



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - SANTA RITA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS

AILTON MEDEIROS DE SOUZA JUNIOR

ENTRE ELOGIOS E PEDRADAS, ACERTOS E ERROS: OS VOTOS DO
MINISTRO BARROSO EM DECISÕES EMBLEMÁTICAS DE DIREITO
PENAL

SANTA RITA - 2018

AILTON MEDEIROS DE SOUZA JUNIOR

ENTRE ELOGIOS E PEDRADAS, ACERTOS E ERROS: OS VOTOS DO
MINISTRO BARROSO EM DECISÕES EMBLEMÁTICAS DE DIREITO PENAL

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, no
Departamento de Ciências Jurídicas - Santa Rita, como exigência
parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Efreim Filho

SANTA RITA - 2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

J95e Junior, Ailton Medeiros de Souza.

Entre elogios e pedradas, acertos e erros: Os votos do Ministro Barroso em decisões emblemáticas de Direito Penal / Ailton Medeiros de Souza Junior. - João Pessoa, 2018.

50 f.

Orientação: Roberto Cordoville Efrem de Lima Filho.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Criminalização. 2. Narrativas Judiciais. 3. Racialização. 4. Seletividade Penal. 5. STF. I. Roberto Cordoville Efrem de Lima Filho. II. Título.

UFPB/CCJ

AILTON MEDEIROS DE SOUZA JUNIOR

ENTRE ELOGIOS E PEDRADAS, ACERTOS E ERROS: OS VOTOS DO
MINISTRO BARROSO EM DECISÕES EMBLEMÁTICAS DE DIREITO PENAL

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, no Departamento de Ciências Jurídicas - Santa Rita, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me. Roberto Efrem Filho

Data da aprovação:

Banca examinadora:

Prof. Dr. Roberto Efrem Filho
(orientador)

Prof^a. Dr^a.. Ana Lia Vanderlei de Almeida

Prof. Dr. Nelson Gomes de Sant'Ana e Silva Junior

SANTA RITA - 2018

AGRADECIMENTOS

Aos meus cinco anos de idade, na calçada de uma ruazinha pobre e sem saída no interior da Paraíba, passava o dia todo lendo, sentando em um minúsculo “tamburete” de madeira feito pelo meu avô por parte de mãe. Todos que passavam na rua, ao se depararem com essa cena, diziam: “esse menino vai endoidecer”. Meu avô, José Batista de Lima, conhecido em Sumé por “Dezim Vitalino”, um ex-pedreiro que, mesmo aposentado, saía todas as manhãs para engraxar sapato na feira, ao observar a mesma cena, diferentemente de todos, retrucava com um “ele é meu doutor”. Construiu, assim, não só “tamburetes” para que eu pudesse ter onde sentar e ler, como a crença individual necessária que hoje nutro em mim. Essa crença individual vem me auxiliando em toda minha trajetória como sujeito, permitindo que eu possa continuar seguindo firme e convicto do que quero muito me tornar: “Doutor”, formalmente um “Doutor”. Não menos do que aquilo que para meu avô, desde bem pequeno, fui. Não teria como sequer agradecer o que ele fez por mim, ainda que ele estivesse vivo.

Mainha (Janaina Batista Medeiros), nesse mesmo período que tivemos de retornar a nossa cidadezinha natal e morar na casa de vovô, era, para mim, uma voz amorosa que me despertava por alguns segundos do sono à noite ou pela manhã bem cedo, quando raiava o dia, antes mesmo de eu levantar para ir à escola. Ao me despertar quando chegava tarde do trabalho ou quando tinha que ir bem cedo para outro, dizia que me amava. Eram raros e preciosos os momentos em que eu tinha contato com ela durante o dia, já que ela ou passava o dia todo trabalhando como empregada doméstica ou tinha que varrer as ruas da cidade no fim das madrugadas. Quando meu avô me levava à feira para eu acompanhá-lo no seu trabalho, ao caminhar por aquelas ruas limpas, sentia-me próximo a ela, sabia que ela também tinha passado por ali. Mas eu a sentia mesmo, muito mais proximamente, quando lia os livros que ela me comprava. Dona Janaina foi quem me ensinou a ler, antes mesmo de eu completar cinco anos de idade, ainda que ela tivesse estudado só até a quarta série. Mainha foi mais do que uma mãe para mim, foi uma professora. Ensinou-me o valor do estudo e que, com ele, eu podia ser quem eu quisesse. Que continuando a ler diariamente, eu não só podia vir a mudar aquela realidade dura que experimentávamos, como eu poderia atenuá-la, transportando-me para todas as outras realidades que eu tivesse conhecimento por meio da leitura. À minha mãe, todo o agradecimento do mundo é pouco, dedico-lhe integralmente os créditos desta monografia. Sem o seu incentivo diário talvez não houvesse qualquer esperança para mim, para nós. É só uma pena que, devido à minha vinda a João Pessoa para estudar Direito, nossos contatos se tornaram ainda mais raros do que quando eu era criança, ainda que não tenham deixado de ser menos preciosos.

Durante a ausência de mainha, nessa época, ganhei duas mães, minha tia Marineide de Lima Santos, a qual chamo carinhosamente de Dedêda, e minha avó materna Marina de Lima – não à toa, a minha “mamãe”. Obrigado por todo o cuidado, paciência e amor.

Agradeço imensamente a todos os meus outros familiares que fizeram parte não só da minha trajetória acadêmica, como de vida. Em especial, ao meu pai, aquele que me deu não só o seu

nome, como mobilizou muitos esforços, de variadas ordens, para que eu conseguisse me sustentar em João Pessoa e assim concluir o curso. Além de todo o amor a mim depositado, claro. Também merecem destaque minhas tias Maria de Lourdes (Lurdinha) e Tia Maria da Guia, minhas primas “de segundo grau” Bagnólia Araújo Costa e Bartira Araújo da Silva, bem como minha avó paterna Maria do Socorro Medeiros de Sousa (que muito generosamente me acolheu na sua casa no meu último ano do ensino médio).

Em João Pessoa, tive o prazer de ter tido contatos familiares que me fizeram suportar a saudade dos meus. Marcos Felipe Zanella, dentre tantas outras coisas, acabou se tornando para mim um grande amigo, acolhendo-me na sua vida e na sua casa nos momentos bons e ruins. Sua mãe, Ivânia Zanella, também merece todos os agradecimentos, não só pelos almoços de domingo, como por conseguir fazer com que eu finalmente me sentisse “em casa”, em uma casa respeitosa e amorosa, uma sensação que só consegui finalmente sentir em João Pessoa depois que a conheci.

Isabela Pessôa de Holanda Menezes também foi mais do que uma amiga ou uma melhor amiga. Ela foi a responsável direta para que eu não conseguisse surtar nos muitos momentos em que se manter são era uma tarefa bem mais complicada do que todo e qualquer atividade acadêmica que eu tivesse. Isabela, toda sua admiração depositada em mim – que você sabe que é recíproca – ocupou na minha vida uma importância bem próxima ao peso simbólico e necessário das palavras ditas no início da minha vida pelo meu avô a mim. Eu te amo, Isabela. Sim, Isabela, com todas as letras, sem quaisquer diminutivos. Você é muito grande para ser chamada apenas de “Isa” ou “Bela”. Na verdade, és certamente a pessoa mais admirável que já conheci em João Pessoa. Agradeço também a sua mãe, Luiza Maria Costa Pessôa, por ter aberto, também, muito generosamente, as portas da sua casa para mim. Ter conhecido Luiza foi um indicativo de que existem ainda pessoas boas nesse mundo para serem conhecidas, daquele tipo que nos despertam reconfortantes surpresas.

A todos aqueles que convivi na graduação e que interagimos de algum modo positiva e amigavelmente, meu muito obrigado também. Especialmente, agradeço a Vera, Carol, Ana Paula, Felipe e Ananda, por terem me acolhido na turma da noite no meu último ano de curso.

A Thalita Silva Alexandre e Tarsila Nicodêmos, o que falar sobre vocês? O fato de sermos um “trio” faz com que eu, a partir de vocês, tenha consolidado a certeza em mim de que não há como enfrentar essa vida sozinho. E mais, não há como aproveitá-la. Vocês são meu respiro necessário em forma de incontáveis alegrias e diversões, imprescindíveis para a renovação de forças e energias. Já estou morrendo de saudades de nós.

A Roberto Efrem Filho, meu orientador e amigo, bem como a Ana Lia, Eduardo Fernandes, Ana Laura, Nelson Gomes Junior e todos aqueles professores que me ensinaram muito mais do que analisar “normas jurídicas” e sim a pensar em formas críticas de superação de injustiças e violências, eu só acabei o curso por existirem vocês. Vocês são pura e simplesmente inspiração. Se um dia eu me aproximar de ser um “pingo” do que qualquer um de vocês é, serei inescapavelmente gigante, não só em termos intelectuais. Em tempos de

autoritarismo e neofascismo crescentes, sei que a resistência democrática tem excelentes nomes. Estarei sempre ao lado de vocês nela.

A todos aqueles com os quais convivi na minha experiência de estágio na Defensoria Pública da União (DPU), também agradeço enormemente por todo o aprendizado alcançado, confiança depositada e liberdade de atuação. Perceber e entender na prática que nosso sistema de justiça conta com uma instituição tão necessária e comprometida com a garantia, efetivação e avanço de direitos, e poder também contribuir de algum modo com ela, foi, com toda certeza, o contato necessário que eu precisava para seguir firme na busca por um Direito comprometido com os sujeitos que mais precisam dele. Agora, mais do que nunca, sei que não estou sozinho.

A Fábio Joan da Silva, toda minha vontade de amar e resistir aos que tentam ou venham a tentar reprimi-la.

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem como objeto central a análise das narrativas e recursos “retóricos” manejados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), presentes em oito votos proferidos em decisões emblemáticas acerca do Direito Penal ou que a ele se relacionam. Também se configuram como o *corpus* da pesquisa qualitativa realizada, ainda, entrevistas concedidas por Barroso e algumas de suas opiniões e escritos outros publicados na *internet* contendo manifestações acerca do cenário político do país, bem como, sobretudo, a produção de retrospectivas de casos por ele próprio considerados emblemáticos nos anos de 2014, 2015 e 2016 – os mesmos que permitiram as mencionadas análises. Percebeu-se que o manejo discursivo protagonizado pelo Ministro Barroso de recorrentes e contundentes críticas empreendidas contra a chamada “seletividade do sistema penal” serve não só para a materialização de direitos dos presos, acabando por implicar também, de modo contraditório, em processos de criminalização e de seletividade penal. Estes, direcionados a outros sujeitos que, tomados como “vilões” por Barroso, são narrativamente construídos como aqueles que devem e merecem a punição do encarceramento, sendo esses “vilões”, em geral, aqueles acusados criminalmente de serem “corruptos” ou autores de “crimes violentos”. O movimento de criminalização identificado, que atinge “corruptos” e “criminosos violentos”, é, pois, ambientado em uma atuação “progressista” e “garantista”, ocorrendo enquanto, por exemplo, a figura do “jovem pobre” portador de pouca quantidade de maconha como “bandido” é sistematicamente combatida. Desse modo, as estratégias que permitem essa “transferência de criminalização” dos jovens pobres massivamente encarcerados para os “corruptos impunes”, ou os sujeitos sociais até então beneficiados pela seletividade penal, portanto, são aqui delineadas, com todas as suas ambiguidades e contradições.

Palavras-chave: Criminalização; Narrativas Judiciais; Racialização; Seletividade Penal; STF.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	9
1.0 AS NARRATIVAS DE DEFESA AOS “JOVENS POBRES ENCARCERADOS”	19
1.1. “2014: o ano de mudanças e amadurecimentos”	19
1.2. “2015: O ano da razão e da serenidade”	24
1.3. “2016: o ano que custou a acabar”	31
2.0 AS NARRATIVAS DE CRIMINALIZAÇÃO DOS “RICOS CORRUPITOS IMPUNES”	37
2.1. A “transferência da criminalização”	37
2.1. A “desracionalização” como facilitador da transferência	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	49

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“Eu me recuso a participar, sem reagir, de um sistema de justiça que não funciona, salvo para prender menino pobre” foi uma dentre as muitas frases de efeito proferidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF)¹ do “Habeas Corpus de Lula”, como ficou conhecido o Habeas Corpus 152.752/PR. Antes de tudo, cabe destacar que o uso de *itálico* aqui, acompanhado das aspas, deu-se em relação às reproduções integrais ou parciais de trechos de votos, de textos publicados ou mesmo de entrevistas concedidas pelo Ministro Barroso, objetivando haver, assim, um maior contraste visual e facilidade de identificação das narrativas analisadas.

Ademais, o HC 152.752 foi impetrado em favor do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores (PT), porque este já havia sido condenado em primeiro grau à pena de prisão de nove anos e seis meses, majorada na fase recursal, em segundo grau, para doze anos e um mês. Isso, pelo cometimento dos supostos crimes de “corrupção passiva” e “lavagem de dinheiro”. Segundo as narrativas do juiz de primeiro grau e dos desembargadores do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), em termos básicos, a chamada “materialidade do crime” restaria comprovada devido à existência de um apartamento *tríplex* no estado de São Paulo, no Guarujá, ligado ao ex-presidente por conta de algumas visitas feitas ao imóvel, o que acabou sendo suficiente para ensejar a conclusão “jurídica” de que houve por parte de Lula o recebimento de “vantagem indevida” pelo Grupo OAS, dono do apartamento, envolvendo contratos da Petrobrás – a maior “estatal” brasileira.

O referido HC foi preventivamente impetrado pela defesa de Lula a fim de que se pudesse evitar a antecipação da sua prisão. Para tanto, já que ainda não chegou ao fim o processo judicial, existindo recursos pendentes de julgamento, os advogados do petista se valeram do chamado “princípio da presunção de inocência”, um direito fundamental que determina o seguinte: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”². Contudo, em abril deste ano, mesmo não havendo condenação definitiva ou o dito trânsito em julgado, foi determinada pelo STF a antecipação do encarceramento de Luís Inácio, apesar do texto constitucional citado assim vedar.

¹Para além de Barroso, o STF é igualmente formado por outros dez Ministros. Todos os onze representam essa que é a maior instituição jurídica do país, sobretudo em termos de poder decisório, já que a própria Constituição Federal de 1988, norma que figura no topo do ordenamento jurídico e que serve como parâmetro de interpretação para toda e qualquer legislação interna, define o STF como sendo o seu “guardião”. Sendo assim, atribui-se a ele a competência de interpretar e dizer, “dando a última palavra”, o que é ou não constitucional.

²Literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

O referido HC atacou, sem sucesso, a decretação de prisão prevista, especificamente, na condenação de segundo grau a uma pena de mais de doze anos de prisão. As acusações de que teria Lula cometido os crimes de “corrupção passiva” e “lavagem de dinheiro” foram iniciadas em 2016, a partir do momento em que Lula passou a se configurar como possível candidato às eleições presidenciais de 2018 – o que de fato ocorreu. Essa autorização de ordem maior pela antecipação do encarceramento de Lula, inclusive, deu-se após iniciado o processo eleitoral, em um contexto em que ele possuía 41% das intenções de voto, de acordo com o Vox Populi³, também ocupando o primeiro lugar em todas as outras pesquisas do gênero divulgadas. A prisão como resultado de todo um processo judicial que já vinha sendo compreendido como controverso e parcial, uma vez que marcado pela ausência ou fragilidade das provas, passou a ser lida como uma prisão eminentemente política⁴.

A leitura analítica e crítica em questão, para além de ser desenvolvida cientificamente ou juridicamente, igualmente parte de posições políticas que vêm sendo construídas e disputadas socialmente pelos movimentos sociais de esquerda e setores da classe trabalhadora. Talvez seja exatamente essa expressiva contestação popular em torno do processo de criminalização de Lula uma das explicações possíveis ao fato de, ainda assim, ter ele conseguido liderar o cenário político-eleitoral. Lula, entretanto, não conseguiu seguir como presidenciável, já que sua candidatura foi barrada também por Barroso, dessa vez atuando a frente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) como Ministro-Relator do processo referente à candidatura do petista. Dessa vez, no julgamento ocorrido na Justiça Eleitoral, em 31 de agosto deste ano, Barroso entendeu em seu voto que a prisão antecipada de Lula, autorizada anteriormente pelo próprio Ministro no HC 152.752, impedia a continuidade do ex-presidente como candidato nestas eleições, que seguia crescendo nas pesquisas mesmo preso. Desse modo, Barroso convenceu cinco dos seis Ministros restantes⁵.

³Estes dados do mencionado instituto de pesquisa foram divulgados em matéria jornalística da Carta Capital, qual seja: <https://www.cartacapital.com.br/politica/cut-vox-populi-lula-tem-41-evenceria-no-primeiro-turno>.

⁴A obra “O caso Lula – a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil”, lançada no final de 2016 pela Editora Contracorrente é bastante relevante por denunciar e escancarar violações de direitos e garantias individuais no processo judicial contra o ex-presidente já antes da visualizada condenação “em primeiro grau”, no ano de 2017, e sua confirmação em sede de “segundo grau”, neste ano de 2018. Para tanto, traz publicações de mais de vinte intelectuais e profissionais do Direito. Mais recentemente, lançou-se também a obra “Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula”, do Projeto Editorial Práxis, um importante documento jurídico que é formado também por uma coletânea sugestiva de artigos-denúncia, podendo ser acessado gratuitamente na *internet*, no link a seguir disponibilizado: <https://drive.google.com/file/d/1aYXCnakonOfa7VVZboQmyk5vpT8ujyXt/view>.

⁵Acompanharam Barroso a Ministra Rosa Weber e os Ministros Tarcísio Vieira, Admar Gonzaga Neto, Og Fernandes e Jorge Mussi, com exceção apenas de Edson Fachin. Esclarece-se que o TSE é composto por três membros do STF.

O Ministro não parece ter conseguido o feito, porém, de convencer parte expressiva do povo brasileiro que, aparentemente muita apegada à representação de Lula como o melhor presidente da história do país⁶, persiste crítica aos acontecimentos políticos que vêm ocorrendo desde a reeleição Dilma Rousseff, também do PT, em 2014. Ela que foi a primeira e, até então, a única mulher a ocupar a chefia do Poder Executivo nacional, assumindo a presidência em continuidade aos governos Lula. No ano de 2016, todavia, Dilma teve seu segundo mandato interrompido por meio de um controverso processo político-jurídico denominado de *impeachment*, conduzido no Congresso Nacional e decidido pelo mesmo, por ter sido acusada de realizar operações orçamentárias não previstas em lei, as chamadas “pedaladas fiscais”, nada mais do que, sabidamente, uma estratégia fiscal adotada por presidentes antecessores. Bem como, o afastamento foi procedido em meio a sabotagens protagonizadas por partidos de direita e extrema-direita, em destaque, pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), derrotado nas eleições, impossibilitando a existência de qualquer espécie de governabilidade mínima⁷. O “*impeachment*”, então, vem sendo considerado e denunciado por muitos “juristas” e intelectuais do campo das ciências jurídicas como, na verdade, um Golpe de Estado⁸.

Por conseguinte, esse possível Estado de Exceção que viria se aprofundando e se consolidando desde o dito golpe parlamentar de 2016, com a deposição arbitrária e estrategista de Dilma do poder, intensifica ou mesmo produz muitas das percepções críticas a respeito das controvérsias que, muito similarmente, fazem-se presentes no caso Lula. É essa estranheza de relatos e acontecimentos fáticos que percorreram duas grandes importantes lideranças políticas do PT, em um espaço-tempo ínfimo, que corroboram a criticidade presentes nas narrativas do “golpe” e da “prisão política”. Portanto, recaem sobre a democracia e as possibilidades democráticas as controvérsias “jurídicas” surgidas e aqui

⁶A Revista Fórum veiculou digitalmente uma notícia divulgando os dados do instituto de pesquisa DataFolha que, por três vezes, constatou que Lula é considerado pela população brasileira como, de longe, o melhor presidente que o Brasil já teve. Confere-se aqui: <https://www.revistaforum.com.br/pela-3a-vez-datafolha-aponta-lula-como-o-melhor-presidente-da-historia-brasil/>.

⁷ O ex-presidente do PSDB, Tasso Jereissati, admitiu em entrevista recente concedida ao jornal Estado de S. Paulo que o partido, “tentado pelo poder”, cometeu uma “série de erros” desde o resultado das eleições de 2014, relacionando-se eles a posturas antidemocráticas que objetivavam sabotar o governo Dilma e enfraquecer o próprio PT. Trechos da entrevista podem ser lidos na versão *online* do jornal: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,nosso-grande-erro-foi-ter-entrado-no-governo-temer,70002500097>.

⁸ Podem-se citar aqui as obras “Resistência ao Golpe de 2016”, lançada em 2016 pelo Projeto Editorial Práxis, que reúne mais de 100 profissionais de várias áreas do conhecimento, dentre eles, advogados, professores e profissionais ligados às áreas do Direito que discutem as apercibidas ilegalidades do *impeachment* sob uma perspectiva “jurídica”, e, ainda, o livro “Por que gritamos Golpe?”, da Editora Boitempo, lançado no mesmo ano do primeiro e que também apontam o que compreendem por ilegalidades.

brevemente apontadas. Logo, a cassação do mandato presidencial de Dilma ou a criminalização vivenciada por Lula durante sua disputa eleitoral, por si só, afastam possíveis questionamentos quanto à atuação dos Ministros do STF restar condicionada aos interesses políticos ou mesmo pessoais daqueles Presidentes da República que os indicaram. Afinal, sete dos atuais onze Ministros da Suprema Corte foram indicados por Lula e Dilma. Só que, ao revés, diante de tantas e tamanhas suspeitas, questionamentos e problemáticas que envolvem os e se incorporam nos episódios retratados, tornando-os controversos, a hipótese da parcialidade não se excluiu totalmente.

A atuação relevante e destacada de Barroso nesse atípico cenário de deposição e prisão de presidentes, após sua nomeação como Ministro da Suprema Corte pela ex-presidenta Dilma, no ano de 2013, parece ir de encontro a sua trajetória profissional anterior. Apesar de ter sido empossado no cargo de Ministro apenas no referido ano, Barroso já era uma figura bastante conhecida dos então componentes da Suprema Corte, já que sua atuação marcadamente vitoriosa como advogado, em específico, diante do próprio STF, rendeu-lhe considerável prestígio profissional, sendo recebido com comemoração pelos Ministros desse tribunal. Rodrigo Haidar, editor da revista eletrônica Consultor Jurídico (ConJur), publicou uma matéria⁹ em que ressalta a participação de Barroso em algumas das emblemáticas decisões que lhe conferiram a referida notoriedade no cenário jurídico e social de concretização de lutas por direitos, citando, como exemplos, as conhecidas decisões em que ocorreram a descriminalização da opção da mulher pelo “aborto” de fetos anencefálicos; a legalização do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas; o reconhecimento da união civil entre homens gays e entre mulheres lésbicas e, por fim, a rejeição da extradição de Cesare Battisti, ex-militante da esquerda italiana.

O comprometimento com os avanços e com as conquistas de direitos, a despeito de motivações de ordem políticas outras, parece ter criado uma convergência ideológica determinante para a indicação de Barroso por Dilma. Visto como um defensor irrefreável da “dignidade humana” e da “democracia”, ele acabou por ter sua trajetória alinhada aos objetivos políticos e ideológicos dos governos do PT, centrados no aprofundamento ou, pelo menos, na manutenção dos ganhos sociais que vinham sendo alcançados desde a histórica e paradigmática “Era Lula”. No entanto, a tese que Barroso ajudou a construir ao assumir o cargo de Ministro no Supremo, e que veio a permitir a antecipação do encarceramento de

⁹ A matéria pode ser visualizada aqui: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-23/ideias-luis-roberto-barroso-ministro-supremo>.

Lula, flagrantemente contrária à literalidade do texto constitucional, tem o condão de representar uma ruptura dessa sua trajetória.

Desde o ano de 2009, essa Corte Suprema vinha interpretando o princípio da presunção de inocência de acordo com a clareza e a literalidade do texto constitucional. Então, entendia-se que se ninguém pode ser considerado culpado até que a condenação penal se torne definitiva. Haveria, assim, a impossibilidade lógica de o réu criminal passar a cumprir a pena a ele imposta, uma vez que a presunção de inocência recairia sobre o acusado até o final do processo. Em fevereiro de 2016, entretanto, houve uma alteração desse entendimento, mais precisamente no julgamento de outro Habeas Corpus, o HC 126.292/SP. A decisão, nesse caso concreto, permitiu o “cumprimento provisório” da pena de prisão após a condenação em segundo grau. No mesmo ano, diante da “instabilidade jurídica” surgida, o STF decidiu usar o seu Plenário Virtual para reafirmar essa mudança de entendimento, julgando o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246 e determinando a repercussão geral da matéria (com base em decisão tomada naquele único caso). Significa dizer, com isso, que a nova interpretação constitucional passou a valer para todos aqueles que figuram ou venham a configurar como réus em processos criminais, a exemplo de Lula.

O Habeas Corpus de Lula, de fato, não ensejou uma rediscussão no STF acerca do princípio da presunção de inocência, tanto que os próprios Ministros, com exceção de Gilmar Mendes, argumentaram estar reafirmando o efeito “para todos” que passou a caracterizar essa decisão de 2016 que autorizou o cumprimento provisório da pena de prisão. No entanto, por mais que o HC de Lula fosse “apenas mais um” dentre os inúmeros Habeas Corpus que passaram a alegar “abuso de direito” e “ilegalidade” na decretação da prisão após condenação de segundo grau, a grande maioria dos Ministros, ao julgá-lo, serviu-se de formas de convencimento e recursos narrativos centrados em “alegorias”, acionando e produzindo, constantemente, um sentimento de “revolta” e de “inadmissibilidade” em torno da figura do ex-presidente. Isso, mediante o manejo de episódios de crimes considerados graves e violentos por terem sido, todos, marcados por uma impunidade que se alega gerada pela demora em haver o “trânsito em julgado” das respectivas condenações, fruto de inúmeros recursos interpostos que, estrategicamente, levam à prescrição dos crimes¹⁰. Acontece que esses esforços argumentativos em nada informam o processo de Lula, especialmente quando

¹⁰ A prescrição do crime impossibilita a prisão daqueles que, mesmo tendo sido considerados culpados, não podem mais ser punidos pelo Estado, haja vista que os membros do judiciário precisam condenar dentro de um prazo razoável definido por lei. É o “Título VIII” do Código Penal que normatiza as modalidades, marcos temporais de interrupção da prescrição e os prazos de contagem desta.

vem sendo ele mesmo julgado com uma celeridade incomum e apontado como alvo de numerosas seletividades.

Apesar dessas “voltas retóricas” ambientadas em “inadmissibilidades alegóricas”, ao julgar o HC de Lula, acrítica feita por Roberto Barroso parece ter ido muito além das críticas contidas nos votos dos demais Ministros acerca da “seletividade do sistema penal”, não se conformando em unicamente apontar como grande problemática da “seletividade” a impunidade estratégica que recai sobre aqueles réus que conseguem pagar bons advogados particulares em determinados processos criminais. O seletivismo do Direito Penal passa a ganhar, no voto de Barroso, uma maior densidade. Não à toa, diante das câmeras que televisionavam o seu voto, ele resolveu converter o momento em uma contundente crítica à desigualdade da realidade carcerária brasileira, defendendo, enfaticamente, “meninos pobres presos” e atacando “corruptos ricos impunes”. Assim, a autorização da prisão de Lula pelo Ministro pareceu querer provar que a interpretação constitucional adotada em 2016, que relativiza a presunção de inocência, vem se consubstanciando no esperado instrumento de correção desse desigual sistema de justiça penal. O encarceramento antes do trânsito em julgado de uma figura política consagrada como o maior presidente da história, exatamente por ter “ajudado os pobres”, por certo, carrega consigo o condão de simbolizar o ápice de um fazer justiça que se pretende distante de dinâmicas de encarceramento seletivas direcionadas aos meninos pobres que são massivamente aprisionados.

Em vista disso, faz sentido ter Barroso arregimentado tamanha “recusa” e “indignação” para conferir ao seu voto a “combatividade” necessária para conseguir enfrentar dois difíceis cenários: primeiro, o de comprovada desigualdade institucional dos processos de encarceramento nacional e, ao revés, o fato de Lula ser Lula, figurando-se novamente como o futuro presidente do Brasil no primeiro turno das eleições em curso. “Como poderiam, portanto, ser contrários à defesa de meninos pobres os eleitores de Lula?”, talvez tenha sido este o questionando feito, em algum momento, na preparação do seu voto que recusaria o pedido contido no HC152.752. Infere-se esse tipo de preocupação do Ministro Barroso não de forma forçosa. Isto porque, no final do ano de 2016, após a votação que mudou o entendimento do STF sobre a execução provisória da pena, ele publicou na revista digital *Conjur* um texto com o título “O Supremo Tribunal Federal em 2016: O ano que custou acabar”¹¹ que traz reflexões justamente sobre os conflitos sociais que já se acirravam

¹¹Contando com a participação da sua assessora, Aline Osório, ela e Barroso constroem uma retrospectiva e análise do papel institucional do STF, ambientadas na Parte I e também na Parte II do texto, que lista “Os dez temas mais importantes do STF em 2016”, podendo ambas as partes, serem conferidas a partir das seguintes

gravemente no campo político à época, argumentando que não vê mal algum no estabelecimento de um diálogo direto com a sociedade diante desse contexto. Falar com e para a sociedade requer, *a priori*, escuta.

Barroso, no texto citado, reconhece que a conflituosidade do cenário social atual se deve ao fato de que vem sendo caracterizado por “polarizações”. Não fica muito claro, contudo, qual “sociedade”, ou parcela desta, vem tendo as suas demandas atendidas pela Suprema Corte e pelo mencionado magistrado. Essa sua postura “dialógica”, segundo argumenta o Ministro, acontece em razão de que o STF se converteu em uma “vitrine”, devido ao fenômeno cada vez mais frequente da “judicialização da política”, o que resulta em uma fiscalização social ferrenha e em consecutivas “pedradas” (lidas como injustas e parciais), mas que, no entanto, apesar da superexposição e da pressão sofridas por ele e por seus colegas Ministros, os “acertos” e os “elogios” são maiores do que os erros. Afinal, a seu ver, o STF tem sido “*um agente do progresso civilizatório brasileiro*” e o seu papel como ministro, assim como o dos outros integrantes do Supremo, seria o de “*empurrar a história*”, em diálogo e em atendimento a “*demandas significativas vindas da sociedade*”, o que contribuiria para a “*preservação da democracia*”. Ocorre que, talvez, as consequências de algumas decisões ou elas mesmas não tenham sido tão acertadas quando supôs o Ministro. Isto, do alto da sua, no mínimo, dificultosa missão de empurrar toda uma história produzida por e produtora de milhões de cidadãos, a partir, tão somente, dos critérios que o levaram a ser Ministro.

O Ministro, ao votar favorável à execução provisória da pena em 2016, contribuindo para a adoção pelo STF dessa tese que passou a ser compreendida criticamente como antigarantista, já que violadora de um direito ou garantia que beneficiava o sujeito acusado criminalmente, rompe, de algum modo, com essa trajetória que vinha ele construindo. Segue, como demonstrado, defendendo com “unhas e dentes” essa nova interpretação constitucional. Conquanto a maioria da população quisesse novamente Lula como presidente da República, Barroso, aquele que não vê mal algum no diálogo estabelecido com “a sociedade”, chegou a publicar uma opinião na Folha de São Paulo, em fevereiro deste ano, um mês antes do julgamento do Habeas Corpus de Lula, dizendo com todas as letras que voltar atrás nesse entendimento seria um “*incentivo à continuidade dos esquemas de corrupção*”¹². O

matérias do Conjur, em respectivo: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-04/barroso-acusa-desonestidade-generalizada-degeneracao-costumes>; <https://www.conjur.com.br/2017-jan-04/barroso-acusa-desonestidade-generalizada-degeneracao-costumes>.

¹² A opinião publicada por Barroso, em companhia de Rogerio Schietti, Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), intitulada de “Execução penal, opinião e fatos”, pode ser acessada aqui:

questionamento a respeito de com quais setores da sociedade o STF ou, mais especificamente, o Ministro Barroso vem dialogando, intensifica-se quando, no citado texto, Barroso se explica por ter indicado, no julgamento de outro habeas corpus, o HC 124.306/RJ, a necessidade de descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, votando contrário à prisão de médicos e funcionários de uma clínica que, clandestinamente, realizava abortos consentidos a pacientes. Não à toa, sua defesa pela execução provisória da pena foi uma decisão entendida por ele como “elogiada” e encarada por essa parcela da sociedade como “corajosa”, por mais que destoante do seu dito papel de “proteção de direitos fundamentais”. Logo, quem seriam esses sujeitos sociais com quem anda dialogando Barroso, que o elogiam quando este decide relativizar um direito fundamental que beneficia o réu criminal e, ao mesmo tempo, criticam o Ministro quando ele vota favoravelmente quanto à descriminalização de uma conduta que atenta contra a autonomia das mulheres, de regra, negras e pobres?

Neste trabalho de conclusão de curso, para responder aos questionamentos surgidos, servindo-me de alguns autores centrais do campo teórico denominado de criminologia crítica e de estudos que discutem o “crime” e os seus processos de “criminalização”, foi preciso haver um investimento analítico na compreensão primeira do contexto narrativo que permitiu a Barroso proferir, em 2016, um voto favorável a uma decisão que pode ser facilmente compreendida como “antigarantista” e “punitivista”, ao passo em que ele proferiu, no mesmo ano, um voto em uma decisão que consiste justamente no contrário, enquadrando-se nas definições de “garantista” e “antipunitivista”, já que asseguradora de direitos ligados à autonomia individual e aos direitos reprodutivos das mulheres. Mais do que apontar e tentar compreender as possíveis ambiguidades e contradições que atravessam ambas as decisões contidas nos votos de Barroso, o maior desafio deste trabalho se encontra em tentar compreender por que há, nas duas decisões contrapostas, uma aparente preocupação pelo combate ao apontado “seletivismo penal” e à “criminalização dos pobres”, especialmente do “jovem negro, pobre e periférico”, ainda que o endurecimento desse sistema, através da decisão que relativizou a presunção de inocência de acusados, pareça inconciliável com esse objetivo tão insistentemente presente na atuação crítica de Barroso como Ministro.

Este trabalho monográfico, por meio de uma pesquisa qualitativa, consiste, portanto, em uma análise da trajetória narrativa do Ministro Luís Roberto Barroso em uma série de decisões emblemáticas em matéria de Direito Penal ou em razão de temáticas a ela relacionadas. Tal trajetória narrativa que se dá em meio ao chamado processo de

“vitrinização” do STF. Nele, o “combate à corrupção” ou o “combate aos crimes de colarinho branco” são tidos como demandas advindas da “sociedade” e encontram nos usos e manejos do Direito Penal, especialmente na instrumentalização da “prisão” ou do “encarceramento” *per se*, o respaldo que oportuniza a necessária legitimação para que possa ocorrer intervenção e interferência diretas dos integrantes do STF em contextos de fragilização da democracia e de disputas em torno dela.

Para tanto, foram analisados, além das duas decisões citadas anteriormente, a que relativizou a presunção de inocência e aquela sobre a descriminalização do aborto, os votos do Ministro Barroso também em outras seis decisões emblemáticas que tratam de Direito Penal. Essas “decisões emblemáticas” são assim consideradas pelo próprio Barroso, haja vista que ele, desde o ano de 2014, publica – no final de cada ano na revista digital *Conjur* – uma espécie de retrospectiva com os dez maiores julgados firmados no decorrer de cada respectivo ano. Assim, estas decisões extraídas de uma análise prévia realizada por Barroso estão dispostas do ano de 2014 ao ano de 2016, somando-se oito ao total. São elas: a que permitiu a aplicação do princípio da insignificância nos casos de reincidência específica no crime de furto; a que rejeitou que investigações penais e processos judiciais em curso pudessem ser considerados como “maus antecedentes”; aquela que definiu os presídios como um “estado de coisas inconstitucional, acompanhada das que autorizaram que o judiciário pode determinar a autorização de obras emergenciais nas prisões e que reconheceu que os presos têm direito à indenização por danos morais devido a esse quadro de violações e lesões a direitos vivenciados; por último, aquela que descriminalizou o porte de drogas em determinado caso concreto.

Em muitas dessas decisões que forjam o seu percurso narrativo judicial no STF, Barroso diz que o Brasil “*prende muito, mas prende mal*”. Sendo assim, objetivou-se, centralmente, buscar identificar as consequências práticas para “a democracia”, para “a sociedade”, para os “presos pobres”, para um “sistema carcerário inconstitucional” e para os “ricos corruptos impunes” de posturas salvacionistas e “heroificadas” adotadas no campo penal por parte de um Ministro carismático e aparentemente dialógico que se porta a serviço da “sociedade”. Especificamente, objetiva-se entender as estratégias narrativas de conciliação adotadas pelo Ministro Barroso para supostamente corrigir a seletividade do sistema de justiça criminal e enfrentar gradativamente as problemáticas que perfazem as prisões no Brasil; analisar mais atentamente a noção de “prender bem” presente na sua postura decisória, analisando os recursos às figuras de “presos pobres” e “ricos corruptos impunes” e, bem

como, notar como as categorias relacionadas a raça, classe, geração, território, gênero e sexualidade constituem, nos autos de processos judiciais, disputas e tensionamentos em torno de sujeitos ou figuras que devem deixar de ser ou passar a se tornar alvo de uma linguagem de criminalização.

Afinal, por mais que determinados sujeitos pobres sejam encarados por Barroso como vítimas de um processo seletivo de criminalização seletivo que deve mudar, é necessário, a todo tempo, evocar a prisão como recurso narrativo para criminalizar aqueles que deveriam estar, de fato, sendo presos, em um movimento de “transferência de criminalização” e de constante (re)legitimação do Direito Penal, indicando haver uma vontade de agradabilidade geral.

1.0 AS NARRATIVAS DE DEFESA AOS “JOVENS POBRES ENCARCERADOS”

1.1. “2014: o ano de mudanças e amadurecimentos”

Pouco mais de um ano após chegar ao STF, Luís Roberto Barroso se tornou Ministro-Relator do julgamento conjunto de três Habeas Corpus, os HCs 123.734, 123.533 e 123.108, que versavam sobre furtos de “pequena monta”, compondo esse julgamento a primeira parte da retrospectiva publicada por ele na revista eletrônica Conjur, sobre os casos mais relevantes ou emblemáticos de 2014, o ano que trouxe “*amadurecimento*” ao Supremo¹³. Barroso se deparou com dois pacientes do HC encarcerados dos três condenados, isso, por terem furtado, respectivamente, alguns bombons, dois frascos de sabonete íntimo e, por fim, um par de chinelos, resultando todos esses furtos em um prejuízo às vítimas avaliado em menos de R\$ 50,00 (cinquenta reais). O seu voto¹⁴ teve como parâmetro o julgamento central do Habeas Corpus 123.108/MG, passando o Ministro a analisar o cabimento da aplicação do chamado “princípio da insignificância” nesses casos, haja vista que esse princípio cuida de considerar materialmente atípicas aquelas condutas criminosas que, não envolvendo “violência” ou “grave ameaça”, não lesaram significativamente os “bens jurídicos” protegidos pelo Direito Penal, no caso, especificamente, o patrimônio público. Logo, não haveria de se falar em crime de furto quando se estivesse tratando de chilenos, sabonetes e bombons.

Em primeira instância, o paciente do mencionado HC 123.108, que serviu como base para os julgamentos, foi condenado à pena mínima de um ano de reclusão, muito por conta de ter tido atenuada sua pena devido à confissão espontânea do crime, devendo ser essa pena cumprida, ainda assim, em regime inicial semiaberto. O furto ocorrido em Alfenas, cidade interiorana de Minas Gerais, na madrugada de 11 de dezembro de 2009, consistiu no citado par de chinelos da marca “Ipanema”, avaliado em R\$ 16,00 (dezesseis reais). Ainda que tenha o réu devidamente devolvido à vítima a *res furtiva* e esta importar em ínfimo prejuízo à loja furtada, a sentença não considerou a aplicação do princípio da insignificância, compreendendo que a conduta era materialmente típica, mantendo-se o crime. E mais, o juiz que julgou o caso entendeu ser impossível converter a pena mínima privativa de liberdade em

¹³A parte I do texto pode ser acessada aqui: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-02/ano-trouxe-mudancas-amadurecimento-supremo-tribunal-federal>.

¹⁴O voto em questão pode ser acessado no seguinte link, disponibilizado pelo próprio sítio eletrônico do STF: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_123108_MLRB.pdf

uma pena restritiva de direito, tudo isso devido ser o réu reincidente no crime de furto, argumentando que uma decisão em contrário estimularia a criminalidade.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) negou provimento à apelação da defesa, entendendo que o princípio da insignificância não foi pensado para legitimar “condutas desvirtuadas” que venham a ocorrer constantemente. Logo, ainda que o furto tenha sido de um par de chinelos, por ter o réu furtado anteriormente, deveria sua conduta ser duramente reprovada com o encarceramento. O Ministério Público Federal, por sua vez, na figura da Subprocuradora-Geral da República, emitiu parecer parcialmente favorável, já que a reincidência se refere a lesões ao patrimônio cometidas sem qualquer violência ou grave ameaça de lesão à pessoa. Barroso, diante dessas circunstâncias fático-jurídicas, tendo a ciência de que o STF vinha apreciando incontáveis casos do tipo por meio da impetração máxima de habeas corpus e era mais do que necessário estabelecer uma jurisprudência uniforme, votou pela aplicação do princípio da insignificância no presente caso, apesar da reincidência específica, votando também alternativamente, para o caso de não ser esse o entendimento dos outros Ministros, pela alteração (ao menos) do regime inicial de cumprimento da pena para o “aberto domiciliar” e pela substituição da pena encarceradora por uma de prestação de serviços à comunidade.

Barroso deixa mais do que claro em seu voto que a mera aplicação engessada e acrítica da lei pode vir a provocar, na realidade dos sujeitos submetidos a ela, injustiças de ordem concreta, afirmando de modo categórico que “*o Direito Penal deve ser moderado e sério: sem excesso de tipificações, que geralmente importam em criminalização da pobreza, e sem exacerbação de penas, que apenas superlotam presídios degradados*”. O Ministro se aproxima com essa assertiva, inevitavelmente, de uma abordagem criminológica crítica, inclusive de algumas análises tradicionais e centrais desse campo de estudo. Cita-se, por exemplo, a compreensão de Loïc Wacquant (2001) acerca do encarceramento de pessoas pobres no Ocidente, que se dá em número muito maior do que de pessoas ricas, servindo as prisões, pois, nos contextos das sociedades capitalistas, como uma espécie de gerenciamento de classe. O argumento é o de que o Direito Penal, instrumentalizado pelo capitalismo, serviria à criminalização da miséria e dos miseráveis, na tentativa de normatizar o trabalho formal precarizado, já que na iminência de qualquer rebelião, insurreição ou “desvio” desses trabalhadores, impor-se-ia o Estado Penal, especialmente em tempos de crise.

Cita-se, ainda, Zygmunt Bauman (2005), que, compactuando com a análise acerca da existência de uma criminalização seletiva da miséria ou dos “miseráveis”, define que aqueles

que não participam ativamente das dinâmicas de consumo e trabalho formal passam a ser tomados como “excedentes” da ordem econômica vigente, o “lixo humano”. Assim, perecem ante a uma ordem capitalista que é excludente, possuindo o cárcere a função higienista necessária para retirar os que “sobram” do seio social. Laurindo Dias Minhoto, incorporando essa visão em uma perspectiva local, pontua que “[...] as prisões brasileiras têm sido, ao fim e ao cabo, depósitos inumanos das classes marginalizadas” (p.150, 2002). Nota-se, dessa maneira, que as críticas da criminologia, em geral, parecem consensuar que a pobreza é o alvo preferencial das políticas criminais e de aprisionamento. Barroso, ao analisar o furto de um par de chinelos concorda com isso. Não à toa, apesar de entender que o Direito Penal não deva existir para atuar como um reforço das desigualdades já experienciadas pelos pobres, diz que acaba ele por ser “(...) *extremamente seletivo em relação à sua clientela preferencial. É por essa razão que, no Brasil de hoje, é mais fácil prender um jovem de 18 anos que porta 100 gramas de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária*”, exemplo que também viria a ser utilizado não só no HC de Lula como em muitos dos votos aqui analisados.

A preocupação apriorística do Ministro com o que nomeia de “criminalização da pobreza” e “seletividade do Direito Penal” ganha uma maior materialidade no exemplo da possibilidade de um jovem ser preso por portar uma quantidade ínfima de maconha e corruptos permanecerem impunes ainda que cometam fraudes milionárias. Ainda que nesse exemplo, contudo, Barroso não seja tão taxativo em identificar as posições e experiências de classe que permitem o próprio exemplo e o convencimento da desigualdade institucional que se tenta denunciar e enfrentar, não dizendo com todas as letras que esse “jovem” é pobre e que aquele corrupto é “rico”. Depois, em outras decisões, o Ministro abandonará as entrelinhas. Esse exemplo acabou se tornando fundamental para compreender como vota o Ministro em matéria penal, afinal, de regra, em todos os votos analisados, os jovens pobres portando pouca quantidade de maconha e os ricos inescrupulosos facilmente corrompíveis se fazem presentes, desenhando o abismo social que a prática decisória criminal no Brasil cuida em conservar. Por mais que tenha Barroso, em seu voto, optado por uma decisão que chamou de “menos ambiciosa”, preferindo votar de modo alternado e contido por vislumbrar que seus colegas não iriam digerir tão bem uma visão analítica com um potencial de ruptura paradigmática, não deixou de apresentá-la.

Ao julgar o HC 123.108, então, o Ministro Barroso deixou claro o fato de que o crime de furto deveria ser “descarceirizado”, mencionando nesse sentido, inclusive, proposta

presente no anteprojeto de Código Penal elaborado por uma Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, recentemente aposentado. Para Barroso,“(…) o encarceramento em massa de condenados por pequenos furtos tem efeitos desastrosos não apenas para a integridade física e psíquica dessas pessoas, como também para o sistema penitenciário como um todo”, haja vista que só aprofunda as condições degradantes que caracterizam a realidade do sistema prisional brasileiro, superlotado e atravessado por problemáticas estruturais e precarizações diversas. O pano de fundo para o julgamento da aplicação do princípio da insignificância nos casos de haver reincidência específica nos crimes de furto foi, a todo tempo, não só a existência da desigualdade social e seu reflexo nas desigualdades que também percorrem os processos judiciais e seus resultados, mas também as prisões e suas realidades preocupantes.

O segundo voto a ser analisado, no julgamento do Recurso Extraordinário 591.054/SC, também ensejou, no final de 2014, uma decisão emblemática e benéfica aos sujeitos acusados ou que venham a ser acusados criminalmente pelo Estado brasileiro, podendo também ser compreendida como “garantista”¹⁵. O caso consistia em um réu que, condenado em primeiro grau pelo cometimento de dois crimes definidos no Código de Trânsito brasileiro, quais sejam, os de “dirigir bêbado” e dirigir em alta velocidade em locais com grandes movimentações, havia apelado para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e este acatou parcialmente os pedidos que sustentavam o recurso interposto. O TJSC reduziu as penas impostas àquele sujeito, alterando, conseqüentemente, o regime de cumprimento da pena para o aberto e, quanto à substituição da pena por algumas restritivas de direito, ficou mantida tão somente a prestação de serviços à comunidade, entendendo que registros criminais anteriores não poderiam ser considerados para agravar a pena, ante a um processo acusatório que se baseava na presunção de inocência. O Ministério Público interpôs, então, o RE 591.054, afirmando que o tribunal estadual havia conferido uma interpretação equivocada ao princípio da presunção de inocência, defendendo, enfaticamente, que não seria inconstitucional conferir tratamento diferenciado àqueles que têm contra si inquéritos policiais e processos judiciais em curso.

Nesse julgamento exatamente sobre a extensão do princípio da presunção de inocência, considerou Barroso “*que não seria fora de propósito cogitar-se que, na hipótese de haver condenação em Primeiro Grau, portanto, ainda que não transitado em julgado, ou condenação em Segundo Grau, ainda que não transitado em julgado, se pudesse considerar*

¹⁵ O voto, contido na decisão em questão, pode ser acessado no seguinte link, disponibilizado pelo próprio sítio eletrônico do STF: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>.

rompida a presunção de inocência”. O seu voto, assim sendo, foi no sentido de seguir o entendimento que à época estava consolidado no STF, extraído de uma simples leitura do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Ainda, segundo o Ministro, tal entendimento se enquadraria na sua defesa “*de um Direito Penal pequeno, o que significa dizer, um Direito Penal sem excesso de criminalização e um Direito Penal sem excesso de exacerbação de penas*”, o que poderia contribuir para a correção de um sistema punitivo que ele compreende ser “*extremamente dessarumado*”, do ponto de vista filosófico e também normativo, já que, diz, “*o Brasil, como todos nós sabemos, tem um sistema punitivo que alterna truculência e impunidade. Nós, frequentemente, somos muito duros com os mais pobres e extremamente mansos com os mais ricos*”. O que mais chama atenção nesse voto em específico proferido por Barroso é que ele ocorreu pouco mais de um ano antes daquela decisão que, em fevereiro de 2016, no HC 126.292/SP, permitiu a supressão desse mesmo postulado democrático, contando com sua participação favorável nesse sentido.

Em texto publicado na revista eletrônica Conjur em que Barroso elenca, na segunda parte da retrospectiva feita, os 10 mais importantes julgados do Supremo no ano de 2014, figura este acerca da impossibilidade de decisões não transitadas em julgado serem consideradas maus antecedentes e agravarem a pena base, considerado pelo Ministro como um dos mais relevantes e importantes de todos¹⁶. O comentário do próprio Barroso à jurisprudência firmada deixa mais do que claro que as suas críticas pertinentes e necessárias à realidade carcerária brasileira não poderiam servir como base para a relativização de um direito fundamental que se relaciona intimamente com um sistema penal acusatório e não inquisitorial. Logo, pouco antes de resolver contribuir diretamente para a relativização da presunção de inocência e passar a ser lido como o maior defensor dessa decisão ulterior, Barroso já tinha indicado, no texto anteriormente citado, o caráter contraproducente do tipo de solução a qual acabou ele mesmo recorrendo:

Um problema a ser enfrentado, porém, é a morosidade de inquéritos e ações penais, que acabam se superpondo sem que o Estado seja capaz de produzir juízos definitivos, absolutórios ou condenatórios. Isso indica, por si só, a incapacidade do sistema penal na prevenção e na resposta ao fenômeno da criminalidade. A solução para essa disfunção não deve passar pela relativização excessiva da presunção de não culpabilidade, admitindo-se que procedimentos inconclusos possam repercutir negativamente sobre outros em fase mais adiantada.

¹⁶A parte II do texto pode ser acessada aqui: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-02/10-julgamentos-importantes-stf-ano-passado>.

Nesse mesmo voto, Barroso foi incisivo ao dizer que “*o Direito Penal não é o mecanismo ideal para lidarmos com questões sociais e, portanto, ninguém imaginará que possa resolver problemas sociais endurecendo o Direito Penal*”, ainda mais porque ele igualmente reconhece que essa dureza institucional e normativa, na verdade, já existe e é direcionada à pobreza ou aos sujeitos pobres. Indo Barroso ao encontro, inclusive, de uma espécie de conclusão empírica que também está presente no imaginário coletivo que nutre uma indignação ou sensação de impunidade assentadas na percepção de que “corruptos” não são efetivamente punidos.

1.2. “2015: O ano da razão e da serenidade”

O ano de 2015 permitiu que o maior número de votos do Ministro Roberto Barroso que versam ou que se relacionam com o Direito Penal pudessem ser presentemente analisados, considerando que a “retrospectiva”, novamente publicada na Conjur, privilegiou dessa vez quatro julgamentos em matéria criminal dos oito que aqui são tomados como importantes e/ou emblemáticos, relacionados ao que o próprio Barroso chamou de “decisões de pauta qualitativa”, na parte II das suas impressões sobre a prática decisória da Suprema Corte¹⁷. Essas quatro decisões, assim como as outras duas que se destacaram em 2014, podem ser compreendidas como “garantistas”, “críticas” e “progressistas” em se tratando da proteção, garantia e efetivação de direitos infra-legais ou constitucionalmente previstos na ordem jurídica brasileira, que recaem sobre réus criminais ou mesmo indivíduos que cumprem pena privativa de liberdade.

Nesse novo ano, o primeiro voto analisado se trata daquele elaborado na ADPF 347/MC, fruto da representação da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, tendo possibilitado que o STF reconhecesse, na importação do conceito empregado pela Corte Constitucional da Colômbia, há mais de duas décadas, que o sistema carcerário brasileiro é um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”. Assim como ocorreu na Colômbia, admitiram os Ministros brasileiros a existência de diversas falhas estruturais que atravessam os presídios no país, determinando-se, ao revés, a necessidade urgente de os poderes estatais adotarem uma série de medidas voltadas a sanar as consideradas “gravíssimas

¹⁷A retrospectiva pode ser acessada aqui: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-28/retrospectiva-2015-10-principais-decisoes-pauta-supremo>.

violações e lesões a direitos fundamentais” dos presos, que estão submetidos a condições de existência compreendidas como precárias, cruéis e desumanizantes.

Frente a essa decisão tomada pela Suprema Corte do Brasil, Jane Reis Pereira e Gabriel Accioly Gonçalves (2015) apontam que mais importante do que verificar se as posturas adotadas pelo Estado estão ou não em conformidade com as prescrições contidas nas redações legais acaba sendo, de fato, avaliar as consequências e resultados das ações e omissões estatais na prática, na não desconsideração das interações complexas entre as normas e as realidades que estas pretendem regular. A decisão contida na ADPF 347, portanto, “pode ser entendida como um ponto culminante do reconhecimento da inconstitucionalidade como fenômeno multidimensional” (PEREIRA e GONÇALVES., 2015, p. 146), afastando-se, assim, de uma perspectiva meramente “legiscêntrica” ou, melhor dizendo, apenas focada na identificação de incompatibilidade entre legislações.

O fenômeno da inconstitucionalidade, desse modo, passa a abarcar agora no Brasil um caráter sistêmico, já que as violações que se incidem sobre as normas constitucionalmente consideradas são encaradas agora sob uma ótica multidimensional, já que se identifica serem essas violações resultado de múltiplas atuações institucionais, carecendo que a declaração de inconstitucionalidade assuma uma dimensão de efetividade, como ocorreu com essa decisão na ADPF 347. No voto proferido pelo Ministro Barroso na referida ação¹⁸, ele reconhece que todo um conjunto de ações e omissões fazem com que se tenha esse estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema, destacando-se o seguinte:

(...) essa visão equivocada de que as pessoas perdem a sua dignidade pelo que elas fazem; as pessoas têm dignidade pelo que elas são, pela sua condição humana. E, assim, esse desprezo de tratar essas pessoas como se fossem lixo humano é uma forma de negar a elas dignidade. Desse modo, as pessoas foram condenadas a serem presas. E, em certos casos, devem permanecer presas. Mas não foram condenadas a sofrerem violências físicas, a sofrerem violências sexuais, a não terem sabonete, pasta de dente, escova de dente, papel higiênico, nem lugar para fazer as suas necessidades básicas (...).(...) Não é necessário maior aprofundamento, porque é notório o fato de queos presos são uma minoria invisível, uma minoria não representada politicamente, uma minoria incapaz de vocalizar, em qualquer foro relevante, as suas demandas, as suas necessidades. Como consequência, são pessoas que têm seus direitos fundamentais mais elementares vulnerados.

¹⁸O voto em questão pode ser acessado no link a seguir, disponibilizado pelo próprio sítio eletrônico do STF, que contém a decisão, maior do que o costume, dada as complexidades e nuances do caso:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>.

Por sua vez, no mesmo Recurso Extraordinário 592.581, derivado de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, ocorreu decisão no sentido de que pode sim o Poder Judiciário determinar que a Administração Pública realize obras em estabelecimentos prisionais, desde que estas sejam consideradas emergenciais. Assim, a metanorma da dignidade da pessoa humana, mais especificamente quanto aos seus reflexos no respeito à integridade física e moral dos presos, seria assegurada, de fato, relacionando-se essa decisão a anterior, construindo-se o STF como um instrumento interventivo e propositivo de materializações de preceitos constitucionais, ainda que pesem os argumentos da “reserva do possível” e o princípio da “separação dos poderes” como impeditivos da responsabilidade dos agentes do executivo frente a esses quadros de desrespeito aos direitos humanos.

Mais uma vez, em seu voto¹⁹, Barroso argumentou que os sujeitos por trás das grades e celas das prisões no Brasil seriam uma “*minoría invisível*”, partindo da premissa de que a ausência de direitos políticos, sobretudo o de não poder votar, faz com que uma das atribuições funcionais dele enquanto Ministro seja a de proteger os direitos dessa população invisibilizada ou “*um conjunto de pessoas que ficou à margem da vida pela incapacidade de vocalizar os seus interesses e as suas pretensões, porque não há quem as represente*”. Como visto, no ano de 2015, Barroso não ficou somente restrito a apontar a seletividade do sistema penal, evitando seu agravamento ao impedir a prisão de indivíduos que furtam chinelos, sabonetes e bombons e impossibilitando a relativização do alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, ameaçado pelo ímpeto de se tomar o processo penal como um instrumento (ainda mais) estigmatizante em relação a determinados réus. Converteu-se Barroso, na verdade, em um verdadeiro intérprete e porta-voz dos indivíduos encarcerados, compreendendo o Ministro que compete ao Poder Judiciário, ao STF e, portanto, a ele os mencionados papéis de defesa dessa “*minoría invisível*” e “*sem voz*”, pois o “*déficit público e as consequências que ele traz penalizam sobretudo as pessoas mais pobres, que dependem da atuação do Estado*”.

Ainda se atendo à realidade dos processos de encarceramento e as suas dimensões concretas nas existências daqueles que foram condenados às celas prisionais sob o intuito “ressocializador” e “humanizador”, que legitima a própria existência do cárcere desde o advento da modernidade, a discussão iniciada pelos integrantes do Supremo em 2014, no Recurso Extraordinário 580.252, a respeito da possibilidade daqueles sujeitos encarcerados terem direito a receber uma indenização a título de danos morais pelo Estado, já que estão

¹⁹O voto em questão pode ser acessado no seguinte link, disponibilizado pelo próprio sítio eletrônico do STF: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>.

submetidos às prisões em condições exaustivamente reconhecidas como desumanas e violadoras de diversos direitos, teve o voto de Barroso proferido em 2015. O caso concreto surge de uma ação proposta pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, em favor de um homem condenado a 20 anos de pena de prisão, cumprindo-a no estabelecimento penal de Corumbá (MS), em que se alegava a imprescindibilidade de haver em relação a esse indivíduo uma reparação por danos morais experimentados. As alegações do defensor público eram as de que aquele homem preso vinha sendo assujeitado a um ambiente completamente degradante, decorrência inevitável da excessiva população carcerária e de outras problemáticas estruturais que não permitiam que a dignidade humana se realizasse.

Barroso votou da seguinte forma no RE 580.252²⁰:

O Estado tem o dever de indenizar os danos morais causados pelo encarceramento em condições atentatórias aos mínimos padrões de dignidade. Não se pode invocar a teoria da reserva do possível ou outros subterfúgios teóricos para afastar a responsabilidade civil do Estado na hipótese. Isso implicaria negar a uma minoria estigmatizada a titularidade de seus direitos mais elementares à integridade física e moral, à não submissão a tratamento desumano ou degradante e a penas cruéis, em frontal violação à Constituição. Seria, portanto, legitimar uma concepção desigualitária a respeito da dignidade humana, que nega aos presos o seu valor intrínseco, como se não se tratassem de seres humanos. (...) É certo que preocupações com a saúde financeira dos Estados não podem ser utilizadas para simplesmente negar aos presos a compensação pelos danos morais. Afinal, como justificar o deferimento de indenizações por danos morais em situações de menor afronta à dignidade, como o cancelamento injustificado de vôos e a devolução indevida de cheques, e negá-las a detentos que sofrem gravíssimas violações aos seus direitos nas prisões?

Como demonstrando, o caso e seu voto versavam sobre a realidade violadora de direitos fundamentais de que sofrem os presos devido às condições precárias dos estabelecimentos prisionais, sendo o enfoque voltado àqueles sujeitos que já se encontram alvo da política de encarceramento. No entanto, as críticas de Barroso novamente se voltaram a também apontar a desigualdade ou seletividade prévia ao aprisionamento *per se*, quando das sentenças ou acórdãos condenatórios prolatados por juízes de direito e desembargadores que definem quem será ou não preso. O exemplo alegórico que inicia este trabalho monográfico, no julgamento que antecipou a prisão do ex-presidente Lula, também utilizado para analisar o furto do par de chinelos, também volta a se fazer presente agora, acionando Barroso uma

²⁰O longo Voto-Vista de Barroso no referido caso pode ser acessado aqui, em link disponibilizado pelo sítio eletrônico do próprio STF, possuindo este um total de 63 páginas de argumentação: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>

imagem textual bastante contundente sobre a denunciada seletividade do sistema penal: “*é mais fácil prender um jovem de 18 anos que porta 100 gramas de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária*”, complementando que “*não há soluções fáceis ou unilaterais para enfrentar essa obscura realidade*”.

Destarte, a análise do Ministro Barroso era indiscutivelmente clara no sentido de que a correção de todas as problemáticas e falhas estruturais ocorridas nos estabelecimentos prisionais e suportadas pelos apenados não iriam ser solucionadas sequer com uma bem-intencionada atuação judiciária voltada a dar efetividade às disposições legais, logo, recorrer à relativização de direitos e garantias que servem justamente para impedir a expansão das ditas “obscuridades” não seria nem de longe uma estratégia a ser ponderada frente a esse colapso preocupante do sistema carcerário nacional. Inclusive, esta análise se extrai dos votos do Ministro Barroso porque o próprio ponderou categoricamente que “*o judiciário não tem a visão sistêmica das demandas e o judiciário normalmente é preparado para fazer micro-justiça, a justiça do caso concreto, com muita dificuldade de avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontuais*”. Em especial, essa descrença de Barroso em relação a uma intervenção desmedida e direta do STF sobre complexidades que envolvem os outros poderes se transforma por ele, também, em uma alerta, sob o argumento de que uma postura da Corte que desrespeite a administração pública e as leis existentes feriria não só a própria legitimidade democrática como também a própria democracia.

Após os votos que possibilitaram as decisões favoráveis ao reconhecimento das prisões como um estado de coisas inconstitucional, a possibilidade de o judiciário determinar que o executivo realize obras emergenciais nesses mesmos presídios sistematicamente violadores de direitos humanos e de os presos que sofrem diretamente as consequências das precarizações, crueldades e desumanidades desses estabelecimentos estatais receberem indenizações, Barroso também destacou o início de um julgamento considerado por ele como “polêmico”. A discussão polêmica se refere ao RE 635.659, que trata sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal e tem como caso concreto que sustenta a discussão o porte de 03 (três) gramas de maconha por um sujeito tipicamente alvo dessa criminalização prevista na chamada “Lei de Drogas”, a Lei 11.343/2006. Consciente da qualidade do debate travado em torno da temática, de pronto, Barroso ressalva em seu voto²¹ que para este problema “*não há solução juridicamente simples nem moralmente barata*” e que “*em uma democracia, nenhum tema é tabu. Tudo pode e deve ser debatido à luz do dia.*

²¹ O voto em questão foi acessado em sua forma de “anotações” para o voto que, de fato, deu-se oralmente, tendo sido publicado no Conjur: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>.

Estamos todos aqui em busca da melhor solução, baseada em fatos e razões, e não em preconceitos ou visões moralistas da vida”.

Ainda que debater “droga” ou “usuário de droga” pareça só rapidamente fugir das decisões que recaiam sobre a realidade danosa dos presídios e do sofrimento experimentado e suportado pelas pessoas presas, centradas mais nas “estruturas” do que em uma discussão sobre quem corporifica tais estruturas, é um debate que retoma as críticas feitas à seletividade do Direito Penal. Os presídios estão lotados de pessoas acusadas de crimes previstos na Lei de Drogas, logo, é um debate que se relaciona intimamente com o tipo de sujeito que é criminalizado e que, ao ser encarcerado, é selecionadamente levado a vivenciar o reconhecido e degradante quadro de inconstitucionalidade – este, direcionado a uma “*clientela preferencial*” que acaba por ser, em grande parte, uma espécie de clientela moral. Pontua-se que o julgamento do caso, que já teve reconhecida a sua “repercussão geral”, devido ao alto número de casos parecidos que chegam ao STF, até hoje não chegou ao fim. Em 2015, o voto inaugural do relator do caso, o Ministro Gilmar Mendes, foi pela inconstitucionalidade da criminalização da conduta, entendendo ele que a punição do usuário de drogas deveria se dar na esfera administrativa e cível, exemplificando as medidas como a advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento em curso educativo, que são os efeitos considerados “não-penais” do artigo 28 da mencionada lei especial, focando, de qualquer forma, em uma necessidade de se prevenir e combater o uso de drogas ilícitas.

Houve também uma preocupação no sentido de evitar as prisões preventivas decorrentes dos casos das prisões em flagrantes, tudo por conta de não se saber ao certo (e não haver parâmetros legais para tanto) o que diferencia o usuário de um traficante, devendo o juiz decidir a respeito. Barroso, desse modo, fez o que vinha fazendo, ao menos em todos os julgamentos que versam sobre ou se relacionam com a matéria penal por ele escolhidos nas suas retrospectivas. Foi inclusive além nas observações e análises do Ministro Relator Gilmar Mendes e do Ministro Fachin, indicando haver a necessidade não de que o juiz, em audiência marcada de modo mais célere, aja sob discricionariedade decidindo quem é usuário de drogas ou traficante, mas de que deveria existir critérios objetivos para distinguir o consumo pessoal do tráfico de drogas, evitando, assim, encarceramentos massivos e seletivos, responsáveis pela existência de boa parte da população carcerária no país:

O modelo criminalizador e repressor produz um alto custo para a sociedade e para o Estado, resultando em aumento da população carcerária, da violência e da discriminação. Da promulgação da lei de drogas, em 2006, até hoje, houve um aumento do encarceramento por infrações relacionadas às drogas de 9% para

27%.Aproximadamente, 63% das mulheres que se encontram encarceradas o foram por delitos relacionados às drogas. Vale dizer: atualmente, 1 em cada 2 mulheres e 1 em cada 4 homens presos no país estão atrás das grades por tráfico de drogas. (...) E o pior: a criminalização de condutas relacionadas ao consumo promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos; (...) ao contrário do que muitos creem, a criminalização não protege, mas antes compromete a saúde pública.

As alternativas “não-penais” que deveriam ser direcionadas ao indivíduo que opta por fazer uso de drogas ilícitas não são descartadas por Barroso, compreendendo ele que o debate que gira em torno do RE 635.659 não é sobre uma liberalidade irrestrita e inconsequente, em não se optando pela continuidade de eleger a repressão penal como medida para tratar do assunto. Na verdade, seria o contrário disso, devendo-se elencar *outros instrumentos realmente eficazes de tratamento, “como, por exemplo, sanções administrativas. Isto inclui a possibilidade de apreensão, proibição de consumo em lugares públicos, submissão a tratamento de saúde etc.”*, afastando-se, ainda assim, as medidas “não-penais” elencadas por Barroso daquelas que conservam ainda um caráter eminentemente repressivo, existindo essas medidas interventivas pelo Estado só em casos que afetassem a saúde do próprio usuário ou em que o uso implicasse na afetação direta de terceiros, não sendo, pois, uma repressão pela mera repressão. Afinal, para o Ministro Barroso, com base nos dados que informam as políticas de segurança pública voltadas a combater as drogas, “a guerra às drogas fracassou”. Barroso conclui isso sob o argumento de que:

A verdade, porém, a triste verdade, é que passados mais de 40 anos, a realidade com a qual convivemos é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico. E o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo. (...) Entre nós, o maior problema é o poder do tráfico, um poder que advém da ilegalidade da droga. Este poder se exerce oprimindo as comunidades mais pobres, ditando a lei e cooptando a juventude. O tráfico desempenha uma concorrência desleal com qualquer atividade lícita, pelas somas que manipula e os pagamentos que oferece. A consequência é uma tragédia moral brasileira: a de impedir as famílias pobres de criarem os seus filhos em um ambiente de honestidade.

Ao indicar que as consequências mais danosas da criminalização das drogas também se corporificam nas pessoas pobres, no envolvimento direto desses sujeitos com trabalhos ilegais próprios às dinâmicas e demandas sociais de consumo que forjam o mercado de drogas

ilícitas, Barroso evidencia que talvez a maior problemática dessas consequências seletivas e classistas seja a que se refere à distinção entre o que faria de um sujeito um usuário ou um traficante, que ocorre sem qualquer base legal assentada em critérios objetivos. Desse modo, ele argumenta que *“ricos com pequenas quantidades são usuários, pobres são traficantes”*, afinal, o fato de não existir um parâmetro objetivo não torna essa ausência uma mera omissão legislativa ou o surgimento de meras decisões judiciais “imprecisas”, sendo que *“a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra”*. Barroso é claro ao afirmar que essa inexistência *“produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu (...): os jovens de classe média para cima, moradores dos bairros mais abonados, como regra, são enquadrados como usuários; os jovens mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes”*.

Nesse voto, o exemplo recorrente de que é mais fácil um jovem pobre ser preso por portar pouca quantidade de maconha ao invés de um corrupto rico que comete fraudes milionárias se faz mais visualizável, ainda que não tenha ele o evocado alegoricamente dessa vez. Na citada retrospectiva publicada no Conjur em que se fazia referência a esses quatro julgamentos, Barroso disse que *“em meio à turbulência das paixões políticas e desatinos verbais que elas deflagram, o Supremo Tribunal Federal contribuiu para manter o domínio da razão e da serenidade”*, fazendo referência ao contexto do *impeachment* da presidenta Dilma que se delineava. O ano seguinte viria justamente fazer com que Barroso percebesse que talvez tenha falhado o STF nesse sentido, que ele e a Corte Suprema não foram capazes nem de conferir “razão” a um cenário flagrantemente golpista, nem muito menos “serenidade” às polarizações que surgiriam mais acirradamente diante das controvérsias e disputas políticas que acompanharam o Golpe de 2016.

1.3. “2016: o ano que custou a acabar”

Luís Roberto Barroso, diante de todo um contexto de crise econômica e política, quando da retrospectiva publicada pelo Conjur acerca do papel institucional do STF e das decisões mais importantes ou emblemáticas de 2016, reconhece que esse ano em questão *“não foi um ano fácil para o país. Tampouco foi um ano fácil para o Supremo Tribunal Federal”*,

categorizando-o como “*o ano que custou acabar*”²². Nos dois anos anteriores, em que a trajetória narrativa de Barroso tinha sido assentada no recurso a discursos críticos à seletividade do sistema penal e à realidade de precariedades em que se situam as prisões brasileiras, o seu voto no HC 126.292, contrário à literalidade do texto constitucional que positiva o princípio da presunção de inocência no rol de direitos fundamentais, aparece como uma ruptura inevitável dessa sua postura garantista e antipunitivista. Sobretudo, levando em consideração que pouco mais de um ano antes, no final de 2014, já havia o Ministro previsto que, em algum momento, o Supremo viria a ter que se manifestar novamente acerca da presunção de inocência, adiantando em seu voto no RE 591.054 que a relativização da presunção de inocência não seria uma solução para corrigir determinadas problemáticas por ele já reconhecidas. Estas, relacionadas por Barroso à morosidade excessiva do judiciário, resultado direito de um sistema recursal que vem sendo manejado pela defesa técnica de réus “abastados” de modo voltado a estrategicamente gerar impunidade. Reitera-se que a defesa de Barroso, à época da discussão sobre “maus antecedentes”, deu-se em torno da necessidade de manutenção da interpretação antes consolidada pelo STF que tomava a redação do artigo 5º, *LVII*, da Constituição Federal de 1988, como uma regra de caráter absoluto. Assim, de acordo com tal dispositivo constitucional, já que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, não poderia o condenado não-definitivo cumprir a pena a ele imposta até que ocorresse o fim do processo judicial.

O voto de Barroso em 2014 é, em si mesmo, um contraponto bastante consistente aos argumentos de que lançou mão em fevereiro de 2016²³, isto, sobretudo, porque, em sendo as instituições jurídicas e ele próprio os representantes de uma “população invisível” e “sem voz”, não seria atentando contra os direitos dessas pessoas já tão reconhecidamente vulnerabilizadas que adviria mudanças positivas para um sistema de justiça já tão violador de direitos básicos e fundamentais para esse grupo. Para Barroso, teria sido a mudança de entendimento do STF em 2009 em prol do respeito ao texto constitucional o que teria gerado “*três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal*”, quais sejam, a interposição de recursos protelatórios, reforço à seletividade do sistema penal, devido esta prática defensiva se dar em razão daqueles réus que podem pagar bons e muitos advogados e, por último, o “*o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade*”, já que isto

²² As partes I e II da retrospectiva podem ser acessadas, respectivamente, por meio desses links: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-04/barroso-acusa-desonestidade-generalizada-degeneracao-costumes>; <https://www.conjur.com.br/2017-jan-05/10-julgamentos-importantes-stf-ano-segundo-barroso>.

²³ O roteiro do voto, que se deu na forma oral, encontra-se disponível no Conjur, por meio do seguinte endereço de web: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula>.

produziria *“deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados”*.

Ainda que estivesse o Ministro Barroso votando contrário a uma perspectiva garantista ou antipunitivista, a crítica à seletividade ainda se fazia presente. Isto, mesmo que no início do seu voto, estranhamente, anuncie que *“agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”*, atribuindo à presunção de inocência a culpa pela seletividade penal existir e não a própria seletividade e suas dinâmicas práticas de desigualdade. Afinal, o seu argumento é o de que *“a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu (...) consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal”*. Para Barroso, sendo assim, a assimetria gerada entre réus que podem pagar bons advogados e aqueles que não podem pagar é, na verdade, uma dimensão ínsita à seletividade e a um sistema recursal que abarca a possibilidade de adiar em muito o trânsito em julgado apenas para alguns, em nada isso se relacionando, portanto, à existência de uma presunção de inocência que deveria recair sobre todos esses acusados, indistintamente, exatamente produzindo igualdade de tratamento. Tanto não é a presunção de inocência o problema causador de tantos outros e sim a seletividade que autonomamente recai sobre ela, que Barroso foi claro ao afirmar, no mesmo, contraditoriamente, que uma das suas motivações para relativizar a presunção de inocência iria *“ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema”*.

A consideração de Barroso sobre haver um ímpeto punitivista dos juízes em prender determinados sujeitos já no início do processo judicial criminal, não havendo, pois, o devido respeito à presunção de inocência que deveria nortear a forma como o juiz enxerga e trata o acusado durante o curso da persecução penal, é a prova concreta de que a seletividade do sistema penal é tamanha que a presunção de inocência não existe efetivamente para réus pobres, aqueles que corporificam a “clientela preferencial” dos processos de encarceramento nacionais. Logo, a alternativa apresentada pelo Ministro Barroso seria a de relativizar para “todos” a presunção de inocência que é cotidianamente relativizada para réus pobres. Barroso, na verdade, observa muito lucidamente que *“a possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados*

para defendê-los em sucessivos recursos (...) os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação". No entanto, tentando corrigir essa realidade de desigualdade institucional, produzida por juízes que decidem de maneira escancaradamente classista, resolve o Ministro, forçosamente, converter a previsão do princípio da presunção de inocência na causa do problema da seletividade penal. Barroso o faz para, bem às avessas, tentar contornar aquilo que vinha identificando como uma seletividade penal profunda, sendo que ele mesmo acaba por utilizar e relativizar, seletivamente instrumentos normativos voltados a produzir igualdades na prática decisória penal para que, no fim, corruptos sejam mais rapidamente punidos e encarcerados. Assim, uma vez mais, diz o Ministro que *"não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconhado que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária"*.

À vista disso, considerando que essa "facilidade" é um sinal de que sujeitos pobres são alvos de decisões condenatórias que são verdadeiras produtoras de "abusos" e "erros" e que *os recursos extraordinário e especial* são uma forma exatamente de corrigir abuso e erro visualizados nessas condenações de primeiro e segundo grau, ainda que as chances de se mudar essas decisões pelos tribunais superiores não fosse tão expressivas, a relativização da presunção de inocência que Barroso ajudou a produzir no âmbito da Suprema Corte brasileira, no afã de prender políticos e empresários corruptos, representa para a "clientela preferencial" do sistema penal a supressão por completo de qualquer chance de existir um julgamento minimamente justo, voltado a impedir que prisões arbitrárias e abusivas ocorram sob uma visão estigmatizante e classista que retroalimenta a marginalização que situa essa população marcada pela pobreza em um espectro de desigualdade social de toda ordem.

Um dos três grandes motivos para Barroso ter votado do modo que votou, permitindo a autorização da execução provisória da pena no HC 126.292, foi devido ao fato de que essa mudança de entendimento auxiliaria *"na quebra do paradigma da impunidade"*, em diálogo com setores da sociedade que se mobilizavam a partir de discursos "anticorrupção", acionados, inclusive, para promover manifestações em prol do *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff. Barroso, como Ministro do STF, deu voz a esses sujeitos que, ao passo em que se movimentam discursivamente pelo combate mais enfaticamente seletivo à corrupção manifestada em partidos de esquerda ou do campo progressista, também traziam consigo pautas conservadoras, moralistas e, muitas vezes, antidemocráticas, fazendo com que os elogios recebidos por ele ao votar contrariamente a um princípio eminentemente democrático

e de proteção aos indivíduos acusados do cometimento de crimes pelo Estado logo fossem substituídos por descontentamento e críticas quando do seu voto, no mesmo ano, pela descriminalização do aborto.

A Primeira Turma do Supremo, integrada também por Barroso, deferiu uma ordem de habeas corpus de ofício ao julgar o HC 124.306, que tratava da decretação da prisão preventiva de um médico e de funcionários de uma clínica clandestina que realizava abortos consentidos em mulheres que optavam pela interrupção da gravidez, tendo sido esses profissionais presos também por “formação de quadrilha”, incorrendo todos, portanto, nas condutas típicas dos artigos 126 e 288 do Código Penal. O voto proferido por Luís Roberto Barroso alcançou a maioria, acompanhando-o os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Barroso, em seu voto²⁴, mais uma vez destacou que a criminalização do aborto, assim como ocorre com a tipificação de condutas como o crime de furto, implica na criminalização da pobreza, agora, mais especificamente, na criminalização de mulheres pobres, já que sobre elas há um “efeito perverso” devido à falta de assistência, importando a criminalização em um “impacto discriminatório” a essas sujeitas já tão precarizadas e marginalizadas.

(...) é dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana. (...) Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (...) A histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres. (...) a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.

²⁴O Voto-Vista em questão pode ser acessado no seguinte link, disponibilizado pelo próprio sítio eletrônico do STF: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>.

No citado texto publicado na revista digital Conjur, contendo as percepções do Ministro acerca da conflituosidade que caracterizou o ano de 2016, com todos os embates e acirramentos políticos atravessados e as controvérsias jurídicas que fragilizaram a democracia e provocaram descrença nas instituições, o papel institucional adotado pelo STF frente a tudo isso foi encarado por Barroso como muito positivo e merecedor de elogios. Além do que, a atuação dos Ministros frente ao que chamou de processo de “vitrinização” passou a contar também com um diálogo estabelecido com setores da sociedade e seus anseios populistas, como nunca antes visto, pelo menos não de modo abertamente declarado. A decisão da Primeira Turma indicando uma nova tendência de interpretação constitucional do aborto não como um ato a ser compreendido como um crime, e as mulheres pobres que optam por ele como criminosas, sofreu o que ele nomeou de “críticas injustas”. Justifica-se o Ministro lançando dois importantes questionamentos aos seus críticos: *“Deve (o juiz) condenar o réu contra a Constituição e contra o mínimo de Iluminismo que deve reger a vida em uma sociedade civilizada, aberta e democrática?”*, questionando logo em seguida também se *“deve (o juiz) brandir o argumento formal de que a competência é do Congresso e abandonar o argumento substantivo de que mulheres não são seres inferiores, que não são um útero a serviço da sociedade e que têm direito a ter vontade própria?”*.

Pelo visto, os setores sociais com os quais anda dialogando, Vossa Excelência, já deixaram mais do que claro que “deve sim”.

2.0 AS NARRATIVAS DE CRIMINALIZAÇÃO DOS “RICOS CORRUPITOS IMPUNES”

2.1. A “transferência da criminalização”

Luís Roberto Barroso, nos oito votos aqui analisados, situados entre 2014 e 2016, foi categórico ao afirmar e demonstrar que o funcionamento do sistema punitivo atual importa na criminalização da pobreza. Logo, defendeu medidas “descarcerizadoras” para crimes patrimoniais que não envolvam violência ou grave ameaça, bem como para o porte de drogas, na defesa de critérios objetivos que neutralizem a identificação de réus pobres como traficantes, e, ainda, fomentou o primeiro passo no STF para que o aborto seja descriminalizado. O enfrentamento a discursos moralistas ou fundamentalistas religiosos que forjam encarceramentos morais parece ser um dos motivos para Barroso dialogar tão contundentemente com “a sociedade”. Em todos os votos, ele aponta que a sensação de impunidade que “a sociedade” suporta, apesar do Brasil figurar no *ranking* dos países que detêm as maiores populações carcerárias mundiais, relaciona-se ao fato de que a clientela preferencial do Direito Penal não é representativa de quem “a sociedade” quer ver presa. Barroso entende e compactua com esse desejo inferido “da sociedade” em torno do que ele diz ser o de punir aqueles sujeitos que cometeram crimes graves, que seriam os violentos e relacionados às práticas de corrupção.

Nos sete dos oito votos, com exceção do julgamento relativo à execução provisória da pena de prisão, que relativizou por completo a clareza do texto constitucional que normatiza o princípio da presunção de inocência, Barroso, recorrentemente, incorreu na defesa empenhada de evocar e construir um Direito Penal “mínimo”, sem exacerbação de penas e de tipificações de condutas como criminosas, pois comprovou, no decorrer desse percurso narrativo recente como Ministro da Suprema Corte, que o uso do Direito Penal como instrumento de solução para questões sociais por meio do seu endurecimento é uma solução simplista e fadada não só ao erro, como à produção de mais injustiças e seletividades, já que o sistema punitivo brasileiro é direcionado quase que integralmente a apenas uma parcela dessa “sociedade”. Barroso, com isso, evitou a perpetuação de flagrantes violações a direitos fundamentais das pessoas presas, reconhecendo a vulnerabilização dessa população e a necessidade de o judiciário ser o porta-voz desses sujeitos que são sistemática e institucionalmente silenciados. Para o Ministro, “a sociedade” precisa entender que pessoas presas não perdem a dignidade a

elas inerente, inclusive, reconhecendo o direito delas de receber indenização a título de danos morais, ainda que não fosse em caráter estritamente pecuniário, já que seria a realidade carcerária brasileira um estado de coisas inconstitucional capaz de tornar a privação de liberdade uma experiência cruel e desumana.

Em que pese a existência de todas essas decisões que buscavam dar efetividade aos preceitos e princípios constitucionais em matéria de Direito Penal, a todo tempo, admitia Barroso a incapacidade do judiciário de, com suas decisões em casos específicos, produzir melhorias de ordem sistêmica, haja vista a impossibilidade de antever e precisar os impactos e consequências diversas dessas decisões, sem contar o caráter de promover micro-justiça desse poder estatal. Contudo, diante das disputas políticas em 2016 e de todo o cenário conflituoso que segue até hoje ocorrendo, o Ministro Barroso rompeu com essa visão “pragmática” acerca não só do seu papel, mas do poder judiciário como um todo, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Passou a considerar que a função de um Ministro seria a de “*empurrar a história*” e, nesse “empurra-empurra todo poderoso”, não haveria problema em existir posturas decisórias populistas, ambientadas em uma tentativa de conter os ânimos populares exaltados e que, em destaque, voltam-se até mesmo contra o STF e a pessoa do próprio Ministro. Ao mesmo tempo em que isso estaria em atendimento a uma espécie de demanda social pela punição de corruptos, conseguiria Barroso, ao menos em termos ideais, de quebra, corrigir uma problemática que se relaciona diretamente à tão criticada seletividade penal.

O cenário sobre o qual passa a decidir Barroso no ano de 2016 é, então, um cenário bastante distinto daquele em que ele vinha se acostumando a decidir, tendo se equivocado quando supôs que ao interferir o STF nos outros poderes para, apenas, sanar ações e omissões que engendram uma realidade sistemática de violação de direitos constitucionais, não se envolvendo a Corte em decisões “políticas”, isso implicaria em “razão” e “serenidade” para o país e não em mais conflituosidade, polarização, manifestações e atos de violência. Em suma, a postura adotada frente a determinados acontecimentos políticos, como o *impeachment*, deveria ser aparentemente “neutra”. O contrário dos resultados e consequências esperados com a “neutralidade”, no entanto, aconteceu, obrigando que Barroso e os seus colegas Ministros precisassem se adequar a um cenário novo em que o agravamento do contexto citado também se reverteu contra eles na forma de “pressões”, “pedradas” e fiscalização constantes, até de qualquer mero despacho que proferissem.

O cenário marcadamente punitivista surgido e endossado pela ascensão de discursos extremistas da direita política em muito se aproxima de tendências “globais” de supressão de

conquistas de direitos sintetizadas no primado da “dignidade da pessoa humana”, devido ao ímpeto lucrativo dos interesses do mercado ou dos grandes empresários e das elites que monopolizam os meios de produção que, para alcançar a diminuição do Estado de Bem-Estar Social, passam a utilizar do endurecimento do Direito Penal como ferramenta de materialização dessa pretensão (WACQUANT, 2001). Não à toa, os discursos sustentados na vontade de se acabar com a “corrupção” a qualquer custo foram manejados por estes setores dominantes em direção à criminalização de lideranças políticas de esquerda sob um contexto de exaustivas denúncias quanto à fragilidade de provas e de toda a parcialidade que permitiram, por exemplo, o impedimento de Dilma e a condenação de Lula. Uma das consequências negativas mais visualizáveis desse crescimento de um Estado cada vez mais policial que passa a expandir seus processos de criminalização, para além da derrocada de um governo marcado pela inclusão social, orientado no investimento de áreas mais caras como educação, alimentação, moradia e saúde, é a promoção de repúdio a programas sociais e políticas públicas voltados à efetivação de igualdade material entre os sujeitos, o que permite que retrocessos no campo de direitos aconteçam e o empobrecimento e o desemprego generalizado seja a tônica do país, cenário conveniente para a retroalimentação da precarização do trabalho formal – vide a “reforma trabalhista” rapidamente promovida quando da retirada de Dilma da chefia do poder executivo federal.

É fato que o cenário autoritário atual condicionou ou, ao menos, influenciou de modo significativo que o STF e até mesmo surpreendentemente Barroso rompessem bruscamente com uma interpretação consolidada desde 2009, à época, um entendimento que foi tomado como uma regra de caráter absoluto, e que vinha sendo aplicado desde então em conformidade com o texto constitucional, também restando condizente com a orientação ideológica das decisões mais emblemáticas e garantistas da Corte nos últimos anos em razão de temáticas que envolviam a resposta criminal. Por mais que tenha Barroso, aqui mais destacadamente, passado a decidir contrariamente à Constituição Federal por conta de um processo de “vitrinização” que o situava na mira de pressões, “pedradas” e exigências morais, conduzindo-o a dialogar mais contundentemente com “a sociedade”, não parece que Barroso o faz somente para receber elogios ou mesmo fazer com que suas decisões repousem sobre um espectro de legitimidade social. Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida (2013) discutem justamente o fenômeno do populismo penal midiático, que acaba se perpetuando moralista e messianicamente. As análises empreendidas por esses autores acerca da dimensão prática do populismo penal nas decisões judiciais criminais, em termos básicos, acabam por

traduzir exatamente o tipo de diálogo ao qual recorre Barroso com “a sociedade”, que seria um encontro dialético entre os clamores anti-impunidade dos cidadãos, engendrados pelas mídias de massa, e os discursos de combate ao “crime” e à “criminalidade” gestados narrativamente pelo ativismo judiciário. Essa vontade de expandir a resposta penal para “os de cima” é um movimento que, no Brasil, começa a se delinear, não coincidentemente, com o caso que ficou conhecido por “Mensalão”, deflagrado no primeiro mandato do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Luís Roberto Barroso, como anteriormente dito, proferiu em sete dos oitos votos analisados decisões garantistas, no sentido atribuído por Salo de Carvalho (2001), que entende que, normativamente, o Direito Penal, serve como um instrumento de proteção e respeito aos direitos e garantias constitucionais dos cidadãos, protegendo, desse modo, a própria noção de Estado democrático, já que inibe que este, na relação estabelecida com os seus jurisdicionados, exerça arbitrariamente o monopólio da violência legítima que detém em si mesmo. Contudo, *a posteriori*, ainda que a visão garantista do Direito Penal seja um importante recurso narrativo e “jurídico” para a conquista e efetivação de direitos, o autor parece se afastar dessa visão que acaba sendo atravessada por uma ótica abstrata devido ao caótico cenário contemporâneo punitivista do país (CARVALHO, 2010), dialogando, assim, com mais urgência com a ótica “abolicionista”. Barroso, ainda que também muito apegado à visão garantista, passa a estabelecer esse diálogo “despenalizador”, em menor grau, reconhecendo a existência de um encarceramento em massa com claras tendências seletivas e classistas. O entendimento que Barroso parece adotar é o de que políticas descriminalizadoras e vedações expressas ao encarceramento devem ser a saída pretendida radicalmente para um restabelecimento democrático que é incompatível com a criminalização da pobreza de modo institucionalizado.

Todavia, apesar de tudo isso, o Ministro em questão não deixava de acionar punitivismo, ainda que a grande maioria das decisões consideradas por ele enquanto importantes pudessem ser utilizadas, no limite, como indicativo de um enfrentamento institucional do punitivismo. Acontece que para poder Barroso enfrentar o punitivismo que recai massiva e sistemicamente sobre os “pobres”, esse “punitivismo” deveria ser manejado para desenhar a figura de outro sujeito que assumiria os signos e imagens textuais presentes no ímpeto pela punição do “bandido”. “Bandido”, agora, não seria os sujeitos que se assemelham a figura do “jovem pobre” mais facilmente alvo das políticas de encarceramento, mesmo que este viesse a portar pouquíssima quantidade de maconha. A todo tempo, em todos

os votos analisados, fazia-se necessário que houvesse uma espécie de “transferência de criminalização”, na constituição de outro tipo de sujeito que seria, esse sim, o “bandido de verdade”. Para justificar o fato de que o punitivismo não deveria recair sobre sujeitos pobres, Barroso por meio de diversas alegorias ambientadas na instrumentalização da noção de “repúdio” e “revolta” que são ocasionados pela “corrupção”, constrói-se aquele que, de fato, “mereceria” a punição, fomentando em relação a ele uma vontade de punir. Desse modo, os votos do Ministro Barroso não consistem, nem de longe, em investidas “abolicionistas” alicerçadas em um eventual apontamento de ter que se construir modelos alternativos de responsabilização social, distanciados de todos os problemas identificados como estruturais e estruturantes do Direito Penal. Logo, a ele ínsito. Pelo contrário, a falibilidade dessa instituição não vem à tona, revertendo-se o Direito Penal, com todos os seus processos criminalizantes que desembocam no encarceramento de corpos humanos, em solução à sua própria seletividade e suas problemáticas, corrigindo-se narrativamente por meio de defesas que promovem maiores ou mesmo novas dinâmicas de encarceramento como necessidade correcional.

Tanto assim o é que Luís Roberto Barroso, em considerações feitas na decisão que autorizou a aplicação do princípio da insignificância nos casos de reincidência específica no crime de furto, compreende que “a população tem uma sensação difusa de impunidade”, já que o “*país pune muito, com estatísticas de encarceramento crescentes. Prende muito e prende mal*”. Para o Ministro, portanto, é preciso “prender bem”, não deixar de prender, afinal, “*toda sociedade democrática precisa de uma dose inevitável e proporcional de repressão penal e punição, como pressuposto da vida civilizada e da proteção dos direitos humanos de todos*”. No entanto, considera que, por conta de toda a “crise” que percorre a realidade dos presídios no Brasil, ao se mandar preso alguém que furtou um par de chinelos, alguns bombons e sabonetes, “*está-se fabricando, quase inexoravelmente, um criminoso de muito maior agressividade e periculosidade*”. Além de que, como argumentou na ação que discutia o direito à indenização por danos morais aos presos (580.252):

A degradação a que os presos são submetidos e a ausência de separação dos internos de acordo com a sua periculosidade transformam os presídios em verdadeiras “escolas do crime”. De lá, presos de menor potencial ofensivo saem criminosos perigosos, integrando facções e cheios de novas conexões.

Barroso, então, tensiona a imprescindibilidade de se construir uma visão de criminoso realmente condizente com a “sensação de impunidade” vivenciada pela população, explicando mais detalhadamente quem seriam aqueles sujeitos que idealmente corporificam ou deveriam

personificar os anseios punitivos pela prisão nas discussões travadas na ADPF 347, que implicou no reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional nos presídios. Apesar de também pontuar que o “*o sistema não é capaz de ressocializar, de humanizar e de dar um mínimo de preparo para essas pessoas quando elas saem do sistema*”, é preciso atender aos anseios punitivos, sejam esses anseios populares ou mesmo das instituições judiciárias. Estas, figuradas nos Juízes de Direito, Desembargadores e, por óbvio, Ministros, que, como ele, não veêm mal algum no diálogo com “a sociedade”. Em termos claros, quem a sociedade quer ver preso e, ao mesmo tempo, a quem deveriam se orientar os esforços por “justiça” para efetivar “boas prisões”? Explica Barroso:

(...) a sociedade brasileira, com justa razão, é atormentada por duas linhas de criminalidade: a criminalidade que importa violência e a criminalidade que ela associa à corrupção – corrupção lato sensu, desde corrupção ativa, passiva até fraudes em licitações”; (...) a clientela preferencial do sistema penitenciário não é uma nem outra. A maior parte das pessoas que está presa no Brasil não está presa nem por crime violento, nem por criminalidade de colarinho branco. Mais da metade da população carcerária brasileira é de pessoas presas por drogas ou presas por furto. E o índice de pessoas presas por colarinho branco - é até constrangedor dizer - é abaixo de 1%, nessas estatísticas globais. Estou fazendo esse argumento um pouco pra demonstrar que prendemos muito - para usar um lugar-comum -, mas prendemos mal”, pois, “não prendemos aqueles que a sociedade brasileira considera os seus grandes vilões”.

No julgamento do RE 591.054, que acabou por impedir que investigações policiais e processos judiciais em curso não pudessem ser tomadas pelos juízes como “maus antecedentes”, em respeito ao princípio da presunção de inocência que até o início do ano de 2016 vinha tendo sua previsão textual respeitada pelo Supremo, insistiu Barroso que o Direito Penal “*tem um papel importante, porque alguma dose de repressão penal é indispensável para a proteção dos direitos fundamentais em muitas circunstâncias*”, isto “*a despeito das deficiências do sistema penal brasileiro, os caracteres preventivo, individual e geral da pena, eu acho que ainda desempenham uma função correspondente aos deveres de proteção do Estado em relação aos cidadãos em geral*”. Barroso conclui seu raciocínio dizendo, com todas as letras, que mesmo que esse instrumento de violência possua um papel tão relevante socialmente falando, não pode ele ser “exacerbado” em um nação que preze pela democracia. Pelo visto, criar ou incorporar a criação de figuras “vilanizadas” que devem ser combatidas por meio do encarceramento não seria uma “exacerbação” desse instrumento ,haja vista que vem o Ministro, muito dedicadamente, “inocentando” narrativamente determinados sujeitos

que são tradicionalmente a clientela preferencial do Direito Penal e que devem deixar de ser, ao serem devidamente substituídos. Não haveria exacerbação, pois, em havendo uma inversão da clientela e não uma expansão desta.

Quanto a eventuais acusações injustas sobre ser ele, Barroso, um juiz “ativista”, no RE 592581/RS, em que votou pela possibilidade do judiciário determinar que o executivo realizasse obras nos presídios de caráter urgente, defendeu-se:

Como o Ministro Fux lembrou, e o Ministro Fachin também, eu abandonei um pouco o uso da expressão "ativismo judicial", porque ela passou a ser utilizada mais ou menos como "neoliberalismo". Quando alguém quer desclassificar ou desqualificar uma posição, diz: "isso aí é ativismo". Mas há situações em que o Judiciário deve ser autocontido em respeito às decisões políticas dos outros Poderes, e há situações em que ele tem que ser proativo, em nome da Constituição e dos valores que nos cabe resguardar.

Não obstante tenha se defendido o Ministro Barroso, ao menos do seu voto em que permitiu a construção da nova interpretação do STF que suprimiu a dimensão e o alcance do princípio da presunção de inocência, ele já se distanciou da nossa Constituição e dos valores democráticos nela resguardados. Isso, quando justamente passou a dialogar não com a Constituição, mas sim com setores específicos da sociedade contrários a postulados democráticos que beneficiavam acusados criminais, minimamente, das condenações sociais prévias, sendo, por vezes, as condenações formais meras extensões do que já havia se tornado consenso social e midiaticamente. A “transferência da criminalização”, portanto, consiste numa forma de reforçar a criminalização já existente. Porque, afinal, se antes um “pobre” poderia contar com alguma defesa que alegasse a presunção da inocência, hoje, sob a justificativa de punir os ricos adotada por Barroso, ele não poderá sequer contar com essa defesa. “A preocupação” que Barroso construiu nos anos de 2014 e 2015 em torno exatamente desse tipo de seletividade que recai sobre os sujeitos pobres rapidamente parece dar lugar aos discursos anticorrupção e a toda e qualquer estratégia institucional de legitimá-los.

2.2. A “desracialização” como facilitador da transferência

Barroso, a todo tempo que teceu críticas contundentes ao Direito Penal, evidenciou se tratar esse instrumento coercitivo, na prática da realidade decisória no campo criminal brasileiro, de uma “criminalização da pobreza”. A categoria “pobre” ou apenas o recorte de classe, todavia, não conseguem explicar o perfil das prisões no Brasil – que acaba sendo

perfeito por uma dimensão de gênero e raça, comprovadamente. Como induz o próprio Ministro no exemplo masculinizado do “jovem pobre preso” portando pouca quantidade de maconha, são homens pobres que corporificam as celas superlotadas e degradantes do sistema prisional nacional, mas também são eles, majoritariamente, negros (BRASIL, 2014). Além do mais, a discussão sobre a pobreza no contexto neocolonial que marca a construção histórica do Brasil requer análises em torno da negritude ou dos processos de racialização que permearam os modos de sociabilidade e determinaram as posições marginalizadas dos sujeitos negros no espectro da pobreza, conforme alerta Sueli Carneiro (2011) a partir da análise de uma série de indicadores sociais que localizam essa população de sujeitos como os mais pobres dentre os pobres, em uma realidade que se consolida historicamente desde o regime escravocrata. Embora Barroso acesse os estudos mais recentes que desenharam com precisão as desigualdades que constituem os presídios e os sujeitos, utilizando-os como pressuposto de legitimidade em relação às suas críticas e modos de decidir em matéria penal, de regra, os seus votos decidem se centrar tão só no acionamento da pobreza e da riqueza como chave-intelectiva para compreender a dimensão dessas reconhecidas desigualdades, desconsiderando a racialização que as atravessam de modo fundamental.

Em ensaio escrito por Roberto Efrem Filho (2018) sobre o julgamento do Habeas Corpus de Lula, o HC 152.752/PR, o autor demonstra como o acionamento de convenções morais envoltas em gênero e sexualidade operam não só na construção das narrativas dos Ministros ao autorizarem a prisão antecipada do ex-presidente, como produzem elas “Estado” e suas dimensões “jurídicas”. Há, também, uma importante análise sobre a ausência dessa verbalização do Ministro Barroso sobre a “raça” como regra analítica, ainda que processos de racialização estejam presentes e a todo momento parem sobre a figura inexoravelmente racializada dos “jovens” ou “meninos” pobres ditos como mais facilmente encarceráveis.

Digo isso sobremaneira porque essa sombra de ameaça racial – também de classe, geracional – vibra numa outra personagem invocada, quase paternalistamente, pelo ministro Luís Roberto Barroso em seu voto: “o menino pobre, geralmente primário, de bons antecedentes”. Este menino é, de acordo com Barroso, o alvo preferencial do sistema de justiça. É, em suas palavras, “o menino da maconha”, aquele que, portando 100 gramas de maconha se tornou “muitíssimo mais fácil de prender (...) do que prender um agente público ou um agente privado que desviou 10, 20, 50 milhões”. Esse “menino” – narrativamente distinto dos filhos do ministro, “os meus filhos” – é a ameaça racial – de classe, geracional – de se fazer “homem solteiro”, um sujeito com quem, convenhamos, não sabemos se o ministro Barroso ainda estaria tão generosamente preocupado (EFREM FILHO, 2018, p. 1886).

A mencionada “ameaça racial”, que parte das análises empreendidas sobre Angela Davis (2016) acerca do que chama de “o mito do estuprador negro”, relaciona-se ao fato de que o homem negro é tomado enquanto o mal em si mesmo, o que gera a massificação de encarceramento em função deste sujeito social. Ainda que, por exemplo, sobre o “jovem pobre negro que porta pouca quantidade de maconha” se procedam tentativas de “retirada de criminalização”, como fez e faz Barroso durante sua trajetória narrativa como Ministro do STF, essa ameaça parece continuar presente. Isso explica o fato de que, a todo tempo, esse “menino pobre”, inexoravelmente racializado, fez-se presente em praticamente todos os votos que tratam sobre Direito Penal ou com este se relacionem, indicando que este menino faz sim parte do imaginário temeroso “da sociedade” com quem dialoga Barroso. Por mais que o Ministro Barroso tenha argumentado em algumas oportunidades que os verdadeiros “vilões” da sociedade são os “corruptos” e “os criminosos violentos”, recorrer alegórica e recorrentemente à figura do “jovem pobre negro” que porta “maconha”, enfrentando a percepção de que seriam eles “bandidos”, demonstra que o punitivismo “da sociedade” recai fortemente sobre esses sujeitos, de um modo tal que, não à toa, são eles que superlotam os presídios.

Frantz Fanon (2008) aponta que nos processos de colonização, como na construção histórica brasileira, associados à escravidão, a inferioridade é introjetada pela branquitude nas pessoas negras, fazendo com que estas passem a incorporar a própria noção de “desvio existencial” a elas atribuído, tendo em vista que a negritude sempre é posta em contraposição ao homem branco, vista enquanto o “outro” – aquele que é, por exemplo, “honesto”, “racional”, “sereno”. Não à toa, em contraposição, argumenta o autor que o sujeito negro é e foi tomado historicamente enquanto desprovido de valores morais e éticos, sendo o “mal” em si mesmo, causador de ameaças das mais variadas. Afinal, o Ministro Barroso quer evitar que esses “pobres meninos negros” não sejam massivamente encarcerados porque esse é um indicativo claro de que os processos de criminalização e de fazer Estado são orientados por racismo e classismo ou porque eles sairão dos presídios “piores do que entraram”? Se os presídios são “*verdadeiras escolas do crime*”, por que só é apenas preocupante que aquele menino que, *a priori*, só portava e usava maconha seja neles aprisionado, não residindo essa preocupação com os “ricos corruptos” que devem ocupar aquelas celas? Ao menos, se há essa preocupação em relação aos corruptos que o Ministro quer ver preso – e faz de tudo para ver isso acontecer – ela não fica, de modo algum, clara nos seus votos. Parece que os únicos sujeitos que podem ser facilmente convertidos em “*bandidos ainda mais perigosos*” se

tiverem contato com a experiência da realidade carcerária brasileira são os “meninos da maconha”. Meninos que, segundo Barroso, são impedidos de serem criados em um “*ambiente de honestidade*”.

Logo, todo o enfoque de Luís Roberto Barroso na categoria “pobre” se traveste em um recurso de convencimento estratégico para que haja, por parte “da sociedade”, a internalização com maior facilidade da construção da figura de outro tipo de criminoso, o “criminoso de verdade”. O Ministro sabe que citar que além de “jovem” e “pobre” também é “negro” o sujeito social que é mais facilmente e preferivelmente preso no Brasil provocaria uma maior resistência de transferência desse olhar social criminalizante e punitivista, justamente por conta das percepções e discursos racistas que fortemente atravessam e marcam esse que acaba sendo “o cliente” do sistema punitivo. A única passagem que Barroso cita a negritude desses indivíduos massivamente encarcerados ocorreu no voto que discutia a descriminalização do porte de drogas, argumentando que há um “*genocídio brasileiro de jovens pobres e negros, imersos na violência desse sistema (prisional)*”.

Algo que segue acontecendo muito pelo fato de que a grande maioria das denúncias, críticas ou as investidas analíticas em geral acerca dos processos de encarceramento acabam tão-só por enaltecer a política de “criminalização da pobreza” que aprisiona “as classes sociais periféricas”. A desconsideração das dimensões de “raça”, “geração”, “território” e “gênero” acabam incidindo em certo distanciamento do real, por ser o racismo uma chave intelectual fundamental para que um entendimento significativo seja viável, assim como possíveis e eventuais mudanças capazes de mudar esse quadro. Ana Luiza Flauzina (2010) foi categórica nas suas constatações de que a resposta penal, no Brasil, é, de fato, uma ferramenta estatal estruturante que faz parte do genocídio que acomete a população negra no cenário brasileiro, por implicar em processos de criminalização, vigilância ostensiva e neutralização assimétrica. Assim, medidas ou meios acionados que conservem um caráter controverso e contraproducente para se chegar ao fim da “seletividade penal”, como ocorre com a relativização da presunção de inocência, serão fadadas ao erro. Antes, frisa-se, com o respeito à previsão constitucional, esses “jovens negros pobres” poderiam ser tratados como presumivelmente inocentes até o fim do processo, agora não mais, sequer isso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 29 de maio de 2017, após as promoções pelo STF de “razão” e serenidade” na sociedade brasileira, em 2015, acompanhadas de um “ano que custou acabar” nada “racional” ou “sereno”, em 2016, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), confirmou publicamente uma obviedade: que o país se encontra(va) dividido desde o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, do Partido dos Trabalhadores. E mais, que isso deixou uma "cicatriz" “na sociedade”²⁵:

Independentemente de qualquer juízo de mérito sobre justiça ou não da decisão parlamentar, o STF não interveio nessa deliberação um pouco pela crença de que havia um país divido politicamente e não caberia a ele (Supremo) fazer escolhas políticas. Esse foi o processo que tivemos aqui e que gerou, como qualquer observador atento perceberá, uma sociedade que guarda essa cicatriz e ainda está dividida em torno desse procedimento.

A declaração do ministro, reproduzida em matéria jornalística digital, ocorreu durante uma palestra no Supremo Tribunal Federal (STF), em que Barroso debateu o papel das Supremas Cortes, especificamente sua atuação frente à legitimidade democrática e aos direitos fundamentais. A declaração parece conservar uma espécie de autocrítica ou, no mínimo, o reconhecimento ínfimo de um equívoco cometido pela Corte ao adotar uma postura só aparente de “neutralidade” que, na prática, serviu como a convivência jurídico-institucional necessária para que o Golpe Parlamentar de 2016 acontecesse – o responsável direto pelos processos de “vitrinização” do STF, com seus movimentos de endurecimento do Direito Penal e recursos às narrativas populistas que implicam no agravamento da seletividade.

O STF e o Ministro Barroso, ao não fazerem “nenhum julgamento de mérito sobre a justiça ou não da decisão parlamentar”, aliaram-se às manifestações de grupos sociais conservadores e de extrema direita, sustentados no fenômeno do “antipetismo”, “anti-esquerda” e “anticomunismo”, que importavam na criminalização da própria política e dos sujeitos nela implicados diretamente – sobretudo, aqueles que personificam as políticas sociais que caracterizam a reconhecida “inclusão social” atingida ou iniciada nos governos Lula e Dilma. Os lamentos de Barroso diante de um cenário que ele mesmo produziu só comprovam que a função que ele supôs ter de “empurrar a história” era mesmo algo

²⁵A matéria jornalística que reproduz essa declaração em específico do Ministro Barroso fora veiculada pelo Portal de Notícias *online* UOL, no seguinte endereço de *web*: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/05/29/para-barroso-impeachment-de-dilma-deixou-cicatriz-e-dividiu-o-pais.htm>

irrealizável, ainda que ele vista “toga”, possua uma “reputação ilibada” e detenha um “elevado conhecimento jurídico” – este que, por vezes, abre mão de utilizá-lo, na preferência de escutar “a sociedade”, sendo convencido a partir de discursos morais e punitivistas.

O Ministro Barroso é, sem dúvidas, um Ministro que tem a seu favor uma trajetória de conquistas e efetivação de direitos que fazem com que ainda se mantenha, em relação a ele, uma visão de que suas posturas, condutas e decisões são todas bem-intencionadas. Por mais que tenha ele se convertido em um juiz que faz investidas no carisma, no populismo penal e no punitivismo para, só assim, engendrar uma postura “heroificada” de combate a determinados “violões” sociais, parece haver, em declarações como a supracitada, um indicativo de que vem ele percebendo que a ótica maniqueísta que o situa diante de tantas e tamanhas complexidades que perfazem o cenário político, social e jurídico do país não é capaz de produzir soluções eficazes diante destas.

A ascensão de discursos autoritários e neofascistas repousam na criminalização direta sofrida pela maior liderança de esquerda brasileira, o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, o sujeito que foi impedido por Barroso de figurar como candidato devido a uma mudança de entendimento flagrantemente inconstitucional do STF acerca da presunção de inocência. Lula, que figurava disparado em primeiro lugar nas intenções de voto, mesmo preso, era a liderança política que representava a derrota desses mesmos discursos que hoje passam a atentar contra o Supremo Tribunal Federal e toda a autonomia do poder judiciário nacional. Será que agora, diante das “cicatrices” que “causam mal ao país”, fruto de uma postura institucional do STF distanciada da defesa de interesses democráticos, permanecerá a Corte sem emitir juízos de valor acerca da justiça ou não de decisões políticas? Ou mesmo que para efetivar as decisões tomadas diante desse cenário incorrerão em seletividade penal? Espera-se que não, a crença atualmente deve ser esta. Aguardemos, esperançosos, a decisão que será proferida quando do julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, propostas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), questionando a mudança de entendimento ruptural acerca da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Vidas desperdiçadas. Zahar, 2005.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN. 2014. Disponível em: < <https://goo.gl/iXY4QK> >. Acesso em: 08/05/2017.

CARNEIRO, Sueli. Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil: consciência em debate. Selo Negro, 2011.

DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo, Boitempo, 2016.

DE CARVALHO, Salo. Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Lumen Juris, 2001.

_____. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). 2010.

EFREM FILHO, Roberto. “Um Paraíso de Homicidas, Estupradores, Corruptos”: sexualidade e gênero no julgamento do Habeas Corpus de Lula no STF. Revista Direito e Práxis, v. 9, n. 3, p. 1871-1896.

FANON, Frantz; DA SILVEIRA, Renato. Pele negra, máscaras brancas. SciELO-EDUFBA, 2008.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2010.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. Lua Nova, v. 6, n. 55-56, p. 133-153, 2002.

PEREIRA, Jane Reis; ACCIOLY GONÇALVES, Gabriel. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. 2015.

WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Zahar, 2001