

O PODER JUDICIÁRIO, A JUSTIÇA CRIMINAL E A ABSOLVIÇÃO SOCIAL

Edson Dias Reis¹

RESUMO:

O presente estudo pretende analisar, a partir de uma sentença absolutória de um confesso traficante transnacional, diante da alegação de dificuldades financeiras, de forma geral aspectos que podem impactar decisões judiciais em matéria criminal. Especificamente, pretende discutir sobre qual o papel do Poder Judiciário a partir do Estado de Direito, fazendo-se um contraponto sobre a proteção da sociedade e a garantia dos direitos dos indivíduos processados criminalmente. Análise sobretudo bibliográfica e de estudo de caso, pretende-se discorrer sobre temas como garantismo integral, absolvição social e a manifestação do poder estatal, na figura do juiz, como forma de garantia e estabilização do contrato social.

Palavras-chave: Poder Judiciário; garantismo integral; absolvição social.

INTRODUÇÃO:

O estudo do direito traz consigo uma necessária e inevitável leitura de temas relacionados à noção de justiça, pois a história dos séculos faz notar que a discussão sobre o que é o justo também se debruça, necessariamente, no choque entre uma possível justiça concreta, ou o que certo grupo possa entender em dado momento histórico como justiça, e aquilo que dispõe a legislação vigente². Isso se dá principalmente porque não há uma linearidade na construção jurídica mundial sobre a resolução de parte destes conflitos, sobretudo no que diz respeito ao próprio conceito de justiça, uma vez que estes dependem do momento histórico e dos métodos de argumentação jurídica aplicados no ordenamento³, que podem fazer com que a discussão fosse (seja) mais ou menos complexa⁴.

¹ Juiz de Direito do Estado de Mato Grosso.

² Diversos autores, em diversos momentos da história, tentaram definir ou criar uma teoria da justiça mais ou menos completa. Não é demais dizer que desde o direito canônico, passando pelo positivismo, formalismo e substantivismo jurídico, em todas as épocas houve quem discutisse o tema da justiça, algumas vezes inclusive entendida dentro de um conceito de ética ou moral. Dentre vários autores, podemos citar apenas a título de exemplo, John Rawls, Kelsen e Santo Tomás de Aquino, que, defendendo posições diferentes uns dos outros, tentaram discutir sobre o justo e sobre uma justiça universalizável.

³ Com os terrores do nazismo e o medo de que apenas a aplicação fria do direito poderia ocasionar injustiças e legitimar atrocidades, diversos autores passaram a defender um equilíbrio entre a norma posta e a justiça. Em algumas destas teorias, a exemplo daquela exposta por Gustav Radbruch, chega-se a dizer que “a justiça prevalecerá sobre a lei se esta se revelar *insuportavelmente (rectius, extremamente) injusta*, a tal ponto que se mostre uma norma injusta, continente de um *direito injusto*” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A fórmula de Radbruch e o risco do subjetivismo*. 11 jul. 2012. Disponível em <www.conjur.com.br>. Acesso em 30 ago. 2019).

⁴ Segundo Fernando Leal, inúmeros são os motivos para que um caso judicial seja mais ou menos complexo. A existência de um conjunto mais amplo ou restrito de normas aplicáveis, e o fato de ser possível realizar uma análise mais profunda ou não são fatores iniciais para que se considere mais custosa a produção da resposta mais adequada ao caso concreto. Assim, o mero silogismo já não seria capaz de responder na maior medida possível aos casos judiciais, já que as premissas muitas vezes precisam primeiro ser definidas de maneira mais clara. Para maiores informações, cf. LEAL, Fernando. *Todos os casos jurídicos são difíceis?* Sobre as relações entre efetividade,

Certo é que aplicar o direito ao caso concreto muitas vezes faz com que seja recorrente uma questão, sobretudo na área criminal, sendo que o trabalho traça seu primeiro recorte: Mas o que é a justiça, afinal? Entender se o magistrado está livre para aplicar ou deixar de aplicar a lei ao caso porque entende ser justa ou injusta faz parte de um problema que afeta diariamente o Poder Judiciário e afeta a prestação jurisdicional e a confiança da sociedade como um todo, que espera respostas adequadas e previsíveis.

Contudo, desde logo convém dizer que séculos de estudos da filosofia e do direito não conseguiram em descrever uma resposta objetiva e direta para responder a complexa definição do que é a justiça. A pergunta necessariamente leva em consideração várias digressões e também pode ser encartada a depender dos vieses daqueles que a respondem.

Sabe-se que um conceito de justiça universal, imutável no tempo e no espaço, foi apresentado pelas teorias clássicas do direito natural e foram objeto de discussões aprofundadas durante muito tempo. Contudo, o positivismo da ciência, o qual também foi levado para o direito, fez crer que estas teorias não conseguiriam explicar ou analisar o mundo em suas diferentes épocas, razão pela qual quando se diz, no atual estado da dogmática jurídica, que a análise do conceito de justiça leva como implícito um conceito anterior que é a própria noção de espaço e tempo vivido, já que de outra forma viveríamos em anacronismos ou, talvez, em uma ofensa ao que se denomina por *multiculturalismo*⁵.

Desta forma, apesar de o objeto de estudo do trabalho ter como objetivo analisar sobretudo o conceito que denominamos por “absolvição social” no direito penal, especialmente em relação ao caso concreto sob análise, não podemos deixar de discutir temas relacionados à filosofia e ao próprio positivismo jurídico, já que o trabalho do intérprete do direito brasileiro não deve ser desvinculado das normas jurídicas, sob pena de legitimar abusos. De outra forma, conceitos como garantismo penal, contenção do poder e outros temas inclusive da filosofia do direito serão discutidos, apesar de tangencialmente, sempre com vista à apresentação de um debate amplo, na maior medida do possível.

Como metodologia, o presente ensaio se pautou principalmente da técnica de pesquisa bibliográfica e do método indutivo para perquirir a hipótese de que se há, ou não, no direito

estabilidade e teorias da decisão constitucional. Revista FGV. Disponível em <diretorio.fgv.br>. Acesso em 10 de set. 2019.

⁵ O multiculturalismo, ou pluralismo cultural, para o Direito, diz respeito à teoria que prega uma busca por maior justiça social e “uma luta por oportunidades, mais respeito à diferença e menos desigualdade” (MELO, José Wilson Rodrigues de. *Multiculturalismo, Diversidade e Direitos Humanos*. ISSN 2176-1396. Comunicação no V seminário internacional sobre profissionalização docente PUC PR 26 a 29 out. 2015, p. 1495). Portanto, nos termos do multiculturalismo, não podemos analisar outras culturas, a exemplo da indígena, partindo somente da nossa premissa de padrões de certo ou errado.

brasileiro, a possibilidade de adoção da “absolvição social” inclusive como forma de política criminal. Ademais, o estudo de caso foi utilizado para se analisar um processo judicial debatido na Justiça Federal de Brasília - atualmente em fase de recurso no Tribunal Regional Federal -.

Ademais, o trabalho se divide em uma parte mais teórica, de enunciação de conceitos e discussões sobre o garantismo penal, sendo que na segunda parte do trabalho há uma proposta de se analisar a decisão judicial concreta em um caso que envolvia um possível tráfico de drogas que ultrapassaram as barreiras territoriais de vários países. Na segunda metade do trabalho, portanto, pretende-se analisar se houve uma aplicação adequada do ordenamento jurídico de um caso que tomou proporções nacionais, já que fez parte de notícias jornalísticas divulgadas.

GARANTISMO PENAL INTEGRAL

Desde outrora se percebe que o poder do soberano, aqui visto de uma forma ampla, a depender da forma que fosse exercido, poderia levar a distorções e situações de grave injustiça para a vida daqueles que estavam sob seu domínio. Desta forma, a contenção do poder soberano faz parte de um programa mundial já de há séculos e a revolução francesa, por exemplo, foi um exemplo de tal vontade manifestada.

O Estado, ao reunir a vontade dos concordantes em um contrato social, unificou em si as vontades individuais e, por consequência, aboliu a utilização da justiça individual e/ou vingança pessoal, bem como monopolizou em maior medida o aspecto de punição dos indivíduos que eventualmente transgredirem a lei.

Em outras palavras, o Estado passou a ter não só o poder mas também o dever de dar respostas socialmente aceitas a fim de manter a estrutura do pacto social inicial, garantindo estabilidade. Isso porque, tal como afirma Hobbes, “*ao fundar um Estado, cada um renuncia ao direito de defender os outros, mas não de defender-se a si mesmo. Além disso, cada um se obriga a ajudar o soberano na punição de outrem, mas não na sua própria*”⁶. Portanto, apesar de o Estado tomar para si a posição de garantidor da pacificação social, cada pessoa ainda ficou responsável, em alguma medida, da sua própria defesa/justiça, cabendo ao Estado, por tal razão, garantir que aqueles que afrontam a ordem sejam punidos para evitar que o desejo individual floresça acima do aceitável⁷.

⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Cap. XXVIII, Das penas e das recompensas.

⁷ Não é preciso pensar muito para se chegar à conclusão de que há claro poder estatal sendo exercido quando o Estado investiga, processa, condena e pune alguém, sobretudo com a prisão. Se não existisse o processo, as pessoas fariam cada qual sua “Justiça”, em um ciclo sem fim. Garantir que haja punição a quem transgrediu a ordem faz parte de uma das promessas do Estado no pacto social.

Como um dever surgido, e para não regredirmos à época de vingança pessoal, porque também o Estado precisa ser controlado para não atuar de forma a exceder limites, passa-se aos poucos a criar meios de controle do próprio poder/dever do Estado de punir. O princípio da legalidade, por exemplo, se torna basilar na defesa do indivíduo contra o soberano⁸.

Ademais, o Estado de Direito, como autêntica forma de contenção do poder estatal, surge como forma de limitar o soberano que antes era entendido como um poder divino, já que o rei era a representação de Deus em terra, que era isento de quaisquer dúvidas ou limitações⁹. E em conjunto ao Estado de Direito vem fincadas diversas garantias até hoje conhecidas, como o contraditório, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, a segurança jurídica etc¹⁰. Ou seja, o decurso dos séculos fez surgir diversos direitos e garantias às pessoas que sofrem persecução penal pelo Estado, com a finalidade de afastar ao máximo qualquer atuação que aproxima de um processo penal *kafkaniano*.

De outra sorte, deve-se destacar desde logo que o Estado não pode deixar de lado a sua função de prevenção geral¹¹, de proteção à sociedade, razão pela qual não pode deixar de proteger adequadamente toda a sociedade com a punição de indivíduos que delinquem.

Não sem propósito, o que se quer dizer, assim, é que o Estado não pode oferecer uma proteção deficiente da sociedade¹², ainda que pelo Direito Penal, razão pela qual se faz necessário traçar parâmetros de atuação providos de objetividade e razão, a fim de evitar decisionismos.

Os parâmetros mínimos são (devem ser) o respeito à formalidades e aos direitos fundamentais. A legalidade, a segurança jurídica, a fundamentação das decisões e a certeza de que haverá um juízo imparcial sobre os fatos, e não das qualidades pessoais do agente, são

⁸ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

⁹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁰ THEODORO, Marcelo Antonio; NASCIMENTO, Vanderson Rafael. *Estado de Direito, accountability e mecanismos de controle do Judiciário como formas de proteção de direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 35, n. 2, p.173-192, jul. 2019. Disponível em: <www.fdsu.edu.br/>. Acesso em: 07 ago. 2019, p. 177.

¹¹ Aqui expressada no sentido de que a reprimenda estatal justa, efetiva e célere desestimula a prática e delitos de uma maneira geral, já que a certeza de punição incute na cabeça da pessoa o receio de que o ilícito será punido, sendo que o reflexo disso tudo é notado a partir da diminuição da criminalidade.

¹² A proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*) também é uma decorrência do poder-dever estatal de punição. É dizer, o Estado não pode punir de qualquer maneira, já que o processo penal não pode ficar sob os caprichos daqueles que detêm o poder, devendo respeitar direitos fundamentais, mas também o Estado deve ser visto como requisito para a realização do bem comum e esse bem de todo passa, infelizmente e em alguma medida, pelo direito penal, já que a crise na justiça criminal acarreta em ameaça ao Estado de Direito. Desta forma, poderia-se dizer, de alguma forma, que o direito de punir é ao fim e ao cabo se torna um direito fundamental da sociedade e daquele que foi lesionado (BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre garantismo e a efetividade da sanção*. Editora Revista dos tribunais, p. 24-28).

características mínimas a serem alcançadas no Estado Democrático atual. Por outro lado, não se pode admitir que a exigência de tais fatores torne inviável ou praticamente impossível a aplicação da lei penal àquelas pessoas que ofenderem os bens jurídicos tutelados pelo Estado por meio do Poder Legislativo.

Partindo dessas premissas, pode-se afirmar que a existência de todas estas garantias não significa que o processo será menos efetivo, mas sim que haverá uma racionalidade maior na atuação do Estado. Na verdade, atualmente, com a evolução das tecnologias, por exemplo, a proteção de garantias e de direitos fundamentais é cada vez mais necessária para que o processo não seja exercido de maneira absoluta ou contrária aos ditames da Constituição Federal. A existência daquilo que se convencionou chamar por *garantismo penal*, sendo a maneira de se expressar no mundo daquelas garantias acima relacionadas, é uma das formas de se limitar ao máximo os desmandos estatais, buscando-se fazer com que a finalidade do direito penal e da pena sejam cumpridas na maior medida possível.

Por outro lado, devemos reforçar, porque necessário, a existência das garantias não pode fazer com que se engesse os mecanismos de investigação e de punição, já que isso geraria uma maior sensação de impunidade e enfraqueceria o contrato social estabelecido. É importante, portanto, a discussão.

De toda sorte, parece que o garantismo penal não significa que a sociedade passará a viver como que em uma distopia, *purge*, sem qualquer punição aos delitos cometidos. Isso porque “o autêntico projeto garantista deve chegar à conclusão de que os direitos fundamentais, indiscutivelmente, possuem posição privilegiada e devem ser respeitados no processo penal, mas é plenamente possível tentar encontrar o equilíbrio entre o respeito a esses direitos e a efetividade da sanção penal¹³”.

Ora, por meio da aplicação da pena a sociedade efetivamente dá uma resposta às agressões que ela sofre quando o indivíduo avança as barreiras da convivência social saudável e pratica um crime, como bem resume Luiz Luisi, concluindo que “como decorrência não se pode deixar de fantizar que o indeclinável respeito ao princípio da humanidade não deve obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal”, oportunidade em que cita com propriedade H. H. Jescheck:

“O direito penal não pode se identificar com o direito relativo a assistência social. Serve em primeiro lugar a Justiça distributiva, e deve por em relevo a responsabilidade do delinquente por haver violentado o direito, fazendo com que receba a resposta merecida da

¹³ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Op. cit.*, p. 28.

Comunidade. E isto não pode ser atingido sem dano e sem dor principalmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretende subverter a hierarquia dos valores morais, e fazer do crime uma ocasião de prêmio, o que nos conduziria ao reino da utopia.”¹⁴

A verdade é que o equilíbrio deve ser encontrado de forma a garantir o máximo de garantias e o máximo de efetividade do sistema de justiça criminal. Se proíbe o excesso mas também deve ser proibida a proteção deficiente da sociedade, conforme ressaltado.

No próximo tópico o ensaio se pretende a analisar uma decisão judicial concreta a fim de se perquirir se o garantismo penal integral foi aplicado corretamente.

ESTUDO DE CASO:

O processo número 1009383-72.2018.4.01.3400¹⁵, que tem trâmite pela 12a Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, julgado em primeira instância pelo magistrado Marcus Vinícius Reis Bastos, revela as circunstâncias de um equatoriano denunciado pelo Ministério Público Federal pelo, em tese, cometimento do crime de tráfico transnacional de drogas.

Na espécie, se extrai da sentença proferido pelo juízo de primeiro grau, que o equatoriano denunciado confessou que trazia consigo 5.780 kg (cinco quilos e setecentos e oitenta gramas) de cocaína ao embarcar em voo com destino a Lisboa/Portugal mas foi preso no aeroporto de Brasília quando tentava embarcar.

Com efeito, o denunciado, em seu interrogatório, informou que não sabia do conteúdo da mala mas “supôs tratar-se de algo ilegal”, ressaltando que reside na Espanha, próximo a Barcelona, desde 2001, onde tinha uma empresa que, por sua vez, enfrentou dificuldades em virtude da retração econômica, bem como que aceitou fazer o transporte em razão das circunstâncias sociais às quais estava envolvido, justificando que estava desempregado e era um pai de família que precisava do dinheiro para sustentar sua mulher e filhos gêmeos.

Ao proferir o ato sentencial, o magistrado proferiu sentença reconhecendo a figura jurídica da inexigibilidade de conduta diversa, acolhendo a tese arguida pela Defensoria Pública da União, em alegações finais, de que não era exigível do denunciado outra conduta diante do seu estado de vulnerabilidade emocional, psicológico e financeiro, oportunidade em que restou fundamentando:

¹⁴ LUISI, Luiz. Os princípios Constitucionais Penais. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

¹⁵ POMPEU, Ana. *Juiz vê desespero emocional e absolve "mula" preso com 6 kg de cocaína*. Conjur, 30 de jul. 2018. Notícia jornalística disponível em: <<https://www.conjur.com.br>>. Acesso em 10 de ago. 2019.

"não há como se atribuir culpa ao Réu e, conseqüentemente afirmar sua responsabilidade penal, pois, diante de suas circunstâncias pessoais e familiares, não poderia ter agido de outro modo. Atuou com vistas a prover o sustento de sua família (esposa e filhos)"

Importante ressaltar que, ainda, não ocorreu o trânsito em julgado, uma vez que foi interposto recurso pelo Ministério Público Federal e os autos foram encaminhados a segunda instância em agosto de 2018.

A controvérsia, revela a preocupante circunstância da possibilidade de decisão absolutória diante da necessidade financeira do acusado, oportunidade em que foi aplicada a excludente da responsabilidade penal por meio da figura jurídica da inexigibilidade de conduta diversa.

Para o julgador, portanto, existiu a causa supralegal da inexigibilidade de conduta diversa capaz de afastar a responsabilidade penal, naquilo que aqui denominamos por uma *absolvição social*. Isso porque, na visão do intérprete, o indivíduo processado não deveria receber punição porque sua situação social vista como um todo seria suficiente para afastar um dos parâmetros necessários à subsunção do fato à norma.

Não há olvidar que a situação dos autos, em princípio, demonstra que o denunciado se trata de um dos conhecidos “mulas” que aceitam o trabalho ilícito do tráfico, muitas vezes em virtude do meio em que vive, sem oportunidades, se submetendo a condições que colocam em risco a própria liberdade na busca de dinheiro fácil ou de condições para sobrevivência.

Aliás, há que se ressaltar que o verdadeiro motivo pelo qual o denunciado se submeteu a prática do delito, nas condições em que foi preso, não foi demonstrado nos autos, até mesmo porque, como é sabido, por se tratar, em princípio, de “mula”, impera a “lei do silêncio”, sob pena de arcar com a própria vida ou de parentes.

Esse quadro é bem retratado no filme “Maria Full of Grace” de Joshua Marston, em que revela de forma magnífica o complexo envolvimento humano no tráfico de drogas, ressaltando a responsabilidade das organizações criminosas, muitas vezes intocáveis, bem como da parcela de culpa dos sistemas econômicos.

A bela obra cinematográfica, traz cena em que a atriz Catalina Moreno ingere a droga acondicionada em frágeis receptáculos, mesmo sabendo do risco de morrer por overdose caso a frágil cápsula venha a estourar, situação que não é idêntica ao autos, mas revela similitude a partir do momento em que jovens, arriscam a sua vida no mundo sujo do tráfico.

No entanto, essas premissas, por si só, não autorizam a absolvição por não se fundamentar e encontrar guarida no direito penal pátrio. Muito menos há como se ofertar uma

nova hipótese de absolvição social, mesmo que no caso concreto não possa se aplicar a teoria invocada da inexigibilidade.

Ora, o artigo 29 do Código Penal é claro ao estabelecer que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, situação jurídica que força reconhecer que o magistrado, diante da garantia da individualização da pena – art. 5º XLVI da Constituição Federal – poderia aplicar penalidade atenuada, diante das circunstâncias do caso, mas não reconhecer que o fato não constitui infração penal (CPP ART. 386, III).

Em atenção ao critério estabelecido pelo art. 68 do Código Penal e ao princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, XLVI da Carta Magna, o magistrado após reconhecer a prática delituosa que ofendeu bem jurídico tutelado – no caso artigo 33 c.c artigo 40, I da Lei 11.343/2006 -, deveria aferir as circunstâncias judiciais, considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e de aumento de pena, bem como fixar o regime de cumprimento, momento processual em que poderia, segundo seu critério de justiça, fixar uma pena mais branda.

Não só por isso, a individualização não é apenas judicial, sendo que é feita anteriormente pelo próprio legislativo, cabendo ao Estado-juiz apenas suplementá-la. Não fica ao cargo do juiz apenas aplicar a estipulação do legislador, mas tampouco é sua responsabilidade a fixação completa da pena, já que há patamar mínimo e máximo na hora de se realizar a dosimetria¹⁶.

Segundo porque o garantismo penal exige que todas as pessoas sejam julgadas pelos fatos cometidos, não se pautando a atuação jurisdicional pelo status ou condição do autor, porque se assim o fosse, para o bem e para o mal também se legitimaria o chamado *direito penal do inimigo*¹⁷, também pautado por uma aplicação do direito penal a partir das características do autor e não fato.

Em outras palavras, e para que se frise, o direito penal do fato é uma das características da proteção da sociedade, também como corolário do garantismo penal. A partir desta noção

¹⁶ PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro. Volume 1: Parte Geral, arts. 1º a 120. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, págs. 725/727.

¹⁷ Segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes, trata-se de um “novo perfil do Direito Penal - simbólico e punitivista -, não só identifica um determinado 'fato', mas, sobretudo, um tipo específico de 'autor', definido não como igual, mas como outro, como o 'inimigo do pacto social” (MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: o 'Direito Penal do Inimigo'*. Dissertação de Mestrado, 372p. - PUCSP, São Paulo, 2006, p. 152. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em 30 de ago. 2019). A chamada terceira velocidade do direito penal surge como uma forma de encarar os novos tipos de delito, como o terrorismo, que já não encontram barreiras nacionais e são altamente complexos. Entretanto, cada vez mais surgem críticas à forma pela qual tem sido desenvolvida a teoria, já que supostamente deixa de lado um sem-número de garantias para investir apenas na reprimenda estatal.

pode-se dizer que não se deve punir ou absolver o autor, mas sim o fato. E foi exatamente o direito do autor, não acolhido pelo direito brasileiro, que prevaleceu.

O que se quer dizer com isso é que o magistrado não pode simplesmente decidir não aplicar a pena a alguém que inclusive confessou o crime porque seria socialmente mais adequada aquela atuação. Não existe, pois, a absolvição social em nosso ordenamento. Na verdade, poderia, repita-se, o magistrado utilizar-se do sistema das atenuantes genéricas, previsto em nosso Código Penal, a fim de garantir que a reprimenda fosse mais adequada ao caso concreto.

Pode-se dizer que se a legitimidade do discurso político advém do poder do voto, aquilo que legitima a decisão judicial é a sua fundamentação atrelada com a realidade.

No caso concreto, porém, não foi o que aconteceu.

Primeiro porque o magistrado apenas utilizou de um parágrafo para fundamentar que não caberia a condenação, apesar de ter afirmado que as provas dos autos corroboram com a afirmação ministerial. No único parágrafo utilizado, todavia, sequer faz referência aos motivos pelos quais há uma combinação dos fatos à cláusula supralegal de exclusão de responsabilidade penal.

Em dissertação de mestrado, Paulo Roberto Neves, citando José Frederico Marques, explica que o instituto da inexigibilidade de conduta diversa foi, no direito brasileiro, rechaçado por boa parte da doutrina clássica, sendo que aquela que o acolheu fixou premissas muito claras para a sua aplicação. Ademais,

Marques, seguindo as bases normativas, que adotam o caráter retributivo da pena, e da culpabilidade como uma reprovação ao ato típico e antijurídico praticado, defende em sua obra de 1966 que se deve admitir a exclusão da culpabilidade sempre que a conduta típica tenha ocorrido “sob a pressão anormal de acontecimentos e circunstâncias que excluem o caráter reprovável dessa mesma conduta”¹⁸.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça e o e. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso já afastaram a causa supralegal, como se vê dos seguintes arestos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. IMPROCEDÊNCIA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PRIMARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA NÃO RECOMENDADA.

1. A tese de inexigibilidade diversa foi suficientemente refutada pelo Tribunal. Se verdadeira a versão das ameaças sofridas pelo filho da paciente, tal circunstância deveria ser solucionada por outros meios

¹⁸ SILVA, Paulo Roberto Neves Augusto da. *Inexigibilidade de conduta diversa: Escorço de Suas Transformações Dogmáticas e a Polêmica dos Valores Envolvidos*. Dissertação de Mestrado, 327p., Universidade Cândido Mendes, 2005, p. 127. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em 10 de set. 2019.

idôneos, jamais se justificando a adoção do tráfico de drogas como forma de obtenção de dinheiro para pagamento de dívidas.

2. O exame acurado de tal matéria redundaria em inevitável cotejo probatório, operação vedada em habeas corpus.

3. Inviável, noutra giro, a apreciação do pleito de desclassificação do tráfico para o crime de auxílio ao uso indevido de drogas, por importar indevido revolvimento probatório, impróprio à via angusta do writ.

4. Ademais, é sabido que o tráfico de entorpecentes é delito de ação múltipla ou conteúdo variado cuja consumação se contenta com a aquisição, transporte, depósito, guarda ou simples porte da droga, desde que não seja para consumo pessoal. Daí não haver falar em mero auxílio ao uso de drogas, visto que a paciente foi flagrada na posse de maconha e cocaína.

5. Não há como proceder à aplicação da atenuante de confissão espontânea, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal (Súmula nº 231).

6. Consideradas a quantidade de pena corporal imposta, as circunstâncias judiciais favoráveis - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, bem como a primariedade da paciente, cabível a imposição do regime aberto para início da expiação, a teor do que disciplina o art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

7. Em que pese as condições pessoais favoráveis da paciente, a quantidade e diversidade de droga apreendida, a maneira como fora transportada, bem como o seu destino final, a saber, um estabelecimento prisional, demonstram não ser socialmente recomendável a conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito.

8. Ordem parcialmente concedida.

(HC 211.467/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 31/08/2011)

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – CONDENAÇÃO SEM IMPOSIÇÃO DE PENA - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – PRETENDIDA A FIXAÇÃO DA REPRIMENDA – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS A EMBASAR A MANUTENÇÃO DA CAUSA SUPRA LEGAL DE EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – CONSEQUENTE FIXAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA - RECURSO PROVIDO.

1. A aplicação de causa supralegal de exclusão da culpabilidade deve estar acompanhada de comprovação que o sujeito autor do delito só o fez porque a situação fática não o permitia proceder de forma diversa, o que não ocorre no caso em análise. Imperativa a aplicação do preceito secundário da norma.

(N.U 0002367-07.2009.8.11.0064, , RONDON BASSIL DOWER FILHO, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 06/03/2013, Publicado no DJE 25/03/2013)

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E FALSA IDENTIDADE, EM CONCURSO MATERIAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ABORDAGEM POLICIAL – IDENTIFICAÇÃO COM NOME DIVERSO – SUPOSTAS AMEAÇAS DE MORTE POR TRAFICANTES DE DROGAS – ESCUSA NÃO COMPROVADA – EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA [COMUNICAÇÃO DAS AUTORIDADES

COMPETENTES PARA DENUNCIAR E REQUER PROVIDÊNCIAS] – ENTENDIMENTO DO TJMT – MERO RECEIO DE MAL INJUSTO E GRAVE – JULGADO DO TJSP – RESPONSABILIZAÇÃO PENAL MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Para o reconhecimento da inexigibilidade da conduta diversa apresenta-se necessária “prova indubitável de um perigo sério e atual que não pudesse o apelante agir de outra forma para evitar” (TJMT, Ap 67399/2017). Em outras palavras, o mero receio de mal injusto e grave não acarreta o reconhecimento dessa CAUSA SUPRALEGAL de exclusão da culpabilidade, notadamente porque existem diversas outras maneiras plenamente legais que podem ser utilizadas para se proteger contra qualquer suposta ameaça (TJPR, Ap 791532-2).

“INEXIGIBILIDADE de CONDOTA DIVERSA. As meras alegações de perseguições e ameaças sustentadas pelo apelante não se prestam para o reconhecimento da excludente de culpabilidade. É que, no duro, em nenhum momento o réu fez qualquer prova que pudesse corroborar as suas afirmações. Ademais, essas alegações, em se tratando de CAUSA de exclusão de culpabilidade, são onus probandi da defesa, ônus do qual ela não se desincumbiu.” (TJSP, Ap 0007105-69.2014.8.26.0541)

(N.U 0004082-96.2016.8.11.0013, , MARCOS MACHADO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 23/10/2018, Publicado no DJE 26/10/2018)

Não sem propósito, bem ressaltou o douto Desembargador Marcos Machado em voto condutor do v. acórdão colacionado acima, oportunidade em que asseverou que “aceitar essa tese defensiva equivaleria a criar um ‘perigoso precedente’ apto a inviabilizar a condenação da maioria dos criminosos que fossem flagrados cometendo crimes para salvaguardar suas vidas.

Com efeito, é certo que o legislador trouxe previsão das causas de isenção de pena nas hipóteses de ausência de exigibilidade de conduta diversa, como se vê da redação do artigo 22 do Código Penal, quando definem a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Relevantes para a espécie, são os registros de Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fabio M. de Almeida, como se vê:

No CP, a não exigibilidade de conduta diversa e a essência de algumas legais de exclusão, tanto da culpabilidade (como no caso da coação moral irresistível deste art. 22, primeira parte) quanto da antijuridicidade (v.g na legítima defesa e no estado de necessidade – CP, arts. 23 a 25). Todavia, nos causa em que a conduta do agente não se encaixe, perfeitamente, nas excludentes legais, a doutrina diverge ao admitir, ou não, a inexigibilidade de conduta diversa como uma causa suprallegal de exclusão da culpabilidade. Aceitam-na, entre outros, Giuseppe Bettiol (*Diritto Penale – Parte Generale*, Busto Arsizio, G. Priulla Editore, 1945, pp. 308-311), Golschmidt (*Concepción Normativa de la Culpabilidad*, Buenos Aires, Depalma, 1943, p.21, apud Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal – Introducción y Parte General*, 4ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p.338, Edmondo Mezeger (*Diritto Penale [Stranfrecht]*), Padova, Cedam, 1935, pp.390-391); e, entre nós, o saudoso Hermínio Alberto Marques Porto (*Júri – Procedimentos e Aspectos do Julgamento - Questionários*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, p. 332) Essa orientação, porém, é tida como insustentável por autores como Reinhart Maurach (*Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Ariel, 1962, v.II, pp. 51-52), Francesco Antolisei (*Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, 13ª ed. Atualizada por Luigi Conti, Milano, Giuffrè, 1994, pp. Granada,

Comares, 1993, pp. 456-458) e Manuel Hispano-Europea, 1960, t. I, pp. 440-447), tendo em vista que, em função de subjetivismo, poder-se-ia deixar de punir crimes como o homicídio de cônjuge infiel e de seu amante, lançando-se mão de conceito abstrato e convencionais como o do “homem médio”, bônus pater famílias etc.¹⁹

Portanto, há uma necessidade objetiva de que haja um *plus* em relação à normalidade dos fatos. Entretanto, sem maiores digressões quaisquer podemos dizer que não há acontecimento anormal ou circunstância que excluiria o caráter reprovável da conduta no caso aqui analisado, o que faz transparecer a carência teórica e fática da decisão neste ponto.

Por outro lado, sequer se cogita alegar ao caso concreto qualquer outra excludente de ilicitude, culpabilidade, responsabilidade ou excludente do próprio fato, uma vez que o próprio juiz na sentença confirma a existência do fato que, ao que tudo indicaria, seria ilícito, antijurídico e culpável. Não se cogita qualquer outra hipótese de exclusão porque sequer caberia ao caso e porque não foram alegadas por qualquer dos atores judiciais.

Por fim, e apenas para que se termine a análise do estudo de caso, o Ministério Público Federal, ao recorrer da decisão em uma petição de sete páginas, tampouco questiona objetivamente o instituto despenalizador, discutindo apenas circunstâncias probatórias, como o fato de que as meras alegações da defesa não foram comprovadas, sobretudo porque o acusado confessou ter ciência da ilicitude de sua conduta.

Com efeito, restará ao Tribunal Regional Federal²⁰ afirmar se a circunstância de o indivíduo transportar drogas para outro país, na condição daquilo que usualmente se convencionou chamar de “mula”, a fim de conseguir dinheiro para o sustento próprio e de sua família deve ou não ser punido pelo direito penal, bem como se existe a possibilidade de aplicar uma espécie de “absolvição social” diante das circunstâncias concretas.

CONCLUSÃO:

Concluir um trabalho não significa dizer que houve o esgotamento de toda a discussão à qual este estava envolto. Na verdade, significa dizer que foram traçados os caminhos para se descrever minimamente algumas respostas de forma satisfatória. Aqui, não é diferente.

¹⁹ DELMANTO, Celso; DELAMENTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. Código Penal Comentado. 8ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 165.

²⁰ Apenas para que se registre, consta no processo que, após ter sido expedido o alvará de soltura, o denunciado saiu do Brasil. Assim, ainda que haja uma resposta penal pelo Tribunal, a possibilidade de cumprimento da pena diminuiu exponencialmente.

Primeiro porque não há uma resposta concreta ao caso, mas apenas um modelo teórico de discussão de uma decisão judicial. Segundo porque sequer chegou ao fim o cenário jurídico aqui exposto, sendo prematura qualquer conclusão prática sobre o caso em análise.

Por outro lado, porém, e de maneira mais teórica, pode-se dizer que discutimos o papel do juiz no modelo social atual, sobretudo na justiça criminal, e principalmente alguns temas de justiça, segurança jurídica e limites da atuação do Judiciário.

Percebeu-se que o garantismo penal integral é aquela visão teórica que vai além da proteção apenas individual, buscando o resguardo na maior medida possível de toda a sociedade, bem como que faz parte do garantismo o respeito à lei, já que garante uma punição mais justa e específica, voltada apenas ao que se propôs a julgar, sobretudo porque se se deixar completamente ao alvitre do julgador haverá cada vez mais injustiças ou uma sensação de impunidade, já que não estarão previamente estabelecidas os parâmetros para persecução penal.

O Poder Judiciário deve exercer seus poderes dentro dos limites impostos pelas normas e em detrimento de suas próprias preferências, ideologias ou senso de certo ou errado²¹, restando claro que em situações de clara injustiça é possível a aplicação da causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, o que não significa que está o magistrado autorizado a absolver sem provas contundentes que caracterizariam a excludente, sob pena de deixar de privilegiar o bem coletivo, a garantia da estabilidade da sociedade e do contrato social.

Em últimas palavras, o processo penal em épocas democráticas não pode apenas ser negativo e tutelar somente direitos e garantias do acusado. A bem da verdade, deve seguir protegendo a sociedade como um todo, já que o garantismo monocular (Ferrajoli) enfraquece a própria noção de convivência em sociedade, sendo prejudicial²² a todos os indivíduos.

Assim, somente em situações limites e bem claras é que se pode utilizar da teoria da inexigibilidade da conduta diversa, sob pena de se desprivilegiar a separação e o papel dos demais poderes na construção de uma sociedade e de um direito (penal) mais democrático e popular possível. O respeito à lei, necessidade do Estado Democrático de Direito, deve ser visto como necessário à construção das respostas jurídicas, de forma a garantir toda a sociedade.

Essas premissas forçam reconhecer, com segurança que

o Estado não pode mais ser considerado – numa visão liberal – individualista - como o inimigo do cidadão, já que numa visão democrática e social, ele existe para a realização do bem comum.

A se continuar trabalhando com uma obediência cega em relação a alguns princípios, e garantias processuais individuais, típicos de um pensamento de um Estado puramente liberal e individualista,

²¹ THEODORO, Marcelo Antonio; NASCIMENTO, Vanderson Rafael. *Op. cit.*, p. 175.

²² BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Op. cit.*, p. 26-27.

haverá sério risco para a efetividade da justiça criminal, com comprometimento dos direitos sociais da coletividade.²³

REFERÊNCIAS:

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre garantismo e a efetividade da sanção*. Editora Revista dos Tribunais.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Das penas e das recompensas.

LEAL, Fernando. *Todos os casos jurídicos são difíceis?* Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. Revista FGV. Disponível em <diretorio.fgv.br>. Acesso em 10 de set. 2019.

MELO, José Wilson Rodrigues de. *Multiculturalismo, Diversidade e Direitos Humanos*. ISSN 2176-1396. Comunicação no V seminário internacional sobre profissionalização docente PUC PR 26 a 29 out. 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: o 'Direito Penal do Inimigo'*. Dissertação de Mestrado, 372p. - PUCSP, São Paulo, 2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 30 de ago. 2019.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume 1: Parte Geral, arts. 1º a 120. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

POMPEU, Ana. *Juiz vê desespero emocional e absolve "mula" preso com 6 kg de cocaína*. Conjur, 30 de jul. 2018. Notícia jornalística disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em 10 de ago. 2019.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A fórmula de Radbruch e o risco do subjetivismo*. Conjur, 11 jul. 2012. Disponível em <www.conjur.com.br>. Acesso em 30 ago. 2019.

SILVA, Paulo Roberto Neves Augusto da. *Inexigibilidade de conduta diversa: Escorço de Suas Transformações Dogmáticas e a Polêmica dos Valores Envolvidos*. Dissertação de Mestrado, 327p., Universidade Cândido Mendes, 2005. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 10 de set. 2019.

THEODORO, Marcelo Antonio; NASCIMENTO, Vanderson Rafael. *Estado de Direito, accountability e mecanismos de controle do Judiciário como formas de proteção de direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 35, n. 2, p. 173-192, jul. 2019. Disponível em: <www.fdsu.edu.br/>. Acesso em: 07 ago. 2019.

DELMANTO, Celso; DELAMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

²³ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009. P. 25.