

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E RISCO À ORDEM PÚBLICA SEGUNDO O DISCURSO DO STJ

JAIR ANTÔNIO SILVA DE LIMA:

Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania (UFBA). Bacharel em Direito (UFBA). Especialização em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Pesquisador do Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos e Cidadania da Universidade Federal da Bahia.

RESUMO: O discurso de medo em torno do fenômeno criminoso organizado ganha a cada dia mais espaço na pauta do Estado e dos veículos de comunicação, criando uma sensação generalizada de insegurança, denominada por Beck (2011) de atomização do risco. Essa atomização do risco na sociedade pós-industrial é utilizada como fundamento para manutenção de prisões provisórias, sob o argumento de garantia da ordem pública. No entanto, em posicionamento diametralmente oposto, parte da doutrina tesse severas críticas ao conceito aberto de garantia da ordem pública. A presente pesquisa parte da seguinte pergunta: Qual a visão do STJ a respeito do risco à ordem pública ao se debruçar em casos envolvendo organizações criminosas? O objetivo é compreender a concepção do STJ em torno do discurso de risco/garantia à ordem pública. Parto da noção de que a decisão judicial é um discurso e, por consequência, é instrumento de dominação (FOUCAULT, 1998). Observou-se que o STJ continua a exigir o risco concretamente demonstrado como requisito autorizador da prisão cautelar. No entanto, o Tribunal tem compreendido que os crimes praticados por organizações criminosas possuem maior desvalor e, sob essa premissa, feito uma leitura do elemento risco à ordem pública a partir do contexto social contemporâneo.

Palavras-chave: Organizações criminosas; ordem pública; risco; discurso; poder.

1 Introdução. 2. Sociedade de Risco e Organizações Criminosas. 2.1. Sociedade de Risco em Ulrich Beck. 2.2. A Criminalidade Organizada na Sociedade Contemporânea. 3. Decisão Judicial, Discurso e Poder. 4. Risco à Ordem Pública nas Decisões do STJ. 5 Considerações Finais. 6. Referências

ABSTRACT: The discourse of fear around the organized crime phenomenon is gaining more space on the agenda of the State and of the media, creating a generalized feeling of insecurity, called by Beck (2011) the atomization of risk. This atomization of risk in post-industrial society is used as a basis for maintaining provisional prisons, under the argument of guaranteeing public order. However, in a diametrically opposite position, part of the doctrine makes severe criticisms of the open concept of guaranteeing public order. This research starts from the following question: What is the view of the STJ regarding the risk to public order when dealing with cases involving criminal organizations? The objective is to understand the conception of the STJ around the discourse of risk/guarantee of public order. I start from the notion that the judicial decision is a discourse and, consequently, is an instrument of domination (FOUCAULT, 1998). It was observed that the STJ continues to demand the concretely demonstrated risk as an authorizing requirement for provisional detention. However, the Court has understood that the crimes committed by criminal organizations have greater disvalue and, under this premise, it has made a reading of the element of risk to public order from the contemporary social context.

Keywords: Criminal organizations; public order; risk; discourse; power.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro tem reiteradamente falhado em sua missão de dispensar proteção adequada dos direitos humanos fundamentais do cidadão. No atual contexto político-social, a violência constitui um problema público, passando a alimentar na coletividade sentimentos de medo e insegurança.

A atuação de organizações criminosas (orcrim`s) cada vez mais sofisticadas e complexas, encontra na sociedade de risco o ambiente fértil para a expansão de suas atividades e dissimulação dos crimes e de seus executores. Estas organizações, superando o modelo chamado tradicional, caracterizado pelo emprego da violência direta à população e domínio territorial, hoje são constituídas de diversas outras formas, a exemplo do modelo endógeno, que atua no interior das estruturas do Estado, com especialização na prática de crimes contra a administração pública e corrupção em seu mais amplo sentido, trazendo como reflexo o dano ao erário, o desmantelamento do serviço público, além de potencializar a violência contra o cidadão.

Como destacam Bitencourt e Busato (2013, p. 313), “o avanço tecnológico oferece uma exponencial ampliação das possibilidades de atividades e relações sociais e que parte delas, obviamente, deriva para práticas ilícitas”. Acrescenta ainda que estas práticas são facilitadas pelo perfil global de circulação de capitais e informações, de modo que, não seria de estranhar que o aparato persecutório

igualmente buscasse instrumentalizar-se no sentido de promover os objetivos de controle social do intolerável.

Considerando este cenário, este trabalho tem por objetivo compreender qual a concepção de risco e de que modo o STJ fundamenta suas decisões em torno do discurso de risco/garantia à ordem pública em face de ações de grupos criminosos organizados.

Adoto como referencial teórico a sociedade de risco de Ulrich Beck (2011), para trabalhar a noção de atomização do risco e insegurança generalizada, e a análise do discurso e concepção de poder de Foucault (1998; 1999).

Como ferramenta à disposição do poder, o discurso dos Tribunais Superiores revelado no corpo social possui a capacidade de influenciar o comportamento da sociedade, contribuindo também para fixar entendimento no âmbito do próprio Poder Judiciário. Assim, adoto a teoria de análise do discurso de Foucault (1998; 1999), tendo em vista que a produção do discurso é controlada, organizada e distribuída por meio de procedimentos cuja função seria dominar o acontecimento e conjurar poderes. Utilizo a concepção foucaultiana de limites internos de controle e delimitação dos discursos, chamados de princípios de rarefação, que funcionam como princípios de classificação, de ordenação, de distribuição, em especial, o comentário, autor e a disciplina.

O objeto empírico desta pesquisa é constituído por 61 acórdãos do STJ, prolatados em sede de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* envolvendo integrantes de organizações criminosas.

2 SOCIEDADE DE RISCO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSAS

As transformações verificadas na sociedade contemporânea representam grande desafio para todos os atores sociais. A velocidade da informação e comunicação, os avanços tecnológicos e industriais têm rompido barreiras geográficas, unificado sistemas e "reduzido" distâncias. Esses são alguns dos efeitos do fenômeno da globalização que traz consigo não apenas as comodidades, mas também reconfigura práticas sociais e expõe o cidadão a riscos. Diante desses e de outros fatores, esta sociedade tem sido chamada de sociedade de riscos, também apontados como efeitos do processo de globalização.

Analisando as múltiplas faces da globalização, Milton Santos (2011, p. 09) a concebe como perversa em sua essência e enganosa em sua aparência, destacando que devemos considerá-la em pelo menos três tipos. O primeiro tipo destacado "seria o mundo tal como nos fazem vê-lo: a globalização como fábula; o segundo seria o mundo tal como ele é: a globalização como perversidade; e o terceiro o mundo como ele pode ser: uma outra globalização".

Nesse paradoxo, a crescente insegurança e o medo são expoentes do novo catálogo de riscos que aportam no seio da sociedade globalizada, ao lado de suas conquistas científicas e da crença na fábula que mascara a perversidade e desigualdade decorrentes deste processo.

2.1 Sociedade de Risco em Ulrich Beck

Esse modelo social foi denominado por Ulrich Beck (2011) como sociedade de risco, expressão difundida na obra "Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade". Neste estudo, o autor realiza uma análise da sociedade a partir da concepção de risco, defendendo que vivemos um momento de ruptura no interior da própria modernidade, que não implicaria no fim, mas sim uma reconfiguração social e uma assunção de novos contornos, que operam modificações em diversos âmbitos, desde o comportamento do cidadão, influenciando a política e a economia. Para ilustrar seu pensamento, Beck utiliza o recurso metafórico, comparando as transformações encenadas na atualidade com o rompimento do antigo regime da sociedade estamental

É nessa mesma linha de compreensão e socorrendo-se de metáfora análoga que Bauman (2001, p. 234) sustenta que a modernidade líquida (o que para outros autores seria a pós-modernidade) não mantém suas características de forma rígida, como ocorria no modelo social anterior, exigindo mobilidade e capacidade de adaptação. Desse modo, em uma sociedade de riscos em elevada velocidade de mudanças, onde ocorre o derretimento dos paradigmas, exige-se cada vez mais que os meios de controle social sofram reformulações em suas estruturas.

Beck (2011, p. 27-28), ao discorrer sobre as características da sociedade de risco, apresenta cinco teses que confirmariam a sua dinâmica política e o potencial de autoameaça civilizatória: (1ª) os riscos são criados sistematicamente, são frequentemente irreversíveis e invisíveis; (2ª) os riscos produzem um "*efeito bumerangue*", pois atingem, cedo ou tarde, quem os produziu e quem deles se beneficiou – nem os ricos e os poderosos estariam seguros; (3ª) a expansão dos riscos não rompe a lógica capitalista, ao contrário, a criação e exploração comercial dos riscos os transforma em um grande negócio (*big bussines*); (4ª) o conhecimento dos riscos adquire nova relevância política e gera consciência diferenciada sobre seus efeitos; (5ª) a sociedade de riscos é a sociedade das catástrofes, na qual o estado de exceção (ameaça) converte-se em normalidade.

De fato, com a ampliação dos perigos, surgem novos desafios à democracia, pois, neste modelo social, os riscos são de origem humana. Ao contrário do que ocorria até a Idade Média, os riscos não podem mais ser imputados ao exterior, ao inumano, mas são verificados na adquirida capacidade das pessoas de autodestruição, por essa razão podem ser chamados de riscos da modernização

(BECK, 2011, p. 275). Para este sociólogo, a humanidade tornou-se a ameaça e, ao mesmo tempo, a promessa de superação da ameaça que ela produziu.

Beck (2011, p. 38) acrescenta que a sociedade de riscos tem por característica a irresponsabilidade generalizada pelos danos causados. Para este sociólogo alemão, os sistemas de produção e distribuição dos riscos são complexos, dificultando a identificação específica de atos e sua relação causal com o dano provocado. Dessa forma, existe uma interdependência sistêmica de atores especializados que conduz a inviabilização de se identificar causas específicas e responsabilidades isoláveis, pois a “altamente diferenciada divisão do trabalho implica uma cumplicidade geral e esta, por sua vez, uma irresponsabilidade generalizada” (BECK, 2011, p. 38-39). Este ambiente de impunidade fomenta a continuidade das atividades ilícitas consistente na reiteração criminosa, sobretudo aquelas que garantem os interesses econômicos de redes de empresas. Se concebemos a ideia de prevenção geral da pena e, em face disso, cremos que a ameaça de punição é fator inibidor da prática criminosa, o raciocínio inverso também é possível: a certeza de impunidade fomenta a criminalidade.

Curiosamente, a sociedade de risco evidencia um aparente paradoxo. Se, por um lado, o avanço tecnológico propicia comodidades e conforto ao indivíduo, apresenta como “reação adversa” os riscos inerentes ao próprio desenvolvimento. Os mesmos instrumentos que unificam e aproximam, dissolvem e fragmentam. A tecnologia da informação possibilita arranjos empresariais e econômicos, como também foi capaz de facilitar a comunicação e possibilitar o entrelaçamento de grupos criminosos em diversas partes do mundo, dificultando a sua identificação por meio de fragmentação da conduta entre vários membros da organização e utilização de identidades virtuais falsas para camuflar a autoria.

2.2 A criminalidade organizada na sociedade contemporânea

Para além da insegurança relacionada à ação antrópica e suas consequências no ambiente, temos nos deparado com a criminalidade altamente sofisticada que corrompe o poder político e afeta o sistema econômico. Ações como aquelas identificadas na política brasileira nas operações policiais denominadas Sanguessuga, Satiagraha, Mensalão, dos Correios e Castelo de Areia, demonstram a fragilidade dos sistemas político e jurídico ante o poder econômico das organizações criminosas¹.

A definição de organização criminosa é tema controvertido e complexo. Em diversas obras, sociólogos, cientistas políticos, juristas e estudiosos da violência em geral apresentaram definições distintas, apontando elementos que entendem serem

¹ Essas operações policiais que resultaram em ação penais são amplamente divulgadas na mídia e abordadas por Marcelo Mendroni (2016, p. 30-31) como exemplos de organizações criminosas endógenas.

características básicas desse tipo de grupo criminoso. O que observamos em breve revisão da literatura é que a produção acadêmica aborda o fenômeno da criminalidade organizada no Brasil desde a década de 90 do século passado, mas notadamente como tema secundário ao estudo da violência, em especial à dinâmica do tráfico de drogas. São poucas as obras que encontramos nesse período que tem como objeto principal de estudo as chamadas orcrim`s.

Ao se debruçar sobre fenômeno de tão elevada complexidade como o que enfrentamos neste trabalho, o pesquisador precisa estar ciente de que todas as fontes possuem limitações, sejam elas oficiais, a imprensa, ou estudos anteriormente produzidos. A dinâmica da atividade criminosa organizada, por sua própria natureza, a imposição de sigilo e a dissimulação de suas atividades, reduzem ou dificultam o acesso direto a dados essenciais para a compreensão da sua estrutura e funcionamento. Por esta razão é que destaca Camila Dias (2011, p. 34-35) que o cientista social tem maior responsabilidade na análise dos dados, com o emprego de técnicas e recursos de pesquisas variados.

Em busca de uma definição para este fenômeno criminoso, é importante um diálogo com o senso comum para a identificação do que seria crime organizado. Como adverte Mingardi (2007, p. 55) “nem tudo que a imprensa chama de crime organizado tem a ver de fato com essa modalidade”. Isso porque, completa o cientista político, até mesmo o tráfico de drogas, que é o exemplo mais corriqueiramente utilizado como representativo desse fenômeno, mostra-se muitas vezes extremamente desorganizado, sobretudo nas vendas de entorpecentes ilícitos realizadas no varejo. Observa-se que o entendimento que transita nas ruas e na mídia do que vem a ser o crime organizado não é estruturado a partir de critérios científicos, mas decorre da percepção e repetição cotidiana, da vivência, do convívio social.

A mídia é considerada por Rondelli (1998, p. 145) como macrotestemunha de relevante importância, que detém o poder de atuação de forma privilegiada na cadeia propagadora dos atos da violência, orientando um movimento discursivo, articulando explicações e interpretações dos atos de violência. Acrescenta que, diante do privilégio que encerra, ela se constitui importante ator social dos fatos, contribuindo na atribuição de sentidos próprios aos atos de violência e exposição dos fatos aos demais atores sociais. Nesta atribuição de sentidos além de denunciar suas específicas visões de mundo, também acaba por orientar práticas sociais, políticas, culturais (RONDELLI, 1998, p. 152-153).

Não se pode negar, portanto, que essa abordagem do fenômeno contribui para que as pessoas se informem sobre a criminalidade, já vivenciada em todas as regiões do Brasil. Mas, por outro lado, traz consigo o que Ulrich Beck (2011, p. 88) chama de “atomização generalizada dos riscos”, provocada pela crise de autoridade

científica. Para este autor, houve uma inversão da lógica da experiência, de modo que os riscos não são mais necessariamente experimentados pessoalmente, constituindo-se “inexperiências de segunda mão”. Ou seja, o risco difusamente distribuído no meio social, ainda que não faça parte da experiência de cada indivíduo, foi de tal forma fracionado (atomizado), que passa a ser experimentado por toda a coletividade.

No entanto, é importante que ressaltemos que a orcrim não pode ser confundida com a mera associação de indivíduos com a finalidade criminosa, tampouco com a coautoria delitiva eventual. Ela possui características próprias. Partindo deste entendimento, Mingardi (2007, p. 55-56) conclui que não é a espécie de delito praticado que identifica a existência de crime organizado, pois esse fenômeno pode ser definido a partir de suas características específicas que o diferem do crime comum. É com base nestes elementos distintivos que Guaracy Mingardi (1998, p. 81-87), busca apresentar uma definição de organização criminosa. Ele divide o fenômeno em duas espécies (tradicional e empresarial) e passa a enumerar as características que distinguem essas organizações, tanto dos grupos criminosos comuns, como das organizações empresariais lícitas. Com o resultado, o pesquisador chega à seguinte definição:

Crime Organizado Tradicional: grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. São atividades que se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. (MINGARDI, 1998, p. 82-83).

Assim como a maioria dos autores, este pesquisador aponta a hierarquia, a previsão de lucros, a divisão do trabalho, o planejamento empresarial e a simbiose com o Estado como os atributos deste fenômeno, destacando que, à exceção da simbiose com o Estado, todas as demais características são adaptações feitas pelos criminosos de elementos caracterizadores das empresas modernas (MINGARDI, 2007, p. 56).

Em que pese a busca de definição no campo acadêmico, para efeitos jurídico-criminais, a Lei 12.850/2013 define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado, dispondo que:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

3 DECISÃO JUDICIAL, DISCURSO E PODER

O discurso é instrumento de dominação e “a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nós queremos apoderar” (FOUCAULT, 1999, p. 10). Foucault (2008, p. 27-28), em “A Arqueologia do Saber”, já afirmava que os discursos se organizam através de continuidades irrefletidas e, para afastá-las, seria preciso renunciar a dois temas que lhes sustentam: a origem secreta dos discursos e a existência de um conteúdo não-dito, mas presente em todo discurso. Para Foucault (2008), apesar do discurso ser produzido com base naquilo que aparenta ser a sua razão, ele sempre tem uma origem tão secreta que não é possível reapoderar-se inteiramente dela. O segundo ponto destacado pelo filósofo é que no discurso, o já-dito, não se restringe a uma frase pronunciada, mas carrega também uma voz silenciosa, ou seja, um não-dito ou jamais-dito, um vazio que mina tudo que se diz.

Por esta razão, utilizo nesta pesquisa a noção de poder e de discurso de Foucault (1998, p. 179-180), que compreende que o corpo social é caracterizado e constituído por múltiplas relações de poder, que se acumulam e circulam em função do discurso. Assim, não há exercício de poder sem que seja utilizado o discurso como ferramenta. Não se trata aqui unicamente do poder estatal, mas as múltiplas relações poder que existem na sociedade, pois todo poder é revelado pela “economia do discurso”. Foucault (1998) estuda o poder como técnica e tática de dominação, compreendendo-a como:

Por dominação eu não entendo o fato de uma dominação global de um sobre os outros, ou de um grupo sobre outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer na sociedade. Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social (FOUCAULT, 1998, p. 181).

Foucault (1998, p. 182), acrescenta que o “sistema do direito, o campo judiciário são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfãs”, mas sua análise da chama de microfísica do poder não se restringe a manifestações estatais, como destacado.

Nesse contexto, a decisão judicial é um discurso e, por consequência, é instrumento de dominação (FOUCAULT, 1998, p. 179-180). Como ferramenta à disposição do poder, o discurso revelado no corpo social possui a capacidade de influenciar o comportamento da sociedade, especialmente, dos operadores do direito, contribuindo para fixar entendimento nos tribunais de justiça e juízos de primeiro grau.

Foucault (2008, p. 122), distanciando-se do conceito que considerava o discurso como o conjunto de performances verbais, passa a compreendê-lo como o conjunto de enunciados que se apoia em um mesmo sistema de formação praticado ao longo do tempo. Este filósofo ainda destaca que a produção do discurso é controlada, organizada e distribuída por meio de procedimentos cuja função seria dominar o acontecimento e conjurar poderes (FOUCAULT, 1999, p. 09). Ou seja, o discurso não seria livre, pois possui, além de limites externos², aqueles elementos intrínsecos ou internos que o conformam.

Para Michel Foucault (1999, p. 21), os limites internos de controle e delimitação dos discursos, chamados de princípios de rarefação, “funcionam como princípios de classificação, de ordenação, de distribuição, como se tratasse, desta vez, de submeter outra dimensão do discurso: a do acontecimento e do acaso”. Eles são divididos em comentário, autor e disciplina.

Pelo princípio do comentário, em face da raridade dos discursos, muitos destes ecoam e circulam em formas repetíveis de discursos já proferido, de modo que, apesar de novos, não manifestam novidade, não há essencial inovação em seu conteúdo. Podemos dizer que existe um círculo de retroalimentação entre os discursos, que são comentados e que comentam, de modo que ressurgem e repetem o “já dito” e fazem uma releitura do “não dito”, conforme o contexto em que estão inseridos. É por esta razão que “o novo não está no que é dito, mas no acontecimento de sua volta”, pois os discursos que são a fonte originária de determinados atos de fala, uma vez que, além de retomá-los, os transformam como se fossem fala do enunciador (FOUCAULT, 1999, p. 22). É nesse sentido que o comentário é compreendido como observação acerca da permanência de certos

² Foucault (1999) afirma que os limites externos seriam os mecanismos de exclusão que incidem sobre o discurso de forma exterior, em dado sistema coercitivo, cindindo o direito de dizer e o poder de dizer algo, apontando como exemplo três mecanismos: a interdição, a separação e a vontade de verdade. No entanto, não nos aprofundaremos nestes pontos, pois se afasta do objetivo deste trabalho que não é verticalizar nas características da análise do discurso, mas sim utilizar alguns de seus conceitos e princípios como ferramenta complementar à teoria de Charles W. Mills.

discursos em perspectiva histórica, bem como do desaparecimento de algumas de suas referências ou formas. Assim, este princípio interno permite a classificação e a categorização dos discursos, com a manifesta repetição em distintas materialidades históricas.

Dito de forma simples, todo discurso possui relação com outros discursos já proferidos. Este procedimento é muito comum no ambiente dos processos judiciais. Não raro as sentenças e acórdãos são permeados de citações e referências a decisões proferidas por outros juízes e tribunais, como argumento de autoridade e de reforço do acerto do quanto decidido. Nota-se, inclusive, o emprego da analogia no uso de ementas de julgados, passando a utilizar a motivação de casos distintos como elemento de persuasão, como observaremos nos vocabulários de motivos e ementas selecionadas para análise.

O segundo princípio de rarefação é o do autor. O autor não é aqui o sujeito falante que pronuncia o texto, o indivíduo. Ele deve ser compreendido como uma função, como um “princípio de agrupamento do discurso, como unidade e origem de suas significações, como foco de sua coerência” (FOUCAULT, 1999, p. 26-29).

É nesse mesmo sentido que Foucault leciona em *A Microfísica do Poder*:

É preciso livrar-se do sujeito constituinte, livrar-se do próprio sujeito, isto é, chegar a uma análise que possa dar conta da constituição do sujeito na trama histórica. É a isto que eu chamaria de genealogia, isto é, uma forma de história que dê conta da constituição dos saberes, dos discursos, dos domínios de objeto, etc., sem ter que se referir a um sujeito, seja ele transcendental com relação ao campo de acontecimentos, seja perseguindo sua identidade vazia ao longo da história (FOUCAULT, 1998, p. 07).

O último princípio de rarefação é a disciplina. Este mecanismo interno de rarefação do discurso pode ser definido como o “domínio de objetos, um conjunto de métodos, um *corpus* de proposições consideradas verdadeiras, um jogo de regras e de definições, de técnicas e de instrumentos” (FOUCAULT, 1999, p. 30). A disciplina, embora se constitua de uma coleção de princípios específicos, é um campo “relativo e móvel”. Sua organização pode ser oposta ao princípio do autor, porque uma vez constituídos seus elementos, torna-se um sistema anônimo, cuja validade independe de identificação de autoria. De igual modo, opõe-se ao princípio do comentário, uma vez que os sentidos que são construídos a partir da disciplina não precisam ser redescobertos ou repetidos, pois a disciplina reclama possibilidade de se formular indefinidamente de novos enunciados. Foucault (1999, p. 32-34), ainda destaca que cada disciplina, como princípio de controle do discurso, possui

instrumentos para que se reconheça as proposições verdadeiras e aquelas que são falsas. Assim, considerando-a como área do conhecimento, ela fixa as regras e procedimentos.

Considerando, na presente pesquisa, que a disciplina é o direito penal e processual penal positivo, no contexto do julgamento de *habeas corpus* em sede de Tribunal Superior, encontramos um regramento e diversos instrumentos que limitam e ditam como o jogo deve ser jogado. Em uma palavra, é a disciplina que limita o discurso, informando quem, quando, onde e como se deve falar.

O objeto empírico desta pesquisa é constituído por 61 acórdãos do STJ, prolatados em sede de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus*. Este Tribunal disponibiliza os julgados em seu sítio e possui uma variedade de opções de pesquisa. A base “pesquisa de jurisprudência” foi escolhida, uma vez que possibilita uma busca mais completa. Para localizar o acórdão em sua integralidade (inteiro teor), há duas opções de busca: “revista eletrônica de jurisprudência” e “inteiro teor”.

4 RISCO À ORDEM PÚBLICA NAS DECISÕES DO STJ

Considerando que a presente pesquisa é de cunho principalmente qualitativo e que esta breve abordagem quantitativa teve o objetivo de realizar a demarcação, é preciso verticalizar na análise dos julgados, buscando identificar os vocabulários utilizados pelos magistrados, que constitui escopo do nosso trabalho.

Uma vez selecionados os vocabulários de motivos (caracterização), observamos que tanto aqueles utilizados para fundamentar as decisões concessivas quanto o que foram incluídos nos acórdãos denegatórios, guardavam entre si uma certa regularidade, uma equivalência semântica.

Nas 29 decisões denegatórias da ordem do HC, foram identificados os seguintes vocábulos que as motivaram: autoria e participação, fundamentação idônea/decisão motivada, gravidade concreta, tese defensiva não provada, decisão judicial motivada, ausência de manifesta ilegalidade, risco de reiteração, integrar organização criminosa, interromper atividade da organização, dimensão do dano, garantia da ordem pública. Consideramos que dimensão do dano está contida na gravidade do delito e que a expressão garantia da ordem pública é conceito genérico que abrange outros vocabulários de motivos, como risco de reiteração, integrar organização criminosa e interromper as atividades da organização criminosa, representamos os vocabulários selecionados conforme gráfico 1.

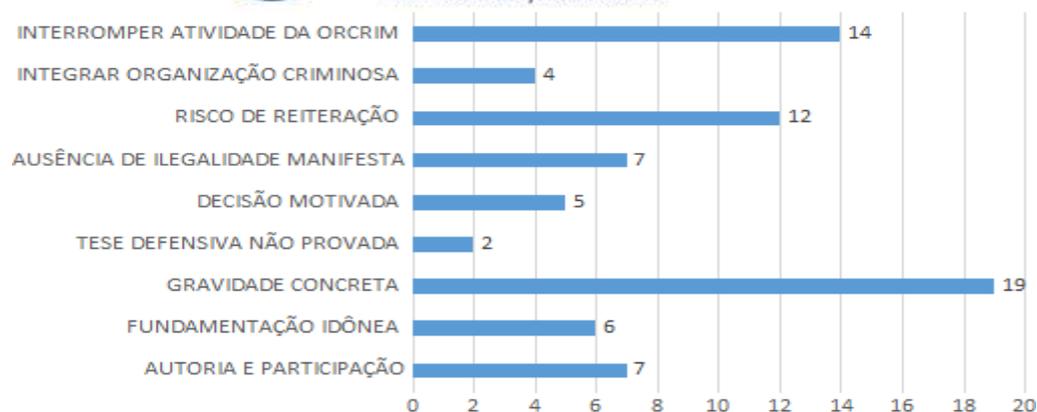


Gráfico 1: Vocabulários de Motivos – HC Negado

Fonte: Elaboração própria (2020).

Os três vocabulários de motivos mais utilizados para negar o HC foram risco, necessidade de interromper as atividades e gravidade concreta. O vocabulário risco constitui expressão sintética de risco de reiteração criminosa, risco à ordem pública ou risco à segurança pública. Este mesmo fundamento também foi usado para avaliar a atualidade e iminência da atividade criminosa – a contemporaneidade – como requisito exigido para manutenção de prisão em alguns julgados (HC 460117 – SP, HC 461263/RJ, HC 443914/RJ, RHC 99575/PA, HC454561/RJ).

Passando para a etapa da análise propriamente dita, observamos que a fundamentação pela presença ou ausência do risco apontou o sentido da decisão da Corte para negar ou conceder a ordem de *habeas corpus*. No HC 445.490/SC, a 6ª Turma estabeleceu que o Estado Democrático de Direito deve proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz pública e, por consequência a decisão que priva o cidadão de sua liberdade deve ser concretamente fundamentada, de modo que o risco de reiteração constitui motivo idôneo para a segregação cautelar.

(...) 2. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito – o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas – e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos do art. 282, I e II, c/c o art. 312, ambos do Código de Processo Penal.

3. A decisão que decretou a custódia preventiva evidenciou o fundado risco de reiteração delitiva, ante os indícios

de o acusado ser um dos integrantes de organização voltada à prática do tráfico de drogas e outros delitos, a quem cabia a guarda dos armamentos utilizados pelo grupo no cometimento dos crimes (HC 445.490/SC).

O Tribunal decidiu considerar que o risco de reiteração criminosa constitui requisito para a prisão cautelar, nos termos do art. 312 do CPP, visando à garantia da ordem pública e da ordem econômica. De fato, a prisão processual ou cautelar do investigado ou acusado só pode ser decretada se devidamente motivada e desde que presentes dos requisitos legais, analisando-se a adequação e necessidade da medida extrema. A doutrina jurídica aponta grandes críticas à indeterminação conceitual da expressão garantia ordem pública, mas tem-se concebido como sinônimo de “estado de paz e de ausência de crimes na sociedade” (FEITOZA, 2009, p. 852). Nesse sentido, o Código de Processo Penal expressamente adota (art. 282, I) a concepção de garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração criminosa, ao dispor que as medidas cautelares serão aplicadas objetivando evitar a prática de infrações penais. Nessa concepção, a prisão cautelar se revela como garantia do resultado útil do processo, buscando impedir que o réu venha a praticar novos delitos. Trata-se de uma análise baseada na periculosidade do agente e não na culpabilidade.

O vocabulário risco, neste particular, é interpretado no sentido de que há necessidade de que se demonstre elementos que apontem para a possibilidade de reiteração, ou seja, apontem-se indícios de que o investigado solto irá novamente praticar crimes. No entanto, no HC 445.490/SC ficou evidenciado que o risco de reiteração foi extraído do fato do investigado integrar organização criminosa voltada ao tráfico de drogas. O foco se manteve na infração penal a que se destina a orcrim.

O risco à ordem pública também foi considerado presente em hipótese de desvio de verbas públicas. Neste caso, especificou-se a possibilidade de reiteração criminosa e não apenas o patrimônio público atingido, tampouco a dimensão da lesão isoladamente considerada. A Turma substituiu o vocabulário reiteração criminosa, optando pelo uso de “deletéria renitência criminosa” para evidenciar risco à ordem pública.

(...) teria havido o desvio de aproximadamente R\$ 36.895.837,82 (trinta e seis milhões, oitocentos e noventa e cinco mil, oitocentos e trinta e sete reais e oitenta e dois centavos) dos cofres públicos, além do aporte de R\$ 16.400.000,00 (dezesseis milhões e quatrocentos mil reais) em benefício da suposta organização delitiva, **dispondo o acusado de uma deletéria renitência criminosa, a**

evidenciar, portanto, risco para a ordem pública (RHC 84538/RJ, **grifo nosso**).

Verificamos que, em regra, o STJ continua a exigir o risco concretamente demonstrado como requisito autorizador da prisão cautelar, não se mostrando suficiente o fato de integrar organização criminosa, a exemplo do teor do RHC 104036/PR: “[...] a mera indicação de circunstâncias que já são elementares do crime perseguido, nada se acrescentando de riscos casuísticos ao processo ou à sociedade, não justifica o encarceramento cautelar”. Com esse entendimento, reforça a sua jurisprudência de que a gravidade em abstrato do delito não caracteriza fundamento idôneo para a prisão cautelar, uma vez que seria circunstância inerente ao próprio delito. De modo diverso, o Tribunal reafirma a necessidade de demonstração da gravidade concreta em 19 julgados.

O discurso sobre o risco veiculado nas decisões selecionadas foi reforçado pelo princípio do comentário, reafirmando discursos já proferidos (FOUCAULT, 1999, p. 22), mormente ao citar julgados anteriores do próprio STJ ou do STF como argumento de autoridade e legitimação. O princípio do comentário manifestou-se clara e expressamente pelas reiteradas inserções de jurisprudência entendida como predominante, às vezes escamoteada com o uso de vocabulários de motivos distintos, mas que revelam expressões semanticamente equivalentes.

Nesse contexto, a valoração do risco, quando se trata de organização criminosa, não pode ser realizada sobre a mesma tábua axiomática que foi erguida para a interpretação dos crimes isoladamente praticados. Não é o tráfico de drogas, por si só, que indica a necessidade de manutenção de prisão. Também não é indispensável que o crime tenha sido praticado com violência ou grave ameaça direta à pessoa para que sua liberdade seja cerceada. Em verdade, o que o sistema jurídico-penal brasileiro exige é que exista a presença do risco (à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal, ou mesmo de fuga do réu).

Nesse quadrante, observamos que o STJ ainda está atrelado ao tipo de crime praticado pela orcrim, como podemos concluir da leitura da tabela 1. Em um dos extremos, percebe-se que o traficante que impetrou HC obteve 10% das decisões favoráveis, enquanto, no outro, aqueles que fraudaram licitações, causaram prejuízo ao erário e contaram com o sucesso em todos os pedidos.

Prosseguindo no desiderato de compreender como decide o STJ, identificamos o vocabulário de motivos a gravidade da conduta em 15 dos julgados selecionados. A gravidade da conduta foi mobilizada tanto em decisões favoráveis quanto desfavoráveis. Ao embasar acórdãos concessivos do HC, o vocabulário empregado é a gravidade abstrata do crime não é idôneo para fundamentar a

restrição cautelar da liberdade. Em sentido oposto, sempre que a gravidade foi referida para manter a prisão, foi frisado que se tratava de gravidade concreta.

Como é possível depreender do gráfico 2, constrangimento ilegal, atipicidade da conduta e gravidade abstrata são os vocabulários de motivos mais encontrados na fundamentação dos acórdãos. Diversamente do que verificamos na análise dos vocabulários gravidade abstrata e atipicidade da conduta, o emprego do motivo constrangimento ilegal não é realizado isoladamente. Isso se deve ao fato de que o constrangimento decorre da não observância dos demais requisitos imprescindíveis à manutenção da prisão ou ao início da persecução penal. Neste cenário, o Tribunal sempre que trancou a ação penal por atipicidade, também fundamentou sua decisão na presença de constrangimento ilegal.

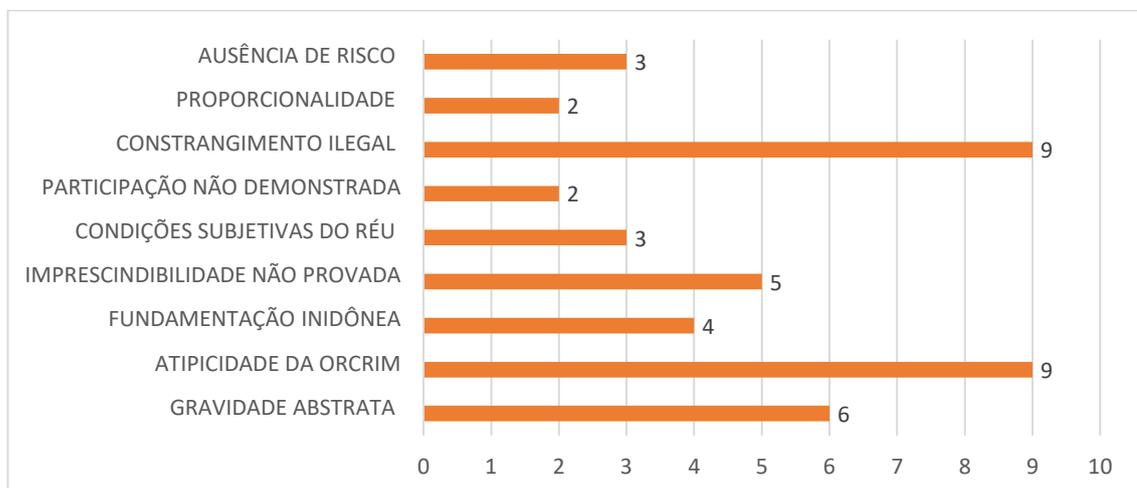


Gráfico 2: Vocabulários de motivos – HC concedido

Fonte: Elaboração própria (2020).

A ausência de risco, proporcionalidade e condições subjetivas do réu possuem correlação ao serem empregadas, à medida que o STJ não utilizou um único vocabulário como suficiente. No tocante às condições subjetivas do réu, é importante destacar que os acórdãos deixam expresso que as condições pessoais do réu, por si só, não garantem a sua soltura.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como escopo compreender a visão do STJ sobre a relação existente entre um fenômeno complexo presente na sociedade contemporânea denominado “organizações criminosas”.

Nosso objetivo nesta pesquisa foi compreender como o STJ decide ao julgar os *habeas corpus* impetrados por integrantes de orcrim. Mais nomeadamente,

buscamos identificar o padrão decisório do Poder Judiciário sobre o tema, a partir das decisões desta Corte que reclama a autoria do discurso final no tocante à interpretação da Lei Federal. Assim, entendemos que os vocabulários de motivos utilizados no discurso do Poder Judiciário possuem carga simbólica e seus efeitos perpassam o âmbito do sistema de justiça, disseminando a interpretação de determinada ação situada ou de um fato social para produzir efeitos em toda a sociedade. Conforme já devidamente tratado na análise de dados, o STJ mantém, em muitos julgados, uma posição “tradicional” de interpretação dos casos concretos e do sistema normativo, exigindo a presença de risco concretamente demonstrado para a manutenção de uma prisão cautelar. Verificamos ainda que o tipo de crime praticado pelo grupo criminoso é uma variável que tem grande relevância no destino do julgamento, de forma que, quando se trata de crimes violentos ou de tráfico de drogas, por exemplo, a tendência do Tribunal é negar a ordem de *habeas corpus*, adotando postura menos severa quando o assunto é crime contra a administração pública, corrupção, fraudes em licitações. Apesar da espécie de crime praticado pelo réu ser elemento relevante para a análise na visão deste Tribunal, os julgados sempre destacam o fato de o delito ter sido praticado no contexto de uma organização criminosa, apontando o risco de reiteração.

Por outro lado, foi possível verificar que o STJ tem compreendido que os crimes praticados por organizações criminosas possuem maior desvalor e, sob essa premissa, feito uma leitura do elemento risco a partir do contexto social contemporâneo. Desse modo, o discurso que é evidenciado nos vocabulários de motivos deste Tribunal permite concluir que o risco de reiteração delitiva decorre da natureza da organização criminosa e que a necessidade de interrupção de suas atividades enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública. Fixando esta premissa, o STJ passa a manter as medidas cautelares – inclusive a prisão – daqueles que praticam os crimes de colarinho branco, a exemplo dos crimes contra ordem econômica, fraudes em licitações e corrupção.

No entanto, conforme já destacamos, o STJ reafirma o caráter seletivo do sistema de justiça criminal, ao impor maior rigor nas medidas cautelares dirigidas a quem pratica crimes como o tráfico de drogas e delitos contra o patrimônio, ao passo que a maior parte dos réus apontado como autores de crimes do colarinho branco permanece em liberdade durante o processo criminal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de.; GICO JR., Ivo. **Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. Rev. direito GV [online]. 2011, vol.7, n.1, pp.75-98. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322011000100005>. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n1/a05v7n1.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**; tradução Plínio Dentzien – Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**; tradução de Sebastião Nascimento. 2 Ed. – São Paulo: Editora 24, 2011.

BITENCOURT; Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa - Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013 (Locais do Kindle 313-317). Saraiva. Edição do Kindle.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. CNJ. 2017.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**. 2011. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DIAS, Camila Nunes; MANSO, Bruno Paes. **Tecendo redes criminais: as políticas de encarceramento e a nacionalização das facções prisionais**. In: ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. MAPA DAS FACÇÕES. EDIÇÃO ESPECIAL 2018. Disponível em: <https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf>. Acesso em: 15 de mar. de 2019.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Graal Edições, 1998.

_____. **A Ordem do Discurso**. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

_____. **A arqueologia do saber**. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves, 7ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

LOURENÇO, Luiz Claudio. **Prisões Fora da Lei: Notas de um Dispositivo Marginal**. in Direitos Humanos na democracia contemporânea velhos e novos embates Vol 3. Org. Verônica T. Marques, Karyna B. Sposato, L. C. Lourenço. Rio de Janeiro, Bonecker, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. MINGARDI, Guaracy. **O Estado e O Crime Organizado**. São Paulo. IBCCRIM, 1998.

MINGARDI, Guaracy. **O Trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado**. Estudos Avançados, 21(61), 2007, p. 51-69. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10266>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise do Discurso**: princípios e procedimentos. 12^a Edição. Campinas, SP - Pontes Editores, 2015.

RONDELLI, Elizabeth. Imagens da violência: práticas discursivas. Tempo Social; **Rev. Sociol.** USP, S. Paulo, 10(2): 145-157, outubro de 1998.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Record, 2011.