



Urgência punitiva: as prisões cautelares entre práticas e discursos nas varas de tóxicos de Salvador

Ana Luisa Leão de Aquino Barreto

UERJ, Rio de Janeiro, Brasil

<https://orcid.org/0000-0003-3358-8843>

Introdução

O trabalho aqui apresentado é o desdobramento de uma pesquisa mais ampla realizada entre os anos de 2015 e 2017 com processos judiciais nas Varas de Tóxicos de Salvador (BA). Foi realizada a coleta de 604 processos com 928 réus nas três Varas de Tóxicos existentes na capital baiana, varas estas especializadas nos julgamentos dos crimes tipificados na Lei 11.343/2006 (com exceção do art.28 que é de competência dos Juizados Especiais Criminais). Esses 604 processos são todos aqueles que tiveram sentença publicada no Diário de Justiça Eletrônico do Estado da Bahia no ano de 2015. Interligando tráfico de drogas e prisões cautelares a pesquisa busca avançar na interpretação sobre como a prisão cautelar nesses delitos se insere nas dinâmicas de controle social autoritário, racista e classista, a partir do olhar crítico sobre o discurso judicial.

Contrariando as expectativas de muitos que apostavam que a ruptura com um modelo autoritário implicaria mudanças nos rumos das políticas de repressão penal no Brasil, a virada política do final da década de 1980 veio acompanhada da consolidação – agora “democrática” – do paradigma bélico em matéria punitiva¹. Ao sair da Ditadura e entrar em um dos breves intervalos democráticos, um novo inimigo foi politicamente construído: o traficante de drogas.

Nesse contexto, o Brasil se insere no cenário mundial de “guerra às drogas” e, em compasso com diversos outros países do

¹ A Constituição Federal de 1988, por exemplo, em que pese os avanços na positivação de direitos sociais e políticos, mantém a estrutura policial e de segurança pública – historicamente conservadora – praticamente inalterada. Além disso, prevê em meio aos direitos e garantias individuais previstos no art. 5º, por exemplo, a hediondez do tráfico de entorpecentes.

mundo, viu suas taxas de encarceramento crescerem de forma vertiginosa e progressiva nos últimos vinte e cinco anos². Neste processo, um importante fenômeno foi verificado: pela primeira vez, em 2014, o tipo penal responsável pelo maior número de encarceramentos, deixou de ser um crime contra a propriedade, passando a ser o delito de tráfico de drogas³.

Este único tipo penal – dentre os milhares de delitos existentes no arcabouço legislativo brasileiro – corresponde atualmente a 28% dos crimes cometidos por aqueles que se encontram no sistema prisional, contra 25% de roubo, o segundo delito mais representado nas prisões brasileiras. Em 2005 esse mesmo delito – ainda sob a vigência da Lei n. 6.368/1976 – representava 14% dos crimes, contra 22,6% de roubo (INFOPEN, 2016). Nos estabelecimentos prisionais femininos, esse número é ainda mais expressivo, pois o tráfico de drogas responde por 58% (INFOPEN Mulher, 2014) dos delitos que levam as mulheres à prisão.

A centralidade da droga quando se discute a questão criminal no Brasil contemporâneo parece assim inegável, razão pela qual ela foi estabelecida como um dos eixos que orientam este estudo. A política criminal de drogas é hoje o carro-chefe das políticas criminais brasileiras e o “traficante de drogas” tem sido, nos últimos anos, alçado ao papel de principal “inimigo interno” no discurso belicoso do poder punitivo na América Latina e no Brasil. O “traficante”, assim, é o alvo preferencial no sistema penal (BOITEUX et al, 2009), afirmação que se ilustra nas estatísticas acima apontadas.

Por outro lado, parece inegável também a relevância que o aprisionamento cautelar⁴ assume nesse contexto. Os presos provisórios correspondem no Brasil a 40% da totalidade de presos; nesse sentido, Zaffaroni (2011) destaca que o aprisionamento cautelar é a característica mais destacada do poder punitivo latino-americano. A partir de uma previsão legal fica autorizado o encarceramento de quem ainda é – constitucionalmente – inocente, consolidando o duvidoso brocardo *in dubio pro societate*.

A opção de restringir o estudo aos casos que envolvam processos por tráfico de drogas, nesse sentido, não é acidental: é nesse crime e na sua multiplicidade de verbos que o arbítrio punitivo encontra ainda mais respaldo legal para a sua atuação. Do cidadão parado e revistado pela polícia por uma suposta “atitude suspeita”, ao juiz que decreta a prisão provisória para “garantir” – uma suposta – “ordem pública”, culminando com – talvez – uma condenação dentre a diversidade de condutas possíveis⁵, o espaço para uma atuação arbitrária é inegavelmente amplo.

² De acordo com o DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), o Brasil teve um aumento em sua taxa de aprisionamento de 136% entre os anos de 1995 e 2015, a segunda maior do mundo. A Indonésia que ocupa o primeiro lugar (145%), entretanto, tem uma taxa de aprisionamento de 66 presos por cem mil habitantes, enquanto o Brasil tem quase 300 presos por cem mil (INFOPEN, 2014).

³ Os principais crimes contra a propriedade (roubo e furto, simples e qualificado) somados são maioria, mas não individualmente considerados. O tipo autônomo que mais encarcera no Brasil é o art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

⁴ Os nomes “prisão cautelar”, “provisória”, “preventiva” e “antecipada” neste trabalho foram utilizados como sinônimos, para toda aquela prisão decretada pelo juízo no curso do processo criminal. Ressalte-se, entretanto, que não foi trabalhado aqui nenhum caso no qual foi aplicada “prisão temporária” e por isso este conceito não será utilizado.

⁵ “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente”.

A perspectiva teórico-metodológica do trabalho, orientada pela tradição da crítica criminológica, levou a pensar o problema de pesquisa a partir do diálogo entre a abordagem empírica, “adotada para delimitar objetos específicos de indagação”, com “uma perspectiva macrossociológica, adotada para definir um horizonte explicativo e interpretativo” mais amplo (BARATTA, 2011. p. 26-27).

Para isso, foram selecionados todos os processos que tiveram sentença publicada no ano de 2015 no Diário Eletrônico de Justiça da Bahia, nas três Varas de Tóxicos existentes na cidade de Salvador, resultando em um volume de 604 processos e 928 réus, como já afirmado. O trabalho foi dividido em dois momentos: no primeiro momento, em uma perspectiva quantitativa, foi analisada a situação prisional dos réus no curso da persecução penal e o resultado final do processo, articulando ambas as questões. Numa segunda etapa, foi realizado um estudo qualitativo das decisões interlocutórias decretadoras ou mantenedoras de prisão preventiva relativas aos casos em que os réus ficaram presos durante todo o processo. Esta segunda etapa é o que ora se apresenta neste artigo.

A opção metodológica por selecionar processos conclusos deriva do interesse em indagar não apenas sobre o aprisionamento cautelar dos réus, mas também sobre qual o resultado do processo, articulando ambas as questões; os réus permaneceriam presos após a sentença? Observar se eles seguiriam ou não encarcerados pareceu um caminho necessário para avançar em uma maior compreensão sobre a funcionalidade das prisões cautelares.

Em relação ao recorte temporal, o ano de 2015 foi escolhido para possibilitar uma visão mais atualizada sobre o tema, diante do período que a pesquisa foi realizada (março/2015 a março/2017). A opção por um período completo de 12 meses buscou evitar eventuais distorções que podem ocorrer ao longo do ano⁶.

Conforme explanado acima, havia o interesse em estudar os processos que tivessem como objeto condutas relacionadas a suposta prática de tráfico de drogas. Nesse sentido, Salvador se apresentou como um *locus* de pesquisa ideal por possuir varas criminais especializadas no julgamento desse delito. Foram coletados processos em todas elas, de modo a permitir uma visão ampla do objeto, buscando evitar distorções que poderiam ocorrer se ficasse vinculada a postura de um ou dois juízes. Nesse sentido, é importante destacar que as decisões analisadas neste trabalho foram proferidas por 30 juízes diferentes.

Além disso, Salvador foi escolhida por alguns motivos: primeiro, pela compreensão de que, no campo do direito, as pesquisas empíricas que versam sobre a questão criminal têm como enfoque privilegiado o eixo Rio-São Paulo, estando o tema longe do esgotamento em outras cidades do país. Além disso, Salvador tem vivenciado, nos últimos anos, um importante processo de recrudescimento penal, especialmente em relação à política de drogas, em modelos muito similares aos que vêm passando – já há mais tempo – as cidades acima mencionadas, conforme será explanado no trabalho.

⁶ Pressões do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, para o cumprimento de determinadas metas, fazem com que alguns meses sejam recheadas de sentenças extintivas da punibilidade, mais rápidas e simples de serem julgadas por exigirem um mero cumprimento objetivo de uma questão (a prescrição, por exemplo).

Conforme já mencionado a pesquisa que deu origem a este artigo se articula em dois eixos. A pesquisa quantitativa não será objeto do presente trabalho, mas é relevante apresentar um breve panorama dos resultados obtidos. Nesta etapa da pesquisa se objetivava precipuamente relacionar a prisão processual e o resultado final. De um total de 928 réus, 80% (743 pessoas)⁷ responderam ao processo todo ou em parte presos. Entretanto, apenas 44,1% (ou 409 pessoas) foram efetivamente condenadas ao fim da persecução penal. Dentre os condenados, 55% (ou 226 pessoas) tiveram a pena de prisão convertida em restritiva de direitos. Dentre os que efetivamente foram condenados a uma pena de prisão apenas 62 réus (15,2% dos condenados) tiveram fixado o regime fechado em sentença.

Ou seja, enquanto 743 réus responderam o processo preso (total ou parcialmente) – dos quais 203 responderam a todo o processo preso – apenas 62 foram condenados ao regime fechado (regime correspondente a situação do preso provisório). Para a maioria absoluta dos presos, portanto, uma sentença condenatória se mostrou mais benéfica que responder ao processo criminal. A prisão cautelar nos casos estudados se mostrou como a antecipação de uma pena de prisão que na maior parte dos casos não veio. Nesse contexto, as prisões cautelares vão se apresentando como o instrumento preferencial de controle social utilizado pelo Judiciário.

Já a análise qualitativa teve por foco os casos em que o réu ficou preso durante todo o processo, um universo de 203 réus, para então ser feita uma análise mais aprofundada das decisões decretadoras/mantenedoras de prisão. Foram analisadas decisões referentes a 183 réus (em relação a 20 réus não foi possível achar qualquer decisão). Buscou-se encontrar os elementos discursivos não dogmáticos e não jurídicos, que parecem orientar de fato as decisões e as representações estigmatizantes, os estereótipos, os pré-conceitos, entendendo que estes elementos permitem agregar mais dados para a compreensão das funções reais da prisão cautelar e do papel do Judiciário no panorama do superencarceramento.

Alessandro Baratta (2004) ao refletir sobre o futuro da criminologia crítica, aponta que esta vertente teórica comumente ignorou o Judiciário como objeto de pesquisa. Nesse sentido, propõe a necessidade de “dirigir a atenção ao exame da função argumentativa e do controle decisional que exercitam os instrumentos dogmáticos sobre a estrutura e os mecanismos decisoriais e sobre as decisões do sistema” (p. 139)⁸. Tentou-se aqui tomar como objeto o Judiciário enquanto ator relevante dentre as agências do sistema penal, tendo como foco os discursos que profere nos decretos prisionais de tráfico de drogas, por considerar, como já dito, que a articulação de prisões cautelares e tráfico de drogas permite um amplo campo de atuação arbitrária das agências do sistema penal.

⁷ Alertando-se para o fato de que sobre a situação prisional de 61 réus não obtivemos informações suficientes que permitissem afirmar com certeza se ficaram ou não presos.

⁸ Tradução nossa. No original: “*dirigir la atención al examen de la función argumentativa y del control decisional que ejercitan los instrumentos dogmáticos sobre la estructura y los mecanismos decisoriais y sobre las decisiones del sistema*” (p. 139)

“Mitos, emblemas e sinais”

A análise das decisões foi iniciada de forma exploratória. Entretanto, apesar de não possuir um questionário rígido pré-definido, a pesquisa já tinha como foco tentar identificar os fundamentos e discursos que sustentavam os decretos prisionais. Foi possível perceber, então, que muitos dos argumentos que se repetiam ao longo delas nada tinham que ver com a suposta função instrumental cumprida pelas medidas cautelares⁹, mas deixavam entrever outras questões.

Ginzburg (2014) sugere a necessidade do uso de indícios e vestígios para perceber textos e documentos estudados. Se o processo judicial é, essencialmente, uma versão “oficial” dos fatos e, portanto, a versão dos “vencedores”, é necessário buscar as pistas, sinais e indícios que permitam ajudar a “dissolver as névoas da ideologia” (p. 177) que marcam o discurso oficial, especialmente aquele que se propõe neutro. Conforme destaca o autor: “Se a realidade é opaca, existem zonas privilegiadas – sinais, indícios – que permitem decifrá-la” (idem).

Por fim, foi utilizada também algumas das ferramentas da técnica da análise do discurso. O discurso a ser analisado dentro dessa concepção teórica é entendido como um “objeto cultural, produzido a partir de certas condicionantes históricas” (FIORIN, 2007. p. 10), elemento particular da materialidade ideológica, ou seja, o discurso é a materialidade específica da ideologia (ORLANDI, 2012, GOMES, 2013).

A análise do discurso será utilizada como um instrumental relevante na área jurídica “para aprofundar como decidem e justificam suas decisões os juízes” (GOMES, 2013. p. 44), “revelar qual ou quais ideologias de fizeram presentes [nas decisões judiciais]” (GOMES, 2013. p. 47) e auxiliar na compreensão não só do que os discursos jurídicos professam, mas também o que eles escondem (BATISTA, 2003).

Fiorin (2007) ao discutir a relação entre linguagem e ideologia, a partir da análise do discurso, afirma que “o conjunto de elementos semânticos habitualmente usado nos discursos de uma dada época constitui a maneira de ver o mundo numa dada formação social”. Assertivas como “os homens são desiguais por natureza” ou “na vida vencem o mais forte” são “assimilados (...) pelo homem ao longo da sua educação, constituem a consciência e, por conseguinte, a sua maneira de pensar o mundo” (p. 19).

Este autor observa que é a partir do nível fenomênico – aparência – que se constroem as ideias dominantes numa dada formação social e estas se transformam em “racionalizações que explicam e justificam a realidade” (p. 28). Assim, em uma sociedade capitalista aparecem ideias que reforçam a naturalização das desigualdades sociais; no mesmo sentido, em tempos do Estado penal se reforça a ideia da “criminalidade” como uma questão ontológica, e não uma construção social orientada por processos de criminalização.

⁹ As medidas cautelares penais visam – ao menos em suas funções declaradas – “garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar” (LOPES JR., 2013. p. 786). Possuem, assim, uma suposta função instrumental ao processo, buscando garantir o bom andamento do processo e da instrução criminal e/ou assegurar a aplicação de lei penal em caso de condenação.

O acesso ao conteúdo de cada processo se deu por meio da “consulta processual” do site do TJ-BA e, em seguida, foi feita a busca das decisões na “movimentação processual” (tudo de livre acesso ao público). Algumas decisões foram encontradas diretamente na movimentação do processo principal. Outras foram encontradas na “movimentação processual” dos processos apensos ao processo principal, seja o “auto de prisão em flagrante”, sejam processos específicos para requerer a liberdade provisória do réu. Em 11 casos, ainda, a decisão foi retirada de processo de habeas corpus – tendo como autoridade coatora o juiz de primeira instância –, pois não foi possível encontrar nenhuma decisão – que estivesse disponível para livre acesso público – em primeira instância. Para 20 réus não foi possível encontrar qualquer decisão¹⁰.

Para quase todos os réus só foi encontrada uma decisão interlocutória relativa a prisão, casos em que não foi necessário ser feita nenhum tipo de seleção. Para os poucos casos nos quais foi possível encontrar mais de uma, foi dada prioridade aquelas decisões que discorriam mais sobre seus fundamentos, aprofundando-os, sendo descartadas decisões como “reitero os argumentos da decisão de fls. [tal]” pela simples razão de que elas não permitiriam avançar na discussão.

Ainda no início da coleta de processos (quando estava sendo montada a base de 928 réus) foi possível perceber, de forma preliminar, que boa parte das decisões se articulavam sobre alguns eixos que permitiriam fomentar a discussão sobre as funções reais da prisão cautelar, para além da suposta função instrumental que possuem as medidas cautelares no processo penal.

Após essa análise exploratória foi possível montar um formulário simples em forma de tabela no programa “Excel”, na qual além dos dados identificadores da decisão (como nome do réu e número do processo) foi possível organizar os eixos argumentativos que reiteradamente se repetiam nas decisões, conforme será explicado mais abaixo. Se em sua função declarada as prisões antecipadas cumprem uma função “instrumental”, de apoio, ao processo principal, interessava buscar os argumentos não instrumentais e não jurídicos que permeavam esses documentos e que permitissem entrever as funções reais deste instrumento jurídico.

Procurou-se neste trabalho, assim, identificar o que haveria por trás dessa suposta função instrumental e a base empírica para se pensar sobre isso foram os discursos proferidos nos decretos prisionais. Nesse sentido, é importante destacar que neste trabalho nos afastamos da ideia de que o direito – bem como os discursos proferidos no campo – pode ser neutro. A ideia da neutralidade insiste em figurar no imaginário do processo judicial, em que pese a consolidação da crítica epistemológica a esse mito fundador do direito moderno.

A ideia de neutralidade, no campo penal, se materializa em outro mito: o tratamento igualitário da justiça criminal. O mundo jurídico reproduz constantemente a ideia de que, norteado por alguns princípios-chaves como “segurança jurídica” e tratamento igualitário para todas as partes, o discurso dogmático será pautado na neutralidade e, portanto, justo. As primeiras construções acerca da cifra oculta e dos

¹⁰ Isso aconteceu nos casos em que a decisão que converteu o flagrante em preventiva foi feita em autos físicos, e, após essa primeira decisão, o réu foi simplesmente mantido preso sem que a sua situação fosse analisada novamente até o momento da sentença.

processos seletivos de criminalização, entretanto, permitiram desnudar o caráter mitológico do princípio da igualdade no campo penal.

Essa suposta neutralidade na aplicação da lei permite encobrir diversos elementos da realidade, tais como a seletividade do sistema penal – seja por meio da criminalização primária ou secundária – e eventuais funções ocultas – ou reais – cumpridas por trás das suas funções declaradas. Além disso, ela permite criar e reforçar “a ilusão de sua capacidade para resolver os mais complexos problemas e conflitos sociais” (ZAFFARONI, BATISTA et al, 2011. p. 67). Zaffaroni, Batista et al apontam ainda que, embora a “mera observação leiga da realidade social” seja passível de comprovar que “o poder punitivo opera de modo exatamente inverso ao descrito pelo discurso penal tradicional”, é comum a defesa que atribui isso “a distorções conjunturais do poder punitivo, ocultando que se trata de caracteres estruturais, sendo conjuntural unicamente o seu grau” (p. 68).

Assim é que, se em sua função declarada, a dogmática penal serve a uma suposta “função instrumental racionalizadora/garantidora” (ANDRADE, 2015), garantindo “a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito Penal” (ANDRADE, 2015. p. 130), esta possui uma função oculta que não é só distinta da declarada, mas de acordo com Vera Andrade (2015), diametralmente oposta. A sua função real – e essencial – é, assim, de dar legitimidade à violência institucional operada pelas agências do sistema penal, ao atuar no último filtro – o Judiciário – por meio de um discurso supostamente racional e científico, que permite encobrir a altíssima seletividade do sistema, inclusive a seletividade operada pelo próprio Judiciário.

Nesse sentido, é relevante pontuar que a questão racial e o racismo são eixos centrais que orientam a prática concreta de exercício do poder punitivo, mas que são constantemente escamoteadas pelo mito da aplicação igualitária da lei. Neste trabalho, por exemplo, não foi possível trazer a raça como uma variável de análise porque este não é um elemento que aparece nos processos judiciais brasileiros. Entretanto, ao se trabalhar com os processos de criminalização na realidade brasileira não é possível ignorar que o racismo é um eixo central, permitindo inclusive falar em uma “política genocida do Estado brasileiro”, como propõe Ana Flauzina (2008). Além disso, falando especificamente de Salvador esta realidade é ainda mais evidente: cidade de 80% de população negra, com uma população prisional composta de 87% de pretos e pardos, ignorar esta questão não é possível. Assim é que a todo o momento resgataremos a questão.

A dogmática é assim – longe de um saber neutro e desvinculado do poder – um saber necessário à legitimação do poder punitivo. Assim é que, por meio de uma suposta neutralidade, que inclui ignorar os dados sociais, a dogmática consegue legitimar a atuação seletiva do direito penal – sob um manto da suposta igualdade de aplicação da lei –, ignorando os aspectos de criminalização primária e secundária, sob a ontologização da “criminalidade”. Além disso, encobre as funções positivas cumpridas pelo poder punitivo, destacando apenas as funções repressivas. Compreende-se, assim, a partir de Foucault (1987) que a justiça penal cumpre a função não de reprimir as ilegalidades, mas de geri-las diferencialmente.

Essa gestão diferencial das ilegalidades permite a imposição de certos valores caros à classe dominante daquela sociedade. Como pontua Baratta (2003): “o sistema de justiça criminal da sociedade capitalista serve para disciplinar despossuídos, para constrange-los a aceitar a ‘moral do trabalho’ que lhes é imposta pela posição subalterna na divisão do trabalho” (p. 15). Desse modo, o garoto sem casa, sem profissão formal – vivendo de bicos e, portanto, sem “uma individualidade devidamente fixada”, apresentado por Foucault em “Vigiar e Punir” (1987. p. 255), é condenado a dois anos de prisão por vadiagem na França do século XIX. No Brasil do século XXI, em uma das decisões estudadas, a prisão se fundamenta essencialmente no fato de o réu não possuir “ocupação lícita”, “vivendo às custas da parca pensão da sua genitora que ainda arca com as despesas da sobrevivência da sua companheira e de sua filha menor”. O/a juiz/a¹¹ ainda vai além ao afirmar que:

Diga-se que dos autos de prisão em flagrante resta evidenciado (...) ser o flagranteado pessoa sem a menor tendência para a cadeia produtiva de forma legal, não tendo disposição para o trabalho com tendência a pratica da vadiagem, mesmo gozando de boa saúde física e mental, reunindo condições de ser pessoa de capacidade produtiva útil e lícita. (Processo n.0564534-87.2014.8.05.0001 [decisão proferida em 08/08/2014 pelo/a juiz/a U]).

Fica evidenciado aqui o incômodo do/a magistrado/a com a pretensa “tendência à vadiagem” daquele que possuindo “boa saúde física e mental” reuniria “condições de ser pessoa de capacidade produtiva útil e lícita”. O jovem V.V.S.O.¹², então com 19 anos à época da decisão, morador do bairro da Liberdade em Salvador, não possui “tendência para a cadeia produtiva” na visão do/a magistrado/a. Não possui trabalho ilícito e vive às custas da “parca pensão da sua genitora”. Foi preso com 3,62 gramas de crack no bairro onde mora, alegando – em interrogatório policial – ser usuário da substância. Ao fim do processo, foi condenado a uma pena de prisão de 01 ano e 08 meses, em regime aberto, convertida em duas penas restritivas de direito¹³, “na busca da reintegração do sentenciado à comunidade e como forma de lhe prover a auto estima e compreensão do caráter ilícito de sua conduta” (trecho da sentença).

Não sabemos o que o/a juiz/a, neste caso, julga ser uma atividade “produtiva útil e lícita” para V.V.S.O. Qual trabalho deve cumprir V.? Possivelmente algo que lhe pague um salário mínimo e que lhe confira um padrão de vida que o/a magistrado/a julga adequado a um garoto pobre – e talvez negro – morador do bairro da Liberdade. Temos, nesse caso, a criminalização da “vadiagem” e da pobreza em essência. Se V. respondeu a todo o processo preso por não comprovar uma “ocupação lícita”, Vera Batista (2003) assinala conclusão semelhante ao estudar a criminalização da juventude pobre do Rio de Janeiro na segunda metade do século XX: o “olhar moral” lançado pelos juizes sobre esses jovens condicionava a aplicação – ou não – da liberdade assistida, demonstrando “não ser a liberdade assistida medida

¹¹ Conforme já afirmado não temos interesse neste trabalho em condenar determinada postura de juiz A ou B, mas sim discutir a postura do judiciário em um panorama mais geral. As decisões ora estudadas foram proferidas por 30 juizes diferentes e apenas para deixar claro que os trechos selecionados foram proferidos por magistrados distintos (e evidenciar que são posturas que se repetem no judiciário não sendo a atuação de apenas um juiz fora do padrão), identificaremos eles por letras. A referida decisão, por exemplo, foi proferida pelo/a juiz/ U.

¹² Embora nas decisões e sentenças conste o nome do réu, aqui optou-se por referenciá-los por meio de siglas de modo a diminuir a sua exposição.

¹³ Os dados sobre o réu, local da prisão, a quantidade de drogas e a condenação foram obtidos na sentença.

jurídica para determinado tipo de ato infracional, mas, sim, medida de controle social para setores sociais explicitamente determinados” (p. 120).

E se a polícia assume protagonismo nesse contexto diante de seu papel de vigilância e fiscalização, e, portanto, seleção, também os juízes “são os empregados, que quase não se rebelam, desse mecanismo” contribuindo – de forma nada desprezível – “na medida de suas possibilidades a constituição da delinquência, ou seja, a diferenciação das ilegalidades” (FOUCAULT, 1987. p. 248), pois, se os juízes não podem cumprir seu papel de maneira neutra, é certo que em sua atividade criadora poderão contribuir ou não com a reprodução do status quo.

Tal atividade parece encontrar ainda mais espaço nos dois objetos aqui recortados: “a vagueza e ambiguidade” que caracterizam a lei de drogas, são preenchidas pelo Judiciário “por punitividade” (CARVALHO, 2015. p. 632). Se as cinco condutas tipificadas no art. 28 se repetem no art. 33, cabe aos juízes formularem as regras limitadoras que permitirão fazer uma diferenciação entre o usuário e o traficante. E essa diferenciação será orientada pela pré-compreensão e pela representação que os intérpretes-atores (policial, promotor ou juiz) têm sobre *quem é o traficante e quem é o usuário* de drogas (CARVALHO, 2015. p. 633).

Além disso, as prisões cautelares, por exigirem menos critérios formais para a sua aplicação que uma sentença condenatória, dão ampla margem de atuação arbitrária ao Judiciário. Diversos são os elementos “não-jurídicos” que orientam essa atividade criadora dos juízes e, dentre eles, os estereótipos tem um papel central. Desde a seleção operada pela polícia e legitimada judicialmente pela vaga e recorrente afirmação de “atitude suspeita” – e que conforme aponta Vera Batista (2003) “não é atributo de ‘fazer algo suspeito’ mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social” (p. 103) – até a própria atividade judicial.

A escolha das decisões interlocutórias como objeto deveu-se justamente pela compreensão de que esse *second code* tem mais espaço para aparecer justamente nas decisões, mais que nas sentenças. Nas decisões interlocutórias é possível ver mais elementos explícitos “não-judiciais” que fundamentam a segregação cautelar; obviamente muitos deles apareceram também nas sentenças, mas estas, ao contrário das decisões decretadoras/mantenedoras de prisão, são menos porosas e exigem um maior rigor formal.

Desse modo, optou-se aqui por estudar qual o fundamento da prisão cautelar – dentre aqueles previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – fundamentava a decisão e quais as definições seriam dadas a cada um desses fundamentos. A partir desses eixos foi possível construir a argumentação apresentada no próximo tópico.

Assim que, a partir de indícios, sinais, vestígios, discursos encontrados no objeto empírico – as decisões judiciais nas varas de tóxicos – tentou-se ampliar um pouco a compreensão sobre funções reais cumpridas pelas prisões antecipadas, fazendo as interligações possíveis entre uma análise micro e um horizonte teórico mais amplo.

“A prisão preventiva ‘é uma dessas dolorosas necessidades sociais perante as quais somos forçados a nos inclinar’”¹⁴

*O Periculum Libertatis e os “Riscos dos Indiciados à Ordem Pública”*¹⁵

O sistema processual penal brasileiro estabelece como requisito da prisão preventiva o *fumus commissi delicti*, ou seja, a prática de um fato aparentemente criminoso que, articulado com a justa causa, deverá estar fundamentado em algum suporte probatório. Além disso, estabelece como fundamento da medida o *periculum libertatis*, “o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo” (LOPES JR., 2013, p. 836), que o artigo 312 do CPP estabelece como sendo os casos nos quais seja necessário garantir a ordem pública, garantir a ordem econômica, para conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Se as prisões cautelares funcionam como pena antecipada, parece que alguns elementos presentes na própria legislação brasileira ajudam a potencializar essa função. É o que ocorre com a famigerada “garantia da ordem pública”. Pelo seu alto grau de indeterminação, vagueza e abertura – e sem função instrumental sequer aparente – surge, então, como “o fundamento preferido” (LOPES JR., 2013, p. 836) nas decisões judiciais estudadas. No universo aqui trabalhado (de 183 decisões¹⁶), a garantia de ordem pública foi usada como fundamento em 152 decisões; nelas eventualmente apareceram os demais fundamentos do art. 312. Nas outras 31 decisões a manutenção da prisão baseava-se em dois eixos: ou alegação de “não haver excesso de prazo” na prisão, ou a afirmação de “não haver fatos novos” em relação à decisão anterior, ou seja, o art. 312 do CPP não foi mencionado. Aqui a análise a ser feita é relativa não aos que os discursos jurídicos professam, mas essencialmente o que eles deixam de dizer: a manutenção de alguém preso ainda sem qualquer forma de condenação (muito menos uma “transitada em julgado” como estabelece a Constituição) pode ser realizada com um parágrafo que pouco ou nada diz. Não há necessidade de efetivamente se fundamentar aquela decisão.

Os demais fundamentos presentes no art. 312 – a conveniência da instrução criminal e a asseguaração da aplicação da lei penal¹⁷ – apareceram, mas foram utilizados poucas vezes e sempre em conjunto com o coringa “garantia da ordem pública”, conforme já dissemos. A conveniência da instrução criminal apareceu como fundamento 24 vezes e a garantia da aplicação da lei penal 28 vezes. Embora ambas sejam aparentemente revestidas da suposta função instrumental necessária às medidas cautelares, também foram utilizadas nas decisões de forma vaga e sem fundamentação adequada.

Se, em tese, a garantia de aplicação da lei penal exige risco concreto de fuga, os juízes pouco ou nenhum esforço fizeram para demonstrar haver esse risco efetivo. Apenas em um caso, em que o réu era

¹⁴ Processo n. 0565186-07.2014.8.05.0001 (Decisão proferida no processo apenso n. 0337775-70.2014.8.05.0001, em 10/10/2014, pelo/a juiz/a C).

¹⁵ Processo n. 0554281-40.2014.8.05.0001 (Decisão proferida em 27/08/2014 pelo juiz/a E).

¹⁶ Já que, como afirmado, do total de 203 réus (todos aqueles que passaram todo o processo em 1ª instância presos), foram encontradas decisões em relação a 183 réus.

¹⁷ O fundamento “garantia da ordem econômica” é utilizado como fundamento apenas em crimes que violem a ordem econômica.

estrangeiro, o juiz buscou discorrer sobre o fundamento de garantia de aplicação da lei penal¹⁸. Em um outro caso, o fato de dois dos réus do processo estarem foragidos é considerado pelo juiz como razão suficiente para a utilização deste fundamento em relação aos demais réus¹⁹. Nos demais casos, entretanto, não houve qualquer preocupação em explicar qual seria o risco concreto de não aplicação da lei penal – em caso de condenação – como uma real possibilidade de que o réu fugisse do país, por exemplo.

Por outro lado, também a conveniência da instrução criminal exige que se apontem as razões para que se possa dizer que o réu em liberdade colocaria em risco a instrução criminal. Nesse caso, os juízes utilizaram esse fundamento com argumentos vagos como “a instrução criminal sequer foi iniciada”²⁰ ou “Registre-se que nenhuma prova fora judicializada, até então, sendo certo que a liberdade prematura do réu poderia, também, comprometer a lisura e a higidez da instrução criminal”²¹. Também “os vínculos seguros que o flagranteado possui com o tráfico”²² foi um argumento utilizado para afirmar que a instrução criminal poderia restar obstaculizada.

O argumento de não haver comprovação nos autos de que os réus possuem “trabalho lícito” e “residência fixa” também foi utilizado para embasar a decretação prisional, sob o manto da “garantia da instrução criminal”, supostamente porque nesses casos haveria o “risco” de que o réu não participasse da instrução (como se essa participação fosse obrigatória...). Destaque-se que em uma cidade como Salvador conhecida como a “capital do desemprego”²³ e que possui a segunda maior taxa nacional em “aglomerados subnormais” (26%)²⁴, temos uma norma que impõe a criminalização da pobreza em essência.

Assim, mesmo nos casos em que se utilizaram fundamentos “instrumentais” em relação ao processo – a tutela da prova e garantia da aplicação da lei – a ampla margem de discricionariedade concedida aos juízes nesse momento processual, os autorizaram a utilizar tais argumentos de forma vaga. Sob o manto de um suposto tecnicismo legal, temos uma decisão previamente tomada – independentemente de qual será o fundamento legal utilizado – em que parecem imperar elementos muito mais “subjetivos”, tais como a “extensão da folha de antecedentes do réu” ou a “repugnância que determinado delito (em si) provoca no espírito do juiz” (BRUM, 1980. p. 72).

¹⁸ Processo n.0561136-35.2014.8.05.0001 (Decisão proferida no processo apenso n. 0332347-10.2014.8.05.0001, em 04/09/2014, pelo/a juiz/a U).

¹⁹ Processo n. 0347993-60.2014.8.05.0001 (decisão proferida em 07/04/2015, pelo/a juiz/a D).

²⁰ Processo n. 0542750-54.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0325922-64.2014.8.05.0001, em 20/11/2014, pelo/a juiz/a H).

²¹ Processo n. 0570309-83.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0570309-83.2014.8.05.0001, em 24/02/2015, pelo/a juiz/a H).

²² Processo n.0564534-87.2014.8.05.0001 (decisão proferida em 08/08/2014 pelo juiz U).

²³ Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/blogs/blog-da-garota/o-drama-dos-sem-trabalho-em-salvador-a-capital-do-desemprego/>. Acesso em 20.06.16. Salvador apresenta historicamente algumas das mais altas taxas de desemprego e de trabalho informal do país. Em pesquisa recente divulgada pelo IBGE, entretanto, a capital baiana passou a ocupar o segundo lugar com 17% de pessoas desocupadas procurando emprego, atrás de Aracaju que possui uma taxa de 18,3%. A média nacional é de 11,8%. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/161219_cc33_mercado_trabalho.pdf

²⁴ A cidade só fica atrás de Belém que possui uma taxa de 53%.

Entretanto, a “garantia de ordem pública” é o fundamento preferido na grande maioria das decisões, o que evidencia a extrema porosidade do conceito que se presta a fundamentar casos bastante distintos. Essa porosidade é muitas vezes reconhecida pelos juízes que buscam formular conceitos que preencham o vazio da expressão “ordem pública”. Assim, após a leitura cuidadosa das 152 decisões, concluiu-se que esse trinômio poderia na verdade ser organizado em dois grandes eixos: o primeiro incluiria as ideias de “evitar a reiteração criminosa”, periculosidade e “prática contumaz de delitos”, todos voltados, assim, para um direito penal do autor, importando muito mais quem é o réu do que a conduta a ele imputada.

Um segundo eixo abarcaria, por sua vez, tanto a “gravidade da infração” como a “repercussão social” desse mesmo crime, pois notou-se que, ao menos em relação ao delito de tráfico, ambas as questões são diretamente interligadas como fundamentos. A gravidade – abstrata – do crime aparece comumente ligada à “insegurança e indignação” que traz “ao meio social”, porque aqui tanto o abalo social quanto a gravidade do crime são considerados de forma abstrata e não relativa ao caso concreto. Estas se referem, portanto, aos sentimentos trazidos pelo delito de tráfico de drogas abstratamente considerado e a suposta repercussão negativa que causa no meio social. Com base nesses dois eixos nos foi possível o aprofundamento da análise, apresentado a seguir.

Evitando a reiteração criminosa: a periculosidade e a prática contumaz de delitos

Conforme acima observado, a garantia de ordem pública nas decisões analisadas se articula essencialmente sob dois eixos. O primeiro liga-se diretamente ao réu em si mesmo considerado – e não ao fato supostamente por ele cometido –, o que permite evidenciar que se a lei prevê formalmente um direito penal do fato, na prática dos decretos prisionais parece sobressair um direito penal do autor. De acordo com Zaffaroni, Batista et al (2011) este “direito penal supõe que o delito seja sintoma de *um estado do autor*, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais” (p. 131). Esse primeiro eixo apareceu como definição de ordem pública em 133 decisões; em 90 conjuntamente com a ideia de tráfico abstratamente considerado e em 43 como a única definição. Um dos magistrados, inclusive, pontua que:

A expressão ‘ordem pública’ pode trazer, em si mesma, características de generalidade, subjetividade e abstração, a depender de como é empregada no seu contexto. Porém, não é essa a situação do presente feito, já que a necessidade da medida constritiva, ora impugnada, foi firmada com base em situações que revelaram a periculosidade do agente, e não por afirmações vagas, impressões pessoais ou suposições inconsistentes. (Processo n. 0543470-21.2014.8.05.0001 [decisão proferida em 20/10/2014 pelo/a juiz/a G])

Embora em um Estado que se diz Democrático de Direito o direito penal se apresente – em suas funções declaradas – como um direito penal do ato (o que significa dizer que o seu desvalor se esgota no próprio ato ilícito), ao menos em relação às prisões cautelares temos a explicitação de um modelo em que “o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde [sic] verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor” (ZAFFARONI, BATISTA et al, 2011. p. 131). Esse indivíduo apresenta-se em estado de periculosidade e é preciso contê-lo.

É importante destacar que, embora aparentemente incompatíveis, a racionalização e codificação modernas do saber penal serão rapidamente seguidas pela preocupação com a individualização da pessoa criminosa a partir do desenvolvimento da Criminologia Positivista. De acordo com Foucault (1987), no final do século XVIII as “formas de individualização antropológica estavam (...) se constituindo de maneira ainda muito rudimentar” (p. 91). É só no século XIX que a individualização da pena baseada na pessoa concreta do criminoso encontrará sua forma mais acabada na Criminologia Positivista.

Isso nos leva a concluir que não há incompatibilidade entre o direito penal moderno – supostamente orientado para ser um direito penal do ato – e um direito penal que – orientado pela criminologia positivista – entenda que o desvalor do ato revela na realidade um desvalor do autor. A seletividade do sistema penal, não é assim, conjuntural, mas estrutural aos sistemas penais. Também não parece ser um problema de má atuação policial e judicial e encontra guarida no próprio saber penal.

A ideia de “periculosidade” é desenvolvida pelos criminólogos positivistas (o termo será cunhado por Garófalo, mas a ideia será também extensamente desenvolvida por Ferri) a partir das construções de Cesare Lombroso. Formulada no século XIX, entretanto, a “periculosidade” permanece nas mentalidades dos atores jurídicos e na legislação. Ele é fundamento nas medidas de segurança aplicáveis aos inimputáveis, e embora no sistema penal conferido aos imputáveis não possa ser fundamento da pena, foi fartamente utilizado como definição de ordem pública nas decisões ora estudadas.

Em 47 decisões o termo “periculosidade” apareceu expressamente ou ainda “perigosidade” (04 decisões). Mesmo quando não apareceu de maneira expressa, entretanto, a ideia de que o réu possui “comportamento voltado à prática de crimes” (termo que apareceu 14 vezes) ou que a “conduta, no dia do crime, não foi algo isolado” (10 vezes), ou ainda de que possuiria uma “personalidade delitiva” (06 vezes) apareceram reiteradamente. Há, então, de maneira reiterada uma “periculosidade presumida” que, conforme afirma Zaffaroni (2011), é prática comum nos sistemas penais latino americanos, embasando o largo uso das prisões cautelares.

Não é possível ignorar o quanto dos elementos não apenas de classe, mas também racial devem estar ligadas a tal definição, pois, conforme afirmou Zaffaroni (2011), a “periculosidade” é “cônjuge inseparável e legítimo do racismo” (p. 54). Ao estudar a construção do “suspeito” na atividade policial, por exemplo, Duarte et al (2014) enfatizam que os marcadores de classe e raça são centrais para a distinção de quem será ou não considerado suspeito, ou de forma mais direta, “morar na periferia, ser negro e pobre já é suspeito” (SILVA, 2000. p. 117).

E se a polícia cumpre um importante papel de seleção concreta dos sujeitos “perigosos” nas ruas através [sic] da “atitude suspeita”, o Judiciário cumpre a função de legitimar tal medida ao negar “a possibilidade de observar os padrões cotidianos de violência” (DUARTE et al, 2014. p. 111) e ao permitir amplos espaços de discricionariedade conferidos por termos vagos e ambíguos. Vale destacar ainda que um “modelo de convivência entre padrões jurídicos ambíguos (liberais e autoritários) (...) decorre de uma historicidade concreta do controle social em que o racismo institucional é um elemento central das políticas públicas empreendidas pelo Estado” (DUARTE et al, 2014. p. 111).

Na cidade de Salvador, cidade de 80% de população negra, a situação em definitivo não pode ser ignorada, mas deve ser considerada um eixo estrutural na análise das políticas criminais. Nesse sentido, Vilma Reis (2005) afirma que na capital baiana:

raça parece ter um forte impacto na implementação das políticas de segurança pública, uma vez que a maioria das vítimas das ações violentas do Estado e de grupos tolerados pelo Estado, denominados em alguns estudos internacionais de paramilitares, tem sido jovens-homens-negros (p. 65).

A ideia de que a existência de “sérios indícios de que se tratam de pessoas com comportamento voltado à prática de tráfico de drogas (...) não só autoriza, como determina a custódia cautelar” permeou diversas decisões²⁵. Os magistrados passam a ideia de que estariam cumprindo uma obrigação em manter o réu preso, vez que “se solto, o segregado estará exposto aos mesmos estímulos que o fizeram delinquir”²⁶. Em determinada decisão o decreto prisional é fundamentado no seguinte argumento:

Cabe salientar que nenhuma das medidas cautelares recentemente introduzidas em nosso ordenamento jurídico teria eficácia em face do crime de tráfico de entorpecentes, por consistir este em negócio altamente rentável, sendo improvável que o requerente, em liberdade, deixasse de exercer tal nefasta atividade comercial. (Processo n. 0300119-45.2013.8.05.0250 [decisão proferida no processo apenso n. 0303306-95.2012.8.05.0250, em 18/12/2012, pelo/a juiz/a Z1]).

Neste caso, o réu V.J.G. foi parado por uma suposta “atitude suspeita” na localidade conhecida como “invasão do Iraque” no município de Simões Filho (região metropolitana de Salvador) e, revistado, teria sido encontrado com ele, de acordo com a polícia, 7 cigarros de maconha, 28g de maconha prensada, 12 papélotes de cocaína (com 2,5g cada) e 11 pedras de crack, além de “de R\$ 364,00 (trezentos e sessenta e quatro reais) em dinheiro, cinco aparelhos de telefone celular, uma caderneta com anotações sobre venda de drogas, dentre outros objetos de valor, como pulseira, anel e óculos de sol”. Destaca o Ministério Público:

que, não só a quantidade de droga apreendida e a forma de sua embalagem, como também a diversidade e o fato de terem sido encontrados, juntamente com a droga, dinheiro e outros objetos de valor, os quais são normalmente de origem ilícita, transformados em moeda de troca por usuários e dados como pagamento pelas drogas, são indicativos da venda de drogas pelos denunciados.

Ao fim do processo, foi condenado a uma pena de prisão de 01 ano e 10 meses, em regime aberto, convertida em duas penas restritivas de direito²⁷. A prisão ao longo de todo o processo (02 anos e 06 meses) foi mantida por ser o tráfico um negócio altamente rentável, “sendo improvável que o requerente, em liberdade, deixasse de exercer tal nefasta atividade comercial”. São os “difíceis ganhos fáceis” de que falou Vera Batista (2003. p. 127): para o “menor” que se sentia “atraído por uma vida de ganhos fáceis”, “mais um ano de prisão e mais dois anos de liberdade assistida”. Para V.J.G. o “negócio altamente rentável” que dificilmente deixaria de exercer, lhe garantiu mais de dois anos de prisão cautelar.

²⁵ Ao menos em 13 decisões essa frase apareceu nesses exatos termos.

²⁶ Processo n. 0551709-14.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0545055-11.2014.8.05.0001, em 09/12/2014, pelo/a juiz/a G).

²⁷ Os dados sobre o réu, local da prisão, a quantidade de drogas e a condenação foram obtidos na sentença; não foi encontrada na sentença ou decisão uma qualificação mais detalhada do réu.

Em outra decisão temos o seguinte trecho bastante emblemático:

No aspecto pessoal, os históricos dos conduzidos mostra processos criminais anteriores, ainda em andamento, denotando, para a maioria deles, que apesar de conduções pretéritas ainda não adequaram seu modo de viver à sociedade, sendo, pois, amplamente descabidas meras medidas cautelares como alternativa à prisão. (Processo n. 0520455-23.2014.8.05.0001 [decisão proferida no processo apenso n. 0310850-37.2014.8.05.0001, em 24/03/2014, pelo/a juiz/a S).

No caso acima, apesar do histórico de processos criminais anteriores e “de conduções pretéritas” –, os réus ainda “não adequaram seu modo de viver à sociedade”. Como poderia esses réus adequarem seu “modo de viver à sociedade”? Aqui o magistrado está falando apenas da atividade criminal ou essa adequação vai além disso? E ainda: é papel do Judiciário impor a alguém um modo de viver? Conforme destaca Brum (1980) na decisão proferida por um juiz “influirão sua formação jurídica, suas crenças políticas e religiosas, seu caráter e temperamento, sua condição econômica e os interesses dos grupos sociais com os quais se identifica” (p. 09). O “modo de viver”, portanto, está violado aos olhos do juiz e a única solução possível (já que todas as outras são “amplamente descabidas”) é a imposição da prisão cautelar. É a neutralização dos indesejáveis.

Em outra decisão temos um réu que destoa da maioria: L.A.B.X., então com 24 anos, era universitário e morava em um bairro de classe média alta de Salvador (Stella Maris)²⁸. Para o/a juiz/a, entretanto: “foi possível vislumbrar uma acentuada gravidade na conduta, vez que, malgrado seja universitário e receba pensão do seu genitor, inclinou-se ao cometimento de delito.” Assim, o réu que tendo condições de “adequar seu modo de viver à sociedade” – vez que universitário e tendo um pai que o sustente –, não o fez (inclinando-se ao cometimento do delito), merece ficar preso, ainda que apenas de maneira provisória, uma vez que L.A.B.X. foi condenado a uma pena restritiva de direitos. Vale lembrar que aqui, este magistrado não vê problema que L. seja sustentado por seu genitor, enquanto isso foi uma das razões para a manutenção de V.V.S.O. (morador de um bairro popular) em prisão preventiva.

Em outra decisão, temos um decreto prisional fundamentado em uma suposta demonstração de “falta de temor a lei penal e sentimento de impunidade” por parte do acusado que “visando lucro com a atividade criminosa de mercancia de entorpecentes” sobrevivia “da desgraça alheia sem o mínimo de sensibilidade com a destruição moral e material de seus semelhantes”²⁹.

Nesse caso, A.L.S.C.C. foi preso também em “atitude suspeita”, em local que, de acordo com a polícia, é conhecido como “sendo frequente a prática de pequenos delitos”. *Próximo a ele* – “em uma área circunferente onde eles estavam”, de acordo com o testemunho policial – foram encontradas 46g de crack, 21g de maconha e 200 reais. Ao final do processo, as frágeis provas colacionadas aos autos não foram suficientes para sustentar uma condenação e o réu foi absolvido. No entanto, ele passou 09 meses em prisão cautelar – todo o tempo de duração do processo – e foi uma prisão imposta por uma visão moralista do j

²⁸ Processo n. 0532088-31.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0548670-09.2014.8.05.0001, em 11/09/2014, pelo/a juiz/a I).

²⁹ Processo n. 0550670-79.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0330608-02.2014.8.05.0001, em 26/08/2014, pelo/a juiz/a U).

uiz sobre o delito de tráfico e o acusado que, supostamente, sobrevivia “da desgraça alheia sem o mínimo de sensibilidade com a destruição moral e material de seus semelhantes”.

É comum aparecer o “comportamento voltado à prática delitiva” – e frases relacionadas -, tendência esta geralmente “comprovada” por meio de outras ações penais – sem trânsito em julgado – ou “notícias” – em geral, por parte da polícia – de que o acusado é envolvido com o tráfico de drogas ou outros crimes. Os juízes muitas vezes reconhecem de maneira expressa que outras ações penais não transitadas em julgado não podem ser levadas em conta para “exasperar a pena”, para logo em seguida afirmarem que, por outro lado podem sim ser considerados para “eventual receio concreto de reiteração delitiva”³⁰.

“Evitar reiteração criminosa/delitiva”, inclusive, é um dos termos recorrentes em número de aparecimento nas decisões como definição de “garantia de ordem pública”, presentes em 83 decisões. Em geral, por terem outras ações penais – normalmente em aberto – ou por terem confessado em delegacia atuar com o tráfico de drogas, aos réus é atribuída esta “inclinação à criminalidade”³¹, que necessita ser contida por meio da prisão cautelar, como revela, por exemplo, a decisão a seguir:

Em se tratando de prisão preventiva destinada à garantia da ordem pública, cuida-se de medida que obsta a prática de novos crimes, quer porque o indivíduo é propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. (Processo n. 0526366-79.2015.8.05.0001 [decisão proferida em 25/04/2015 pelo/a juiz/a Z6]).

Nesse caso, R.V.M. foi perseguido por policiais depois que uma “denúncia anônima” alertou para ocorrência de prática de tráfico de drogas na região de Periperi – bairro popular na região do subúrbio ferroviário em Salvador – e por isso eles o seguiram até uma residência. Lá, dentro de um urso de pelúcia, foram encontradas 50g de maconha. A defesa sustentou a nulidade das provas colhidas, obtidas ilegalmente após a – suposta? – violação de domicílio, argumentação não acolhida pelo juiz. Segundo o magistrado, nesse caso, estava clara a situação de flagrante, afinal porque um jovem pobre correria ao ser perseguido pela polícia? No fim do processo, o réu foi condenado a uma pena de prisão de 01 ano e 08 meses, em regime aberto, convertida em duas penas restritivas de direito³². Ficou preso, entretanto, por mais de 06 meses, porque em liberdade “encontraria os mesmos estímulos” para “delinquir” novamente.

Em outra decisão, temos que “o requerente não é nenhum neófito no mundo da marginalidade, eis que responde a outras duas ações penais por porte ilegal de arma, demonstrando sua periculosidade, audácia e temibilidade social”³³. Neste caso, A.B.C. foi parado em uma motocicleta portando 16 porções de maconha (que ele alegou ser para uso próprio), um revólver (que ele alegou não estar com ele no momento

³⁰ Processo n. 0542750-54.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0325922-64.2014.8.05.0001, em 20/11/2014, pelo/a juiz/a H).

³¹ Processo n. 0561324-28.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0334071-49.2014.8.05.0001, em 10/12/2014, pelo/a juiz/a H).

³² Os dados sobre o réu, local da prisão, a quantidade de drogas e a condenação foram obtidos na sentença.

³³ Processo n. 0542750-54.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0325922-64.2014.8.05.0001, em 20/11/2014, pelo/a juiz/a H).

da prisão) e 21 reais. O fato de possuir duas ações penais e não ter parado quando demandado pela polícia aparecem para o magistrado como prova incontestável da sua “periculosidade” e “temibilidade social” e os antecedentes criminais (duas ações penais *em curso*) garantem ao juiz que este “não é nenhum neófito no mundo da marginalidade”. Ao final do processo (depois de 09 meses preso), A.B.C. foi absolvido em relação ao tráfico de drogas, tendo sido condenado a 03 anos pelo porte ilegal de arma, pena de prisão esta substituída por pena restritiva de direito.

Em outro caso, temos o réu J.H.S.S., cujo o fato de responder uma outra ação penal por tráfico demonstra, para o/a juiz/a que o réu possui “péssima conduta social e a prática delitiva contumaz” e a necessidade da prisão se mostra clara vez que o acusado possui “uma vida anteacta prenha de deslizes”³⁴. Ao fim do processo J.H.S.S foi absolvido, após quase 11 meses de prisão.

Já sobre outro réu que responde a três ações penais de homicídio concluiu-se que “tais elementos constroem o liame necessário para se evidenciar que o acusado não possui qualquer autodeterminação ou freio inibitório, sendo excessivamente perigoso ao meio social”³⁵. B.R.C apreendido com “pequena quantidade de maconha” (nem a decisão nem a sentença especificam a quantidade exata) teve a conduta desclassificada para aquela do art. 28 (uso de drogas), após 10 meses de prisão.

Os juízes, assim, têm claramente estabelecida “uma linha divisória entre o mundo da criminalidade – composta por uma ‘minoría’ de sujeitos potencialmente perigosos e anormais – e o mundo da normalidade – representada pela ‘maioría’ na sociedade.” (ANDRADE, 2015. p. 74). Essa minoria “anormal” revela ainda mais sua periculosidade quando já dentro do sistema criminal – seja respondendo outro processo em liberdade, seja em livramento condicional – reitera – ainda que supostamente – a conduta delitiva. Em uma decisão, o fato de o réu ter sido preso por suposta prática de tráfico de drogas, enquanto em liberdade condicional, é confirmação de que é uma pessoa “perigosa e temível socialmente, sem qualquer freio inibitório”³⁶. Em outra, o fato de o réu ter sido preso “pouco mais de um mês de haver cumprido medida socioeducativa” é utilizado como elemento para mantê-lo preso³⁷.

No primeiro caso, A.C.S, depois de 10 meses preso, foi condenado a uma pena de 06 anos e 03 meses em regime semiaberto; no segundo E.M.V., depois de quase 08 meses preso, teve a pena de prisão convertida para uma pena restritiva de direitos. Em ambos os casos, uma condenação se mostrou mais benéfica que um processo criminal.

³⁴ Processo n. 0562537-69.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0509450-67.2015.8.05.0001, em 01/04/2015, pelo/a juiz/a H).

³⁵ Processo n. 0561324-28.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0334071-49.2014.8.05.0001, em 10/12/2014, pelo/a juiz/a H).

³⁶ Processo n. 0570309-83.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0570309-83.2014.8.05.0001, em 24/02/2015, pelo/a juiz/a H).

³⁷ Processo n. 0525825-46.2015.8.05.0001 (decisão proferida em 22/07/2015 pelo juiz F).

Baratta (2003) afirma que ideias como “Recuperação, ‘ressocialização’, ‘reeducação’ são eufemismos que escondem objetivos e instrumentos de contenção social claros e explícitos em sua seletividade” (p. 21). Assim, a ideia de “evitar a reiteração criminosa” parece entrever a uma outra: de que aquela pessoa não adequou seu modo de viver à sociedade, como afirmado por um dos magistrados, e, portanto, precisa ser neutralizada e contida.

De acordo com Foucault (1987) é a partir do fim do século XVIII que a reincidência “tende a tornar-se uma qualificação do próprio delinquente, susceptível de modificar a pena pronunciada” (p. 91), assim, “através [sic] da reincidência, não se visa o autor de um ato definido pela lei, mas o sujeito delinquente, uma certa vontade que manifesta seu caráter intrinsecamente criminoso” (p. 91). Zaffaroni (2011) aponta que: “(...) a segurança com relação à nossa conduta futura, como se sabe, não é nada além de um pretexto a mais para legitimar o controle social punitivo” (p. 21).

Baratta (2003) observa criticamente em sua materialidade que o direito penal do fato sempre carrega elementos do direito penal do autor, que por meio de estereótipos bem definidos. O que move a ação do sistema penal assim “não é propriamente a realização do delito descrito pelas leis ou a defesa dos bens jurídicos, mas o controle ou a destruição dos grupos mais pobres da população, aqueles percebidos e definidos como ‘classes perigosas’” (p. 16). De acordo com Nilo Batista “a invenção, no final daquele século [XIX], da periculosidade criminal e de sua resposta – as medidas de segurança – seria a melhor demonstração de que, para os medos burgueses, existe crime além da lei. (BATISTA, 1996. p. 68)

Assim, embora hoje as medidas de segurança restrinjam-se aos inimputáveis (com o fim do sistema duplo-binário em 1984), as prisões cautelares representam uma outra permanência deste “crime além da lei” como resposta aos “medos burgueses” de que fala Nilo Batista. Quando as prisões cautelares encontram o delito de tráfico de drogas com sua “multiplicidade de verbos” e todo o pânico criado pela mídia no senso comum o campo de arbítrio fica ainda mais ampliado.

Tráfico, medo e violência: “o fato noticiado nos autos é de extrema gravidade (...) causando o aumento da violência e a destruição de inúmeras famílias pelo vício por ele estimulado”³⁸

Afirmações como a que aparece no título deste tópico foram bastante comuns nas decisões estudadas e compõem o que nomeamos de segundo eixo de definição da garantia de ordem pública nas decisões estudadas. O tráfico de drogas – abstratamente considerado -, a violência que gera, os delitos que estimula e o abalo social que causa foram argumentos que apareceram em 108 das 152 decisões estudadas (em 90 conjuntamente com a periculosidade e em 18 como a única definição de ordem pública).

O que foi possível observar é que muitas vezes o caso concreto não é tão importante quanto o “pânico social” causado pelo tráfico *em geral*. Embora, algumas vezes, também seja feita referência à

³⁸ Processo n. 0520980-68.2015.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0307547-78.2015.8.05.0001, em 19/03/2015, pelo/a juiz/a P).

situação concreta – aparecendo como fundamento “as circunstâncias da prisão” e a “quantidade de drogas” –, essa aparece de forma vaga, merecendo pouco aprofundamento por parte do juiz. Por outro lado, quando o assunto é o “tráfico de drogas” que “ceifa vidas”, “alicia jovens” e “estimula a prática de outros crimes” – frases repetidas reiteradamente e, em geral, sem ligação com os casos concretos – parece haver muito o que ser dito.

O tráfico de drogas hoje se tornou o “carro-chefe” da política criminal de drogas no país, situação que, entretanto, vem se construindo desde meados da década de 1960. Apresentando um apanhado de visões de juristas deste período acerca do “problema das drogas”, Nilo Batista (1998) afirma que: “a produção jurídico-penal daquela conjuntura absorveu a ideia de que a generalização do contacto de jovens com drogas devia ser compreendida, no quadro da guerra fria, como uma estratégia do bloco comunista para solapar as bases morais da civilização cristã ocidental” (p. 87), devendo haver uma reunião “do elemento bélico e do elemento religioso-moral” para fundamentar a guerra contra às drogas.

Se, entretanto, a queda do muro de Berlim se aproxima do seu trigésimo aniversário, a ideia de que as drogas ainda visam “solapar as bases morais da civilização cristã ocidental” parece seguir inalterada para boa parte do senso comum, inclusive aquele expresso pelo Judiciário. O “pânico moral” causado pela ideia da “droga” e do “tráfico” aparece reiteradamente nas decisões, a exemplo do trecho abaixo:

O tráfico de drogas é uma das mais graves chagas da sociedade atual, sendo causador de diversos estigmas como a desestabilização da estrutura familiar, o recrudescimento do número de dependentes químicos e fomento à prática de outros crimes, a exemplo de roubos, furtos e tráfico ou porte ilegal de arma de fogo (Processo n. 0301148-67.2014.8.05.0001 [decisão proferida no processo apenso n. 0529562-91.2014.8.05.0001, em 21/07/2014, pelo/a juiz/a I]).

No caso em tela, M.S.B, foi preso com uma pedra de crack, 44 porções de maconha e 22 porções de “pó branco”, no bairro de Santo Antônio Além do Carmo (região que passa por um grande processo de “revitalização”). Ao fim do processo, foi condenado a uma pena de prisão de 01 ano e 08 meses, que foi convertida em uma pena restritiva de direitos. Ficou, entretanto, preso cautelarmente por 01 ano e 03 meses por ter – no momento da decretação da preventiva, supostamente – praticado um crime que “é uma das mais graves chagas da sociedade atual”³⁹. Como não pensar na ideia de que é um crime que visa “solapar as bases morais da civilização cristã ocidental”?

É relevante notar, ainda, que as decisões comumente se utilizam de um procedimento apontado por Fiorin (2007): a substituição da primeira pela terceira pessoa em frases que sintetizam muito mais a opinião do julgador que verdades universais⁴⁰.

³⁹ Frase, inclusive, que apareceu em três diferentes decisões.

⁴⁰ O autor afirma que: “O uso da primeira pessoa cria um efeito de sentido de ‘subjetividade’, enquanto sua não utilização produz um efeito de sentido de ‘objetividade’. Se um cientista dissesse ‘Eu afirmo que a Terra é redonda’, isso poderia ser entendido como um ponto de vista pessoal. Entretanto, quando ele diz ‘A Terra é redonda’, é como se o próprio fato se narrasse a si mesmo. Nesse caso, temos a impressão de que uma verdade objetiva se estabeleceu” (p. 17).

A “gravidade do crime/delito” de tráfico de drogas apareceu como fundamento de maneira expressa em 51 decisões. Também foi recorrente a “necessidade de se acautelar o meio social”, abalado por conta do crime, frase repetida em 46 delas. No mesmo sentido a “repercussão social” (aparece em 17 decisões) e o impacto gerado nas comunidades ou na sociedade (em 14 decisões), foram utilizados como argumentos para decretar ou manter o réu em prisão preventiva, assim como a “sensação de insegurança” (12 vezes) e de “indignação” (10 vezes) causado no meio social, conforme trecho da decisão abaixo:

Pontue-se, por oportuno, que as transgressões supostamente cometidas pelos requerentes são daquelas que mais trazem insegurança e indignação ao meio social, haja vista que as substâncias entorpecentes, quando disseminadas, quase sempre desencadeiam outros tipos de delitos, muitas vezes, praticados com emprego de violência ou grave ameaça, ceifando vidas e destruindo famílias. (Processo n. 0501763-73.2014.8.05.0001 [decisão proferida no processo apenso 0410026-23.2013.8.05.0001, em 14/01/2014, pelo/a juiz/a B]).

Além disso, o tráfico de drogas aparece ainda como a “grande mola propulsora da esmagadora maioria de outros ilícitos” (8 vezes), um delito que estimula a violência e outros delitos (ideia que apareceu em 33 decisões) e que ainda é responsável por “ceifar vidas” (10 vezes) e destruir lares e famílias (25 vezes). É certo, assim, que nessas frases ficam evidenciados os pensamentos dos magistrados sobre determinadas questões. E que mais do que o pensamento individual dos juízes expõe as “racionalizações que explicam e justificam a realidade” – de maneira coletiva – de que falou Fiorin (2007)⁴¹.

A mídia parece ocupar um papel central na formação do pensamento hegemônico acerca da temática das drogas, inclusive no pensamento majoritário do Judiciário. Conforme sintetiza Zaccone (2004) a imagem do “traficante” é associada a de “um ser violento e cruel” e essa “presunção de violência produz “a ideia de que todas as pessoas envolvidas no comércio de drogas ilícitas são ‘bárbaros’ e insuscetíveis de recuperação, sendo o recrudescimento penal o único caminho possível para o Estado na questão das drogas” (p. 191-192).

As drogas parecem, assim, funcionar como um importante instrumento de controle, não só material, mas também ideológico. Desse modo, as drogas aparecem com o “causador de diversas chagas da sociedade contemporânea”, o estimulador da violência “em grandes capitais” e “nas pequenas cidades” e “causador de vários estigmas sociais”. Nesse sentido, o trecho da decisão a seguir é bastante exemplificativo:

Como é cediço por todos, o tráfico de drogas estimula a violência, seja nas grandes capitais, seja nas pequenas cidades. A violência que está relacionada com as drogas é um desafio nacional particularmente sério, que tem um grande impacto nas comunidades locais, destruindo lares e famílias e impactando principalmente a população mais jovem que é absorvida pelo tráfico, sob a falsa promessa de dinheiro fácil, mas que, na verdade, as grandes consequências herdadas pelo delito ora sob apuração são os enormes prejuízos não só materiais, como também institucionais, gerando instabilidade no meio social. (Processo n. 0566759-80.2014.8.05.0001 [decisão proferida no processo apenso n. 0341305-82.2014.8.05.0001, em 20/02/2015, pelo/a juiz/a H]).

⁴¹ “o conjunto de elementos semânticos habitualmente usado nos discursos de uma dada época constitui a maneira de ver o mundo numa dada formação social. (...) Esses elementos semânticos, assimilados individualmente pelo homem ao longo da sua educação, constituem a consciência e, por conseguinte, sua maneira de pensar o mundo. Por isso certos temas são recorrentes na maioria dos discursos: os homens são desiguais por natureza; na vida, vencem os mais fortes; o dinheiro não traz felicidade etc. A semântica discursiva é o campo de determinação ideológica propriamente dita. Embora esta seja inconsciente, também pode ser consciente.” (FIORIN, 2007. p. 19).

Assim, temos que o impacto que causa às comunidades, a destruição de lares e famílias, e ainda as “nocivas consequências à sociedade” (a palavra nociva/o apareceu em 11 decisões) e o fomento de outros delitos (ideia que apareceu em 42 decisões), propiciado pelo tráfico de drogas, bem como o fato de que, em razão do tráfico, a sociedade “se sente desprovida de sua tranquilidade” são apresentados como fundamentos hábeis a ensejar um decreto prisional. E mais: inegável que “a ordem pública se vê ameaçada e o Poder Judiciário descredibilizado caso o réu não esteja submetido à custódia do Estado”. A prisão que deveria ser exceção é entendida como regra, sendo necessária a submissão imediata do réu à custódia do Estado sob pena de um completo descrédito da Justiça. Em um caso no qual o réu estava sendo processado por porte de armas, além de tráfico de drogas, temos que:

De fato, o porte de arma quando associado ao tráfico intensifica ainda mais a periculosidade de ambos os crimes, sendo esta combinação uma das causas que contribui, *exempli gratia*, para o elevado número de homicídios verificados atualmente revelando acentuada gravidade e reprovação à conduta protagonizada pelo agente, a ensejar uma resposta estatal mais severa, como a restrição da liberdade de locomoção. (Processo n. 0541040-96.2014.8.05.0001 [decisão proferida em 13/04/2015 pelo/a juiz/a H]).

Em outra decisão, um trecho bem emblemático explicita tautologicamente que: “A necessidade da prisão é absolutamente necessária, pois além de todas as circunstâncias acima sopesadas, o tráfico de drogas estimula a violência, seja nas grandes capitais, seja nas pequenas cidades”⁴². A necessidade da prisão é, assim, *absolutamente necessária*.

Diante desse panorama até aqui construído, fica evidenciada que, em se tratando de delito de tráfico de drogas, a regra é a prisão antecipada e a liberdade uma exceção. Se a Constituição Federal brasileira de 1988 tem na presunção de inocência direito fundamental (art. 5º, LVII), o que obriga os juízes a aplicar o “*in dubio pro reo*” no momento de prolação da sentença, parece não haver tal aplicação quando o assunto é prisão antecipada. Aqui impera o questionável brocardo “*in dubio pro societate*”. Em uma das decisões temos a seguinte elucubração por parte do juiz:

Com esse posicionamento, todavia, é totalmente possível que, após o desfecho da instrução probatória oral, sob o crivo do contraditório, outras provas possam modificar o quadro que, até o momento, foi produzido, e condicionar a soltura do indiciado, afinal de contas em matéria de prisão preventiva vigora a cláusula da imprevisão (Processo n.0572950-44.2014.8.05.0001).

A violência – em abstrato – e os delitos que estimula – também em abstrato – aparecem como alguns dos elementos centrais nas decisões. Conforme coloca Zaccone (2004):

No Brasil, a “guerra contra as drogas” é o carro-chefe da criminalização da pobreza, através [sic] dos discursos de lei e ordem disseminados pelo pânico. Bala perdida, roubo de veículos, queima de ônibus e até o comércio de produtos por camelôs são diferentes práticas ilícitas imputadas aos “traficantes”, que passam a constituir “uma categoria fantasmática, uma categoria policial que migrou para a academia, para o jornalismo, para a psicologia e que não tem cara, não é mais humana. É uma coisa do mal” (p. 189).

⁴² Processo n. 0569090-35.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0342415-19.2014.8.05.0001, em 24/02/2015, pelo/a juiz/a H).

Por outro lado, se o bem jurídico protegido pela criminalização de condutas ligadas a drogas ilícitas é a “saúde pública”, essa, entretanto, parece não ser a maior preocupação dos juízes nas decisões analisadas. A afirmação de que “o crime imputado ao acusado é de alta ofensividade à saúde e à ordem pública” – e em razão disso a prisão preventiva deve ser decretada – apareceu em 10 decisões.

No mesmo sentido temos outras 10 decisões que apontam como fundamento para a decretação/manutenção do réu na prisão o fato do delito de o tráfico de drogas ser “considerado pela lei como grave”, sendo “equiparado ao hediondo, face às consequências tão nocivas à saúde e à segurança públicas, já que o traficante dissemina o uso da droga na sociedade, principalmente entre pessoas jovens”. A saúde, quando aparece, portanto, não poder estar dissociada da segurança e ordem públicas. Boiteux (2015) aponta que a estratégia proibicionista iniciada no século XX busca efetivar o controle penal:

(...) por meio de um discurso moralista, baseado na alegada necessidade de proteção da saúde pública. Tal distinção entre drogas lícitas e ilícitas se deu por pura conveniência política, sem avaliação empírica ou científica dos riscos de cada substância a ser controlada. No entanto, na linha oposta a política oficial atual, estudos recentes apontam para uma total incongruência na escala de riscos entre drogas consideradas lícitas e ilícitas (...). Ao contrário de um sistema que deveria ser baseado em evidências de danos e riscos à saúde, o modelo proibicionista se funda em preconceitos e presunções pouco afeitas a questionamentos e verificações concretas (p. 144).

A autora aponta ainda que “nenhuma pessoa ousaria contestar a legitimidade do Estado de proteger a saúde pública”, mas que essa não é a verdadeira função desse discurso, que “preconiza a abstinência ao uso de drogas e o problema de saúde pública, mediante a utilização de meios (prisão e interferência do sistema penal) que não tem condições de solucioná-lo” (p. 146-147). A saúde pública parece ser, desse modo, um argumento completamente esvaziado de sentido.

Os “jovens” também aparecem como uma “preocupação” constante, tendo aparecido referências a eles em 24 decisões, assim, como um suposto “envolvimento, cada vez maior, de menores e crianças nesta prática” (que aparece em 04 decisões). No trecho a seguir temos que: “violência que está relacionada com as drogas é um desafio nacional particularmente sério, (...) destruindo lares e famílias e impactando principalmente a população mais jovem que é absorvida pelo tráfico, sob a falsa promessa de dinheiro fácil”⁴³, ideia que aparece em 13 decisões. Nestas decisões específicas, ao menos 3 réus tinham menos de 30 anos (em relação aos outros 10 réus não havia qualificação na sentença). Um inclusive havia acabado de ser liberado de medida socioeducativa, indicativo de que seria bem jovem. Todos responderam a todo o processo preso, não obstante a suposta preocupação do juiz com os *jovens impactados pelo tráfico*.

Considerando, ainda, que 55% da população prisional brasileira é constituída por pessoas com menos de 30 anos (INFOPEN, 2016) – número que chega a 61% na Bahia – esses “jovens” que tanto preocupam os magistrados não se adequam ao estereótipo dos jovens que são a eles apresentados durante os processos criminais, os quais precisam ser punidos e não protegidos. Destaque-se que especificamente

⁴³ Processo n. 0540137-61.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0549965-81.2014.8.05.0001, em 23/09/2014, pelo/a juiz/a F).

em relação ao crime de tráfico a pesquisa apresentada por Santos et al (2015) apontou que a média de idade dos réus por esse crime na Bahia é de 26 anos (p. 35).

A “preocupação” com os jovens dependentes aparece em algumas decisões. Uma delas aponta que o tráfico de drogas é “delito de extrema gravidade, com nocivas consequências à sociedade, em especial a jovens que se encontram na triste situação de dependência”⁴⁴; ou que trata-se de crime grave uma vez que “o traficante dissemina o uso da droga na sociedade, principalmente entre pessoas jovens” (frase repetida literalmente em 10 decisões). A distinção entre usuários e traficantes, em propostas que visam descriminalizar o uso e aumentar as penas do tráfico de drogas, por exemplo, “deixam ainda mais expostos à demonização e criminalização as principais vítimas dos efeitos perversos do controle social globalizado: a juventude pobre de nossas cidades” (BATISTA, 2003. p. 13).

Essa distinção traficantes e usuários ofusca muitas vezes a distinção entre “consumidores” e “consumidores frustrados” (BATISTA, 2002) vigendo para os primeiros o paradigma médico e para os segundos o paradigma bélico. Entretanto, dentre os usuários é possível também perceber uma distinção que tem no viés de classe e raça eixos centrais; existem aqueles que efetivamente merecem um tratamento médico humanizado e existem aqueles para quem o paradigma médico é utilizado como verdadeiro instrumento de controle social. A internação psiquiátrica utilizada para usuários adolescentes assim, por exemplo, “mecanismo privilegiado de exercício de um poder de normalização (...) se constitui como lugar de destino e de manutenção desta ‘adolescência drogadita’, forjando a existência e naturalização dessa ordem social e a estabilidade de um sistema de Governo” (REIS, GUARESCHI, CAVALHO, 2014. p. 70)

O crime de tráfico de drogas, desse modo, parece ser o delito que permite o maior campo de arbitrariedade seja policial, seja judicial⁴⁵. Em uma das decisões aqui estudadas, o juiz utiliza como principal argumento para a manutenção do acusado em prisão cautelar, a seguinte afirmação: “Especialmente em relação ao delito de tráfico, verifica-se a necessidade de sua forte repressão (...) inclusive como forma de apoio ao trabalho que vem sendo desenvolvido pelas Polícias Civil e Militar”⁴⁶.

A necessidade de “apoiar” o trabalho da polícia aparece aqui como justificativa, talvez em uma tentativa de rebater ao argumento de “que a polícia prende, a justiça solta”, repetido comumente pelo senso comum e os programas policiaiscos. Gerivaldo Neiva, juiz estadual do interior da Bahia conhecido por suas posições contramajoritárias e progressistas, destaca ao tratar da questão que: “No final, não é o Juiz

⁴⁴ Processo nº. 0300242-14.2013.8.05.0001 (decisão proferida no processo n. 0305234-18.2013.8.05.0001, em 31/01/2013, pelo/a juiz/a Y).

⁴⁵ Essa questão vem sendo bastante discutida, por autores/as americanos/as a exemplo de Michelle Alexander (2012). O “stop-and-frisk” aplicado pelas polícias americanas (Possibilidade conferida a polícia de parar alguém na rua, desde que haja uma “suspeita articulada e razoável” de que essa pessoa está envolvida em uma atividade criminal e perigosa [ALEXANDER, 2012, p. 63]; na prática pouco ou nada parece diferir da “atitude suspeita” utilizada como argumento para as revistas policiais no Brasil.) é a “arma favorita das forças da lei na Guerra contra às Drogas” (ALEXANDER, 2012. p. 67); por outro lado, “casos judiciais envolvendo a aplicação da lei de drogas quase sempre envolve pessoas culpadas” (p. 69).

⁴⁶ Processo n.0567794-75.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0509075-66.2015.8.05.0001, em 06/03/2015, pelo/a juiz/a J).

que solta, mas é o preso que tem o direito de responder em liberdade e o papel do Juiz é, simplesmente, garantir este direito”⁴⁷.

Essa posição é amplamente contra majoritária, e os juízes muitas vezes parecem ver a si mesmos como um órgão essencialmente repressivo, que precisa atuar para conter a “criminalidade”, como inclusive apareceu de forma reiterada nas decisões. Valois (2017), no mesmo sentido, afirma que em relação à “guerra às drogas” o Judiciário tem tido um importante papel complementar “relativizando princípios, adotando teorias, criando dogmas e ignorando situações de fato, tudo em favor de um bom combate às drogas” (p. 419).

Os juízes se veem assim como parte de um órgão que tem como função dar resposta ao “sentimento da insegurança” sentido pela população. E a prisão cautelar aparece como a “resposta estatal mais severa” que deve ser concedida em razão da gravidade – normalmente em abstrato – do crime cometido. O trecho da decisão a seguir é bastante emblemático:

A violência em Salvador está em índice alarmante. Constantemente as pessoas estão tendo a vida ou o patrimônio prejudicado por motivos simples ou banais. É preciso a atuação do Poder Judiciário visando retirar de circulação as pessoas que se envolvem na prática de tais delitos, sob pena de o sentimento de impunidade desencadear uma série de novos delitos e aumentar a sensação de insegurança dos cidadãos. (...) Esses meliantes precisam ser retirados de circulação para que as pessoas de bem deixem de estar presas em suas próprias residências⁴⁸.

Aqui temos explicitados a ideia de “nós” e “outros”. De um lado as “pessoas de bem (...) presas em suas próprias residências” e, de outro, “esses meliantes” que “precisam ser retirados de circulação”, retirada que será realizada por meio da prisão cautelar. Neste caso, G.G.P. S. foi “retirado de circulação” por 01 ano e 05 meses, até que adviesse a sua sentença de 09 anos e 06 meses (o réu foi condenado por roubo e tráfico). É o inimigo/meliante/outro que precisa ser contido, neutralizado, tirado de circulação.

Considerações finais

Compreender o papel do Judiciário nos índices de encarceramento utilizando o tráfico de drogas como eixo central: era esse o objetivo deste artigo. Ainda que não possamos apontar conclusões estáticas e fechadas – isso seria o oposto do que propõe a base teórica que dá fundamento a este trabalho – o estudo de processos judiciais nas Varas de Tóxicos em Salvador e a análise qualitativa das decisões decretadoras de prisão foi uma tentativa de ampliar as possibilidades de interpretação sobre tais fenômenos.

Conforme já afirmado, a pesquisa inicialmente trabalhou com a situação de 928 réus. Destes, 743 pessoas responderam o processo preso (total ou parcialmente), dos quais 203 responderam a todo o processo preso. Por uma questão de viabilizar a análise, o estudo mais aprofundado das decisões interlocutórias – apresentado neste artigo – se restringiu às decisões proferidas em relação aos réus que passaram todo o processo preso. Dentre os réus que passaram todo o processo preso é importante destacar que 28,6%

⁴⁷ <http://www.gerivaldoneiva.com/2014/05/a-policia-prende-e-justica-solta.html>

⁴⁸ Processo n.0408916-86.2013.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0404638-42.2013.8.05.0001, em 03/12/2013, pelo/a juiz/a Z).

foram absolvidos, 65% condenados, 5,4% tiveram o delito desclassificado para o art. 28 e 1% tiveram a punibilidade extinta. Destaque-se que, dentre os condenados, apenas 34 pessoas tiveram decretado o regime fechado, o que demonstra a gravidade do quadro.

Foram estudadas 183 decisões relativas aos réus que passaram todo o processo presos⁴⁹, sendo analisadas as práticas discursivas ideológicas que revelaram muito sobre a forma com que é utilizada a prisão cautelar.

A ordem pública apareceu como o fundamento central na busca do *periculum libertatis*, o perigo que decorreria do estado de liberdade do réu, aparecendo em 152 decisões⁵⁰. Conforme apresentado, esta “necessidade de garantia da ordem pública” se estruturou basicamente em dois eixos nas decisões analisadas: por um lado em uma suposta “periculosidade” inerente ao réu (termo que, inclusive, apareceu de maneira expressa, em 47 decisões) ou argumentos similares (como uma tendência a delinquir), aparecendo como definição de ordem pública em 133 decisões. De outro lado, o tráfico de drogas abstratamente considerado, a violência que gera, os delitos que estimula e o abalo social que causa, foram argumentos que apareceram em 108 das 152 decisões estudadas.

E o que seria a ordem pública? Nas decisões elas aparecem conceituadas a partir de um conceito negativo: o que não é ordem pública, ou seja, o que naquele caso restou violado por uma determinada conduta, que deve então ser assegurada e reestabelecida *prendendo-se cautelarmente o réu*. Em uma decisão, inclusive, o magistrado afirma que a prisão cautelar com fundamento na garantia da ordem pública é necessária para “que não se impere na sociedade o sentimento de impunidade do ilícito, pois ela não se permite tolerar o retorno dos flagrados ao seu convívio ao menos temporariamente”⁵¹.

As definições variam de “evitar reiteração criminosa”, a “gravidade do crime”, passando por outros argumentos bastante díspares entre si. Parece não haver na doutrina ou na jurisprudência uma concepção unitária sobre o significado da ordem pública. E talvez seja interessante que não haja, pois é justamente na sua extrema ambiguidade, que se legitima formalmente a prática de aprisionamento cautelar.

A análise das decisões interlocutórias decretadoras ou mantenedoras da prisão se mostrou, assim, bastante reveladora. Em um mundo moldado na lógica punitiva, no qual o tráfico de drogas é transformado na causa dos grandes malefícios da sociedade, os juízes expressam no ato de julgar também sua “maneira de pensar o mundo”. Repetidas vezes frases que apareceram nas decisões como “o tráfico de drogas estimula a violência”, ou que ele “tem um grande impacto nas comunidades locais, destruindo lares e famílias”, ou ainda de que é “preciso a atuação do Poder Judiciário” para “retirar de circulação as pessoas que se envolvem

⁴⁹ Lembrando que em relação a 20 réus não foi possível achar qualquer decisão.

⁵⁰ Conforme destacado no referido capítulo nas outras 31 decisões a fundamentação de manutenção da prisão preventiva baseou-se essencialmente na argumentação de que não haveria excesso de prazo na medida ou que não haveria fatos novos em relação a decisão anterior. A análise se fundamentou essencialmente nas outras 152 decisões que efetivamente apresentaram argumentos – ainda que pouco concretos e/ou não jurídicos – para a manutenção ou decretação da medida.

⁵¹ Processo n. 0520455-23.2014.8.05.0001 (decisão proferida no processo apenso n. 0310850-37.2014.8.05.0001, em 24/03/2014, pelo/a juiz/a S).

na prática de tais delitos, sob pena de o sentimento de impunidade desencadear uma série de novos delitos e aumentar a sensação de insegurança dos cidadãos” revelam uma forma de ver, pensar e sentir a questão criminal e a conflitividade social como um todo.

Nas decisões, uma questão se mostrou ainda mais clara: adotando um discurso simplista sobre a questão criminal (o mesmo propagado pela “criminologia midiática”), que não parece possuir qualquer embasamento teórico ou empírico efetivo, os juízes – além de reproduzir esses discursos – veem o Judiciário como um órgão essencialmente repressivo. Cabe ao Judiciário atuar para “conter” o tráfico de drogas, o que quase sempre significou impor uma “pena” antecipada de prisão.

O medo, portanto, do “traficante” – sujeito perigoso e tendente à prática criminosa – e do tráfico – “crime que gera diversas chagas na sociedade contemporânea”⁵² –, ambos considerados de forma abstrata, serve de base para conter e neutralizar o réu. Os requisitos formais, o devido processo legal e a presunção de inocência são afastados pela influência que o réu, o delito em abstrato e os pré-conceitos causam ao juiz.

Não se pretende com isso fazer generalizações maiores do que permitem um objeto de estudo empírico limitado. Mas todos esses elementos articulados com um “horizonte teórico e interpretativo” mais amplo parecem permitir avançar na interpretação de como o uso da prisão cautelar em casos de tráfico de drogas se insere nas dinâmicas de controle social autoritário, racista e classista.

O *second code* judicial – código ideológico latente – seria o que efetivamente regularia as decisões judiciais, sendo que o código dogmático serviria apenas para legitimar juridicamente uma decisão tomada com base em estereótipos (ANDRADE, 2009). Conforme aponta Nilo de Bairros Brum (1980) “chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já se decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei” (p. 72).

O uso indiscriminado das prisões cautelares, sem necessidade sequer de se recorrer às aparentes formalidades jurídicas, dialoga com um ambiente – e contribui para ampliá-lo – já propício à atuação de um controle social autoritário que não demonstra mais ter qualquer necessidade de se esconder sob subterfúgios ou falsos pretextos.

Referências

ALEXANDER, Michelle. **The new Jim Crow**: mass incarceration in the age of colorblindness. New York: The New Press, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 59, p. 161-192, dez. 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão da segurança jurídica**. Porto Alegre: LAEL, 2015.

⁵² Decisão proferida em 11/09/2014 no processo apenso n. 0548670-09.2014.8.05.0001 (Processo principal n. 0532088-31.2014.8.05.0001)

- BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: BATISTA, Vera. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Montevideo / Buenos Aires: B de F, 2004.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. **Discursos Sediciosos**. Rio de Janeiro, n. 1, 1996.
- BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Discursos Sediciosos**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 5-6, p. 77-93, 1998.
- BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos Sediciosos**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 12, p. 271-288, 2º semestre 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BOITEUX, Luciana et al (Org.). **Tráfico, drogas e Constituição**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.
- BOITEUX, Luciana. Opinião pública, política de drogas e repressão penal: uma visão crítica. In: BOKANY, Vilma. **Drogas no Brasil: entre a saúde e a justiça proximidades e opiniões**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015.
- BRUM, Nilo de Bairros. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: RT, 1980.
- CARVALHO, Salo de. O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a Decisiva Contribuição do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul./dez. 2015.
- DUARTE, Evandro Charles Piza et al. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos Policiais Militares nas Cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: FIGUEIREDO, Isabel Seixas de; BAPTISTA, Gustavo Camilo; LIMA, Cristiane do Socorro Loureiro. (Orgs.). **Pensando a segurança pública e direitos humanos: temas transversais**. Brasília: Ministério da Justiça, v. 5, 2014.
- FIORIN, José Luis. **Linguagem e ideologia**. São Paulo: Ática, 2007.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GINZBURG, Carlo. **Mitos, emblemas, sinais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2013.
- INFOPEN, Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen) – dezembro de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 15/06/2016.
- INFOPEN, Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen) – junho de 2016**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 20/05/2018.

INFOPEN MULHER, Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen mulher) – junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 15/06/2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Discurso em análise: sujeito, sentido e ideologia**. Campinas: Pontes, 2012.

REIS, Carolina dos; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima; CARVALHO, Salo de. Sobre jovens drogaditos: as histórias de ninguém. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 26. p. 68-78, 2014.

REIS, Vilma. **Atucaiados pelo estado: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações (1991-2001)**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.

SANTOS, Rogério Dutra et al. **Excesso de prisão provisória no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

SILVA, Ana Lucia da. Entre as armas da fome e as armas do fogo. In: OLIVEIRA, Nelson de; RIBEIRO, Lutz Mulert Sousa; ZANETTI, José Carlos. (Orgs.). **A outra face da moeda: violência na Bahia**. Salvador: Comissão de Justiça e Paz, 2000.

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

ZACCONE, Orlando. Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, a. 9, n. 14, p. 181-195, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo et al. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.