de doença mental, à medida que aponta o risco de novos eventos delituosos aos estados biológicos e fisiológicos do corpo feminino.

Lombroso e Ferrero (2017), na obra *Mulher Delinquente* (*La donna delinquente*, 1893), fazem menção a casos de mulheres que foram consideradas loucas e infradoras, justificando a conduta delitiva pelo não cumprimento do papel social, familiar e reprodutor da mulher na sociedade, ou pela desvirtuação de comportamentos sociais esperados dos corpos femininos. Os autores afirmam categoricamente que a manifestação da loucura se dá pela sexualidade exacerbada, rompendo-se, assim, a apatia sexual socialmente esperada. Também dizem haver maior propensão a condutas delituosas nos períodos menstruais, de gravidez, amamentação, parto, pós-parto e menopausa (Lombroso; Ferrero, 2017).

Nesse sentido, ao conceito de periculosidade — que é de todo indeterminado no universo da loucura masculina, constando como elemento constitutivo da doença mental — aplicam-se novos parâmetros quando se trata de louca infratora. Isso ocorre devido às características inerentes ao sexo feminino apontadas como exasperadoras do estado de periculosidade, não podendo ser cessadas em nenhum momento, já que abarcam toda a vida reprodutiva e não reprodutiva da mulher, da juventude à velhice.

A MULHER E A LOUCURA

Entender os elementos que compõem o arquétipo da “mulher louca”, submetida ao poder punitivo estatal através da imposição de medida de segurança, exige que se analise o desenvolvimento dos estudos psiquiátricos, com enfoque no corpo feminino. Esse exame parte da preconcepção de inferioridade atribuída à mulher durante o século XX, perpetuada nos elementos sociais, políticos e culturais da sociedade à época (Moura; Popperl, 2019), que permanecem incrustados na concepção hodierna dos corpos femininos, principalmente daqueles percebidos como desviantes.

A suposta inferioridade física e mental feminina foi identificada a partir da análise de elementos naturais do corpo da mulher de maneira determinista. Isso ocorreu com a consolidação do processo de medicalização da loucura, monopolizado pela ciência médica psiquiátrica. Essa abordagem estava aliada às concepções culturais e sociais da época, que indicavam um destino exclusivo para os corpos femininos na maternidade (Moura; Popperl, 2019), atribuindo a “normalidade” da psique feminina ao cumprimento de deveres sociais e familiares preestabelecidos.

A conformação dos estudos de anatomofisiologia à predestinação social do papel feminino permitiu a construção de uma íntima

associação entre a fisiologia feminina e a loucura (Moura; Popperl, 2019). Nesse sentido, chamam atenção as conclusões apontadas pelos autores Brunno Moura e Mariana Popperl (2019, p. 57), que analisaram as mulheres submetidas ao Manicômio Judiciário de São Paulo:

No contexto de descobertas acerca da natureza feminina e de sua sexualidade, observa-se uma linha tênue que separava a fisiologia da patologia, levando à conclusão de que, mesmo em estado de normalidade, o corpo feminino é doente. Estas considerações, a partir do início do século XX, fizeram os especialistas concluir que alguns fenômenos fisiológicos exerciam uma ordem maior sobre a vontade das mulheres. Assim, o sexo era responsável pelas maiores transformações no corpo e no estado mental das mulheres e, portanto, a sexualidade se converteria no grande temor dos psiquiatras e ginecologistas. Se o corpo feminino se revela doente mesmo em estado de normalidade, como constatado pela ciência médica dominante no século XX, pode-se identificar uma predestinação feminina à loucura, atrelada principalmente ao controle da sexualidade, justificado em elementos naturais da fisiologia da mulher. Esses elementos eram acionados sempre que o papel socialmente destinado aos corpos femininos não fosse devidamente cumprido, notadamente no que concerne aos deveres domésticos e familiares.

Diante disso, pode-se constatar que as mulheres destinadas aos estudos psiquiátricos eram aquelas que não se comportavam dentro da normalidade socialmente aceita para os corpos femininos, se opondo ao exercício do seu papel familiar ou não o exercendo de acordo com os padrões de conduta predeterminados. Vale ressaltar que o local de exercício das referidas imposições sociais era delimitado e influenciado diretamente por questões raciais e econômicas, principalmente após os processos de abolição da escravatura e industrialização dos centros urbanos (Moura; Popperl, 2019).

Nota-se que o conceito de loucura historicamente direcionado ao gênero feminino demonstra uma estrutura institucionalizada

de controle social e repressão, exercidos diretamente sobre os corpos femininos que se opunham ao local preestabelecido para exercício da sua sociabilidade. Essa lógica perversa considera todas as mulheres mentalmente incapazes, em virtude dos elementos fisiológicos intrínsecos à natureza feminina, e pune as manifestações de prazer e sexualidade como exercício pleno da loucura. Isso as torna perigosas e passíveis de internamento e invisibilidade completa.

Mas quais seriam, então, os elementos naturais dos corpos femininos que ligam a sua fisiologia às patologias psiquiátricas? Em verdade, pode-se iniciar a análise pelos fenômenos fisiológicos exclusivos do sexo feminino, como a menstruação, a gravidez, o parto e a menopausa, além dos mitos fundadores do conceito de feminilidade: delicadeza, fragilidade, instinto materno natural, dedicação aos cuidados domésticos e submissão, construções sociais e políticas (Silva; Garcia, 2019), mitos criados pela lógica capitalista de controle dos corpos em questão.

As condições biológicas da loucura feminina foram determinadas no final do século XIX por Lombroso e Ferrero, na obra *A Mulher Delinquente: a prostituta e a mulher normal*. É possível identificar essas determinações no capítulo destinado à louca criminosa (Lombroso; Ferrero, 2017, p. 576), na qual os autores afirmam que “[...] uma das peculiaridades da loucura criminosa, que é apenas um exagero do estado normal, é a excitação que se manifesta no período menstrual, na gravidez e na menopausa” (Lombroso; Ferrero, 2017, p. 576). Em outra passagem, os autores apontam a propensão à loucura criminosa por mulheres grávidas nos seguintes termos: “[...] as mesmas coisas podem ser ditas sobre a influência da gravidez. Leblon cita uma mulher que, a cada gravidez, tinha um violento desejo de matar o seu marido, a quem ainda amava” (Lombroso; Ferrero, 2017, p. 577). Ademais, os autores também reforçam a ligação do papel social feminino com o ambiente doméstico, apontando a loucura

e a delinquência como diagnóstico para qualquer manifestação de resistência ou oposição da mulher:

Em suma, encontramos na criminosa insana, como em criminosas comuns, ainda que mais profundamente nessas, a reversão das características mais específicas da mulher: como o pudor, a docilidade e a apatia sexual (Lombroso; Ferrero, 2017, p. 579).

Segundo Thaiga Silva e Marcos Garcia (2019), a formulação do arquétipo feminino como ser doméstico, domesticável e desprovido de prazeres sexuais, já que destinado à reprodução, é influenciada diretamente pela lógica capitalista que

[...] necessita da produção e reprodução no lar de seres humanos para o trabalho, mediante a criação da figura típica da dona de casa, ao mesmo tempo em que cristaliza o trabalho doméstico como aquele não produtivo e sem remuneração (Silva; Garcia, 2019, p. 44).

Ao se constatar a associação da loucura e da delinquência a atributos da natureza física da mulher, pode-se afirmar que o controle social dos seus corpos é inerente à sua condição de gênero. Isso ocorre em função das especificidades do sexo feminino, ao qual é destinado um papel que viabiliza a construção da estrutura social capitalista. A ciência médica concorre para a segregação e domesticação forçada dos ímpetos de resistência da mulher através do diagnóstico de doença psiquiátrica, que acompanha a paciente durante toda a sua vida, visto que essa condição une as manifestações da loucura às condições naturais da sua estrutura corporal e às expectativas sociais quanto a seu comportamento familiar, afável e sexualmente apático. Sobre esse processo, Silva e Garcia (2019, p. 44) comentam:

Lugar de ambiguidades e espaço por excelência da loucura, o corpo e a sexualidade femininos inspiraram grande temor aos médicos e aos alienistas,

constituindo-se em alvo prioritário das intervenções normatizadoras da medicina e da psiquiatria. Muitas crenças pertencentes a antigas tradições e no âmbito dos mais variados saberes — muitas das quais remontam à antiguidade clássica — seriam retomadas e redefinidas pelo alienismo do século XIX. Entre os alienados considerados ‘rebeldes a qualquer tratamento, por razões mais morais do que propriamente médicas’, Pinel incluía as mulheres que se tornavam irrecuperáveis por ‘um exercício não conforme da sexualidade, devassidão, onanismo ou homossexualidade’. O temperamento nervoso, intimamente relacionado à predisposição, às nevroses e nevralgias, era frequentemente considerado como típico das mulheres, ‘cujas funções especiais ao sexo, em muito contribuem para o seu desenvolvimento.’

Em verdade, pode-se constatar que a sexualidade feminina é apontada por muitos autores como a manifestação inequívoca da loucura, perversão e delinquência, na medida em que “[...] um aspecto característico da mulher louca, e conseqüentemente da criminosa louca, é o exagero sexual” (Lombroso; Ferrero, 2017, p. 577).

Assevera Elenice Ribeiro Nunes dos Santos que a maldade feminina era justificada no mito do Jardim do Éden, difundido pelas religiões cristãs. Isso possibilitava que o seio familiar se apropriasse e controlasse a sexualidade feminina por meio da utilização de um discurso moral-religioso (Santos, 2020).

Segundo Engel (2006), os traços de loucura, no que concerne às mulheres, estão diretamente ligados à sexualidade e ao que se chama de essência; haveria, portanto, elementos fisiológicos inerentes ao corpo feminino que não se confundem com o exercício da razão. Esses elementos constituem etiquetas deterministas que ligam a fisiologia da mulher diretamente à doença mental, num ciclo que parece inquebrável. O corpo feminino, ao deixar de exercer a sua

“essência de feminilidade”, é naturalmente considerado louco e, variando conforme as diversas fases do sistema reprodutor ou revelando-se no exercício da sua sexualidade, é tido como biologicamente inclinado à delinquência.

Seguindo a lógica apresentada, a manifestação da sexualidade feminina é diretamente atrelada à loucura, de modo que o desejo sexual apenas pode existir se extremamente controlado, conforme o padrão predeterminado de apetite sexual apático (Silva; Garcia, 2019). Esses padrões são descritos por aqueles que detém o poder científico, em sua maioria homens brancos, reforçando os estereótipos eurocentristas, colonizadores que, além de criar paradigmas sobre o feminino, reprimem a sexualidade da mulher e todas as demais condutas que desviam o papel reprodutor e doméstico a elas preestabelecido.

Ao analisar os prontuários médicos das mulheres no processo de desinstitucionalização na cidade de Sorocaba/SP, considerando como as questões de gênero se articulam com a loucura, Thaiga Silva e Marcos Garcia (2019) concluem que as marcas da institucionalização feminina são caracterizadas por limites ainda mais rígidos, tendo em vista a necessidade de se enquadrar a louca no papel de ser mulher, mãe e esposa. Nesse contexto, o campo psiquiátrico desempenha uma função de normalização/padronização de comportamentos considerados aceitáveis para mulheres egressas de manicômios, e a não adequação aos referidos padrões como fator que contribui para a perpetuação das suas internações e institucionalizações.

A loucura masculina, quando delinquente, se manifesta através da sua capacidade de desempenhar ou não os seus papéis racionais socialmente atribuídos, ou de se determinar racionalmente no momento da conduta criminoso; a mulher é historicamente diminuída e silenciada, reduzida ao que se espera dos seus comportamentos essenciais, ao seu corpo e à sua sexualidade (Silva; Garcia, 2019).

Ademais, o tratamento destinado às mulheres em cumprimento de medida de segurança é voltado diretamente aos afazeres

domésticos, bem como à padronização dos seus comportamentos de acordo com a “essência feminina”. Essa abordagem aumenta ainda mais o grau de segregação da medida quando comparado às opções de tratamento garantido aos homens em igual condição, conforme indicado por Cunha (1986 *apud* Silva; Garcia, 2019, p. 44):

Pode-se afirmar, também, que o manicômio reproduz os estereótipos de gênero, afinal, enquanto se relegava aos homens as atividades ao ar livre, o que contribuiria para a cura, no caso das mulheres isso se daria por meio do trabalho doméstico, corroborando a ideia de que a condição feminina se relacionava aos espaços fechados.

Mesmo com a abolição dos manicômios, a lógica manicomial permanece presente nas residências e abrigos, onde se pode constatar a supervisão e vigilância constantemente exercida pelas profissionais responsáveis pelo tratamento das loucas infratoras, garantindo aos corpos femininos marcas da institucionalização diversas das do universo masculino. A mulher interna permanece confinada nos domínios do privado, realizando atividades domésticas, vivendo completa negação de sua autonomia, sendo obstadas, principalmente, à vivência da sexualidade, pelo risco a ela atrelado (Silva; Garcia, 2019).

Assim, a castração do prazer feminino, aliada à punição física perpetuada pelo controle estatal sob os corpos das mulheres, através da loucura delinquente, conduzem à privação da liberdade e à domesticação obrigatória, elementos de tratamento da doença mental. Essa práticas são perpetuadas até a atualidade, encontrando-se nos antigos manicômios, hoje abrigos e residências — em suma, nos locais destinados ao tratamento de pacientes psiquiátricas submetidas ao controle estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a periculosidade do louco infrator o sujeita à aplicação de medida de segurança, uma vez reconhecida a impossibilidade racional de o indivíduo compreender e se determinar diante da prática de conduta delituosa — e, portanto, sua inimputabilidade, em que pese não haver uma definição jurídica específica para o suposto perigo atrelado à loucura —, para as mulheres em igual situação, o cenário demonstra diferenças acentuadas.

Isso porque, como visto, historicamente, é considerada louca a mulher que não cumpre o papel social previamente estabelecido para os corpos femininos, rompendo com o ambiente doméstico e familiar para o qual foi destinada, deixando de atender aos padrões do que se pode considerar como essência da feminilidade, ou natureza feminina, sendo assim consideradas desviantes.

Em linhas gerais, ao romper com o ciclo de domesticação familiar, utilizando de condutas tipificadas como delituosas normalmente praticadas no interior do seio familiar, a mulher será considerada, para além de louca, por não cumprir o seu papel socialmente estabelecido, infratora e, portanto, passível de aplicação da medida de segurança ante à sua inimputabilidade.

Atente-se que, historicamente, não se analisa no comportamento dos corpos femininos a capacidade de compreender e se determinar racionalmente diante dos fatos delituosos praticados. Em vez disso, examina-se o desvio de conduta que tem por referencial expectativas sociais e morais sobre o papel da mulher em sociedade, tornando-a, assim, louca, infratora e, conseqüentemente, perigosa.

Entretanto, o conceito indeterminado e aberto de periculosidade presente na loucura masculina, por si só já estigmatizante e inclinado à perpetuidade, contrasta com o perigo atribuído aos corpos femininos. Para as mulheres, são apontados elementos biológicos

e fisiológicos dos seus corpos em todas as fases do ciclo menstrual e reprodutor que, segundo as teorias deterministas, exasperam sua periculosidade, instigando e induzindo à prática delituosa.

Dessa forma, desde a primeira menstruação até o período da menopausa e na proximidade de eventos como a gravidez e o parto, a mulher é considerada propensa a condutas delitivas insanas. A demonstração da sua sexualidade é utilizada como forma de identificar o estado latente de loucura e perigo, restringindo consideravelmente o que se entende por periculosidade feminina e acoplando ao termo elementos inerentes à inexistência do ser na condição de mulher.

A diferenciação no conceito de periculosidade aplicado a homens e mulheres no contexto da loucura e do cometimento de delitos se revela igualmente acentuada, quando da condução do tratamento a eles garantido, na execução da medida de segurança. Isso evidencia um cenário de segregação ainda maior dos corpos femininos, pois, ao ser institucionalizada, a mulher é submetida a tratamento para a sua reinserção no ambiente doméstico interno e não no meio social, como se objetiva com o louco infrator. Esse processo recria padrões de comportamento considerados essencialmente femininos.

Para a mulher, a periculosidade abrange conceitos deterministas relacionados à sua própria existência. Isso faz que o estado de perigo e loucura, indispensável à execução das medidas de segurança, nunca cesse. Essa condição é reverberada e exacerbada pelos ciclos do próprio corpo feminino, presentes ao longo de toda a sua vida, e constatados pelos eventos de manifestação da sua sexualidade, considerada doentia e exacerbada, não condizente com a feminilidade que Lombroso e Ferrero (2017) associam à apatia sexual.

Pode-se concluir que o prazer feminino é visto como louco e perigoso. Essa percepção se estende à tentativa de romper com a domesticação social, experiência historicamente vivida pelos corpos femininos durante a criação familiar. Como estratégia de tratamento

e cura, identificam-se a vigilância constante e a padronização dos comportamentos de acordo com a feminilidade predeterminada. Essa dinâmica se reproduz em residências e abrigos que, embora tenham abandonado a nomenclatura de manicômios, não romperam com a lógica manicomial.

Constata-se, assim, que a segregação da mulher rotulada como louca, que tem início no rompimento da lógica doméstica e familiar e na frustração de expectativas quanto à essência/natureza feminina, não se encerra com o tratamento, uma vez que este não visa sua reinserção social. Ao contrário dos homens, a quem se pode atribuir responsabilidade por condutas futuras após o término da inimputabilidade, as mulheres enfrentam um tratamento destinado a reinseri-las no ambiente interno doméstico, novamente segregadas, perpetuando um ciclo contínuo e inquebrável de controle, castração e domesticação dos corpos femininos ditos desviantes.

REFERÊNCIAS

- BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. Genealogia do conceito de periculosidade. *Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 37–52, mar./ago. 2011.
- ENGEL, Magali. Psiquiatria e Feminilidade. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História das Mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 322–361.
- LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *A mulher delinquente: a prostituta e a mulher normal*. Tradução Antonio Fontoura. Curitiba: Antonio fontoura, 2017.
- MOURA, Brunno Henrique; POPPERL, Mariana Soares. Belas, recatadas e loucas: mulheres no Manicômio Judiciário de São Paulo. *Humanidades em diálogo*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 53–65,

2019. DOI: 10.11606/issn.1982-7547.hd.2019.154263. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/humanidades/article/view/154263>. Acesso em: 4 jul. 2022.

PRADO, Alessandra. O Direito Penal e a pessoa com transtorno mental: trajetórias ultrapassadas, novos caminhos possíveis. *In*: PRADO, Alessandra Rappaci Mascarenhas; MELLO, Sebastián de Albuquerque; COELHO, Yuri Carneiro (org.). *Novas perspectivas das ciências criminais: homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 19–43.

SANTOS, Elenice. Controles sociais e encarceramento feminino no Brasil. *In*: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes de; FERNANDES, Daniel Fonseca (org.). *Relatos do sistema penal: política de drogas e discurso jurídico*. Salvador: Eduneb, 2020. p. 95–110.

SILVA, Thaiga Danielle Momberg; GARCIA, Marcos Roberto Vieira. Mulheres e loucura: a (des)institucionalização e as (re) invenções do feminino na saúde mental. *Psicologia em Pesquisa*, Juiz de Fora, v. 13, n. 1, p. 42–52, 2019. DOI: <https://doi.org/10.34019/1982-1247.2019.v13.23799>. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/psicologiaempesquisa/article/view/23799>. Acesso em: 4 jul. 2022.

ONDE ESTÁ O PERIGO NO CRIME DE FURTO: RAÇA E CLASSE NA NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA EM FACE DO ESTEREÓTIPO DA PERICULOSIDADE DO SUJEITO

Bernardo Sodré Carneiro Leão

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

O presente texto visa analisar os resultados alcançados pela pesquisa elaborada no âmbito do Projeto de Iniciação Científica (PIBIC), edital 2019–2020, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ), vinculada ao Projeto de Pesquisa *A periculosidade como fundamento para a intervenção penal e a relativização da racionalização do poder punitivo*, do Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal da Universidade Federal da Bahia (NESP-UFBA).

Esta investigação decorre de inquietações geradas a partir de estudos de perspectivas criminológicas acerca da realidade do sistema punitivo brasileiro, mais especificamente no que diz respeito à manipulação do dogma da periculosidade pelos atores do sistema de justiça criminal. Dessa forma, buscou-se verificar a persistência de resquícios da criminologia positiva no sistema penal brasileiro, especificamente nos casos em que os magistrados de Salvador deixam de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito nos crimes de furto, tendo como motivação o perigo abstrato do sujeito, com ênfase nos marcadores de raça e classe social.

Para tanto, selecionamos sentenças proferidas pelo delito de furto no ano de 2018, na comarca de Salvador/BA, para operar uma análise de conteúdo (Bardin, 1977) e investigar as fundamentações adotadas pelas autoridades judiciárias na substituição ou não da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com destaque para o frequente uso da periculosidade do sujeito como motivação abstrata para negar tal direito. Dentre os objetivos, buscamos também investigar a existência de referências a aspectos raciais e sociais dos réus nas fundamentações.

Considerando o processo de criminalização secundária, em que a reprovação penal recai sobre o sujeito, sob o argumento de sua perigosidade, e não sobre o fato, partimos do seguinte questionamento: quais fatores aparecem na construção do juízo da perigosidade na fundamentação das sentenças condenatórias por furto que negam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos? Formulamos a hipótese de que, além da classe, o racismo é fator determinante para as autoridades judiciárias afirmarem a periculosidade do sujeito e decretar prisões.

Com base nos dados apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Brasil, DEPEN, 2020), o Brasil é o país com a terceira maior população carcerária mundial, com 702.069 pessoas em situação de cárcere, número muito maior que o de vagas (442.349) nas unidades prisionais brasileiras. Dentre essas, 277.263 pessoas estão encarceradas, provisoriamente ou com condenação definitiva, por crimes contra o patrimônio, como roubo e furto, contabilizando mais de 1/3 da população carcerária nacional.

A preocupação dos legisladores brasileiros em punir, especificamente, condutas que violam a propriedade privada pode ser percebida pelo extenso rol de crimes contra o patrimônio previstos no Código Penal, bem como pelas altas penas fixadas a eles. Na América Latina, “[...] a população de nossas prisões é composta, em sua maioria, de infratores contra a propriedade e de pequenos traficantes de

tóxicos proibidos” (Zaffaroni, 2013, p. 317). Isso ocorre pois o sistema punitivo é construído em prol de funções não declaradas de seleção e controle social, de modo que a desigualdade é estruturante das agências penais (Baratta, 2002). Sua operatividade real não está em prevenir delitos graves, mas em selecionar e eliminar um determinado público.

A seletividade penal, no Brasil, é marcada também pelo perfil racial, posto que pretos e pardos constituem 66,31% das pessoas que se encontram privadas de liberdade, ao passo que representam 55,4% da população brasileira (DEPEN, 2020; IBGE, 2010). O encarceramento em massa é o instrumento utilizado pelo sistema punitivo brasileiro, cujas origens remontam ao colonialismo e à escravidão, para manutenção não só do controle social e econômico, mas também racial, o que justifica sua incidência preferencial nos delitos de drogas e patrimoniais (Flauzina, 2006).

Segundo Góes (2015), a construção da questão criminal, conforme elaborada pelos criminólogos positivistas, segue como o fio condutor desse controle social dos indesejáveis, com o papel de atribuir um falso caráter científico aos discursos racistas e elitistas produzidos no senso comum e legitimar a seleção racial e de classe dos alvos desse sistema. Dessa forma, importa verificar se ainda há o uso de estereótipos e estigmas sociais e raciais como justificativa para rotular determinados sujeitos como perigosos e fundamentar a necessidade de seu encarceramento.

Tipificado no artigo 155 do Código Penal (Brasil, 1940) pela conduta de “[...] subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel”, ao furto simples é cominada a pena de reclusão entre um e quatro anos. Mesmo com o aumento de pena de 1/3, em caso de o delito ser praticado por repouso noturno, ou nas hipóteses qualificadas nas quais são previstos novos limites de pena, é um delito sem violência ou grave ameaça à pessoa.

No entanto, apesar de ser um crime de baixa lesividade, que atinge apenas bem jurídico patrimonial e, geralmente, bens individuais, há uma forte incidência do sistema punitivo sobre esse delito, junto com os demais crimes patrimoniais. Na Comarca de Salvador, dos 5.588 casos de prisão em flagrante que foram levados à audiência de custódia no ano de 2018, englobando todos os delitos, 477 corresponderam ao crime de furto, isoladamente ou em conjunto com outros delitos, — cerca de 9% dos casos —, sendo 433 apenas por tal delito, conforme dados extraídos do relatório elaborado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE/BA, 2019), resultante de pesquisa quantitativa acerca das audiências de custódias na comarca soteropolitana nos anos de 2015 a 2018.

Como o relatório da DPE/BA (2019) tratou de uma análise quantitativa, operamos uma investigação de cunho majoritariamente qualitativa para verificar a ocorrência da seletividade penal no âmbito local, na comarca de Salvador, especificamente diante do delito de furto, por ser patrimonial, sem violência ou ameaça, portanto, sem maior lesividade. Ademais, delimitamos o estudo sobre as sentenças condenatórias nas quais a pena privativa de liberdade não foi substituída por restritivas de direitos, por ser a justificativa centrada na valoração de critérios subjetivos.

Das 433 audiências de custódia pelo crime de furto, delinemos uma pesquisa documental sobre os autos eletrônicos dos 78 processos que já se encontravam sentenciados ou extintos, que consiste na análise de textos escritos e registrados (Cellard, 2008). Adotamos uma investigação de cunho explicativo e descritivo, para tentar explicar e descrever o fenômeno da seletividade penal na sentença condenatória que nega a substituição da pena, além de verificar se é possível estabelecer relações com as variáveis extrajurídicas de raça e classe social (Gil, 2008).

Posteriormente, submetemos a redação das 12 sentenças condenatórias pelo delito de furto nas quais não foi operada a substituição

da pena ao procedimento de análise de conteúdo (Bardin, 1977). Pela predominância do juízo acerca das características do sujeito, enfocamos o estudo nessas condenações que negaram a substituição para verificar os fundamentos utilizados e se há alusão a características socioeconômicas e raciais do sujeito encarcerado para justificar sua periculosidade e a não substituição da pena.

Realizamos, por fim, a análise conjunta dos dados quantitativos dos sujeitos e dos fundamentos encontrados no conteúdo das sentenças condenatórias que negaram a substituição da pena pelo crime de furto, com ênfase nos fatores extrajurídicos de raça e classe, em diálogo com a construção teórica marxista da criminologia crítica (Baratta, 2002), em conjunto com a teoria agnóstica da pena (Zaffaroni, 2015) e com a crítica racial desenvolvida por Flauzina (2006) e Góes (2014).

O ESTIGMA DA PERICULOSIDADE NO ENCARCERAMENTO EM MASSA

Nesta pesquisa, faremos um breve panorama da incidência seletiva do sistema penal brasileiro, com destaque para o uso do estigma da periculosidade na perseguição diante dos crimes patrimoniais, especificamente o delito de furto. Como apresenta Góes (2014), foi a Escola Positiva italiana que desenvolveu a noção de periculosidade, por meio de um paradigma evolucionista e de uma pretensa hierarquia entre as raças para definir quem seriam os sujeitos mais perigosos e propensos à prática de delitos. Assim, no estudo do encarceramento em massa e seletivo pelos crimes de furto, importa fazer alguns comentários sobre esse movimento positivista do pensamento criminológico.

A Escola Positiva italiana e a racialização do sujeito perigoso

A criminologia como disciplina autônoma, com a adoção do método científico e de estudos empíricos, foi desenvolvida com a Escola Positiva italiana, cujo marco inicial foi o lançamento do livro *Tratado Antropológico Experimental do Homem Delinquente*, por Cesare Lombroso, em 1876. Nesse período, marcado também pelos estudos de Enrico Ferri e Rafael Garófalo, buscava-se a investigação da etiologia do fenômeno criminal, ou seja, os criminólogos utilizavam diferentes abordagens empíricas multidisciplinares para tentar identificar as causas dos comportamentos ditos criminosos (Molina, 1992).

Para os positivistas, o fenômeno criminal era uma patologia, de forma que era necessário investigar suas causas com vistas a buscar uma profilaxia adequada ou uma “cura deste mal” (Góes, 2015, p 114). Diante disso, Lombroso partiu dos estudos da antropologia criminal e da medicina para buscar a origem do fenômeno criminal em aspectos bioantropológicos e fisionômicos dos sujeitos.

O pesquisador italiano adotou como metodologia de pesquisa a realização de autópsias nos corpos dos sujeitos encarcerados nas prisões europeias, em busca de definir o que ele chamou de “tipologias criminais”. Em 1885 Lombroso apresentou, em *Luomo Delinquente*, um estudo no qual distinguia seis grupos distintos de sujeitos delinquentes, com base em suas características fisionômicas, a saber: o nato ou atávico, o louco moral, o epiléptico, o louco, o ocasional e o passional (Elbert, 1998).

Em um estudo desenvolvido acerca das obras de Lombroso, Góes (2015) afirma que o delinquente nato foi apresentado como uma subespécie humana, degenerado e atávico, como um ser que não evoluiu como os demais da espécie. Influenciado pelas teorias evolucionistas da época, houve uma forte racialização na definição do sujeito criminoso, que foi:

[...] consubstanciada na degeneração e infantilidade da população nativa do novo continente, que por sua vez embasou o conceito de raça, criado em termos científicos biológicos no início do século XIX (Goés, 2015, p. 65).

As características fenotípicas, dentre as quais a cor da pele, eram utilizadas para identificar o grupo social ao qual o sujeito pertencia, bem como para verificar o grau de evolução do sujeito e a sua tendência a cometer crimes. O racismo foi apoderado pelo saber científico criminológico desenvolvido pelos positivistas, em especial por Lombroso, em suas abstrações acerca das características antropológicas e fisionômicas que acarretam a propensão para o crime (Góes, 2015).

Nesse contexto, Ferri desenvolveu a noção de periculosidade, perigosidade ou temibilidade do sujeito, posteriormente aprofundada por Garófalo, para representar a quantidade de mal que se pode prever e temer por parte do delinquente, ou seja, a quantificação do grau de perversidade (Elbert, 1998). Assim, a Escola Positiva italiana justificava a prisão como meio de defesa social contra os sujeitos considerados socialmente perigosos, para os ressocializar e reintegrar à sociedade, mas também para neutralizar os que não podiam ser ressocializados (Andrade, 1995).

Os estudos desenvolvidos sobre a questão criminal pelos positivistas italianos, fortemente atrelados às teorias evolucionistas, reforçaram os estereótipos racistas defendidos pelo saber científico eurocentrista da época. Portanto, além de definir as populações nativas da África, Ásia e das Américas como espécies ou raças inferiores e subdesenvolvidas, suas características fenotípicas foram utilizadas para representar os sujeitos delinquentes, apresentados como degenerados e perigosos, que deveriam ser retirados da sociedade e, inclusive, neutralizados.

Um giro epistemológico: da etiologia para a reação social

A preocupação com a etiologia do delito perdeu seu lugar central nas investigações criminológicas a partir da metade do século XX, diante das influências dos estudos de correntes fenomenológicas e da sociologia do desvio desenvolvidos na América do Norte (Andrade, 1995). O foco do estudo do fenômeno criminal foi deslocado para a investigação dos processos envolvidos na definição da conduta delituosa e do sujeito criminoso. Assim, o paradigma etiológico deu lugar ao paradigma da reação social.

Importante papel nessa virada epistemológica teve Émile Durkheim, com sua teoria estrutural-funcionalista da anomia, que apresentou o delito não como uma patologia relacionada às características biopsicológicas ou sociais do sujeito, mas como um mero fato social, um fenômeno normal da sociedade. Diante desse novo paradigma, foram desenvolvidas novas investigações acerca do fenômeno criminal, por meio do estudo dos processos de interações sociais e de criminalização (Baratta, 2002).

Em sua obra, *Outsiders*, Becker (2008) aponta que o crime não é uma conduta em si, nem o criminoso é um sujeito que comete um crime por si só, pois a criminalidade não é uma característica ontológica do sujeito ou da sua conduta. Ela, em verdade, é um *status* atribuído por um processo duplo de seleção e etiquetamento. O sistema penal é visto como um processo dinâmico e seletivo de criminalização exercido pelas agências de controle social em várias etapas, como um mecanismo integrado.

Os processos de criminalização primária são realizados pelo legislador ao escolher e definir certas condutas como crime. A secundária ocorre quando um determinado sujeito é selecionado pelas agências policiais e judiciais, processado, encarcerado e etiquetado como criminoso. Destaca-se o papel da polícia na segunda etapa de criminalização, por ser a agência responsável pela seleção dos

sujeitos levados ao poder judiciário (Andrade, 1995). Há ainda a chamada criminalização terciária, que corresponde aos processos de interação social que provocam a internalização desse rótulo desviante pelo sujeito, fazendo-o ser considerado um *outsider*, ou seja, “[...] aquele que se desvia das regras do grupo” (Becker, 2008, p. 17).

Dessa forma, o rótulo ou o estigma é uma consequência das decisões políticas dos grupos sociais que detêm o poder de criar as regras e aplicar as sanções. Estes que, na sociedade brasileira, são historicamente formados por homens, brancos e pertencentes às classes econômicas mais altas. Portanto, classe, raça e gênero estão relacionados diretamente às distinções de poder nos processos de criminalização e etiquetamento. Becker (2008, p. 22), ao reconhecer a falibilidade do sistema penal, destaca que “[...] sendo uma consequência da reação de outros ao ato de uma pessoa” podem ocorrer etiquetamentos sem desvios. O inverso também é válido: pessoas podem infringir as regras e nunca serem detectadas ou selecionadas.

Ante essa ruptura paradigmática, Baratta (2002, p. 159) apresenta a passagem do interacionismo simbólico para a criminologia crítica, na qual ele constrói “[...] uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização”. Com as influências marxistas, o controle social é incluído como parte do fenômeno criminal, na tentativa de compreender o delito e os sujeitos envolvidos levando em conta o conflito entre as classes, os interesses em discussão e o contexto socioeconômico.

Dessa forma, Baratta (2002, p. 161), para além de considerar o desvio como um *status* atribuído a certos indivíduos por um duplo processo de seleção, afirma que a criminalidade é um “bem negativo” distribuído na sociedade com base na desigualdade social dos sujeitos e na hierarquia dos interesses protegidos, tanto pelo processo de produção das normas quanto pela

sua aplicação pelo Direito Penal. Assim, o autor refuta o mito da defesa social, ao afirmar que ela oculta a real função do sistema penal e sua desigualdade por excelência na distribuição do estigma da criminalidade.

O Direito Penal não é aplicado, nem “protege” a todos, de forma isonômica. Assim como sua incidência não depende do dano ou risco social decorrente da infração da lei. Os mecanismos seletivos dos processos de criminalização tendem a privilegiar os interesses das classes dominantes, imunizar as condutas praticadas por elas e direcionar sua atuação às classes subalternas, para reproduzir e conservar as condições econômicas desiguais conforme a escala vertical da sociedade (Batista, 2011).

Wacquant (2003), ao estudar sobre as relações raciais e socioeconômicas entre o cárcere, o gueto e a escravidão no contexto estadunidense, apresenta a pena como uma forma de dominar determinados grupos sociais e gerir os indesejáveis. Pontua, também, que a instituição carcerária se desenvolve com a industrialização e o capitalismo, sendo essencial na produção de miséria e de marginalização social. Essa relação entre capital, indústria e prisão é tão forte que Davis (2018, p. 71) apresenta o sistema penal como um “complexo industrial-prisional”.

A atuação desigual e seletiva dos processos de criminalização faz parte do próprio sistema penal e cumpre uma função de manutenção do *status quo*, por meio da reprodução de desigualdades e da gestão da miséria. No entanto, a teoria da criminologia crítica foi desenvolvida com bases marxistas, no contexto europeu do conflito de classes, sem levar em consideração as peculiaridades históricas, sociais, raciais e de gênero da sociedade brasileira. Portanto, a adaptação crítica desse estudo para o contexto marginal brasileiro é necessária, com o fito de investigar a realidade violenta do sistema carcerário no Brasil.

Um estudo decolonial no realismo marginal brasileiro

O estudo da questão criminal na América Latina perpassa pela compreensão do poder mundial como em uma estrutura em que há o centro (Norte do Globo Ocidental) e a periferia, que abarca diversas marginalidades. Enquanto os primeiros são prestigiados como produtores dos saberes, as margens são conservadas em uma condição intencional de quase isolamento (Zaffaroni, 1998). Nesse contexto, grande parte dos estudos latino-americanos desenvolvidos acerca da criminologia e da política criminal consistiram em traduções acríticas das teorias centrais no nosso contexto marginal, diante do ideal de modernidade eurocentrista (Batista, 2011).

No cenário brasileiro, a criminologia positiva, baseada na superioridade racial, na antropologia e no darwinismo, foi importada para dar pretensão científica à desigualdade social e racial experimentada no colonialismo, a qual serviu, inclusive, de argumento para os processos eugênicos de embranquecimento da população brasileira, ao longo da história, como forma de “modernizar” a civilização (Góes, 2014).

Apesar das fortes heranças africanas e indígenas, o desenvolvimento histórico brasileiro foi marcado pela afirmação da cultura da Europa latina e pela eliminação dos demais grupos culturais da identidade social. Nesses processos, o sistema penal assumiu o papel deixado pela escravidão de manter a subjugação dos povos negros e indígenas, por meio da violência e do extermínio (Flauzina, 2006).

Diante disso, urge um estudo do fenômeno criminal que rompa com essa lógica centralizadora do saber e com as formas coloniais de ver, experienciar e viver, o que Maldonado-Torres (2019) chama de decolonialidade. O pesquisador deve assumir sua posição marginal e a função política de sua investigação, de forma a apresentar críticas baseadas nos próprios contextos e experiências vividas,

com a formulação de um discurso e um modo de pensar fundamentado nos fenômenos próprios da sua realidade.

A sociedade brasileira possui bases colonialistas amparadas ideologicamente no racismo institucionalizado, bem como na apropriação e no genocídio de corpos negros. Flauzina (2006, p. 12) define o racismo como “[...] uma doutrina, uma ideologia ou um sistema sobre que se apoia determinado segmento populacional considerado como racialmente superior, a fim de conduzir, subjugar um outro tido como inferior”.

Da escravidão até o sistema prisional, diversos instrumentos foram e são utilizados para manter essa dominação racial, de modo que não se pode isolar o estudo do sistema carcerário da questão racial. O sistema carcerário cumpre, com muito sucesso, sua função oculta: a manutenção de “[...] um projeto de Estado voltado para a eliminação da população negra” (Flauzina, 2006, p. 170), configurando-se como um aparelho de manutenção do *status quo* de um pacto social sustentado pelas elites brancas.

A constituição da raça é um dos principais fatores que direciona os processos de criminalização, seleção e estigmatização no contexto latino-americano, bem como no brasileiro. Segundo Segato (2007, p. 152, tradução nossa):¹

A raça que está nos cárceres é a do não branco, a daqueles em que vemos uma posição, uma herança particular, a passagem de uma história, uma carga de etnicidade muito fragmentada, com uma correlação cultural de classe e estrato social.

Isso representa o que Mbembe (2016), com base na noção de biopoder elaborada por Foucault, define como Necropolítica. Tendo

¹ No original: “[...] la raza que está en las cárceles es la del no blanco, la de aquellos en los que leemos una posición, una herencia particular, el paso de una historia, una carga de etnicidad muy fragmentada, con un correlato cultural de clase y de estrato social” (Segato, 2007, p. 152).

em vista que a expressão máxima da soberania é o poder de decidir quem pode viver e quem deve morrer, e que isto está diretamente associado à política de raça.

Nesse cenário, Flauzina (2006) pontua a importância de refutar o mito da democracia racial, que silencia as versões históricas dos dominados e difunde a ilusão de uma sociedade pacífica, como forma de manter a superioridade social e racial sem o conflito direto. Pires e Lyrio (2014, p. 3) chamam a atenção para a “cegueira da cor” percebida no Poder Judiciário brasileiro que, em defesa de uma suposta neutralidade e universalidade, ignora voluntariamente o fator “raça” e as barreiras socioeconômicas em suas análises, de forma a produzir e perpetuar desigualdades. Segundo elas:

O sucesso desse modelo pernóstico de categorização de seres humanos deriva, além de circunstâncias econômicas, sociais, políticas e culturais muito bem definidas, da naturalização dessa hierarquia, do não reconhecimento do sistema de privilégios que ela engendra e da consequente negação/cegueira quanto à sua existência (Pires; Lyrio, 2014, p. 9).

O Poder Judiciário transforma o cárcere no “local do negro” (Góes, 2017, p. 21), de modo que o alto risco de vida aos negros antes mesmo de movimentada a máquina judiciária, já com a intervenção truculenta da polícia. Esta realidade delineia um contexto de racismo institucional, pois há um:

[...] sistema generalizado de discriminações inscritas nos mecanismos rotineiros, assegurando a dominação e a inferiorização dos negros sem que haja necessidade de teorizá-la ou justificá-la pela ciência (Pires; Lyrio, 2014, p. 9).

Assim, “[...] a fim de suprir essa debilidade, criminólogos e criminólogas críticos devem assumir o racismo como variável substantiva da constituição do sistema penal brasileiro” (Flauzina, 2006, p. 14). Essa “cegueira de cor” deve ser afastada por uma mudança significativa nos referentes que regem as relações sociais, com a produção e a adoção de novas epistemologias, bem como na atuação das instituições e dos agentes público, além de uma expansão de políticas públicas antirracistas, especialmente dentro do Poder Judiciário (Pires; Lyrio, 2014).

Diante do exposto, aproximamos a pesquisa ao conceito social e marginal do sistema penal brasileiro, estruturado basilarmente nos conflitos de raça e classe. Isso ensejou a amplitude do referencial teórico adotado, de modo a aliar a criminologia crítica com as críticas raciais apresentadas por Flauzina (2006), Góes (2014) e Pires e Lyrio (2014), para analisar a persistência da criminologia positivista no encarceramento em massa, nas sentenças proferidas por furto no ano de 2018 em Salvador.

AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO MEDIDAS DE DESCARCARIZAÇÃO E A DESLEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL

O Código Penal (Brasil, 1940) chama de penas restritivas de direitos o rol de penas alternativas inseridos no artigo 43 pela Lei nº 7.209/1984. Com a alteração pela Lei nº 9.714/1998, o artigo 44 passou a determinar a substituição da pena privativa de liberdade fixada em até 4 anos, em caso de crime doloso cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, pela pena de multa ou por penas restritivas de direitos; se o crime for culposo, a substituição independe da pena fixada. Ademais, não pode o réu ser reincidente em crime doloso. Por fim, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social,

a personalidade do agente, o motivo e as circunstâncias do delito devem indicar que a substituição seria suficiente.

O artigo ainda dispõe que “[...] se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática de mesmo crime”.

Portanto, o Código Penal excepciona a exigência de não ser o réu reincidente, desde que não se trate de reincidência específica e o julgador entenda ser a substituição recomendável socialmente (Brasil, 1940).

As penas restritivas de direitos são introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro legitimadas pelo argumento da proporcionalidade, principalmente, mas também pelo da individualização da pena. Isto é, penas mais brandas para delitos com danos menores; penas cumpridas em liberdade para indivíduos com reduzida perigosidade.

Nesses termos, tais medidas são defendidas por movimentos chamados por Andrade (2006, p. 168) de minimalismos reformistas, os quais utilizam o signo da despenalização e os princípios da intervenção mínima e da *ultima ratio* para justificar reformas penais. No entanto, tais reformas não afastam a “eficácia invertida” da sanção, mais associada à pena privativa de liberdade. Ao contrário, sob o argumento de reduzir a incidência do sistema penal, contribuem para relegitimá-lo e fortalecer o controle social. Davis (2018, p. 16) afirma que “[...] abordagens que se baseiam exclusivamente em reformas ajudam a reproduzir a ideia absurda de que não há alternativa às prisões”.

Zaffaroni (2015), na formulação da teoria agnóstica da pena, resgata a discussão apresentada por Barreto (1926) sobre a deslegitimidade e irracionalidade do exercício do poder penal, afirmando a conseqüente deslegitimidade tanto das penas prisionais como das

medidas alternativas. Assim como a guerra, a pena é um ato de poder irracional de imposição de dor. Portanto, qualquer discurso criminal que almeje legitimar ou racionalizar o sistema penal está condenado ao fracasso.

Nesse sentido, Andrade (2006, p. 174) conceitua como minimalismos-meio os modelos que,

[...] partindo da aceitação da deslegitimação do sistema penal, concebida como uma crise estrutural irreversível, assumem a razão abolicionista porque não veem possibilidade de relegitimação do sistema penal, no presente e no futuro.

Diante disso, o papel cautelar do criminólogo consiste em reduzir as violências provocadas pelo sistema penal e subtrair os conflitos da agência judicial, pela busca de novas formas de resolução (Zaffaroni, 2013). Davis (2018) chama de alternativas abolicionistas as estratégias e as instituições que ocupem o espaço tomado pela prisão, em busca do desencarceramento e com o objetivo final de tornar a prisão obsoleta, retirando-a “das paisagens sociais e ideológicas de nossa sociedade” (Davis, 2018, p. 84).

Não estamos aqui defendendo o contexto reformista, de legitimação das penas restritivas sob o argumento da evitação do encarceramento. O que a presente investigação se predispõe a fazer é verificar se a seletividade penal está inserida em casos de não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com a análise de sentenças condenatórias pelos crimes de furto, busca-se identificar os discursos presentes nas fundamentações das autoridades judiciais para negar as substituições de pena, e se há lastro em aspectos raciais e socioeconômicos.

DADOS QUANTITATIVOS ACERCA DOS SUJEITOS PRESOS EM FLAGRANTE POR FURTO

A partir do contexto exposto, aproximamos o estudo teórico da criminalização produzida pelo sistema penal à verificação da ocorrência do fenômeno da seletividade penal na prática, com ênfase na influência dos marcadores de raça e classe social nos processos de criminalização secundária. Neste tópico, apresentamos o estudo quantitativo empreendido com base nos autos de prisão em flagrante dos 78 casos selecionados, com vistas a expor o perfil racial, o gênero, a classe social, o percentual de condenados que responderam ao processo em liberdade ou não, os regimes iniciais determinados nas sentenças condenatórias e a proporção entre condenados que obtiveram a substituição.

Perfil racial/étnico e de gênero

Inicialmente, analisamos os perfis racial/étnico dos 78 sujeitos sentenciados, diante da identificação feita pela polícia acerca da cor da pele das pessoas presas em flagrante. As agências policiais exercem diretamente a função seletiva do poder punitivo, pois estão nas ruas vigiando e selecionando os candidatos a serem levados às agências judiciais (Zaffaroni, 2013).

Nessa etapa, foram identificadas 48 pessoas como pardas, nove como negras e uma como preta,² ao passo que apenas uma foi identificada como branca; nos outros 19 casos não encontramos

² Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE; 2010), a cor ou raça pode ser identificada como branca, preta, parda, amarela, indígena ou sem declaração. No entanto, utilizamos o termo negro em alguns casos, já que foi o adotado por diversos policiais, como consta no banco de dados do relatório da Defensoria do Estado da Bahia (Bahia, 2019). Atentamos para o fato de que a classificação feita pelos policiais parece desconsiderar a nomenclatura utilizada pelo IBGE, que se refere ao negro como gênero, do qual pretos e pardos são espécies.

identificação. Portanto, dentre os casos analisados, 58 (74%) sujeitos foram identificados como negros, o que demonstra a incidência racialmente seletiva do sistema policial e penal, como apontada por Flauzina (2006) e Góes (2014).

Como a identificação é feita pela autoridade policial, não há certeza se foi utilizado o critério da autodeterminação ou da heterodeterminação. Em outras palavras, não se sabe se a polícia leva em consideração a determinação do próprio sujeito acerca do seu perfil étnico/racial ou se ela o identifica de acordo com a forma na qual o sujeito é visto pela pessoa que conduziu sua prisão em flagrante.

Na cidade cuja população é identificada como 45,6% parda, 36,5% preta e 17,1% branca (IBGE, 2019), dentre as 59 pessoas com alguma identificação racial, apenas uma (1,7%) identificada como branca foi alcançada pelas autoridades policiais, enquanto as outras 98,3% foram identificadas como negras. Há, portanto, uma sub-representação das pessoas brancas e uma sobre-representação das pessoas negras.

Diante do marcador de gênero, 65 (83%) pessoas foram identificadas como homens e 13 (17%) como mulheres. Nesse caso, a análise dos dados é limitada pela heterodeterminação feita pela autoridade policial, que identifica o gênero do sujeito preso em flagrante. Dentre essas 13 mulheres, cinco foram condenadas, mas em todos esses casos foi operada a substituição da pena privativa por penas restritivas de direitos.

Apesar de as mulheres constituírem uma minoria quantitativa, suas especificidades são qualitativamente relevantes, uma vez que o sistema prisional tem como regra o masculino, por ser construído pela ótica patriarcal. Portanto, as mulheres encarceradas vivenciam formas de violência diferentes das existentes nas prisões masculinas (Davis, 2018). No entanto, o marcador de gênero não constituiu objeto desta pesquisa, pois, em todas as 12 condenações nas quais a pena não foi substituída, os réus foram identificados como homens.

Perfil social: renda média, escolaridade e local de residência

A identificação acerca do perfil social do sujeito é mais difícil, pois não pode ser aferida com base em características isoladas, especialmente porque muitos deles não informaram todos os quesitos sobre escolaridade, renda média mensal e local de residência. Assim, analisamos esses três dados em conjunto para verificar um perfil social majoritário dos sujeitos selecionados pelas agências policiais.

No que tange ao aspecto da renda mensal, em 14 (18%) ocasiões ela foi identificada como inexistente, em 32 (41%) vezes foi informada como de até um salário-mínimo, e chega a dois salários-mínimos para três (3,8%) pessoas; as outras 29 não informaram. O fato de em nenhum caso ter sido declarada renda mensal superior a dois salários-mínimos já indica que os sujeitos estão nas categorias socioeconômicas mais vulneráveis da sociedade.

Contudo, operamos uma análise desse indicador em conjunto com a escolaridade, para delimitar com mais precisão a classe social dos flagranteados. Ao somar as pessoas que se identificaram como sem escolaridade (2), com as que possuem 1º grau incompleto (37), concluíram o 1º grau (4), começaram o 2º grau e não concluíram (9) e que possuem 2º grau completo (6), há um total de 58 (74,3%) pessoas. As demais 20 não informaram qualquer grau de escolaridade. Esses números permite amparar a hipótese de que tais réus são selecionados de estratos socioeconômicos mais hipossuficientes.

Por fim, com relação aos locais onde os flagrados residem, em seis ocasiões os sujeitos foram identificados como “moradores de rua” (7%). Além desses, os bairros/regiões citados mais vezes, quatro vezes cada, foram Ribeira, Fazenda Coutos e Nordeste de Amaralina. Depois, aparecendo três vezes, Pernambuco, Sussuarana e Liberdade. Informados duas vezes foram os bairros de Águas Claras, Centro, Itapuã, Pelourinho, Pirajá, Paripe, Plataforma e Uruguai.

Os demais foram citados apenas em uma ocasião, são eles: Amaralina, Arembepe, Bairro da Paz, Barbalho, Barris, Cajazeiras, Calçada, Caminha de Areia, Canabrava, Castelo Branco, Cosme de Farias, Engenho Velho de Brotas, Fazenda Grande, Federação, Gamboa, Itinga, Jardim Cajazeiras, Jardim Cruzeiro, Lauro de Freitas, Lobato, Marechal Rondon, Maré, Massaranduba, Ondina, Pau da Lima, Periperi, Pituba, Santa Mônica, São Cristóvão, Saramandaia, Sete Portas, Tororó. Por fim, em uma ocasião não foi informado bairro ou região de residência.

Pelo exposto, o público-alvo da seleção policial é composto majoritariamente por pessoas com menos que o 2º grau completo e com renda média mensal de até um salário-mínimo. Com relação ao local de residência, destaca-se a perseguição a sujeitos identificados como “moradores de rua” e residentes em bairros tradicionalmente conhecidos como mais populares da cidade de Salvador, como Ribeira, Fazenda Coutos, Nordeste de Amaralina, Pernambués, Sussuarana, Liberdade, Águas Claras, Centro, Itapuã, Pelourinho, Pirajá, Paripe, Plataforma e Uruguai, perfazendo 43 dos 78 processos (55,1%), conforme dados da Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia (2016).

Local da ocorrência do suposto furto

Outro dado relevante extraído dos autos de prisão em flagrante foi o local da ocorrência do furto, como informado pelo policial que fez a lavratura do auto. Dentre eles, destacam-se os seguintes bairros/regiões: Caminho das Árvores com sete aparições, Brotas e Pituba com seis, Barra com cinco e Itapuã com quatro. Em três ocasiões, os delitos ocorreram em Barris, Campo Grande, Comércio, Ondina, Paripe, Rio Vermelho e São Cristóvão. Por duas vezes, em Canela, Centro, Luís Anselmo, Paralela e Tancredo Neves. Por fim, aparecendo apenas uma vez estão Água de Meninos, Amaralina,

Calçada, Caminho de Areia, Costa Azul, Graça, Jardim Cruzeiro, Jardim Nova Esperança, Lapa, Lobato, Matatu de Brotas, Nordeste de Amaralina, Pau Miúdo, Pelourinho, Pituaçu, Plataforma, Politeama, STIEP e Trobogy.

Esse indicador demonstra os locais onde há maior incidência da atividade de seleção das agências policiais, ou seja, os bairros ou regiões em que houve mais prisões em flagrante. Chama a atenção o fato de apenas seis bairros de Salvador, conhecidos por serem habitados por pessoas com maior poder aquisitivo (Bahia, CONDER, 2016) — Caminho das Árvores, Pituba, Barra, Campo Grande, Ondina e Rio Vermelho, registrarem 27 dentre as 78 prisões analisadas (34,6%), ao passo que foram identificadas como locais de residência de apenas dois dos 78 réus (2,5%).

Além de verificar para quem o Estado distribui o *status* de criminoso, vemos com esses dados quem são as pessoas e quais são os locais que merecem a “proteção” pela ação desse poder punitivo. Isso se associa à tese de que o marcador social, ao lado da raça, é fundamental não só para a distribuição dos privilégios na sociedade, mas para marcar a atuação essencialmente desigual e violenta do sistema punitivo (Baratta, 2002; Flauzina, 2006; Goés, 2014).

Prisões preventivas decretadas, pena fixada na sentença e regime inicial

Na análise dessas 78 decisões, outro dado colhido foi a quantidade de pessoas que tiveram a prisão em flagrante convertida em preventiva e quantas puderam responder ao processo em liberdade. Após a realização de audiência de custódia, a cautelar prisional foi decretada em 29 (37,1%) ocasiões, em uma (1,3%) situação foi determinada a prisão domiciliar do réu, ao passo que em 44 (56,4%) casos foi concedida liberdade provisória (30 deles com medidas cautelares, dois com medidas e monitoração eletrônica e 12 sem medidas nem fiança).

Em outro (1,3%) caso, a prisão em flagrante foi relaxada, e nos demais três (3,8%) houve fiança arbitrada e recolhida pela autoridade policial.

Em todos os casos nos quais foi decretada a prisão preventiva, as sentenças foram condenatórias, exceto em uma situação, na qual o réu faleceu no curso do processo, de modo que sua punibilidade foi extinta. Portanto, das 33 pessoas condenadas por furto, 28 (88,9%) responderam ao processo em situação de encarceramento preventivo.

Esses dados apresentam um indicativo do aspecto repressivo do sistema processual penal, chamado por Zaffaroni (2014, p. 110) de sistema “pré-condenatório ou cautelar”, o qual já esgota grande parte do poder punitivo estatal de forma imediata e urgente, muitas vezes como uma condenação sem sentença. Assim, verifica-se que a seleção penal é operada com grande intensidade pelas agências policiais, porta de entrada do sistema penal brasileiro (Wanderley, 2017), as quais estão nas ruas operando as prisões em flagrante.

Por fim, nas 33 sentenças condenatórias, o regime inicial de cumprimento de pena fixado foi o aberto em 25 (75,8%) ocasiões, o semiaberto em seis (18,2%) casos, e em apenas dois (6%), houve a determinação do início do cumprimento de pena em regime fechado. Fato este que reforça a baixa lesividade do delito de furto, tendo em vista que, em 31 sentenças (94%), a pena foi fixada em menos de quatro anos, o que permite a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena. Tal patamar foi ultrapassado em apenas duas (6%) sentenças, que fixaram penas definitivas em quatro anos e quatro meses ou quatro anos e sete meses.

ONDE ESTÁ O PERIGO NO CRIME DE FURTO?

Dentre as 33 condenações investigadas, verificamos 12 (36,4%) casos em que a pena privativa de liberdade não foi substituída por

penas restritivas de direito; nos demais 21 (63,6%) casos a substituição foi operada. Antes da análise do conteúdo dessas 12 sentenças, sistematizamos alguns dados quantitativos sobre elas.

Com relação ao regime fixado para o cumprimento de pena nesses casos em que não houve a substituição, em quatro (33,3%) situações o regime inicial foi o aberto. Além disso, a substituição não ocorreu em todas as seis (50%) sentenças que fixaram o regime inicial semiaberto, nem nas duas (16,7%) que fixaram o regime inicial fechado.

Quanto às características raciais/étnicas dos sujeitos, nove (75%) dos sentenciados que não tiveram a pena substituída foram identificados como pardos (7) e negros (2), enquanto os três demais não tiveram identificação. Nenhum dos condenados que tiveram a substituição da pena negada foi identificado como branco. Quanto ao gênero, como já informado, apenas réus homens não tiveram a pena substituída, uma vez que a substituição ocorreu em todas as sentenças condenatórias com réus do gênero feminino.

No que tange à classe social, verificou-se que a renda média mensal em seis (50%) ocasiões era de cerca de um salário-mínimo, sendo inexistente em um (8,3%) caso e nos cinco demais não foi informada. A escolaridade, por sua vez, em seis (50%) situações foi declarada como 1º grau incompleto, em outra (8,3%) como 1º grau completo e em duas (16,7%) vezes como 2º grau incompleto; em três casos não foi citado grau de escolaridade.

Com relação aos bairros ou regiões informados como local de residência dos sujeitos que foram condenados e não tiveram a pena substituída não houve repetições, sendo cada um referido apenas uma vez. São eles: Uruguai, Liberdade, Ribeira, Federação, Santa Mônica, Calçada, Águas Claras, Tororó e Barris. A cidade de Lauro de Freitas foi citada uma vez e uma pessoa foi identificada como “morador de rua”.

Por fim, apenas houve repetição dentre os bairros/regiões nos quais os fatos delitivos teriam sido praticados, conforme o relatado pela autoridade policial, com relação à Barra e à Brotas, sendo informados duas vezes cada. Os demais não foram repetidos, sendo eles Ondina, Pituba, Barris, Centro, Campo Grande, Água de Meninos, Luís Anselmo e Matatu de Brotas.

Apesar de a seleção judicial ser limitada pela seleção policial, uma vez que são os policiais que efetuam as prisões e apresentam às autoridades judiciárias os sujeitos a serem julgados, há a reprodução de um determinado público-alvo nessa distribuição desigual do estigma de criminoso, corroborando o discurso de Baratta (2002).

Após a coleta dos dados quantitativos, partimos para a análise qualitativa dessas 12 sentenças condenatórias, pelo delito de furto isoladamente, nas quais a pena privativa de liberdade não foi substituída por penas restritivas de direito, por meio do método da análise de conteúdo apresentado por Bardin (1977), o qual permite certa liberdade ao pesquisador. Nesse sentido, destacamos nas decisões das autoridades judiciais trechos utilizados para justificar a manutenção da prisão, com o fito de confrontá-los com os dados quantitativos coletados e sistematizados.

Periculosidade do sujeito: reincidência e falta de atividade laboral regular lícita como indicativos de falta de senso de responsabilidade

Em sete decisões, a negativa da substituição seguiu a mesma linha argumentativa: “não atendida a hipótese do inciso II, do art. 44, do Código Penal, deixo de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direito” (Bahia, 2019a, AP 0570115–44.2018.8.05.0001). De fato, a análise do conteúdo das sentenças selecionadas expôs que o fundamento usado, majoritariamente, para negar a substituição da

pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos foi o da reincidência do sujeito, como se pode perceber nos seguintes trechos:

De igual modo, atendendo o que dispõe a regra ínsita no artigo 44 do Código Penal, DEIXO DE SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS porque ausentes os requisitos subjetivos. Com efeito, a condenação anterior transitada em julgado evidencia que, tanto o início do cumprimento da pena em regime menos gravoso, quanto a substituição da pena privativa, não serão eficientes, mormente porque sequer tinha cumprido integralmente a pena imposta quando voltou a delinquir, o que é indicativo da falta de senso de responsabilidade necessário (Bahia, 2019b, AP 0508388-84.2018.8.05.0001).

Verifica-se que o denunciado possui contra si duas sentenças condenatórias transitadas em julgado, uma proferida no Processo nº 0323995-97.2013.8.05.0001, que originou o Processo de Execução Penal nº 0305198-34.2017.8.05.0001 e outra no Processo nº 0308827-89.2012.8.05.0001, que veio dar ensejo ao Processo de Execução Penal nº 0339880-49.2016.8.05.0001, donde se conclui que o réu possui antecedentes e é reincidente. [...] Não atendida a hipótese do inciso I, do art. 44, do Código Penal, deixo de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direito (Bahia, 2019c, AP 0560949-85.2018.8.05.0001).

Atendendo o que dispõe a regra ínsita no artigo 44 do Código Penal, DEIXO DE SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS porque ausentes os requisitos subjetivos. Com efeito, a condenação anterior transitada em julgado (fls. 194/210) evidencia que a substituição

não será eficiente, nem socialmente recomendável, mormente porque é indicativo da falta de senso de responsabilidade necessário (Bahia, 2019d, AP 0567009–74.2018.8.05.0001).

A reincidência é utilizada pelos julgadores praticamente como sinônimo de periculosidade e de falta de senso de responsabilidade do sujeito. O rótulo de perigoso é atribuído pelo julgador para o réu reincidente como modo de legitimar a sua seleção, segregação e encarceramento, em um violento processo de estigmatização.

De forma semelhante, em uma ocasião, a não substituição foi justificada pela multirreincidência, uma vez que o réu tinha sido condenado em três outras ações penais, com trânsito em julgado anterior, mas também pela quantidade de pena fixada, no caso, quatro anos e quatro meses de reclusão. Importante destacar que a pena foi elevada pelo juízo de reprovação feito pelo órgão julgador ante a reincidência e os antecedentes do réu:

Sob este aspecto, diga-se de passagem, a vista da existência de três condenações anteriores transitadas em julgado que tiveram suas penas unificadas, encontrando-se ainda em andamento o processo de execução penal, vemos que o primeiro denunciado, em verdade, é multirreincidente, situação que deverá ser valorada em momento oportuno durante a etapa de dosimetria da sua sanção penal em concreto. [...]

Incabível a substituição da pena (artigo 44, do Código Penal), bem como a aplicação do sursis (artigo 77 do Código Penal), em ambos os casos por não estarem preenchidos os requisitos subjetivos (multirreincidência e circunstância judicial desfavorável) e objetivos (quantidade de pena privativa de liberdade aplicada) à concessão dos benefícios. [...]

Feitas estas considerações iniciais, observo que no caso em debate a conduta do denunciado [nome retirado pelo autor] afeta a tranquilidade e harmonia da ordem pública, seja pela gravidade em concreto das práticas delitivas e ilícitas que geram perdas da paz social, seja por colocar em perigo a sociedade, por se tratar de acusado multirreincidente (fl. 145), eis que praticou o delito em questão no curso do cumprimento das penas que lhes foram impostas por fatos anteriores ao apurado neste processado, o que demonstra, concretamente, que a restrição da liberdade do referido denunciado, neste momento, é medida impositiva que visa resguardar a paz social e a ordem pública (Bahia, 2019e, AP 0547705-89.2018.8.05.0001).

Ao afirmar que o réu reincidente é necessariamente perigoso para a sociedade e deve ser encarcerado, as autoridades judiciais imputam as condutas tidas como criminosas direta e unicamente aos sujeitos processados, reduzindo-as a escolhas de uma pessoa incapaz de permanecer em convívio com a sociedade. A atenção do sistema penal está no sujeito, não nos processos de seleção e controle social.

O sujeito tem a substituição da pena negada pelo fato de já ter sido condenado anteriormente, ao passo que, aprisionado, mesmo que consiga sair com vida das unidades prisionais, recebe um estigma do qual dificilmente conseguirá se livrar, seja em relação à sociedade ou ao próprio sistema penal.

Verifica-se o grande peso que o sistema punitivo atribui à reincidência, como um “indicativo da falta de senso de responsabilidade” (Bahia, 2019d, AP 0567009-74.2018.8.05.0001), utilizado para justificar o encarceramento preventivo, aumentar a pena, negar o direito de recorrer em liberdade, negar a substituição da pena prisional, dentre outros “benefícios” que são obstados aos reincidentes.

Nesse sentido, a substituição foi negada também em casos nos quais o réu não é reincidente. Em uma situação, a fundamentação para a manutenção da prisão foi apenas a quantidade da pena, fixada em quatro anos e sete meses de reclusão: “Abstenho-me de aplicar à espécie a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, em razão do disposto no art. 44, inciso I do CPB” (Bahia, 2019g, AP 0524978–39.2018.8.05.0001).

Destaca-se, nesse caso, que, apesar de a autoridade judicial afirmar que o réu é primário, vez que não “[...] atestam os autos existência de condenação criminal transitada em julgado em seu desfavor” (Bahia, 2019g, AP 0524978–39.2018.8.05.0001), as circunstâncias judiciais foram valoradas negativamente diante da existência de ações penais em curso como forma de aumentar a pena. Assim, percebe-se na fundamentação da sentença trechos que demonstram a visão do órgão julgador acerca da periculosidade do réu:

Assinale-se, por fim, que consultando os antecedentes criminais do acusado acostados aos autos, verifica-se que este delito não foi um episódio esporádico em sua vida, não sendo um neófito, e que o acusado com frequência, ou mesmo habitualmente, infringe a lei, especialmente com a prática de crimes de mesma natureza e objeto [...]

A sua conduta social traduziu-se não ser a esperada para o convívio comunitário, pois demonstrou não ter respeito pelo bem alheio, tendo outras 03 (três) ações penais públicas incondicionadas em seu desfavor, por delitos de mesma natureza: dois na 7ª Vara Criminal, e um na 9ª Vara Criminal, nesta comarca, evidenciando dedicação a atividades criminosas, estando ausente, ademais, prova nos autos de que exerça qualquer atividade laboral regular lícita (Bahia, 2019g, AP 0524978–39.2018.8.05.0001).

A construção argumentativa nesse caso utiliza a falta de comprovação de atividade laboral regular lícita pelo réu como um indicativo de que ele conduz “sua vida na vertente criminoso” (Bahia, 2019g, AP 0524978–39.2018.8.05.0001). Incide uma dupla violência estatal contra os sujeitos em condições de vulnerabilidade socioeconômica, uma vez que a ausência de atividade laboral lícita pelo réu já indica uma ineficiência ou omissão do Estado, o qual deve assegurar condições mínimas de existência para todos.

No entanto, tal circunstância é conhecida pelo órgão julgador apenas para ser valorada negativamente e fundamentar sua prisão, sem qualquer exercício de compreensão. Assim, a vulnerabilidade social do sujeito é usada para o definir como um criminoso contumaz, em uma argumentação construída também na existência de três ações penais em curso, mesmo sabendo que em nenhuma delas houve sequer condenação, que dirá trânsito em julgado.

Para o julgador, apesar de não haver condenação anterior com trânsito em julgado, não há dúvidas de que o réu não só praticou outros delitos, mas dedica sua existência a atividades consideradas criminosas. Assim, a autoridade judicial flexibiliza o princípio da presunção de inocência diante da inexistência de trabalho formal e passa a condenar o sujeito não só criminalmente, mas como um indivíduo incapaz de conviver em sociedade.

Por fim, em três ocasiões a substituição foi negada com fundamento no inciso III, do artigo 44 do Código Penal, o que exige que as circunstâncias judiciais sejam favoráveis e indiquem pela substituição (Brasil, 1940), mesmo diante da pena fixada na sentença não superar quatro anos e da não existência de reincidência.

Em um caso, o órgão julgador leva em consideração a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado anterior, mas que já decorreu o prazo de cinco anos desde o seu cumprimento, para afirmar que o réu possui maus antecedentes. Com base nisso, conclui que a substituição da pena não é socialmente recomendável:

De outro vértice, embora possua outro processo criminal ajuizado contra si nesta Comarca e, inclusive, ter sido condenado por sentença transitada em julgado (fls. 154/160), já decorreu o prazo de cinco anos após o cumprimento da sentença condenatória anterior. Não há, portanto, reincidência, nos termos do artigo 63 do Código Penal. Além disto, para a caracterização do furto privilegiado a lei não exige bons antecedentes, mas, tão somente, a primariedade. [...]

Atendendo o que dispõe a regra ínsita no artigo 44 do Código Penal, DEIXO DE SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS porque ausentes os requisitos subjetivos. Com efeito, a condenação anterior transitada em julgado (fls. 154/160) evidencia que a substituição não será eficiente, tampouco socialmente recomendável (Bahia, 2019k, AP 0517007-03.2018.8.05.0001).

Nas outras duas situações, a substituição é considerada ineficiente e não recomendável socialmente diante da existência de outras ações penais em curso contra o sujeito processado, ressaltando inclusive condenações em grau de recurso:

Quanto aos antecedentes criminais, observa-se que o denunciado foi condenado pelo Juízo de Direito da 10ª Vara Crime desta Comarca, nos autos da Ação Penal nº 0555563-11.2017.8.05.0001 (roubo), encontrando-se o feito em grau de recurso. Ademais, verifica-se que o mesmo responde a mais 03 (três) Ações Penais nesta Comarca, a primeira em trâmite junto à 2ª Vara Especializada Criminal (roubo), Proc. nº 0531216-45.2016.8.05.0001, a segunda perante à 1ª Vara dos Feitos Relativos aos Crimes Praticados Contra Criança e Adolescente (roubo), Proc. nº 0343017-78.2012.8.05.0001, e a terceira em curso na 14ª Vara

Criminal, Proc. nº 0540310-17.2016.8.05.0001 (furto qualificado pelo rompimento de obstáculo), sendo negativa esta circunstância, contudo não implicando em reincidência, em face da ausência de seus requisitos [...]

Deixo de converter a pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, bem como aplicar os sursis da pena, em face do réu não preencher os requisitos previstos no art. 44, inciso III, e art. 77, inciso II, ambos do Código Penal, considerando a análise das circunstâncias judiciais acima procedida (Bahia, 2019l, AP 0542343-09.2018.8.05.0001).

De outro vértice, embora respondam a outros processos nesta Comarca, é tecnicamente primário. Não há, portanto, reincidência, nos termos do artigo 63 do Código Penal. Além disto, para a caracterização do furto privilegiado a lei não exige bons antecedentes, mas, tão somente, a primariedade [...]

Atendendo o que dispõe a regra ínsita no artigo 44 do Código Penal, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos porque ausentes os requisitos subjetivos posto que a substituição, em princípio, não é suficiente, tampouco socialmente recomendável, sobretudo porque o denunciado registra outras ações penais em andamento contra si, inclusive com condenação em grau de recurso e já foi condenada a cumprimento de medida socioeducativa (Bahia, 2019m, AP 0564517-12.2018.8.05.0001).

Apesar de ser considerada sinônimo de periculosidade, a reincidência é desnecessária para afirmar ser o réu perigoso, posto que é comum a mitigação do princípio da presunção de inocência diante do julgamento exercido pelas autoridades judiciais para além do fato, mas para o sujeito em si. Dessa forma, o julgador define quem são os sujeitos que tendem a praticar delitos como característica ontológica

da sua personalidade, sendo perigosos por assim entenderem as autoridades judiciais.

Classe e raça: análise dos dados quantitativos em conjunto com a do conteúdo

Os dados quantitativos colhidos na pesquisa revelam como as agências policiais elegem seus alvos dentre, especialmente, homens, negros e de setores socioeconômicos mais desprivilegiados. Em contrapartida, essas mesmas agências atuam para reprimir os sujeitos que praticam crimes patrimoniais, com destaque, nos bairros e regiões mais economicamente privilegiados da cidade de Salvador (Bahia, 2016). Portanto, percebemos, na atuação prática das agências punitivas, o pressuposto revelado por Flauzina (2006) e por Góes (2014), de que a atuação do sistema penal brasileiro cumpre uma função seletiva e racista.

Por sua vez, na análise qualitativa das sentenças, verificamos menção a fatores sociais em apenas uma ocasião, na qual a falta de ocupação lítica do réu foi utilizada como indicador de sua periculosidade, justificada a manutenção da pena prisional na convicção de que o sujeito dedicava sua vida à vertente criminosa. A menção expressa ao desemprego para fundamentar a necessidade do seu encarceramento reforça a operatividade real do sistema penal, de selecionar e estigmatizar os sujeitos que não se encaixam no modelo neoliberal, que não são considerados autoexploráveis nem autocontroláveis (Casara, 2018).

No entanto, dentre as justificativas utilizadas para afirmar a periculosidade do sujeito e fundamentar a não substituição da pena, não encontramos referência explícita a marcadores raciais. Apesar disso, na sociedade e no Poder Judiciário brasileiro, o racismo se manifesta de forma institucional, pois decorre “[...] do alto grau de naturalização da hierarquia racial e dos estereótipos que inferiorizam determinado

grupo enquanto afirmam a superioridade de outro” (Pires; Lyrio, 2014, p. 6). Tanto que, entre as 12 sentenças nas quais não houve substituição, nove dos réus condenados eram negros, ao passo que não foram encontrados homens brancos. Conforme Alves (2017, p. 113–114):

Mais uma vez, os jargões jurídicos ‘personalidade desajustada e perigosa’, ‘personalidade incompatível com o convívio social’ demonstraram que, embora raça, como categoria biológica, seja um tabu nos discursos punitivos, juízes adaptam, conscientes ou inconscientemente, os discursos racializados em pressupostos subjetivos para justificar punições e criminalizar os grupos vulneráveis.

Os membros dos estratos sociais dominantes, dos quais pertencem a maioria das autoridades judiciárias, são condicionados culturalmente a estigmatizar os “outros” devido a traços biológicos, fisionômicos e fenotípicos. Portanto, o racismo está presente nas atuações policiais e judiciais, mas, diante da “cegueira de cor” (*colorblindness*), sua existência não é mencionada, nem é reconhecido o sistema de privilégios que se perpetua pela manutenção das hierarquias raciais (Alexander, 2018).

A prisão, conforme Wacquant (2006), é uma instituição peculiar cujas origens remontam à escravidão, criada pela elite para controlar e gerir a miséria, para serem depositados os sujeitos “indomesticáveis” e extrair o máximo de lucro dessas pessoas. Davis (2018, p. 13), por sua vez, afirma que ela

[...] funciona ideologicamente como um local abstrato no qual os indesejáveis são depositados, livrando-nos da responsabilidade de pensar sobre as verdadeiras questões que afligem essas comunidades das quais os prisioneiros são oriundos em números tão desproporcionais [...].

Esse é um sistema que gera lucro enquanto explora a riqueza social e reproduz as desigualdades existentes, ao passo que mantém “[...] as condições que levam as pessoas à prisão” (Davis, 2018, p. 13). Tal relação se dá de modo bastante semelhante no contexto sócio-histórico brasileiro, pois uma pequena elite exerce o controle punitivo como forma de exploração e de manutenção do controle patrimonial.

Com a transição da escravidão para o sistema prisional, o controle dos corpos indesejados passou do privado para o público, mas com o mesmo objetivo de preservar o *status quo*. A prisão retoma o papel da escravidão de gerir a miséria, criminalizando condutas que ameaçam romper com a desigualdade estruturante e que trazem riscos à acumulação capitalista. Diante disso, a forte perseguição aos crimes patrimoniais, bem como aos delitos de droga, serve a esse propósito de manter controle social, econômico e racial, por meio do encarceramento em massa (Flauzina, 2006).

De fato, as agências judiciais usam do juízo de periculosidade e do estigma da reincidência para justificar o encarceramento daqueles que não são considerados aptos a conviver em sociedade ou que, supostamente, não demonstram responsabilidade social, com o emprego de argumentos abstratos para selecionar e estigmatizar tais sujeitos.

Entretanto, a crença de que o Poder Judiciário é neutro e imune às desigualdades estruturais existentes na sociedade brasileira oculta a distribuição essencialmente desigual do rótulo de criminoso pelo sistema penal. Na prática, a seleção policial extrai dos grupos raciais e sociais historicamente oprimidos aqueles que serão levados às agências judiciais, os quais terão maior chance de receber o estigma da periculosidade, como um privilégio negativo (Lages, Ribeiro, 2019; Baratta, 2002).

São as pessoas negras as majoritariamente presas em flagrante, bem como as que são condenadas e têm a substituição da pena negada sob o argumento de sua periculosidade. Esta associação de pessoas negras à criminalidade, muitas vezes, é feita de forma

não intencional ou não explícita (Barros, 2008; Pires, Lyrio, 2014; Wanderley, 2017). Apesar disso, o racismo velado no conteúdo dos discursos é institucionalizado na atuação prática do sistema punitivo, como argumentam Pires e Lyrio (2014, p. 9):

O racismo institucional aparece como um sistema generalizado de discriminações inscritas nos mecanismos rotineiros, assegurando a dominação e a inferiorização dos negros sem que haja necessidade de teorizá-la ou justificá-la pela ciência.

A reincidência é apontada como demonstrativo da absoluta incapacidade do sujeito de conviver em sociedade, mas, quando não presente, qualquer ação penal ou prisão preventiva em curso serve para que os julgadores apliquem esse rótulo do sujeito como alguém perigoso. Assim, o termo periculosidade do sujeito permite a tomada de decisões baseadas em estigmas raciais e sociais, enquanto permite a manutenção da aparência de neutralidade racial das agências judiciais e acoberta o racismo que determina o teor dessas sentenças.

Ainda em continuidade com as relações coloniais, o sistema penal, como posto, é muito mais complexo do que o existente no positivismo criminológico, pois não há a necessidade de ser abertamente racista. Tanto que muitos órgãos julgadores se limitam a adotar motivações abstratas, em noções amplas de reincidência ou maus antecedentes, como dizer que a prisão é socialmente recomendada, para cumprir a função de manutenção de desigualdades sem romper com a ilusão de segurança e justiça social.

Dessa forma, apesar de não encontrar marcadores raciais expressos no conteúdo das sentenças que negaram a substituição da pena pelo delito de furto, em Salvador, com a presente pesquisa, compreendemos a existência de um racismo institucionalizado nas agências de controle punitivo. Na atuação das agências judiciais, averiguamos, além do uso do estigma da reincidência e da periculosidade

no controle social dos povos, historicamente, oprimidos, um contexto de racismo não declarado que reproduz as relações raciais de poder em um processo de continuidade com as relações coloniais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta pesquisa, trouxemos à discussão a função do sistema penal de retirar da sociedade aqueles que incomodam. Investigamos a ocorrência prática da seletividade penal nos processos de criminalização secundária, por meio da análise de dados quantitativos sobre os sujeitos presos em flagrante e condenados por furto e da análise de conteúdo das sentenças condenatórias que negaram a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Propusemos verificar o uso da periculosidade do sujeito como fundamento para a manutenção da pena prisional.

Assim, delimitamos a abordagem apenas nos delitos de furto por serem sem violência ou grave ameaça, na comarca de Salvador/BA, cidade em que realizamos a coleta de dados, no ano de 2018, para buscar a maior atualidade possível dos dados. Destacamos a importância da Defensoria Pública do Estado da Bahia (Bahia, 2019), que forneceu a base de dados do Relatório das Audiências de Custódias de Salvador/BA: anos 2015–2018, na extração dos dados que foram objetos desta pesquisa.

Pela ótica da criminologia crítica, compreendemos o delito como um bem negativo distribuído na sociedade de forma inversamente proporcional aos privilégios, por um duplo processo de seleção e estigmatização, diferentemente da visão positivista do crime como uma característica ontológica. Ademais, como a sociedade brasileira é historicamente estruturada na escravidão, no racismo e no genocídio dos não brancos, a atuação do sistema penal é também fundamentalmente marcada pelo fator racial.

A prisão é uma instituição cujas origens remontam aos processos de escravização, cuja operatividade real é a de selecionar e marginalizar pessoas não brancas de classes sociais mais baixas. Assim, o sistema penal e a pena não podem ser legitimados racionalmente, pois geram a imposição seletiva e racista de violência e sofrimento, ao passo que imunizam os crimes praticados por membros dos grupos sociais e raciais privilegiados na sociedade.

Dentre os 78 casos analisados, foram proferidas 33 sentenças condenatórias, dentre as quais 12 não tiveram a pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direitos. Nesses 12 casos, todos os sujeitos eram homens, sendo a maioria identificada como pardos (7) ou negros (2), nenhum branco, renda média de até um salário-mínimo (7) e nível de escolaridade em até 2º grau completo (9). Nesse sentido, verificamos, com a análise dos dados, que as pessoas presas em flagrante pelos delitos de furto, bem como as que foram condenadas e tiveram a substituição da pena negada, foram identificadas, majoritariamente, como homens, negros, com renda mensal de até um salário-mínimo, e com até 2º grau incompleto.

Ademais, constatamos a distribuição desigual do rótulo de criminoso na sociedade soteropolitana com relação aos locais de residência das pessoas, de modo que o sistema penal atinge de forma mais violenta pessoas identificadas como “moradores de rua” ou residentes de bairros mais populares de Salvador. Por outro lado, com relação aos bairros de ocorrência das prisões, observamos a distribuição desigual também do “privilégio” de ser protegido pelo sistema penal, pois os locais onde houve maior quantidade de flagrantes foram regiões de residência de população mais abastada socioeconomicamente (Bahia, 2016).

Posteriormente, na análise de conteúdo das sentenças condenatórias em que foi negada a substituição da pena, notamos como a reincidência é a circunstância mais utilizada para fundamentar a periculosidade do sujeito, como um suposto indício de falta de senso

de responsabilidade necessário. Além disso, a existência de antecedentes criminais, outras ações penais em curso ou condenações sem trânsito em julgado foram argumentos adotados para justificar a não substituição, associados em geral à ideia de ser a substituição ineficaz e não socialmente recomendável.

Nessa análise qualitativa das fundamentações das decisões proferidas pelas autoridades judiciais, não foi encontrada menção explícita a marcadores raciais. No entanto, com relação à questão de classe, verificamos o uso da ausência de profissão regular lícita para legitimar a necessidade do encarceramento; caso em que há uma dupla violência estatal contra o réu, que já sofre as dificuldades da desigualdade social e ainda tem essa vulnerabilidade valorada negativamente para fundamentar sua prisão.

Apesar de não se afirmar de forma declarada que os sujeitos vistos como perigosos são homens, negros e pobres, foram eles os presos em flagrante que foram condenados e tiveram a substituição da pena negada. O etiquetamento desses sujeitos como pessoas perigosas e sem senso de responsabilidade necessário para cumprir a pena fora da prisão é um instrumento da operatividade real do sistema punitivo.

As fundamentações abstratas das prisões no perigo do sujeito e na reincidência, no contexto de racismo institucional do sistema penal brasileiro, contribuem para dar aparência de neutralidade a decisões baseadas em discursos social e racialmente estereotipados, conservando as desigualdades e hierarquias existentes desde as invasões portuguesas. O racismo não precisa ser declarado nas decisões judiciais, pois ele está institucionalizado na sua operacionalidade real. O silêncio cumpre a função de manter as hierarquias raciais e sociais, existentes desde os processos coloniais, com uma aparência de neutralidade racial do Poder Judiciário.

Portanto, para compreender melhor os processos de subjugação dos povos não brancos oprimidos ao longo da história

brasileira pelo sistema penal, não basta investigar o que foi dito e escrito no corpo das sentenças, deve se questionar também o que está no campo do não dito. A presente pesquisa contribuiu para revelar quem são os sujeitos considerados perigosos pelas agências judiciais, mas também para demonstrar que os fundamentos substantivos desse juízo de temibilidade não estão expressos nas sentenças, revelando a importância de novas investigações empíricas para além de pesquisas documentais e de análises de dados quantitativos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Tradução Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018.

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *Revista CS*, n. 21, p. 97–120, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18046/recs.i21.2218>. Acesso em: 29 set. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequência*, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24–36, jan. 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>. Acesso em: 31 mar. de 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Sequência*, Florianópolis, v. 27, n. 52, p. 163–182, jan. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>. Acesso em: 31 mar. de 2020.

BAHIA. AP 0542343–09.2018.8.05.0001. Juiz de Direito Augusto César Silva Britto. Salvador, BA: 16ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, 2019l. Disponível em: <https://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000VKMY0000&processo.foro=1>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BAHIA. AP 0560949–85.2018.8.05.0001. Juiz de Direito Cláudio Césare Braga Pereira. Salvador, BA: 10ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, 2019c. Disponível em: <https://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000WBP90000&processo.foro=1>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BAHIA. AP 0570115-44.2018.8.05.0001. Juiz de Direito Cláudio Césare Braga Pereira. Salvador, BA: 10ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, 2019a. Disponível em: <https://consultapublicapje.tjba.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=43c2f4e58f6d348185f42d49bb16d5284141d3bf014142e6>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BAHIA. AP 0547705–89.2018.8.05.0001. Juiz de Direito Ricardo Augusto Schmitt. Salvador, BA: 12ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, 2019e. Disponível em: <https://consultapublicapje.tjba.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=297a428c4f509d7a85f42d49bb16d5284141d3bf014142e6>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BAHIA. AP 0508388–84.2018.8.05.0001. Juíza de Direito Alessandra Vasconcelos Dumas de Medeiros Netto. Salvador, BA: 1ª Vara dos Feitos Relativos aos Crimes Praticados Contra Criança e Adolescente da Comarca de Salvador/BA, 2019b. Disponível em: <https://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000TN230000&processo.foro=1>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BAHIA. AP 0517007–03.2018.8.05.0001. Juíza de Direito Alessandra Vasconcelos Dumas de Medeiros Netto. Salvador, BA: 7ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, 2019k.

Disponível em: <https://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000TX6N0000&processo.foro=1>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BAHIA. AP 0564517-12.2018.8.05.0001. Juíza de Direito Alessandra Vasconcelos Dumas de Medeiros Netto. Salvador, BA: 7ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, 2019m. Disponível em: <https://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000WIFW0000&processo.foro=1>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BAHIA. AP 0567009-74.2018.8.05.0001. Juíza de Direito Alessandra Vasconcelos Dumas de Medeiros Netto. Salvador, BA: 7ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, 2019d. Disponível em: <https://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000WNDY0000&processo.foro=1>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BAHIA. AP 0524978-39.2018.8.05.0001. Juíza de Direito Patricia Sobral Lopes. Salvador, BA: 16ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, 2019g. Disponível em: <https://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000UGQY0000&processo.foro=1>. Acesso em: 21 nov. 2023.

BAHIA. CONDER. Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia. *Painel de informações: dados socioeconômicos do município de Salvador por bairros e prefeituras-bairro/Sistema de Informações Geográficas Urbanas do Estado da Bahia*. 5. ed. Salvador: CONDER/INFORMS, 2016.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70; São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1977.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v.2,

n. 1, p. 134–155, jul./ago. 2008. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/issue/view/4>. Acesso em: 29 set. 2020.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos da sociologia do desvio*. Tradução Maria Luíza X. de Bordes. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública: Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, p. 23911, 31 dez. 1940.

CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean; DESLAURIERS, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H; LAPERRIÈRE, Anne; MAYER, Robert; PIRES, Álvaro. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 295–316.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Tradução Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA (DPE/BA). *Relatório das audiências de custódias na comarca de Salvador/BA: anos de 2015–2018*. Defensoria Pública do Estado da Bahia. Salvador: ESDEP, 2019.

ELBERT, Carlos Alberto. *Manual Básico de criminologia*. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1998.

FLAUZINA, Ana. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf. Acesso em: 17 abr. 2020.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GÓES, Luciano. Racismo, genocídio e cifra negra: Raízes de uma criminologia Antropofágica. In: *criminologias e Política Criminal*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=64600a36d09f4960>. Acesso em: 1 maio 2020.

GÓES, Luciano. A “tradução” do paradigma etiológico de criminologia no Brasil: um diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues da perspectiva centro-margem. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

GÓES, Luciano. Pátria Exterminadora: o projeto genocida brasileiro. *Revista Transgressões*, Natal, RN, v. 5, n. 1, p. 53–79, maio 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/articled/view/12101/8425>. Acesso em: 1 maio 2020.

IBGE. *Censo Demográfico*: 2010. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

IBGE. *Desigualdades por cor ou raça em Salvador, “segundo o IBGE”*. 2019. Disponível em: http://generoesexualidade.ffch.ufba.br/wp-content/uploads/2019/04/apresenta_camara_abr19_semvideo_compressed.pdf. Acesso em: 28 jul. 2021.

LAGES, Livia Bastos; RIBEIRO, Ludmila. Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos

sociais? *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 15, n. 3, nov. 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322019000300207&script=sci_arttext. Acesso em: 28 maio 2020.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Analítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFUGUEL, Ramón (org.). *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019. p. 27–53.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. *Revista Arte e Ensaios*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 32, p. 122–151, dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em: 2 maio 2020.

MOLINA, Antônio García-Pablos. criminologia: Uma introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PIRES, Thula; LYRIO, Caroline. Racismo institucional e acesso à justiça: uma análise da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos anos de 1989–2011. In: COUTO, Mônica Bonetti; SILVA, Maria dos Remédios Fontes; TARTUCE, Fernanda. *Acesso à Justiça I*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 513–541. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7bf570282789f279>. Acesso em: 27 jul. 2021.

SEGATO, Rita Laura. El color de la cárcel em América Latina: apuntes sobre la coloniaidad de la justicia en un continente en desconstrucción. *Nueva Sociedad*, Buenos Aires, n. 208, p. 142–161, mar./abr. 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/download/56749072/El_color_de_la_c_U00e1rcel_en_Am_U00e9rica_Latina.pdf. Acesso em: 30 abr. 2020.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Loïc. Da escravidão ao encarceramento em massa: repensando a questão racial nos EUA. In: SADER, Emir (org.). *Contragolpes*. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 11–30. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/05/wacquanta-escravidao-ao-encarceramento-em-massa-nlr-13-january-february-2002.pdf>. Acesso em: 1 maio 2020.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Filtragem racial na abordagem policial: a “estratégia de suspeição generalizada” e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 135, ano 25, p. 189–229, set. 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Pedrosa e Amir Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991 (4ª impressão, 2015).

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

O INTERROGATÓRIO PARCIAL COMO COROLÁRIO DOS DIREITOS HUMANOS

Fabiano Pimentel

O direito ao silêncio encontra respaldo não apenas na legislação processual brasileira como também em diversos dispositivos reconhecidos internacionalmente. Nos últimos tempos, em sede nacional, a discussão acerca do exercício desse direito retornou aos holofotes fundamentada especificamente no seguinte questionamento: o interrogatório parcial está abarcado também entre os direitos fundamentais e humanos?

Entretanto, em que pese a larga escora constitucional garantida ao interrogatório parcial, chama atenção a expressiva quantidade de decisões denegatórias, impedindo que o réu opte por exercer o seu direito ao silêncio parcialmente, ainda que se esteja diante de um meio de autodefesa que deveria ser livremente exercido pelo seu detentor.

As flagrantes violações constitucionais perpetradas pelas decisões denegatórias que impedem o interrogatório parcial, amplamente encontradas na práxis forense, motivaram a escrita do presente estudo, o qual visa responder aos questionamentos anteriormente mencionados mediante análise do arcabouço teórico nacional e internacional sobre o tema, bem como dos princípios basilares do processo penal, dentre eles a ampla defesa e a dignidade da pessoa humana.

O CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS E SUAS CARACTERÍSTICAS

Inicialmente, vale destacar alguns conceitos sobre os direitos humanos. José Joaquim Gomes Canotilho (2003) aduz que direitos humanos e direitos fundamentais são termos utilizados, no mais das vezes, como sinônimos. Entretanto, segundo a origem e o significado, podem ter a seguinte distinção: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporal. Os direitos humanos derivariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. Para Peces-Barba (1982 *apud* Miguel, 2014, p. 393):

Direitos humanos são faculdades que o direito atribui a pessoa e aos grupos sociais, expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o desenvolvimento integral das pessoas em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito ou a atuação dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com garantia dos poderes públicos para restabelecer seu exercício em caso de violação ou para realizar sua prestação.

Liborio L. Hierro (2016, p. 115, tradução nossa) aloca os direitos humanos como uma espécie do gênero direitos subjetivos:

Os direitos humanos parecem ser um tipo ou espécie do gênero dos direitos subjetivos. A própria noção de direitos subjetivos é relativamente moderna [...] e parece ligada à afirmação do indivíduo como soberano

sobre si próprio, uma afirmação que se desenvolve em paralelo com a do Estado como soberano coletivo.¹

Assim, podemos conceituar os direitos humanos como aqueles inerentes a todas as pessoas. São direitos mínimos de existência e sobrevivência humana, cujas violações representam graves ofensas à dignidade humana e devem ser severamente reprimidas. São garantias contra o arbítrio estatal, uma verdadeira defesa contra os excessos governamentais a brindar a vida, a liberdade e a fraternidade entre os povos.

Pode-se destacar, ainda, algumas características dos direitos humanos. Segundo Theresa Rachel Couto Correia (2005), os direitos humanos possuem características próprias que os diferenciam dos demais direitos; dentre as principais estão o internacionalismo, a universalidade e a indivisibilidade, sendo a manutenção da dignidade humana o cerne de todos estes direitos.

Sobre a indivisibilidade, a autora afirma que está relacionada com a compreensão integral dos direitos humanos, os quais não admitem fracionamentos, de modo que

[...] atualmente, o entendimento predominante é de que todos os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis, cabendo aos direitos civis e políticos importante papel na consecução do desenvolvimento (Correia, 2005, p. 100).

Definidas as bases conceituais e as características dos direitos humanos, passamos a analisar o tema do interrogatório, fase processual tão importante no Processo Penal e suas repercussões nos Direitos Humanos.

¹ “Los derechos humanos parecen ser un tipo o especie del género de los derechos subjetivos. La noción misma de derechos subjetivos es relativamente moderna [...] y aparece ligada a la afirmación del individuo como soberano sobre si mismo, afirmación que se desarrolla paralelamente a la del estado como soberano colectivo” (Hierro, 2016, p. 115).

O INTERROGATÓRIO COMO MEIO DE DEFESA

Inicialmente, cumpre esclarecer a natureza jurídica do interrogatório. Tal ponto de partida é extremamente importante para a compreensão deste instituto processual penal. Compreender o interrogatório como um mero meio de prova é dar ao instituto uma visão extremamente reducionista. Não, o interrogatório não é apenas um meio de prova, ou mais uma prova típica, é muito mais do que isso. O interrogatório é um meio de defesa, na melhor expressão, um meio de autodefesa.

É no interrogatório que o réu tem a possibilidade, se quiser, de exercer sua autodefesa, ou seja, de explicar os fatos de acordo com a sua versão, de se defender, pessoalmente, das acusações que lhe foram imputadas pelo Estado-Acusador. Neste mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 10):

Do direito ao silêncio, consagrado em nível constitucional, decorre logicamente a concepção do interrogatório como meio de defesa. Se o acusado pode calar-se, se não mais é possível forçá-lo a falar, nem mesmo por intermédio de pressões indiretas, é evidente que o interrogatório não pode mais ser considerado ‘meio de prova’, não é mais pré-ordenado à colheita de prova, não visa *ad veritatem quaerendam*. Serve, sim, como meio de auto-defesa [...] Assim, a correta conceituação do interrogatório — em face da doutrina, primeiro; em face da Constituição, depois, e, mais tarde, pela incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento brasileiro — é a de que constitui ele meio de defesa, que — se e conforme o acusado falar — pode eventualmente servir como fonte de prova.

Em consagração ao exposto pela doutrina, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, no Brasil, reconhece pacificamente o

interrogatório como meio de defesa do acusado, conforme se verifica na ementa do HC 11.1567 AGR/AM (Brasil, STJ, 2014):

EMENTA: ‘HABEAS CORPUS’ — RÉU MILITAR — DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR AO RÉU MILITAR TRANSPORTE PARA COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRIRÃO DE TESTEMUNHAS, AINDA QUE O JUÍZO PROCESSANTE TENHA SEDE EM LOCAL DIVERSO DAQUELE EM QUE SITUADA A ORGANIZAÇÃO MILITAR A QUE O ACUSADO ESTEJA VINCULADO (DECRETO Nº 4.307/2002, ART. 28, N. I) — PEDIDO DEFERIDO — **INTERROGATÓRIO JUDICIAL — NATUREZA JURÍDICA — MEIO DE DEFESA DO ACUSADO** — POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS ACOMPANHAR O INTERROGATÓRIO DOS DEMAIS CORRÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS MOSTRAREM-SE COLIDENTES — PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA — DIREITO DE PRESENÇA E DE COMPARECIMENTO DO RÉU AOS ATOS DE PERSECUÇÃO PENAL EM JUÍZO — NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA — A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ‘DUE PROCESS OF LAW’ COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) — O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO ‘DUE PROCESS’ — PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — MAGISTÉRIO DA DOCTRINA

— CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO — RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Tal entendimento não se esgota na doutrina e jurisprudência brasileiras, vez que o Supremo Tribunal da Espanha possui precedentes no mesmo sentido:

Esta é a doutrina que este Tribunal de Cassação tem seguido com absoluta reiteração, desde os tempos mais remotos. Assim, podemos ler no STS 2545/2001, de 4 de Janeiro de 2002, que o direito do arguido a permanecer em silêncio — *nemo tenetur se detegere* — é um dos recursos mais característicos dos processos penais de inspiração liberal, e o seu pressuposto constitucional e legislativo significa a renúncia de o réu ser um mero instrumento de prova. Assim, o interrogatório torna-se essencialmente um meio de defesa, visando dar eficácia à contradição e permitir ao interrogado refutar a acusação e argumentar a fim de se justificar. A declaração do interrogado durante a investigação e no julgamento é assim essencialmente de natureza auto-defensiva; é um recurso opcional que só eles podem utilizar (STS, 2010, tradução nossa).²

O referido Tribunal espanhol já decidiu pela nulidade decorrente do cerceamento de autodefesa em um caso em que não foi

² “Esta es la doctrina que ha seguido esta Sala Casacional con absoluta reiteración, desde muy antiguo. Así, se puede leer en la STS 2545/2001, de 4 de enero de 2002, que el derecho del imputado a guardar silencio — *nemo tenetur se detegere* — es uno de los rasgos más caracterizados del proceso penal de inspiración liberal y su asunción constitucional y legislativa significa la renuncia a tener a aquél como mero instrumento de prueba. Así, el interrogatorio se convierte esencialmente en un medio de defensa, orientado a dar efectividad a la contradicción y a permitir al sometido a proceso refutar la imputación y argumentar para justificarse. La declaración del imputado durante la investigación y del acusado en el juicio, tiene, de este modo, un carácter esencialmente autodefensivo; es un recurso de utilización facultativa, del que sólo ellos pueden disponer” (STS, 2010).

possibilitada ao réu a última palavra em sede processual penal; o que se assemelha com o ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao interrogatório, que, com o advento da Lei nº 11.719/2008, foi colocado como último ato da instrução probatória, reforçando a sua natureza de meio de defesa. Vejamos decisão proferida pelo Tribunal Supremo de Madrid (2000):

O primeiro fundamento baseia-se no artigo 5.4 da Lei Orgânica do Poder Judiciário, argumentando que o direito à proteção judicial efetiva e a um julgamento com todas as garantias, contemplado nos artigos 24.1 e 2 da Constituição, em relação ao artigo 739 da Lei de Processo Penal, foi violado porque ao acusado não foi concedido o direito à última palavra, de acordo com as disposições da referida lei.

[...]

Tendo em conta as referências nacionais e internacionais, temos de concordar que este é um direito fundamental cuja validade não pode ser subordinado ao desenvolvimento legislativo nacional.

[...]

Consequentemente, o seu efeito imediato é a anulação do julgamento oral, a fase em que o defeito ou violação do direito é cometido, e a reintegração do processo no momento do início do plenário. Isto resulta na consequente contaminação dos juízes que estiveram envolvidos no julgamento, o que torna necessário que o novo julgamento seja conduzido por juízes

diferentes, a fim de garantir a imparcialidade objetiva exigida a qualquer tribunal (STS, 2000, tradução nossa).³

Com isso, resta evidente que o interrogatório é um meio de autodefesa, é o momento processual em que o réu pode, se quiser, exercer o seu direito constitucional de defesa. Logo, podemos afirmar que o interrogatório não é um mero meio de prova, não é uma mera prova típica prevista na legislação processual penal, já que o fundamento da ampla defesa só se concretiza em sua integralidade com a utilização do binômio defesa técnica e autodefesa. Só há defesa efetiva com este entendimento, ou seja, de que o interrogatório é um pilar da ampla defesa.

O INTERROGATÓRIO PARCIAL COMO UM DIREITO HUMANO

Partindo da premissa de que o interrogatório é um meio de defesa, corolário dos direitos humanos, nada justifica a negativa judicial do interrogatório parcial que consiste no direito de réu de silenciar total ou parcialmente, responder às perguntas das partes ou não, de omitir, total ou parcialmente os fatos, no exercício do direito de autodefesa.

³ “El motivo primero se ampara en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por estimar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio con todas las garantías, contemplados en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución, en relación con el artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no haberse concedido el derecho a la última palabra al acusado conforme dispone dicha norma. [...] A la vista de las referencias internas e internacionales, debemos convenir que se trata de un derecho fundamental cuya vigencia no puede quedar supeditada al desarrollo legislativo interno. [...] En consecuencia, su efecto inmediato es la anulación del juicio oral, fase en la que se comete el defecto o vulneración del derecho, y la retroacción de las actuaciones al momento de la iniciación del plenario. Ello produce la consiguiente contaminación de los Magistrados que han intervenido en su celebración, lo que da lugar a la necesidad de que el nuevo juicio se celebra por unos Magistrados distintos, con objeto de garantizar la imparcialidad objetiva exigible a todo órgano jurisdiccional” (STS, 2000).

Sobre o direito ao silêncio parcial, Nereu José Giacomolli (2016, p. 236 *apud* Delfino, 2020, p. 25):

O direito ao silêncio atinge, portanto, especificamente, o direito de ficar calado, de não se pronunciar, de responder somente aos questionamentos que não produzam incriminação, bem como o de responder total ou parcialmente às perguntas formuladas. Trata-se da denominada autodefesa negativa [...] O suspeito, acusado, réu, imputado, na esfera criminal, após ser devidamente informado da acusação, elege a melhor estratégia defensiva, a qual poderá ser a de não declarar, a de não comparecer, a de não se submeter a procedimentos, metodologias de colheita de prova que possam afastar o seu estado de inocência.

Neste mesmo sentido, Maria Elisabeth Queijo (2012, p. 248–249 *apud* Delfino, 2020, p. 25):

A posição mais consentânea com o *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental que é, objetivando a tutela do acusado contra risco de autoincriminação, é permitir ao acusado que exerça o direito ao silêncio, durante o interrogatório do mérito, livremente. Mesmo porque não se poderia exigir dele que fizesse opção pelo direito ao silêncio, ou não, antes de conhecer as perguntas que seriam formuladas, exceto se se tratasse de estratégia defensiva previamente traçada. Desse modo, poderá o acusado não responder a nenhuma pergunta, como poderá responder a algumas delas e silenciar com relação a outras que entenda expô-lo a risco de autoincriminação. Fica assim assegurada integralmente sua liberdade de autodeterminação no interrogatório.

Para Delfino (2020), a negativa ao interrogatório parcial acarreta uma série de violações aos princípios constitucionais aplicados ao processo penal. Aponta o autor que o interrogatório é uma oportunidade para o acusado, considerando que neste momento ele poderá contraditar os fatos narrados pelo órgão acusador na ocasião da denúncia ou da queixa-crime, além de afrontar as acusações realizadas pela vítima e os fatos descritos pelas testemunhas durante a instrução. Nota-se, portanto, que:

[...] negar ao acusado a oportunidade de expor a sua versão dos fatos pelo simples motivo dele ter se recusado a responder às perguntas da autoridade judicial e do órgão acusador viola o exercício da autodefesa do acusado — e conseqüentemente implica mácula à ampla defesa (Delfino, 2020, p. 11).

A negativa advinda desse cenário desrespeita a autodeterminação do réu, bem como a sua liberdade, uma vez que não o permite se decidir sobre a melhor forma de exposição da sua versão em juízo, o que denota nítida influência do magistrado sobre o direito de defesa, que, em verdade, pertence ao acusado. Em consonância com o exposto, Delfino (2020, p. 11) ainda aponta:

Igualmente, há violação ao contraditório, pelo simples fato de que apenas a acusação conseguiu expor a sua versão dos fatos a contento, no momento que ofertou denúncia ou queixa-crime, de modo que o acusado não teve a oportunidade de expor a sua versão dos fatos da forma que melhor lhe aprouvera. E, pior, teve interpretado contra si o exercício do direito ao silêncio, circunstância que redundava em enorme prejuízo jurídico ao sujeito passivo da persecução penal e flagrante desrespeito ao *nemo tenetur se detegere*.

A conduta em tela também viola o princípio da presunção da inocência. No processo penal o encargo probatório acerca da culpabilidade compete ao órgão acusador, motivo pelo qual o acusado não tem o dever de colaborar com a acusação na formação da sua culpa. Dessa forma, assiste ao imputado o direito de escolher a melhor forma de se autodefender, pelo que é plenamente possível que ele, estrategicamente, não responda aos questionamentos da autoridade judicial e do órgão acusador, sobretudo porque a regra, no processo penal brasileiro, é que estes façam perguntas com o intento de incriminá-lo e não de absolvê-lo.

Isto posto, resta claro que qualquer restrição ao interrogatório parcial, ofende direitos humanos, como a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e o princípio da não autoincriminação.

O DIREITO AO SILÊNCIO E À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O direito de não autoincriminação consiste na prerrogativa que tem o réu de não colaborar na produção de qualquer meio de prova que venha a prejudicá-lo. Em outras palavras, trata-se do direito de não constituir prova contra si mesmo. A expressão *nemo tenetur se detegere* significa “não tema se deter”, no sentido que o réu não deve temer a conduta negativa, ou seja, não deve temer se negar a constituir prova que o prejudique.

Queiroz (2017, p. 1) esclarece que o princípio da não autoincriminação significa que o possível acusado de infração penal

[...] pode (livremente) colaborar ou não colaborar com a investigação, já que é sujeito de direito e não simples objeto da prova; mas, se não quiser cooperar, ninguém poderá obrigá-lo a tanto, razão pela qual,

quando houver ilegal constrangimento, a confissão ou prova assim obtida será ilícita e arbitrária a eventual prisão.

Este direito está garantido nos seguintes dispositivos dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos:

Art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966: 'ARTIGO 14 [...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.'

Art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969: 'Artigo 8. Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.'

Art. 5º, inc. LXIII, Constituição Federal do Brasil de 1988: 'Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado' (Brasil, 1988).

Entretanto, segundo Theresa Argemí (2019), a Convenção Europeia de Direitos Humanos não impede que o direito ao silêncio seja apreciado negativamente, desde que analisado conjuntamente com as demais provas acusatórias, as quais devem ser capazes de

exigir uma resposta ao réu, deixando-o em uma situação em que ele não tenha uma resposta lógica a oferecer.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos já firmou entendimento no sentido de que, em que pese o direito ao silêncio ser fundamental para um julgamento justo, não goza de caráter absoluto, de modo que ele pode, excepcionalmente, ser interpretado em desfavor do réu, assumindo um viés condenatório, se as provas fornecidas pelo acusador forem suficientemente sólidas para exigir uma resposta ao réu, de modo que a sua omissão possa, razoavelmente, permitir inferir que o réu é culpado (Coll, 2021).

Eis um grave equívoco. Entender negativamente o silêncio, ou o presumir a culpa pelo exercício do direito de não incriminação é uma violação aos direitos humanos. Nenhuma presunção ou prejuízo pode advir do silêncio, seja ele parcial ou total. Nenhuma presunção de culpa pode ser declarada judicialmente pelo juiz, no exercício do direito de não autoincriminação.

Asencio Mellado (1963, p. 80) critica essa mitigação do direito ao silêncio:

[...] se o direito fundamental conceder a possibilidade de permanecer em silêncio, só pode ser exercido recorrendo ao silêncio, de modo que extrair qualquer prova de culpa equivaleria a anular a eficácia de um direito que só pode ser exercido desta forma (tradução nossa).⁴

Neste mesmo sentido, Gallego (2017) aponta a importância de não se registrar em ata de audiência ou qualquer declaração as perguntas que foram feitas ou teriam sido feitas, mas não obtiveram respostas por parte do réu. Segundo o autor (2017, p. 11):

⁴ “Si el derecho fundamental concede la posibilidad de callarse sólo podrá ser ejercitado haciendo uso del silencio, con lo que extraer cualquier dato de culpabilidad sería tanto como anular la eficacia de un derecho que sólo así puede ser ejercitado” (Mellado, 1963, p. 80).

Nenhuma disposição da Lei de Processo Penal se refere a esta possibilidade, pelo que temos de considerar que ela não é admissível. Esta prática não tem qualquer utilidade e é uma expressão de uma certa tendência para não aceitar o silêncio como um direito privado, portanto, de efeitos negativos. Não faz sentido registar as perguntas; não há explicação suficiente para tal registo, porque se o silêncio não implica nada, então também não há perguntas deixadas sem resposta. Apenas uma tendência inquisitorial, uma relutância em abandonar formas anacrónicas de proceder que incluíam sempre a cooperação do acusado, mesmo de uma forma forçada (tradução nossa).⁵

Para Gallego, o direito ao silêncio é uma manifestação do direito de defesa, e não uma renúncia a este. Assim, nenhuma prova acusatória pode diminuir o seu valor, já que a forma de manifestação desse direito é de livre escolha do acusado e seu defensor, funcionando como estratégia processual.

Portanto, o direito ao silêncio é uma manifestação do direito de defesa ou, melhor dizendo, da autodefesa do acusado. Não implica, ao contrário do que se poderia pensar, a renúncia ao exercício da defesa. Ou seja, o acusado pode optar por permanecer em silêncio, não respondendo a algumas ou a todas as perguntas que lhe são feitas, mas ao mesmo tempo pode propor o uso de provas ilibatórias a fim de eliminar a suspeita da prática do ato punível que pesa sobre ele.

⁵ “En ningún precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se hace referencia a esta posibilidad, por lo que hemos de considerar que no es admisible. Esta práctica carece de utilidad alguna y es expresión de una cierta tendencia a no aceptar el silencio como derecho privado, pues, de efectos negativos. Carece de sentido que haya de hacer constar las preguntas; no tiene una explicación suficiente dicha constancia, pues si el silencio nada implica, menos tampoco las preguntas dejadas de responder. Sólo una tendencia inquisitiva, una resistencia a abandonar anacrónicas formas de proceder que incorporaban siempre la colaboración del imputado, incluso de manera forzada” (Gallego, 2017, p. 11).

E vice-versa, pode expressar o seu livre arbítrio para testemunhar, renunciando ao exercício do direito à prova. O direito ao silêncio, como manifestação específica do direito de defesa, não exclui outras ações, nem é incompatível com elas, nem pode ser avaliado o exercício de outras condutas a fim de diminuir o valor do silêncio (Gallego, 2017, p. 6–7, tradução nossa).⁶

Assim, considerando que a ampla defesa abarca, não apenas o exercício da defesa técnica, como também o direito à autodefesa, a utilização do interrogatório parcial pelo Réu representa a efetivação do direito de se defender livremente, utilizando-se das estratégias pertinentes ao caso, e somente assim é que se pode garantir a efetividade dos direitos humanos previstos nos pactos e tratados internacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, podemos concluir que o direito ao silêncio é um corolário dos direitos humanos e que sua extensão pode ser total ou parcial. O réu pode não responder nenhuma pergunta, pode responder apenas às perguntas do juiz, ou do Promotor ou apenas as perguntas da defesa técnica. O exercício deste direito deve ser pleno, sem qualquer redução.

⁶ “Por consiguiente, el derecho al silencio es una manifestación del derecho de defensa o, mejor dicho, de la autodefensa del imputado. No implica, en contra de lo que pudiera pensarse, la renuncia a ejercitar la defensa. Es decir, el imputado podrá optar por permanecer en silencio, no contestando a alguna o a todas las preguntas que se le formulen, pero al mismo tiempo podrá proponer la práctica de pruebas de descargo tendentes a hacer desaparecer la sospecha de la comisión del hecho punible que pesa sobre él. Y viceversa, aquél podrá manifestar su libre voluntad de declarar, renunciando al ejercicio del derecho a la prueba. El derecho al silencio, como manifestación específica del derecho de defensa, no excluye otras actuaciones, ni es incompatible con ellas, ni el ejercicio de otras conductas puede ser valorado en orden a menguar el valor del silencio” (Gallego, 2017, p. 6–7).

Além disso, nenhum prejuízo pode advir do silêncio, nenhuma presunção de culpa pode ser declarada pelo exercício do direito de não autoincriminação. Só assim, verdadeiramente, será possível garantir a eficácia dos direitos humanos, permitindo que o exercício da autodefesa seja lido sob a ótica constitucional, festejando a ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ARGEMÍ, Teresa Duerto. Tratamiento procesal del silencio del acusado en el procedi-miento del Tribunal Del Jurado. *Fiscal España*, 2019, Disponível em: <https://www.fiscal.es/documents/20142/276899/Ponencia+Teresa+Duerto+Arge-mi.pdf/00d1d08d-606b-781f-0629-6a578b7c15a4?version=1.0&previewFileIndex=>. Acesso em: 12 maio 2022.

BRASIL. AgRg no Habeas Corpus 111567 AM. Relator: Celso de Mello. Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/25342262> Acesso em: 20 nov. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Imprensa, 2003.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. Considerações iniciais sobre o conceito de direitos humanos. *Pensar — Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 10, n. 1, p. 98–105, 2005. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/767/1629>. Acesso em: 25 de nov. de 2020.

COLL, José María Torras. El silencio del acusado y sus consecuencias en el proceso penal. *Confilegal*, 8 nov. 2021. Disponível em: <https://confilegal.com/2021/11/08-el-silencio-del-acusado-y-sus-consecuencias-en-el-proceso-penal/>. Acesso em: 18 maio 2022.

DELFINO, Leonardo. O silêncio seletivo do acusado no interrogatório. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*, São Paulo, ano 5, ed. 8, v. 8, p. 25–39, ago. 2020.

GALLEGO, José Maria Asencio. El derecho al silencio del imputado. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, San José, n. 9, 2017. Disponível em: https://www.lareferencia.info/vufind/Record/CR_fa3f2171b8201dd3efdfdb6462c72668#cor. Acesso em: 14 maio 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei nº. 10.792/03). *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 2, n. 4, p. 9–21, 2004.

HIERRO, Liborio. *Los derechos humanos, na concepción de la justicia*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

MIGUEL, Amadeu Elves. Direitos humanos e direitos fundamentais: conceito, gênese e algumas notas históricas para a contribuição do surgimento dos novos direitos. *Âmbito Jurídico*, 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/direitos-humanos-e-direitos-fundamentais-conceito-genese-e-algumas-notas-historicas-para-a-contribuicao-do-surgimento-dos-novos-direitos/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

PECES-BARBA, Gregorio. *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*. Madrid: Mezquita, 1982.

CONSTRUÇÃO PROBATÓRIA E DEPOIMENTOS POLICIAIS: UM ESTUDO SOBRE SENTENÇAS DE TRÁFICO DE DROGAS EM CAMAÇARI/BA

Maria Louise Oliveira da Silva Ribeiro
Ney Menezes de Oliveira Filho

O presente artigo apresenta uma análise crítica sobre a atividade das agências penais (criminalização secundária) no que concerne ao delito de tráfico de drogas. Trata-se de análise documental que, por intermédio de uma abordagem qualitativa, evidencia a construção probatória nestes processos criminais, apontando para o papel decisivo que os depoimentos policiais possuem na fundamentação das decisões, ainda que a versão do réu seja, em muitos casos, distinta.

Para a análise dos dados, optou-se pelo modelo de formulário gerado pela plataforma Microsoft Forms, com um questionário geral (disponibilizado em Apêndice) composto por perguntas relacionadas a todas as oito sentenças selecionadas. Das questões elaboradas, duas tiveram caráter discursivo e as demais, de múltipla escolha (para as questões de múltipla escolha, a plataforma gerou gráficos e dados percentuais acerca dos dados estudados).

No intuito de organizar a investigação, buscou-se a construção de um significado para os dados encontrados, além de compreender e analisar, em perspectiva científica, os impactos dessas práticas

judiciais na sociedade. No mais, quanto ao tema em tela, pretendeu-se, dadas as possibilidades e limitações desta pesquisa, estudar e analisar, no âmbito da Comarca de Camaçari/BA, as principais teses de fundamentação das sentenças criminais de tráfico de drogas.

Para a obtenção dos dados, organizou-se um formulário composto por nove perguntas, referentes às informações colhidas nas sentenças, tais como: quantidade de acusados; tipificação do crime imputado na denúncia; existência ou não de condenação; quantidade de testemunhas de acusação ouvidas em juízo; quantidade de testemunhas de defesa ouvidas em juízo; quantidade de policiais como testemunhas de acusação; pena em caso de condenação; e regime penal estabelecido para cumprimento.

Da análise deste formulário, cujos dados foram quantificados pela própria plataforma, pôde-se extrair porcentagens que permitem a identificação e a interpretação de importantes informações para a presente pesquisa. Vale mencionar que todas as sentenças selecionadas tiveram imputação do crime de tráfico de drogas, porém o processo de nº 0500978–84.2020.8.05.0039 (Sentença 4) teve também a imputação de crime de porte de armas, e no processo de nº 0700629–63.2021.8.05.0039 (Sentença 3), com dois réus, além do crime de tráfico, também foi imputado o de associação para o tráfico.

No Brasil, as questões relacionadas à política de drogas são, há muito tempo, debatidas nos mais diversos âmbitos da sociedade, e, considerando os impactos sociais desses crimes, cabe mencionar, *a priori*, alguns dados, referentes ao período de julho a dezembro de 2021, fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Segundo esse órgão, no período supramencionado, a população prisional no Brasil foi estimada em 749.233 pessoas (excluídos os presos que estão sob custódias das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares) e, desse total, 219.398 presos respondem pelo crime de tráfico de drogas. No caso do Estado da Bahia, os dados mais recentes da Secretaria de Administração

Penitenciária e Ressocialização (SEAP) informou um total de 12.515 pessoas aprisionadas, sendo a capacidade máxima real de 11.551, resultando em um excedente de 1.193 pessoas (Bahia, 2022).

Adotando como parâmetro os primeiros meses do ano de 2021, um *ranking* mundial realizado pelo site G1, em parceria com o Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV/USP) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, situou o Brasil na 26ª posição no quesito taxa de aprisionamento por 100 mil habitantes (Silva *et al.*, 2021). Nessa contagem, considerando o número de presos provisórios, o Brasil ocupava o 103º lugar (Silva *et al.*, 2021); já o estado da Bahia apresentou o menor percentual estadual no *ranking* geral de prisões por habitantes, apesar de figurar como o Estado com maior percentual, se contabilizados também os presos provisórios, ficando com 49,4% do cômputo nacional.

Diante da problemática trazida pelo grande encarceramento, especificamente as prisões que decorrem de crimes contidos na Lei de Drogas, como tráfico, torna-se relevante abordar a questão probatória na judicialização e conseqüente condenação desses casos, especialmente no que tange à participação policial em todas as etapas desse processo. Dito isso, parte-se do seguinte problema: qual a principal fundamentação das decisões de condenação por tráfico de drogas na Comarca de Camaçari, na Bahia, no período correspondente aos anos de 2021 e 2022?

Visando responder ao problema, propõe-se buscar as razões do convencimento do julgador nas ações criminais de tráfico de drogas, tendo como lastro probatório o depoimento pessoal dos agentes envolvidos nas diligências da prisão. Nesse sentido, dentro das possibilidades proporcionadas por esta investigação, propõem-se, como meios para concretizar o objetivo geral: (i) uma discussão acerca da política de drogas no Brasil, inserida na Lei de Drogas, a partir de uma perspectiva criminológica, (ii) a apresentação da questão probatória na Lei de Drogas e (iii) a análise dos elementos

probatórios utilizados comumente no procedimento de tráfico de drogas, especificamente em algumas sentenças condenatórias criminais por tráfico de drogas, ao longo dos anos de 2021 e 2022, da Comarca de Camaçari/ BA.

Quanto à estrutura teórico-metodológica, optou-se pelo método empírico, respaldado em pesquisas qualitativas e em leituras de livros, artigos, teses, leis, jurisprudências e decisões judiciais, tendo como *corpus* as sentenças dos anos de 2021 e 2022, cujo recorte espaço-analítico refere-se ao município baiano de Camaçari e às decisões exaradas pela Primeira e Segunda Vara Criminal. Para fundamentar as discussões propostas, recorreu-se a diversos autores, entre os quais podem ser citados estes: Carvalho (2016), Andrade (1999), Semer (2019), Lopes Júnior (2020), Matida (2009) e Jesus (2016, 2020).

Para apresentar os dados coletados e as reflexões desenvolvidas acerca do tema em estudo, dividiu-se esta pesquisa em três partes, que correspondem às três seções de desenvolvimento. Após as questões introdutórias deste trabalho, apresenta-se, na segunda seção, uma breve discussão, em uma perspectiva criminológica, sobre a política de drogas no Brasil; na terceira seção, analisa-se a questão probatória no processo penal, considerando os textos teóricos que tratam da Lei de Drogas, dando ênfase à questão do crime de tráfico de drogas; e, antes das considerações finais, expõe-se, na quarta seção, uma análise das sentenças criminais condenatórias por tráfico de drogas no âmbito da cidade de Camaçari, nos anos de 2021 e 2022.

UMA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA DA POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL

Os caminhos que levaram às repressões ligadas ao uso e à venda de substâncias ilícitas foram cimentados em algumas legislações e normas que vigoraram para possibilitar que o Estado usasse

seu poder punitivo, até o estabelecimento da atual Lei de Drogas. Decorrente de condições externas de “consolidação da ideologia da diferenciação” (Carvalho, 2016), a Lei nº 11.343/2006 (Brasil, 2006) manteve o discurso jurídico-político de repressão mais elevado ao *tráfico* de drogas (seguindo o padrão predominante na legislação anterior), e para o *usuário ou dependente* utilizou o discurso médico-jurídico (Carvalho, 2016).

No caso específico da Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006) e da perspectiva do usuário, a Lei de Drogas estabelece uma distinção conceitual e penal, no que concerne à pena propriamente dita, entre traficantes e usuários de drogas, provocando consequências processuais, sociais, individuais e, principalmente, penais, já que o “acusado”, se considerado usuário de drogas, sofrerá reprimendas que podem variar entre advertências sobre o uso de droga, prestação de serviço à comunidade ou medida educativa de comparecimento ao programa ou curso educativo, de acordo com a redação do *caput* do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Já de acordo com o *caput* do artigo 33 da Lei de Drogas (Brasil, 2006), a pessoa condenada por tráfico de drogas terá uma pena estipulada entre cinco e 15 anos de reclusão, além do pagamento de multa. De modo comparativo, pode-se perceber a diferença de intervenção que o legislador buscou dar ao usuário e ao traficante, já que este recebe pena de reclusão (privativa de liberdade) e aquele, reprimendas, como, por exemplo, advertência.

Além disso, como descrito no §2º do artigo 28 da referida Lei, algumas circunstâncias subjetivas são indicadas pelo legislador como caracterização da posse de droga destinada ao uso pessoal, quais sejam “[...] a quantidade da substância apreendida, o local da ação, as circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes criminais do agente” (Brasil, 2006) cabe ao juiz avaliar cada caso. Esses critérios, desprovidos de objetividade legal, contribuem para uma espécie de “insegurança” processual, haja vista que a lei não

estabelece, por exemplo, a diferença entre a quantidade de drogas que torna alguém usuário ou traficante. Nesse sentido, conforme destaca Talmelli (2014, p. 3), existe

[...] grande discussão no que diz respeito aos critérios elencados pelo §2º do art. 28 da referida lei, e um dos que mais se destacam é o da quantidade de drogas que o agente possui, de modo que dá-se como solução a essa discussão inserir no dispositivo quantidades determinadas de cada substância entorpecente, de maneira que se pudesse objetivamente enquadrar o indivíduo como usuário ou traficante a partir da quantidade de drogas que possuísse.

Nesse hiato legislativo, que evidencia a dificuldade em se determinar, no caso concreto, o que constitui “uso”, ainda prevalece a dificuldade em compreender, por exemplo, o bem jurídico tutelado pela referida Lei, qual seja: a saúde pública. Esse bem, no contexto do crime estipulado ao usuário, atua como uma das “justificativas” para que o Estado faça uso do seu poder de punir, provocando consequências jurídicas que contrariam preceitos constitucionais e jurídicos como um todo.

[...] No Estado Democrático de Direito, todo o dispositivo legal criminalizador (isto é, toda regra que proíbe a realização de determinada conduta sob a ameaça de uma sanção penal) há de ter como elemento primário a ocorrência de uma lesão ou um perigo concreto de lesão ao bem jurídico que se pretende proteger com a proibição, bem jurídico este que delimita o campo de incidência da regra definidora da conduta criminalizadora e que pode ser definido como a relação de disponibilidade de um sujeito com o objeto, identificável ao direito que o sujeito tem de dispor (isto é, de usar, de aproveitar) de certos objetos

como a vida, a saúde, o patrimônio etc., a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico (isto é, sua afetação) revelando-se exatamente quando uma conduta impede ou perturba a disposição desses objetos, que, assim, necessariamente, hão de ser de titularidade de terceiros (Karam, 2002, p. 138).

Da discussão sobre o bem jurídico tutelado — a saúde pública — no artigo relacionado ao uso de entorpecentes, surge também a questão de como essa justificativa de punição promove contravérsias constitucionais. Em um estudo sobre o artigo 28 da Lei de Drogas, Garcia (2020?) afirma que as disposições elencadas por esse artigo não dizem respeito a ninguém, senão ao próprio indivíduo no âmbito de sua liberdade individual, que é protegida, inclusive, pelo inciso X, do artigo 5º, da CF-88. Portanto, não poderia ser objeto de criminalização, conforme redação dada no fragmento a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (Brasil, 1988 *apud* Garcia, 2020?).

Essa “nova” perspectiva legislativa em prol do usuário na atual Lei de Drogas, apesar de embrulhada em uma roupagem mais inclinada a um discurso “médico-jurídico” e de “patologização do usuário”, como destacado por Carvalho (2016), continua utilizando o sistema penal como uma forma aparentemente moralizadora de “castigar” a conduta de uso de drogas. Nesse viés,

a utilização do aparelhamento estatal para reprimir — utilizando advertências, por exemplo — uma conduta relativa à esfera individual expõe muito a forma como o ordenamento jurídico-legislativo se ocupa de “pequenas causas” em nome de uma “ideologia de defesa social”.

Para Baratta (2002), a “defesa social”, ou o conceito de ideologia da defesa social ou do “fim”, apresenta-se como uma união entre a ciência jurídica e a noção social do homem (na condição de indivíduo indivíduo) sobre si mesmo e sobre os outros indivíduos do meio social, cujo nascedouro remonta à revolução burguesa na Europa. A “fusão” entre pensamento científico-jurídico e pensamento ideológico-social, um legitimando o outro, formam a ideologia da defesa social.

A ideologia da Defesa Social nasce como sistema de controle social contra a criminalidade. O controle social tem no sistema penal (espécie daquele gênero) engenharia específica, programada funcionalmente para tal missão: erradicação da criminalidade. [...] Apesar das diferenças relativas ao método e objeto da ciência penal em suas diferentes vertentes [...], a Ideologia da Defesa Social apresenta funcionalidade justificante (legitimadora) e racionalizadora da intervenção punitiva (Baratta, 2002, p. 45).

Parece haver, portanto, uma espécie de justificação/legitimação do sistema penal e de suas instituições e poderes, sustentada no discurso de controle social da criminalidade. Além disso, o controle criado (e esperado) não parece ser apenas o controle institucional, mas também o ideológico-social, que aflora nos cidadãos uma postura combativa contra determinados crimes e, sobretudo, a figura de determinados “criminosos”.

A construção social da criminalidade e o crime de tráfico de drogas no Brasil: a eficácia invertida do sistema penal

Amparados em alguns valores considerados comuns a todos os cidadãos de um grupo social, ou Estado, o crime e o sistema penal surgem como uma construção social. Da mesma maneira que esses valores (alguns mais e outros menos relevantes) definem um grupo como sociedade, eles também determinam como seus membros devem reagir à ruptura de um desses valores por um de seus membros. Nessa lógica, substituindo a ideia de “valores sociais” por “interesses sociais”, alguns são vistos como mais importantes por uma parcela de indivíduos, e uma parcela ainda menor torna-se responsável pela aplicação das sanções em função do descumprimento de tais regras.

De acordo com Baratta (2002), a criminologia dispõe-se a estudar e a questionar o “interesse social” que ancora algumas condutas condenáveis socialmente — que ele denomina de desvio — ensejando a “criminalidade”.

O desvio não é algo que precede as definições e as reações sociais, mas uma realidade construída mediante as definições e as reações, e que, através delas, adquire a qualidade desviante ou criminoso. Deste ponto de vista, a criminalidade não é, portanto, uma qualidade ontológica, mas um status social atribuído através de processos (informais e formais) de definição e mecanismos (informais e formais) de reação. Se a criminalidade é um ‘bem negativo’ que, como os outros bens positivos ou negativos de cujo processo dependem os diversos status sociais, é atribuído a determinados indivíduos, o acento das teorias criminológicas se desloca, repetimos, da criminalidade para os processos de criminalização (Baratta, 2002, p. 118).

De modo geral, esses processos de criminalização, bem como a criminalidade, para serem entendidos socialmente como tais, passaram por etapas de definição e por mecanismos formais e informais (Baratta, 2002). Sob essa lógica, o que é o crime, assim como o motivo pelo qual ele é entendido como “bem negativo”, é compreendido segundo um interesse social, que o qualifica como tal. Apesar disso, e ainda que essa conduta seja amparada pela justificativa do interesse social/comum, esse sistema de criminalização é constituído e perpetuado por um grupo específico de pessoas (um grupo pequeno, inclusive), que detém o poder de atribuir essas regras como normas e executá-las, em nome de toda uma sociedade. Assim, segundo Baratta (2002, p. 119), as

[...] teorias conflituais da criminalidade negam o princípio do interesse social e do delito natural, afirmando que: a) os interesses que estão na base da formação e da aplicação do direito penal são os interesses daqueles grupos que têm o poder de influir sobre os processos de criminalização — os interesses protegidos através do direito penal não são, pois, interesses comuns a todos os cidadãos; b) a criminalidade, no seu conjunto é uma realidade social criada através do processo de criminalização. Portanto, a criminalidade e todo o direito penal têm, sempre, natureza política.

Acerca da construção das normas sociais e, neste caso, criminais, introduzidas em uma realidade penal e ancoradas em uma espécie de interesse social, Andrade (1999) destaca a eficácia invertida do sistema penal. Segundo a autora, o sistema penal possui uma finalidade que não só se diferencia da que ele próprio afirma ter, como também lhe é contrária, o que provoca consequências negativas para todos, principalmente para os atores considerados “alvos” desse sistema, gerando uma reprodução de desigualdades, legitimada pelo mesmo sistema que afirma ter a intenção contrária.

Por “eficácia invertida”, Andrade (1999) entende a função inversa do sistema penal que se dispõe a gerar uma segurança jurídica dentro do ordenamento, valendo-se de um discurso social de combate à criminalidade e de proteção aos bens jurídicos considerados essenciais aos indivíduos, mas acaba por perpetuar desigualdades sociais e engendrar, de modo seletivo, a criminalidade.

Mas é precisamente o funcionamento ideológico do sistema — a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum ou opinião pública — que perpetua a ‘ilusão de segurança’ por ele fornecida, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções. Daí apresentar uma eficácia simbólica sustentadora da eficácia instrumental invertida (Andrade, 1999, p. 31).

A seletividade edificada neste processo — restrito a uma camada social dominante — possui um forte poder ideológico e político. Se no meio social, de modo geral, ocorrem desigualdades (das mais diversas), com alguns grupos subjugados a outros — seja por diferenças econômicas, de raça, de gênero etc. —, obviamente, na construção social do sistema penal também se perpetuará essa mesma discrepância, já que esse sistema é elaborado e conduzido pelos mesmos grupos dominantes.

Reitera-se, pois, que há uma profunda conexão funcional entre o macrocosmo social e o funcionamento do microcosmo penal, que expressa e reproduz, material e ideologicamente. O sistema penal revela-se como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global; ou seja, das relações de poder e propriedade existentes e por isso a proteção que ele confere aos bens jurídicos é sempre seletiva (Andrade, 1999, p. 34).

Em síntese, considerando o recorte desta pesquisa, pode-se perceber que o sistema penal tende a produzir, a seu modo, condutas entendidas como socialmente reprováveis, mas que são, de fato, reprovadas (do modo que se institui) pelos indivíduos que compõem os subsistemas que realizam e dão vida ao sistema penal, como conhecido atualmente. Nesse viés, em sintonia com a proposta de pesquisa apresentada neste texto, observa-se que:

Valendo-se do mistério e da fantasia que cercam as substâncias tornadas ilícitas, do superdimensionamento das eventuais repercussões negativas da disseminação de suas oferta e demanda, de apressadas ou mesmo falsas informações, de palavras ocas, de significado desvirtuado ou indefinido, mas plenas de carga emocional, como ‘narcotráfico’ ou ‘crime organizado’, que são repetidas e interiorizadas, para expressar algo misterioso e poderoso, a ser enfrentado não importa com que meios, o Estado máximo, vigilante e onipresente atende, com as drogas qualificadas de ilícitas, à necessidade pós-moderna de criação de novos inimigos e fantasmas que, como as bruxas e hereges de outrora, comovendo e assustando, ensejam a busca dos rigores da repressão, da maior intervenção do sistema penal (Andrade, 1999, p. 34).

Conforme postulações de Andrade (1999), o sistema penal sustenta o imaginário social (ideologia da defesa social) de um delito (o tráfico de drogas, especificamente) que conta com um histórico marginal de “inimigo da sociedade”, e utiliza uma roupagem científica para, em suma, dar continuidade ao seu poder punitivo e, assim, perpetuar o funcionamento dessa máquina, que parece tender a uma continuidade perversa.

A PRODUÇÃO PROBATÓRIA E O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

De modo geral, enquanto procedimento judicial, o processo se estabelece e se justifica pela busca de uma “verdade processual” e pelo convencimento do Estado-juiz. Nesse momento, a defesa e a acusação tentam legitimar, dentro das possibilidades admitidas no ordenamento jurídico, suas versões do fato, encontrando essa possibilidade pela via da produção probatória. A respeito desse assunto, buscando construir um conceito para a expressão “processo penal” e estabelecer uma relação deste com a “pena” propriamente dita, Lopes Júnior (2020, p. 45) observa que existe “[...] uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares”. Por isso, um não existe sem o outro, e o processo penal surge para “[...] delimitar o delito e impor uma pena”, sendo este o “[...] caminho necessário para a pena” (Lopes Júnior, 2020, p. 45).

Em um tom mais crítico da realidade penal brasileira, por exemplo, interessante percepção tem a autora Maria Lúcia Karam (2013, p. 70) ao expressar que:

A expansão do poder punitivo incorpora ao controle social exercido através do sistema penal parâmetros bélicos que exacerbam a hostilidade contra os selecionados sofredores concretos e potenciais da pena, ao acrescentar às ideias sobre o ‘criminoso’[...].

Em uma perspectiva mais normativa, entretanto, pode-se entender o Direito e a esfera criminal como um meio do qual se utiliza uma sociedade para garantir o cumprimento de certas normas e regras, que devem ser analisadas sob o prisma indissociável das garantias constitucionais previstas e da observância ao Estado Democrático, podendo, através dessas condições, fazer uso de seu poder punitivo. Portanto, o processo penal encontra sua justificativa

na possibilidade jurídica de penalizar um indivíduo, cuja pena, no mesmo sentido, encontra sua viabilidade somente dentro de tal processo (Lopes Júnior, 2020); é nele (e por causa dele) que as partes, defesa e acusação, conseguem construir suas versões (suas verdades) do fato, cujo conjunto denomina-se “produção probatória”.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, as provas admitidas possuem previsão legal e servem às partes no processo, que utilizam esse meio para construir suas próprias narrativas relacionadas ao fato de que trata o processo. De acordo com Lopes Júnior (2020, p. 558), no que concerne à definição do termo provas no processo, “[...] são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva)”.

Nesse sentido, cabe um breve parêntese acerca da justaposição feita entre “provas” e “verdade” no processo, entendimento levado a cabo ao longo de todo o procedimento. O próprio processo parece querer exigir da defesa e da acusação uma verdade sobre os fatos que foge à possibilidade processual. Essa “verdade” e sua impossibilidade jurídica são analisadas por Matida (2009, p. 17):

A verdade absoluta é impossível para o processo, assim como o é fora dele. Por outro ângulo: a verdade absoluta é impossível de ser obtida qualquer que seja o contexto da experiência e, sendo o processo um desses contextos, não poderia se passar diferente com ele. Assim, a verdade relativa é o único sentido sensato que o termo verdade pode assumir, dentro e fora do processo.

A esse respeito, Jesus (2016, p. 60) também oferece relevantes contribuições ao debate:

Analisar o processo de constituição jurídico penal da infração significa revelar os procedimentos pelos

quais os operadores do direito buscam a adequação entre o fato e o que a lei penal define como sendo as condições de possibilidade de uma infração. Não se aplica a lei aos fatos, mas os fatos à lei. Entre a realidade rica e contraditória e a forma fixa em que ocorre a intervenção da justiça criminal, se inscreve um processo complexo de produção da verdade que é essencial ao funcionamento da justiça.

O procedimento, então, tem início com a prisão em flagrante, normalmente realizada pela polícia ostensiva, que “julga”, ali no caso concreto, se a apreensão cabe ao porte (uso) ou ao tráfico (comercialização); posteriormente, essa situação fática é levada a uma autoridade policial, que dá prosseguimento às investigações — no âmbito do inquérito policial —, até o procedimento ser levado, de fato, ao judiciário, aí sim sob o crivo do contraditório. Quanto a esse “julgamento” prévio, baseado na narrativa policial, realizado pela autoridade policial, bem como sua repercussão dentro do processo, Jesus (2016, p. 32) assevera que a:

[...] classificação do tipo de infração penal apresenta um considerável peso nos flagrantes envolvendo drogas, pois ela irá nortear o tipo de pena que o acusado receberá. Se a autoridade policial entender que uma pessoa encontrada com determinada quantidade de drogas a estava portando para uso próprio, ela será encaminhada à delegacia onde será registrado um Termo Circunstanciado. Se a autoridade policial entender que ela portava droga com o fim de comercializá-la, essa pessoa será presa em flagrante e será elaborado um auto de prisão com base no crime de tráfico de drogas.

Com base no entendimento iniciado no âmbito do inquérito, normalmente com a prisão em flagrante, na narrativa policial, o

processo penal tem início e toma forma, com a polícia assumindo o papel de grande “testemunha”, já que

[...] ela que vai narrar os fatos como crime, e oferecer ao sistema de justiça criminal os ‘indícios’ de ‘materialidade’ e ‘autoria’, elementos fundamentais para o início de uma ação penal (Jesus, 2016, p. 34).

Além de oferecer os indícios de autoria e de materialidade, dentro do procedimento judicial, a polícia, na figura do policial ostensivo e da autoridade policial, possui uma especial participação, visto que “[...] são os policiais do flagrante que figuram majoritariamente como testemunhas nos casos de tráfico de drogas”, por isso mesmo “[...] eles estão na ponta e no centro de todo o processo de incriminação na política de drogas” (Jesus, 2016, p. 34). Por conseguinte, a interação entre a narrativa policial da prisão em flagrante e o percurso probatório, que tenta se construir a partir do processo de judicialização penal, estão intrinsecamente relacionados e são interdependentes. Conforme discussão apresentada ao longo deste capítulo, que visa, ainda, compreender em que medida esse procedimento pode influenciar as partes e o curso do processo.

AS PROVAS COMUMENTE UTILIZADAS NOS PROCESSOS CRIMINAIS DE TRÁFICO DE DROGAS

Ao analisar o papel dos juízes no sentenciamento de tráfico de drogas, Semer (2019), considerando sentenças referentes a diversos Estados brasileiros, observou que os recursos probatórios comumente utilizados nos referidos procedimentos estão, em grande parte, atrelados aos depoimentos dos policiais que participaram das prisões em flagrante.

O que vamos perceber com a pesquisa das sentenças é que, de fato, não existe nenhuma relação entre a prolapada gravidade do fato, a relevante intensidade das penas e um processo penal cercado de maiores cuidados. Talvez em nenhum outro tipo penal, a colheita de provas seja tão modesta quanto no tráfico de drogas. A marca central, como veremos, é a importância suprema dos relatos das testemunhas policiais, nas quais se concentram praticamente todo o repositório das provas obtidas em juízo — ademais da importação dos elementos do inquérito que, grosso modo, também se restringem aos policiais. Nada disforme, assim, das prisões, muito mais centradas no patrulhamento de rua do que na investigação (Semer, 2019, p. 299).

Nessa investigação, partindo dos dados empíricos correspondentes às sentenças utilizadas em sua pesquisa, Semer (2019) constatou que, nos processos analisados, 54% dos acusados negaram a autoria (13,52% confessaram, 27,62% admitiram porte, 4,86% outros). No curso da instrução, em média, a acusação ouviu 2,42 testemunhas, enquanto a defesa ouviu 0,97. A informação mais impressionante diz respeito à relação das testemunhas arroladas pela acusação, com 90,46% sendo provenientes das forças de segurança — 58,17% de policiais militares (Semer, 2019). A constatação de que a esmagadora maioria das testemunhas arroladas pela acusação constitui-se de profissionais da segurança pública, majoritariamente policiais militares, demonstra que, no caso da pesquisa de Semer (2019), a polícia ostensiva assume um papel de protagonismo nos processos envolvendo o tráfico de drogas, já que participa das prisões em flagrante e retorna ao juízo para confirmar suas narrativas anteriores.

De modo geral, não há qualquer restrição legal à participação de policiais como testemunhas de acusação nos processos criminais, porém

[...] deverá o juiz ter muita cautela na valoração desses depoimentos, na medida em que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato (Lopes Júnior, 2016, p. 749).

Isso porque “[...] é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados” (Lopes Júnior, 2016, p. 749). Nesse sentido, Jesus (2020, p. 2) tece contribuições sobremaneira relevantes:

Analisando os processos criminais, podemos nos perguntar quais são as provas consideradas pelos juízes e que lhes permitem decidir pela condenação ou absolvição das pessoas acusadas de tráfico de drogas. Majoritariamente, aquelas produzidas pelos policiais do flagrante. Mas em que consistem tais provas? Nas narrativas desses agentes da lei e nas substâncias apreendidas. No limite, é a polícia que define quem é ‘usuário’ e quem é ‘traficante’. É esse agente que vai narrar os fatos como crime e oferecer à justiça criminal os ‘indícios’ de ‘materialidade’ e ‘autoria’ considerados fundamentais para o início de uma ação penal. E são esses mesmos policiais do flagrante que vão figurar como testemunhas nos casos de tráfico de drogas, constituindo-se, ao mesmo tempo, em autores das narrativas e personagens ‘testemunhas’ de todo o processo de incriminação na política de drogas.

A valoração desses depoimentos funda-se na perspectiva de que os policiais são agentes públicos representantes do Estado e, portanto, possuidores da presunção de veracidade em suas narrativas. Além dos questionamentos que surgem das problemáticas advindas da prova testemunhal em si, há ainda o fato de que estas

são as provas mais utilizadas nos processos de tráfico, situação que remete a duas importantes questões: por que o simples fato de ser agente público concede a essa testemunha a presunção de veracidade na sua narrativa? E quais as consequências dessa condição no processo? A presunção de veracidade dos depoimentos policiais e o lugar da produção de provas da defesa nos processos criminais de tráfico de drogas. A presunção de inocência é um dos grandes pilares de sustentação do sistema acusatório. A expressão latina *in dubio pro reo* significa que, na dúvida, deve-se decidir em favor do réu. Nesse sentido, o artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal informa que “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Brasil, 1988, s. p.), reafirmando a ideia de que, “[...] ao consagrar constitucional e convencionalmente a presunção de inocência, fez o legislador uma escolha política processual importante” (Lopes Júnior, 2016, p. 575). Portanto, o

[...] *in dubio pro reo* é uma manifestação da presunção de inocência enquanto regra probatória e também como regra para o juiz, no sentido de que não só não incumbe ao réu nenhuma carga probatória, mas também no sentido de que para condená-lo é preciso prova robusta e que supere a dúvida razoável. Na dúvida, a absolvição se impõe (Lopes Júnior, 2016, p. 576).

A insuficiência de provas ou a fragilidade do *standard* probatório ensejariam, portanto, a absolvição do réu no processo. O artigo 386 do Código de Processo Penal, por meio do inciso VII, destaca as hipóteses em que o juiz deverá absolver o réu quando, por exemplo, não “[...] existir prova suficiente para a condenação” (Brasil, 1941, s. p.). No caso do imaginário jurídico, entretanto, predomina uma inclinação a reconhecer o depoimento policial como envolto em uma presunção de veracidade, decorrente do cargo público que ocupa e que, em tese, faz deste meio de

prova um grande pilar de sustentação para fundamentar decisões. Como exemplificado no excerto a seguir:

Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese (Brasil, 2020). Nessa perspectiva, ao analisar as recepções da narrativa policial pelos agentes judiciários, bem como o fato de que a confiança jurídica no depoimento (e atividade) policial está pautada em uma “crença”, à qual a autora atribui o significado de “ato de fé”, Jesus (2016, p. 195) ressalta que o argumento da “fé-pública” é usado para conceder a esses depoimentos cunho de legalidade, sem fazer grandes questionamentos acerca de seu conteúdo. Desse modo,

O repertório de crenças cria um tipo de campo de imunidade da narrativa policial, e que pode ser entendida aos próprios policiais. [...] juízes e promotores, no Estado Democrático de Direito, dispõem de meios para questionar os policiais, já que apresentam como uma de suas prerrogativas o controle externo da atividade policial e a proteção de proteção de garantias de direitos. As análises demonstraram que raramente os operadores assumem esse papel. Trata-se de acomodações das crenças dos operadores do direito, sobretudo promotores e juízes, com relação às narrativas dos policiais, que se estende ao próprio policial. Ao invés de observarem os princípios constitucionais como presunção da inocência, princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como o devido processo legal, promotores e juízes tendem a acreditar nas narrativas policiais, sem questionar possíveis situações de ilegalidade ou abusos (Jesus, 2016, p. 195).

Os resultados de outra pesquisa, realizada por Caldas e Prado (2020) no período de agosto de 2016 a julho de 2017, tendo como objeto de estudo os julgados do Tribunal de Justiça da Bahia, mostram que das 50 apelações selecionadas de crimes relacionados ao tráfico e à associação para o tráfico de drogas, porte e posse de armas, 66% contavam apenas com o depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante como meio de prova. Nesses casos, 92% das vezes o Tribunal manteve a decisão de condenação do primeiro grau.

Considerando o contexto do Estado da Bahia, cabe mencionar o Decreto nº 12.556/2011 (Bahia, 2011), ainda vigente, que trata da regulamentação de uma espécie de prêmio especial a ser pago a policiais civis e militares quando da apreensão de armas de fogo advindas de porte ilegal, estabelecendo um tipo de compensação pelo serviço, conforme redação dada pelo artigo 3º do referido Decreto, a saber:

Art. 3º — O Prêmio Especial será pago por arma de fogo apreendida, dividindo-se o seu valor em partes iguais entre os componentes da equipe, patrulha ou guarnição que efetuar a apreensão da arma (Bahia, 2011).

Em seu encargo, o juiz possui o livre convencimento para basear suas decisões, mas necessita fundamentá-las com as provas produzidas durante a instrução probatória, em procedimento judicial. Apesar disso, as discussões supradesenvolvidas permitem ressaltar o predomínio de uma espécie de tendência judicial, ainda que não apontada de modo individual para a figura do juiz, mas, sim, para o sistema como um todo, em atribuir “crença” diversa ao depoimento policial, testemunha de acusação.

Nesse viés, Lopes Júnior (2020, p. 99) em estudo no campo da psicologia social sobre a teoria da “dissonância cognitiva”, citando o jurista alemão Bernd Schünemann e no intuito de investigar o efeito psíquico, e conseqüentemente decisório, atrelado à atividade

do juiz, buscou analisar “[...] as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável” e “[...] a forma de inserção de elementos de ‘consonância’ [...] que reduzam a dissonância e, por consequência, elimine o estresse gerado”. Isso está relacionado, de modo aparente, com a atividade que o juiz precisa desempenhar, em especial o juiz criminal. Nas palavras de Lopes Júnior (2020, p. 99):

O autor traz a teoria da dissonância cognitiva para o campo do processo penal, aplicando-a diretamente sobre o juiz e sua atuação até a formação da decisão, na medida em que precisa lidar com duas ‘opiniões’ antagônicas, incompatíveis (tese de acusação e defesa), bem como com a ‘sua opinião’ sobre o caso penal, que sempre encontrará antagonismo frente a uma das outras duas (acusação ou defesa). Mais do que isso, considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la, é inafastável o pré-julgamento (agravado quando ele decide anteriormente sobre prisão preventiva, medidas cautelares etc.). É de se supor — afirma Schünemann — que ‘[...] tendencialmente o juiz a ela se apegará (a imagem já construída) de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes.’

Bernd Schünemann confirma que quanto mais o juiz se envolve com a investigação preliminar, de modo a tomar conhecimento e receber a denúncia, por exemplo, menor será seu interesse nos atos da defesa e, com isso, maior será a possibilidade de condenação (*apud* Lopes Júnior, 2020). Isso acontece porque toda “[...] pessoa busca um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não

contraditória”, e a “[...] tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à (molesta) dissonância cognitiva”, promovendo uma espécie de tendência à “[...] autoconfirmação das hipóteses” e “[...] busca seletiva de informações” (Schünemann *apud* Lopes Júnior, 2020, p. 101).

Para Semer (2019), a atuação combativa do juiz parte de uma postura que quer pretender tomar para si responsabilidades que não lhe pertencem, seguindo o senso comum, a fim de relativizar as sugestões científicas e, de certo modo, assumir um lugar que não lhe pertence juridicamente. Nesse sentido, observa o seguinte:

Quanto mais cede ao senso comum, mais se alheia do rigor técnico, mais mergulha no pragmatismo envergonhado, menos consegue exercer o poder que tem às mãos: a defesa intransigente dos princípios e normas que conformam o ordenamento jurídico. As presunções que o ajudam a formar sua livre convicção, a idoneidade dos policiais e a suspeição dos réus, o esfacelamento dos limites legais, a busca por uma verdade que pode estar em qualquer canto e por outro lado ser obtida de qualquer forma, não lhes prestigia. A presunção da culpa o torna praticamente indispensável (Semer, 2019, p. 433).

Considerando a literatura jurídica utilizada para a construção desta pesquisa, nota-se a existência de uma forte ligação entre o depoimento policial, a sua influência nos processos criminais de tráfico e o aparente papel de coadjuvante destinado à defesa e à sua produção probatória nesses processos, quando comparada à acusação. Nessa perspectiva, na próxima seção, analisa-se um *corpus* de sentenças condenatórias, no intuito de compreender, de modo empírico, quais são os grandes pilares que consubstanciam as decisões dos juízes da Primeira e da Segunda Vara Criminal de Camaçari/BA.

FUNDAMENTAÇÃO DE SENTENÇAS CONDENATÓRIAS DE TRÁFICO DE DROGAS EM CAMAÇARI/BA: A QUESTÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO COMPROMETIDO

Nesta seção, após a apresentação dos dados acerca das sentenças condenatórias pelo crime de tráfico de drogas na cidade de Camaçari, tendo como recorte temporal o período compreendido entre os anos de 2021 e 2022, propõe-se uma leitura/análise dessas informações, ancorada no repertório teórico discutido nas seções anteriores. Para esta amostra, escolheu-se um total de oito sentenças criminais proferidas pelas 1º e 2º Vara Criminal de Camaçari, sendo estas as únicas varas destinadas à matéria criminal na cidade.

As sentenças foram solicitadas através de e-mail, para ambas as Varas Criminais, as quais prontamente enviaram dez decisões, das quais oito foram selecionadas para esta análise. Os processos analisados foram os seguintes: 8039123–96.2021.8.05.0039 (Pesquisa de campo, Sentença 1); 0700226–94.2021.8.05.0039 (Pesquisa de campo, Sentença 2); 0700629–63.2021.8.05.0039 (Pesquisa de campo, Sentença 3); 0500978–84.2020.8.05.0039 (Pesquisa de campo, Sentença 4); 0507404–83.2018.8.05.0039 (Pesquisa de campo, Sentença 5); 0502842–94.2019.8.05.0039 (Pesquisa de campo, Sentença 6); 0700053–70.2021.8.05.0039 (Pesquisa de campo, Sentença 7); 0700232–04.2021.8.05.0039 (Pesquisa de campo, Sentença 8).

Dentre as sentenças estudadas, 88% foram de processos com um único acusado e 12% com dois acusados no polo passivo. Quanto à quantidade de testemunhas de acusação ouvidas em juízo, 63% das sentenças tiveram duas testemunhas e 37%, três ou mais, o que significa que a totalidade dos processos contou com oitavas de testemunhas de acusação — a maioria com duas testemunhas, no mínimo. Entre essas testemunhas arroladas pela acusação, todas

eram policiais (agentes de segurança), com dois policiais em 63% dos processos e três ou mais policiais em 37%.

Em relação à quantidade de testemunhas de acusação ouvidas em juízo, os dados são idênticos, em números, aos dados que pretendem avaliar a quantidade de policiais atuando como testemunhas de acusação, isso porque *a totalidade das testemunhas de acusação nos processos corresponde aos agentes de segurança pública*. Em contrapartida, quanto às testemunhas de defesa, 63% dos processos não tiveram nenhuma testemunha ouvida e 37% tiveram apenas uma. Na totalidade das decisões analisadas houve condenação, com penas entre quatro e oito anos em 75% dos casos, e entre zero e quatro anos em 25%.

Quanto ao regime penal, os dados mostraram que em 75% das sentenças o regime imposto foi o semiaberto e em 25%, o regime aberto. Essa é a totalidade de informações coletadas através dos dados extraídos das sentenças, através da plataforma mencionada, que serve de objeto às interpretações e reflexões apresentadas a seguir.

Considerando a vastidão de possibilidades de enfoque, a partir da fundamentação das decisões, optou-se pela filtragem dos pontos que mais se alinhassem ao problema proposto por esta pesquisa, quais sejam: (I) a relevância processual, para o convencimento do juiz, das narrativas policiais em detrimento da versão dada pelo réu; (II) a fundamentação para a negativa da alegação de tortura e preliminares de ilegalidade da busca e apreensão (solicitadas pela defesa) que ensejaram a prisão; e (III) a fundamentação de autoria e materialidade. Nos tópicos seguintes, trata-se dos aspectos considerados importantes, em algumas sentenças do escopo selecionado, quanto à fundamentação das decisões e ao aproveitamento dos depoimentos dos policiais nas condenações.

Do convencimento do juiz: versão do réu x versão dos policiais

Em todos os processos analisados neste estudo, os policiais que participaram da prisão em flagrante atuaram como testemunhas de acusação (cada processo com, no mínimo, dois policiais, de acordo com os dados do formulário). O lastro probatório firmado nesses processos criminais de tráfico de drogas está intrinsecamente ligado à produção da prova testemunhal, que se ancora nos depoimentos e nas versões dos agentes de segurança pública. Por isso, é importante observar o contexto das narrativas.

No caso da Sentença 1, por exemplo, os policiais afirmaram em juízo que o réu do processo pertencia à facção criminosa, informando prisões anteriores. Com base no segundo trecho da sentença, os policiais destacam um “*modus operandi*” do acusado capaz de, conforme tal depoimento, justificar a abordagem. Eis um fragmento desse depoimento:

Na Justiça, os policiais civis ratificaram seus depoimentos anteriores, com as mesmas narrativas e acrescentaram que o réu pertence à facção [...]. Disseram ainda que ele já foi preso em outras oportunidades e já escapou algumas vezes das abordagens, sempre dispensando a droga ao avistar os policiais (Pesquisa de Campo, Sentença 1).

O réu, no entanto, em sua versão, afirmou não ser dono das drogas, explicando ter tomado conhecimento dessas substâncias somente na delegacia, formando, assim, versão diversa da estabelecida pelas testemunhas de acusação. Segue trecho do depoimento do réu:

Por sua vez, em juízo, o réu negou ser o dono das drogas apreendidas, somente vendo o saco preto na delegacia. [...] Garantiu possuir ocupação lícita e

negou responder outros processos. Contudo, mudou sua versão, quando mencionado seus antecedentes criminais manchados, garantindo que já tinha sido preso em flagrante com liberação na Audiência de Custódia (Pesquisa de Campo, Sentença 1).

Em resumo, os policiais afirmaram que o réu pertencia à facção criminosa, sendo, portanto, traficante de drogas contumaz. O réu, em contrapartida, negou a posse das drogas relatadas nos fatos que ensejaram o processo. Diante de versões divergentes, o juiz criou sua convicção baseando-se na narrativa policial, oportunidade em que se observa um comprometimento com a demanda acusatória, como se destaca no trecho a seguir:

Desse modo, pelo conjunto probatório, firmei meu convencimento de que o réu é traficante de drogas, gerente do ponto da Rua [...] pertencente à facção [...] não comprovou ocupação lícita, era o dono das drogas arrecadadas pelos agentes policiais civis e responde nesta Comarca às Ações Penais nº [...], nesta Vara Criminal e nº [...], na 2ª Vara Criminal de Camaçari-BA. [...] Quanto ao delito de tráfico privilegiado, o réu já foi preso reiteradas vezes no contexto da traficância e *ainda é pessoa conhecida na localidade por vender e distribuir drogas na Rua da Malícia. Sua conduta ao ver a polícia é sempre de dispensar o material ilícito e evadir-se do local.* Além disso, os relatos das testemunhas de acusação, em juízo, são no sentido de que o réu é gerente do tráfico e que pertence à facção (Pesquisa de Campo, Sentença 1, grifos nossos).

Os trechos indicados nesse excerto — “é pessoa conhecida na localidade por vender e distribuir drogas”, “sua conduta é sempre dispensar o material ilícito e evadir-se do local”, “os relatos das testemunhas de acusação em juízo são no sentido de que o réu é gerente

do tráfico” — são informações utilizadas pelo juiz para fundamentar sua decisão. No entanto, constituem, *a priori*, narrativas dadas pelos policiais, e embora não se possa descredibilizá-las, tampouco se pode tomá-las como “verdade”, sem possibilidade de contestação.

Na fundamentação judicial da sentença, alguns aspectos merecem ser detalhados. Ao apresentar o conceito de “*standard probatório*” em seção anterior, destacou-se seu significado de “[...] suficiência probatória, o ‘quanto’ de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória” (Lopes Júnior, 2016, p. 574). Para Lopes Júnior (2016), há um “mínimo” de diversidade de provas que precisa ser atingido na formação do conjunto probatório do processo, como preceitua o artigo 155 do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (Brasil, 1941).

Embora possa decidir de acordo com as provas produzidas, o juiz deve considerar que esse lastro probatório não pode ser baseado somente em elementos do inquérito, já que este tem natureza informativa. De fato, os depoimentos das testemunhas de acusação são produzidos em juízo, mas é possível se atingir um “mínimo” de provas, sendo estas decorrentes, basicamente, do inquérito policial?

No caso da fundamentação da Sentença 1, há fragilidade probatória se for admitido o texto do artigo 155 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941) e o conceito de “*standard probatório*”, já que o juiz se baseia, para firmar a convicção de que o acusado é “gerente do tráfico”, “conhecido por vender drogas na localidade”,

na narrativa policial para legitimar a sua fundamentação na sentença. Ainda assim, o acusado foi condenado a uma pena de 5 anos, em regime semiaberto.

Ademais, no caso da Sentença 5, o acusado alegou que os policiais que participaram da diligência (os mesmos que prestaram depoimento no juízo) forjaram a droga, afirmando que a substância não lhe pertencia e apresentando, portanto, versão diversa daquela da acusação. O juiz firmou o seguinte entendimento:

A narrativa apresentada por ele carece de qualquer amparo no acervo probatório produzido durante a instrução. Não é verossímil a alegação que foi forjada pelos agentes policiais a imputação da quantidade da droga ao acusado, pois implicaria serem os policiais detentores de grande estoque circulante de drogas, sem contar com as regularmente apreendidas e registradas. Além disso, não é verossímil a alegação que a polícia circula portando quantidade expressiva de droga sem formalizar a sua apresentação e apreensão. Não há como acolher a pretendida absolvição pugnada pela defesa por ausência de provas (Pesquisa de Campo, Sentença 5, grifos nossos).

A simples afirmação de que as alegações feitas pelo acusado contra os policiais são mentirosas, sem qualquer outro meio de prova produzido em juízo que sustente tal entendimento (apenas a narrativa policial diversa), faz surgir duas questões: (i) de fato, o valor probatório do depoimento policial é diferente se comparado à versão do réu; e (ii) a prevalência da “crença” na atividade policial (sequer admitindo versão contrária), em detrimento da versão do acusado, que nesse processo, ainda assim, foi condenado por tráfico a cinco anos em regime semiaberto.

As duas questões remetem, a partir dos dados analisados, ao fato de que, na atividade judicante, no lugar da prevalência do

livre convencimento motivado pelas provas produzidas no processo penal, há um livre convencimento comprometido com os depoimentos dos policiais (e, por consequência, com a própria acusação), utilizados, em regra, como prova única para a condenação dos réus por tráfico.

Como já discutido, segundo ressalta Jesus (2016, p. 195), a “crença” na atividade policial configura-se como um “ato de fé”, haja vista que o “[...] repertório de crenças cria um tipo de campo de imunidade da narrativa policial, e que pode ser estendida aos próprios policiais”. No processo penal brasileiro, a presunção de inocência é princípio constitucional basilar, previsto no artigo 5º, inciso LVII, por meio da seguinte redação: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Brasil, 1988).

A esse respeito, Lopes Júnior (2020, p. 140) observa que tal presunção “[...] exige uma preocupação, nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever, imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente”. Logo, a aparente predileção do juiz em aceitar a narrativa policial, recusando, em algum grau, os fatos alegados pelo acusado, serve como atribuição de culpabilidade ao réu, o que fere o princípio da presunção de inocência, já que, em regra, o réu não deve ser considerado culpado, nem tratado processualmente como tal, especialmente nesse contexto de fragilidade probatória.

DA FRAGILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DE AUTORIA E MATERIALIDADE

No estudo das sentenças selecionadas, observou-se um padrão no que concerne à fundamentação de autoria e materialidade, razão pela qual se propôs um tópico específico para a exposição

dessa questão. Assim, vale ressaltar que é “[...] absolutamente ilegal acusar alguém, ou pedir a condenação no final do processo, quando não existe justa causa, punibilidade concreta ou prova suficiente de autoria e materialidade” (Lopes Júnior, 2020, p. 352). Considerando essa assertiva, no caso da Sentença 1, constatou-se que a materialidade está respaldada em elementos do inquérito policial e em prova testemunhal produzida em juízo, além dos laudos de constatação das substâncias apreendidas pelos policiais. Portanto, a autoria tem sua confirmação baseada no depoimento policial. Eis um fragmento:

De início, verifico que a materialidade do crime de tráfico de drogas restou comprovada pela certidão de ocorrência policial, auto de apreensão e oralidade colhida sob os crivos da investigação e do contraditório, bem como pelos Laudos de Constatação e Definitivo que atestam serem as drogas apreendidas substâncias entorpecentes proscritas no território nacional.

Quanto à autoria, os policiais civis [...] disseram, na fase investigativa, que estavam realizando diligências para apurar uma denúncia anônima de tráfico de drogas feita contra o réu que se localizava na [...]. Ao chegarem na localidade, avistaram o denunciado anônimo, montado numa bicicleta, pessoa essa conhecida de outras prisões (Pesquisa de Campo, Sentença 1).

Na Sentença 2, o padrão se repete:

A materialidade delitual está sobejamente comprovada por meio dos elementos constantes dos autos: auto de exibição e apreensão, à fl. 11, laudo preliminar de constatação da substância de natureza tóxica à fl.12 e laudo pericial definitivo às fls. 59–60. A comprovação da autoria, por sua vez, emana dos depoimentos colhidos em juízo e perante a autoridade policial, especialmente

dos depoimentos prestados pelos policiais responsáveis pela prisão (Pesquisa de Campo, Sentença 2).

Novamente, na Sentença 4, observa-se uma estrutura discursiva semelhante às anteriores. Além disso, há, ainda, o uso da “confissão” feita no âmbito do inquérito policial como apoio, como destacado no excerto a seguir:

A materialidade delitual está sobejamente comprovada por meio dos elementos constantes dos autos: auto de exibição e apreensão da droga, constante à fl.18, laudo preliminar de constatação da droga apreendida à fl.19 e laudo definitivo à fl.68. Assim, não prospera a alegação da nobre defesa dos acusados, no sentido de que não há provas da materialidade delitiva, em virtude da ausência de laudo definitivo, haja vista que o mesmo foi devidamente incurso nos autos à fl 68.

Da autoria

A comprovação da autoria por parte dos acusados emana dos depoimentos colhidos em juízo e perante a autoridade policial, prestados pelos policiais responsáveis pela prisão, e pelas confissões dos acusados em sede de Delegacia (Pesquisa de Campo, Sentença 4).

Ainda que seja possível a utilização da confissão para fundamentar uma decisão, ela precisa estar “em conformidade e harmonia” com as demais provas produzidas no processo (Lopes Júnior, 2016). No caso da sentença supracitada, ressalta-se a dependência substancial que a ação penal tem no inquérito policial, de modo a não produzir provas novas, confirmando aquelas já apresentadas pelo inquérito, peça informativa. Nesse sentido, é importante considerar que, no limite,

[...] é a polícia quem define quem é ‘usuário’ e quem é “traficante”. É ela que vai narrar os fatos como crime, e oferecer ao sistema de justiça criminal os “indícios” de ‘materialidade’ e ‘autoria’, elementos fundamentais para o início de uma ação penal. Importante destacar também que são os policiais do flagrante que figuram majoritariamente como testemunhas nos casos de tráfico de drogas. Eles estão na ponta e no centro do processo de incriminação na política de drogas (Jesus, 2016, p. 34).

Segundo observações de Jesus (2016, p. 113), o

[...] inquérito policial apenas confere à narrativa policial do flagrante um caráter de prova, atualizando-a no formato de uma verdade policial, que será extensivamente utilizada nas fases processuais.

A lógica processual parece seguir a mesma perspectiva quando utiliza elementos informativos do inquérito policial e, no máximo, as refaz em juízo, no intuito de passá-las pelo crivo do contraditório, como se pode verificar nos trechos destacados das sentenças supracitadas. das preliminares de ilegalidade e tortura

Na Sentença 2, a defesa alegou ilegalidade quanto à busca pessoal do acusado e à invasão de domicílio. Nas alegações finais, dentre outras teses, pugnou que fosse “[...] declarada a nulidade probatória, aduzindo violação de domicílio, bem como seja reconhecida a nulidade da busca pessoal” (Pesquisa de Campo, Sentença 2). O julgador desse processo, por sua vez, manifestou-se neste sentido:

No caso em tela, os agentes policiais ouvidos em juízo narraram que o acusado demonstrou ‘nervosismo’ ao avistar a guarnição policial e tentou evadir-se. A desconfiança é legítima quando o policial detecta alguma anomalia no comportamento do indivíduo, um gesto

corporal ou algo atípico em suas vestes, pertences ou veículo. Foi o que aconteceu. A permissão para a revista decorre da desconfiança justificada no sentido de que a pessoa traz consigo armas ou outros objetos ilícitos ou perigosos, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. Não sendo possível conseguir um mandado a tempo de concretizar a busca, a lei processual dispensa a autorização judicial. De mais a mais, da prova colhida em juízo, nem o acusado e tampouco as testemunhas mencionam recusa do réu para ser revistado, o que autorizaria a busca pessoal. REJEITO, portanto, a preliminar suscitada (Pesquisa de Campo, Sentença 2, grifo nosso).

Nessa mesma perspectiva, o juiz negou a preliminar solicitada pela defesa, com relação à suposta invasão de domicílio:

Alega a defesa que os agentes policiais invadiram o imóvel do acusado, sem apoio nem ordem judicial. Trata-se de mera alegação, dissociada da prova colhida em juízo, que aponta em sentido oposto. Nenhuma das testemunhas ouvidas menciona a tal invasão. Inclusive, os relatos dos agentes policiais dão conta que a abordagem e a revista pessoal do réu se deu em via pública, não havendo qualquer incursão em casas. A defesa desistiu da oitava da testemunha que supostamente teria presenciado a invasão de domicílio. Por fim, a nobre Defensoria Pública aduziu que requereu a este Juízo relatório do GPS da viatura que efetuou a prisão do acusado, a fim de lastrear a tese de violação de domicílio, mas que não logrou êxito face equívoco do cartório em informar data errada aos órgãos. Apesar de mencionar a importância da prova, ciente do equívoco desta serventia, não requereu o refazimento dela. Nada a prover, portanto (Pesquisa de Campo, Sentença 2, grifos nossos).

Em sentido diverso, no seu depoimento em juízo, o acusado negou os fatos narrados pela versão policial. Ainda assim, o juiz, ao firmar seu convencimento, entendeu que o réu mudou a versão que havia dado no âmbito do inquérito policial “com o fim de se esgueirar da persecução penal”, utilizando-se somente de elementos presentes na fase inquisitorial e dos depoimentos policiais para formar tal convicção. Segue trecho completo:

O réu [...] muito embora tenha negado os fatos durante o seu interrogatório judicial (fl.121), em seu interrogatório policial (fls.13-14) declarou que a droga apreendida pela polícia lhe pertencia e se destinaria à comercialização. Informou local de sua compra e o valor que foi pago por ela. Contudo, em juízo, variou a sua narrativa com o fim de se esgueirar da persecução penal. Relatou ser usuário e que a droga encontrada em seu poder era para o seu uso pessoal. O único ponto em comum entre as narrativas é a alegação de que ele foi abordado dentro de casa e não em via pública, a fim de arguir violação de domicílio. [...] Acrescentou que a droga encontrada não se destinaria à comercialização e sim para seu uso pessoal (Pesquisa de Campo, Sentença 2, grifos nossos).

Quanto à diferença entre a narrativa utilizada na fase inquisitorial e a versão informada na fase judicial, o acusado informou que houve divergência porque teria sido torturado pelos policiais que realizaram a abordagem. Eis o trecho referente a essa informação:

Informou que viu-se obrigado a confessar o crime de tráfico de drogas na Delegacia porque teve receio dos agentes policiais que efetuaram a sua prisão, em face das agressões físicas praticadas por estes quando da sua abordagem. A afirmação não é verossímil, tendo em vista que relatou também que não que sofreu

qualquer coação ou agressão (física ou moral) da autoridade policial e que os agentes policiais não se fizeram presentes no momento do seu interrogatório em Delegacia. Desta forma, a nova narrativa apresentada por ele carece de qualquer amparo no acervo probatório produzido durante a instrução (Pesquisa de Campo, Sentença 2, grifos nossos).

Nota-se uma tendência na utilização de elementos da fase inquisitorial, por parte do juiz, para aferir inverossimilhança quanto ao depoimento do acusado em juízo, chegando à conclusão de que a narrativa do réu não possui veracidade por ter sido divergente.

Cabe, também, destacar o depoimento da testemunha de defesa do acusado, em juízo, informando não ter presenciado os fatos, não se constituindo, portanto, testemunha ocular, ainda que tenha dado sua versão do ocorrido:

Em juízo, a testemunha de defesa [...] relatou ser irmã do acusado e não ter presenciado o momento da prisão de [...]. Afirmou que o seu marido testemunhou o momento em que os agentes policiais adentraram no imóvel e abordaram o acusado, mas que não quis prestar depoimento em juízo, ‘porque ficou com medo dos policiais’ (Pesquisa de Campo, Sentença 2).

Na fundamentação, o juiz, para desconsiderar a versão do acusado, afirmou tratar-se “[...] de mera alegação, dissociada da prova colhida em juízo, que aponta em sentido oposto”, já que nenhuma “[...] das testemunhas ouvidas menciona a tal invasão” (Pesquisa de Campo, Sentença 2). No entanto, vale ressaltar que as testemunhas oculares ouvidas foram os policiais que participaram da abordagem, que não teriam motivo para confirmar a versão do réu contra si mesmos.

Concernente à atribuição de suficiência probatória no depoimento policial para deslegitimar a versão do acusado, o juiz afirmou que os “[...] relatos dos agentes policiais dão conta que a abordagem e a revista pessoal do réu se deu em via pública, não havendo qualquer incursão em casas” (Pesquisa de Campo, Sentença 2). Desse modo, o julgador parece convencido das alegações de modo suficiente para afirmar não ter havido incursão em casas, nem mesmo se valendo do benefício da dúvida.

Tratando dos processos criminais de tráfico de drogas, Jesus (2016, p. 63) observa que a narrativa do acusado é “recepcionada com reservas” em sede judicial, visto que, quando as versões são dissonantes (em juízo versus em inquérito), o juiz adota esse argumento para invalidar o depoimento do acusado, ainda que o interrogatório na fase inquisitorial seja feito sem o crivo do contraditório e ampla defesa, e mesmo que o réu alegue tortura.

As alegações de tortura na abordagem, indicadas pelo acusado, foram entendidas pelo julgador como insuficientes, em razão da contradição no depoimento do acusado (inquérito versus juízo), por isso afirmou que a versão do réu se constituía-se em estratégia para “esgueirar-se da persecução penal”. Porém, quando o réu afirmou ter admitido a posse das drogas por ter sofrido agressões pelos policiais no momento da abordagem, o julgador entendeu a explicação do réu como mentirosa, por não ter, na fase inquisitorial, relatado tais acontecimentos. Isso comprova que os:

[...] juízes não concebem a violência como um procedimento adotado pelos policiais durante a abordagem. Ao restringir a justificativa da violência ao âmbito pessoal (ou privado), o juiz afasta o entendimento de que o uso da violência pode ter ocorrido, por exemplo, de forma arbitrária pelo policial. Desvia-se a possibilidade de entender um ato de agressão policial como violência institucional (Jesus, 2016, p. 143).

Assim, ao desconsiderar ao menos a possibilidade de agressão, o juiz não somente assume uma postura tendenciosa de privilegiar o depoimento policial, como também desconsidera a referida alegação (como se a possibilidade de um acusado ter sido agredido no momento da abordagem nada tivesse a ver com o processo), justamente quando o fato que interessa ao mundo jurídico tem início e está relacionado com toda a produção de prova posterior. De certo modo, “[...] os juízes apresentam certa resistência em fiscalizar o trabalho da polícia, talvez porque precisem legitimar o trabalho policial para que seu próprio seja realizado” (Jesus, 2016, p. 143).

Evidentemente, esse tema enseja debates profundos acerca das violências policial e institucional, que, ainda que não façam parte do escopo desta pesquisa, deve servir de sustentáculo para, no mínimo, questionamentos sobre as dinâmicas desenvolvidas no processo penal em sua instância probatória e, em algum grau, sobre o próprio sistema penal. Portanto, considerando as análises empreendidas neste texto, pode-se perceber, por exemplo, a existência de uma postura alheia à violência no sistema penal quando, ao tomar conhecimento de uma alegação de violência e tortura, decide ignorá-la. No entanto, esse comportamento pode contribuir para a violência institucional, além de ensejar processos penais fundamentados na fragilidade de uma escolha entre qual narrativa merece ser contemplada e qual merece ser condenada. Nessa lógica, a dicotomia “bom versus mau”, no sistema penal, não só se perpetua, como ainda encontra legitimidade e campo fértil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para desenvolver o estudo proposto, que buscou analisar a principal fundamentação das decisões de condenação por tráfico de drogas na Comarca de Camaçari/BA, no período

correspondente aos anos de 2021 e 2022, adotou-se a abordagem empírica, com análise documental de oito sentenças, seguindo critérios estabelecidos por um formulário e organizados na plataforma Microsoft Forms, à qual todas as decisões foram submetidas. De modo geral, objetivou-se entender as razões do convencimento do juiz nos processos criminais de tráfico de drogas, atentando às provas produzidas em juízo, às versões admitidas (ou não) pela defesa e acusação, bem como à influência das narrativas dos policiais — da abordagem ao depoimento como testemunhas de acusação, em juízo — para a formação da convicção do juiz e, conseqüentemente, para as condenações.

Construiu-se uma pesquisa bibliográfica, fundamentada nos dispositivos legislativos. Respeitadas as limitações de uma pesquisa desta proporção, discutiu-se a temática da política de drogas no Brasil, inserida na Lei de Drogas, ancorada em uma perspectiva criminológica e em sua relação com a questão probatória nos processos criminais de tráfico de drogas. Assim, visando apresentar e analisar os dados coletados nas pesquisas bibliográfica e empírica, na segunda seção desta pesquisa expôs-se, tendo como base uma perspectiva criminológica, a questão enunciada pela Lei nº 11.343/2006 quanto aos significados e aplicações da expressão usuário de drogas, discutindo-se a Lei de Drogas como lei penal em branco no ordenamento jurídico, a lacuna legislativa e o problema jurídico e processual da distinção entre usuário e traficante de drogas, como também a problemática da construção social da criminalidade e de sua relação com o crime de tráfico no Brasil, tomando como base o conceito de eficácia invertida (Andrade, 1999). Na seção seguinte, discutiu-se, brevemente, a organização do sistema acusatório brasileiro, a questão da produção de provas no ordenamento jurídico, os tipos de provas comumente utilizados nos processos criminais de tráfico de drogas, além da questão da presunção de veracidade dos depoimentos judiciais e do lugar da produção de provas da defesa

no processo criminal de tráfico de drogas. Na quarta e última seção, com base na apresentação dos dados colhidos, desenvolveu-se a análise e interpretação dos resultados informados.

Da análise dos dados, notou-se que o quantitativo das testemunhas de acusação nos processos de tráfico de drogas sempre foi muito superior ao das testemunhas de defesa (100% dos processos tiveram testemunhas de acusação ouvidas em juízo, 63% dos processos não tiveram nenhuma testemunha de defesa e 38% tiveram uma), cuja totalidade das testemunhas arroladas pelo polo ativo constitui-se de policiais que participaram da abordagem. Nesse sentido, através dos recortes dos trechos importantes das decisões, constatou-se que a prova testemunhal é basilar para a fundamentação das sentenças — sendo todas, inclusive, condenatórias, com 75% dispendo penas que vão de quatro a oito anos; para os outros 25%, com penas variando entre zero e quatro anos, prevaleceu o regime semiaberto.

Além das provas testemunhais, observou-se que alguns elementos do Inquérito Policial são utilizados para a fundamentação da decisão, como, por exemplo, o auto de prisão em flagrante e o laudo pericial de constatação, que, em juízo, é refeito (através da droga apreendida na delegacia) e considerado o laudo definitivo. Esses são os critérios definidos pelo julgador para atestar a autoria e a materialidade dos crimes e para fundamentar as condenações. Desse modo, se é possível admitir que as provas produzidas em juízo possuem o condão de atestar (para o julgador) a autoria desses crimes, sendo estas provas, basicamente, testemunhais (com a maioria das testemunhas auxiliando a acusação, os policiais), pode-se afirmar, também, que a acusação atua como parte importante na construção da “verdade processual”.

Pelo exposto, entende-se que a figura do policial é peça importante para o desenvolvimento do processo de tráfico, pois participa da abordagem (pré-inquisitorial), do próprio inquérito com a autoridade policial e também depõe em juízo. Além de participar

de todas as fases, a figura policial é responsável pela narrativa que se mostra suficiente ao convencimento do juiz, ou seja, que “dá conta” de uma fundamentação para a condenação. Traçando-se um paralelo, entre o conceito de *standard* probatório atribuído pela doutrina e as provas efetivamente utilizadas no “conjunto probatório” dos processos analisados nesta pesquisa, pode-se afirmar que o “lastro” não é tão vasto assim (com muitas provas emprestadas do inquérito policial), e a afirmação de que são “suficientes” e que “dão conta” de uma condenação é, no mínimo, questionável.

Ademais, de uma maneira que não foi possível explicar por meio de embasamento jurídico, constatou-se que o estudo dessas decisões evidencia uma predileção pela versão dos policiais em detrimento da versão do acusado, de modo que o convencimento do juiz mostrou-se em consonância, muitas vezes, com a narrativa apresentada pela acusação. Nesse viés, vale destacar as repetições de frases do discurso policial na fundamentação do julgador e a desconfiança nas palavras do réu, que partem do pressuposto de que este pretendia “esgueirar-se da persecução penal”.

Com base nos dados apresentados nesta pesquisa empírica, tanto na quantificação como nos trechos observados, percebeu-se que o depoimento policial figura como peça-chave para a fundamentação das sentenças, sendo a versão policial, por vezes, eleita como a narrativa considerada suficiente ao convencimento do julgador para a condenação. Nessa lógica, a defesa, portanto, sai em desvantagem nesse jogo, em razão da falta de respaldo jurídico. Na verdade, parece haver, de fato, uma “crença” na atividade policial e em sua narrativa em nome de um descrédito no réu (subjugando o princípio da presunção de inocência), que já adentra o processo como um algoz para o sistema.

O julgador participa deste entrave como autoridade que “fala” através do sistema penal (punitivo). É ele, em último grau, quem detém a “crença” na atividade policial e que, conseqüentemente, toma as narrativas da acusação para fundamentar suas decisões.

A imparcialidade é questionável, e a figura do juiz criminal, nas sentenças aqui analisadas, revela-se participativa, assumindo uma postura inquisitorial, olvidando o princípio da presunção de inocência e, por vezes, tomando um lugar que é próprio da acusação, ignorando a imparcialidade que deveria ser inerente à conduta do magistrado.

Essas observações evidenciam que o sistema penal precisa se ocupar em garantir que os meios escolhidos através dos postulados constitucionais sejam assegurados dentro do processo penal. Isso não implica tratar a questão como se existissem lados dicotômicos de “bom *versus* mau”, ou assumir partidos e posturas de qualquer um dos lados. Pelo contrário, o estabelecimento de uma parcialidade é fundamental ao processo penal, condição que assegura a não relativização das garantias e dos direitos constitucionais para todas as partes envolvidas. Evidentemente, a discussão da temática em tela não se esgota neste estudo, haja vista toda e qualquer forma de produção de conhecimento e de debates — neste e em outros ramos da ciência — ser imprescindível e ensejar a produção de novos conhecimentos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina de. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. *In*: SANTOS, Rogério Dultra dos (org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 23–51.

BAHIA. *Decreto nº 12.556, de 27 de janeiro de 2011*. Regulamenta o Prêmio Especial, instituído pela Lei nº 8.345, de 21 de agosto de 2002, alterada pela Lei nº 12.043, de 04 de janeiro de 2011, e dá outras providências. Salvador: Governo do Estado da Bahia, [2011]. Disponível em: <https://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/1026588/decreto-12556-11>. Acesso em: 5 maio 2022.

BAHIA. *Dados Estatísticos*: Mapa da População Carcerária e Monitorados. Salvador: SAEP, 2022. Disponível em: <http://www.seap.ba.gov.br/pt-br/dados/17>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. 3. ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 5 maio 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 5 maio 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968*. Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0385.htm. Acesso em: 5 maio 2022.

BRASIL. *Lei nº 5.725, de 27 de outubro de 1971*. Estabelece a permissão do desconto no salário do empregado de prestações relativas ao financiamento para aquisição de unidade habitacional, no Sistema Financeiro da Habitação. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15725.htm. Acesso em: 5 maio 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10730704/inciso-x-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 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. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. *AgRg no AREsp 0000260-91.2018.8.24.0167 SC 2019/0301244-9*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Santa Catarina: Superior Tribunal de Justiça, [2020]. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acorda o;aresp:2020-03-05;1598105-1927679>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *A política nacional sobre drogas*. MJSP, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/a-politica-nacional-sobre-drogas>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. *Dados das inspeções nos estabelecimentos penais*. Brasil: Conselho Nacional de Justiça, [S. d.]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 2 abr. 2022.

CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, ALESSANDRA RAPACCI MASCARENHAS. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 28, n. 166, p. 85-127, 2020. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/141942>. Acesso em: 28 abr. 2022.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARCIA, Roberto Soares. A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, [2020?]. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4740-A-inconstitucionalidade-do-art-28-da-Lei-de-Drogas. Acesso em: 30 abr. 2022.

JESUS, Maria Gorete Marques de. “*O que está no mundo não está nos autos*”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. 276 f. Tese (Doutorado em Sociologia) — Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/publico/2016_MariaGoreteMarquesDeJesus_VCorr.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

JESUS, Maria Gorete Marques de. Verdade policial como verdade jurídica: narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 35, n. 102, p. 1–15, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/CV6vftDPgYdD4wR77BvcTmN/?lang=pt>. Acesso em: 12 abr. 2022.

KARAM, Maria Lúcia. Revisitando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 133–146.

KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, p. 169–189, jan./abr. 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MATIDA, Janaina Roland. *O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento*.

2019. 150 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

SILVA, Camila Rodrigues da *et al.* Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo. *G1, Monitor da Violência*, [S. l.], 17 maio 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>. Acesso em: 2 mar. 2022.

TALMELLI, Gabriella. Seletividade penal na Lei de Drogas — Lei nº. 11.343/2006. *Jus.com.br*, [S. l.], p. 1–5, 20 mar. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27071/seletividade-penal-na-lei-de-drogas-lei-n-11-343-2006/3>. Acesso em: 9 abr. 2022.

VERDADE JURÍDICA E CONSTRUÇÃO DO DELITO: O CONTROLE JUDICIAL DE VALIDADE DAS NARRATIVAS POLICIAIS NOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS¹

Artur Ribeiro Alves

Em se tratando de processos envolvendo acusações por tráfico de drogas, o testemunho policial assume papel de destaque para a elucidação dos fatos. Na maioria dos casos, os agentes de segurança são as únicas testemunhas do processo, considerando a alegada dificuldade de obtenção de prova testemunhal diversa do depoimento policial.

Ademais, a ausência de critérios objetivos para a diferenciação entre “usuários” e “traficantes” na Lei 11.343/2006 ampliou a participação do agente de polícia na persecução criminal. Os parâmetros estabelecidos pelo art. 28, §2º da referida lei, que influenciam no convencimento judicial sobre a tipificação da conduta do agente, incidem nas provas produzidas pelos policiais condutores do flagrante.

Desse modo, o material probatório produzido pelos policiais, constituído pelo relato do flagrante e pelas substâncias apreendidas, muitas vezes, figura como elemento decisivo sobre a autoria do delito nos éditos condenatórios. Dificilmente são produzidas novas provas em momento posterior ao flagrante.

¹ Uma versão inicial deste estudo foi apresentada à Universidade Federal da Bahia como trabalho de conclusão do curso de graduação em Direito.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a utilização do testemunho policial nos processos de tráfico de drogas, divergindo somente quanto às condições de validade deste testemunho. A doutrina, por sua vez, sinaliza que o depoimento policial deve ser recebido com certa reserva, tendo em vista a tendência do agente de segurança em querer demonstrar que a ação intentada por ele foi legítima (Tourinho Filho, 2010).

Nas acusações por tráfico de drogas, o depoimento policial não é a única porta de entrada da versão desses agentes no processo. Isso porque, as narrativas policiais, juridicamente formatadas, são inseridas no inquérito e, posteriormente, na denúncia, como descrição dos fatos. Nesse contexto, é o policial do flagrante quem decide o que será levado ao processo judicial.

Portanto, há uma linha tênue entre a descrição do fato e a versão policial, uma vez que ambas são produzidas pelo agente condutor do flagrante diretamente envolvido na ação. Nesse cenário, a versão dos fatos sustentada pelos policiais em audiência consiste em uma reprodução das informações contidas na peça acusatória. Assim, os depoimentos prestados tendem a confirmar as alegações da denúncia e, como são vistos como “plenamente convincentes e idôneos” (Brasil, 2017), são suficientes para a condenação judicial.

Dada essa realidade, o presente estudo tem por objetivo analisar o tratamento dado pelos magistrados do Poder Judiciário às narrativas policiais no julgamento de casos envolvendo flagrante por tráfico de drogas, de maneira a identificar quais são as balizas utilizadas para a (in)validação dessas narrativas, bem como os fatores que são (des)considerados pelo magistrado na tomada de decisão.

Para tanto, o presente artigo dedica-se ao exame da interpretação judicial sobre a narrativa policial nos casos de tráfico de drogas, tendo como objeto de estudo os acórdãos proferidos na esfera de recurso de apelação criminal pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

O resultado desta pesquisa evidencia que a tomada de decisão, nos casos em que há presunção absoluta do testemunho policial, é fundamentada e legitimada com base na narrativa policial. A palavra do agente de segurança se sobrepõe às demais provas, sendo repetida e incorporada à lógica argumentativa do magistrado sem ressalvas.

A POLÍTICA DE DROGAS E O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

A proibição das drogas serve de instrumento para o controle de determinados grupos. O argumento de combate ao uso indevido de substâncias entorpecentes legitima e justifica as ações repressivas de todo tipo de governo contra grupos marginalizados (Flauzina, 2006).

Zaffaroni, em uma palestra proferida no 1º Seminário da Law Enforcement Against Prohibition (LEAP) Brasil, afirmou que “[...] droga é uma palavra criada pela proibição. Na realidade, o que existe são tóxicos. Tóxicos: alguns deles são proibidos e justamente esses que são proibidos se chamam drogas.” (Revista da EMERJ, 2013, p. 115). Partindo dessa premissa, é possível inferir que a droga enquanto substância proibida é uma construção política, assim como, conforme destaca Shecaira (2014, p. 235), “[...] a proibição das drogas é um sistema global de poder estatal” engendrado em “[...] normas internacionais muito estritas [...]”.

Ainda sobre a noção de droga, o rótulo de “drogado” trata-se, como destaca Velho (2004), de uma categoria de acusação social. Segundo o autor:

[...] drogado é uma acusação moral e médica que assume explicitamente uma dimensão política, sendo, portanto, também uma acusação totalizadora. [...]

O fato de os acusados serem moralmente nocivos segundo o discurso oficial, pois têm hábitos e costumes desviantes, acaba por transformá-los em ameaça ao *status quo*, logo em problema político (Velho, 2004, p. 61).

Na historiografia da construção política da droga, a origem da criminalização não pode ser encontrada, pois, conforme pontua Salo de Carvalho (2016, p. 13), esse momento inexistente,² de modo que a construção do proibicionismo ocorreu gradativamente. Nas palavras de Valois (2017, p. 97), “[...] foram necessários muitos distúrbios, mentiras científicas, interesses políticos e, principalmente, a cegueira oriunda do interesse pessoal de alguns indivíduos” para que o discurso hegemônico sobre o tratamento político-criminal das drogas fosse punitivista.

A LEGITIMAÇÃO DAS POLÍTICAS DE DROGAS: ENTRE O PROIBICIONISMO E A REDUÇÃO DE DANOS

No tocante à política criminal das drogas, nas palavras de Boiteux (2006, p.46):

[...] a proibição repousa sobre a premissa da supressão da oferta por meio da interdição geral e absoluta de todo o uso, comércio e produção, que passaram a ser previstos como crime, e sancionados com pena de prisão.

As políticas transnacionais de combate às drogas proibicionistas se dão especialmente a partir de três documentos básicos. O primeiro, a Convenção Única sobre Drogas Narcóticas da Organização das Nações Unidas (1961), além de criar mecanismos transnacionais

² Salo de Carvalho (2016, P. 13) argumenta que “[...] se o processo criminalizador é invariavelmente moralizador e normalizador, sua origem é fluida, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável”.

de controle sobre a produção, distribuição e comércio de drogas, marca o início do processo de militarização da segurança pública sobre a sociedade civil (Boiteux, 2006).

No segundo documento, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971), destaca-se a inclusão das drogas psicotrópicas no rol das substâncias proibidas e sujeitas ao controle internacional. “O modelo político-criminal de controle passou da órbita do discurso médico-jurídico ao discurso jurídico-político” (Carvalho, 1996, p. 196).

Por fim, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), ainda em vigor, consolida a política repressiva, com o recrudescimento do combate ao poder militar, econômico e financeiro do tráfico internacional. Tem-se a “[...] ampliação das hipóteses de extradição, cooperação internacional e do confisco de ativos financeiros dos traficantes, unificando e reforçando os instrumentos legais já existentes” (Boiteux, 2006, p. 41).

Tais convenções impulsionaram o ideário proibicionista e influenciaram diversos países a adotarem medidas estritamente repressivas e de proibição das drogas.

Notadamente, o assunto ‘droga’ transcende os limites da saúde pública e da moral, marcando terreno na esfera da política internacional e passa a se constituir tópicos relevante na política externa das grandes potências (Boiteux, 2006, p. 47).

Como destaca Boiteux (2006), a influência norte-americana foi decisiva na elaboração de uma política proibicionista internacional de drogas. É a partir dos anos 1930, após a liberação do consumo de álcool em 1933, e com a subsequente proibição da maconha, que o controle penal sobre drogas dos EUA inicia uma grande campanha proibicionista. Essa campanha, fortalecida ao longo da segunda metade do século XX, influenciou fortemente o endurecimento das legislações internacionais de controle de drogas.

A política criminal de repressão às drogas na América Latina, após a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 da ONU, se constituiu a partir do discurso médico-jurídico. Vários governos implementaram novas legislações com o objetivo de adequar as normas internas ao tratado internacional de repressão, além de importar o modelo de combate às drogas norte-americano.

O Brasil, assim como outros países latino-americanos, como Venezuela e Colômbia, adotou a política proibicionista defendida pela ONU. Influenciado pela Ideologia da Defesa Social (IDS), o país editou, em 10 de fevereiro de 1967, o Decreto-Lei 159, que iguala aos entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física e/ou psíquica. Posteriormente, ao editar o Decreto-Lei 385/68, que modificou o art. 281 do Código Penal para estender a punição ao consumidor, o país rompe com o discurso da diferenciação, “[...] criminalizando usuário com pena idêntica àquela imposta ao traficante” (Carvalho, 2016, p. 62).

A partir da década de 1970, e em especial após a entrada em vigor da Lei 5.726/71, o Brasil retoma o discurso médico-jurídico, “[...] com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso)” (Carvalho, 2016, p. 64). Entretanto, a Lei empregava o mesmo tratamento punitivo para o traficante e o usuário.

Nos anos seguintes, o modelo repressivo foi sendo alterado mediante a institucionalização do discurso jurídico político belicista. Entre as décadas de 1980 e 2000, o controle de entorpecentes, em nível legislativo, produziu severas legislações, dentre as quais destaca-se a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a qual equiparou o tráfico ilícito de entorpecentes aos crimes de natureza grave.

Por tudo isso, o controle de entorpecentes no Brasil durante a segunda metade do século XX é marcada por uma política de drogas extremamente repressiva, notadamente em relação ao tráfico, responsável pelo aumento dos níveis de encarceramento e da criminalização de determinados segmentos sociais. Essa repressão ganha novos

contextos a partir da inserção da atuação militar no controle de entorpecentes e atinge o ápice com a Nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06).

“ISSO É TRÁFICO?”: A ATUAL LEI DE DROGAS E A TIPIFICAÇÃO CRIMINAL

Como destacado no tópico anterior, o estatuto político-criminal da Lei nº 6.368/76 legou ao Brasil uma política de repressão irrestrita assentada no modelo estadunidense de “guerra às drogas”. Entretanto, tal política não logrou êxito em acabar com o uso ilícito dos entorpecentes. Ao contrário, a despeito do aumento do encarceramento de pessoas por envolvimento com drogas, há um aumento da criminalidade.

Assim, a Nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) é gestada em um contexto de disfuncionalidade da Lei nº 6.368/76, endurecimento da repressão às organizações criminosas responsáveis pelo comércio ilegal de entorpecentes e deslocamento do discurso de “guerra às drogas” para o de “redução de danos”. No momento histórico da formulação da Lei 11.343/06, “[...] o usuário de drogas torna-se objeto de discursos e práticas estatais do saber médico; já os traficantes tornam-se alvo do (sic) saber criminal sendo endereçados os discursos que o enquadram como o inimigo social” (Campos, 2015, p. 38).

Dessa maneira, o estatuto repressivo inaugura dois sistemas de resposta punitiva, com diferentes tipos de punições para a venda e o uso de drogas. Com relação ao usuário, o art. 28 da Lei nº 11.343/06 despenaliza o delito de posse de drogas e do cultivo de plantas para uso pessoal, sancionando tais condutas com penas alternativas, quais sejam: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, não sendo admitida a prisão do usuário em flagrante, ainda em se tratando de reincidência. Em todo caso, o rito a ser adotado deve ser o sumaríssimo.

Atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) o Recurso Extraordinário de nº 635.659/SP, em que se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06. O recurso foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo após o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenar uma pessoa presa com três gramas de maconha. A defensoria alega que o art. 28 da Lei 11.343/2006 viola a Constituição Federal pois contraria o direito à intimidade e à vida privada do indivíduo. O julgamento teve início em 2015, tendo sido proferido, até este momento, os votos dos ministros Gilmar Mendes (relator), Edson Fachin e Luís Roberto Barroso — todos no sentido de descriminalizar a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06. Atualmente, o julgamento do recurso encontra-se fora do calendário de julgamentos da Corte Suprema.

De outro modo, o art. 33 da Lei nº 11.343/06 recrudescer a punição ao traficante de drogas, com a imposição de penas privativas de liberdade fixadas entre cinco e 15 anos (com a possibilidade de aumento nos casos em que a atividade criminosa incluir a participação em organizações criminosas e envolver tráfico interestadual e transnacional) e pena pecuniária de 500 a 1.500 dias-multa, restringindo as hipóteses de incidência dos substitutos penais, além de impor regimes de cumprimento de pena mais severos por ser equiparado à hediondo.

Além disso, a lei de 2006 estabeleceu categorias do delito de tráfico de drogas (“traficantes profissional” e “traficantes ocasionais”) e prevê a possibilidade de redução da pena de um sexto a dois terços³ no caso de acusado primário, com bons antecedentes, que não se dedique a atividade delitativa e nem integre organização criminosa.

A definição de tráfico prevista na Nova Lei de Drogas é amparada por tipos penais abertos e genéricos que maximizam a incriminação. O *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06 elenca 18 condutas delitivas ligadas ao tráfico de drogas: *importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer,*

³ Parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, que podem ser cometidas a título oneroso ou gratuito, ou seja, independe da existência (ou intuito) de lucro.

Os crimes relativos ao tráfico de drogas são de tipo misto alternativo, pelo que a prática de qualquer uma das condutas integradoras do tipo consome o crime, e de perigo abstrato, sendo assim, independem da violação ou perigo concreto ao bem jurídico tutelado (a saúde pública) para a sua configuração (Nucci, 2010), perfazendo-se pela mera conduta, o que dar margem a incriminação de atos meramente preparatórios.

A Lei 11.343 de 2006, em termos interpretativos, foi construída de modo a operar como mecanismo de coerção, através do recrudescimento penal para o tráfico de drogas, e como mecanismo preventivo, mediante o desencarceramento do uso de drogas.

Com isto, a intenção dos legisladores era deslocar o usuário do sistema de justiça criminal para o sistema de saúde e assistência social e, de modo contrário, punir mais duramente o traficante (Campos, 2015, p. 52).

Portanto, embora a política de “redução de danos” tenha assumido destaque no cenário internacional, a base ideológica da Lei nº. 11.343/06 induz e corrobora com a manutenção do sistema proibicionista. Como acentua Salo de Carvalho (2016, p. 118), mantém-se o discurso da diferenciação, “[...] em detrimento de projetos políticos alternativos (descriminalizadores) moldados a partir das políticas públicas de redução de danos”.

Em face da correlação entre as descrições dos crimes de tráfico (art. 33) e de porte para consumo (art. 28) no que tange às condutas “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” e “trazer consigo”, é possível enquadrar o agente em ambos os delitos.

O diferencial entre as condutas incriminadas, e que será o fator que deflagrará radical mudança em sua forma de processualização e punição, é exclusivamente o direcionamento/finalidade do agir [...] (Carvalho, 2016, p. 305).

De modo geral, a Lei de Entorpecentes, em termos de sanção e intervenção penal, distingue claramente a resposta penal para o tráfico e para o porte. No entanto, a lei não dispõe de critérios objetivos que permitam diferenciar, com o mínimo de precisão possível, o “usuário” do “traficante”, de modo que o juízo de tipicidade é baseado:

[...] nas circunstâncias sociais do crime, relatadas primeiramente pelo policial responsável pela prisão e, depois, ratificadas (ou não) pelos operadores de direito (defensores e advogados, promotores e juízes) (Carlos, 2015, p. 7).

O ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema da quantificação judicial, segundo o qual recai “[...] sobre a autoridade judiciária a competência para deliberar se a droga encontrada com o agente era para consumo pessoal ou para o tráfico” (Brasileiro, 2016, p. 709). Por sua vez, o sistema da quantificação legal, adotado por outros ordenamentos jurídicos, diferencia as condutas fixando um *quantum* diário para o consumo pessoal, o qual, se ultrapassado, caracteriza o delito de tráfico de drogas.

Ao contrário do Brasil, outros países, a exemplo de Portugal e Espanha, adotam o “quantidades-limites (QLs)” como critério para diferenciação dos crimes de tráfico e de porte para consumo. Tal método caracteriza o delito conforme a quantidade de drogas apreendidas. Assim, além de servir de baliza para o juízo de tipicidade, o QLs pode ser utilizado “[...] para definir se a infração deve ser retirada do sistema de justiça criminal; e para determinar as penas aplicáveis nos casos de tráfico de drogas” (Carlos, 2015, p. 7).

Após analisar o impacto da adoção do QLS sobre o número de prisões por tráfico de drogas no Brasil, Juliana Carlos (2015, p. 9) verificou que “[...] 54% das pessoas presas por posse de maconha e 19% dos presos por posse de cocaína nos dados analisados teriam sido considerados usuários (e não traficantes de drogas) e não teriam sido presos”.

O modelo da lei brasileira é discricionário, ou seja, o juízo de tipicidade é feito a partir das circunstâncias fáticas do caso concreto. De acordo com o art. 28, §2º da Lei 11.343/06, para diferenciar os crimes de tráfico e de porte para consumo

[...] o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (Brasil, 2006)

Sendo assim, embora diversas as sanções e as intervenções penais, processuais penais e penitenciárias dos crimes de tráfico e de porte para consumo, a ambiguidade das estruturas dos tipos incriminadores e a ausência de critérios objetivos que possam caracterizar tais condutas cria, conforme destaca Carvalho (2016), uma zona cinzenta entre o mínimo e o máximo da resposta penal, o que pode acarretar punições injustas e desproporcionais.

A LEI Nº. 11.343/2006: DISCRICIONARIEDADE ARBITRÁRIA E CHANCELA DA ATUAÇÃO POLICIAL

As alterações legislativas ocasionadas pela Lei 11.343/2006 não promoveram uma redução da população privada de liberdade, muito pelo contrário. Segundo levantamento feito por Jesus (2016) a partir de dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional

(DEPEN), de 2006 a 2014 houve um aumento de 339% do encarceramento por tráfico de drogas.

Majoritariamente, os casos de tráfico de drogas processados pelo sistema de justiça criminal estão relacionados com o varejo, no qual atuam os pequenos vendedores. De acordo com Jesus (2016, p. 37), “[...] ao sistema de justiça criminal chega aquilo que é selecionado pelos policiais [...]”. A autora ainda acrescenta que

[...] somente vai ser visível à justiça criminal aquilo que a polícia leva ao seu conhecimento, sendo desconhecido o tráfico de grande porte, que segundo a literatura é organizado em bases empresariais.

A ausência de critérios objetivos para realizar o juízo de tipicidade promoveu um alargamento do poder da polícia em definir a conduta delitiva (Jesus, 2016). Como destaca Brasileiro (2016), no início da persecução penal incumbe à autoridade policial e ao próprio Ministério Público estabelecer o juízo prévio de incriminação.

Em razão da discricionariedade concedida pela Lei 11.343/2006, as atividades repressivas e persecutórias, ainda que realizadas nos moldes legais, são marcadas pelas “[...] concepções policiais sobre quem sejam os traficantes e os usuários” (Grillo; Policarpo; Veríssimo, 2011, p. 142).

A divisão binária entre usuário e traficante da Lei 11.343/2006 ampliou o poder policial, de modo que se estabeleceu práticas de barganha e negociação sobre o juízo prévio de incriminação (Grillo; Policarpo; Veríssimo, 2011, p. 141). A construção dos tipos usuários e traficantes no discurso policial presentes nos registros das ocorrências são, por vezes, atravessados por ilegalismos, sendo a prática extorsiva e a violência institucional preponderantes (Teixeira, 2012, p. 226).

Para Grillo, Policarpo e Veríssimo (2011, p. 142), a adequação do juízo de subsunção feita pela polícia se estabelece “[...] a partir

de negociações discursivas sobre a versão do fato”. “É a narrativa do ‘condutor’ que fornece os elementos para encaixar o fato em um artigo do código penal” (Grillo; Policarpo; Veríssimo, 2011, p. 142). Assim, a polícia é quem define os delitos que serão levados ao conhecimento do judiciário.

Não obstante o magistrado não fique vinculado ao juízo de subsunção feito pela polícia, na prática, as declarações da polícia, inseridas no relatório do inquérito, são convalidadas pelo judiciário, uma vez que este faz apenas uma fraca reavaliação (Valois, 2017).

Como destaca Jesus (2016, p. 38), em diálogo com Teixeira (2012), “[...] o que vai para o sistema de justiça criminal é justamente aquilo que foi selecionado pelas forças policiais, a partir de determinadas ‘opções na gestão diferencial da lei’ pela polícia”, sem que se tenha conhecimento da verdadeira atuação policial.

Como assinalado por Campos (2015) em estudo sobre as implicações da Lei 11.343/2006, o perfil social do acusado apresenta uma eficácia discursiva no juízo de tipicidade dos registros das ocorrências. Neste sentido, o autor pondera que, no sistema de justiça, a posição social do inculminado permite que o discurso policial seja aceito como verdadeiro e preponderante.

Após analisar 667 autos de prisão em flagrante em casos de tráfico em São Paulo (SP), Santos (SP) e Campinas (SP), o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo constatou que 91% dos réus presos em flagrante por tráfico de drogas foram condenados quase que, exclusivamente, com base no depoimento dos policiais que participaram da ocorrência (Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011, p. 78).

O levantamento realizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro e pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) explicita a preponderância do discurso policial nas sentenças judiciais por tráfico de drogas. Após analisar 2.591

sentenças proferidas pelos juízes da Capital e Região Metropolitana do Rio de Janeiro no período entre agosto de 2014 e janeiro de 2016, verificou-se que em 94,95% dos casos houve o depoimento de algum agente de segurança, ainda que em conjunto com outras testemunhas, e em 62,33% dos casos, o agente de segurança foi o único a testemunhar no processo.

A pesquisa expõe que em 53,79% (1.979) dos casos o depoimento do agente de segurança foi a principal prova valorada pelo juiz para a formação do seu convencimento e, ao mesmo tempo, evidenciou que em 71,14% (1.597) deste total as únicas testemunhas ouvidas na instrução penal foram os próprios agentes de segurança, sendo que a sentença foi condenatória em 65,35%, parcialmente condenatória em 57,53% e absolutória em 12,14% (Haber, Carolina D. (Coord.), 2018).

Observa-se, portanto, que a ampliação do poder concedido aos policiais pela Lei nº. 11.343/2006 no que diz respeito à definição da conduta delitiva, bem como a chancela do Poder Judiciário à atuação policial, notadamente do policial militar, responsável pelo policiamento ostensivo e pelo registro da maioria dos flagrantes, transfere ao agente de segurança a tutela do controle punitivo.

ABORDAGEM POLICIAL E SELETIVIDADE PENAL: A CONSTRUÇÃO DO JUÍZO DE INCRIMINAÇÃO

De acordo com Jesus (2016), a legislação de drogas brasileira reforça a seletividade penal ao inserir marcadores sociais da pessoa acusada como elemento de definição da conduta delitiva. Tal seletividade integra um sistema de criminalização de determinados corpos amparado por duas dimensões estruturantes, quais sejam: a criminalização primária, própria dos poderes Legislativo e Executivo que elegem as condutas puníveis; e a criminalização secundária,

realizada pelas agências formais de controle (polícia, ministério público e justiça) (Flauzina, 2006).

A agência policial — que está na ponta do organograma do sistema penal — é a porta de entrada da criminalização. Tendo em conta a seletividade da ação policial, a noção de suspeito é atravessada por parâmetros sociais estigmatizantes, os quais, construídos pelas práticas policiais e pela sociedade englobante, são decisivos para a criminalização (Flauzina, 2006).

Silva (2009) pondera que há dois tipos de atividade policial, uma voltada aos suspeitos e outra destinada aos indivíduos não-suspeitos. A atividade policial destinada a este último grupo se assemelha às ações dirigidas às vítimas, nas quais o policial é visto como um prestador de serviço público. Por sua vez, a atividade direcionada aos indivíduos suspeitos opera no campo da repressão. Segundo o autor, a construção do indivíduo suspeito é feita por meio de marcadores sociais.

A tipologia do indivíduo suspeito descrita pelos policiais militares é constituída por percepções de gênero, étnicas/raciais, geracionais e sócio-culturais. Descrever a lógica que orienta tal construção necessita de uma reflexão histórica, econômica, política e cultural. Dessa forma, as diversas técnicas de policiamento mediadoras das interações entre policiais e os suspeitos são dirigidas segundo uma complexa representação das estratificações sociais que os policiais detêm (Silva, 2009, p. 97).

As agências formais de controle (polícia, ministério público, justiça) operam na criminalização desses indivíduos. De modo que, “[...] os vícios de operacionalização dos instrumentos de controle penal são características desse artefato” (Flauzina, 2006, p. 28). Vê-se, pois, que a validação da ação policial serve à manutenção de instrumentos de controle e ao próprio sistema de criminalização de

determinados indivíduos. Os procedimentos de incriminação incidem sobre corpos vistos como potencialmente criminosos.

De acordo com dados do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, a população aprisionada por tráfico de drogas é composta, majoritariamente, por homens (87%), jovens na faixa etária de 18 a 29 anos (75,6%), negros (59%), com até o primeiro grau de ensino completo (60%) (NEV/USP, 2011 *apud* Jesus, 2016, p. 20). Portanto, o perfil social do preso por tráfico de drogas é: homem, jovem, negro e com baixa escolaridade.

Ao atrelar o juízo de incriminação a parâmetros com pouco ou nenhum grau de objetividade, como é o caso das circunstâncias sociais e pessoais do agente, a tipificação da conduta é, com regularidade, feita sob a influência de códigos sociais estigmatizantes, como destaca um dos informantes da pesquisa realizada por Grillo, Policarpo e Veríssimo (2011, p. 142):

Se um cara é pego com drogas, mesmo que em pequena quantidade, e estiver em um lugar onde todo mundo sabe que tem uma boca, se ele morar naquela comunidade, ele pega tráfico. Se o cara for lá de Duque de Caxias, mesmo que esteja com uma quantidade maior, vai pegar uso, pois a gente sabe que ele não tava vendendo ali. Mas aí a gente pede a carteira de trabalho. Se ele tiver emprego, tudo bem, mas se não tiver emprego, tava comprando droga com que dinheiro? Era pra revender, né? Aí ele pega tráfico.

Há uma construção orientada à diferenciação de padrões de acesso à Justiça Criminal, sobretudo, no que tange à filtragem racial. Os dados levantados pelo veículo de jornalismo “Agência Pública” ilustram como o judiciário ao aplicar a legislação de drogas opera de forma seletiva. Em análise de sentenças judiciais proferidas por magistrados da cidade de São Paulo, verificou-se que, em relação

ao crime de tráfico de drogas, pessoas negras foram condenadas em 70,9% dos casos, ao passo que pessoas brancas foram condenadas em 66,8% dos casos. A diferenciação também ocorre em relação aos casos de desclassificação do acusado como traficante e reclassificação como usuário de drogas: 7,7% entre os brancos e 5,3% entre os negros (Barcelos; Domenici, 2019).

As articulações entre aparato policial e o sistema de justiça criminal estabelecem padrões de judicialização discricionários que reforçam a filtragem racial. Trata-se de um modelo de controle social em que o racismo institucional é o elemento central das políticas públicas do Estado. Neste sentido, nas palavras de Flauzina (2006, p. 116), “[...] o sistema penal na contemporaneidade também cria as condições para que sua atuação possa incidir sobre os corpos negros”.

Assim, as agências formais de controle, integrantes do aparelho político estatal, convergem para a intensificação da “gestão de corpos abjetos” (Rui, 2012) e para a disseminação de um regime racial de “produção de verdade” (Foucault, 2004), que favorece a

[...] transposição de decisões tomadas no âmbito do aparato policial para dentro do aparato judicial, ou seja, permite a convivência, no mesmo espaço institucional, de um Estado Policial e de um Estado de Direito (Duarte; Muraro; Lacerda; Garcia, 2014, p. 85).

RACISMO E POLÍTICA DE DROGAS

O uso de substâncias entorpecentes sempre esteve presente em diferentes culturas. A difusão da ideia de que determinados psicoativos causavam mal à sociedade e por isso deveriam ser proibidos legitimou (e legitima) a perseguição de determinados grupos. No Brasil, a relação entre o controle da população negra e a repressão ao uso de substâncias entorpecentes antecede ao período republicano.

O primeiro documento conhecido que restringe o uso da maconha foi uma postura da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, de 1830, penalizando a venda e o uso do ‘pito do pango’, sendo ‘o vendedor [multado] em 20\$000, e os escravos, e mais pessoas que dele usarem, em 3 dias de cadeia’ (Saad, 2019, p. 16).

A criminalização do uso do “pito do panga” (*cannabis*), comumente utilizado pela população negra, ainda no período imperial, evidencia o caráter racista da decisão, visto que, além de proibir o uso de um elemento da cultura negra, impõe uma punição mais severa aos escravizados.

Mais de cem anos depois, as primeiras ações de combate às “drogas” intentadas pelo Estado brasileiro visavam a proibição do consumo de maconha, também conhecida como “ópio do pobre” e “fumo de Angola”. Em 1932, a referida substância é inserida no rol de entorpecentes de venda proibida através do Decreto 20.930 (Rosa; Guimarães, 2021).

As articulações entre os discursos jurídico, médico e midiático legitimaram a repressão. Na imprensa, o uso de maconha era associado à “vagabundagem”, enquanto os estudos médico-legais, por sua vez, associavam a maconha à loucura. Nesse mesmo período, outras substâncias psicoativas circulavam no país, como a cocaína e a morfina. Contudo, o uso destas substâncias não era repreendido, pois seu consumo era feito, majoritariamente, pela elite branca (Saad, 2019).

Imperava na elite política e intelectual da época o discurso de “ordem e progresso”, segundo o qual práticas e costumes negros representavam um empecilho à construção de uma nação civilizada (Saad, 2019). A criminalização da maconha serviu de pretexto para a perseguição da população afrodescendente, uma vez que a planta estava inserida nas práticas culturais dessa população. Destarte, não se buscava combater a substância em si, mas sim os costumes da população negra (Saad, 2019).

A repressão ao consumo de maconha era direcionada para locais de ajuntamento, trabalho e divertimento popular, geralmente ocupados por negros e mestiços (Souza, 2012, p. 26). Assim, as primeiras medidas públicas de enfrentamento ao consumo de entorpecentes, lastreadas por uma concepção racista, tinham por objetivo assegurar a manutenção das antigas estruturas sociais mediante à perseguição, encarceramento e exclusão da população pobre do país, composta, em sua grande maioria, por negros e pardos (Macrae, 2016, p. 36).

A repressão ao consumo da maconha é intensificada ao longo da primeira metade do século XX, com a criação de órgãos especializados e o ingresso do país no debate internacional de combate às drogas.

A associação da maconha apenas às “classes pobres e incul-tas” ocorre até a metade da década de 1960, quando a substância passa a ser vinculada, também, aos jovens das classes médias e aos movimentos libertários de contestação, que surgiram na década de 60 (Souza, 2012). Contudo, a repressão continuou sendo dirigida às populações mais vulneráveis.

No Brasil, historicamente, as leis sobre drogas estão assentadas em ideologias racistas que orientam o controle repressivo. De acordo com Rosa e Guimarães (2021, p. 29),

[...]as políticas sobre drogas no Brasil, desde suas origens, interseccionam as dimensões de classe social, gênero e étnico-raciais, com direção bem delineada da elite masculina branca contra os homens pobres e negros.

Assim, a atual Lei de Drogas reforça o controle social repressivo e seletivo sobre a população negra. À vista disso, Boiteux aduz que:

[...] a cor da pele é um elemento essencial na definição seletiva de quem vai ser preso, bem como na diferenciação entre quem vai ser condenado

como traficante e quem será tratado como usuário, sendo certo que a grande maioria dos presos no sistema penitenciário brasileiro é de homens, negros ou pardos, com ensino fundamental incompleto (Boiteux, 2016, p. 374).

Nessa perspectiva, a legislação de drogas opera em favor do controle penal sobre o corpo negro, que corresponde à “clientela do sistema penal” (Flauzina, 2006). Sendo assim, a atual Lei de Drogas cumpre sua função, qual seja, o encarceramento da população negra.

Para Vera Malaguti Batista (2003), a demonização do tráfico de drogas, desde o pós-ditadura, além de fortalecer os sistemas de controle social, aprofundou o caráter genocida desses sistemas. A autora aduz que

[...] o mercado de drogas ilícitas havia propiciado uma concentração de investimentos no sistema penal (bem como a concentração de lucros daquela atividade), mas, principalmente, propiciado argumentos para uma política permanente de genocídio e violação dos direitos humanos entre as classes vulneráveis: sejam eles jovens negros e pobres das favelas do Rio de Janeiro, sejam camponeses colombianos ou imigrantes indesejáveis no hemisfério norte (Batista, 2003, p. 20–21).

Sérgio Adorno (1996), em estudo sobre a desigualdade entre negros e brancos no sistema de justiça criminal brasileiro, alude que a justiça penal é mais severa com relação a criminosos negros do que com criminosos brancos. Tal assimetria também ocorre nas prisões em flagrante, de tal maneira que esta incide mais em réus negros do que em réus brancos, o que evidencia uma maior vigilância policial sobre a população negra.

Essa diferença de intervenção impacta diretamente na composição carcerária. Segundo dados do anuário brasileiro de segurança pública (2022), 67,5% das pessoas que estão privadas de liberdade são de cor/raça negra. O relatório aponta para uma tendência de crescimento do aprisionamento de pessoas negras. Em 2011, a porcentagem de pessoas negras sob custódia do Estado era de 60,5%. Em 2021, esse número subiu para 67,5%, enquanto o número de brancos encarcerados decaiu, chegando ao patamar de 29% em 2021.

Segundo Flauzina (2006), essa assimetria da atuação das agências de criminalização secundária se justifica pelo fato de tais agências formatarem a criminalidade em função da seleção de indivíduos para as fileiras da punição. Essa seleção é orientada por “[...] processos de recrutamento racialmente consagrados dentro da pauta neoliberal” (Flauzina, 2006, p. 89).

Conforme destaca Boiteux (2016), o aumento da repressão ao tráfico pela Lei 11.343/2006 teve como consequência a superlotação carcerária, sendo certo que a população negra foi a mais encarcerada, conforme os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública mencionados anteriormente. Diante dessa realidade, é possível concluir que a repressão ao comércio de drogas ilícitas serve de mecanismo para a manutenção do controle penal sobre corpos negros.

O crescimento do encarceramento de pessoas negras não decorre de um aumento da criminalidade por parte dessa população, como o sistema penal quer fazer crer, mas sim da criminalização desse grupo por parte das agências de controle.

Portanto, a lógica de guerra às drogas, que perdura desde o século passado, em verdade, é uma “guerra contra as pessoas” (Valois, 2017) escolhidas pelo aparato penal. Essa escolha não é aleatória, pois é orientada pelo racismo que retroalimenta o “sistema penal de práticas genocidas” (Flauzina, 2006).

A PRODUÇÃO DE PROVAS NOS FLAGRANTES POR TRÁFICO DE DROGAS

Em novembro de 2021, foi flagrado, em uma via movimentada da cidade de São Paulo, um jovem negro algemado a uma moto da Polícia Militar em movimento.

Após ser detido com 5 kg de maconha enquanto conduzia uma moto na avenida Professor Luiz Ignácio Anhaia Mello, zona leste da capital paulista, Jhonny Ítalo da Silva, 18, foi arrastado em via pública antes de ser levado à delegacia para registro do flagrante (Barreto Filho, 2022).

O ato de tortura teve grande repercussão nacional, com a circulação do vídeo que constitui prova irrefutável do ocorrido. Meses depois, em 24 de março de 2022, o juiz da 11ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP condenou o réu com base no testemunho do policial militar condutor do flagrante e na confissão do acusado (São Paulo, 2022). Contudo, a sentença não menciona a ilegalidade praticada pelos agentes de segurança.

O caso narrado traz à tona o abismo que separa o discurso jurídico-penal das práticas realizadas pelas agências de controle. Na realidade, o sistema de justiça criminal chancela e valida as ações da polícia, enquanto naturaliza as ilegalidades e os excessos.

No horizonte deste debate, está presente não só as interações entre aparato policial e o sistema de justiça criminal, mas também as dinâmicas e práticas por trás das narrativas policiais dos flagrantes de tráfico de drogas lidas pelo sistema judicial.

Em *A verdade e as formas jurídicas*, Foucault (2002) afirma que a prática penal define formas de verdade que derivam de relações de poder, controles políticos e controles sociais. Segundo o autor, a verdade jurídica é estabelecida pela prova. Nessa perspectiva,

a construção da verdade de que determinado fato é crime ocorre através da atividade probatória, pela qual “o caso passa por uma transformação progressiva, daquilo que no início era uma ‘trama da vida’ para um ‘fato jurídico’” (Jesus, 2016, p. 59).

O crime de tráfico de drogas ocorre na modalidade permanente nas formas expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar. Em tal modalidade delitiva a consumação pode protrair-se no tempo (Brasileiro, 2016). Assim, enquanto o sujeito estiver guardando ou portando ilicitamente substâncias entorpecentes haverá o estado de flagrância, o que autoriza a prisão em flagrante e afasta a necessidade de prévia autorização judicial para ingresso no imóvel.

Nos termos do art. 302 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), estará em flagrante delito quem: (i) está cometendo a infração penal; (ii) acaba de cometê-la; (iii) é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido e por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; (iv) é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos e papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A visibilidade do delito é requisito básico da condição de flagrância. Assim, a ação delitiva deve ser patente e inequívoca. A situação de flagrância autoriza a prisão em flagrante. Como explica Aury Lopes Júnior (2019, p. 720):

[...] a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelares, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

Segundo dados do NEV/USP, na cidade de São Paulo, 86% dos flagrantes de tráfico de drogas foram realizados pela Polícia Militar e apenas 9,58% pela Polícia Civil (NEV/USP, 2011, p. 34). Assim, o policial militar, que atua na ponta do sistema penal, realizando o policiamento ostensivo, é responsável pela grande maioria dos registros de flagrante.

Silva (2009) pontua que a interação entre o policial militar e os indivíduos não suspeitos, os suspeitos e os criminosos é marcada pela doutrina policial (conjunto de saberes presentes na formação profissional das academias de polícia) e pela sociabilidade policial, adquirida por meio da informalidade, da vivência do trabalho policial e dos currículos ocultos⁴ presentes nos cursos oficiais. Nas palavras do autor, “[...] tanto a doutrina policial quanto os saberes construídos e adquiridos são instrumentos que auxiliam a construção da realidade objetiva policial” (Silva, 2009, p. 58).

Em se tratando de crime de tráfico de drogas, segundo dados de pesquisas realizadas no país,⁵ a prisão em flagrante delito é, em sua maioria, precedida da abordagem policial em via pública (Wanderley, 2017). Tais abordagens são guiadas pela “moralidade policial” e por critérios prévios de suspeição (Medeiros, 2016). A atuação policial volta-se àqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes (Batista; Zaffaroni; Alagia; Slokar, 2003).

A construção policial do tipo ideal do indivíduo suspeito é informada por representações e códigos que elaboram e definem a verdade policial sobre o crime. Dessa forma, a repressão policial é

⁴ Trata-se do “[...] conhecimento empírico subjetivo em debate com a legislação brasileira, com as técnicas policiais estudadas e com as normas de condutas internas” (Silva, 2009, p. 74).

⁵ Como exemplo, pode-se citar a pesquisa coordenada por Evandro Piza Duarte *et al.*, 2014. O autor se baseia em dados coletados através da aplicação de questionários a 125 processos penais arquivados relativos ao delito de tráfico nas cidades de Brasília (DF), Curitiba (PR) e Salvador (BA). Segundo os dados da pesquisa, em Brasília, 94% dos flagrantes da polícia militar foram antecedidos pela abordagem policial em via pública, em Curitiba 76%, e em Salvador 83%. Cabe notar também que, de acordo com a pesquisa, em Brasília, 91,1% dos acusados eram negros, em Curitiba 30,6%, e em Salvador 100% (Duarte *et al.*, 2014, p. 108-110).

direcionada aos indivíduos estigmatizados como possíveis criminosos. A atuação policial cria o “tipo ideal de indivíduo suspeito” e o tipo ideal de indivíduo não-suspeito (Silva, 2009).

As práticas policiais que se estabelecem no dia a dia resultam de uma rede de relações institucionais formais e informais que compõem padrões de suspeição (Duarte; Muraro; Lacerda; Garcia, 2014), os quais, associados ao que Roberto Kant de Lima (1997) chamou de “arbitragem policial”, ocasionam eventuais violações de direitos e garantias. Nestas situações, consoma-se um autoritarismo do agente de segurança que se encarrega de punir diretamente o infrator.

O poder discricionário da polícia e o conjunto de símbolos da prática policial viabilizam intervenções coercitivas arbitrárias:

As polícias põem em prática uma série de infrapenalidades justificadas por um imperativo de prevenção geral e que se fundam em uma noção frouxa e vaga de suspeição, presumida em relação a determinados grupos e categorias sociais (Wanderley, 2017, p. 54).

Tais atos, não raro praticados escancaradamente no espaço público, são tratados como excepcionais episódios de desvio funcional.

O controle da atividade policial, a despeito das ilegalidades e violações de direitos, é deficitário. A grande maioria das ilegalidades e excessos praticados pela polícia não chegam ao conhecimento do judiciário. O auto de prisão em flagrante, documento que formaliza a prisão, costuma apresentar “declarações objetivas e sucintas das testemunhas, quase sempre exclusivamente policiais, sem que se saiba verdadeiramente a forma de atuação policial” (Valois, 2017, p. 504).

Segundo Misse (2011, p. 19), “o inquérito policial é a peça mais importante do processo de incriminação no Brasil. É ele que interliga o conjunto do sistema, desde o indiciamento de suspeitos até o julgamento”. A vagueza do auto de prisão em

flagrante não obsta sua inserção no conjunto de elementos que constrói o fato criminal e, outrossim, que sirva como ato inicial do inquérito policial.

A NARRATIVA POLICIAL E A (IN)VALIDAÇÃO DA NARRATIVA DA PESSOA ACUSADA

O procedimento de formalização da prisão em flagrante (regulado pelo art. 304 e subsequentes do CPP) inicia-se com a apresentação imediata do preso à autoridade policial, que deverá ouvir o condutor, seguido das testemunhas que presenciaram os fatos e/ou a prisão, e, por fim, interrogar o acusado (Lopes Júnior, 2019). Sendo assim, incumbe à autoridade policial, após ouvir os relatos, deliberar sobre o flagrante e, em caso de manutenção da prisão, lavrar o flagrante e remeter o auto de prisão ao juiz competente.

Em se tratando de flagrante por porte de drogas, são raros os casos de testemunhas além do próprio policial que realizou a prisão. Assim, no âmbito da prova testemunhal, o que chega para o processo e para a avaliação do magistrado são somente os depoimentos de policiais colhidos por policiais que, na fase processual, serão revistos sob a égide do princípio do contraditório (Valois, 2017).

Três argumentos são comumente utilizados para justificar a sobrevalorização do depoimento policial: a alegada dificuldade de obtenção de prova testemunhal, decorrente da concepção moral da sociedade sobre o crime de tráfico de drogas, ao qual ninguém quer se ver envolvido, ainda que como testemunha (Valois, 2017); a inexistência de um conjunto fático-probatório robusto e contundente (Wanderley, 2017); e a presunção de fé pública da palavra policial, pela qual “[...] se presume que as informações do sumário policial são legítimas e verdadeiras” (Eilbaum, 2006, p.254).

Destarte, a sobrevalorização do depoimento policial resulta na recepção judicial das narrativas policiais como uma descrição sistemática dos fatos, e não como uma narrativa produzida pelo policial responsável pela abordagem e prisão (Jesus, 2016).

Lopes Júnior (2019) aduz que não há óbice ao testemunho policial. Contudo, o autor destaca que a valoração desses relatos deve levar em consideração que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato.

De outra parte, a inexistência de investigação prévia e posterior à identificação e abordagem de suspeitos pela prática de tráfico de drogas é responsável pela construção de narrativas assentadas em ilações, presunções e assertivas dos policiais quanto a dinâmica da abordagem, em geral associadas a elementos de suspeição (apreensão de dinheiro em espécie, local em que ocorreu o flagrante, modo de acondicionamento da droga, situação empregatícia/profissional do acusado, entre outros) (Wanderley, 2017).

Nesse contexto de protagonismo do testemunho policial associado à inexistência de um conjunto probatório robusto e contundente, as informações inscritas nos processos, na maior parte das vezes, são, como aponta Valois (2017, p. 506), declarações sucintas, “[...] não raramente sendo um depoimento cópia do outro, nunca indicando, os próprios policiais condutores, as razões pelas quais consideram o indiciado traficante”.

A palavra do policial condutor do flagrante é ratificada pelo delegado de polícia e passa a fazer parte do inquérito policial como descrição dos fatos. Nesse cenário, a versão policial sobre a dinâmica delitiva é recepcionada pelo sistema de justiça criminal, que valida tal narrativa.

Segundo Garcia (2015, p. 52), há um automatismo judicial na apreciação da prova que se manifesta pela prevalência do testemunho policial em detrimento das demais provas. Nas palavras do autor, “[...]”

esse automatismo judicial revela uma gestão da prova de caráter essencialmente inquisitorial que se pontua seletivamente à população negra.

Ressalta-se aqui o voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659/SP, que demonstra como opera o automatismo judicial na gestão da prova:

O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado (Voto do Relator, p. 19).

Ainda acerca da ratificação da narrativa policial pelo delegado de polícia, remete-se aos ensinamentos de Grinover (1990). Segundo a autora, o direito à prova assegura a possibilidade de a parte se servir das provas para apresentar ao juiz a realidade do evento posto como fundamento da ação e da execução. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, as provas produzidas em juízo são atravessadas pela versão dos fatos sustentadas pelos policiais. Assim, o direito do acusado de se opor ao que foi alegado na denúncia é esvaziado pela sobrevalorização da palavra do policial. Nos dizeres de Garcia (2015, p. 80):

[...] nesse caso, se limita a defesa a criar outra versão sobre o que já é existente e pré-construído, sendo muitas vezes forçada a produzir novo conjunto probatório para de fato provar a inocência e a versão diversa da inicialmente produzida.

De modo que, como afirma Wanderley (2017), opera-se uma virtual inversão do ônus da prova, recaindo sobre o acusado o dever de provar fato positivo que negue a acusação.

Portanto, a inversão do ônus da prova se insere em uma dinâmica de violação do princípio da presunção da inocência, uma vez que à atribuição do ônus da prova à acusação, de que trata a primeira parte do art. 156 do CPP, segundo o qual “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, decorre do referido princípio constitucional.

Badaró (2003, p. 233) defende que

[...] o princípio *do in dubio pro reo* impede que se imponha ao acusado qualquer ônus probatório na ação penal condenatória, mesmo em relação às excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Lopes Júnior (2019, p. 431), por sua vez, é incisivo ao afirmar que “[...] a carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável)”.

Em síntese, embora o CPP vede a condenação baseada exclusivamente em elementos produzidos na fase investigatória, em se tratando do crime de tráfico de drogas, há uma valorização dos procedimentos investigatórios na fase processual, notadamente do depoimento policial, de modo que recai sobre o acusado a obrigação de provar sua inocência. Tem-se, portanto, uma inversão do ônus da prova e, por consequência, a violação do princípio da presunção da inocência.

INTERESSES ARTICULADOS NA GESTÃO DO FLAGRANTE

As políticas de segurança pública, no Brasil, operam orientadas pela estratégia de guerra às drogas. A atuação das

instituições de segurança pública, notadamente a Polícia Militar, é pautada pela repressão e pelo encarceramento penal. Segundo Valois (2017), essa tônica de guerra às drogas estabelece como critério de produtividade policial o número de prisões, inclusive com a atribuição de prêmios.

Dentro de um contexto de autoritarismo e discricionariedade da atuação policial, adotar como critério de produtividade policial a quantidade de prisões pode produzir ilegalidades, como prisões arbitrárias, flagrantes forjados e invasões de domicílio (Jesus, 2016). Além disso, essa abordagem direciona a atuação policial para o campo favorável à maior quantidade de prisões, qual seja, o campo das drogas, em face da fácil ocorrência do flagrante pelo simples porte da substância (CPP, art. 302, I) (Valois, 2017).

Dessa maneira, Valois (2017, p. 496) destaca que

[...] o policial, diante desse contexto, interessado em aumentar a sua produtividade, acaba envolvido cada vez mais com o ambiente relacionado às drogas, agravando a possibilidade de corrupção.

A professora Luciana Boiteux (2009, p. 43–44) comenta os desdobramentos dessa interação:

Frente à grande rentabilidade do mercado ilícito, e das dificuldades de repressão, uma parte considerável dos policiais, mal pagos e menos armados do que os traficantes, vai acabar se associando ao tráfico e passar a usufruir de parte dos altos lucros gerados pelo mercado ilícito. Não se trata de mera imoralidade, pois muitas vezes isso se dá por questões mesmo de sobrevivência, diante do poderio bélico, econômico e político dos traficantes.

O Estado de Pernambuco, através da Lei Estadual 16.170/2017, instituiu o programa de bonificação aos policiais civis e militares do

Estado com base em indicadores de produtividade, dentre os quais está a repressão ao crack (art. 3º, III) (Pernambuco, 2017). Em sentido semelhante, o Estado da Bahia, por meio da Lei Estadual 12.043/11, instituiu a gratificação por apreensão de arma de fogo paga aos policiais militares (Bahia, 2011). Caldas e Prado (2020, p.12) destacam que a produtividade policial não é objeto de análise judicial, exceto nos casos em que há um interesse privado do policial em relação ao réu.

A atividade policial é influenciada pelo ambiente político, social, legal e organizacional no qual está inserida (Oliveira, 2010). Assim, as dinâmicas externas orientam a atuação dos agentes da força pública, os quais, em vista de atender aos anseios e cobranças do público em geral e das autoridades políticas, violam direitos e garantias fundamentais.

A pesquisa coordenada por Duarte *et al.*, 2014 constatou que a preocupação principal dos agentes de segurança é a de que o trabalho desenvolvido na rua seja validado pelo delegado de polícia; a atuação policial é voltada para obter elementos que possam justificar a abordagem policial. A formalização do auto de prisão em flagrante demonstra a eficiência da ação intentada pelo agente de segurança. Segundo Duarte *et al.* (2014, p. 112),

“[...] ainda que o policial não apresente um interesse direto na condenação deste ou daquele indivíduo, ele possui um interesse mediato, individual e corporativo, porque o flagrante concluído demonstra a sua eficiência profissional.

Portanto, é possível concluir que os agentes da força pública atuam orientados por estímulos institucionais (programas de prêmios e bonificação) e estímulos externos (anseios e cobranças do público em geral e das autoridades políticas), cuja consequência é a linha tênue entre o legal e o ilegal nas práticas policiais. Tais estímulos não são levados em consideração pelo sistema de justiça criminal.

A LEITURA DAS NARRATIVAS POLICIAIS PELO SISTEMA JUDICIÁRIO: A ARGUMENTAÇÃO DOS ACÓRDÃOS DO TJBA

Para elucidar de maneira empírica como se dá a interpretação judicial sobre a narrativa policial nos casos de tráfico de drogas, realizou-se uma pesquisa com abordagem qualitativa.

Dessa forma, por meio de pesquisa jurisprudencial das decisões de segundo grau do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), notadamente acórdãos proferidos na esfera de recurso de apelação criminal, o estudo investiga como se dá a interpretação das narrativas policiais pelos magistrados do Poder Judiciário do Estado da Bahia.

Destaca-se que, por se tratar de pesquisa que utiliza informações de acesso público, nos termos da Lei nº. 12.527/11, não há necessidade de registro junto ao Comitê de Ética em Pesquisa.

A escolha do TJBA se deu em razão da competência residual afetar à Justiça Estadual, na qual é processado e julgado o alvo principal da política de repressão às drogas e o tráfico de varejo, que se submete à vigilância policial. Em virtude da vasta quantidade de decisões proferidas pelos magistrados de primeiro grau e da vedação ao reexame de fatos e provas pelos Tribunais Superiores,⁶ a pesquisa restringiu-se às decisões proferidas pelo segundo grau no âmbito de apelação, uma vez que esta modalidade recursal permite o reexame de fatos e provas de forma ampla.

A pesquisa foi realizada no sítio eletrônico do TJBA,⁷ no campo “Jurisprudência”. As palavras-chave utilizadas na área de busca foram “tráfico de drogas”, “testemunho” e “policial”. Houve delimitação temporal entre 01/01/2021 e 31/12/2021. A classe da ação marcada foi “Apelação”.

⁶ É o teor das Súmulas 07/STJ e 279/STF. Acesso em: 27 jun. 2022.

⁷ Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/>

A pesquisa retornou com 22 resultados. Após consulta individualizada dos precedentes, foram excluídos um processo em que o réu confessou em juízo ser autor do delito; dois processos que contaram com testemunho diverso do depoimento policial; e um processo que não tratava do delito de tráfico de drogas. Assim, o estudo se restringe à 19 acórdãos relacionados ao cometimento dos crimes previstos nos artigos 33 (tráfico de drogas) e 35 (associação para o tráfico) da Lei nº. 11.343/06, isoladamente, ou em conjunto entre si ou com outros delitos.

A atividade de investigação objetivou, através da leitura e do registro de informações contidas nos precedentes, compreender a dinâmica institucional sobre a recepção dos testemunhos policiais pelos magistrados. Para tanto, foi observado o raciocínio utilizado pelos magistrados na acolhida dos depoimentos, não sendo analisado, portanto, o conteúdo dos depoimentos policiais.

Em posse dos acórdãos, procedeu-se à análise que consistiu em responder aos seguintes questionamentos: 1º) Qual é a condição que torna possível que as narrativas policiais sejam concebidas como verdade? 2º) Como os magistrados justificam a escolha da versão policial em suas decisões?

A partir dessas perguntas exploratórias, foram analisados os seguintes aspectos quanto aos elementos argumentativos: (i) tipo de testemunho; (ii) violação de domicílio X crime permanente; (iii) narrativa territorial; (iv) menção aos relatos do inquérito; (v) incorporação do vocabulário policial; (vi) influência do repertório pessoal; (vii) controle da ação policial; (viii) alegação de ilegalidades.

A recepção de testemunhos de agentes de segurança

Predomina nos acórdãos do recorte amostral a narrativa produzida na fase policial. A palavra do agente de segurança é valorada na sentença (e também na decisão de segundo grau) como elemento central para a comprovação da tese acusatória. Dos 18 precedentes

analisados, em apenas um o desembargador reformou a decisão para absolver o apelante. Em todos os casos, a produção de prova em juízo se limitou à oitiva dos policiais e ao interrogatório do réu.

Um aspecto que chama a atenção nos acórdãos é a padronização da estrutura argumentativa. A fundamentação das decisões apresenta formulações semelhantes, com as mesmas citações de jurisprudência e jargões jurídicos, como ocorreu nas decisões abaixo:

Denota-se, portanto, que as testemunhas, em uníssono, confirmaram a narrativa constante na peça acusatória, de forma clara e concisa, em harmonia com o teor dos depoimentos colhidos ainda na fase inquisitorial. Nesse panorama, não se vislumbra qualquer razão para se apreciar com reservas o testemunho dos policiais militares, mesmo porque não há nos autos qualquer indício de eventual interesse destes em incriminar o Apelante. (Bahia, 2021).

Denota-se, portanto, que as testemunhas, em uníssono, confirmaram a narrativa constante na peça acusatória, de forma clara e concisa, em harmonia com o teor dos depoimentos colhidos ainda na fase inquisitorial. Nesse panorama, não se vislumbra qualquer razão para se apreciar com reservas o testemunho dos policiais militares, mesmo porque não há nos autos qualquer indício de eventual interesse destes em incriminar o Apelante. (Bahia, 2021).

Oportuno ressaltar que, conforme assevera Lopes Júnior (2019), a fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade, sendo necessário, portanto, argumentos cognoscitivos seguros e válidos. Assim, argumentações previamente estruturadas terminam por desconsiderar elementos do caso e, por conseguinte, violam princípios garantistas, especialmente o devido processo legal.

Percebe-se que os magistrados tendem a validar as narrativas dos condutores dos flagrantes, conforme é possível observar no caso abaixo:

[...] a condição funcional dos Policiais não os impede de depor acerca dos atos de ofício dos quais tenham participado, tampouco possuindo o condão de suprimir ou fragilizar a credibilidade de suas assertivas; pelo contrário, trata-se de testemunhas ouvidas sob o crivo do contraditório, mediante regular compromisso, e que travaram contato direto com a ação criminosa e seu autor no curso de atividade intrinsecamente estatal, daí porque se mostram aptas a contribuir, de modo decisivo, na elucidação do fato (Bahia, 2021, grifo nosso).

O magistrado da decisão exposta confere ao relato policial uma credibilidade inquestionável, além de reforçar a ideia de que policiais são presumidamente idôneos por exercerem função pública. Também é de se notar que o testemunho policial opera como descrição dos fatos. A formulação “travaram contato direto com a ação criminosa e seu autor” é utilizada como argumento para dar credibilidade à palavra do policial.

Observa-se da leitura dos acórdãos que os magistrados se apoiam na jurisprudência dos Tribunais Superiores para justificar a adoção do testemunho policial como fundamento da decisão. É o caso do processo citado abaixo:

[...] em pese o nobre labor defensivo, com a análise retrospectiva dos fatos a partir da prova coligida e segundo os critérios interpretativos e valorativos fixados pelo STF e pelo STJ, tem-se por legitimada a compreensão formada pelos agentes policiais sobre a necessidade da diligência empreendida, que resultou na efetiva apreensão de drogas e consequente prisão em flagrante do Apelante (Bahia, 2021).

Consoante precedentes dos Tribunais Superiores, é válida a prova testemunhal exclusivamente formada por policiais. De acordo com Valois (2017), este posicionamento decorre da impossibilidade de se ter outras testemunhas para além dos agentes públicos responsáveis pela prisão em flagrante. Nas palavras do autor, “[...] se não aceitarmos testemunha exclusivamente policial, não conseguiremos outras testemunhas e não condenaremos ninguém” (Valois, 2017, 490).

Bitencourt (2012, p. 469, grifos do autor), discorrendo sobre o flagrante forjado, problematiza a adoção da prova testemunhal exclusivamente de policiais e, comentando sobre o tema, pondera que

[...] não se justifica que um jovem preso com pequena quantidade de tóxicos, em um barzinho lotado de pessoas, tenha como prova testemunhal somente a declaração dos policiais, que têm nítido e justificado interesse no *coroamento* de seu trabalho. Polícia não é testemunha, é agente repressor, e sua versão é *contagiada* pela função repressiva que exerce, despida da condição de neutralidade exigida de um depoimento testemunhal. É inadmissível, como testemunha, o arrolamento da *autoridade policial* (ou mesmo agente ou auditor fiscal ou similar) pelo Ministério Público, como rotineiramente tem acontecido nos últimos tempos, pois a manifestação da autoridade policial, segundo o Código de Processo Penal, tem sede e momento processual próprios: o relatório final do inquérito policial.

Segundo Valois (2017, p. 491), o entendimento jurisprudencial acerca do testemunho policial banaliza o trabalho de investigação da própria polícia, uma vez que,

[...] sendo autorizada pelo judiciário a prender, e a servir de testemunha de suas próprias apreensões, não há motivos para buscar mais dados, gastar tempo e dinheiro com mais investigações.

A lógica argumentativa das decisões se baseia no trabalho da polícia. Em todos os acórdãos analisados, os magistrados tendem a estabelecer ligação entre os depoimentos colhidos na fase do inquérito policial e os depoimentos repetidos diante do juiz e das partes. A semelhança dos testemunhos policiais é elemento suficiente para a validade da narrativa policial. Chama atenção o seguinte trecho do acórdão de apelação:

[...] denota-se, portanto, que as testemunhas, em uníssono, confirmaram a narrativa constante na peça acusatória, de forma clara e concisa, em harmonia com o teor dos depoimentos colhidos ainda na fase inquisitorial (Bahia, 2021).

Em alguns processos analisados, a defesa alegou violação de domicílio perpetrada pelos policiais que efetuaram a prisão em flagrante. O argumento recorrente nos acórdãos para rechaçar tal alegação é o de que o tráfico de drogas é um crime permanente, o que afasta a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio. Conforme verificado, por vezes os magistrados enfatizam na decisão que o acesso ao domicílio foi franqueado pelo acusado, como ocorreu no acórdão a seguir:

[...] de modo que a entrada dos agentes públicos no imóvel referido se enquadra à ressalva da garantia insculpida no art. 5º, XI, da CF/88, independente de autorização, *muito embora, conste, nos depoimentos destes, a autorização do Réu para tanto*, caindo por terra a tese defensiva (Bahia, 2021, grifo nosso).

Segundo Valois (2017, p. 477), “[...] o judiciário não deveria convalidar tal assertiva, e a mesma devia ser inclusive motivo de suspeita com relação ao próprio procedimento policial”. E prossegue o autor afirmando que “[...] não se pode dar crédito à afirmação

de que uma pessoa com algum tipo de substância ilícita em casa teria permitido à polícia entrar para realizar uma revista”.

O argumento tecnicista utilizado pelos magistrados, uma vez mais, é construído a partir da narrativa policial. Percebe-se que os magistrados incorporam a palavra policial em sua base argumentativa. O magistrado escreve:

[...] os policiais que efetuaram a prisão do Recorrente justificaram a entrada no domicílio dele em decorrência da continuação da diligência que se iniciou em via pública, oportunidade em que, segundo informam, o Acusado foi encontrado trazendo consigo significativa quantidade de entorpecentes, momento em que ele mesmo teria comunicado guardar mais drogas em casa (Bahia, 2021).

O repertório pessoal dos desembargadores também é utilizado para legitimar a narrativa policial. Em uma das decisões analisadas o magistrado insere em sua argumentação convicções sobre as dinâmicas do tráfico:

Inclusive, o que se nota num dos vídeos cortados é que o acusado é abordado por um veículo preto, conversa com o motorista, o veículo estaciona adiante, o réu se aproxima do veículo e ‘interage’ com o motorista [...] *Dita imagem é indicativa da prática do comércio de entorpecente* [...] Acrescente-se que as testemunhas informaram que estavam na localidade descrita na denúncia, onde são comuns diligências relacionadas ao tráfico de drogas (Bahia, 2021, grifo nosso).

Outro ponto recorrente na fundamentação dos precedentes é a citação do território. Foi observado que as percepções policiais sobre o local do flagrante são inseridas nas decisões e influenciam na tomada de decisão.

Os magistrados inserem em seus discursos o repertório profissional sobre as dinâmicas de rua dos agentes de segurança. A expressão “local conhecido como ponto de tráfico de drogas”, por exemplo, comumente utilizado pelos policiais para descrever o local do flagrante, aparece com uma certa frequência nos argumentos dos acórdãos analisados, como ocorreu no caso a seguir:

Constata-se, portanto, que, no momento da prisão em flagrante, o apelante estava na posse de significativa quantidade de cocaína, em via pública, *sendo o local conhecido como ‘ponto de tráfico de drogas’*, circunstâncias que evidenciam a efetiva caracterização do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, não sendo possível o acolhimento do pleito absolutório formulado pela Defesa (Bahia, 2021, grifo nosso).

Miguel (2017) constatou em sua pesquisa que os magistrados utilizam o conceito “local de intenso tráfico de drogas” como critério para diferenciar o usuário e o traficante. Segundo o autor, “[...] o imaginário dos Magistrados ao falarem de ‘local de intenso tráfico’ é que estes são aqueles bairros periféricos” (Miguel, 2017, p. 89).

Essa seletividade penal define quem são os condenados por tráfico de entorpecentes, de modo que

[...] em uma ação policial, um mero usuário, morador de uma região de ‘intenso tráfico de drogas’ poderá ser abordado pelos policiais e, posteriormente, ser autuado como traficante de droga (Miguel, 2017, p. 90).

Não foi observada, nos precedentes do recorte amostral, menção à existência de interesses dos agentes de segurança na prisão do réu. A motivação do flagrante é inquestionável, mesmo quando questionada pela defesa. Neste sentido, os elementos de suspeição (apreensão de dinheiro em espécie, local em que ocorreu o flagrante

e o modo de acondicionamento da droga) são suficientes para justificar a atuação policial, como faz constar:

[...] não se vislumbra qualquer razão para se apreciar com reservas o testemunho dos policiais mesmo porque não há nos autos qualquer indício de eventual interesse destes em incriminar o Apelante (Bahia, 2021).

Assim, nem estímulos institucionais nem estímulos externos são levados em consideração nas decisões dos magistrados:

É a crença na conduta policial. Afirma a ideia de que policiais, quando agem com interesse de prejudicar alguém, o fazem com pessoas que conhecem. É como se a violência policial e prisão arbitrária somente pudesse ser justificada na linha da vingança e de um interesse privado/particular do policial em prejudicar o réu (Jesus, 2016, p. 2018).

A obtenção de elemento incriminador em desfavor do réu confere credibilidade à ação policial e afasta o controle em juízo da motivação do flagrante, de modo que a abordagem somente será questionada caso haja evidências de interesse pessoal do agente de segurança, conforme o desembargador manifestou na decisão mencionada abaixo:

Registra-se que, inexistindo nos autos qualquer conduta e prática dos policiais que ponham em dúvida a veracidade de suas informações e que tenham interesse na condenação do Apelante, sua versão apresentada, em contrariedade à versão dos agentes públicos, demanda prova, o que não restou demonstrado nos autos (Bahia, 2021).

Essa crença na conduta policial chancela as ações policiais de controle discricionário do espaço das ruas (Freitas, 2020), de forma

que alegações de ocorrência de arbitrariedades e abuso policial não são consideradas pelos magistrados, mesmo diante de indícios da ocorrência de ilegalidades, como ocorreu no caso a seguir:

Entretanto, não obstante o laudo de exame de lesões corporais de fls. 77/78 ateste que o Apelante apresentava ‘Equimoses avermelhadas, localizadas em região infra-escapular direito’ no dia dos fatos narrados na denúncia, ainda que se admita que ele foi agredido no momento do seu flagrante, antes ou depois da localização do entorpecente, como não lhe foi imposta a adoção de nenhuma postura estranha à abordagem, não há como concluir, sob nenhum ângulo, pela nulidade das provas amealhadas, uma vez que não há dependência entre a ilicitude alegada e a prova utilizada para a condenação, haja vista que é lícito aos agentes de segurança pública abordarem qualquer cidadão, como fizeram com o Recorrente, de modo que o encontro das drogas era, como foi, algo inevitável, independente de terem usado imoderadamente a força física (Bahia, 2021).

Para refutar as alegações de ilegalidades na prisão em flagrante, o desembargador utiliza o argumento de que “[...] não foram apresentadas testemunhas de defesa, não houve corroboração da hipótese fática alternativa” (Bahia, 2021). A versão do réu, para o magistrado, carece de confirmação, enquanto é “[...] legitimada a compreensão formada pelos agentes policiais sobre a necessidade da diligência empreendida” (Bahia, 2021).

Assim sendo, a alegação do acusado é desacreditada, enquanto a narrativa policial é acolhida sem ressalvas. “É a polícia que dá o tom do debate nos autos [...] Se o inquérito dá o tom para o processo é porque os operadores do direito aceitam a referência” (Raupp, 2005, p. 61).

Em alguns acórdãos foi observado que os desembargadores validaram os depoimentos policiais pois estes se mostraram “firmes, consistentes e harmônicos” (Bahia, 2021). De outro lado, foram identificadas decisões em que os magistrados consideraram válidas “dissonâncias nos depoimentos dos agentes públicos” (Bahia, 2021), sob a justificativa de que “denotam desvinculação dos policiais com o resultado do processo e seu legítimo intuito de expressarem tão somente o que lhes ocorrer no momento do depoimento em juízo” (Bahia, 2021).

O que se percebe da análise dos acórdãos é que os desembargadores acolhem as narrativas dos policiais como verdadeiras mesmo diante de indícios de ilegalidades. Há presunção de idoneidade da palavra do agente de segurança consubstanciada pela crença de que os policiais, na condição de representante de uma instituição do Estado, não teriam motivos para prejudicar o réu. O controle da ação policial é superficial, sem questionamentos acerca dos motivos das operações que resultaram na prisão em flagrante.

A partir do exame feito acima, é possível concluir que a crença no saber policial, na função policial e na conduta policial possibilita que as narrativas dos agentes de segurança sejam concebidas como verdade. Os magistrados justificam a escolha da versão policial através de argumentos tecnicistas e jargões jurídicos, que, frequentemente, impõem ao acusado o dever de provar sua inocência.

A tomada de decisão e a narrativa policial

Considerando os precedentes analisados, é possível concluir que a credibilidade dada ao depoimento policial, mesmo que exista incoerência, resulta da concepção de que o agente de segurança representa uma instituição do Estado. Neste sentido, Foucault (2001, p. 13–14) aduz que:

[...] certas provas têm, em si, efeitos de poder, valores demonstrativos, uns maiores que os outros, independentemente de sua estrutura racional própria. Portanto, não em função da estrutura racional delas, mas em função de quê? Pois bem, do sujeito que as produz. [...] Assim é que, por exemplo, os relatórios de polícia ou os depoimentos dos policiais têm, no sistema da justiça francesa atual, uma espécie de privilégio com relação a qualquer outro relatório e depoimento, por serem enunciados por um funcionário juramentado da polícia.

A crença na função social da atividade policial permite que a narrativa construída por ele seja aceita como verdade (Jesus, 2016). Para Bourdieu (1998), as interações linguísticas são relações de poder simbólico. No caso da interação entre o aparato policial e o sistema de justiça criminal, o discurso policial é o que transmite poder aos magistrados (Campos, 2015). Portanto, a narrativa policial se insere em uma dinâmica de validação da própria decisão judicial.

Segundo Jesus (2016, p. 239),

[...] a crença na narrativa policial torna-se um dos únicos meios pelos quais os juízes conseguem obter o vocabulário necessário para exercerem o seu poder de punir, sobretudo casos de tráfico de drogas.

Dessa maneira, a agência policial tem um papel decisivo na condenação de indivíduos por tráfico de drogas. Freitas (2020, p. 167), discorrendo sobre a validação judicial da ação policial de cumprimento de mandado, pontua que

O alargamento da soberania policial reedita a confusão entre público e privado na medida em que amplia o contato entre as práticas policiais e as práticas privadas de gestão da violência, rasurando as fronteiras

(sempre instáveis nesse campo) entre o legal e o ilegal. Sem controle estatal de qualquer natureza, submetido a regimes hierárquicos fortemente desiguais, contando com chancela social para práticas de violência e dentro de um contexto social de acentuada inclinação autoritária, os policiais são estimulados ao exercício de um poder discricionário cuja consequência política é a radicalização do Estado [...].

O imperativo da palavra policial, no sistema de justiça criminal, insere na decisão judicial uma verdade produzida unilateralmente. Nesse contexto, a verdade jurídica torna-se produto dos filtros, interesses e seletividade da agência policial. Prevalece a lógica inquisitorial de produção da verdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, verificou-se que a legislação de drogas, alicerçada pelo racismo, reforça a seletividade penal e permite uma margem de discricionariedade à atuação policial. O paradigma proibicionista, em paralelo com o racismo institucional, orientou as políticas de drogas adotadas no Brasil.

O modelo de resposta punitivista da atual lei de drogas se subdivide em dois sistemas, um pautado pela despenalização do consumo e o outro pela repressão do tráfico. Contudo, a lei não adotou critérios objetivos para diferenciar o usuário do traficante, de tal forma que essa diferenciação acaba sendo feita pelas agências formais de controle, notadamente a polícia.

A atuação dessas agências é orientada por parâmetros sociais seletivos e preconceituosos. Os elementos de suspeição observados pela agência policial direcionam a abordagem do agente de segurança aos grupos mais vulneráveis, negros e pobres especificamente.

Esse contexto, conforme verificado no exame dos acórdãos, não é levado em consideração pelo judiciário.

Prevalece a noção de que o testemunho policial é presumidamente idôneo. Nessa perspectiva, o depoimento é legitimado, a despeito de possíveis irregularidades na ação policial. A sobrevalorização do testemunho policial inverte o ônus da prova, violando o princípio do *in dubio pro reo*.

A presunção de fé pública do testemunho policial integra um sistema de crenças acerca da instituição policial que permeia o imaginário social, inclusive do magistrado. Esse sistema de crenças é o que possibilita que as narrativas dos agentes de segurança sejam concebidas como verdade.

Após a leitura e o exame dos acórdãos, é possível inferir que o poder judiciário sobrevaloriza a narrativa policial. Os magistrados inserem em sua argumentação o repertório profissional dos agentes de segurança. As concepções pessoais dos magistrados também são inseridas nas decisões para reforçar e validar a narrativa do condutor do flagrante, apesar da aparente neutralidade do discurso. Essas concepções são amparadas por estereótipos e preconceitos sociais.

A utilização de jurisprudência dos Tribunais Superiores e de jargão jurídico é uma prática recorrente nas decisões, que costumam ter a mesma estrutura argumentativa e os mesmos tópicos de fundamentação, em que a menção à narrativa policial é recorrente.

As alegações de abuso durante a abordagem são rebatidas pelo judiciário. Os magistrados condicionam a avaliação das alegações à apresentação de prova que possa comprovar tais violações. Por sua vez, contradições no depoimento policial não invalidam o testemunho, pois, na visão do judiciário, são naturais devido à natureza do depoimento.

Os motivos da ação policial não são considerados pelo Poder Judiciário. A existência de elementos de suspeição é suficiente para validar o trabalho da polícia. Assim, programas de incentivos e

pressões políticas não são levados em consideração. A baliza do magistrado se restringe aos elementos de suspeição. Portanto, a apreensão de dinheiro em espécie e substâncias ilícitas em ‘local conhecido como “ponto de tráfico de drogas” é suficiente para validar a ação.

Por conseguinte, é possível constatar que o automatismo na recepção da narrativa policial faz parte do sistema de repressão do sistema penal. O judiciário como agência de controle ratifica a seleção feita pela agência policial. O sistema de justiça criminal chancela a atividade policial, sem questionar a seletividade dessas ações. Assim, “[...] a clientela do sistema penal vai sendo regularmente construída de maneira tão homogênea e harmônica que de nada poderíamos suspeitar” (Flauzina, 2006, p. 26).

Por fim, é possível concluir que as agências sociais de controle atuam em conjunto para a manutenção do sistema penal. Nesse cenário, a lei de drogas é vaga em seus comandos normativos e confere uma discricionariedade à atuação policial, sendo esta, por sua vez, chancelada pelo sistema de justiça criminal.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n. 43, 1996.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAHIA. Assembleia Legislativa da Bahia. *Lei nº Estadual 12.043*, de 04 de jan. de 2011. Altera dispositivos da Lei nº 8.345, de 21 de agosto de 2002, que instituiu o Prêmio Especial, para o objetivo que indica, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.a-dpeb.com.br/v18/wp/wp-content/uploads/2019/01/LEI-12.043-11-PREMIO-ESPECIAL.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2. Câmara Criminal - 2. Turma). Recurso de Apelação nº. 0008130-63.2011.8.05.0103 Tráfico de Drogas. Crime Contra a Fauna (art. 33 caput da Lei 11.343/06 c/c art. 29, da Lei nº. 9.605/1998). Apelantes: Arnaldo dos Santos Junior e Ministério Público do Estado da Bahia. Apelados: Arnaldo dos Santos Junior e Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Des. Antonio Cunha Cavalcanti, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/953733f4-304b-373a-9ede-340fec5542cd>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2. Câmara Criminal - 2. Turma). Recurso de Apelação nº. 0500117-47.2020.8.05.0250 Tráfico de Drogas. Crime Cometido nas Imediações de Estabelecimento Prisional. (art. 33, caput c/c art.40, III, da Lei 11.343/06). Apelantes: Marco Antônio Reis e Cristiano Barreto dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Des. Antonio Cunha Cavalcanti, 11 de novembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/1ab9c792-7403-3f7c-9557-0290ea0f95bc>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (1. Câmara Criminal - 2. Turma). Recurso de Apelação nº. 0527787-65.2019.8.05.0001. Tráfico de Drogas. Nulidade da Prisão em Flagrante. Alegada Ofensa à Inviolabilidade do Domicílio. Apelante: Ualisson de Castro Monteiro. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Des. Nilson Soares Castelo Branco, 30 de junho de 2021. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/ea09541-e880-3fc3-b1c0-72dc8927867d>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2. Câmara Criminal - 2. Turma). Recurso de Apelação nº. 0500504-18.2020.8.05.0103. Tráfico de Drogas. Art. 33 caput da

Lei 11.343/06. Apelante: Michel de Jesus Rodrigues. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Des. Antonio Cunha Cavalcanti. 12 de novembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/3c5386b9-0e46-3566-b9ae-a55a694dba6b>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2. Câmara Criminal - 2. Turma). Recurso de Apelação nº. 0006901-74.2018.8.05.0248. Tráfico de Drogas. Invasão de Domicílio. Ilegalidade Não Verificada. Apelante: Elton dos Santos Cerqueira. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Juiz Substituto de 2º Grau: Humberto Nogueira, 11 de novembro de 2021. Disponível: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/8f270c65-2687-39b4-9cae-c5f3eeba6d2c>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2. Câmara Criminal - 2. Turma). Recurso de Apelação nº. 0579400-66.2015.8.05.0001. Tráfico Ilícito de Substância Entorpecente. Nulidade da Apreensão da Droga. Inacolhimento. Apelante: Everton Silva de Araújo. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Humberto Nogueira, 11 de março de 2021. Disponível: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/21c6bfe3-c26c-3994-8ad7-2257572314af>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2. Câmara Criminal - 2. Turma). Recurso de Apelação nº. 0519349-50.2019.8.05.0001. Tráfico de Drogas. Negativa de Autoria. Decisão Condenatória Respalhada no Acervo Probatório. Recurso Conhecido e Improvido. Apelante: Nilton Oliveira Leôncio. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relatora: Inez Maria B. S. Miranda, 02 de dezembro de 2021. Disponível: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/a934f1b9-7f90-34ca-85d5-76780ff50dd9>. Acesso: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (1. Câmara Criminal - 2. Turma). Recurso de Apelação nº. 0534668-58.2019.8.05.0001. Tráfico de Drogas. Absolvição. Provas Insuficientes da Autoria Delitiva. Não Provimento. Credibilidade do Testemunho Policial. Apelante: Paulo Henrique Nascimento. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Des. Nilson Soares Castelo, 17 de março de 2021. Disponível: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/a5a4392a-452f-377e-aeb5-a032cbde4b88>. Acesso: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2. Câmara Criminal - 2. Turma). Recurso de Apelação nº. 0505856-11.2016.8.05.0001. Direito Penal. Direito Processual Penal. Apelação Criminal. Apelante Condenado À Pena De 05 (Cinco) Anos E 10 (Dez) Meses De Reclusão Em Regime Inicial Semiaberto E Ao Pagamento De 582 (Quinhentos E Oitenta E Dois) Dias- Multa Pela Prática Do Crime De Tráfico De Drogas. (Art. 33 Caput Da Lei 11.343/06). Apelante: Tiago dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Des. Antonio Cunha Cavalcanti, 17 de março de 2021. Disponível: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/a5a4392a-452f-377e-aeb5-a032cbde4b88>. Acesso: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (1. Câmara Criminal - 2. Turma). Recurso de Apelação nº. 0700620-21.2021.8.05.0001. Sentença Condenatória Por Crimes De Tráfico De Drogas (Art. 33, “Caput”, Da Lei Nº 11.343/06), E Porte Ilegal De Arma De Fogo De Uso Permitido (Art. 14 Da Lei Nº 10.826/03). Apelante: : Marcos Sales Lobo. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra, 16 de novembro de 2021. Disponível: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/9d9a7ed9-7f91-35b4-8c51-d6bb43538e43>. Acesso: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (1. Câmara Criminal - 2. Turma). Recurso de Apelação nº. 0516110-72.2018.8.05.0001. Sentença que Condenou os Réus no Art. 33 da Lei N.º 11.343/2006. Tráfico de Drogas. Apelante: Deividson Santos de Jesus. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relatora: Desa. Ivone Bessa Ramos, 01 de junho de 2021. Disponível: <https://jurisprudenciaaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/80752917-f4dd-3208-989d-eef5c3087576>. Acesso: 16 de junho de 2022.

BARCELOS, Iuri; DOMENICI, Thiago. Como a justiça paulista sentenciou negros e brancos para tráfico. 2019. Disponível em: <https://apublica.org/2018/12/como-a-justica-paulista-sentenciou-negros-e-brancos-para-traffic/>. Publicado: 05 dez. 2018, 12h00. Acesso em: 27 jun. 2022.

BARRETO FILHO, Herculano. SP: jovem negro algemado por PM a moto em movimento é condenado por tráfico. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/03/31/condenado-por-traffic-jovem-de-drogas-negro-algemado-moto-pm-sp.htm>. Publicado: 31/03/2022, 11h48. Acesso em: 27 jun. 2022.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Revan, 2003. p. 47.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BOITEUX, Luciana. Avanços, retrocessos e contradições na política de drogas brasileira no século XXI. In: MACRAE, Edward.; ALVES, Wagner Coutinho. *Fumo de Angola: cannabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade*. Salvador: Edufba, 2016.

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

BOITEUX, Luciana. Tráfico e constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 11, n. 94, p. 1–29, jan./set. 2009.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1998.

BRASIL. *Lei nº 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. Brasília: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 21 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário de nº 635659/SP*. Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 8 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=506>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASILEIRO, Renato. *Legislação criminal especial comentada*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, Alessandra. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 166, p. 85–127, 2020.

CAMPOS, Marcelo. *Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo*. 2015. São Paulo: Tese (Doutorado em Sociologia) — Universidade de São Paulo, 2015.

CARLOS, Juliana. *Política de drogas e encarceramento em São Paulo, Brasil*. [s. l.]: Internacional Drug Policy Consortium, 2015.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996.

CARVALHO, Salo de. *Política criminal de drogas no Brasil — estudo criminológico e dogmático*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DUARTE, Evandro Charles Piza; MURARO, Mariel; LACERDA, Marina; GARCIA, Rafael. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica de preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. *Segurança pública e direitos humanos: temas transversais*. Brasília: Ministério da Justiça/Senasp, 2014, p. 81–118. Coleção Pensando a Segurança Pública, v. 5.

EILBAUM, Lucía. O corpo do acusado: escrita, oralidade e direitos na Justiça Federal Argentina na cidade de Buenos Aires. In: GROSSI, Miriam Pillar; HEIBORN, Maria Luiza; MACHADO, Lia Zanotta (org.). *Antropologia e direitos humanos 4*. Blumenau: Nova Letra, 2006. p. 243–302.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006.

Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FREITAS, Felipe da Silva. *Racismo e polícia: uma discussão sobre mandato policial*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

GARCIA, Rafael de Deus. *O uso da tecnologia e a atualização do modelo inquisitorial: gestão da prova e violação de direitos fundamentais na investigação policial na política de drogas*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

GRILLO, Carolina; POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos. A “dura” e o “desenrolo”: efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. *Revista de sociologia e política*, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 135–148, out. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HABER, Carolina D. (coord.). *Relatório final pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

JESUS, Maria Gorete Marques de; OI, Amanda H.; ROCHA, Thiago T. da; LAGATTA, Pedro. *Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*.

São Paulo: Núcleo de Estudos sobre Violência, 2011. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/publicacao/priso-provisoria-e-lei-de-drogas/>. Acesso em: 27 jun. 2022.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

KANT DE LIMA, Roberto 1995. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MACRAE, Edward. Canabisis, racismo, resistência cultural e espiritualidade. In: MACRAE, Edward; ALVES, Wagner Coutinho. *Fumo de Angola: canabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade*. Salvador: Edufba, 2016.

MEDEIROS, Flávia. *“Linhas de investigação”*: técnicas e moralidades policiais na gestão de mortos na região metropolitana do Rio de Janeiro. 2016. Tese (Doutorado em Antropologia) — Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

MISSE, M. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 26, n.1, p. 15–27, 2011.

MIGUEL, Elcio Cardozo Miguel. *Dinâmicas do sistema de justiça criminal acerca das condenações por crimes de tráfico de drogas na grande Vitória/ES*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Vila Velha, Espírito Santo, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- OLIVEIRA, Antonio. Os policiais podem ser controlados? *Sociologias*, Porto Alegre, ano 12, n. 23, p. 142–175, jan./abr. 2010.
- PERNAMBUCO. *Lei Estadual nº 16.170/2017*, de 25 de outubro de 2017. Dispõe sobre a Gratificação Pacto pela Vida — GPPV, aos Policiais Cíveis e Policiais Militares. Recife: Assembleia Legislativa, 2017. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=33564>. Acesso em: 27 jun. 2022.
- RAUPP, Mariana Mendonça. *O seletto mundo da justiça: análise de processos penais de tráfico de drogas*. 2005. Dissertação (Mestrado em Sociologia) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- ROSA, Lucia Cristina dos Santos; GUIMARÃES, Thaís de Andrade Alves. O racismo na/da política proibicionista brasileira: redução de danos como antídoto antirracista. *Revista em Pauta*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 45, p. 27–43, 2021.
- RUI, Taniele Cristina. *Corpos abjetos: etnografia em cenários de uso e comércio de crack*. 2012. Tese (Doutorado em Antropologia Social) — Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.
- SAAD, Luísa. *Fumo de negro: a criminalização da maconha no pós-abolição*. Salvador: Edufba, 2019.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Sentença Penal nº. 1529011–63.2021.8.26.0228*. Autor: Justiça Pública. Réu: Jhonny Ítalo da Silva. Juiz de Direito: Dr. José Paulo Camargo Magano. São Paulo, 24 mar. 2022. Disponível em: <https://shre.ink/el5>. Acesso em: 21/06/2022.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). Reflexões sobre as políticas de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, p. 235–249, 2014.
- SILVA, Gilvan Gomes da. *A lógica da polícia militar do distrito federal na construção do suspeito*. 2009. Dissertação (Mestrado em Sociologia), Universidade de Brasília. Brasília, 2009.

SOUZA, Jorge Emanuel Luz de. *Sonhos da diamba, controles do cotidiano: uma história da criminalização da maconha no Brasil republicano*. Dissertação (Mestrado em História) — Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

TEIXEIRA, Alessandra. *Construir a delinquência, articular a criminalidade: um estudo sobre a gestão dos ilegalismos na cidade de São Paulo*. Tese (Doutorado em Sociologia) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELHO, Gilberto. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e suspeição no estado de direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2017.

ZAFFARONI, Raul. Guerra às drogas e letalidade do sistema penal. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, p. 115, out./dez. 2013.

RISCO DE REITERAÇÃO E DIREITO PENAL DO AUTOR: MANUTENÇÃO DE PRISÕES PREVENTIVAS NO ÂMBITO DO STJ

Karina Calixto de Mattos

O presente trabalho foi motivado pelos debates travados nas aulas da disciplina de Tópicos Especiais, ministrada pela Prof^{ta} Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, e especialmente pela análise da seletividade penal e do perfil dos sujeitos rotulados como perigosos para fins de decretação de prisões preventivas. Visa, assim, investigar a seletividade penal na análise de pedidos de revogação de prisões preventivas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), instância preponderantemente revisional, na qual, após a filtragem inicial do sistema em âmbito policial e de primeiro grau, o rótulo de perigoso se torna ainda mais enraizado nos sujeitos selecionados pelo sistema penal.

Para a construção desta pesquisa, partiu-se das seguintes hipóteses: I) há maior incidência de prisões preventivas quando o crime de corrupção está associado ao tráfico de drogas; e II) a periculosidade e o risco de reiteração são comumente utilizados como fundamentos para a decretação/manutenção de prisões preventivas, quando o crime de corrupção aparece associado ao tráfico de drogas.

DA CULTURA DO ENCARCERAMENTO

Temos, no Brasil, uma política criminal cada vez mais rigorosa, com a elaboração maciça de leis especiais e a previsão de penas cada vez mais severas, em que, muitas vezes, prende-se para, só depois, investigar e julgar. Dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen, 2021) indicam que, no período entre julho e dezembro de 2021, dos 670.714 presos em unidades prisionais no Brasil, 196.830, aproximadamente 30%, são presos provisórios. Esses alarmantes números mostram que se vive, no Brasil, uma cultura encarceradora, que infla, cada dia mais, o falido sistema penitenciário.

Como contramovimento a essa cultura encarceradora, destacam-se duas importantes medidas que foram inseridas ao ordenamento jurídico brasileiro, visando evitar prisões ilegais e desnecessárias. A primeira delas foi a inclusão das medidas cautelares diversas da prisão. Em 4 de maio de 2011, após dez anos tramitando no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 4.208/2001 foi convertido na Lei nº 12.403/11, que realizou uma reforma parcial no Código de Processo Penal, passando a prever medidas cautelares pessoais diversas da prisão, pondo fim ao binômio liberdade-prisão (Gomes *et al.*, 2011, p. 29):

Para contornar o problema prisional decorrente do excesso de prisioneiros, não basta apenas apostar nas penas e medidas alternativas à prisão que são aplicadas no momento da condenação definitiva. O cenário nacional exigia (urgentemente) medidas que possibilitassem alternativas também à prisão cautelar, já que esta é a principal responsável pela superlotação carcerária.

No entanto, como já advertia, à época, Audrey Borges de Mendonça (2011, p. 11):

[...] a efetividade das alterações e a aplicação de sua principiologia dependerão, sobretudo, de uma mudança de mentalidade dos operadores do direito. Incumbe a nós, intérpretes e aplicadores do direito, contribuir para extrair da nova legislação a sua máxima eficácia, sobretudo na busca de um processo penal mais efetivo e equânime.

Não foi o que aconteceu. Estudos mostram que as medidas cautelares diversas da prisão funcionam na prática, muitas vezes, como alternativas à liberdade, e não à prisão. Nesse sentido, destaca-se a conclusão de pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) (2019, p. 119), que, em 2019, acompanhou e analisou os dados de audiências de custódia realizadas em todo o Brasil:

Como o nome deste relatório sentencia, para a clientela preferencial do sistema de Justiça penal, o direito à liberdade irrestrita acabou. Menos de 1% dos casos monitorados teve como desfecho a concessão de liberdade provisória sem medida cautelar. Em capitais como São Paulo, nenhuma liberdade irrestrita foi concedida ao longo de todo o monitoramento. Esse dado é alarmante. O uso recorrente de medidas cautelares, embora seja uma alternativa à prisão e implique menor interferência do Estado na vida do cidadão, passa a ser uma muleta utilizada pelos/as magistrados/as, que já não conseguem pensar o processo penal sem aprisionar o/a acusado/a.

Outra importante medida visando a redução do encarceramento foi a inserção das audiências de custódia, que, muito embora estivessem previstas no ordenamento jurídico brasileiro desde 6 de novembro de 1992, quando o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1992), somente em 15 de dezembro de 2015 passaram a ser regulamentadas e, nacionalmente,

implementadas em âmbito nacional, a partir da Resolução nº 213, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (Brasil, 2015).

Conforme conclui pesquisa conduzida no Núcleo de Prisões em Flagrantes de Salvador/BA, em que se acompanharam e analisaram os autos de prisão e flagrante e decisões relativas a audiências de custódia realizadas nos meses de abril, maio e junho de 2018 (De Mattos, 2018, p. 76):

[...] a realização deste ato, de forma isolada, não é suficiente para que alcance os fins pretendidos com sua inserção pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e previsão pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e pela Resolução no 213/2015 do CNJ. Faz-se imprescindível, para tanto, romper com a cultura inquisitorial e encarceradora vigente, respeitando as garantias fundamentais da pessoa presa, em especial a presunção de inocência, e aos fundamentos das medidas cautelares pessoais, tanto prisionais, como diversas da prisão, só sendo legítimas e constitucionais quando apresentam natureza cautelar, com o fim de resguardar a persecução criminal e a aplicação da lei penal.

Vê-se, portanto, que, ainda que tais institutos representem um grande avanço, estão muito longe de resolver a questão do encarceramento provisório em massa. Prende-se muito, provisoriamente e, reiteradamente, de maneira ilegal, mas não de forma indiscriminada.

DA SELETIVIDADE PENAL NO ÂMBITO DO STJ

Inicialmente, cumpre destacar um dado quantitativo importante que foi observado na realização desta pesquisa. Em todo o mês de junho do ano de 2022, foi proferido um total de cinco acórdãos sobre pedidos de revogação de medidas cautelares pessoais. Desses, quatro

tratavam de prisões preventivas e um de medidas cautelares diversas da prisão, relativas ao crime de corrupção, passiva e/ou ativa.

O número em questão, por si só, já revela a seletividade do sistema penal, sobretudo quando se considera que, no mesmo período, houve a prolação de 127 acórdãos que analisaram a prisão preventiva em relação ao crime de tráfico de drogas. Registre-se, ainda, que em três dos cinco acórdãos relativos ao crime de corrupção imputou-se a prática do crime contra a administração pública associado ao crime de tráfico de entorpecentes, e em todos esses casos a prisão provisória foi mantida.

Esses dados demonstram a predileção das agências policiais e judiciais pela autuação e prisão provisória pelo crime de tráfico de drogas, aqui contraposto ao crime de corrupção, por ser um dos crimes que gera maior impacto na sociedade — embora, em comparação, seja muito menor a ação repressiva do Estado, ao menos quando não é praticado em associação com o crime de tráfico de entorpecentes. Conforme ressaltam Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado e Bernardo Sodré Carneiro Leão (2021 *apud* Flauzina, 2006, p. 1.725), a seleção e o encarceramento em massa são “[...] o[s] instrumento[s] utilizado[s] pelo sistema punitivo brasileiro para manutenção do controle social, econômico e racial, incidindo principalmente nos delitos de drogas e patrimoniais”.

A prisão preventiva foi mantida nos quatro processos em que se pediu a revogação. A medida cautelar pessoal aplicada foi afastada apenas em um dos processos, que tratava de medidas cautelares diversas da prisão, por crimes de corrupção ativa e passiva, organização criminosa, desvio de verbas públicas e lavagem de dinheiro, em que o paciente era prefeito municipal.

No processo em que foi mantida a custódia preventiva, no qual o crime de corrupção não apareceu associado ao crime de tráfico de drogas, a prisão foi fundamentada na garantia da ordem pública, ante a alegada gravidade concreta das condutas delitivas, e na

suscitada necessidade de se “[...] restaurar a credibilidade da Justiça” (Brasil, 2022a, p. 2), uma vez que o suposto autor do fato estaria supostamente descumprindo ordem de prisão domiciliar.

Nos três casos em que o crime de corrupção apareceu associado ao crime de tráfico de drogas, verificaram-se fundamentações genéricas, indiscriminada imputação de constituição de organização criminosa e o fundamento pela garantia da ordem pública, especialmente sob os argumentos de periculosidade do agente e risco de reiteração delitiva.

No primeiro desses casos, a prisão preventiva foi mantida sob fundamentos genéricos, diante da gravidade concreta dos delitos: “[...] como forma de garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal” (Brasil, 2022b, p. 5), bem como pela “[...] necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa” (Brasil, 2022b, p. 6), que caracteriza risco de reiteração delitiva.

No segundo processo envolvendo tráfico de drogas, a prisão preventiva foi mantida sob a mesma justificativa de que as atividades da dita organização criminosa apresentariam reiteração delitiva. Destacou-se a necessidade de manutenção da custódia preventiva sob o abstrato e injustificado argumento da necessidade de se garantir a instrução criminal, em razão dos alegados

[...] estreitos laços com integrantes de facção criminosa do Primeiro Comando da Capital, de modo que a liberdade dos acusados neste momento poderia representar grave risco à instrução criminal, além do iminente risco à ordem pública criado pela possibilidade de reiteração de tais condutas (Brasil, 2022c, p. 5).

Ademais, a custódia preventiva foi justificada, também de forma genérica e infundada, pela necessidade para garantir a aplicação da lei penal:

[...] porquanto se trata de organização supostamente voltada à prática do tráfico de drogas e, sendo assim, com grande influxo de caixa de modo a viabilizar eventual fuga do acusado que, diga-se, ficou foragido por mais de cinco meses (Brasil, 2009).

Aqui também houve fundamentação pela garantia da ordem pública sob o argumento de haver risco de reiteração delitiva, destacando-se precedente do STF (Brasil, 2022, p. 5), no sentido de que “[...] a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa é fundamentação cautelar idônea e suficiente para a preventiva”.

Por fim, no terceiro processo em que há imputação do crime de corrupção associado ao tráfico de entorpecentes, fundamentou-se a garantia da ordem pública pela gravidade concreta dos delitos, risco de reiteração, antecedentes criminais e pela periculosidade do suposto autor do fato. Neste caso, manteve o STJ a prisão preventiva, sob o argumento de que restou:

[...] demonstrada a gravidade concreta do crime praticado, revelada, na maioria das vezes, pelos meios de execução empregados, ou a contumácia delitiva do agente, a jurisprudência desta Casa autoriza a decretação ou a manutenção da segregação cautelar, dada a afronta às regras elementares de bom convívio.

Nos casos investigados, observou-se que a periculosidade e o risco de reiteração só foram utilizados como fundamentos nos casos que envolviam imputação de tráfico de drogas. Também foi comum a imputação de constituição de organização criminosa, o que, de maneira quase automática, justificou a decretação/manutenção da prisão preventiva como forma de interromper ou diminuir a atuação de seus membros (risco de reiteração).

Assim como o fundamento da garantia da ordem pública, que tem conceito aberto e indeterminado, incompatível, portanto, com os princípios da legalidade estrita e da segurança jurídica, a periculosidade e o risco de reincidência também são conceitos indeterminados, servindo a fins não declarados do sistema penal (Prado; Leão, 2021, p. 1.740):

A adoção do discurso da periculosidade pelo controle penal permite que a autoridade judiciária mantenha a aparência de neutralidade racial, ao tratar da reincidência, de circunstâncias do *modus operandi* ou de antecedentes criminais como indícios de periculosidade, ao passo que encarcera, de forma acentuada, homens, negros, jovens e pobres. O sistema vigente é mais sofisticado do que a racionalidade da criminologia positivista, pois permite a manutenção do papel funcional do sistema punitivo no extermínio da população negra, sem precisar ser abertamente racista, uma vez que há outros elementos da estrutura social e do sistema penal que reproduzem as hierarquias sociais e raciais. Entendemos que o que leva o órgão julgador a assegurar que o sujeito investigado é tão perigoso a ponto de ser urgente o seu encarceramento para proteger a paz social não são os aspectos afirmados na fundamentação das decisões. Tanto que muitos se furtam a esse trabalho de buscar motivações e recorrem a frases de alta abstração, como dizer que a prisão é importante para inibir a reiteração delitiva.

Não por acaso, a origem do fundamento da garantia da ordem pública para a decretação de prisões preventivas remonta ao nazismo alemão, representando uma “autorização geral e aberta para prender”, de modo a permitir o extermínio de raça (Lopes Júnior, 2014, p. 108-109):

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despidido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha da década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes

No único caso em que a prisão preventiva foi mantida, e que não envolvia tráfico de drogas, o fundamento da garantia da ordem pública foi justificado, exclusivamente, na gravidade concreta da conduta (fundamento de fixação de pena, que, portanto, em âmbito cautelar, representa ilegal antecipação de pena), apresentando-se, ainda, como fundamento da cautelar, a suposta (e ilegal) necessidade de se restaurar a credibilidade da justiça. Em nenhum dos casos de manutenção da custódia preventiva, houve a necessária análise quanto à suficiência ou não de medidas cautelares diversas da prisão.

Chama especialmente a atenção que, em *habeas corpus* impetrado em face de decisão pela ampliação de medidas cautelares diversas da prisão, no processo que envolvia crimes de corrupção ativa e passiva, desvio de verbas públicas e lavagem de dinheiro praticados por prefeito, muito embora o fundamento para alargamento das medidas aplicadas fosse o risco de reiteração em contramão ao entendimento do STJ nos processos envolvendo tráfico de drogas, a Corte Superior destacou a impossibilidade de se presumir o risco de reiteração, revogando as medidas.

Após ampla investigação, em que houve prisões em flagrante dos supostos autores do fato, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e a nova representação do *parquet* pela prisão preventiva ante fato superveniente praticado por organização criminosa que alegadamente configuraria risco de reiteração, o STJ afastou, expressamente, o alegado risco de reiteração e a garantia da ordem pública, entendendo não haver fundamentos para as medidas cautelares pessoais.

Em resumo, os mesmos fundamentos genericamente apresentados para justificar a prisão preventiva, nos casos envolvendo o crime de tráfico de drogas, foram concretamente analisados no único processo que envolvia prefeito, sendo expressamente afastados. Isso ocorreu mesmo que o relatório tenha indicado que este era o único procedimento lastreado em ampla operação policial que culminou na prisão em flagrante do paciente.

Em processos envolvendo tráfico de drogas, a conveniência da instrução criminal foi abstratamente citada como fundamento para a custódia preventiva, sem qualquer justificativa concreta. No caso ora em questão, diversamente, mesmo tendo havido imputação de corrupção de testemunhas, a conveniência da instrução não foi sequer objeto de análise.

Do mesmo modo, malgrado tenha sido a necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal apresentada como fundamento para a manutenção da prisão preventiva em processo envolvendo tráfico de entorpecentes, sob o argumento de que “[...] se trata de organização supostamente voltada à prática do tráfico de drogas e, sendo assim, com grande influxo de caixa de modo a viabilizar eventual fuga do acusado” (Brasil, 2022c, p. 5), não foi tal fundamento sequer aventado nesse último caso, em que pese tenham os supostos autores sido presos em flagrante, na posse de vultosa quantia em espécie.

Notadamente, o suposto poderio econômico do investigado não permite que se presuma risco de que se furtará à aplicação da lei penal, por evidente e inconstitucional afronta ao princípio

da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal, Brasil, 1988). Por tal razão, não errou o Juízo ao não considerar a existência de risco à aplicação da lei penal pelo simples fato de ter sido o paciente encontrado com grande quantia em dinheiro. No entanto, tal entendimento demonstra a discrepância de tratamento a depender de quem está sendo investigado, no caso, entre Chefe do Poder Executivo Municipal e suposto agente envolvido na venda de entorpecentes.

Não obstante, no primeiro caso, mesmo que a apreensão de quantia milionária não gerasse risco de fuga, no segundo caso, entendeu a Corte que a simples conjectura de que — por estar associado ao tráfico de drogas, que faz presumir grande influxo de caixa — poderia o investigado fugir, furtando-se à aplicação da lei penal. Tal entendimento não apenas fere a garantia constitucional à presunção de inocência, mas escancara que o entendimento pela custódia preventiva ou não foi feito com base no inconstitucional Direito Penal do autor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos acórdãos proferidos pelo STJ, no mês de junho do ano de 2022, pelo crime de corrupção ativa e passiva, mostrou a seletividade e criminalização secundária no âmbito do STJ. Em três dos quatro processos que tratavam de prisões preventivas, o crime de corrupção apareceu associado ao crime de tráfico de drogas. Em todos esses casos foi mantida a custódia preventiva, o que reforça a confirmação da hipótese inicial deste trabalho de que há maior incidência de prisões preventivas quando o crime de corrupção está associado ao tráfico de drogas.

O único caso em que houve revogação das medidas cautelares pessoais foi em crime de corrupção não associado ao tráfico

de entorpecentes, praticado por Prefeito, que tratavam de medidas cautelares diversas da prisão.

A periculosidade e o risco de reiteração surgiram como justificativa para o fundamento da garantia da ordem pública apenas nos casos envolvendo tráfico de entorpecentes. Notavelmente, essa justificativa foi expressamente afastada no caso envolvendo prefeito, o que também reforça a hipótese de que a periculosidade e o risco de reiteração são comumente utilizados como fundamentos para a decretação/manutenção de prisões preventivas, quando o crime de corrupção aparece associado ao tráfico de drogas.

Para além disso, os dados observados denunciam a seletividade do sistema penal, também no âmbito preponderantemente revisional do STJ (após, portanto, a filtragem policial e judicial em primeiro grau). Nesta instância, a estigmatização do indivíduo como perigoso, com risco de reiteração e ameaça à ordem pública, reflete uma abordagem claramente voltada para o Direito Penal do autor. Essas características acabam se sedimentando no pré-apenado, dificultando sua capacidade de se livrar delas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018a.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018b.

BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luís Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. Coord. Luis Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011.

BRASIL. AgRg no HC n. 748.506/PA. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Pará: Superior Tribunal de Justiça, 2022a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201900943&dt_publicacao=23/08/2022. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. HC n. 734.042/SP Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. São Paulo: Superior Tribunal de Justiça, 2022c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200992696&dt_publicacao=27/06/2022. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. RHC n. 157.942/SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. São Paulo: Superior Tribunal de Justiça, 2022b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103864976&dt_publicacao=27/06/2022. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 18 set. 2018.

DE MATTOS, Karina Calixto. *A audiência de custódia como medida processual de desencarceramento*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) - Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Salvador, 2018. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Karina%20Calixto%20de%20Matos.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022.

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

DF, 2006. Disponível em: <https://www.cddh.org.br/assets/docs/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf> Acesso em: 15/12/2023.

INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL
— IBADPP. *Relatório final de atividades*: grupo de pesquisa sobre audiências de custódia: Convênio de Cooperação Técnico-Científico TJ/BA e IBADPP. Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: Instituto Baiano de Direito Processual Penal, 2017. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/relatorio_pesquisa_ibadpp_audiencias_custodia.pdf. Acesso em: 3 jul. 2018.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). *O fim da liberdade*: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. 2019. Disponível em: <https://iddd.org.br/pesquisa-revela-o-fim-da-liberdade-nas-audiencias-de-custodia/>. Acesso em: 17 de jul. de 2022.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; LEÃO, Bernardo Sodré Carneiro. *A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador*: controle racial e de classe. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 1713-1749, set.-dez. 2021. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/627>. Acesso em: 13 jul. 2021.

SOBRE OS/AS AUTORES/AUTORAS

Artur Ribeiro Alves

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

C. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1740924114304336>.

E-mail: arturribeiro497@gmail.com

Bernardo Sodré Carneiro Leão

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Pós-graduando em Direito Constitucional pela Faculdade CERS e Membro do Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (NESP).

C. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8285595213437507>.

E-mail: bernardoscleao@hotmail.com

Catharina Maria Tourinho Fernandez

Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia e Bacharel Interdisciplinar em Humanidades com ênfase em Estudos Jurídicos pela Universidade Federal da Bahia. Advogada Criminalista.

C. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7803911936424564>.

E-mail: catharina.fernandez@hotmail.com

Karina Calixto de Mattos

Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito, Bacharel em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS), Professora de Direito Penal da Faculdade São Salvador (BA) e Docente do Curso Prática na Advocacia — PNA (PB). Advogada Criminalista.

C. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2868035289105580>.

E-mail: karinacalixtoadv@gmail.com

Maria Louise Oliveira da Silva Ribeiro

Bacharelanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia e Coordenadora de Grupo de Trabalho da 1º Vara Criminal, Júri e Execuções Penais da Comarca de Simões Filho/BA.

C. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2868035289105580>.

E-mail: oliveiramarialouise@gmail.com

Formato: 150 x 210 mm
Fonte: Myriad Pro 15, 12 e 11; Minion Pro, 11, 10 e 8
Miolo: papel Pólen Soft, 80 g/m²
Capa: papel Supremo, 300 g/m²
Impressão: dezembro 2023
Gráfica: ImpressãoBigraf

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

Mestra e Doutora em Direito pela PUC-SP. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Foi pesquisadora visitante da Universidade de Utrecht – Holanda. É Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFBA. Integrante do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA. Ex-Presidente e atual membro do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia.

C. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2158993363327030>.

E-mail: alessandra.prado@ufba.br

Ney Menezes de Oliveira Filho

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Mestre em Família na Sociedade Contemporânea (Programa de Pós-graduação em Família na Sociedade Contemporânea da UCSAL – ingresso em 2012 – 2014). Especialista em Direito do Estado. Graduação e Bacharelado em Direito (2002 – 2007), pelo Centro Universitário Jorge Amado.

C. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1010918105635239>.

E-mail: ney1083@gmail.com

Fabiano Cavalcante Pimentel

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/IGC. Doutor e Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor Adjunto de Direito Processual Penal e Prática Penal da Universidade Federal da Bahia e da Universidade do Estado da Bahia. Advogado Criminalista.

C. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7922451287614596>.

E-mail: fpimentel@uneb.br

O livro reúne artigos sobre o Sistema Penal, com enfoque na Criminalização, abordando temas como: construção probatória, direito de defesa e periculosidade, no âmbito do direito penal e processual penal, demonstrando violações aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos submetidos ao poder punitivo estatal. A partir, principalmente, das Ciências Médicas e sua interseção com o Direito Penal e com a Criminologia Positivista, foi construído o binário periculosidade-criminalidade, e apontada como intrínseca a relação entre periculosidade, criminalidade e doença mental, através de lentes deterministas. Entretanto, as perspectivas garantistas, abolicionistas e o movimento antimanicomial ganham espaço na produção científica, como pode-se observar nos trabalhos que compõem a presente obra.

