

OS ESPAÇOS DE DISCRICIONARIEDADE NA DOSIMETRIA DA PENA E TENDÊNCIAS DO POPULISMO PUNITIVO - UM ESTUDO DE CASO COM SENTENÇAS DA JUSTIÇA FEDERAL (PERNAMBUCO E CEARÁ) SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES

SPACES OF DISCRETION IN SENTENCING AND TRENDS OF PUNITIVENESS POPULISM - STUDY WITH JUDGMENTS OF THE FEDERAL COURT (PERNAMBUCO AND CEARÁ) ON INTERNATIONAL NARCOTICS TRAFFICKING

Érica Babini Lapa do Amaral Machado¹
Doutoranda em Ciências Criminais - PPGD-UFPE

Marina Melo Lins Storch²
Advogada

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise de duas sentenças, relativas ao crime de tráfico internacional de entorpecentes, prolatadas nos anos de 2012 e 2013 no âmbito da Justiça Federal. Busca-se analisar, especificamente, como o debate na política criminal atual de expansão do poder punitivo, que tem forte adesão dos meios de comunicação social de massa, os quais difundem

a sensação de insegurança e medo iminentes na sociedade, influencia a opinião dos julgadores ao fundamentar as decisões judiciais, especialmente quando da aplicação da pena. Discute-se a guerra oficial às drogas no Brasil, que tem grande influência da política de *War on Drugs* norte-americana, inaugurada na década de 70. Ademais, em meio ao avanço do poder de punir e da política proibicionista de combate

¹ Professora de Direito Penal e Criminologia da Universidade Católica de Pernambuco - Unicap (Departamento de Ciências Jurídicas. Recife, Pernambuco, Brasil), Advogada Autárquica do Instituto de Assistência Social e Cidadania do Recife - IASC, Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.

² Graduada no curso de Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - Unicap (Departamento de Ciências Jurídicas. Recife, Pernambuco, Brasil).

às drogas, observa-se uma seletividade punitiva, em especial em relação ao traficante de droga, que passa a ser visto como o principal propagador da violência no seio social, sendo considerado “inimigo” interno da sociedade, a ele não sendo salvaguardadas as garantias fundamentais previstas em sede constitucional. É diante deste quadro que se constata, analisando as referidas sentenças, como os espaços de discricionariedade presentes na dosimetria da pena, especialmente na primeira fase do sistema trifásico, delineado no art. 68 do Código Penal, contribuem para que haja um atendimento pelo julgador dos reclamos sociais por punição, provocando um aumento da punitividade e, por via de consequência, um encarceramento massivo na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de drogas; populismo punitivo; dosimetria da pena.

ABSTRACT: *This work aims at the analysis of two sentences, referring to the crime of international drug trafficking, handed down in the years of 2012 and 2013 as part of the Federal Court. From a criminological perspective, it seeks to analyze, specifically, how the debate on current criminal policy of punitive power expansion, which has a strong following of media mass, influences the opinion of the judges in basing judicial decisions, especially when the application of the penalty. It also intends to contextualize the macro-drug policy amid the backdrop of punitive populism experienced, demonstrating how the ideological tripod of the movements of law and order, social defense ideology and, in the alternative, ideology of national security, favors for which there is an official war against drugs in Brazil, which has great influence of the War on Drugs American politics, started in the seventies. Besides, amid the advance of the power to punish and prohibitionist policy of combating drugs, it turns out a punitive selectivity, in particular in relation to the drug dealer, who is seen as the main propagator of violence within the social, considered internal “enemy” of society. In this context, it is observed, analyzing these sentences, as the spaces of discretion present in the dosimetry of the penalty, mainly in the first phase of the three phase system outlined in Article 68 of the Brazilian Penal Code, contribute so there is a call by the judge of the social demands for punishment, causing an increase in punitiveness and, in consequence, a massive incarceration in society.*

KEYWORDS: *Drug trafficking; punitive populism; sentencing penalty.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A política criminal de drogas no Brasil: a formação de uma política proibicionista de guerra às drogas; 2 Os espaços de discricionariedade na dosimetria da pena: uma abertura ao poder punitivo; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Criminal drug policy in Brazil: the formation of a prohibitionist policy war on drugs; 2 Spaces of discretion in sentencing: an opening to the punitive power; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Trata o presente artigo de pesquisa realizada na Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, no qual se pretendeu compreender se haveria interseções do populismo punitivo nos espaços de discricionariedade presentes na dosimetria da pena.

A motivação do estudo decorre do atual cenário de publicização da violência, empreendida pelos meios de comunicação social de massa na propagação do medo e na difusão do fenômeno a que se denomina de populismo punitivo, caracterizado, entre outros fatores, pela crença social de que o recrudescimento da lei penal e o aumento de medidas carcerizantes seriam a alternativa primeira no combate à criminalidade.

Neste sentido, a política criminal produz um debate intenso de expansão do poder punitivo estatal. O advento da globalização, conjuntamente com o fortalecimento do estado neoliberal, que surgiu em contraposição ao intitulado *welfare state* ou estado de bem-estar social, contribuiu de forma acentuada para o crescimento das desigualdades sociais e das classes marginalizadas.

Nessa conjuntura, os atores do sistema penal, em especial os magistrados, se tornam protagonistas do futuro do Direito Penal, desempenhando uma função de grande relevância no campo interpretativo das leis, que possuem caráter abstrato e devem ser aplicadas com a maior coerência e razoabilidade possíveis.

Sob esse prisma, a dosimetria da pena assume um papel de importância fundamental na aplicação da legislação penal, uma vez que proporciona ao julgador ampla margem de discricionariedade na valoração dos critérios de aplicação da pena – sobretudo quando da análise das circunstâncias judiciais albergadas no sistema trifásico, presentes no momento de fixação da pena-base –, podendo consistir em um terreno fértil para o atendimento aos anseios sociais por punição.

Outrossim, a cultura punitivista presente no corpo social e alavancada pelos aparelhos midiáticos é marcada pela seletividade do sistema repressivo, o qual tem como destinatários indivíduos pobres, considerados socialmente ameaçantes, e que se assemelham ao estereótipo implantado no imaginário popular de ente perigoso.

Nessa perspectiva, o traficante de drogas representa de forma marcante, nos dias atuais, esse estereótipo do inimigo, constituindo em alvo constante

de medidas criminalizantes, bem como recebendo tratamento diferenciado do sistema penal, sendo não raras vezes privado, de maneira quase integral, da sua condição de cidadão.

É diante deste cenário que se inicia o presente trabalho, procurando-se analisar criticamente um discurso oficial que promete segurança e a proteção da ordem pública, bem como o combate ao aumento da criminalidade, legitimando, para tanto, medidas repressivas e carcerizantes que muitas vezes, em prol de tal discurso, colocam em plano inferior os princípios e garantias constitucionais.

1 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: A FORMAÇÃO DE UMA POLÍTICA PROIBICIONISTA DE GUERRA ÀS DROGAS

A formação da política criminal de drogas no Brasil percorre diversas fases, tendo como marco inicial a instituição das Ordenações Filipinas, uma vez que o Código Filipino, em seu Livro V, Título LXXXIX, postulava “que ninguém tenha em caza rosagar, nem o venda, nem outro material venenoso”³.

É a partir da década de 40, contudo, que há o surgimento de um sistema repressivo sistematizado, marcado por uma política proibicionista de combate às drogas. Assim sendo, com a entrada em vigor do Código Penal de 1940, a matéria é recodificada em seu art. 281, que já traz um tipo misto alternativo, delineando uma série de condutas que configuram o delito que à época denominava-se “comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes”⁴.

Mais de duas décadas depois, a Lei nº 6.368/1976 inaugura no Brasil modelo inédito de controle repressivo, acompanhando as tendências político-criminais dos países centrais, em que há o desenvolvimento de uma crescente política antidrogas. O que se observa com a promulgação dessa lei é a manutenção de um discurso médico-jurídico que estabelece um papel diferenciador entre o consumidor, dependente ou usuário, que é considerado como doente, e o traficante, que é tido como delinquente, o que favorece para que haja uma seletividade do poder punitivo na luta contra as drogas.

Consequentemente, como bem esclarece Salo de Carvalho:

³ CARVALHO, Salo de. *Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

⁴ CARVALHO, Salo de. *Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.

Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exacerbações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de setenta.⁵

Ainda no que tange à Lei nº 6.368/1976, é de se ressaltar que ela se reveste de uma tonalidade alarmista, preocupando-se com a proliferação de ações de cunho preventivo, que densificam o sistema repressivo, assim como elucidam os temores sociais acerca da matéria. Tais temores sociais desembocam no surgimento crescente de pânicos morais, os quais colaboram para o incremento de um populismo punitivo e de políticas de intolerância no combate às drogas.

No plano internacional, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, conhecida como “Convenção de Viena”, consagrou a guerra às drogas, ou *War on Drugs*, como política de controle do uso e difusão de drogas ilícitas⁶.

As linhas mestras dessa política de guerra são a proibição e a repressão, havendo uma preocupação para que haja um consenso entre os governos nas legislações antidrogas, tendo como característica a criação de fórmulas vagas e abertas para tipificar o delito de tráfico de entorpecentes, de forma a trazer uma maior abrangência na adoção de medidas criminalizantes.

Ademais, na suposta tentativa de se resguardar a saúde pública, considerada o principal bem jurídico protegido, observa-se uma inversão da máxima do *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*, havendo uma série de limitações à defesa dos acusados por tráfico de entorpecentes aliadas a uma forte pressão sobre os magistrados quando absolvem, mas não quando condenam⁷.

Na legislação pátria, por seu turno, constata-se que houve um complexo quadro de reformas legais e de práticas repressivas que desembocam na nova Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006, a qual perpassou um quadro de temor social,

⁵ CARVALHO, Salo de. *Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 72.

⁶ TORON, Alberto Zaccharias. et al. *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 12.

⁷ TORON, Alberto Zaccharias. et al. *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 12.

servindo de pretexto de repressão às drogas e a uma suposta criminalidade organizada com elas identificada para legitimar o apelo a meios de busca de prova e de punição, evidenciando o populismo punitivo e o clamor público por trás da edição de tais legislações extravagantes⁸.

Dentro desse contexto, a emergência da Lei nº 11.343/2006 ocorre sob um cenário de repressão às organizações criminosas responsáveis pelo comércio ilegal de entorpecentes. No que se refere ao conteúdo normativo da nova Lei de Drogas, Salo de Carvalho bem elucida que,

embora perceptíveis substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que a base ideológica da Lei nº 11.343/2006 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei nº 6.368/1976, reforçando-o.⁹

Outrossim, a Lei nº 11.343/2006 deixa ainda mais clara a diferenciação de tratamento penal entre consumidores e traficantes, dando respostas punitivas de natureza distinta, caracterizadas por um alto grau de repressão aos traficantes, que, via de regra, são penalizados com severo regime punitivo, condenados a penas privativas de liberdade fixadas entre cinco e quinze anos, ao passo que, ao usuário, visto sob um olhar patológico, são cominadas penas e medidas alternativas ao cárcere.

No que tange à política de guerra às drogas no Brasil, constata-se que o sistema proibicionista se sustenta no tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem, pela Ideologia da Defesa Social e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional.

No que tange à Ideologia da Defesa Social, observa-se que a mesma foi sendo construída pelo saber oficial, constituindo-se em ideologia dominante

⁸ KARAM, Maria Lúcia. Revisitando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 136.

⁹ CARVALHO, Salo de. *Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei nº 11.343/2006*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140.

tanto na política criminal como também “no saber comum do homem da rua (*every day theories*) sobre a criminalidade e a pena”¹⁰.

Dessa maneira, a ideia de defesa social é difundida cotidianamente nos mais diversos meios sociais, sobretudo por meio da mídia, sendo explicada por alguns princípios definidores elencados por Alessandro Baratta, entre os quais se destacam o princípio do bem e do mal, princípio da culpabilidade, princípio da legitimidade e princípio do fim ou da prevenção¹¹.

Logo, o que se tem é que a pena será guiada por esta ideologia, posto influenciar sobremaneira a opinião do julgador quando da aplicação da pena¹².

Outrossim, a política proibicionista também se sustenta na Ideologia da Segurança Nacional. No que se refere a essa ideologia, constata-se que, enquanto no Brasil da década de 60, o conceito de defesa nacional se aproximava da ideia de luta contra o inimigo principal, que correspondia às “forças internas de agitação”¹³, isto é, aos opositores políticos, da década de 90 até os dias de hoje o inimigo interno está representado pelos excluídos sociais, em especial.

Dessa forma, a Doutrina de Segurança Nacional, nos tempos atuais e na nova ordem mundial marcada pelo capitalismo, elege como inimigos internos do regime os segmentos mais pauperizados e vulneráveis da sociedade.

Nos dizeres de Cecília Coimbra¹⁴, “são todos aqueles que os ‘mantenedores da ordem’ consideram ‘suspeitos’ e que devem, portanto, ser vigiados e, se necessário, eliminados”. Assim, tem-se uma legitimação social de uma crescente ampliação do poder punitivo, com a eliminação do criminoso por meio da coação direta das agências repressivas.

Nesse sentido, a política proibicionista, propagadora da guerra às drogas, é campo fértil da disseminação de um crescente poder punitivo, que de forma perigosa ameaça constantemente as garantias basilares de um Estado Demo-

¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 135-136.

¹¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

¹² PINTO, Alessandro Nepomoceno. O sistema penal: suas verdades e mentiras. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 184.

¹³ COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Doutrinas de Segurança Nacional: banalizando a violência. *Psicologia em Estudo*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-22, 2000.

¹⁴ COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Doutrinas de Segurança Nacional: banalizando a violência. *Psicologia em Estudo*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-22, 2000.

crático de Direito, isto é, a ideologia da segurança nacional, na ampliação do desejo pelo poder punitivo, ultrapassa as barreiras das garantias constitucionais.

Diante deste cenário, a Doutrina da Segurança Nacional, em sua nova roupagem, corrobora para que se materialize um direito penal do inimigo, marcado pela seletividade do poder punitivo.

Desse modo, os indivíduos criminosos – em especial o traficante de drogas – são considerados inimigos da sociedade, de forma que o poder punitivo os discrimina dos demais membros da sociedade, tirando-lhes a condição de seres humanos, uma vez que são considerados apenas como entes perigosos ou daninhos.

Tal constatação é bastante preocupante, uma vez que o tratamento diferenciado de seres humanos privados da condição de pessoa, sendo estereotipados como inimigos da sociedade que devem ser eliminados, é próprio de um Estado absoluto, é dizer, não se coaduna com a essência política de um Estado de garantias, como é o Estado de Direito¹⁵.

Como afirma Vera Malaguti Batista, “os novos inimigos da ordem pública (ontem terroristas, hoje traficantes) são submetidos diuturnamente ao espetáculo penal, às visões de terror dos motins penitenciários e dos corredores da morte”¹⁶.

Nesse contexto, o traficante de drogas, assumindo o papel de inimigo da ordem social e de indivíduo perigoso, é por via oculta afastado da condição de cidadão, sendo-lhe dispensado qualquer tratamento humano que proteja seus direitos individuais. Assim, em meio à proliferação da política proibicionista de combate às drogas, o traficante recebe um tratamento penal diferenciado, sendo o principal alvo do controle punitivo.

Assim, a pena para o inimigo seria uma espécie de segurança contra fatos futuros; nos dizeres de Juarez Cirino dos Santos, “uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza da negação de validade da norma a pena pretende prevenir”¹⁷.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11.

¹⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.84.

¹⁷ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*, p. 3. Acesso em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>.

De acordo com tal ideologia, o inimigo seria uma fonte de perigo, uma vez que suas atitudes fugiriam das regras do Direito, não acidentalmente, mas de forma duradoura, de tal modo que a finalidade da pena não é mais a garantia de vigência da norma, mas sim de proteção da existência da sociedade em face desses indivíduos, considerados entes dotados de alta perigosidade social.

Especialmente no que se refere à intervenção penal no campo das drogas, não é demasiado ressaltar que, no Brasil, a política proibicionista propagadora da guerra às drogas tem crescido vertiginosamente, provocando uma crescente ampliação do poder punitivo, sobretudo em relação ao tráfico de entorpecentes.

Como bem elucida Maria Lúcia Karam,

o Estado máximo, vigilante e onipresente atende, com as drogas qualificadas de ilícitas, à necessidade pós-moderna de criação de novos inimigos e fantasmas, que, como as bruxas e hereges de outrora, comovendo e assustando, ensejam a busca dos rigores da repressão, da maior intervenção do sistema penal.¹⁸

Nesse contexto, constata-se que dentro do Estado mínimo neoliberal há um simultâneo Estado máximo, vigilante e onipresente. O Estado máximo manipula a percepção dos riscos, o medo e os anseios de segurança, criando os denominados “pânicos morais” na sociedade, a qual se dirige contra os inimigos produzidos pelos processos de criminalização, em especial o traficante de drogas¹⁹.

Tais políticas de repressão à criminalidade conduzem a um autoritarismo que vem conquistando espaço nos Estados democráticos. Este novo autoritarismo, apontado por Zaffaroni, propaga-se nos meios de comunicação de massa e impõe uma propaganda emocional que proíbe denunciar e que, dado o seu caráter superficial, não sendo assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, é *cool*, em que “tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade”²⁰.

¹⁸ KARAM, Maria Lúcia. Revisitando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p.134.

¹⁹ KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun. 2006.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 70.

Dessa forma, os indesejáveis, que pertencem às chamadas classes perigosas, não sofrem pena formal, visto que geralmente a cumprem na prisão cautelar. Como revela Maria Lúcia Karam, “por ser assim *cool*, esse autoritarismo não se revela aos olhos distraídos da maioria, que, voltada para seus cegos anseios de segurança, aprova e aplaude os avanços do poder punitivo concretizado na intervenção do sistema penal”²¹.

À luz da interpretação da criminologia crítica, que tem como base o interacionismo simbólico, segundo o qual “agências de controle refletem os estereótipos da opinião pública”²², a magistratura torna-se pressionada perante este novo autoritarismo, uma vez que eles também se encontram submetidos aos meios de comunicação social de massa, que a todo tempo reivindicam a ampliação do poder punitivo. De modo que a sentença que colide com esse discurso midiático corre o risco de ser estigmatizada, podendo o magistrado, a depender das circunstâncias, envolver-se em sérias dificuldades.

A constatação da mencionada vulnerabilidade se mostra preocupante, tendo em vista o papel do juiz como criador do Direito. Ora, considerando que a letra da lei não pode garantir de forma completa e com a necessária clareza a sua própria aplicação, abrindo espaço para avaliações subjetivas por parte do julgador, a fim de que seja efetivamente posta em prática, certo é que o magistrado assume o papel de criador do Direito.

Assim sendo, os juízes, na condição de agentes do controle social, tornam-se protagonistas do futuro do Direito Penal e apresentam um elevado poder de transformação da realidade social, podendo constituir na principal frente de resistência diante do novo autoritarismo *cool*, criando uma barreira ao aumento irracional da punitividade.

Ocorre que, como já apontado, no mais das vezes, a atitude subjetiva por parte do julgador, na condição de intérprete da lei, é voltada para a confirmação dos reclamos por medidas repressivas, em um verdadeiro incremento do populismo punitivo.

Em particular, no que se refere aos crimes envolvendo a política criminal de drogas, com destaque para o tráfico de entorpecentes, o que se observa é que os espaços de discricionariedade existentes na dosimetria da pena dão

²¹ KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun. 2006.

²² SCHUR, Edwin M. *Labeling Deviant Behavior*. Its sociological implications. New York: Harper & Row Publishers, 1971. p. 51.

abertura a um aumento do punitivismo, principalmente quando da análise das circunstâncias judiciais pelo julgador, que apresentam um alto grau de subjetividade.

Dessa forma, constata-se, como se verá adiante, que as sentenças, na maioria dos casos, utilizam em seus fundamentos ideias pautadas na política proibicionista de guerra às drogas, corroborando para que o traficante de entorpecentes seja visto como inimigo da sociedade, recebendo, por via de consequência, um tratamento diferenciado do sistema punitivo.

2 OS ESPAÇOS DE DISCRICIONARIEDADE NA DOSIMETRIA DA PENA: UMA ABERTURA AO PODER PUNITIVO

O objeto do presente estudo será a análise de conteúdo de duas sentenças prolatadas no âmbito da Justiça Federal, nos anos de 2012 e 2013, relativas ao delito de tráfico internacional de entorpecentes.

Será analisado, especificamente, o modo como foram valoradas as circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena, a fim de se verificar se estão ou não presentes fundamentos que têm como plano de fundo a influência do populismo punitivo e da política criminal de guerra às drogas.

Com efeito, pretende-se compreender como os anseios sociais por punição podem ou não influenciar nas representações dos juízes sobre o traficante de drogas, dando margem a um possível aumento da punitividade quando da dosagem da pena-base²³.

Metodologicamente, a ferramenta utilizada foi a análise de conteúdo que é um conjunto de ferramentas utilizadas para extrair dados do texto e, a partir deles, elaborar inferências partindo de um marco teórico proposto²⁴.

Dessa forma, valendo-se do marco teórico da criminologia e das reflexões acerca do populismo punitivo, pretende-se inferir como são direcionados os espaços de discricionariedade na dosimetria da pena, especialmente quando da valoração das circunstâncias judiciais na primeira fase do sistema trifásico, consagrado no art. 68, *caput*, do Código Penal.

²³ A primeira sentença, relativa ao Processo nº 2012.4.05.8100, será chamada, para fins de facilitar a exposição, de sentença “A”. Já a segunda sentença, que corresponde ao Processo nº 2012.4.05.8300, será denominada de sentença “B”.

²⁴ BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 9.

Da análise do referido artigo constata-se que, para a aplicação da pena, devem ser seguidas três fases distintas, quais sejam: em primeiro lugar a valoração das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, seguida da análise das circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) e por fim das causas de aumento e diminuição de pena.

Assim, ao predeterminar as fases e os parâmetros para a fixação da pena, o Código Penal tem como finalidade exigir do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos sociais da pena e das garantias constitucionais, em especial a garantia da individualização do castigo.

Ocorre que, não obstante haja a tentativa de se reduzir ao máximo o arbítrio por parte do juiz, ainda permanecem elevados os espaços de discricionariedade, notadamente quando da fixação da pena-base em virtude dos tipos penais abertos previstos no *caput* do art. 59 do Diploma Penal²⁵.

Vale salientar que a abertura existente na análise das circunstâncias judiciais objetivas e subjetivas decorre da falta de conceituação legal do significado concreto de cada uma dessas circunstâncias, bem como da falta de previsão em lei de uma fração de aumento ou diminuição da pena, tal como ocorre na segunda e terceira fase do sistema trifásico, ficando a critério do julgador o patamar de aumento de cada circunstância que considere desfavorável.

Como afirma Bitencourt, ao analisar as circunstâncias judiciais,

o Código não estabelece quais devem ser considerados favoráveis ou desfavoráveis ao réu, atribuindo tal função à natureza dos fatos e das circunstâncias, e conferindo ao juiz o dever de investigá-los durante a dilação probatória e, posteriormente, individualizá-los e valorá-los, na sentença.²⁶

São oito as circunstâncias judiciais que podem ser divididas em duas ordens de valoração: as circunstâncias objetivas, quais sejam circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, que estão relacionadas a elementos externos do crime; e as circunstâncias subjetivas, que dizem respeito ao autor responsável pela conduta criminosa e que são a

²⁵ CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 156.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 637.

culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e os motivos do crime.

Entre tais circunstâncias merecem destaque as de ordem subjetiva, visto que possuem um maior grau de abstração, dando abertura para que aspectos psicológicos do julgador façam parte de sua motivação, podendo contribuir para um incremento do punitivismo.

Não obstante, será realizada uma breve análise acerca do conceito de todas as circunstâncias judiciais, bem como sobre a maneira como elas foram valoradas nas sentenças que são objeto do presente estudo.

Assim sendo, tem-se que a culpabilidade se relaciona com a censurabilidade da conduta. É a reprovabilidade pela resolução da vontade, uma qualidade negativa da ação; o que não implica em um “juízo de culpabilidade”, significando que a reprovabilidade está no juízo de quem julga. E por ser uma valoração negativa da vontade, e não a vontade em si mesma, ela pode ter graus de culpabilidade, segundo a importância que tenha a exigência do Direito e a facilidade ou dificuldade do autor em satisfazê-la²⁷.

Ocorre que, no plano fático, tal conceito é um tanto impreciso, assumindo as mais variadas conotações e, o que é mais grave, dando abertura para a majoração da pena-base por meio de referências vagas, não raras vezes presentes no alcance do tipo penal, sem a indicação de qualquer causa concreta que justifique o acréscimo da pena, além das elementares comuns ao próprio tipo.

A esse respeito, Salo de Carvalho²⁸ traz uma série de julgados que evidenciam a confusão conceitual acerca da culpabilidade, entre os quais vale destacar:

Quanto à culpabilidade, anoto que é alta, eis que o crime foi cometido com violência contra a pessoa. (STJ, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 84.050/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 11.03.2008)

[...] foi intensa a sua culpabilidade, já que agiu interna e externamente visando resultado final lucrativo [...]. (STJ, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 97.447/MG, Rel. Min. Felix Fischer, J. 01.04.2008)

²⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

²⁸ CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 180.

A culpabilidade é acentuada, tendo em vista a instrução do réu (2º grau completo). (STJ, 6ª Turma, AgRg no Recurso Especial 753.419/RS, Relª Min. Jane Silva, Desembargadora Convocada do TJ/MG, J. 29 de abril de 2008)

No mais das vezes, há uma valoração da culpabilidade com fundamento na reprovabilidade intrínseca à própria conduta, utilizando-se de elementos vinculados ao próprio tipo penal, o que contribui para um aumento do punitivismo por parte do julgador, que foge à proporcionalidade.

Ademais, há uma tendência em abdicar do fato e julgar o autor, isto é, ao invés de se analisar o crime concretamente, é realizado um juízo pessoal acerca do criminoso, em um verdadeiro direito penal do autor. Ocorre, pois, uma violação ao princípio da secularização, uma vez que o magistrado se pauta em uma apreciação eminentemente moral das circunstâncias do crime ou do imputado.

De outra banda, a análise da circunstância judicial concernente à conduta social tem caráter comportamental, revelando-se pelo relacionamento do réu no seio social, familiar e profissional, isto é, tal circunstância guarda relação com o comportamento do indivíduo no mundo exterior que habita.

Ocorre que não é raro ver sentenças em que a referida circunstância é valorada negativamente em razão do passado criminoso do agente, confundindo-se o conceito de conduta social com maus antecedentes, em uma flagrante violação ao princípio *ne bis in idem*, que proíbe que o mesmo fato seja considerado em prejuízo do réu duas vezes.

A esse respeito, Ricardo Schmitt afirma que “mera suposição de envolvimento criminal não deve desabonar a conduta social do agente, uma vez que por vias inversas estaremos ferindo o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal”²⁹.

Por sua vez, a circunstância concernente à personalidade do agente se expressa de diferentes maneiras, aferindo-se o comportamento, pensamento e emoções do sujeito. Assim, a personalidade pode ser definida como o conjunto de características psicológicas que determinam a individualidade pessoal e social de determinada pessoa.

²⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 129.

Sucedem que tal critério, além de possuir natureza controversa e volátil, “não apresenta, desde o modelo acusatório, possibilidades de verificabilidade processual pelo magistrado e pelas partes”³⁰. Isso porque se trata de circunstância afeta muito mais aos ramos da psicologia, psiquiatria ou antropologia do que ao direito, tornando-se difícil ao magistrado, para não dizer impossível, concretizar tal tarefa imposta pela lei.

Na prática, via de regra, o juiz só possui um contato pessoal próximo ao acusado na ocasião de seu interrogatório, fato que corrobora a difícil missão de se avaliar a personalidade do réu, pois, além de não ser profissional habilitado tecnicamente para tal tarefa, que está muito mais vinculada ao ramo da psicologia, o julgador só tem contato com o réu durante a audiência de instrução.

Assim sendo, o critério da personalidade do réu, como também a conduta social, constituem um terreno fértil para a ampliação do punitivismo judicial, abrindo espaço para valorações morais e impressões pessoais sobre o criminoso e o crime, bem como para violações a garantias legais e princípios constitucionais processuais.

Na avaliação da mencionada circunstância, também não é incomum que o magistrado, utilizando como argumento os envolvimento penais pretéritos do réu, majore de forma imprópria a pena-base, em uma clara violação ao princípio *ne bis in idem*, ou da proibição da dupla valoração.

A esse respeito, Salo de Carvalho expõe algumas decisões que tentam conceituar a circunstância personalidade, entre as quais vale ressaltar³¹:

Tendo em vista o modo de execução do delito, previamente ajustado entre quatro pessoas, com o uso de duas armas – revólver e faca – e, ainda, utilizando-se do estímulo à lascívia para atrair a vítima, atitude veemente imoral, demonstrando grave falha na formação do seu caráter. (STF, 1ª Turma, Habeas Corpus nº 92956-7/SP, Min. Cármen Lúcia, 01.04.2008)

Pelo fato de já ter sido condenado, responder a outras ações penais e voltar a delinquir demonstra personalidade

³⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 54.

³¹ CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 184.

comprometida com o ilícito. (STJ, 5ª Turma, *Habeas Corpus* nº 90.513/DF, Relª Min. Laurita Vaz, J. 26.02.08)

Na análise das referidas circunstâncias nas sentenças em estudo, constata-se a volatilidade de tais conceitos, bem como a propensão do Judiciário em assumir uma postura punitiva.

Dessa forma, observa-se na magistratura uma propensão em aderir ao populismo punitivo, termo utilizado para demonstrar a mudança pela qual tem passado a política criminal atual, a qual tem sido marcada por amplos debates acerca do elástico do poder de punir.

Tais debates têm grande apoio dos meios de comunicação social de massa, que cotidianamente difundem no seio social a sensação de ansiedade, insegurança e medo iminente. Desse modo, há uma dramatização da violência e uma exasperação dos riscos sociais, provocando o clamor público por punição e, por via de consequência, o atendimento de tais reclamos sociais por parte dos atores judiciais.

Ademais, o apoio ao populismo punitivo se apresenta também na tendência conservadora por parte dos magistrados, os quais, não raras vezes, demonstram uma forte mentalidade inquisitorial, tornando-se reticentes à efetiva incorporação dos valores constitucionais em suas decisões.

Assim sendo, analisando as sentenças sob estudo, no que tange à aferição da pena-base, em primeiro lugar no que se refere à circunstância judicial atinente à culpabilidade, constata-se que a sentença “A” sequer fez menção a tal circunstância.

Isso porque o magistrado valorou tão somente as circunstâncias mencionadas no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, segundo o qual “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Sucedem que, muito embora as circunstâncias elencadas no mencionado artigo sejam preponderantes, tal fato não exclui a análise das demais circunstâncias do art. 59 do Diploma Penal.

Ademais, a eleição pelo legislador das circunstâncias do art. 42 da Lei de Drogas como preponderantes já revela uma mentalidade baseada na política criminal de guerra às drogas, dando ensejo para que haja um aumento dos

espaços de discricionariedade pelo julgador e, conseqüentemente, uma maior abertura ao aumento da punitividade.

Em outro passo, a sentença “B” considerou a culpabilidade do réu como desfavorável, com esteio no seguinte fundamento:

No caso *sub examine*, observa-se que o réu comentou, quando interrogado, que suspeitava de algo estranho na sua bagagem, em razão das circunstâncias em que esta lhe foi entregue, mas, mesmo assim, resolveu prosseguir a viagem de posse da mala carregada de substância entorpecente com destino à Europa. Assim sendo, o grau de reprovabilidade da conduta do réu mostra-se elevado.³²

Na presente situação, o magistrado entendeu ser desfavorável a circunstância relativa à culpabilidade, a fim de majorar a pena-base, tão somente tendo em vista a afirmação do réu de que suspeitava de algo estranho em sua bagagem, resolvendo, ainda assim, prosseguir com a viagem. Ocorre que tal circunstância não evidencia um grau de reprovabilidade mais acentuado de sua conduta, a ponto de a culpabilidade se mostrar elevada.

Observa-se, portanto, que há uma tendência entre os julgadores, nas duas sentenças, em assumir uma postura mais punitiva, quando da análise de tal circunstância.

No que se refere às circunstâncias judiciais concernentes à personalidade e à conduta social do agente, constata-se, na sentença “A”, uma propensão em se abdicar do fato e se julgar o autor, uma vez que é realizado um juízo pessoal acerca do criminoso em detrimento da análise dos fatos.

Senão, vejamos:

Quanto aos dois últimos – personalidade e a conduta social do agente –, deve-se registrar que a personalidade do condenado e a sua culpabilidade convergem a um juízo de reprovabilidade mais acentuado. Com efeito, o réu, em seu interrogatório, afirmou ter estudado até o décimo primeiro ano e já ter sido condenado por posse de cocaína. Nota-se, portanto, que se trata de pessoa

³² Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

instruída, plenamente ciente não só da ilicitude do crime de tráfico de entorpecentes, mas das consequências do mesmo.³³

No caso em tela, constata-se que a valoração negativa se deu em virtude de juízos morais acerca da personalidade do agente. Como já visto anteriormente, a valoração da personalidade é uma tarefa muito mais afeita aos profissionais da área de saúde que ao julgador, visto que este não possui capacidade técnica para a aferição de tal circunstância.

Com efeito, conforme afirma Rogério Greco³⁴, “a consideração da personalidade é ofensiva ao chamado *direito penal do fato*, pois prioriza a análise das características pessoais do seu autor”.

Outrossim, o magistrado fez referência ao passado criminoso do acusado para aferir a sua personalidade e conduta social, o que caracteriza violação ao princípio *ne bis in idem*, uma vez que os envoltimentos penais pretéritos do réu devem ser valorados quando da avaliação da circunstância judicial atinente aos antecedentes criminais.

Por outro lado, na sentença “B”, o julgador nada valorou acerca da conduta social e da personalidade do agente, alegando que

[...] nada consta que desabone sua conduta social, o mesmo se podendo concluir quanto à sua personalidade, em relação a qual, salvo o desvio criminoso em que incorreu, nada mais se pode deduzir de modo a agravar a reprimenda, neste aspecto.³⁵

Ademais, na nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006), nos termos do art. 42, as circunstâncias judiciais relativas à conduta social e à personalidade do agente são consideradas preponderantes, o que demonstra que a volatilidade e a imprecisão de tais conceitos proporcionam, não raras vezes, um aumento do punitivismo judicial.

Nesse contexto, o traficante de drogas, assumindo a condição de inimigo interno da sociedade, é muitas vezes julgado pelo estereótipo que lhe é determinado, e não por meio de elementos concretos presentes nos autos, sendo

³³ Processo nº 0011073-20.2012.4.05.8100.

³⁴ GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 141.

³⁵ Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

comum a majoração de sua pena com base em argumentos que evidenciam tão somente a gravidade em abstrato do crime, estabelecendo-se em plano inferior o princípio constitucional da individualização da pena.

A circunstância concernente aos motivos do crime, por seu turno, tem relação com as razões de ordem subjetiva que antecederam e levaram o agente à prática do ilícito penal, referindo-se, pois, à origem propulsora da vontade criminosa. Assim, de acordo com os motivos que levaram o réu a delinquir, sua conduta poderá ser mais ou menos reprovável aos olhos do julgador.

A respeito de tal circunstância, Ricardo Schmitt assevera que

Deve ser valorado tão somente o motivo que extrapole o previsto no próprio tipo penal, sob pena de incorrerem em *bis in idem*. O motivo da infração, assim como as demais circunstâncias judiciais, não pode ser valorado negativamente quando integrar a definição típica, nem quando caracterizar circunstância atenuante ou agravante, além de causa especial de diminuição ou de aumento de pena.³⁶

Assim, quando os motivos do crime são inerentes à própria espécie delitiva, não podem ser considerados desfavoravelmente pelo magistrado para exasperar a pena-base, sob pena de se incorrer em dupla valoração, vedada pelo ordenamento jurídico.

Na análise das sentenças, constata-se que a sentença “A” não fez menção aos motivos do crime. Isso porque, como já demonstrado, tal decisão apenas valorou, no momento da aferição da pena-base, as circunstâncias judiciais elencadas no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, não fazendo menção às demais circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal.

Tal postura demonstra um vício de motivação na decisão, maculando o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, estabelecido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Ademais, a opção por analisar apenas as circunstâncias judiciais preponderantes previstas na Lei de Drogas evidencia que as representações judiciais sobre o traficante de drogas frequentemente estão pautadas na política criminal de *War on Drugs*, bem como nos anseios sociais por punição.

³⁶ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 134.

Em outro passo, a sentença “B” nada valorou acerca dos motivos do crime, considerando-os comuns ao próprio tipo penal, como se observa a seguir: “Como circunstância judicial, o motivo deve ser entendido como a razão de ser, a causa, o fundamento do crime perpetrado, sua mola propulsora. *In casu*, a motivação foi a vontade de lucro fácil, sendo comum ao delito em foco”³⁷.

No caso em apreço, observa-se que o magistrado da sentença “B” conceituou acertadamente o que seriam os motivos do crime, afirmando que a motivação do réu é comum à espécie delitiva em exame, evitando-se, assim, a valoração de elementos já presentes no tipo penal, isto é, a ocorrência de *bis in idem*.

No que se refere aos antecedentes criminais, estes dizem respeito ao histórico criminal do réu que não se preste para efeitos de reincidência. Ademais, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, somente revela ser possuidor de antecedentes criminais o agente que possui contra si sentença penal condenatória transitada em julgado.

Dessa forma, inquéritos policiais e ações penais em andamento, bem como sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes para a exacerbação da pena-base.

Ocorre que, no plano fático, tal definição é bastante controversa, existindo posicionamentos, até mesmo na Suprema Corte, que entendem não ser pressuposto para a caracterização dos maus antecedentes a condenação definitiva, dando ensejo ao aumento da pena-base, em uma afronta à garantia constitucional da não culpabilidade.

Nesse sentido, já afirmou o Supremo Tribunal Federal que

[...] os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores. A data da condenação é, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência [...].³⁸

³⁷ Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95585/RS. Rel^a Min. Ellen Gracie, 2^o T., J. 11.11.2008. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

Analisando o conteúdo das sentenças sob estudo, observa-se que a sentença “A” nada valorou acerca dos antecedentes, não fazendo sequer menção a tal circunstância. Entretanto, houve referência ao passado criminoso do réu em momento indevido, ao considerar como desfavorável a personalidade do agente.

Senão, vejamos:

[...] deve-se registrar que a personalidade do condenado e a sua culpabilidade convergem a um juízo de reprovabilidade mais acentuado. Com efeito, o réu, em seu interrogatório, afirmou ter estudado até o décimo primeiro ano e já ter sido condenado por posse de cocaína.³⁹

Com efeito, o magistrado alega que o réu já foi condenado por posse de cocaína, conforme o mesmo afirmou no momento de seu interrogatório.

Sucedede que, para caracterização dos maus antecedentes, é preciso que haja sentença condenatória transitada em julgado, e, no caso em tela, não houve qualquer menção à certidão cartorária que comprove o trânsito em julgado da condenação do réu.

Ademais, como já explanado, a avaliação dos antecedentes criminais constitui circunstância judicial autônoma, que deve ser valorada no momento oportuno, não se confundindo com o conceito de personalidade do agente.

Por sua vez, a sentença “B” também não valorou os antecedentes criminais do réu, justificando que “trata-se de réu que não possui registros em seus antecedentes criminais”⁴⁰.

Quanto às circunstâncias judiciais objetivas, tem-se que as circunstâncias do crime são elementos acidentais que não estão definidos na lei penal, compreendendo as particularidades do caso concreto que ao juiz cabe ponderar.

Entre tais circunstâncias, que se relacionam com o *modus operandi* empregado na prática do delito, podem ser incluídos o lugar do crime, o relacionamento do agente com a vítima, as condições e modos de agir, o objeto utilizado, o tempo de duração da ação delituosa, entre outras.

³⁹ Processo nº 0011073-20.2012.4.05.8100.

⁴⁰ Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

De outra banda, as consequências do crime são os efeitos da conduta do agente, devendo ser valoradas negativamente apenas aquelas consequências que se sobrepõem ao fato típico, isto é, que causem uma lesão jurídica de maior intensidade à vítima, aos seus familiares ou à sociedade. Exemplo disso, costumeiramente dado pelos doutrinadores, é a morte de alguém casado e com filhos menores, de cujo trabalho todos dependiam para sobreviverem⁴¹.

Por outro lado, ao se analisar o comportamento da vítima, deve-se observar em que medida a vítima, com a sua atuação, interferiu no comportamento do réu. Desse modo, quando a vítima provoca ou facilita a conduta delitiva do agente, tal circunstância judicial pode ser avaliada como favorável ao acusado.

No que tange à análise das sentenças, observa-se que a sentença “A”, mais uma vez, não fez menção às referidas circunstâncias, visto que foram alvo de análise tão somente as circunstâncias preponderantes a que faz menção o art. 42 da Lei Antidrogas.

A sentença “B”, por seu turno, no que toca à circunstância atinente ao comportamento da vítima, elucidou que “pela própria qualidade da vítima (sociedade em geral), não há que se aludir a qualquer circunstância a ela atribuível que pudesse ter concorrido para a prática do crime em apreço”⁴².

Em relação às circunstâncias do crime, afirmou o magistrado que,

no tocante às circunstâncias, poder-se-ia considerar a elevada quantidade de cocaína (quatro quilos, aproximadamente), situação que revela alto risco de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública. Contudo, uma vez já sopesado tal aspecto negativo no item 77 *supra*, deixo de valorá-la.⁴³

Já no que se refere às consequências do crime, alegou que, “de seu turno, no que se refere às consequências do crime, são aquelas já implícitas ao tipo penal violado, qual seja, a disseminação do tráfico, devendo-se, contudo, lembrar que o tráfico é inesgotável fonte de mácula ao tecido social”⁴⁴.

⁴¹ GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 142.

⁴² Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

⁴³ Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

⁴⁴ Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

Com efeito, constata-se que não houve na sentença “B” qualquer valoração negativa no que tange às circunstâncias judiciais de natureza objetiva, evitando-se, portanto, a afronta ao princípio da proibição da dupla valoração, tão comumente violado nas decisões judiciais.

Nada obstante, o julgador, ao referir-se às consequências do crime, muito embora afirme que são elas comuns ao tipo penal violado, faz a ressalva de que “o tráfico é inesgotável fonte de mácula ao tecido social”.

Assim sendo, o magistrado deixa evidente sua percepção sobre a gravidade do delito de tráfico de entorpecentes, demonstrando, ainda que de maneira implícita, quando da sua fundamentação, o apoio à política proibicionista de combate às drogas e a propensão em assumir uma postura punitiva.

Da análise de todas essas questões referentes às circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, pode-se inferir que a elevação da pena-base acima do mínimo legal deve ser fundamentada em aspectos concretos, sendo insuficiente a simples transcrição das mencionadas circunstâncias, sem qualquer referência ao caso concreto.

Dessa forma, o magistrado tem o dever e a necessidade de fundamentar suas decisões, calcando-se tal dever em verdadeira garantia expressa na Constituição Federal, em seu art. 93, inciso IX. Como afirma Guilherme Abrão, “só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder e, principalmente, se houve observância das regras do devido processo legal”⁴⁵.

Importante ressaltar que a motivação da decisão pelo julgador não é um ato unicamente racional, revestido de neutralidade, como muitas vezes se imagina, mas sim um ato dotado de certa subjetividade, uma vez que o magistrado sofre influência, consciente ou inconscientemente, de aspectos psicológicos ao prolatar sua decisão.

Assim, reconhecendo-se a existência de racionalidade e emoção na motivação, resta evidenciada a importância do cumprimento da garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade absoluta do processo em casos de vícios de motivação.

Como bem elucida Salo de Carvalho,

⁴⁵ ABRÃO, Guilherme Rodrigues; KLARMANN, Rafael; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial: o mito da neutralidade. Requisitos e vícios da decisão. *Revista jurídica UNIGRAN*, Mato Grosso do Sul, v. 11, n. 22, jul./dez. 2009.

Na estrutura do direito penal e processual penal romano-germânico a única forma de controle do arbítrio judicial é através da análise dos argumentos que fundamentam as decisões. No caso específico da aplicação da pena, através da avaliação da forma pela qual o juiz justifica sua decisão, preenche as lacunas (tipos penais abertos), soluciona as contradições e define a quantidade e a qualidade de pena.⁴⁶

Nessa conjuntura, os magistrados, como um dos principais atores do sistema criminal, tornam-se protagonistas do futuro do Direito Penal, desempenhando função de grande relevância no campo da interpretação e da aplicação das leis, as quais possuem caráter abstrato e devem ser aplicadas com a maior coerência e proporcionalidade possíveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da análise das duas sentenças foi possível verificar a tendência dos magistrados de se utilizarem dos tipos abertos presentes na primeira fase da dosimetria da pena como forma de incremento do punitivismo.

Constatou-se, ainda, uma oposição entre os julgados, visto que, enquanto a sentença “A” adotou uma postura mais proibicionista no que tange ao tratamento do traficante de drogas, valorando unicamente as circunstâncias judiciais preponderantes presentes no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a sentença “B” considerou a maioria das circunstâncias do art. 59 do Código Penal como favoráveis ao réu.

Nada obstante, também na sentença “B” se observa uma propensão ao tratamento rigoroso quanto ao delito de tráfico de entorpecentes. Exemplo disso é quando o juiz afirma que “o tráfico é inesgotável fonte de mácula ao tecido social”, fazendo um juízo interno de valor sobre a gravidade em abstrato do crime.

No que diz respeito à fundamentação, anterior à dosimetria da pena, foi possível observar o quanto o populismo punitivo e a política criminal de guerra às drogas estão presentes na mentalidade do julgador.

⁴⁶ CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 149.

Na sentença “A”, afirma o magistrado que “sabe-se que o tráfico internacional de drogas impulsiona o crime organizado em nosso país, fomentando a violência interna”⁴⁷.

Mais adiante, alega o julgador:

Sobre o ponto normalmente levantado pelas defesas de pessoas acusadas de tráfico internacional acerca da inexistência de lesão a bem jurídico de terceiro, impende destacar a lição de José Paulo Baltazar Júnior: “O bem jurídico protegido é a saúde pública” (STF, HC 74.287-4/PA, Maurício Corrêa, 2ª T., u., DJ 10.12.1999; Greco Filho: 83). Ademais, também de pacífico na doutrina que o bem jurídico protegido nos crimes de tráfico de droga e afins é a saúde pública, visto que o consumo de substâncias psicoativas prejudica a saúde dos usuários, levando-os, eventualmente, à morte, inclusive. Nesse sentido, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi dispõem que “o bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga. Para a existência do delito, não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos”.⁴⁸

Com efeito, o juiz se utiliza de lições dos doutrinadores para atender aos reclamos sociais por medidas repressivas e, mais ainda, para justificar uma acentuada política criminal de guerra às drogas, defendendo um tratamento penal diferenciado para os traficantes de drogas, que são vistos como inimigos da sociedade e principais propagadores da violência interna no seio social.

⁴⁷ Processo nº 0011073-20.2012.4.05.8100.

⁴⁸ Processo nº 0011073-20.2012.4.05.8100.

Ao final da fundamentação anteriormente destacada, afirma o magistrado que o tráfico de entorpecentes é um delito de perigo presumido em caráter absoluto, inexistindo a necessidade de ocorrência de qualquer espécie de dano para a consumação do crime.

De tal afirmação se extrai a tendência em se assumir uma postura inquisitória no tratamento dos traficantes de drogas, uma vez que tais indivíduos são vistos como entes perigosos. Assim, os crimes por eles cometidos são considerados de periculosidade presumida, não raras vezes ficando em plano inferior o princípio constitucional da presunção da inocência e as demais garantias legais e processuais.

Ainda na sentença “A”, o magistrado faz alusão a um Relatório sobre a Droga no Mundo (“World Drug Report”), realizado pela Organização das Nações Unidas no ano de 2009, que corrobora a visão da gravidade do crime de tráfico de entorpecentes, especialmente nas Américas, ao afirmar que *“drug trafficking is just one of the many crime issues confronting the region, of course, but it is largest one, and perhaps the most difficult”*⁴⁹.

Assim sendo, constata-se o discurso hegemônico da droga como a grande ameaça à saúde pública e à ordem social está presente no Judiciário, incentivando uma guerra declarada de combate às drogas e um aumento do populismo punitivo nas decisões judiciais.

Outrossim, no que tange à dosimetria da pena, verificou-se que a falta de disposições claras na legislação penal sobre a conceituação e a forma de valoração das circunstâncias judiciais presentes na primeira fase da aplicação da pena dá ensejo, na atual conjuntura político-criminal, a um aumento do punitivismo, provocando um encarceramento massivo.

Com efeito, a existência de conceitos vagos e lacunosos, tais como conduta social e personalidade do agente, corrobora para que as percepções psicológicas do julgador sobre o crime e o criminoso sejam utilizadas a fim de majorar a pena-base.

De maneira mais especial, no que se refere ao delito de tráfico de entorpecentes, a volatilidade de tais conceitos se torna ainda mais grave, visto que, como já demonstrado, a personalidade e conduta social são consideradas circunstâncias judiciais preponderantes (art. 42 da Lei nº 11.343/2006).

⁴⁹ Processo nº 0011073-20.2012.4.05.8100.

Dessa forma, pode-se compreender, por meio do estudo das referidas sentenças, como o populismo punitivo, alavancado pelos discursos midiáticos e pelo medo e insegurança populacionais, associado a uma política criminal de guerra às drogas, pode influenciar no comportamento da magistratura, a qual passa a assumir um papel ativo no combate à criminalidade.

Nessa perspectiva, o ativismo judicial legitima as reformas punitivas e dá abertura para que as classes perigosas, também chamadas de indesejáveis, a exemplo do traficante de drogas, sejam severamente punidas, não raras vezes desprezando-se os princípios e garantias constitucionais.

Por fim, nada obstante a vulnerabilidade dos juízes ante o cenário de populismo punitivo atualmente vivenciado, não se deve olvidar que os magistrados, na condição de atores do sistema penal, constituem a principal frente de resistência diante do avanço do punitivismo.

Assim sendo, os operadores do Direito consistem um forte instrumento de transformação da realidade social e de enfrentamento das violações dos direitos humanos, tão arduamente conquistados, tornando-se, pois, protagonistas do futuro do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95585/RS. Rel^a Min. Ellen Gracie, 2^a T., Julgado em: 11.11.2008. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Doutrinas de Segurança Nacional: banalizando a violência. *Psicologia em Estudo*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-22, 2000.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal do Inimigo - ou o discurso do direito penal desigual*, p. 3. Acesso em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun. 2006.

_____. Revisitando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

PINTO, Alessandro Nepomoceno. O sistema penal: suas verdades e mentiras. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

SCHUR, Edwin M. *Labeling Deviant Behavior*. Its sociological implications. New York: Harper & Row Publishers, 1971.

TORON, Alberto Zaccharias. et al. *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ATOS DANOSOS COMETIDOS POR MENORES NA INTERNET: RESPONSABILIDADE DO GUARDIÃO OU RESPONSABILIDADE DOS PAIS?

HARMFUL ACTS COMMITTED FOR MINORS IN INTERNET: LIABILITY OF BOTH PARENTS OR ONLY OF GUARDIAN?

Fabiana Pagel da Silva¹

Juíza de Direito no Rio Grande do Sul

Elisabete Maria Kirschke

Juíza de Direito no Rio Grande do Sul

RESUMO: Cada vez mais presente na vida doméstica brasileira, a Internet permite a participação ativa de crianças e adolescentes, influenciando na vida de terceiros e impondo que se discuta acerca da responsabilidade pelos danos decorrentes de atos danosos por estes cometidos, seja por meio de mensagens caluniosas, *bullying* virtual ou mesmo pela disseminação de vírus. E, embora o ordenamento jurídico brasileiro enfrente de forma direta a responsabilidade paterna por atos de seus filhos, definindo-a como objetiva nos arts. 932, I, e 933 do Código Civil, há divergência jurisprudencial e doutrinária no que concerne à responsabilidade do pai

não guardião. Tal situação é enfrentada no presente artigo, confrontando as noções de guarda e poder familiar diante desta nova realidade de atos danosos, na intenção de verificar, sem pretender encerrar a questão, se há brecha em nosso ordenamento para a responsabilização de ambos os pais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; direito de família; guarda; poder familiar; Internet.

ABSTRACT: *Increasingly present in Brazilian homes, the Internet enables the active participation of children and adolescents, influencing the lives of others and imposing that argue about liability for*

¹ Especialista em Responsabilidade Civil pela Unisinos.

damages caused by harmful acts committed by them, either through slanderous messages, bullying virtual or even the spread of viruses. And although the Brazilian legal system faces a direct parental responsibility for acts of their children, defining it as objective in arts. 932, I, and 933 of the Civil Code, there are doctrinal and jurisprudential disagreement regarding the responsibility of the parent not guardian. This situation is addressed in this article, confronting notions of custody and parental authority before this new reality of harmful acts, in order to verify, without attempting to close the question, whether there is gap in our legal order for the accountability of both parents.

KEYWORDS: *Liability; family law; custody; family power; Internet.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A responsabilidade dos pais por atos de seus filhos nos Códigos de 1916 e 2002 e a difícil interpretação dos artigos 932, I, e 933 do Código Civil vigente; 2 Atos danosos cometidos pelos filhos na rede internacional de computadores – Responsabilidade de ambos os pais ou apenas do guardião?; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The parents' liability for acts of their children in 1916 and 2002 Codes and the difficult interpretation of the artigos 932, I, and 933 the current Civil Code; 2 Harmful acts committed by children in the international network of computers – Liability of both parents or only of guardian?; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A Internet, ou rede mundial de computadores, quase inexistente na vida doméstica há cerca de dez anos, hoje se apresenta como uma constante nas atividades familiares, por vezes consumindo mais tempo dos filhos do que as atividades com os demais familiares.

Pesquisa TIC (Tecnologias de Informação e Comunicação), realizada pelo Comitê Gestor de Internet no Brasil e pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação, no ano de 2010, com 2.516 crianças na faixa etária entre 5 e 9 anos de idade, que constituem 8,3% da população brasileira, verificou que 51% das crianças usam o computador, sendo que 27% usam a Internet e, destes, 1/3 utiliza as redes sociais e 25% já se comunicaram pelo MSN com amigos e parentes, enquanto 10% já enviaram *e-mail*. Entre as crianças e adolescentes com 10 anos ou mais, 41% já utilizaram a Internet.

No entanto, quanto ao primeiro grupo, é interessante observar a desproporção entre a visão dos pais e a dos filhos sobre a utilização da Internet, pois, enquanto 27% das crianças dizem ter utilizado a Internet, apenas 24% dos pais informaram tal dado sobre os seus filhos, ou seja, o restante sequer tem