

A justiça penal em reforma pelo Supremo Tribunal Federal.

Leonardo Sica

Presidente da AASP (2015-2016). Doutor e mestre em Direito Penal pela USP. Membro da Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas da OAB.

Sumário

1. Premissas
2. A reforma da justiça penal pelo STF compreendida a partir da discussão sobre a execução provisória da pena
3. Algumas conclusões
Bibliografia

1 Premissas

Qualquer coletânea sobre os 30 anos da nossa Constituição Federal (CF) passará pelo protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na vida nacional nesse período.

O fenômeno aqui conhecido como judicialização ocorre em muitos países desde o final do século passado. Por isso, em perspectiva histórica, é possível alinhar esse movimento com os primeiros anos de vigência da nossa Constituição, sem pretender qualquer relação de causa e efeito. Na atualidade, “o lugar simbólico da democracia migrou do Estado na direção da justiça” (GARAPON, 1997, p. 33). O deslocamento progressivo de novas expectativas sociais para a atuação do Judiciário é visível mundo afora: a **nova cena da democracia** é o tribunal, que é o local simbólico para onde são transportadas todas as reivindicações e todos os problemas. Antoine Garapon demonstra a existência de uma dependência crescente entre a afirmação da democracia e a atuação do sistema

de justiça: “a justiça se tornou o lugar eletivo das paixões democráticas e o tribunal o último teatro do desencontro político” (idem, p. 80).

Esse interesse crescente pela justiça se desdobra em outro subfenômeno, que o autor denomina como **preferência penal**: a justiça ocupa maior espaço na democracia e na vida social e a justiça penal ocupa espaço preferencial no campo jurídico. Essa escolha “mostra ao mesmo tempo o desejo de reforçar um contrapoder e um interesse novo e menos nobre pela vingança” (idem).

Nesse cenário define-se o novo papel do STF em matéria criminal no Brasil. Embora o protagonismo da corte nesse campo tenha se acentuado apenas na última década, há concorrência entre esses e outros fenômenos (judicialização da vida pública, ativismo judicial, preferência penal, constitucionalização do processo penal brasileiro, etc.). O marco simbólico dessa assunção do STF pode ser delimitado pelo julgamento da Ação Penal nº 470 (mensalão) e diversos fatores podem explicar o “novo” papel do STF, dentre os quais destaque a larga competência originária decorrente do foro por prerrogativa de função, o extenso rol de garantias constitucionais aplicáveis ao processo penal e a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na política criminal.

Os dois primeiros fatores já seriam suficientes para explicar esse papel expandido do STF sob o aspecto normativo. Mas, dados da realidade social brasileira imbricam-se a esses fatores normativos e ampliam a sua capacidade de tornarem nossa Suprema Corte um Tribunal Penal, que julga e legisla.

1. “A cidadania brasileira é disjuntiva porque, embora o Brasil seja uma democracia política e embora os direitos sociais sejam razoavelmente legitimados, os aspectos civis da cidadania são continuamente violados” (CALDEIRA, 2000, p. 343) mesmo dentro do sistema de justiça e pela atuação de suas instituições, sendo que a autora adota a seguinte distinção entre as dimensões civil, política e social da cidadania: civil refere-se aos direitos necessários para a liberdade individual, para a asserção da igualdade perante a lei e aos direitos civis em geral; política refere-se ao direito de participar de organizações políticas, de votar e ser votado, e social refere-se aos direitos associados ao estado do bem-estar social (idem).

Quanto ao foro por prerrogativa de função, além da exagerada amplitude da norma em si, a clientela do chamado “foro privilegiado” aumentou exponencialmente nos últimos anos, o que explica (em parte) a intensa jurisdição criminal da corte. O aperfeiçoamento das instituições de controle para investigar e descobrir crimes cometidos pelos políticos multiplicou a demanda pelo “foro privilegiado”.

Quanto às garantias constitucionais, a justiça criminal consolidou-se como local em que práticas autoritárias são permitidas e até fomentadas, resultando em violações reiteradas ao devido processo legal, ao direito de defesa e às regras de tratamento derivadas desses preceitos. A justiça penal é “a esfera na qual a expansão dos direitos é mais problemática” no Brasil (CALDEIRA, 2000, p. 55) e, por isso, é responsável por uma disjunção em nossa democracia, conforme tese de Teresa Caldeira, cujos estudos sobre criminalidade e o funcionamento do sistema de justiça conferem validade inequívoca para essa conclusão, aqui apenas mencionada.

A justiça criminal consolidou-se como local em que práticas autoritárias são permitidas e até fomentadas.

Em síntese, o conceito de democracia disjuntiva¹ foi desenvolvido para “dar conta dos processos contraditórios que marcam a sociedade brasileira” (CALDEIRA, 2000, p. 55) e também outros países que passaram recentemente por transições democráticas, onde “muitos grupos sociais reagiram negativamente à ampliação da arena política e à expansão dos direitos” e “encontraram no problema do crime uma forma de articular sua oposição” (idem), o que se confirma quando percebe-se que, de um lado, houve uma expansão real da cidadania política, expressa por eleições livres e regulares, pela organização de partidos e sindicatos, pelo

fim da censura e pela liberdade de expressão e de imprensa, etc.; mas de outro houve uma “deslegitimação da sociedade civil”, decorrente do aumento da repressão judiciária, o desrespeito aos direitos individuais e os abusos por parte das instituições de ordem; fatores que contrapõem-se às tendências democráticas. Assim, podemos dizer que:

“por meio da questão da punição violenta e do crime, os brasileiros articulam uma forma de resistência às tentativas de expandir a democracia e o respeito pelos direitos além dos limites do sistema político. No contexto da transição para a democracia, o medo do crime e os desejos de vingança privada e violenta vieram simbolizar a resistência à expansão da democracia para novas dimensões da cultura brasileira, das relações sociais e da vida cotidiana” (CALDEIRA, 2000, p. 375).

É esse o elemento decisivo para compreender por que o STF é tão acionado em matéria criminal. O problema não reside em eventual permissividade dos códigos de processo, em exageros do sistema recursal ou num inexistente “ultragarantismo”. O exercício do poder punitivo e sua submissão ao Estado de Direito tem relação direta com a continuidade democrática no Brasil e, infelizmente, as instituições judiciárias, passados 30 anos, ainda resistem à efetivação dos direitos fundamentais e garantias individuais da Carta de 1988. Essa resistência encontra campo fértil no processo penal, seja pela difícil convivência do regime democrático com o Código de Processo Penal (CPP), editado sob regime totalitário, seja pelo estímulo cotidiano a práticas autoritárias apoiadas no sentimento de insegurança e nas expectativas de realização de justiça da população.

2 A reforma da justiça penal pelo STF compreendida a partir da discussão sobre a execução provisória da pena

A discussão sobre a execução provisória da pena ou “prisão em segunda instância” mobilizou

o meio jurídico nacional a partir de 2016. Aliás, mobilizou o país.

Em 2009, o STF definiu que o art. 5º, inciso LVII, da CF proíbe a execução da pena de prisão antes de decisão definitiva do processo (trânsito em julgado).

Em 2011, o parlamento, em sequência à evolução iniciada pela Constituição em 1988 e ao pronunciamento do STF em 2009, alterou o art. 283 do CPP, que ficou assim redigido:

“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Poucas normas processuais são tão claras e incontroversas. Não há espaço para engano: **ninguém pode ser preso** antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, excetuando-se as hipóteses de prisão cautelar.

De 2009 a 2016, essa foi a regra do jogo. Nesse período, o número de pessoas presas aumentou expressivamente (pelos dados do Depen, fomos de cerca de 490.000 pessoas presas para mais de 725.000 nesse período). Portanto, a regra não resultou em impunidade ou reduziu a efetividade do sistema penal.

Em 2016, de inopino e sem discussão prévia, ministros do STF escolhem um *habeas corpus* para levar a Plenário (HC nº 126.292) e propor a alteração do entendimento consolidado em 2009 e a revogação tácita do art. 283 do CPP, o que acaba ocorrendo por maioria de votos. Diante da surpresa e da gravidade da discussão, são propostas ações diretas de constitucionalidade (ADCs nº 43 e nº 44) para reafirmar a validade da regra do art. 283 do CPP como corolário do preceito constitucional do art. 5º, inciso LVII.

O argumento central para a mudança abrupta partiu de duas premissas corretas: a primeira,

deficiências estruturais do Judiciário e lacunas do sistema recursal nas Cortes Superiores permitem que alguns processos não cheguem à fase de execução. Alguns, pois, à evidência, a imensa maioria dos condenados têm suas penas executadas. A segunda, talvez determinante à mudança, a pouca efetividade do sistema de justiça em processar e julgar os chamados crimes econômicos, corrupção, lavagem de dinheiro e condutas afins. Aqui, em acréscimo, haveria uma disparidade de tratamento entre ricos e pobres pelo sistema de justiça, pois esses réus, com mais condições para investir em suas defesas, conseguiriam valer-se da regra do art. 283 do CPP para escapar às condenações. Ou seja, a mudança foi apoiada em um princípio de distribuição da justiça.

A disparidade existe e precisa ser enfrentada. Mas não parece correto relacioná-la com a presunção de inocência, com a regra do art. 283 do CPP ou com “excessos liberais” dos tribunais. Pessoas mais ricas têm melhor acesso ao sistema de saúde, ao sistema de educação e, claro, ao sistema de justiça. Conforme alerta Peter-Alexis Albrecht, “o desacerto da política estrutural nunca pode ser compensado através do Direito Penal” (ALBRECHT, 2000, p. 487). Essa utilização do Direito Penal é própria de um momento que o autor alemão classifica como **contrailuminismo**,² assim descrito:

“[...] A evidente tendência à deformação do processo penal, incluída a diminuição permanente das garantias jurídicas, se relaciona não só com pretensões primitivas e reacionárias próprias de um ‘papo de café’, mas também é consequência primária da utilização permanente e imprópria do Direito penal para a política social [...]” (ALBRECHT, 2000, p. 477).

Durante o julgamento dos pedidos liminares nas ADCs nº 43 e nº 44, os ministros expuseram

argumentos e narrativas que nos permitem compreender a “mutação constitucional” no Direito Penal em curso, apoiada na autoproclamada “cruzada judiciária”. A proposta deste artigo é observar o papel presente e futuro do STF como protagonista no campo da política criminal.

Pessoas mais ricas têm melhor acesso ao sistema de saúde, de educação e, claro, de justiça.

Os ministros não se limitaram a discutir o pedido central das ações (o ordenamento jurídico brasileiro permite a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado?). Durante o julgamento, embaralharam opiniões e palpites sobre criminologia, política criminal e as funções do Direito Penal, num mosaico conceitual que fornece sinais importantes sobre como o STF irá enfrentar esse papel expandido de julgar e definir políticas públicas na área criminal.

Vejamos:

“[...] A Constituição, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, escolheu o **direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos humanos**. [...] as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, **evitando-se a reincidência** [...] não depreendo contradição entre a relevante declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro (ADPF 347) com a decisão deste Tribunal permitindo o início da execução da pena após esgotadas as instâncias ordinárias” (ministro Edson Fachin).

“[...] O problema adquire envergadura maior quando considerada a **superlotação dos presídios**, destacada pelo Pleno ao apreciar a medida liminar pleiteada na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 [...] em época de crise devemos preservar princípios, ser, até mes-

2. O exemplo que Albrecht utiliza nesse artigo reforça a validade da comparação. Trata-se da reforma penal no contexto da edição da “Segunda lei para luta contra a criminalidade econômica”.

mo, um pouco ortodoxos na proteção desses princípios, vamos aguardar, nesses tempos estranhos – e a meu ver, surge até um paradoxo, porque, nesta tarde, com a presença do Presidente da República, celebramos 28 anos da Constituição que se diz cidadã” (ministro Marco Aurélio Mello).

“há de garantir uma sociedade na qual se tenha a possibilidade de o Estado dar cobro àquilo que a sociedade passou como um dever, que é o **dever de uma jurisdição efetiva e eficaz**” (ministra Carmem Lúcia).

“Quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em **inescondível pragmatismo de ordem penal**? [...] Este julgamento, por isso mesmo, Senhora Presidente, impõe reflexões sobre o papel institucional, as funções constitucionais e a responsabilidade política e social do Supremo Tribunal Federal no contexto do processo de **consolidação e aperfeiçoamento da ordem democrática em nosso País e, mais diretamente, no plano da construção de uma jurisprudência das liberdades concebida e formulada em favor dos direitos e garantias da pessoa humana**. [...] Eventual inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo motivada pela prodigalização de meios recursais, culminando por gerar no meio social a sensação de impunidade, não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é essa prerrogativa básica que frustra o **sentimento de justiça dos cidadãos** ou que provoca qualquer **crise de funcionalidade** do aparelho judiciário” (ministro Celso de Mello).

“[...] países que são extremamente rígidos e respeitosos quanto aos direitos fundamentais aceitam a ideia da prisão com a decisão de segundo grau [...] Eu fico extremamente sensibilizado, Presidente. Eu acho que **os presídios brasileiros vão melhorar** daqui para frente, porque se descobriu que se pode ir para a cadeia [...] A rigor, um dos

grandes equívocos brasileiros, no que diz respeito ao tema da **Segurança Pública**, é tratar o tema da **Segurança Pública** como tema de Polícia. E, por isso, aparecem esses salvadores. No fundo, **uma grande falha do sistema de Segurança Pública está exatamente na falha do sistema de Justiça Criminal**, que envolve o Ministério Público, que envolve a própria Justiça Criminal” (ministro Gilmar Mendes).

“[...] Salta aos olhos que em tal sistema o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 700 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais 40% são provisórios, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por magistrados de primeira e segunda instâncias.

Daí a relevância da presunção de inocência [...] Afigura-se até compreensível que alguns magistrados queiram **flexibilizar essa tradicional garantia para combater a corrupção endêmica que assola o país**. [...] ousou manifestar ainda a minha perplexidade diante da guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois desta Suprema Corte ter assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581/RS, que o **sistema penitenciário brasileiro encontra-se em situação falimentar**” (ministro Ricardo Lewandowski).

“[...] **O problema do Direito Penal é a inefetividade do processo penal**. O processo penal não cumpre o seu **desígnio**, que é exatamente o **de infligir a sanção ao acusado** [...] essas questões me conduzem a uma colocação jusfilosófica simples: **a jurisdição é uma função popular**. Então, ninguém entende, nenhum cidadão entende que a parte, o réu, ele tem uma denúncia recebida, ele tem uma denúncia acolhida numa sentença condenatória, ele é condenado pelo Tribunal de Apelação e ele entra inocente no Supremo Tribunal Federal. É hora de perguntar: quem somos nós? Quem somos nós, diante de todo o Judiciário,

que já reapreciou todas essas questões?” (ministro Luiz Fux).

“Se de um lado a presunção de inocência – juntamente com as demais garantias de defesa – deve viabilizar ampla disponibilidade de meios e oportunidades para que o acusado possa intervir no processo-crime em detrimento da imputação contra si formulada, de outro, ela não pode esvaziar o sentido público de justiça que o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última, de **pacificação social**” (ministro Teori Zavascki).

“[...] **proteção deficiente a bens jurídicos** tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144). O enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o **direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade**. [...]

O sistema penal brasileiro não tem funcionado adequadamente. A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao autorizar-se que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um **sentimento social de ineficácia da lei penal** [...]

O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e funcionava como estímulo aos comportamentos mais bárbaros, ao primitivismo puro e simples. [...] **ausência de um direito penal minimamente efetivo e igualitário funcionou como um estímulo a diversos tipos de criminalidade** [...]

Em toda sociedade democrática, o direito penal tem um papel importante a desempenhar. O

mais destacado deles é o que a doutrina denomina de **prevenção geral: as pessoas na vida tomam decisões baseadas em incentivos e riscos**. [...] o novo entendimento contribuiu significativamente para **agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade**. [...] promove-se a **quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal**, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena” (ministro Luis Roberto Barroso).

A dificuldade para estabelecer consensos mínimos não está em pauta neste artigo, mas é inevitável apontá-la. Ao discorrer sobre as finalidades do Direito Penal, compreensão sobre a qual seria essencial o estabelecimento de diretrizes mínimas, os ministros falam em proteção dos direitos humanos, redução da reincidência, dissuasão, prevenção, estabilização das expectativas de justiça, retribuição, pacificação social, contraestímulo criminal, do que é razoável concluir que o tribunal não tem uma ideia clara sobre a função do Direito Penal.

Ainda, abandonam o caráter científico do Direito Penal e cedem ao senso comum ao discursar sobre impunidade e segurança pública, trazendo para a corte atribuições que não deveriam ser do sistema de justiça. Reforçam paralogismos que a ciência penal tem se esforçado para corrigir e a prática desmente, em especial a fé no potencial dissuasório ou preventivo da repressão judiciária e na capacidade de a punição reduzir a reincidência criminal. Para ficar na superfície dessa discussão, basta ver que, após a forte sinalização do STF no julgamento do “mensalão”, os mesmos atores e as mesmas práticas delitivas continuaram atuando.

Quanto à reforma penal que o STF preconiza, há algumas ideias recorrentes nos votos: eficiência, sentimento de justiça, credibilidade da justiça. Todas veiculadas nos votos que formaram a maioria pela virada na regra do jogo no sentido da prisão de condenados após a decisão de segundo grau. Mais do que razões de decidir ou

fundamentos apoiados na ciência, esses argumentos serviram para forjar um escudo retórico, num quadro de visível acirramento de posições e politização do tribunal. Afinal, quem pode argumentar contra um princípio de justiça?

A repetição do discurso da eficiência penal fornece a moldura em que o STF está desenhando a reforma do Direito Penal. Essa opção é conhecida, antiga, testada e reprovada em termos práticos, por isso projeta um futuro preocupante para um tribunal que pretende firmar-se como Corte Constitucional, pois

“um pensamento focado exclusivamente na eficácia da persecução penal quebra qualquer barreira constitucional frente a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão” (ALBRECHT, 2000, 485).

Por fim, também é preocupante o afastamento que alguns ministros fazem entre execução da pena de prisão e o estado inconstitucional de coisas do sistema carcerário, declarado pelo próprio tribunal na ADPF nº 347, bem como a superpopulação carcerária. Especialmente porque os mesmos ministros adotaram o discurso do consequencialismo para justificar seu entendimento e, ao mesmo tempo, negam a relação causal entre maiores possibilidades de prisão e a questão carcerária. Nenhuma iniciativa de reforma penal pode se afastar desses problemas e essa separação feita pelo STF é inaceitável: podemos prender mais, mas temos que aceitar que, perdão pelo truísmo, prender mais significa mais presos entrando num sistema carcerário falido, degradante e desumano. Diante desse aspecto do julgamento, podemos dizer que, quanto à questão carcerária, o tribunal agiu sob “cegueira deliberada”.

3 Algumas conclusões

Entre as décadas de 1950 e 1960, a Suprema Corte dos EUA viveu um período conhecido como **Warren Court**. Presidida pelo juiz Earl Warren, a corte ampliou a proteção aos direitos civis e às liber-

dades individuais, reforçando a obediência ao *due process* para detenções, interrogatórios e buscas, dentre outras decisões importantes para reafirmar o processo penal como meio de garantia do cidadão contra o poder estatal. No mesmo período, os juízes de primeiro grau tinham amplo poder discricionário para aplicar e executar as penas.

A repetição do discurso da eficiência penal fornece a moldura em que o STF está desenhando a reforma do Direito Penal.

Em 1968, o medo do crime tornou-se tema central na arena política. Richard Nixon acusou a Suprema Corte por ignorar a segurança dos “cidadãos de bem” e inaugurou a política da “guerra contra o crime” (SIMON, 2007, p. 114). Os tribunais passaram a ser cobrados por “falhas em prevenir e punir o crime” (idem, p. 116) e as garantias do processo foram associadas ao crescimento da criminalidade violenta, já que teriam criado uma “justiça *soft*”. Em paralelo, os juízes de primeiro grau ficaram sob fortes críticas por, supostamente, não aplicarem penas de maneira suficiente para reduzir a criminalidade. A reação veio mais adiante, com a edição, pelo congresso, do *U.S. Sentencing Guidelines*, que reduziu os poderes dos juízes para individualizar a pena e engessou a tarefa de aplicar penas, sob pretexto de reforçar a eficácia preventiva da punição.

Jonathan Simon estudou com profundidade essa doutrina voltada para a eficácia preventiva do Direito Penal e a efetividade das penas como instrumentos da guerra contra o crime e concluiu que sua aplicação, de imediato, causou aumento do número de pessoas que receberam penas altas por crimes menos graves e não violentos. Ao longo dos anos, os resultados mais visíveis foram o favorecimento dos poderes de

polícia do governo e a promoção do encarceramento em massa (SIMON, 2007, p. 130), que, aqui, o STF entende não guardar relação com a execução da pena.

A guerra ao crime nos EUA, ainda com a análise de Simon (2007, p. 139), desempenhou função crítica no declínio do *status* dos juízes na cultura política norte-americana, resultou na perda de autonomia, poder e prestígio do Judiciário e freou a agenda de expansão dos direitos civis iniciada durante a Warren Court. O motivo é simples: num Estado de Direito, o Judiciário não tem a função de combater o crime, tampouco a missão de reduzir a criminalidade. Ao assumir tais tarefas, autocolocou-se sob o risco, depois concretizado, de fracassar.

Albrecht (2000, p. 482) sublinha que o enfraquecimento do Direito em sua função protetora em razão da luta contra a criminalidade não

“é uma razão por si só convincente, pois os resultados das práticas repressivas são demasiados pobres e completamente contraproducentes”.

Essas observações servem para provocar uma reflexão crítica sobre as iniciativas de construir um Direito Penal mais eficiente, mais igualitário e mais justo, desconectadas de dados da realidade social e do funcionamento do sistema de justiça criminal no Brasil.

Não há como promover reformas penais nessa direção sem enfrentar a centralidade da pena de prisão. Qualquer reforma, pela via judiciária ou legislativa, que não enfrente esse problema será inútil e, mesmo que revestida de “auréola de moderação” (PIRES, 2008, p. 113), resultará em mais injustiça e mais violência institucional.

O controle da corrupção é premissa válida e uma necessidade urgente à nossa democracia, mas não é suficiente para afastar a “jurisprudência das liberdades concebida e formulada em favor dos direitos e garantias da pessoa humana” (ministro Celso de Mello), especialmente se considerarmos que a ciência penal e a prática judiciária assegu-

ram a inefetividade da punição para dar conta de desvios sociais complexos, como a corrupção ou o uso de drogas. Ciência cada vez mais afastada do Direito Penal em prol de máximas do senso comum, dentre as quais a crença ilusória na eficácia preventiva da pena.

O exemplo norte-americano é útil para compreender o potencial da mutação constitucional que o STF está empreendendo na justiça penal. As finalidades são legítimas: há graves disparidades de tratamento entre ricos e pobres pela justiça e ineficiência na persecução de crimes econômicos ou contra a Administração Pública. A continuidade democrática no Brasil impõe o enfrentamento desses dois déficits na prestação jurisdicional.

Porém, aos meios até aqui escolhidos (execução provisória, cassação do indulto presidencial, limitação do *habeas corpus*, aumento de penas aplicadas, etc.), por um lado, não reduzem a disparidade no tratamento, nem trazem maior proteção aos bens jurídicos pretendidos. Por outro, legitimam um padrão de desrespeito ao Direito escrito, às leis e às garantias individuais que pode influenciar modelos de comportamentos da mesma natureza nos cidadãos e, ao final, resultarão em menos confiança no sistema de justiça. A justiça penal tem forte carga comunicativa, como se evidencia na preocupação dos ministros, cujas falas aqui transcritas estão claramente endereçadas para audiências específicas. Ao decidir que a luta contra a criminalidade permite o descumprimento das regras do jogo pelos agentes judiciários, o STF passa uma mensagem normativa contraditória para os cidadãos.

Os estudos e experiências mais conhecidos não indicam que as recentes escolhas do STF em matéria criminal podem fortalecer o controle da criminalidade econômica, tampouco estabilizar as expectativas por justiça de uma população assustada pela insegurança. ■

Bibliografia

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: ROMEU CASABONA, Carlos Maria. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 471-488.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros*. Crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Editora 34/Edusp, 2000.

GARAPON, Antoine. *I custodi dei diritti*. Trad. Ada Cremagnani. Milão: Feltrinelli, 1997.

PIRES, Alvaro. L'utilitarisme et la rationalité pénale moderne.

In: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro (Org.). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Vol 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. Bruxelles: De Boeck e Larcier, 2008.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime*. How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. New York: Oxford, 2007.