

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CARLINE SILVA LEAL

**O CARÁTER PUNITIVO DA DECISÃO DO STJ NO JULGAMENTO DO ERESP
1.431.091/SP: A ERA DO PUNITIVISMO**

**BRASÍLIA,
JUNHO 2017**

**O CARÁTER PUNITIVO DA DECISÃO DO STJ NO JULGAMENTO DO
ERESP 1.431.091/SP: A ERA DO PUNITIVISMO**

**THE PUNITIVE CHARACTERISTIC OF THE DECISION ON THE JUDGMENT
ERESP 1.431.091/SP BY STJ: THE ERA OF PUNITIVISM**

Carline Silva Leal

Sumário: Introdução; 1. Direito penal, Estado e os limites ao *jus puniendi*; 1.1. A culpabilidade penal como limite da pena; 1.2. A relação entre a valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal com a propagação de decisões mais punitivas; 2. A era do punitivismo; 2.1. O punitivismo e o direito penal do inimigo; 3. A decisão do STJ no EREsp 1.431.091/SP: breve análise do caso; 3.1. O caráter punitivista da decisão. Conclusão; Referências.

RESUMO:

O presente estudo tem o escopo de realizar uma análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do EREsp 1.431.091/SP. Essa decisão uniformizou o entendimento segundo o qual é possível a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso com vistas a formar a convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas e assim negar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. Dentro dessa abordagem, o entendimento consagrado no EREsp 1.431.091/SP suporta o seguinte questionamento: “em que medida a decisão do STJ ao restringir o princípio constitucional da presunção de inocência e afirmar que inquéritos policiais e/ou ações penais em curso podem afastar aplicação do benefício da Lei de Drogas possui caráter punitivista?”. No âmbito desse estudo, uma reflexão acerca da aplicação do direito penal no Brasil, dos limites ao *jus puniendi* estatal e do punitivismo observado nas decisões do judiciário, são essenciais para a compreensão do tema.

Palavras-chave: Punitivismo. Decisão. Direito Penal. Limites. Princípios. Direito Penal do Inimigo.

ABSTRACT:

This present study aims at analyzing the decision of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) in the judgment EREsp 1,431,091 / SP. The aforesaid decision has standardized the understanding of the possibility to use an ongoing police investigations and prosecutions in order to support a conviction that the defendant is engaged in criminal activities, so, it would justify the denial to apply the sentence reduction cause referred in the paragraph 4 Article 33 of the Drugs Act. Then, within this approach, the understanding provided by the EREsp 1,431,091 / SP raises the following question: "to what extent does this STJ's decision have a punitivist characteristic once it restricts the application of a constitutional principle of the presumption of innocence and it assures that an ongoing police investigations and / or prosecutions may rule out the application of Drugs Act benefits? " The scope of this study will be based on a reflection upon the application of criminal law in Brazil – from its limits up to the State *jus puniendi* – in addition to the punitivism observed in the decisions of the judiciary which are essential for a better understanding of this subject.

Keywords: Punitivism. Decision. Criminal Law. Limits. Principles. Enemy Criminal Law.

INTRODUÇÃO

A partir de observações a respeito da aplicação do direito penal no Brasil, dos limites ao *jus puniendi* do Estado e do punitivismo que tem se tornado prática recorrente nas agências judiciais, o presente artigo tem o propósito de realizar uma análise sobre o possível caráter punitivista da decisão do STJ, no EREsp 1.431.091/SP.

Buscando entender o que seria o punitivismo e como esse movimento exerce influência nas decisões proferidas pelo Judiciário, se fez necessário, estudar o punitivismo em sua vertente social, consubstanciada na repercussão que a mídia tem dado aos crimes graves, ocasionando com isso, grande preocupação da sociedade em relação à segurança.

Neste cenário atual, não raras vezes surgem decisões proferidas pelas instâncias judiciais que demonstram uma postura mais autoritária do Judiciário com o objetivo de punir de forma mais severa determinados indivíduos. Tais decisões, refletem que o punitivismo é adotado em razão do frequente apelo popular de que se faz necessário a aplicação de um direito penal em seu grau máximo.

O punitivismo, nesse sentido, pode ser verificado quando garantias materiais

e processuais são negadas; quando não há aplicação de benefícios; quando a majoração da pena é feita de forma excessiva e desproporcional; bem como, quando há a mitigação dos princípios, principalmente os de natureza constitucional.

No entanto, é preciso ter em mente, que a imposição de penas mais severas com a consequente colocação do indivíduo em cárcere não reduz a criminalidade, uma vez que, essa situação decorre da ausência de políticas sociais efetivas e de controle, onde o abandono assistencial resulta, quase sempre, em somente uma alternativa – o crime.

Numa época em que as pessoas acreditam que para combater a violência e a criminalidade, a pena privativa de liberdade na sua forma mais gravosa é a única solução, a análise da decisão do STJ no EREsp 1.431.091/SP se mostra relevante, tendo em vista que, em julgamento realizado em 14 de dezembro de 2016, a Terceira Seção do STJ uniformizou o entendimento perante a Quinta e a Sexta Turma, segundo o qual é possível à utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para formar a convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas e assim afastar o benefício legal previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas).

Diante da uniformização desse entendimento, faz-se o seguinte questionamento: Em que medida a decisão do STJ ao restringir o princípio constitucional da presunção de inocência e afirmar que inquéritos policiais e/ou ações penais em curso podem afastar aplicação do benefício da Lei de Drogas possui caráter punitivista?

Uma análise preliminar da matéria permite perceber que o constante clamor da sociedade por segurança e combate a violência, resulta no desejo pela aplicação de penas mais encrudescidas aos ‘criminosos’. Tendo como ótica essa premissa, a decisão do STJ que mitiga princípios e nega um benefício impondo sanção maior a determinados agentes demonstra relevante inquietação. Nada obstante, tudo isso será desenvolvido no decorrer do presente artigo, na tentativa de chegar a uma conclusão em relação ao tema.

Tomou-se conhecimento da problemática aventada nesta decisão através da

ampla divulgação na mídia. Este precedente integrou a edição 596 do Informativo de Jurisprudência do STJ, apontando o entendimento aplicável no julgamento de casos análogos. Considerando que o STJ é o Tribunal responsável pela geração de precedentes no tocante a legislação infraconstitucional e tendo em conta que suas decisões vinculam as instâncias de piso, pode-se verificar a dimensão que ganha o mencionado entendimento.

O presente artigo foi estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo se prestará a análise dos limites ao *jus puniendi* estatal, sendo o seu principal objetivo identificar que o direito de punir do Estado deve necessariamente estar limitado às normas e princípios existentes no ordenamento jurídico, de forma a evitar o emprego excessivo e arbitrário da punição. Para tanto, será feito um estudo da culpabilidade como elemento limitador da pena, afirmando a necessidade de respeito a este limite. Na sequência, será destaque a relação existente entre a valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal (CP) com a propagação de decisões mais punitivas.

A partir desse ponto, no segundo capítulo, far-se-á uma análise do movimento punitivista observado na sociedade e seus desdobramentos no Judiciário, onde se percebe uma atuação mais ativa e severa na hora de punir os indivíduos que já ostentam um passado criminoso, além de verificar a aproximação do movimento punitivista com a teoria do direito penal do inimigo.

Como desfecho, no último capítulo, será examinado o possível caráter punitivista da decisão do STJ no EREsp 1.431.091/SP, onde num primeiro momento, será relatada a dinâmica processual do caso, desde a sentença até a decisão que uniformizou o entendimento sob a matéria, bem como será feita breves considerações acerca da aplicação do benefício da Lei de Drogas. Após, buscar-se-á, analisar se houve excesso punitivista na decisão, ponderando algumas críticas pertinentes à análise do julgado.

Por fim, destaca-se, que a metodologia utilizada para a construção deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica, por meio da qual analisou-se teorias, conceitos e argumentos doutrinários.

1. DIREITO PENAL, ESTADO E OS LIMITES AO *JUS PUNIENDI*

O direito penal, como ensina Bitencourt, “apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas correspondentes – penas e medidas de segurança”.¹ Ou, conforme o magistério de J. C. F. Olivé et al. “o direito penal se caracteriza por cumprir a missão de proteger bens jurídicos, aplicando as sanções mais graves entre as legalmente admissíveis e incidindo no comportamento humano por meio da prevenção”.²

Ao se afirmar que o direito penal protege bens jurídicos entra em cena o primeiro elemento que além de fundamentador desse ramo do direito é também limitador da intervenção penal, qual seja: só pode ser considerada criminosa a conduta que viole bens jurídicos, esses, tidos como interesses valiosos ou vitais.³ Esta regra, entretanto, descreve uma incongruência dentro do direito penal, uma vez que protege bens jurídicos autorizando a lesão de outros bens jurídicos. Conforme assinala J. C. F. Olivé et al.:

Protege-se os interesses mais essenciais para o ser humano e a sociedade (a vida no delito de homicídio, a saúde no delito de lesões etc.) através da lesão de outros bens jurídicos essenciais (a liberdade ambulatoria através da pena de prisão, o patrimônio através da pena de multa, em alguns países inclusive a vida através da pena de morte etc.).⁴

Por outro lado, o direito penal surge como forma de organizar a convivência humana e regular as relações dos indivíduos em sociedade. Para tanto, sabe-se foi dado ao Estado o direito de punir àqueles que se distanciam das normas. Esta ideologia de colocar na figura do Estado o poder de punir os indivíduos que se portam contrário às leis da sociedade, é fruto do iluminismo⁵ e se fundamenta no contrato social de Jean Jacques Rousseau, pelo qual os cidadãos renunciam sua liberdade em favor do Estado, e como consequência dessa renúncia recebem a

¹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.

²OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; et al. **Direito Penal Brasileiro Parte Geral: princípios fundamentais e sistema**. Apresentação e prólogo Claus Roxin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 71.

³Ibidem., p. 72.

⁴Ibidem., p. 72.

⁵O iluminismo foi um movimento cultural, social, político e filosófico originado no século XVII, mas que desenvolveu mais plenamente suas vertentes ideológicas no século XVIII.

garantia de independência e autonomia, essas estendidas apenas aos que respeitarem as leis.⁶

O direito de punir do Estado, no entanto, deve estar submetido a exatos controles, a fim de que sejam evitados abusos.⁷ Parte desse controle ao qual se submete o *jus puniendi* estatal, se refere aos princípios norteadores do direito penal que ganharam força significativa com a Constituição Federal de 1988 e com a implantação de um Estado Democrático de Direito.

Para atuar de maneira equilibrada, o direito de punir do Estado deve ser usando minimamente, haja vista, que a aplicação de uma pena importa em verdadeira violação da liberdade. Por isso que, a concretização da segurança pública e paz social devem ser alcançadas em primeiro lugar por meio de políticas sociais comprometidas e eficazes, e, somente quando essas se mostrarem insuficientes ou ineficazes é que entra o *jus puniendi* do Estado, onde, através do direito penal buscará solucionar os conflitos existentes.

A formalização do direito penal e do *jus puniendi* do Estado guardam vinculação com as normas, que possuem o objetivo de limitar a ação do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão, que, da mesma forma, são bens jurídicos tão importantes quanto os bens que porventura forem violados.

Nessa toada, o Estado não pode violar a esfera de direitos individuais do cidadão da forma que bem entender, ainda que o mesmo tenha praticado algum delito. Ao contrário, devem existir limites ao atuar punitivo estatal.⁸ Esses limites indicam que a sanção penal é, sem dúvida, a medida mais extrema a ser adotada, pois, que, quando parte-se para aplicação de uma pena, principalmente a pena privativa de liberdade, retira-se do indivíduo direitos e garantias que são inerentes a pessoa humana.

Não por outro motivo, o direito penal possui caráter subsidiário e só deve ser aplicado quando os demais meios de controle fracassarem em proteger o convívio

⁶OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; et al. **Direito Penal Brasileiro Parte Geral: princípios fundamentais e sistema**. Apresentação e prólogo Claus Roxin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁷Ibidem., p. 72.

⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

social. Nesse passo, deve ser o último recurso com o qual o Estado deve contar para resguardar os interesses fundamentais da coletividade.⁹ Todavia, por ser o instrumento que causa maior segurança a sociedade, tem-se muitas vezes a visão de ser o único meio capaz de conter de forma imediata a criminalidade.

Feitas essas considerações, neste capítulo, será necessário realizar um estudo sobre a culpabilidade como limite para aplicação da pena. Logo após, será analisada a relação existente entre a valoração dos antecedentes penais, conduta de vida e personalidade do agente com a aplicação de penas mais severas e decisões mais punitivas, abordando também, as incoerências que residem na consideração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

1.1. A culpabilidade penal como limite da pena

Ao discutir sobre a limitação do *jus puniendi* do Estado, a análise da culpabilidade do agente surge como seu elemento primordial, isso porque, é dela que se afere, ou pelo menos deveria se aferir, o limite da pena.

Bitencourt ensina que é concedido ao direito penal o que se chama de triplo sentido ao conceito de culpabilidade. Em um primeiro momento, analisa-se a culpabilidade como fundamento da pena e investiga-se a possibilidade de aplicação de uma pena ao autor de um fato proibido pela lei. Em segundo, analisa-se a culpabilidade como elemento da determinação da pena, no entanto, essa análise não pode ser entendida como fundamento da pena, mas como um limite para a aplicação desta, uma vez que, impede a aplicação da sanção além do limite da própria culpabilidade. E, por fim, em terceiro momento, analisa-se a culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva, a qual impede que o agente infrator seja responsabilizado sem que tenha agido com dolo ou culpa.¹⁰

Neste momento, desenvolver-se-á as premissas do segundo sentido da culpabilidade, que a concebe como elemento de determinação e limite da pena.

⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9.

¹⁰Ibidem., p. 16.

Valendo-se do segundo sentido da culpabilidade, acredita-se que deve existir uma proporção entre a culpa e a pena efetivamente aplicada, ou seja, a sanção aplicada precisa satisfazer o grau de reprovabilidade da conduta. Assim, explica Rogério Greco “as condutas mais reprováveis merecerão a aplicação de uma penalidade maior; as menos censuráveis, a seu turno, receberão pena menor”.¹¹

Como se nota, a culpabilidade funciona, antes de tudo, como um medidor da aplicação da pena, que visa evitar o abuso do poder punitivo pelo Estado. Trata-se de uma certeza dada ao cidadão de que ele não será punido sem razão, e se for, a sua punição não será mais severa do que o que corresponde a sua culpa no delito.

Na visão de Claus Roxin, quando se defende que a pena depende da necessidade preventiva e da culpabilidade do autor, isso resulta em uma dupla limitação para a pena, que não deve extrapolar o nível de culpabilidade, muito menos ultrapassar a necessidade de prevenção. Nesse viés, a pena pode ser necessária por razões de reinserção social e nesse caso ser aplicada abaixo da culpabilidade do autor, ou, pode ser dispensada se não existir necessidade de prevenção.¹²

Ao entender a culpabilidade como limite da pena, faz-se necessário discutir sobre o que Maria Lúcia Karam chama de função garantidora da culpabilidade. A autora demonstra, que, “para exercer sua função garantidora, a culpabilidade só pode ser entendida como culpabilidade pelo fato realizado (culpabilidade pelo ato ou pelo injusto), único entendimento, aliás, constitucionalmente admissível”.¹³

E mais, para Karam:

Diferenciando-se radicalmente da visão ligada à culpabilidade de autor (predominante na prática das agências judiciais), a concepção da culpabilidade pelo ato – repita-se – impõe a consideração da personalidade do agente tão-somente no que se refere ao fato realizado, implicando unicamente na investigação do maior ou menor

¹¹GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 141.

¹²OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; et al. **Direito Penal Brasileiro Parte Geral: princípios fundamentais e sistema**. Apresentação e prólogo Claus Roxin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹³KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 2, n. 6, p. 124, abril/jun. 1994.

âmbito de autodeterminação que esta personalidade, determinada por circunstâncias diversas, lhe deixou para atuar de outro modo.¹⁴

Retira-se deste ensinamento que a culpabilidade do agente deve estar restrita ao fato por ele realizado, sendo dispensável qualquer aferição, em maior ou menor grau, da personalidade do autor do fato delituoso. É por esse motivo que no entendimento de Nivaldo Brunoni “o princípio da culpabilidade goza de *status* constitucional, cuja principal implicação é a de justamente não recepcionar uma culpabilidade que não se estribe no Direito Penal do fato”.¹⁵

Logo, se um sistema penal determina na aplicação das penas, além da culpabilidade pelo fato, as características da personalidade do réu para majorar, negar benefícios ou garantias e punir mais severamente, estar-se-á diante de uma culpabilidade que analisa o autor do fato culpável e não o fato culpável efetivamente praticado.

Nesse sentido, há de se compreender que:

Com o Direito Penal do autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. A tipologia etiológica tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas **ser** ladrão; não se proíbe matar, mas **ser** homicida, etc. (grifos originais).¹⁶

É por isso que a culpabilidade como limite da pena é um postulado que não é respeitado quando se está diante de um caso concreto, especialmente pelo que dispõe o artigo 59 do CP em relação à análise das circunstâncias judiciais do acusado.

Nessa seara, conforme será demonstrado no tópico seguinte, há de se entender que quando se considera essas circunstâncias judiciais no momento de fixação da pena, o julgador acaba não observando o limite da culpabilidade do autor do fato típico, haja vista que, a culpabilidade nesse caso é apenas mais uma das

¹⁴KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 2, n. 6, p. 124, abril/jun. 1994.

¹⁵BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio da culpabilidade**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm>. Acesso em: 16 Abr. 2017.

¹⁶Ibidem.

circunstâncias a ser sopesada dentre as demais prevista no artigo, resultando em penas não guardam proporcionalidade com a conduta do agente.¹⁷

Conforme ensina a melhor doutrina, a culpabilidade deve ter correlação com o atuar do agente, com o fato que foi praticado e não com o ‘ser’ do autor do fato. Isso consequentemente impossibilita que se utilize a culpabilidade como um atributo da pessoa, deve ser examinado apenas ao seu comportamento diante de um fato típico, pois um sistema penal garantista não pode ter lugar para analisar a periculosidade, a conduta social ou qualquer outra circunstância subjetiva do autor.¹⁸

No tocante ao tema J. C. F. Olivé et al., ensina o seguinte:

A culpabilidade, por consequência, somente será analisada se antes o sujeito realizou uma ação típica e antijurídica. Contudo, em épocas não muito distantes, sustentou-se (doutrinária e legislativamente) a necessidade de se analisar a culpabilidade – e a aplicação de autênticas penas – a sujeitos que não levaram a cabo comprovadamente fatos penalmente antijurídicos, mas que ao longo de sua vida realizaram comportamentos antissociais e imorais. Destarte, e à margem do fato cometido, a culpabilidade do autor considerou elementos alheios à dita conduta, como forma de vida ou personalidade do autor. Assim, sancionaram-se penalmente pensamentos, ideologias, manifestações de rebeldia ou qualquer conduta incômoda para o Poder Público ou alguns setores sociais. Em síntese, deste ponto de vista, a pena não se fundamenta *no ter feito algo*, mas em *ser de determinada maneira*. Estas propostas somente têm aplicação no marco de sistemas penais de perigo e autoritários, que substituem a culpabilidade pela ideia de *periculosidade social*. Nesta perspectiva fala-se de *culpabilidade de autor*, oposta à *culpabilidade pelo fato* e antagônica aos princípios e propostas democráticos defendidos nesta obra.¹⁹(grifos originais)

No ordenamento jurídico pátrio parece haver uma relativização da culpabilidade como um fundamento limitador da pena, pois durante a cominação das penas o aplicador da norma penal não examina apenas o fato efetivamente praticado pelo agente, mas também a conduta de vida, o caráter do sujeito, se este anteriormente já delinuiu etc. Por essa razão, julgamentos baseados em circunstâncias pessoais do indivíduo delineiam uma especial aproximação com o

¹⁷SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. A aplicação da pena no sistema penal brasileiro: a culpabilidade como elemento central de valoração. **Revista da faculdade Mineira de Direito**, Minas Gerais, v. 18, n. 36, p. 2, maio 2017.

¹⁸CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

¹⁹OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; et al. **Direito Penal Brasileiro Parte Geral: princípios fundamentais e sistema**. Apresentação e prólogo Claus Roxin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 452.

direito penal do autor.

É a partir daí que surgem grandes dificuldades, pois quando se concebe a culpabilidade como limite da pena, qualquer valoração feita sobre os antecedentes do autor acaba por ultrapassar a esfera da culpabilidade, resultando em penas mais severas, em restrição da liberdade, em violação da dignidade humana e na propagação de decisões punitivas que se excedem.

1.2. A relação entre a valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal com a propagação de decisões mais punitivas

Após as reflexões acerca da culpabilidade como critério limitador da pena, passemos a examinar a consequência da não observação desse limite, uma vez que o Código Penal impõe que sejam analisadas além da culpabilidade, os antecedentes criminais, à conduta social e a personalidade do agente revelando certa inconsistência dentro do sistema penal brasileiro. Por isso, este tópico se propõe analisar a relação entre a valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP com a propagação de decisões mais punitivistas. As decisões punitivistas, nesse sentido, serão entendidas como a aplicação de penas severas.

O conceito de maus antecedentes é muito discutido na doutrina e com o passar dos anos sofreu diversas modificações. Nas palavras de Bitencourt, os antecedentes devem ser entendidos como os fatos reprovados pelas autoridades públicas que refletem certa incompatibilidade com o ordenamento jurídico, sendo a sua principal finalidade demonstrar em maior ou menor medida a afinidade do indivíduo com a prática de condutas delituosas.²⁰

A doutrina mais tradicional entendia como maus antecedentes todos os fatos praticados anteriormente pelo indivíduo, considerados bons ou maus, esse conceito, portanto, possuía uma abrangência ampla. Todavia, com a inserção da análise da conduta social no artigo 59 do CP, como circunstância independente, o conceito de maus antecedentes seguiu para outro norte.

Bitencourt, ao expor sua atual visão sobre o tema explica que no Estado

²⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

Democrático de Direito, sobre a ótica de uma nova ordem constitucional, os antecedentes somente podem ser valorados como “maus”, quando provenientes de decisões condenatórias irrecorríveis, sendo excluídos desta análise, quaisquer tipos de investigações e processos criminais em andamento, mesmo que já estejam em fase de recurso.²¹

Nesse quadro indaga o autor com maestria, se valorar alguns atos como antecedentes negativos significaria condenar o indivíduo ou simplesmente violar o seu princípio constitucional de estado de inocência, como a doutrina e a jurisprudência tem entendido?.²²

Há de se ter em mente que avaliar os antecedentes, com vistas a demonstrar que o indivíduo tem a personalidade voltada para práticas de condutas criminosas, por si só, já representa um gravame punitivo, pois se passa a estigmatizar o indivíduo baseado em fatos cometidos em ocasião anterior, eternizando a punição, em completa afronta aos princípios constitucionais.

A conduta social, por sua vez, deve ser analisada como conjunto do comportamento do indivíduo na sociedade seja no convívio familiar, profissional ou até mesmo na vizinhança.²³ Ocorre que ao analisar a subjetividade deste conceito, surgem questões problemáticas em razão da dificuldade em se constatar o que seria uma conduta socialmente recomendável e quais os parâmetros para identificá-la.²⁴

Outra grande dificuldade surge no momento de definir a personalidade do indivíduo. Diante da questão, Salo de Carvalho esclarece que a análise dessa circunstância carece de verificabilidade processual pelo julgador, pois definir a personalidade de alguém não é algo fácil de fazer, sobretudo quando quem o faz não possui o domínio da psicologia, antropologia ou psiquiatria.²⁵

Por este motivo, no momento de fixação da pena a análise da personalidade

²¹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 578.

²²Ibidem., p. 577.

²³Ibidem., p. 579.

²⁴SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. A aplicação da pena no sistema penal brasileiro: a culpabilidade como elemento central de valoração. **Revista da faculdade Mineira de Direito**, Minas Gerais, v. 18, n. 36, maio 2017.

²⁵CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

do agente é, muitas vezes, precária, controversa, superficial ou genérica. Esse tipo de análise realizada pelo magistrado resulta, quase sempre, em decisões infundadas, as quais mesmo que fossem realizadas de forma técnica, estariam embasadas em juízos sobre o 'ser' do autor e não sobre o fato por ele praticado.²⁶

Independentemente da circunstância que for analisada no momento de cominação das penas, frisa-se que são consequências intrínsecas da análise dessas circunstâncias a negatividade, a subjetividade, a relatividade e a perpetuidade.²⁷

Neste aspecto:

Trata-se de conceito amplo porque qualquer fato pretérito envolvendo o acusado pode, em tese, ser levado em conta pelo juiz para majoração da pena; negativo porque revela a tendência judicial em considerar apenas os 'maus antecedentes' do autor, sendo excluídos todos os fatos 'nobres'; subjetivo porque é o juiz que os seleciona arbitrariamente, sendo, portanto, relativos, visto que são basicamente os registros policiais e civis a serem considerados. Importante, ainda, perceber que os antecedentes são perpétuos, pois, diferentemente do que ocorre com a reincidência (espécie de antecedentes criminais), não ensejam limitação temporal.²⁸

A toda evidência, a valoração dos antecedentes do indivíduo funciona como um mecanismo para analisar a sua história de vida, ocasionando juízos (pré) determinados de condenação e tendenciados, por vários motivos que nem sempre estão ligados ao fato ilícito efetivamente praticado. Tudo isso, só fortalece a tese de que "muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu"²⁹, e é nesse aspecto que reside o caráter punitivista de qualquer decisão.

Zaffaroni e Pierangeli ensinam que a regra constitucional que proíbe a prisão perpétua não pode ser interpretada de forma reduzida, mas sim de forma ampla, tomando como premissa que essa norma deriva do princípio da humanidade e da racionalidade das penas, de acordo com o qual são proibidas penas cruéis. Nesse viés, a proibição da prisão perpétua no ordenamento jurídico brasileiro, importa na consequência lógica de que não podem existir delitos que concebam penas ou

²⁶CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 54.

²⁷Ibidem., p. 54.

²⁸Ibidem., p. 50.

²⁹Ibidem., p. 51.

consequências penais perpétuas.³⁰

Sendo assim, mesmo que exista um delito considerado muito grave, a pena servirá apenas para o que o indivíduo pague pelo que fez na medida da sua culpabilidade. Isso quer dizer, que o ordenamento constitucional pátrio admite que aquele que comete um delito fique submetido a uma pena, mas não permite com isso, que o autor de um delito perca a condição de pessoa humana, passando a ser estigmatizado e penalizado de forma mais severa em razão dos seus antecedentes.

A título meramente exemplificativo, se determinado indivíduo é viciado em drogas e para nutrir o seu consumo passa a traficar, por certo se for pego alguma vez terá passagens pela polícia, podendo até mesmo responder a um processo criminal. Digamos que certo dia esse mesmo indivíduo furtar um objeto de pequeno valor numa loja e seja denunciado por tal fato. Ao examinar os antecedentes, a conduta social e a personalidade desse indivíduo o julgador certamente não vai levar em consideração apenas o fato por ele praticado naquele caso – o furto de um objeto de pequeno valor – e fixará a pena tomando como base a prática dos fatos antecedentes, que resultará numa penalização maior do que a culpabilidade por aquele ilícito praticado.

Se, ao contrário, o julgador se limitasse a examinar apenas o fato típico praticado por esse indivíduo, a pena aplicada seria mínima, sendo possível reconhecer até mesmo a insignificância da lesão ao bem jurídico e o indivíduo seria absolvido por atipicidade material da conduta.³¹

Estruturadas essas premissas, constata-se que a valoração dos antecedentes no momento de aplicação da pena acaba direcionando o julgador a proferir uma decisão mais punitiva, não atrelada apenas a culpabilidade do infrator, mas também a circunstâncias pessoais e anteriores de sua vida.

Edmund Mezger foi um dos defensores da culpabilidade pela condução de vida. Por meio da sua teoria intitulada “teoria da cegueira jurídica”, buscou utilizar a periculosidade criminal e social dos indivíduos para medir o grau de sua

³⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³¹Vide: princípio da insignificância.

culpabilidade em determinado fato. Ao considerar as bases dessa teoria, permite-se que sejam aplicadas penas maiores quando o sujeito possuir precedentes criminais ou antissociais que denotariam uma maior culpabilidade pela conduta de vida.³²

Nesta perspectiva, passa-se a entender que a corrente que adota como consequência da majoração da pena a reiteração em condutas criminosas, segue a mesma linha de pensamento da teoria de Mezger. O agravamento da pena em razão dos antecedentes do indivíduo é uma tendência adotada em muitos sistemas penais, como é o caso do sistema penal brasileiro. Entretanto, o aumento da pena associado a tais circunstâncias, se direciona exclusivamente a aplicação de um direito penal do autor.

Por derradeiro, um sistema penal embasado por tais pensamentos é muito mais severo e punitivo, pois que, se afasta dos limites que lhe são expressos, fazendo surgir um novo tipo de direito penal, com caráter mais punitivista, influenciado pelos clamores midiáticos e voltado para os inimigos.³³

2. A ERA DO PUNITIVISMO

Nos últimos anos, a ocorrência de crimes graves com repercussão social na mídia tem ocasionado um sentimento de preocupação geral na sociedade. A era da punição ou punitivismo nasce desse sentimento que a violência acarreta nas pessoas.³⁴ Nesse aspecto, Rogério Greco assevera:

Definitivamente, o discurso penal agrada a sociedade, pois que esta nele deposita a sua esperança. A mídia, que exerce poderosa influência em nosso meio, se encarrega de fazer o trabalho de convencimento da sociedade, mostrando casos atroz, terríveis sequer de serem imaginados, e, como resposta a eles, pugna por um direito penal mais severo, mais radical em suas punições. A disputa por pontos na audiência, por venda de seus produtos, transformou a imprensa em um show de horrores que, por mais que possamos repugná-lo, gostamos de assisti-lo diariamente.³⁵

³²OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; et al. **Direito Penal Brasileiro Parte Geral: princípios fundamentais e sistema**. Apresentação e prólogo Claus Roxin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

³³Vide: tópico 2 deste artigo.

³⁴PASTANA, Debora Regina. Os contornos do Estado punitivo no Brasil. **Revista da AJURIS**, a. 34, n. 75, dez. 2007.

³⁵GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 5.

Sob o assunto Salo de Carvalho aponta:

[...] a formação do imaginário social sobre o crime, criminalidade e punição se estabelece a partir de imagens publicitárias, sendo os problemas derivados da questão criminal, não raras vezes superdimensionados. A hipervalorização de fatos episódicos e excepcionais como regra e a distorção ou incompreensão de importantes variáveis pelos agentes formadores da opinião pública, notadamente os meios de comunicação de massa, densificam a vontade de punir que caracteriza o punitivismo contemporâneo.³⁶

De acordo com o autor a expressão punitivismo é derivada do que se denomina como *vontade de punir*. A vontade de punir, nesse sentido, seria o movimento contemporâneo que atinge os países do Ocidente, ocasionando uma série de políticas punitivistas, de movimentos pró encarceramento e de teorias criminais neoconservadoras que dão ênfase ao perigo da delinquência.³⁷

O sentimento de impunidade e insegurança da população são os argumentos mais utilizados para a expansão do punitivismo, que generaliza o desejo por maior intervenção do direito penal. Na sociedade brasileira, a institucionalização do poder punitivo, como único responsável por solucionar os conflitos e assegurar a “paz social”, se reflete, em grande medida, na ilusão de que o direito penal pode manter a lógica da estrutura social adequada³⁸ – cidadãos livres, criminosos presos.

Salo de Carvalho ao analisar a era do punitivismo indagou sobre quais seriam os indicadores que poderiam afirmar ser determinado sistema político-criminal taxado como punitivista. Ao desenvolver seu estudo, ele constatou que a análise do sentimento de insegurança e impunidade, poderia direcionar um indicativo de deficiência no sistema penal e pouco grau de punitivismo.³⁹ No entanto, alerta que existe certa dificuldade na averiguação desse indicador:

A ausência de instrumentos eficazes para demonstrabilidade empírica de indicadores como sentimento de impunidade e sensação de insegurança, amplamente utilizados como argumentos de ampliação do punitivismo pelos empreendedores morais, torna volátil

³⁶SALO, Carvalho de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 14.

³⁷Ibidem., p. 14.

³⁸PEIXOTO, Maria Gabriela Viana. **Vítimas e controle punitivo: um percurso pelos discursos acadêmicos no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

³⁹SALO, Carvalho de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

a associação entre medo e demanda sancionatória.

É notório, pela sua própria natureza, que categorias que projetam sentimentos e sensações se constituem como indicadores imprecisos, sendo altamente questionáveis as metodologias que procuram realizar sua comprovação e calcular sua intensidade.⁴⁰

Por essa lógica, é possível compreender que os clamores diários para que o Estado adote atitudes mais penalizantes em relação à violência e a criminalidade, bem como os sentimentos de insegurança e impunidade da população, não guardam qualquer relação com a existência de um Estado que tolera a prática de delitos e mantém impunes aqueles que os praticam. De modo contrário, quanto mais suplícios por punição, mais punitivo o Estado será.

Como uma espécie de política pública no combate a criminalidade, o Estado vê como necessidade primordial aumentar as penas dos delitos tipificados em lei e criar novas leis que tipifiquem condutas ainda não consideradas crime. Influenciado pela falsa ideia de que o atuar mais repressivo consegue resolver o problema, surge o “Estado máximo, vigilante e onipresente”⁴¹, que cria uma espécie de direito penal voltado para as classes mais populares.

Neste cenário, qualquer ato autoritário que vise resguardar a segurança pública passa a ser entendido como necessário e indispensável. Trata-se, a toda evidência, de um novo arranjo político, onde o alarme social contra a criminalidade legítima e fundamenta as bases para a instauração de um novo modelo de Estado policial que controla, pune e reprime.⁴² Como bem destacado por Maria Gabriela Viana Peixoto “a manipulação das subjetividades, geradora de medo e insegurança na sociedade – corroborada, produzida e fortalecida pelo poder midiático –, legítima o excesso de controle punitivo como política de Estado”.⁴³

A sociedade impulsionada pelos noticiários televisivos, quando não faz justiça com as próprias mãos, clama às agências judiciais pela aplicação de sanções mais

⁴⁰SALO, Carvalho de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 11.

⁴¹KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. **Veredas do direito**, Belo Horizonte. n.5. p. 100, jan/jun 2006.

⁴²PASTANA, Debora Regina. Os contornos do Estado punitivo no Brasil. **Revista da AJURIS**, a. 34, n. 75, dez. 2007.

⁴³PEIXOTO, Maria Gabriela Viana. **Vítimas e controle punitivo: um percurso pelos discursos acadêmicos no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 9.

encrudescidas. Nesse contexto, o punitivismo atinge seu ponto culminante no Poder Judiciário que passa a exercer o *jus puniendi* de maneira desvirtuada, proferindo decisões desproporcionais e punitivistas, onde a privação da liberdade daqueles que respondem a um processo criminal passa a ser a regra e a liberdade à exceção.

O punitivismo observado no judiciário por meio da imposição de penas mais severas, encarceramento em massa e restrição de garantias individuais, visa demonstrar que se está fazendo algo para conter a criminalidade. É uma resposta ao apelo popular e midiático em relação segurança, onde se criou a cultura de que a prisão é a forma mais rápida e eficiente para resolver o problema⁴⁴, mas que, no entanto, só favorece a marginalização social.⁴⁵

Nesse sentido é válido destacar as palavras de Alessandro Baratta sob o cárcere. O autor indica que na prisão o indivíduo passa por dois processos complementares:

Um processo de desculturação em face da sociedade, com redução da vontade, perda do senso de responsabilidade, formação de imagens ilusórias da realidade e distanciamento progressivo dos valores sociais; e um processo de aculturação em face da prisão, com absorção de valores e adoção de modelos de comportamento próprios da subcultura carcerária: o condenado ou assume o papel de “bom preso”, com atitudes de conformismo e oportunismo, ou assume o papel de criminoso, compondo a minoria dominante na organização informal da comunidade carcerária, com poder sobre “recursos” e culto à violência ilegal.⁴⁶

Por outro lado, compreende-se que a punição excessiva nas decisões judiciais tenta acompanhar o crescimento e desenvolvimento de uma sociedade, na qual a criminalidade tem se acentuado dia após dia. Buscando amenizar esse cenário, o judiciário frequentemente adota uma posição punitiva. A resposta é

⁴⁴De acordo com Tiago Joffily e Airton Gomes Braga, as pessoas cultivam a falsa imaginação que existe relação entre o encarceramento e a redução da criminalidade, porém, essa correlação nunca foi demonstrada empiricamente. De forma contrária, vários estudos empíricos destacam que não existe qualquer relação entre esses dois fenômenos, havendo certo consenso de que os altos índices de encarceramento em nada contribuem para a redução da criminalidade. In: JOFFILY, Tiago; BRAGA, Airton Gomes. Alerta aos punitivistas de boa-fé: não se reduz a criminalidade com mais prisão. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/alerta-aos-punitivistas-de-boa-fe-nao-se-reduz/>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

⁴⁵SALO, Carvalho de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 232.

⁴⁶BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**; tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 17.

aquela que a sociedade deseja – que todos os criminosos fiquem atrás das grades. Tal como preconizado por Pastana:

O fato é que o Estado brasileiro descobriu que criminalizar é expediente fácil para garantir o sucesso das políticas liberais adotadas. Diante do medo hegemônico crescente, muitas vezes amplificado pelos meios de comunicação em massa, o Judiciário cumpre sua função orgânica de proteger a elite, agindo com rigor no combate ao crime proveniente das classes populares. Em um ciclo vicioso, o campo jurídico passa a associar a eficiência à repressão. A legitimidade, portanto, está na atuação autoritária.⁴⁷

O sentimento de insegurança e o apelo da sociedade por medidas que paralisem a forte criminalidade que os atinge, é algo que remonta há muito tempo, mas as respostas do judiciário que pune desproporcionalmente é algo que se desenvolve a cada dia, por esse motivo, não raras vezes surgem decisões que ora relativiza um principio constitucional, ora não aplica um benefício, ora encarcera por uma conduta ínfima, ora retira todos os direitos e garantias do indivíduo.

A questão parece indicar que o caráter de punição e repressão provém do pensamento estigmatizador de que os indivíduos considerados como criminosos não devem possuir qualquer tipo de liberdade, para que não voltem a delinquir. O punitivismo ou a vontade de punir, nesse aspecto, surge com mais paixão ainda quando se trata de julgar indivíduos que possuem um passado criminoso, sendo estes os reincidentes ou portadores de maus antecedentes.

É ao discurso de evitar a reiteração criminosa que o Judiciário passa a atuar de forma mais autoritária na aplicação das penas. Muito embora, em alguns casos a aplicação de penas graves, sejam extremamente necessárias, em outros não há proporcionalidade e a pena aplicada a um caso de furto, quando constata-se que o agente possui um passado criminoso fica no mesmo patamar da pena aplicada a um homicídio, por exemplo. Em relação à aplicação das penas Ferrajoli descreve:

A pena, de qualquer modo que se justifique ou circunscreva, é de fato uma segunda violência que se acrescenta ao delito e que é programada e executada por uma coletividade organizada contra um solitário indivíduo. Se a propriedade privada foi dita por BECCÁRIA “um terrível e talvez desnecessário direito”, o poder de punir e de

⁴⁷PASTANA, Debora Regina. Os contornos do Estado punitivo no Brasil. **Revista da AJURIS**, a. 34, n. 75, dez. 2007. p. 77.

julgar resta seguramente, como escreveram Montesquieu e Condorcet, o mais “terrível” e “odioso” dos poderes: aquele que se exercita de maneira mais violenta e direta sobre as pessoas e no qual se manifesta de forma mais conflitante o relacionamento entre o Estado e o cidadão, entre autoridade e liberdade, entre segurança social e direitos individuais.⁴⁸

Por este raciocínio, o atuar mais punitivo do Judiciário, se volta não à defesa dos direitos das pessoas, mas a sua violação. A era da punição não admite limites ao direito de punir, eis que no Estado punitivo o direito penal não é mais concebido como a ultima opção para solucionar os conflitos existentes, sendo, ao contrário a solução *prima ratio* e é assim que a punição passa a ser o único mecanismo tranquilizador da opinião pública em relação à violência.⁴⁹

Não se pode olvidar, entretanto, que deve haver controle na hora de punir. Esse controle deve ser entendido como o direito a um julgamento imparcial, no qual sejam asseguradas todas as garantias inerentes à pessoa humana, mesmo que esta pessoa já tenha delinquido anteriormente.

Passemos então, no próximo tópico a abordar a relação existente entre o punitivismo e o direito penal do inimigo, na busca de tentar compreender a denominada vontade de punir os indivíduos que agem contra a lei com a teoria desenvolvida por Ghunter Jakobs. De antemão, destaca-se que a mitigação de garantias processuais para certos indivíduos em razão do grau de periculosidade que representam no meio social, revela, mesmo que de modo implícito, a aproximação entre o punitivismo e o direito que deve ser aplicado aos inimigos.

2.1. O punitivismo e o direito penal do inimigo

Foi o professor alemão Ghunter Jakobs que em 1985 desenvolveu a teoria do direito penal do inimigo, assentando bases científicas para defender e expandir este conceito. O chamado direito penal do inimigo relaciona-se com a tendência máxima do direito penal.

⁴⁸FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**; tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes 4.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 16.

⁴⁹PASTANA, Debora Regina. Os contornos do Estado punitivo no Brasil. **Revista da AJURIS**, a. 34, n. 75, dez. 2007.

Teórico do funcionalismo radical, Jakobs propôs a separação dos indivíduos em cidadãos e inimigos. Para ele, dentro de uma sociedade politicamente ajustada os indivíduos que colaboram com o funcionamento da ordem jurídica e respeitam as normas seriam considerados cidadãos. Por outra sorte, os indivíduos que não cumprem com seus deveres dentro da sociedade e desrespeitam as normas devem ser convertidos em inimigos, porque colocam em perigo a harmonia do ordenamento jurídico.⁵⁰

A proteção e obediência à norma jurídica é ponto central da teoria de Jakobs, que caracteriza como “não pessoas” àqueles que não se vinculam às leis e se distanciam das regras. Esse tipo de conduta no inimigo não pode ser considerado um erro isolado, posto que a desobediência ao direito acontece de forma duradoura.⁵¹ A esses indivíduos deve-se aplicar o direito penal do inimigo, entendido como uma punição muito mais severa do que a punição que seria dada ao cidadão.

Os cidadãos, por sua vez, são os indivíduos que não negligenciam as leis reiteradamente e por esse motivo merecem tratamento diferenciado em relação aos inimigos. O direito penal do cidadão visa penalizar os delitos cometidos acidentalmente pelos cidadãos⁵², uma vez que esses, não são criminosos por princípio e quando por um mero deslize cometem um ilícito lhes serão asseguradas plenas garantias penais e processuais.

Para o penalista alemão, esses indivíduos são considerados pelo direito penal como pessoas, e assim devem ser tratados. Ao passo que os inimigos, são despersonalizados e desenvolvem-se à margem da sociedade em razão da sua habitualidade e profissionalismo delitivo.

Nessa esteira, o Estado possui um papel importante na teoria de Jakobs podendo proceder de dois modos com os delinquentes “pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser

⁵⁰ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁵¹ PRADO, Luiz Regis. **Garantismo jurídico penal e direito penal do inimigo: uma palavra.** Disponível em: <<http://www.professorluizregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

⁵² Ibidem.

impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”.⁵³ A ideia é que o Estado combata os inimigos através da custódia de segurança para promover a proteção da sociedade.

Em relação à distinção entre cidadãos e inimigos, merece destaque as palavras de J. C. F. Olivé et al.:

A divisão entre cidadãos e inimigos é traçada valorando o desprezo pela Lei, por parte desses últimos, isto é, uma linha extremamente frágil e possivelmente muito arbitrária. Na realidade, podem ser identificadas distintas formas de rebeldia ou desprezo para o ordenamento jurídico. Mas, ao mesmo tempo, devemos recordar que todo delito, qualquer que seja, encerra uma ofensa à ordem jurídica, à Lei. Em suma, com que critério diferenciam-se os cidadãos dos inimigos, se ambos cometeram fatos delitivos e, portanto, desprezam de alguma forma a Lei?⁵⁴

Rogério Greco ao analisar a teoria do direito penal do inimigo, destaca que projetos radicais como esse devem ser repudiados pela sociedade, tendo em vista que não existem homens incorrigíveis, não existem defeitos no caráter capaz de separar um direito que deve ser aplicado aos cidadãos e outro que deve ser aplicados aos inimigos.⁵⁵

Ao diferenciar os cidadãos dos inimigos, o caminho que o julgador perseguirá será o da parcialidade e da injustiça. O que se entende como direito penal do cidadão, é o que deve ser aplicado no Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, o único direito penal possível. Por essa razão, o direito que deve ser aplicado aos cidadãos “é o limite máximo da violência legítima que todo legislador está autorizado a criar e os juízes a aplicar. A partir daí, todo excesso, ou melhor, devaneio autoritário, fica fora do tolerável”.⁵⁶

Diante de tais conceitos, se faz importante destacar que o direito penal do inimigo foi criado para justificar o autoritarismo do Estado frente àqueles que negam

⁵³JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 42.

⁵⁴Ibidem., p. 149.

⁵⁵GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

⁵⁶OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; ALEXIS, Couto de. **Direito Penal Brasileiro Parte Geral: princípios fundamentais e sistema**. Apresentação e prólogo Claus Roxin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 151.

submissão à norma. Trata-se, bem verdade, de um sistema punitivo particular, um direito penal diferenciado em princípios e regras⁵⁷, que pode ter aplicação eficiente nos países desenvolvidos para o qual foi pensado, mas que se mostra inadequado no contexto social e econômico do Estado brasileiro.

Todavia, como se percebe sem muito esforço, há uma semelhança entre a teoria desenvolvida por Jakobs e o punitivismo crescente no Brasil, proveniente da cultura de que somente a punição severa é capaz de conter os criminosos que são considerados um perigo para a sociedade. Essa cultura punitivista torna o direito penal expansivo e sem limites, conduzindo as agências judiciais no momento de aplicação da norma penal procederem de forma mais severa.

Mesmo que muitos juristas e doutrinadores insistam em afirmar que essa teoria é completamente rechaçada e não tem aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, a realidade tem demonstrado o contrário, pois, conforme será demonstrado com mais concretude a seguir, as garantias constitucionais que, em regra, deveriam ser aplicadas a todos, quando se tratam de alguns indivíduos ou “não cidadãos” passam a ser relativizadas.

Percebe-se, que tanto o punitivismo quanto o direito penal do inimigo, se baseiam numa espécie de seletividade do direito penal. O primeiro quando impõe punição maior aos indivíduos que já delinquiram anteriormente, justificando a decisão punitiva em prol da segurança social. O segundo quando aplica um direito penal mínimo para os cidadãos e um direito penal máximo para os inimigos. Escolhendo tanto um, quanto o outro o resultado será o mesmo – a mitigação de determinadas garantias previstas no ordenamento jurídico.

Destarte, após todas as considerações feitas até aqui, será possível no próximo capítulo examinar a possibilidade de ter havido ou não excesso punitivo no entendimento do STJ quando do julgamento do EREsp 1.431.091/SP.

⁵⁷GRACIA Martin, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

3. A DECISÃO DO STJ NO ERESP 1.431.091/SP: BREVE ANÁLISE DO CASO

Neste capítulo analisaremos a decisão proferida no julgamento do EREsp 1.431.091/SP, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que uniformizou o entendimento segundo o qual é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formar a convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas).

Tomou-se conhecimento da problemática existente nesta decisão em razão da ampla divulgação e repercussão na mídia.⁵⁸ A análise, nesse momento, se fará de forma exemplificativa, apenas para refletir sobre a medida tomada nessa decisão. Para isso, em primeiro lugar, será necessário explicar como o caso chegou até o STJ, relatando a dinâmica processual que o envolveu desde a sentença até a decisão que uniformizou a jurisprudência da Corte Superior sobre a matéria.

Foi o acusado condenado pelo Juiz de primeiro grau pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, tendo o Juízo *a quo* considerado na terceira fase da dosimetria da pena a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33, da mencionada Lei.⁵⁹

Ambas as partes apelaram da sentença e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deu provimento apenas ao recurso do Ministério Público, para afastar a causa de diminuição da pena aplicada pelo Juiz na sentença. Em razão disso, a pena do acusado foi aumentada para 5 anos de reclusão.⁶⁰

Após o julgamento da apelação, a defesa interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça visando o reconhecimento e aplicação da minorante da Lei de Drogas. Admitido, o Recurso Especial foi julgado monocraticamente pelo

⁵⁸Vide: STJ notícias, disponível em: <<https://www.2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁵⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Causa de diminuição de pena artigo 33, §4º, da lei 11.343/06. Embargos de Divergência em REsp n. 1.431.091 SP, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Felix Fischer, 14 de dezembro de 2016.

⁶⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Causa de diminuição de pena artigo 33, §4º, da lei 11.343/06. Embargos de Divergência em REsp n. 1.431.091 SP, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Felix Fischer, 14 de dezembro de 2016.

Ministro Relator, que deu provimento ao recurso para restabelecer a pena de 1 ano e 8 meses fixada em sentença.

O Ministério Público interpôs Agravo Regimental contra decisão monocrática e a Sexta Turma do STJ, negou provimento ao Agravo por entender que seria inviável negar a aplicação da minorante prevista na Lei de Drogas, amparando-se na pendência de ações penais em curso e inquéritos policiais, sob pena de vulnerar a garantia da presunção de inocência prevista na Constituição Federal. O entendimento da Sexta Turma àquela época foi unânime.⁶¹

Não satisfeito com a decisão, o *Parquet* interpôs Embargos de Divergência⁶² contra o acórdão da Sexta Turma indicando como paradigma o entendimento desenvolvido nos acórdãos proferidos pela Quinta Turma e demonstrando divergência de posicionamento no âmbito da Corte. Neste julgamento, a Terceira Seção do STJ, por maioria, deu provimento ao Recurso de Embargos de Divergência, para consagrar o entendimento segundo o qual o benefício legal previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas pode ser afastado em virtude de ações penais em curso e/ou inquéritos policiais, pois por meio dessas circunstâncias forma-se a convicção de que o acusado se dedica a atividades criminosas.

Essa decisão uniformizou a jurisprudência do STJ e foi destacada no enunciado n. 596/STJ, assentando o entendimento aplicável a casos semelhantes a este.⁶³ Em resumo, qualquer acusado que seja denunciado pela prática do tráfico de drogas previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, que, embora seja primário e portador de bons antecedentes, se estiver sendo investigado ou processado criminalmente – mesmo sem sentença condenatória transitada em julgado – não fará jus ao recebimento do benefício da Lei de Drogas, e a sua pena será maior do

⁶¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Causa de diminuição de pena artigo 33, §4º, da lei 11.343/06. Embargos de Divergência em REsp n. 1.431.091 SP, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Felix Fischer, 14 de dezembro de 2016.

⁶²Os embargos de divergência tem por finalidade precípua a consolidação da jurisprudência no âmbito do Excelso Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça de modo a evitar julgamentos opostos por Turmas integrantes desses órgãos. No Superior Tribunal de Justiça, esse recurso detém grande relevância, considerando ser o Tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência em âmbito nacional, no tocante à interpretação da legislação infraconstitucional.

⁶³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Causa de diminuição de pena artigo 33, §4º, da lei 11.343/06. Embargos de Divergência em REsp n. 1.431.091 SP, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Felix Fischer, 14 de dezembro de 2016.

que seria se tais circunstâncias não fossem consideradas.

Diante disso, para uma melhor compreensão da relevância dessa decisão será necessário traçar breves considerações sob a aplicação da minorante da Lei de Drogas, objeto desta análise.

Com o advento da Lei 11.343/06, a denominada Lei de Drogas, diversas inovações foram inseridas na legislação sobre o tráfico ilícito de entorpecentes, entre elas, figura-se a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33. A referida causa de diminuição de pena, só alcança a conduta prevista no artigo 33, *caput* e parágrafo 1º da Lei que prevê como reprimenda a reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, bem como o pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

A causa especial de diminuição de pena, ou, como também é conhecida a minorante da Lei de Drogas foi criada com o objetivo de diminuir a pena de determinado indivíduo que se envolveu ocasionalmente com o tráfico de entorpecentes estabelecendo a diminuição da pena de um sexto a dois terços nesses casos. Para a aplicação do benefício foram elencados quatro requisitos que devem ser preenchidos cumulativamente.

O primeiro requisito a ser cumprido é a primariedade, de acordo com o qual para que o indivíduo tenha a pena diminuída não pode ser reincidente. Reincidente, pelo que dispõe o artigo 63 do Código Penal, é aquele que tem contra si sentença penal condenatória transitada em julgado.

O segundo requisito a satisfazer são os bons antecedentes. A contrário *sensu* pode-se entender que o indivíduo não pode ter maus antecedentes. Os maus antecedentes, conforme já foi explicado em capítulo anterior, só podem ser valorados em razão de decisão condenatória irrecorrível.

Como requisito terceiro e quarto o indivíduo não pode se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Ao comentarem sobre esses requisitos Greco Filho e João Daniel Rassi, demonstraram algumas problemáticas.

A primeira se refere à produção da prova, a qual ônus probatório é do

Ministério Público, no sentido de demonstrar a participação do indivíduo em atividade criminosa ou organização criminosa, ao passo que, em favor do acusado militar, sempre a presunção de que não incide em nenhuma das duas hipóteses. Isso quer dizer que, se não houver provas de que o agente integra ou se dedica a organizações criminosas a redução da pena é medida que se impõe.⁶⁴

Outra problemática expressa pelos autores consiste nos conceitos de dedicação a atividades criminosas e integração a organização criminosa, tendo em conta que tais conceitos são absolutos, não podendo haver dedicação parcial ou integração parcial.⁶⁵

Após as devidas considerações acerca da aplicação da minorante da Lei de Drogas, crucial é indagar se o entendimento consolidado na presente decisão do STJ, ao considerar para imposição de uma sanção maior – com o afastamento da causa de diminuição de pena – inquéritos policiais e ações penais em curso, respeitou os limites penais anteriormente já discutidos, bem como se foi necessário e adequado, diante da culpabilidade do agente em relação ao fato praticado.

Inicialmente, é preciso considerar que o entendimento consagrado nesta decisão revela um paradoxo existente na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando se analisa o Enunciado Sumular nº 444 STJ, que veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.⁶⁶ Percebe-se, dessa maneira, que o próprio Tribunal que reafirma direitos, retira-os, pois o entendimento adotado na decisão supra, acaba invalidando, de certa forma, a dita súmula.

Maior problemática, ainda, reflete-se sobre a incompatibilidade da criação deste precedente com a presunção de inocência, princípio constitucional inserido no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal⁶⁷, que, inclusive foi o princípio orientador da Súmula 444 STJ.

⁶⁴GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada: Lei 11.343/2006**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶⁵Ibidem., p. 106.

⁶⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. In. Súmulas STJ, p. 590.

⁶⁷Vide: Art. 5º, inciso LVII, da CF.

Por isso que, a problemática existente neste trabalho consiste em analisar em que medida a decisão do STJ ao restringir o princípio da presunção de inocência e afirmar que inquéritos policiais e ações penais em curso servem para afastar a aplicação da minorante da Lei de Drogas possui caráter punitivista. Tal questionamento, para ser respondido demanda algumas análises e ponderações críticas. É o que será feito no próximo tópico.

3.1. O caráter punitivista da decisão

O princípio da presunção de inocência, também denominado estado de inocência ou presunção de não culpabilidade, prescreve o mandamento de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Este princípio, não admite a atribuição de consequências jurídicas negativas ao investigado antes do trânsito em julgado da sentença penal.

Ao discorrer sob a presunção de inocência, Ferrajoli destaca que trata-se de uma garantia fundamental que assegura determinado procedimento ao sujeito, não o considerando culpado até a sentença condenatória definitiva. Sendo assim, afirma “a culpa, e não a inocência deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo”.⁶⁸

Em síntese, isso significa dizer, que até quando não forem esgotados todos os meios de recurso, enquanto não ocorrer condenação definitiva no processo penal com a comprovação efetiva de ser o acusado culpado, presume-se que é inocente, e assim deve ser tratado em qualquer circunstância.

Por esse ângulo, a presunção de inocência funciona, antes de tudo, como uma regra de tratamento que deve ser dada ao sujeito durante a marcha processual⁶⁹, a qual impõe a seguinte interpretação: se um indivíduo goza do status de inocente não pode, em qualquer caso, ser tratado de forma equivalente aos indivíduos que já foram condenados.

⁶⁸FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**; tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes 4.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 506.

⁶⁹Ibidem., p. 506.

Tendo essas premissas como base inicial, a decisão do STJ ao considerar inquéritos policiais e ações penais em curso para negar o benefício da Lei de Drogas, ao que parece, não deu o tratamento jurídico legal ao acusado que embora estivesse sendo investigado e processado por fatos anteriores não possuía qualquer condenação criminal definitiva.

Não se faz desarrazoado perceber que a Corte Superior adotou, nessa decisão, a postura de que quando se trata de indivíduos que já respondem a um processo crime os princípios devem ser relativizados, os benefícios não devem ser aplicados e as penas devem ser as mais punitivas possíveis.

É curioso notar, que mesmo de forma implícita, o entendimento consagrado nessa decisão revela que a punição aplicada aos indivíduos que possuem passagens criminais deve ser mais encrudescida do que a punição aplicada aos outros indivíduos. Porém, a conjugação de desse raciocínio, quando não entrelaçada aos ditames legais e constitucionais, gera um resultado por vezes excessivo, que não se atém ao fato praticado pelo agente – sua culpabilidade –, mas as circunstâncias pessoais e valorativas.

De acordo com Ferrajoli, um dos elementos antigarantistas do direito penal é o decisionismo processual que se constitui na ausência de fundamentos concretos e na presença de subjetividades nos requisitos da sanção. Essas subjetividades, explica, “consiste em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a tipos normativos de autor ou sua congênita natureza criminal ou periculosidade social”.⁷⁰

Consoante isso é possível perceber, que este precedente do STJ indica manifestações voltadas para o direito penal do autor, pois se fundamenta, antes de tudo, na rotulação que se faz do papel do indivíduo dentro da sociedade ligando o fato de que se este responde a inquéritos policiais ou a ações penais, está se dedicando a atividades criminosas e, portanto, não deve receber qualquer benefício que diminua a pena.

⁷⁰FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**; tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes 4.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 46.

Este tipo de analogia, todavia, revela que, em decisões como esta a aplicação da pena é motivada não em juízos a respeito do fato, mas sim em juízos de valor, tendo como valor mais importante, proteger a sociedade da criminalidade, ainda que para isso, seja preciso ofender princípios fundamentais e direcionar a interpretação da lei, sempre contra o acusado. Note que:

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio do *in dubio pro reo*. É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. [...] A certeza do direito penal máximo de que nenhum culpado fique impune se baseia, ao contrário, no critério oposto, mas igualmente subjetivo, do *in dubio contra reum*. Indica uma aspiração autoritária. Mas, em geral, a ideia corrente de que o processo penal deve conseguir golpear todos os culpados é fruto de uma ilusão totalitária. “Um empenho extremado em punir os réus, um excessivo rigor, um apressado castigo”.⁷¹

Fazendo uma leitura estritamente garantista do direito penal, a racionalidade do poder de punir, proibir e julgar deve ocorrer conforme técnicas singulares de limitação e devem ser legítimas. Diante disso, as decisões do Judiciário não podem ser desvirtuadas e imparciais, sendo papel fundamental do julgador direcionar sua cognição aquilo que está previsto na lei, tendo em conta que uma das principais garantias de qualquer acusado contra o arbítrio punitivo do Estado é a taxatividade da lei.⁷²

Nota-se, dessa forma, a atuação punitiva do STJ, no julgamento do EREsp 1.431.091/SP, vez que criou precedente que viola a presunção de inocência dos acusados em prol de punir com mais gravidade todos aqueles que tem contra si inquéritos policiais e ações penais em curso. Isso porque, entende-se que mesmo que um acusado seja reincidente e registre antecedentes goza do direito fundamental de ter um julgamento justo e imparcial, dirá aqueles, que não ostentem tais registros.

Por outro lado, é válido ponderar que a uniformização desse entendimento no STJ pode ser entendida como uma saída para conter a criminalidade e evitar a violência advinda do tráfico de drogas. Entretanto, ainda que fosse o papel do

⁷¹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**; tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes 4.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 103-104.

⁷²Ibidem., p. 502.

Judiciário concretizar respostas jurídicas diante da crescente criminalidade dentro da sociedade, uma decisão que possua caráter restritivo e que limite um princípio previsto na Constituição, merece ao menos certa cautela. Com efeito:

Cada vez que um juiz é movido por sentimentos de vingança, ou de parte, ou de defesa social, ou o Estado deixa espaço à justiça sumária dos particulares, pode-se dizer que o direito penal regrediu a um estado selvagem, anterior à formação da civilização.⁷³

Há que se considerar, que infelizmente os Tribunais têm caminhado cada vez mais para uma tendência de afastamento da lei e violação a princípios constitucionais, entrando, por conseguinte, numa era do punitivismo. Nessa era do punitivismo, o julgador ao interpretar a lei da forma como o STJ fez na decisão que fora analisada, visa tutelar, em primeiro lugar, a segurança da sociedade, mesmo que para isso, restrinja os direitos e garantias individuais daquele que estiver sendo processado.

Se formos analisar como a criminalidade tem se alastrado na sociedade, medidas mais punitivas se fazem muitas vezes necessárias. Apesar disso, não é função do judiciário interpretar a norma de maneira mais punitiva para conter uma situação que foge do seu controle, o judiciário não pode responder aos apelos midiáticos com a punição, eis que esse tipo de postura não condiz com a imparcialidade que o juiz precisa ter.

É por isso que Salo de Carvalho alerta:

Neste quadro a figura do juiz é central. Se o Magistrado perceber sua atividade como fundamental para o combate ao crime, seu papel de garante imparcial dos direitos será substituído pela figura de agente de segurança pública, conforme apontado por Geraldo Prado, estabelecendo perigoso protagonismo na arquitetura processual. E nesta possibilidade de mutação da figura do juiz em agente de segurança pública reside a preocupação com o ativismo judicial que, em regra – e o exercício histórico permite que esta conclusão seja colocada como argumento – é direcionado à maximização dos

⁷³FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**; tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes 4.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 310.

poderes estatais em detrimento dos direitos e das garantias individuais.⁷⁴

Ainda, é fácil constatar, até mesmo por uma superficial análise que se faça do caso brasileiro, que o alto índice de criminalidade e violência não resulta da ausência de penas mais severas ou da falta do punitivismo, mas sim das desigualdades sociais, fruto da escassez de políticas públicas efetivas que assegurem a todos os indivíduos direito a uma vida digna.

Portanto, conforme já foi assinalado, deve-se antes de tudo considerar que existem limites ao poder punitivo, no qual o direito penal serve tão somente como um instrumento de controle social que precisa ter seus limites formais necessariamente respeitados. O poder de julgar e punir dos juízes, não pode ser irrestrito e sem parâmetros de punição, ao contrário, deve ser controlado pelos princípios que norteiam o direito penal e pelas garantias previstas na Constituição.

Por isso, para que não haja excesso punitivo na hora de aplicar a pena, como o que aconteceu na decisão aqui examinada, o julgador deve estar compromissado a respeitar esses princípios. É claro, que afirmar a necessidade de respeito e aplicação desses princípios não supõe que todos eles se cumpram de forma efetiva, uma vez que seu caráter não é absoluto, podendo sofrer limitações quando estejam em conflito com outros bens jurídicos em ameaça. Todavia, pode-se dizer que um Estado que não busca ao menos respeitar os princípios que formam o seu sistema, não pode se dizer Democrático, ou muito menos de Direito.

CONCLUSÃO

Após tudo que foi exposto no desenvolvimento deste trabalho, se faz necessário traçar algumas conclusões em relação ao tema analisado, levando a cabo a hipótese de que a postura do STJ em punir mais severamente pode ser atribuída era do punitivismo que decorre principalmente do clamor da população por uma justiça penal mais punitiva nas instâncias judiciais.

⁷⁴SALO, Carvalho de. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 233.

Antes de tudo, é preciso perceber, que se cultiva a ideia de que a pena é a única solução passível de conter o indivíduo que venha a praticar crimes, e ainda, que a punição deve ser dobrada quando se tratar de indivíduo que já tenha delinquido mais de uma vez. Nesse viés, a pena se torna uma espécie de “vingança privada” da sociedade contra os indivíduos criminosos.

Outrossim, surgem grandes dificuldades no momento de aplicação da pena, quando se considera além da culpabilidade pelo fato ilícito praticado, os antecedentes que perfazem o passado do indivíduo. Podemos concluir sem muito esforço, que o julgador quando valora os antecedentes penais de determinado indivíduo estará muito mais influenciado a proferir decisões punitivas do que se esses antecedentes não tivessem sido valorados.

Como foi analisado no decorrer desse trabalho, o indivíduo considerado reincidente ou portador de maus antecedentes passa a ser estigmatizado dentro da sociedade, que não admite de maneira alguma que lhe seja aplicado um direito penal mais brando, uma pena alternativa ou até mesmo que seja posto em liberdade. No geral, as pessoas se sentem satisfeitas quando a pena tem caráter severo, pois que acreditam estar seguras quando os infratores estão atrás das grades.

Neste cenário, a imposição de uma pena mais encrudescida, com a privação da liberdade do indivíduo passa a ser regra dentro da sociedade, principalmente quando a segurança da coletividade é o bem que está em jogo, nem que para isso seja necessário mitigar princípios e garantias.

Para o Estado é mais fácil conceber o punitivismo como modelo necessário e ideal para manter a ordem jurídica e combater a criminalidade, do que investir em políticas públicas comprometidas, com vistas a evitar a expansão do crime. No entanto, a realidade tem demonstrado que a aplicação de penas mais severas com a restrição da liberdade não resolvem o problema.

A pena quando aplicada de maneira desproporcional constitui um grave problema, pois além de causar danos às pessoas que a recebeu, não cumpre com os fins que autorizam sua vigência – a prevenção –, fazendo com que o criminoso

não consiga se ressocializar. Não se quer com isso, assentar as vertentes de um abolicionismo penal, mas sim enfatizar que deve haver controle na hora de punir, esse controle, deve ser entendido como o direito a um processo penal legal, não influenciado por um punitivismo midiático.

Embora o Judiciário se sinta impelido a fazer o papel de conservar a segurança da coletividade, aplicando punição excessiva a massa de indivíduos que agem contra a ordem jurídica, a política de punir de maneira desproporcional não é compatível com o Estado Democrático de Direito.

Sendo tais máximas estabelecidas, chega-se a conclusão de que a decisão do STJ no julgamento do EREsp 1.431.091/SP, que uniformizou o entendimento segundo o qual pode-se utilizar inquéritos policiais e ações penais em curso para formar a convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas e assim negar o benefício da Lei de Drogas, possui caráter punitivista, posto que viola a garantia constitucional da presunção de inocência inserida na Carta da República vigente e ao mesmo tempo cria um entendimento voltado para o direito penal do autor.

Tendo isso em mente, entende-se que essa postura punitivista do Tribunal, pode ser vista como reflexo da sensação de insegurança e medo que a violência e a criminalidade despertam na sociedade, onde pugna-se pela aplicação cada vez mais voraz do direito penal. Contudo, o punitivismo na aplicação das penas, sem uma política criminal adequada, não se mostra solução capaz de resolver este gigantesco problema.

É por isso, que manter o equilíbrio nas decisões, preservar os princípios constitucionais, usar a proporcionalidade na aplicação das penas e proceder na condução de um processo penal justo e imparcial, fazendo prevalecer à liberdade individual sobre o poder punitivo são medidas que se fazem urgentes para a correta utilização do direito penal, enquanto outras soluções não forem concretizadas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio da culpabilidade**. Disponível em:

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm.

Acesso em: 16 Abr. 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**; tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Causa de diminuição de pena artigo 33, §4º, da lei 11.343/06. Embargos de Divergência em REsp n. 1.431.091 SP, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Felix Fischer, 14 de dezembro de 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. In. Súmulas STJ, p. 590.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. **O papel dos atores do sistema penal a era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GRACIA Martín, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada: Lei 11.343/2006**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JOFFILY, Tiago; BRAGA, Aírton Gomes. **Alerta aos punitivistas de boa-fé: não se reduz a criminalidade com mais prisão.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/alerta-aos-punitivistas-de-boa-fe-nao-se-reduz/>>

Acesso em: 06 jun. 2017.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas.** Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal;** tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 4.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; et al. **Direito Penal Brasileiro Parte Geral: princípios fundamentais e sistema.** Apresentação e prólogo Claus Roxin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 2, n. 6, abril/jun. 1994.

_____. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. **Veredas do direito**, Belo Horizonte. n.5. p. 100, jan/jun 2006.

PASTANA, Debora Regina. Os contornos do Estado punitivo no Brasil. **Revista da AJURIS**, a. 34, n. 75, dez. 2007.

PEIXOTO, Maria Gabriela Viana. **Vítimas e controle punitivo: um percurso pelos discursos acadêmicos no Brasil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Garantismo jurídico penal e direito penal do inimigo: uma palavra.** Disponível em: <<http://www.professorluizregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 13 abr. 2017.

SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. A aplicação da pena no sistema

penal brasileiro: a culpabilidade como elemento central de valoração. **Revista da faculdade Mineira de Direito**, Minas Gerais, v. 18, n. 36, maio 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11.** ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.