



Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – Faculdade de Direito

Alexandre Bollmann

Racismo Estrutural e Seletividade Penal:
Uma Análise da População Carcerária Brasileira

Rio de Janeiro

2017

Alexandre Bollmann

**Racismo Estrutural e Seletividade Penal:
Uma Análise da População Carcerária Brasileira**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Ana Paula Sciammarella

Rio de Janeiro,
2017

RESUMO

Este Trabalho de Conclusão de Curso pretende estudar a composição da população carcerária brasileira, sobretudo a partir da análise de seus aspectos raciais. Parte-se das noções de raça, racismo, racismo institucional e estrutural. Investiga-se o conceito de seletividade penal, elemento chave do discurso criminológico para a compreensão do sistema penal. Identifica-se, por meio da análise dos dados estatísticos e dos referenciais teóricos anteriormente discutidos qual é o perfil contemporâneo da população carcerária e quais os fatores que influenciam essa composição.

Palavras-Chave: Racismo Estrutural. Seletividade Penal. População carcerária.

ABSTRACT

This graduation paper intends to study the composition of the Brazilian prison population, especially from the analysis of their racial aspects. It starts from the notions of race, racism, institutional and structural racism. We investigate the concept of criminal selectivity, a key element of criminological discourse for understanding the penal system. Through the analysis of the statistical data and theoretical references discussed above, it is possible to identify the contemporary profile of the prison population and the factors that influence this composition.

Keywords: Structural Racism. Penal selectivity. Prison population.

Conteúdo

INTRODUÇÃO	5
1-RACISMO ESTRUTURAL	7
1.1-Raça, Racismo e Racismo Estrutural no Brasil.....	7
1.2 – Elementos Jurídicos do Racismo Estrutural no Brasil	22
2-SELETIVIDADE PENAL	31
2.1 – O Direito Penal e o Discurso Criminológico: Da Defesa Social à Teoria do Etiquetamento ..	31
2.2 –Seletividade Penal, Criminalização Primária e Criminalização Secundária	42
2.3 – Os Rumos da Criminologia na Contemporaneidade	48
3-POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA E SELETIVIDADE RACIAL	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

INTRODUÇÃO

O sistema penal é o conjunto de instituições responsáveis pela realização do direito penal, em seus diversos níveis: iniciando-se pela vigilância, passando pela identificação dos autores de delitos, pela denúncia dos crimes ao Poder Judiciário, pelo julgamentos do réus e, finalmente, pela execução da pena em relação aos condenados.

Há muito se tem questionado se o sistema penal se apresenta isonômico em sua atuação, atingindo a todos aqueles que violam a lei penal, ou se determinados indivíduos são alcançados por ele de forma seletiva.

O objetivo do presente estudo é analisar as características dessa atuação acerca dessa situação no caso brasileiro, a partir da análise do aspecto racial, ou seja, desejamos investigar se as pessoas negras estariam mais sujeitas a serem alcançadas pela lei penal, em especial, por meio da análise da presença dessa população no cárcere.

Entenderemos para os fins do presente estudo que as pessoas negras são aquelas classificadas como pretas e pardas, categorias utilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Evidente que, conforme nos recorda Caio Prado Junior, há uma imensa gama de diferenças étnicas entre os diversos povos africanos dos quais foram trazidos homens e mulheres para serem submetidos à condição servil no continente americano, em geral, e no Brasil, em particular.¹ Ainda mais complexa é a situação a partir do nascimento de brasileiros que descendiam não apenas dos africanos, mas também do resultado da reprodução entre estes e descendentes dos europeus. No entanto, o preconceito racial no Brasil, inclusive o de cunho científicista (pseudo-científico), sempre se dirigiu também contra os chamados “mestiços”. Por essa razão, e também por ser esse o critério adorado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), optou-se por não se adentrar nas especificidades de caracterização da população negra, abordando, de conjunto, o desenvolvimento histórico de sua situação no cerne das relações sociais desenvolvidas no Brasil e, posteriormente, a questão da ação do sistema penal sobre tal parcela de nossa população.

Nesse sentido, o primeiro capítulo é dedicado ao estudo do racismo estrutural, sendo dividido em duas partes: Na primeira parte, buscaremos conceituar o racismo, em suas diversas modalidades, chegando até a definição específica do racismo estrutural. Em seguida,

¹ PRADO JÚNIOR, Caio. Formação do Brasil Contemporâneo: Colônia. 1ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 2000. P. 81.

partindo de nossa herança colonial, estudaremos o processo histórico que propiciou o desenvolvimento de nossas relações sociais por meio de uma estruturação marcada por um viés essencialmente racista; na segunda parte, a compreensão do racismo estrutural será fundamentada a partir de uma análise legislativa, que ponha em relevo os aspectos jurídicos das relações raciais no Brasil.

O segundo capítulo, dedicado ao estudo da seletividade penal, apresenta três seções: na primeira, buscar-se-á inicialmente traçar algumas definições básicas acerca do direito penal, sistema penal e criminologia, a partir das quais poderá se percorrer um itinerário criminológico, por meio da análise dos discursos da ideologia da defesa social e do positivismo criminológico, passando pelos teóricos do estruturalismo até que se chegue à teoria do etiquetamento. Tal incursão terá por escopo lançar os fundamentos para a compreensão do conceito de seletividade penal e suas consequências para a crítica do direito penal; na segunda parte, estudaremos especificamente o conceito de seletividade penal, bem como os processos de criminalização primária e secundária, os quais se apresentam como mecanismos a partir dos quais essa seletividade opera; na terceira parte, abordaremos as consequências do reconhecimento da seletividade penal no desenvolvimento de um pensamento criminológico contemporâneo, a partir das contribuições da criminologia crítica, em geral, e de uma abordagem mais específica de nossa realidade latino-americana, em particular.

No terceiro capítulo procederemos a uma análise do perfil de nossa população carcerária, a partir dos dados fornecidos pelo DEPEN. Ainda, serão analisados um relatório realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e uma pesquisa de autoria de Sergio Adorno. A partir dessas informações, e à luz do que estudado nos capítulos anteriores, buscaremos compreender a atuação do sistema penal brasileiro, particularmente no que se refere a sua composição étnico-racial, dedicando especial atenção ao papel desempenhado por atores de duas das principais instituições do sistema penal os juízes de direito e os policiais.

Percorreremos esse caminho utilizando-nos de referências bibliográficas, consultas a legislações passadas e presentes e de dados estatísticos pertinentes ao tema, a fim de que possamos, ao final, ser capazes de responder se (e em que medida) nosso sistema penal atua sob a influência do racismo estrutural e da seletividade penal. E, a partir do que tiver sido observado, pretendemos delinear as consequências e possíveis atitudes que possam ser adotadas diante de tal quadro.

1-RACISMO ESTRUTURAL

1.1-Raça, Racismo e Racismo Estrutural no Brasil

Neste capítulo, pretendemos, em um primeiro momento, definir os conceitos que utilizaremos ao longo de todo este trabalho, como o de raça, racismo e racismo estrutural. A partir daí, cuidaremos das condições históricas responsáveis pelo enraizamento do racismo nas relações sociais que estruturaram nosso desenvolvimento posterior: a começar da colônia, passando pelo Império e chegando à República Velha.

Ao se discutir a questão do racismo em nosso país, uma primeira temática com a qual nos deparamos é a objeção que se faz à utilização do conceito de raça, o qual não seria aplicável à espécie humana. Tal objeção foi suscitada repetida e intensamente ao longo dos debates que se desenvolveram no Julgamento da ADPF 186/DF, na qual foi discutida a constitucionalidade da política de cotas raciais nas universidades públicas.

Em seu voto, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, cita alguns desses questionamentos, os quais foram trazidos tanto na petição inicial, quanto na Audiência Pública realizada nos dias 03, 04 e 05 de março do ano de 2010. Logo de início, em seu relatório o Ministro supra referido menciona que:

Consta da inicial a assertiva de que inexistente o conceito de raça, argumento que, segundo o arguente, teria sido olvidado nas discussões sobre as ações afirmativas. Alega, ademais, que as desigualdades entre brancos e negros não têm origem na cor e, mais, que a opção pela escravidão destes ocorreu em razão dos lucros auferidos com o tráfico negreiro e não por qualquer outro motivo de cunho racial.²

E cita textualmente um trecho do pronunciamento do especialista em genética humana Sérgio Danilo Pena, no segundo dia da Audiência Pública:

(...) do ponto de vista científico, raças humanas não existem e(...) não é apropriado falar de raça, mas sim de características de pigmentação da pele. E a cor da pele não está geneticamente associada a nenhuma habilidade intelectual, física e emocional³.

²ADPF 186/DF. Inteiro Teor do Acórdão. P 14. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Consultado em 02 de fevereiro de 2017

³Idem. P 30

Em sua obra *Direito de Igualdade Racial*, Hédio Silva Jr., explica que, de fato, o racismo se trata de uma categoria da biologia, que designa um conjunto de aspectos bio-fisiológicos cambiantes, que diferenciam elementos da mesma espécie, os quais se encontrariam isolados em suas raças e se tornariam reciprocamente hostis em ambientes comuns.

Não obstante, esclarece que a escola racialista, especialmente a francesa, que data de meados do século XIX até os primeiros decênios do século XX, utilizou-se da aparência física para tentar determinar aspectos psicológicos e cognitivos dos seres humanos, estabelecendo como modelo o homem branco europeu.⁴

Dessa forma, encontramos-nos diante de uma aberta contradição. Por um lado, observa-se que a categoria raça, em seu significado bio-fisiológico, não se revela adequada para o estudo da espécie humana. Por outro, é forçoso reconhecer que tal utilização do conceito de raça, enquanto instrumento de categorização e classificação das populações humanas, esteve presente de modo fundamental, não só nas escolas científicas da Europa, mas sobretudo no ambiente social, econômico e acadêmico de nosso país.

É interessante notar que, em 1894, menos de uma década após a abolição da escravidão no Brasil, Nina Rodrigues publica sua obra “As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil”, dedicando-a àqueles que chamou de chefes da Nova Escola Criminalista, Lombroso, Ferri e Garofalo; ao chefe da Nova Escola Médico-Legal Francesa, Alexandre Lacassagne, de Lyon; e, por derradeiro, ao Dr. Corre, de Brest, a quem atribuiu o epíteto de médico-legista dos climas quentes. Citando este último, Nina Rodrigues deixa clara sua visão acerca do atraso e da incapacidade de aprendizado que seria inerente aos negros:

Nos países regidos segundo as formulas das civilizações européas, os negros conservam-se negativos ou atrasados, sempre em eminência de conflicto. Não sentem e não comprehendem a modo dos arianos, assim como anatomicamente não são constituídos a modo d'elles. Não podem absorver, assimilar, senão uma certa porção da ração soi disant regeneradora que se lhes offerece generosa... e ineptamente: o

⁴SILVA Jr., Hédio. *Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. Pp. 14-15. A expressão francesa *soi disant* utilizada no texto pode ser traduzida por “pretensamente”, ou “que pretende ser” regeneradora. Isto porque, para o autor, a condição degenerada dos negros não lhes permitiria absorver, senão uma pequena parte, dos ensinamentos e da cultura “superior” que os “arianos” pudessem tentar lhes transmitir.

*resto é muito indigesto para eles e provoca reacções, que multiplicam o delicto e o crime.*⁵

É inegável, portanto, que, apesar de se tratar daquilo que Hédio Silva Jr. chamou eufemisticamente de impropriedade científica, o uso da categoria raça foi utilizado para a classificação dos seres humanos, decorrendo daí que o fenótipo dos indivíduos, tratado enquanto atributo racial, constituiu-se como elemento diferencial de direitos e oportunidades, conforme veremos adiante.

Com rara precisão, Ana Luiza Pinheiro Flauzina, dirime a questão ao afirmar que as raças humanas são uma criação da política – e não da natureza – e, portanto, são instrumentalizadas para a subjugação de determinadas pessoas pelas outras.

No mesmo sentido, Dalila Fonseca Benevides, Daniela Silva Santo e Delcele Mascarenhas Queiroz, fundamentando-se em conclusões extraídas da tese de doutorado de Carlos Hasenbelg, apresentada no fim da década de 1970, ponderam que:

*(...) embora se saiba, hoje, que raça é tão somente uma representação, um atributo que é elaborado socialmente, a partir de marcas corporais, essa representação continua a operar como um dos critérios mais importantes no recrutamento dos indivíduos às posições da hierarquia social.*⁶

Ainda, merece especial menção o que dito por Daniele Ikawa, citada pelo Relator na ADPF 186, quando discute a pertinência da utilização do conceito de raça, em especial no que se refere à elaboração e consecução de políticas afirmativas, asseverando que:

*O uso do termo raça é justificável nas políticas afirmativas (...) por ser o mesmo instrumento de categorização utilizado para a construção de hierarquias morais convencionais não condizentes com o conceito de ser humano dotado de valor intrínseco ou com o princípio de igualdade de respeito (...). Se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las.*⁷

⁵RODRIGUES, Nina. As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil. P 117 Disponível em <http://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Direito/As_racas_humanas_responsabilidade_penal_Brasil.pdf> Consultado em 02 de fevereiro de 2017

⁶BENEVIDES, Dalila Fonseca; SANTO, Daniela Silva; e QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. Estudantes de Uma Universidade Estadual com Cotas: A Percepção do Racismo e da Política de Ações Afirmativas in SISS, Ahyas (org.), Diversidade Étnico-Racial e Educação Superior Brasileira: experiências de intervenção. Rio de Janeiro: Quartet, 2008. Pp. 244-245.

⁷ADPF 186/DF. Inteiro Teor do Acórdão. Pp. 65-66. Grifo do relator.

Assim, podemos perceber que há dois momentos históricos bem distintos em relação à utilização do conceito de raça. Um primeiro, situado entre a segunda metade do século XIX e início do século XX, em que essa ferramenta conceitual é instrumentalizada por uma noção pretensamente científica, partindo de uma análise bio-psico-fisiológica de viés etnocêntrico. Por tal definição estaria justificada a imposição dos trabalhos forçados ocorrida nos séculos anteriores, e até mesmo se formulava a negação de uma condição humana de pleno desenvolvimento à população negra oriunda do continente africano, bem como aos então chamados negros crioulos, ou seja, aqueles já nascidos na América.

Contemporaneamente, no entanto, a noção de raça é apropriada por aqueles contra quem, outrora, ela serviu como instrumento de classificação e subordinação. Reconhecendo seu caráter político, a raça passa a ser compreendida como elemento historicamente utilizado no tratamento assimétrico das pessoas, conforme os diversos grupos étnicos a que pertenciam. É agora instrumentalizada como elemento fundamental na reivindicação de direitos, na elaboração de políticas públicas e na verificação de que, até hoje, as pessoas negras (pretas e pardas) ocupam majoritariamente as classes sociais subalternas em nossa sociedade. E é nesse sentido que utilizaremos tal conceito ao longo do presente trabalho.

Ultrapassado esse primeiro momento de definição, encontra-se superada outra objeção comumente formulada, segundo a qual não há que se falar em racismo, já que inexistem raças humanas.

Por certo o racismo existe e sua simples negação não fará com que desapareça. Para que se possa compreender seu real significado, partimos do artigo 2º, item 2, da Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, aprovada e proclamada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, reunida em Paris, em 27 de novembro de 1978:

O racismo engloba as ideologias racistas, as atitudes fundadas nos preconceitos raciais, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade racial, assim como a falsa idéia de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se por meio de disposições legislativas ou regulamentárias e práticas discriminatórias, assim como por meio de crenças e atos antissociais; cria obstáculos ao desenvolvimento de suas vítimas, perverte a quem o põe em prática, divide as nações em seu próprio seio, constitui um obstáculo para a cooperação internacional e cria tensões políticas entre os povos; é contrário aos

*princípios fundamentais ao direito internacional e, por conseguinte, perturba gravemente a paz e a segurança internacionais.*⁸

Não partimos de tal definição apenas por se encontrar revestida da força simbólica inerente à própria existência da Organização das Nações Unidas (ONU), embora tal aspecto também se revista de sua importância. Optamos por tomar esta conceituação como ponto de partida para o estudo do racismo, sobretudo, por verificarmos que seu conteúdo contempla as quatro dimensões, distintas e complementares, sem as quais não é possível alcançarmos uma completa compreensão do tema: o racismo enquanto ideologia, o racismo enquanto conduta, o racismo estrutural e o racismo institucional.

Acerca do primeiro aspecto do racismo, Flauzina explica que este se trata de uma ideologia que encontra apoio em determinado segmento considerado como superior, a fim de subjugar outro tido como inferior, razão pela qual se reveste de um caráter desumanizador.⁹

Nesse mesmo sentido é a lição de Paulo Rangel, ao afirmar que o racismo é um mecanismo de dominação ideológica, exercida pela classe que sempre deteve o poder e que marca de modo silencioso, sutil e profundo o contexto social em que as relações raciais se inserem.¹⁰

Uma segunda dimensão do racismo é aquela que o caracteriza enquanto conduta individual, consistente na adoção de atitudes fundadas em preconceitos raciais e na prática de comportamentos discriminatórios. Conforme o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível. Já a Lei nº 7716/1989 é aquela que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou cor, tipificando uma série de condutas discriminatórias ao longo dos artigos 3º ao 20.

De outro modo, quando determinada pessoa se utiliza de elementos referentes à raça para ofender a honra subjetiva de alguém, estamos diante de outro tipo penal, a injúria racial, delito previsto no artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal, com redação dada pela Lei 10741/2003. Neste caso, não se trata propriamente do crime de racismo, embora é inegável que a injúria racial e o racismo mantenham entre si evidente e íntima ligação. Tal ligação, no

⁸Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/dec78.htm>> Consultado em 02 de fevereiro de 2017

⁹ Cf. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo Negro Caído No Chão: O Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro*. Brasília, 2006. P. 12. Disponível em <http://www.cddh.org.br/assets/docs/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf> Consultado em 03 de abril de 2017.

¹⁰ Cf. RANGEL, Paulo. *A Redução da Menor Idade Penal: Avanço ou Retrocesso Social? A Cor do Sistema Penal Brasileiro*. 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2016.

entanto, não é suficiente para atribuir à injúria racial as mesmas restrições, postas pela Constituição Federal, àquele que pratica o crime de racismo, ou seja, a vedação da concessão de fiança e a imprescritibilidade do delito. Isto porque, como de sabença, não é admitida, em matéria de Direito Penal, a aplicação da interpretação extensiva *in malam partem*.

Ainda, no que diz respeito ao racismo enquanto conduta, convém destacar uma diferença fundamental entre preconceito racial e práticas de discriminação racial. O preconceito racial, em si, enquanto atitude interna da pessoa, é impunível. Por mais que alguém nutra preconceitos em razão da raça de outrem, enquanto tais ideias não se consubstanciarem em determinadas condutas, não há crime, ainda que tal modo de pensar se apresente de todo reprovável. Portanto, estamos diante do crime de racismo somente quando nos deparamos com condutas concretas, e não com disposições mentais internas.

É isso que podemos aprender da lição de Hédio Silva Jr., quando este afirma que o preconceito racial é uma categoria pertencente à psicologia, podendo ser definida como um fenômeno intergrupar, dirigido a pessoas, grupos de pessoas ou instituições sociais, implicando uma predisposição negativa, atribuindo aprioristicamente ao membro de determinado grupo estigmatizado características geralmente grosseiras, com as quais o grupo é caracterizado.¹¹

Se o preconceito, em si, trata-se de uma atitude interna e subjetiva, a discriminação racial trata-se de expressão externa desse preconceito racial. É uma ação que discrimina, conduta (omissiva ou comissiva) que viola direitos com base no critério de raça.¹² A criminalização do racismo, da qual tratamos acima, implica, em verdade, na criminalização de condutas nas quais se verifica a ocorrência da discriminação.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada no Direito brasileiro pelo Decreto Nº 65810/1969, conceitua discriminação racial como sendo:

“qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.”¹³

¹¹SILVA JR. Hédio. Op. Cit. Pp. 21-22

¹² Ibidem. P. 25.

¹³ Decreto 65810/1969, disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>> Consultado em 03/04/2017

Portanto, em que pese o artigo 1º da Lei 7716/1989 afirmar que serão punidos (na forma daquela Lei) os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, constatamos, para utilizar mais uma vez o ensino de Hédio da Silva Jr., que o uso do termo preconceito trata-se, em verdade, de uma “impropriedade semântica”.

Da análise do texto legal, observamos que não estamos diante de uma atitude exclusivamente interna, não se tratando, *in casu*, de preconceito. Os núcleos verbais “impedir” (artigos 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14), “negar” (artigos 4º e 6º), “obstar” (artigos 3º, 4º, 13, 14), dentre outros utilizados no corpo da Lei 7716/1989, possuem todos o significado de condutas comissivas, que traduzem o racismo por meio de suas práticas discriminatórias. Há também, na supra citada legislação, hipótese de conduta omissiva, como se verifica na leitura do artigo 4º, § 1º, inciso II, referente àquele que deixa de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores. Em suma, o racismo, enquanto conduta criminosa imputada à determinada pessoa, está sempre associada a certa conduta impregnada de sentido discriminatório.

Em terceiro lugar, trataremos do racismo enquanto práticas institucionalizadas, ou seja, o chamado racismo institucional. Partindo da obra de Paulo Rangel, podemos compreender racismo institucional como uma prática discriminatória que, não estando definida em lei, ou codificada na política, encontra-se reproduzida (intencionalmente ou não) nas rotinas, administrações, normas, hábitos e práticas profissionais de instituições de educação, controle social ou cultura, isto é, não só na polícia, mas em toda a administração.¹⁴

Hédio Silva Jr. também irá se referir à discriminação institucional, a qual compreende enquanto um conjunto de ações prescritas em nível organizacional ou da comunidade e que produz um impacto diferencial e negativo nos membros de um grupo subalternizado. Tal espécie de discriminação, segundo ele, poderá ocorrer de duas formas: direta, sempre que essas ações sejam praticadas com a intenção de produzir o referido impacto; indireta, quando não se verifica essa intenção imediata. Pode inclusive se consubstanciar na adoção de práticas aparentemente neutras, mas que produzem efeitos concretos discriminadores.

Para não falarmos, por ora, do exemplo mais evidente de racismo institucional relacionado às instituições penais, trataremos do que acontece em relação à atuação do sistema de saúde em nosso país.

¹⁴ Cf. RANGEL, Paulo. Op. Cit. Pp. 132-133

Inicialmente, convém destacar que tal assunto diz respeito à temática mais abrangente dos direitos sociais, contidos no artigo 6º da CRFB, os quais são compreendidos pela doutrina Constitucional como direitos fundamentais de segunda geração, para utilizarmos a terminologia de Bobbio, ou de segunda dimensão, caso se opte por seguir o uso de Paulo Bonavides.

Enquanto os direitos de primeira geração (ou dimensão) são aqueles oponíveis ao Estado, impondo a este uma obrigação negativa; os de segunda geração são aqueles que impõem ao Estado uma obrigação positiva, ou seja, o dever de oferecer aos cidadãos as condições suficientes de acesso à educação, saúde, alimentação, trabalho etc.

Assim, compete ao Estado prestar o devido atendimento, preventivo e curativo de saúde, em consonância com os objetivos fundamentais dispostos no artigo 3º da CRFB, em especial aquele previsto no inciso IV, ou seja, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação.

No entanto, não é isso que ocorre, e é nesse ponto que se verifica a incidência do racismo institucional na forma como são tratados os problemas de saúde da população, dependendo do pertencimento das e dos pacientes, dependendo do grupo étnico-racial a que pertencem.

Por exemplo, Flauzina apresenta a questão das mortes maternas em razão da hipertensão. Em que pese a grave situação dos serviços públicos de saúde em nosso país, é de se questionar se há razões específicas para essa ausência do Estado em relação à elaboração de políticas públicas consistentes na adoção de ações preventivas eficazes no controle da hipertensão ao longo da gestação, o que evitaria a morte de um significativo número de mulheres.

Por certo, podemos perceber a ocorrência do racismo institucional não apenas quando as instituições adotam determinadas posturas de natureza discriminatória, mas também quando a inação institucional se reveste de um caráter seletivo, cujo principal elemento é a categoria raça. E é o que se verifica em relação a uma pesquisa realizada no ano 2000, no Estado do Paraná:

As conclusões do estudo revelam que as mulheres negras morrem 6,6 vezes mais do que as mulheres brancas e que, surpreendentemente, as amarelas morrem 7 vezes mais que as outras. Analisando esses dados, a interpretação é de que a categoria raça cumpre uma função estratégica na produção da morte materna. Partindo de um pressuposto que se afasta da diversidade humana e centra todo o seu interesse na corporalidade branca, a medicina acaba por

negligenciar as singularidades que apontam para predisposições biológicas em cada segmento. Assim, tanto as mulheres negras quanto as mulheres autodeclaradas amarelas, mesmo essas últimas contando com índices sócio-econômicos elevados, sofrem os efeitos de uma medicina preparada para intervir e resguardar fundamentalmente a saúde do contingente branco. (grifo nosso).¹⁵

Se, por um lado, no que toca ao controle da hipertensão arterial, pode-se concluir pela omissão estatal, em se tratando de óbitos que atingem apenas de forma residual as populações de mulheres brancas, quanto ao tratamento dos miomas, verificou-se que o procedimento de histerectomia foi mais aplicado às mulheres negras do que às brancas. Assim, a atuação das instituições de saúde estudadas revela uma maior preocupação em se preservar o ventre de mulheres brancas em relação ao de mulheres negras. Enquanto para estas preponderou a indicação de histerectomia, para aquelas houve maior indicação de tratamentos conservadores, de uso de remédios ou expectantes.¹⁶

Em síntese, constatamos a existência do racismo institucional sempre que a predominância de fatores relativos a questões raciais forem decisivas, ainda que não explicitamente, para a adoção de determinadas práticas institucionais, ou, ainda, para a não implementação daquelas que deveriam ser adotadas.

A quarta dimensão do racismo, e que interessa de modo particular ao presente trabalho, é o racismo estrutural. Na supra citada definição de racismo, retirada da Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, tal aspecto do racismo é apontado pela expressão “disposições estruturais”, enquanto o racismo institucional é referido como “práticas institucionalizadas”, sendo que, segunda a Declaração em comento, ambas “provocam a desigualdade racial”.

Tão simples, quanto precisa, é definição de Lourenço Cardoso, segundo a qual racismo estrutural é a “prática racista que se encontra inscrita na estrutura social, histórica e cultural.”¹⁷

Da comparação dos conceitos abordados nos parágrafos anteriores, podemos compreender que as desigualdades resultantes da discriminação racial possuem sua gênese nos próprios elementos formadores de uma determinada sociedade. Esse racismo estrutural originário ou fundador dissemina um conjunto de elementos racistas, sendo nutrido pelo

¹⁵ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit. P. 104

¹⁶ Cf. Idem. P. 105.

¹⁷ CARDOSO, Lourenço. *Retrato do Branco Racista e Anti-Racista*. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC - 2010. P. 20. Disponível em < <https://online.unisc.br/seer/index.php/reflex/article/view/1279/1055> > Consultado em 03 de abril de 2007

discurso ideológico justificante, consolidando preconceitos e práticas discriminatórias e espalhando tal ideologia também nas práticas institucionais. Ou seja, o racismo estrutural de origem produz instituições racistas, as quais, por sua vez, reforçam o racismo como elemento estruturante daquela sociedade. Racismo estrutural e racismo institucional, portanto, são complementares e se retroalimentam.

Benevides, Santo e Queiroz¹⁸ destacam que, no final dos anos 40 do século XX, o Brasil foi escolhido para a realização de um estudo da UNESCO. Tal escolha se deu em razão do otimismo no que dizia respeito à questão racial no Brasil, inspirado pelo discurso da democracia racial, predominante na época e persistente ainda hoje.

No entanto, o resultado contrariou a perspectiva otimista de seus patrocinadores. Apesar das conclusões apresentadas terem desmentido a imagem de “paraíso racial” então propagada, alguns autores ainda mantiveram sua fé na democracia racial e expressavam a crença de que essa desigualdade era um legado do período escravista, marcado por relações estamentais. Esses autores alimentavam a expectativa de que tais desigualdades fossem paulatinamente desaparecendo por efeito do processo de modernização que se consolidava com o país.

Conforme já mencionado anteriormente, a pesquisa de Benevides, Santo e Queiroz aponta que os estudos de Hasenbalg marcaram um momento de fundamental transformação na visão acadêmica a respeito do fenômeno do racismo, enquanto algo que não se encontra adstrito somente ao incipiente processo de modernização do país. Na contramão do discurso que predominava na época, Hasenbalg constatou as profundas distâncias entre negros e brancos existentes na sociedade de então, destacando que tais desigualdades não eram marcadas apenas pela condição de classe, o que levou a concluir que: “a persistência histórica do racismo não deve ser explicada como mero legado do passado, mas como servindo aos complexos e diversificados interesses do grupo racialmente dominante no presente.”¹⁹

Portanto, se por um lado é inegável que o racismo é uma infeliz constante que estrutura as relações sociais brasileiras desde o período colonial, por outro seria possível que, após tantos séculos, tal situação houvesse se modificado substancialmente. Se o racismo persiste como elemento estruturante das hierarquias sociais, econômicas e culturais em nosso país, ainda no terceiro milênio, é graças à existência de mecanismos perpetuadores e discursos ideológicos reproduzidos, seja de modo expresso ou subliminar. Esses mecanismos

¹⁸ BENEVIDES, Dalila Fonseca; SANTO, Daniela Silva; e QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. Op. Cit, Pp 243-244.

¹⁹ Idem. P 244.

sobreviveram a toda a história secular de lutas e resistência e continuam a se perpetuar mesmo diante dos sucessivos avanços em termos de legislação, políticas públicas e ações afirmativas ocorridos nas últimas décadas. Longe de desejarmos aqui esgotar o estudo histórico desse processo, entendemos que seria impossível compreendermos os elementos estruturais do racismo brasileiro sem uma breve incursão no desenvolvimento e consolidação de seus componentes.

Evidentemente, não há como se dissociar as origens do racismo no Brasil sem falar do surgimento e consolidação do escravismo. Ainda mais quando se verifica que este não só sobreviveu ao processo de independência de 1822, como se consolidou a partir de então, constituindo-se em grande base produtiva do império.

Entender a situação dos homens negros e das mulheres negras, retirados à força de sua terra natal e trazidos ao Brasil em verdadeiros túmulos flutuantes, significa, antes de mais nada, compreender que a pessoa escravizada, em verdade, vê subtraída a sua própria condição de pessoa. Nesse sentido é que David Brion Davis, citado por Jacob Gorender, afirma que: “(...) o escravo possui três características definidoras: sua pessoa é propriedade de outro homem, sua vontade está sujeita à autoridade do seu dono e seu trabalho ou serviços são obtidos por meio de coerção.”²⁰

Daí decorre que o atributo primário da condição de escravo constitui-se portanto em ser propriedade, e não pessoa. A partir deste atributo primário, podemos perceber a existência de dois atributos derivados: a hereditariedade e a perpetuidade da condição servil. Do primeiro, conclui-se que o filho da escrava também será escravo, consoante o princípio oriundo do direito *romano partus sequitur ventrem*. Do segundo, advém que o escravo morre escravo, o que somente deixava de ocorrer por meio da alforria, situação excepcional que somente era verificada em um número restrito de casos. No Brasil, tais atributos relativos ao escravismo, sobreviveram íntegros durante a maior parte da existência da escravidão oficial existente ao longo dos primeiros séculos de nossa história.

A hereditariedade da condição servil somente cessou em 1871, por meio da Lei do Ventre Livre (lei nº 2040, promulgada em 28 de setembro de 1871). Ainda assim, tal cessação não foi imediata e sim prolongada no tempo. Da leitura do artigo 1º da referida lei, *caput* e seus parágrafos, tais crianças permaneciam sob “a autoridade dos senhores de suas mães” até a idade de oito anos completos e, atingida essa idade, o senhor da mãe é quem optaria por receber uma indenização pecuniária do Estado ou utilizar-se do serviço do menor até a idade

²⁰ GORENDER, Jacob. Brasil em preto & branco: o passado escravista que não passou. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000. P. 21.

de vinte e um anos. Assim, ganhava o senhor de qualquer maneira. Em quaisquer dos casos, após atingir essa idade, o filho da mulher escravizada seria finalmente livre, livre para reforçar o crescente contingente de desempregados, abandonados pelo Estado brasileiro.

Quanto ao atributo da perpetuidade, esse foi ainda mais longe: a Lei dos Sexagenários (lei nº 3270), que somente fora promulgada em 28 de setembro de 1885, concedia a liberdade aos escravos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos. Além de se revelar irrisória a proporção de homens e mulheres escravizados que atingiam essa idade, os poucos que sobreviviam já tinham em muito reduzida a sua força produtiva. Isto porque, além do inevitável processo natural de envelhecimento ao qual todo ser humano está submetido, devemos considerar que, em muitos casos, a situação de saúde dessas pessoas se encontrava agravada em razão da submissão a cruéis castigos físicos e intensos trabalhos forçados ao no decorrer de toda uma vida.

Em síntese, observa-se que a escravidão no Brasil se deu, em quase todo o seu tempo de duração, de forma plena em seus atributos. E mesmo quando tais atributos foram tardiamente afetados, nas duas últimas décadas que precederam a abolição, isso ocorreu de forma mitigada, preservando-se ao máximo os privilégios dos senhores e minimizando a efetividade de qualquer modificação substancial na situação da população escravizada. Nesse sentido, Flauzina entende que o processo de alterações legislativas ocorrido nas últimas décadas do Império brasileiro, antes de significar uma “abolição gradual”, consistiu em uma “tentativa de esticar ao máximo a vigência da escravidão”. Isso em uma época em que o sistema escravista já desabava frente às pressões internacionais.²¹

No entanto, seria ilusório acreditar que durante todo o período da escravidão, esta teria transcorrido em clima de completa submissão, sem maiores tensões entre senhores e escravos. Isto porque, como bem define Étienne de La Boétie: “É a liberdade, bem tão grande e tão agradável que, quando se perde, todos os males sobrevêm, e sem ela todos os outros bens, corrompidos pela servidão, perdem inteiramente o gosto e o sabor.”²²

Portanto, privados da liberdade, bem como de todos os outros bens, sendo eles próprios tratados como se propriedade fossem, diversos homens e mulheres reduzidos à mais absoluta forma de servidão, que é a condição de escravo, resistiram das mais variadas formas

²¹FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. Cit. P. 62

²²LA BOÉTIE, Étienne de. Discurso da Servidão Voluntária; tradução de Casemiro Linaeth. São Paulo: Martin Claret, 2009. P. 37.

contra a realidade que lhes era imposta. Paulo Rangel nos recorda que essa resistência foi “feroz e constante”, que o negro “resistiu sempre que pôde”.²³

Bastante significativa no curso desse processo de resistência negra foi a revolta do Malês. Portadora de um caráter peculiar por reunir negros, libertos e cativos, de origem islâmica, a sociedade Malê contava com uma profunda organização, na qual aqueles que já sabiam ler e escrever em árabe ensinavam aos outros. O levante, que foi visto como uma espécie de *jihad* islâmica, aconteceu em 1835, em Salvador, durou pouco mais de 24 horas e foi severamente reprimido, resultando em cerca de 70 mortes.

Se a revolta do Malês, apesar de suas características particulares, fazia parte desse processo geral de resistência, sua ocorrência foi funcional para que se começasse a desenvolver uma característica que permanece ainda hoje no Brasil, o estabelecimento de uma cor do medo. É Vera Malaguti Batista quem nos explica que: “o medo ganhava forma concreta e sua cor era negra. Qualquer reunião de africanos era alvo de repressão sistemática por parte do poder público. (...) o medo explica a ação persecutória conduzida pelo poder político-religioso”.²⁴

Assim, a formação de um estigma da pessoa negra, sobretudo do homem negro, como alguém perigoso, que deve ser evitado, temido, que deve ser observado, controlado, a fim de que não se reúna e que não organize levantes contra a ordem sócio-econômica então vigente, começa a ser propagada já nessa época. Claro que esse é um fenômeno que não se restringe ao Brasil, mas aqui assume um caráter peculiar. O medo é, portanto, um dos elementos estruturantes do racismo existente em nosso país. Para a concepção racista, a pessoa negra não será somente alguém inferior, como será também alguém presumidamente perigoso.

Esse medo, que começa a fundamentar respostas mais estruturadas por parte do poder público na época do Império, já estava presente, por certo, entre os senhores de Engenho, os quais temiam não só as revoltas de escravos, bem como tinham profundo receio de serem envenenados em sua comida preparada pelos escravos que trabalhavam em serviços domésticos. Em todo o período da escravidão, que se acentua nas primeiras décadas do Império, esse permanente estado de medo se agrava e se estende a qualquer local onde os senhores brancos pudessem se deparar com uma concentração de pessoas negras aquilombadas ou fugidas e agrupadas. Tal sensação de insegurança “levava os senhores a tomarem medidas mais expressivas, a solicitarem leis cada vez mais severas. Como se as leis

²³ Cf. RANGEL, Paulo. Op. cit. Pp. 34-35.

²⁴ BATISTA, Vera Malaguti *apud* RANGEL, Paulo. Op. Cit. P. 26.

severas, medidas coercitivas, “esquadrões da morte” liderados por ferozes capitães do mato, pudessem resolver o problema.”²⁵

Interessante notar que a esse medo sentido pelos senhores, que era potencial e presumido, correspondia um medo concreto, material, corpóreo, dos negros e negras em relação aos senhores brancos. Esse medo fazia, inclusive, com que alguns homens recrutados entre a população negra se submetessem, servindo aos senhores como feitores e capatazes, e dirigindo toda a violência contra os negros escravizados.

Assim, muito embora fossem as pessoas negras no passado, assim como o são ainda hoje, as maiores vítimas da violência em seu grau mais concreto e corpóreo ²⁶, é o medo dos “senhores” que merecia, e ainda merece, maior atenção por parte das agências estatais. E esse medo, conforme já vimos, é direcionado de modo particular para o segmento negro de nossa população.

Outro elemento particularmente estruturante de nossas relações sociais pautadas pelo racismo é o estabelecimento de um lugar para o negro no Brasil. E quando falamos em lugar, não nos referimos a uma posição geográfica, ou pelo menos, não somente a isso, já que também se verifica ao longo deste país uma distribuição espacial fortemente marcada pelas características étnico-raciais da população. Mas quando nos referimos a lugar, estamos tratando, sobretudo, de um espaço simbólico, marcado por profundas desigualdades sociais e econômicas, em especial no que se refere a níveis de renda e escolaridade.

Para entendermos a construção desse espaço simbólico é necessário destacar que quase quatro milhões de pessoas, ao longo de três séculos, chegaram ao Brasil, por meio do tráfico de pessoas²⁷. De igual modo, convém ressaltar que em 1860 o Brasil chegou ao ápice do número de pessoas escravizadas, alcançando a incrível cifra de quatro milhões, entre negros africanos e nascidos no Brasil.²⁸ No entanto, quando ocorre a abolição da escravatura em 1888, o que se verifica é o saldo de uma grande massa de desempregados, de pessoas abandonadas à própria sorte.

Concomitantemente à adoção, nas últimas décadas do Império, de medidas que, conforme já foi analisado, visavam principalmente ao prolongamento da existência da escravidão no Brasil, há um outro processo que é o do incentivo à imigração européia como

²⁵ PINSKY, Jaime. *Apud RANGEL, Paulo. Op. Cit. P. 71.*

²⁶ Ana Luiza Pinheiro Flauzina, às páginas 111 à 113 da obra já citada, faz referência a um estudo da Unesco no qual é apontado que a população negra brasileira, em geral, apresenta uma proporção 65,3% maior de vítimas de homicídio em relação à proporção da população branca. Acrescenta que essa desproporção é ainda maior quando comparamos os jovens negros e brancos, resultando em um índice maior em 74% na taxa de homicídios do primeiro segmento em relação ao segundo.

²⁷ Cf. GORENDER. Jacob. *Op. Cit. P. 43*

²⁸ *Idem. P. 44.*

estratégia assumida pelas elites dominantes. Esse fenômeno que se inicia no Império e prossegue firme na República Velha é responsável pelo ingresso de cerca de três milhões e quatrocentos mil europeus no Brasil em apenas cinquenta anos, ou seja, quase o mesmo número de africanos trazidos ao Brasil através do tráfico, ao longo de mais de trezentos anos.²⁹

Tanto Flauzina quanto Gorender³⁰ apontam para o conteúdo racista do discurso que fundamentou o incentivo a esse processo imigratório, qual seja: o objetivo de se promover um “branqueamento” da população. No entanto, é aquela quem cuida mais detalhadamente da análise do processo supra referido.

Nesse sentido, destaca Flauzina que o fundamento expresso dessa política imigratória era a substituição da mão de obra negra por um trabalhador mais qualificado, a fim de que se pudesse levar a efeito a transição do trabalho forçado e irracional ao trabalho livre e racional. Observa, porém, que essa política de imigração não está circunscrita “aos fluxos humanos internacionais e à acomodação a uma nova forma de regime de produção, mas fundamentalmente à tentativa de se alterar o caráter racial do país.”³¹ Por esse motivo, enquanto, para os negros recém-libertos, o estado de servidão era paulatinamente substituído pelo de exclusão social, para os imigrantes europeus recém-chegados foram concedidas, ou vendidas a preços irrisórios, terras férteis no Sul e Sudeste do país, bem como providenciada toda infra-estrutura necessária para sua acomodação, como escolas, estradas e ferrovias, dentre outras.

Nesse sentido, o liberalismo econômico se consolida, gradativamente no Brasil, por meio de um discurso combinado com o do racismo, seja de forma implícita ou explícita. Assim, para Gorender, o capitalismo assimila preconceitos e práticas racistas de formações anteriores, conservando-os e adaptando-os ao seu funcionamento intrínseco, a fim de aumentar as possibilidades de exploração da força de trabalho.³²

Diante do que foi exposto, observa-se que a sociedade brasileira ingressa em seu período republicano atravessada por todo um processo histórico, o qual oferece como base para o desenvolvimento social duas conseqüências principais de uma visão impregnada pela ideologia racista forjada entre os senhores das Casas Grandes e elaborada na academia: a) o negro é aquele que deve ser temido – embora, na prática, seja ela a maior vítima da violência física contra a pessoa; b) o negro é aquele que não possui capacidade para ser bem sucedido e

²⁹ Cf. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. cit. P. 61.

³⁰ Cf. GORENDER, Jacob. Op. cit. P. 86

³¹ FLAUZINA. Op. cit. P. 62.

³² Cf. Gorender, Jacob. Op. Cit. P. 70.

alcançar os maiores postos de trabalho – embora tenha sido excluído de todas as condições para sua devida inserção nessa nova realidade, diferentemente do que ocorreu, por exemplo, com os imigrantes europeus.

Desse modo, enquanto pessoa tida por incapaz, permanecerá o negro na linha da base da pirâmide social; e enquanto pessoa tida por perigosa, deverá ser encarcerado ou mesmo exterminado. Quando se procede à análise do racismo estrutural é exatamente disso que se trata: dos elementos profundamente racistas que estruturam nossa sociedade. Portanto, para todo aquele que possui um mínimo de honestidade pessoal e intelectual, impossível não reconhecer que o racismo se apresentou como elemento estruturante da nascente sociedade brasileira, e que, tal legado, deixou suas marcas em nossa organização social até os dias de hoje.

1.2 – Elementos Jurídicos do Racismo Estrutural no Brasil

Segundo Luís Roberto Barroso, a norma jurídica não é um dado da realidade, mas uma criação do agente do conhecimento.³³ Por um lado, tal afirmação revela-se correta, uma vez que, ao contrário das leis apreendidas pelas ciências naturais, a partir de observação e experimentos, as normas jurídicas são um produto da criação do homem, em especial, por meio do processo legislativo. Por outro lado, tal constatação não significa que as normas jurídicas se tratem de um objeto cuja origem não esteja relacionada com as relações de poder existentes na sociedade e com os valores predominantes em determinado momento histórico. Sobre o direito constitucional, em particular, o próprio Barroso reconhece que “mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social”.³⁴ Convém destacar que, já na metade do século XIX, Ferdinand Lassalle considerava que a Constituição que não levasse em conta os fatores reais de poder, ainda que possuísse vigência formal, não passaria de um “pedaço de papel”³⁵

Aqui no Brasil, a concepção tridimensional do direito, desenvolvida por Miguel Reale, demonstra como a norma jurídica, que visa regular determinados fatos jurídicos, encontra-se

³³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 71.

³⁴ Idem. P. 68.

³⁵ LASSALE, Ferdinand. *Que é Uma Constituição?* Tradução: Walter Stöner. Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Versão para eBook. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>> Consultado em 03 de abril de 2017.

em profunda relação com o conjunto de valores predominantes em determinada época. Na precisa síntese de José Maurício de Carvalho:

A compreensão tridimensional do Direito sugere que uma norma adquire validade objetiva integrando os fatos nos valores aceitos por certa comunidade num período específico de sua história. No momento de interpretar uma norma é necessário compreendê-la em função dos fatos que a condicionam e dos valores que a guiam. A conclusão que nos permite tal consideração é que o Direito é norma e, ao mesmo tempo, uma situação normatizada, no sentido de que a regra do Direito não pode ser compreendida tão somente em razão de seus enlaces formais.³⁶

Sem a pretensão de que seja aqui aprofundada essa relação entre o direito constitucional, a realidade social e os valores subjacentes a esta, o que se pretende demonstrar é que existe um processo de mão dupla: ao mesmo tempo em que a produção legislativa se vê influenciada pelo contexto de determinada época, fato é que ela influencia de forma significativa as relações sociais futuras, ou, ainda, para usarmos as palavras do professor André Fontes: “A ligação indissolúvel da atividade prática ao conhecimento das coisas é a base do significado comum do que se entende por Direito e **pela sua prática se transforma o mundo natural e social.**”³⁷ (grifo nosso).”

Considerando, portanto, o Direito em sua dupla dimensão, de condicionado e condicionante, de conhecimento transformado pelas condições históricas e, ao mesmo tempo, com grande potencial transformador (ou conservador) dessa mesma realidade, pretendemos nessa seção, concentrar nosso olhar na legislação, enquanto uma das fontes do Direito, passando à análise de como as Constituições e leis trataram dos temas referentes à escravidão e às relações raciais, por entender que tais fontes também se revelam fundamentais para a compreensão do surgimento e da consolidação do racismo estrutural no Brasil.

Embora Goreneder afirme que nos países escravistas, como o Brasil, a legislação referente aos homens livres tenha se coadunado com os chamados “códigos negros”³⁸, é importante se ressaltar que o caso brasileiro é um pouco diferenciado em relação ao de outros países escravistas. Enquanto em outros países americanos observa-se a existência de um

³⁶ CARVALHO, José Maurício de. A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale. P 4. Disponível em <http://www.cdpb.org.br/teoria_tridimensional_do_direito.pdf> Consultado em 11 de abril de 2017.

³⁷ FONTES, André Ricardo Cruz. Para a Formação dos Conceitos, em Direito, e a Fenomenologia *in* Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro: TRF 2. Região, 2008. Pp. 16-17.

³⁸ Cf. GORENEDER, Jacob. Op. cit. P. 81.

Código Negro, no qual eram concentradas as normas referentes à situação jurídica dos escravos, no Brasil colônia tais normas encontravam-se dispersas nas Ordenações Manuelinas e Filipinas. Importante destacar que mesmo após 1822, quando a matéria passa a ser regulada em leis de natureza civil-comercial e no Código Criminal, dentre outras, as Ordenações do Reino e inúmeras disposições do Direito Romano mantiveram seu caráter subsidiário para as questões com escravos.³⁹

Quanto às Ordenações Manuelinas, em vigor no primeiro século do Brasil colônia, seu livro IV, Título XVI, já normatizava o procedimento para que fosse enjeitado o escravo que fosse entregue manco ou enfermo, de modo muito semelhante ao procedimento hodierno para a devolução de produtos defeituosos.⁴⁰ Já no Livro V, que trata de matérias afeitas ao Direito Penal, há, no Título XLI, uma pena específica para aquele que encontra escravo, ou “qualquer outra coisa”, e não a entrega a seu dono.⁴¹ De fato, não há qualquer dúvida que o negro escravizado, desde o princípio, tenha sido tratado como mercadoria. Por outro lado, no título X, do mesmo Livro V, teremos o escravo como sujeito ativo de crime contra seu senhor. Neste ponto, aquela “propriedade” passava a ser tratada como pessoa, mas só quando o objetivo era puni-la. E mesmo nesse caso, tais punições se revestiam de especificidades: o escravo estava sujeito à imposição de duras penas, como prisão perpétua, ter as mãos decepadas e ser açoitado publicamente (esta última pena, na hipótese de apenas levantar arma para seu senhor, ou para o filho do seu senhor, quando não chegasse a feri-lo)⁴².

Já as Ordenações Filipinas, que passaram a vigorar em 1603, foram a principal fonte do Direito Brasileiro nos séculos XVII e XVIII, e até o princípio do século XIX. Porém, conforme já dito acima, permaneceram como fonte subsidiária mesmo após a proclamação da independência. A compilação dessas leis manteve essencialmente o que já havia nas Ordenações Filipinas, ampliando, no entanto, seu conteúdo. Nela, as questões relativas às Colônias passaram a ser disciplinadas, como, por exemplo, o apoio ao Banco do Brasil. As disposições sobre os escravos, já referidas em relação às Ordenações Manuelinas, foram mantidas e acrescidas. Destaca-se o título LXX, do Livro V⁴³, no qual passa a ser proibida a realização de bailes por escravos, sob pena de prisão, sendo a mesma pena estendida aos “pretos forros”. Daí se percebe que a liberdade decorrente da manumissão era extremamente

³⁹ Cf. PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. O Negro na Ordem Jurídica Brasileira. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67119/69729>> Consultado em 03 de abril de 2017

⁴⁰ Ordenação Manuelinas. Livro IV. Disponível em <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/14p48.htm>> Consultado em 03 de abril de 2017.

⁴¹ Idem. Livro V. Disponível em <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/15p118.htm>> Consultado em 03 de abril de 2017.

⁴² Ibidem. <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/15p41.htm>

⁴³ Ordenações Filipinas. <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1218.htm>

limitada e que os negros, ainda que libertos, continuavam a ser tratados de forma diferenciada inclusive por disposição expressa na legislação da Coroa Portuguesa. Interessante agora retomar o que posto no relatório da ADPF 186, no qual é referido o argumento da inicial de que as desigualdades entre brancos e negros não têm origem na cor. A partir da análise do texto das Ordenações é fácil demonstrar que tal discurso não se sustenta, afinal de contas, em nossas origens coloniais, era bem diferente ser um branco livre ou um negro livre, inclusive, conforme já dito, por força do que posto na lei. O nosso racismo começa a se estruturar já a partir da legislação da metrópole e se consolidará na ordem jurídica do Império.

A Constituição do Império, outorgada em 1824, utiliza, para tratar a questão da escravidão, de uma tática que se revelou absolutamente eficaz: a do silêncio eloquente. Segundo Parron, sua redação é marcada por uma “progressiva atenuação dos vocábulos alusivos à escravidão negra sem apagar a garantia constitucional da instituição”⁴⁴ e um bom exemplo da opção por essa técnica de redação pode ser encontrada na elaboração de uma definição constitucional da cidadania.

O artigo 6º, inciso I, da Constituição do Império dispõe que são cidadãos: “Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.” Apesar de não mencionar em todo o texto constitucional a palavra escravo ou escravidão, a Constituição de 1824, por meio desse artigo, reconhece a vigência de tal instituto em nosso país. E nega, *a contrario sensu*, o *status* de cidadão aos escravos. Isto porque o reconhece aos ingênuos e aos libertos. Os ingênuos, em questão, são os descendentes de libertos. Nasceram no Brasil e nunca foram escravizados, apesar de seus pais o terem sido. Os libertos são aqueles que receberam a alforria. No entanto, importante notar que apenas aos libertos nascidos no Brasil a cidadania era garantida. Os que nascidos na África, foram trazidos ao Brasil e aqui receberam a manumissão, não possuíam condições financeiras de retornar a sua terra natal e nem lhes eram assegurados os direitos de cidadãos, verdadeiros apátridas. Assim, ao pressupor a existência do cativo, a Constituição outorgada reconheceu a escravidão, ao mesmo tempo que, evitando o uso do termo escravo, diminuiu a possibilidade de objeções antiescravistas no futuro. Ademais, a definição de cidadania então exposta não traz qualquer referência expressa à cor dos cidadãos, não obstante esta esteja implícita quando se trata de escravos alforriados e seus descendentes. Com esse exercício de circunspeção, o texto da Carta outorgada – ao menos de forma

⁴⁴ Parron, Tâmis. In LEAL, Bruno Bianco; MACHADO, Diego Pereira; e SANCHES, José Roberto (Organizadores). Igualdade Racial: Histórias, Comentários ao Estatuto e Igualdade Material. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013. P. 48.

expressa – desracializa a noção de cidadania, adquirindo capital político como uma das constituições mais liberais do mundo, o que leva Parron a chamá-la de “obra de arte”, por conseguir êxito em se revelar concomitantemente escravista, discreta, conservadora e liberal.⁴⁵

Se, por um lado, não há menção expressa à raça ou à escravidão no texto constitucional, por outro, resta evidenciado que a Carta cuidou de promover profundas distinções entre as diversas classes de cidadãos, garantindo plenos direitos políticos tão somente àqueles que, na prática, eram mais “cidadãos” que os outros: majoritariamente os senhores de escravos, brancos e grandes proprietários de terra. Isso ocorreu, sobretudo, pela imposição de renda mínima para poder votar e ser votado, conforme se observa em todo o capítulo VI, em especial nos artigos: 92, inciso V; 94, *caput* e inciso I; 95, *caput e* inciso I. No entanto, outras formas de segregação política também chamam a atenção, como, por exemplo, a imposição de professar a religião do Estado aos que pretendiam se candidatar a deputado (artigo 95, inciso III).

A Constituição de 1824 trazia ainda outras sutilezas. Segundo disposto no artigo 97, o modo prático das eleições e o número de deputados relativamente à população do Império seriam objeto de uma lei regulamentar. Ocorre que o conceito de população não foi definido no texto constitucional, abrindo espaço para intensos debates relativos ao contingente populacional no que se refere à condição do escravo. Para agravar a situação, passadas décadas, a mencionada lei regulamentar não chegou a ser elaborada. Com isso, a representatividade política das províncias, sempre levou em conta a população de escravos, beneficiando aquelas que possuíam mais pessoas escravizadas em seu território, ainda que sob os protestos das províncias prejudicadas.

Assim, os escravos integravam, para fins práticos, a população de cada província, apesar de não haver qualquer previsão legal que fundamentasse tal interpretação. Ainda por cima, eram “população” sem que lhes fosse reconhecida a condição de “cidadãos”. Pouco importava a flagrante contradição. O que interessava era a funcionalidade do silêncio constitucional, atuando como um importante elemento de conservação do poder político nas mãos dos setores escravistas, sem que isso provocasse um desgaste maior, decorrente da inclusão expressa de uma cláusula desse tipo na Carta de 1824.

Ainda sob esse aspecto do estatuto jurídico dos que foram escravizados, Caio Mário de Andrade Pereira entende que o escravo não era privado de personalidade, mas sujeito à

⁴⁵ Idem. P. 52.

restrição de capacidade, uma vez que se lhe reconhecia a faculdade de adquirir um pecúlio para sua alforria.⁴⁶ Note-se, no entanto, que a maioria dos direitos da personalidade lhes eram negados. O próprio direito, à vida, legalmente garantido, era na prática negligenciado pelo Estado. Raramente se punia um senhor que determinasse a imposição de castigos físicos a um escravo, dos quais resultasse a sua morte. O escravo que era considerado fugitivo contumaz era morto sem piedade. Escravos eram assassinados a tiro, torturados e até mesmo “suicidados”, dentro de uma lógica de violência institucional e permanente.⁴⁷ Também não lhes era garantida a maior parte dos direitos civis. A esse respeito, Hédio Silva Jr. revela o paradoxo que envolvia o estatuto jurídico do escravo:

(...)para todos os efeitos civis – contratos herança, etc. – o africano escravizado não era considerado pessoa, sujeito de direitos. No entanto, para efeito de persecução penal, o mesmo era considerado responsável, imputável, humano; (...) Numa palavra: sendo acusado era considerado pessoa. Sendo vítima era considerado como coisa, ou, na melhor das hipóteses, como semovente.⁴⁸

Da observância do que posto na precisa síntese promovida pelo jurista Silva Jr., temos que a faculdade de adquirir pecúlio para sua alforria, *per si*, não se revela suficiente para afirmar que o escravo não era privado de sua personalidade, muito pelo contrário. O escravo era sim, em geral, privado de sua personalidade, não era tratado como pessoa, a não ser para ser perseguido pelo aparato penal, ou ainda, para servir de contingente nas expedições militares do Império.

Isto porque, mais uma vez, a Constituição de 1824, em seu uso precioso das palavras, afirma que “Todos os Brasileiros são obrigados a pegar em armas, para sustentar a Independencia, e integridade do Imperio, e defendel-o dos seus inimigos externos, ou internos.”, conforme dispõe o artigo 145. Esta é a única vez que o vocábulo brasileiro aparece desacompanhado de outro termo. Em todas as outras onze vezes em que aparece, seu emprego é de adjunto adnominal na expressão “cidadão brasileiro”, ou “pai brasileiro”. O escravo, conforme já visto acima, não se enquadra no conceito de cidadão brasileiro, tampouco não será visto como a versão brasileira do *bonus pater familiae*, a qual era, evidentemente, associada aos cidadãos brancos, em geral, e aos grandes latifundiários senhores de escravos, em particular. Porém, para dar a vida em defesa da “integridade do Império”, Império este que lhes negava o estatuto jurídico de pessoa, muitos escravos foram efetivamente considerados

⁴⁶ Idem. P. 188.

⁴⁷ Cf. RANGEL, Paulo. Op. cit. P. 37.

⁴⁸ SILVA JR., Hédio. Op. Cit. Pp 7-8.

“brasileiros”, ainda que brasileiros de segunda classe, desprovidos do direito de cidadania, mas brasileiros que serviram eficazmente para as necessidades de contingente humano de um exército envolvido em inúmeros conflitos, a maioria ocorridos internamente, mas também conflitos externos: como esquecer os milhares de negros mortos, por exemplo, na Guerra do Paraguai? Indubitavelmente era este o estatuto jurídico do negro escravizado na época do Império: pessoa, apenas para ser alcançado pela lei penal, e brasileiro, apenas para morrer pelo país no campo de batalha.

Se a Constituição, por meio de sua incrível ginástica vocabular, não se referia ao escravo para que fosse mantido, sem maiores problemas, o *status quo* que era sustentado pelo modo de produção escravista, o mesmo não se verificava na legislação infraconstitucional. A lógica das Ordenações havia sido mantida e a pessoa escravizada, conforme já estudado, continuava praticamente sem direitos civis, mas sujeita à responsabilidade penal. Note-se que há, inclusive, no Código Criminal do Império, a tipificação do delito de “insurreição”, no artigo 113, enquanto crime próprio, uma vez que exigia de seus autores a condição de escravos. Admitia, porém, a coautoria de pessoas livres, inclusive como cabeça do movimento insurgente, consoante dispõe o artigo seguinte.

Outro ponto importante é a criminalização dos vadios, tipificada no artigo 295 do mesmo diploma legal e consistente em “não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta, e útil, de que passa subsistir, depois de advertido pelo Juiz de Paz, não tendo renda suficiente.” Apesar de não se referir de modo explícito aos africanos e seus descendentes, não é difícil concluir que tal tipo penal era destinado àqueles “libertos e ingênuos” da Constituição de 1824, aos quais era concedida a cidadania formal, mas não eram garantidas as condições sociais necessárias para sua efetiva inclusão.

Assim, ao lado do poder punitivo privado e não codificado, imposto pelos senhores àqueles que escravizavam, foi se tornando crescente a demanda para que o Estado proporcionasse segurança aos “bons pais de família”, os quais começavam a se sentir acuados pelas pressões internas e externas pelo fim da escravidão, ao mesmo tempo que viam crescer o contingente populacional de pessoas livres pretas, pardas e mulatas. Era preciso manter submissos os escravos e, concomitantemente, reivindicar proteção em relação aos negros que, ao menos legalmente, haviam saído da condição servil. Conforme já vimos, o medo tinha cor. E a resposta a esse medo foi a gradativa expansão do poder punitivo estatal, ao passo que o poder punitivo privado, ainda que persistente até o fim da escravidão, incidia sobre uma parcela cada vez menor da população negra. Se o medo tinha cor, as prisões também passaram a tê-lo.

Ao longo do segundo reinado, a legislação relativa ao sistema escravista foi sendo modificada, ao melhor estilo “vão-se os anéis, mas ficam os dedos”. E os dedos da grande mão da escravidão se mantiveram íntegros durante o tempo necessário para a transformação do perfil da força laborativa. Os dois únicos artigos da Lei 3.353 de 1888, a chamada Lei Áurea, são de uma economicidade vocabular ímpar: “Art. 1º - É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil. Art. 2º: Revogam-se as disposições em contrário.” Pouco mais de um ano depois, a república se inicia no Brasil sem que haja qualquer disposição legal ou política acerca de direitos específicos àqueles que, antes submetidos ao estado de servidão, viram-se entregues a uma situação de exclusão e abandono. Muito pouco havia mudado. À liberdade jurídica, não correspondeu a obtenção da liberdade social, nem política. Nesse sentido, afirma Paulo Rangel que: “O homem negro não foi incluído social e politicamente na sociedade, não obstante estar livre. Livre, mas preso a um sistema de total exclusão social. Um sistema criado e mantido para deixá-lo de fora das principais decisões políticas do País.”⁴⁹

Observa-se primeira Constituição da República, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, não faz qualquer menção à questão racial. Em seu artigo 72, parágrafo segundo, afirma a igualdade de todos perante a lei. Mas exclui da condição de eleitor, em seu artigo 70, parágrafo primeiro os mendigos e analfabetos. Ora, não é difícil imaginar de onde vinha a grande maioria de mendigos e analfabetos. Certamente daquela massa humana que, liberta das senzalas, viu-se sem emprego, sem moradia, ou, quando obtinha um teto sob o qual se alojar, encontravam-se muitas vezes em locais insalubres, em que as pessoas se encontravam muito mais expostas a uma profusão de doenças. Assim, parcela significativa dos afrodescendentes não poderia sequer votar, o que dirá ser votado.

O primeiro Código Penal da República, Decreto 847 de 1890, trazia em seu texto uma clara demonstração de que a ordem escravista poderia ter sido extinta do ponto de vista das relações jurídicas, mas ainda pautava o conceito de ordem social da nascente república. Os vadios e mendigos, criminalizados no capítulo IV do Código Criminal do Império, passaram a ter as suas condutas tipificadas como contravenções (Livro III), e, agora, em capítulos diferentes. Enquanto o Capítulo XII do Livro III, do Decreto 847 de 1890 trazia em seu título “Dos Mendigos e Ébrios”, o capítulo seguinte tratava “Dos Vadios e Capoeiras”. Os capoeiras, que traziam para os grupos sociais dominantes a ainda recente imagem da resistência dos quilombolas e dos escravos “rebeldes” em geral, foram utilizados para reforçar

⁴⁹ RANGEL, Paulo. Op. cit. Pp. 174-175

o estigma do negro nos primeiros anos da república. Eram duramente perseguidos. O preceito primário contido no *caput* do artigo 402 é revelador:

Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal.

Tipificar, ainda que como contravenção, a conduta de praticar determinados exercícios seria, por si só, totalmente desprovida de sentido se não fosse compreendido o discurso que estava por trás. Sentido esse que somente pode ser apreendido dentro de uma perspectiva discriminatória que orientava as relações sociais então vigentes. Os capoeiras tinham cor e, mais uma vez se torna necessário dizer, era a cor do medo, tal como ideologicamente construído desde a época colonial. Se, por um lado, não mais se podia dizer juridicamente que alguns não são cidadãos, por outro, estava em voga que o negro não possuía suas faculdades mentais plenamente desenvolvidas e que era dotado de uma índole violenta. Era, portanto, necessário evitar que se agrupassem em espaços públicos, razão pela qual o parágrafo único do artigo 402 considerava como circunstância agravante o pertencimento a alguma “banda ou malta”. Ou seja, a recém-constituída república não rechaçou o racismo, não envidou esforços para desestruturar o racismo próprio da ordem social anterior. Pelo contrário, reforçou os estigmas, transformando em contravenção sua presença nos espaços públicos, mantendo a punição da vadiagem e criando a punição dos capoeiras. As bases para que o racismo estivesse definitivamente presente como elemento estruturante das relações sociais brasileiras estavam lançadas. Se as leis, conforme vimos até aqui, contribuíram com tal situação, o papel das instituições, sobretudo a atuação policial, no cumprimento da lei e, até para além disso, no exercício de controle, vigilância, punição e extermínio da população negra estava apenas começando. Por muito mais tempo tal ideologia continuaria a subsistir nas subjetividades preconceituosas, nas práticas discriminatórias e na atuação seletiva de nossas instituições.

2-SELETIVIDADE PENAL

2.1 – O Direito Penal e o Discurso Criminológico: Da Defesa Social à Teoria do Etiquetamento

A pena é a condição de existência jurídica do crime. Ela não é apenas o conceito central do Direito Penal, mas também se apresenta como o limite daquilo que se refere a esse fundamental ramo do Direito. Para Nilo Batista, inclusive, é essa a principal razão do uso do termo Direito Penal ao invés de Direito Criminal.⁵⁰ A pena integra-se ao tipo penal enquanto preceito secundário. Assim, quando em abstrato, ela desempenha um papel central na caracterização da gravidade de cada delito. Já na sua aplicação a cada caso concreto, é a sanção penal o objeto da execução da sentença criminal. A partir dessas duas dimensões do conceito de pena é possível pensar uma dupla caracterização do direito penal: o direito penal objetivo e o subjetivo.

O direito penal objetivo, *jus poenale*, refere-se ao conjunto normativo que, mediante a cominação das penas: “estatuem os crimes, bem como dispõem sobre seu próprio âmbito de validade, sobre a estrutura e elementos dos crimes e sobre a aplicação e execução das penas e outras medidas nelas previstas.”⁵¹ Trata-se, portanto, de conjunto de normas jurídicas, as quais possuem, sempre, um caráter genérico e abstrato, ainda que visem, evidentemente, regular situações concretas que ocorrem na vida social.

Em outra acepção, o direito penal é tomado em seu caráter subjetivo, *jus puniendi*, podendo ser compreendido “pela faculdade de que seria titular o Estado para cominar, aplicar e executar as penas, apreendida como direito subjetivo.”⁵² Para os objetivos do presente trabalho, interessa, em especial essa atuação estatal pertinente à aplicação e execução da pena, de modo que trataremos, em particular, do direito penal sob este aspecto de direito subjetivo.

Para além, dessas duas acepções, Nilo Batista acrescenta uma terceira, esclarecendo que o termo direito penal é também utilizado para se referir à ciência do direito penal. Nesse sentido, o direito penal refere-se a uma “apropriação intelectual” dos conhecimentos relativos às duas primeiras acepções. Em síntese, o direito penal, enquanto ciência, consiste no estudo dos elementos que constituem tanto o *jus poenale*, quanto o *jus puniendi*.

⁵⁰BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao direito penal brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P 46.

⁵¹ Idem. P. 48.

⁵² Ibidem. P48

O direito penal subjetivo, portanto, é exercido sobre os sujeitos por meio de instituições que desenvolvem suas atividades em torno da realização do direito penal objetivo nas situações concretas. Cada uma das instituições, por sua vez, intervém em três estágios: a) A instituição policial, de caráter repressivo (polícia militar) e investigativo (polícia civil) atua em um estágio que é essencialmente pré-processual; b) a instituição judicial, atua precipuamente no estágio processual (processo de conhecimento e execução)⁵³; e c) a instituição prisional, atuando no cumprimento das penas, medidas de segurança, ou das prisões cautelares. Enquanto a instituição policial visa à ação penal enquanto possibilidade (inquérito policial) e a instituição policial cuida de sua tramitação enquanto realidade (processo judicial), a instituição prisional possui a função é administrar a imposição da prisão, seja enquanto pena, ou, ainda, instrumento processual. A esse grupo de instituições, ao qual é incumbida a realização do direito penal, chamaremos de sistema penal. O funcionamento do sistema penal encontra-se regulado não apenas pelas leis penais em sentido material, mas também por leis processuais, de organização judiciária, de execução penal, regulamentos penitenciários etc., cada uma dessas normas referentes a um determinado estágio de atuação do referido sistema.

Tal atuação pode ser considerada como uma das expressões mais visíveis da definição weberiana segundo a qual o Estado contemporâneo se constitui enquanto uma comunidade que “reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física” e que “consiste em uma relação de dominação do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima)”⁵⁴.

A legitimidade dos atos dos agentes estatais decorre, portanto, não de uma condição pessoal, mas da legitimidade do próprio Estado para fazer uso da violência, inclusive por meio da atuação das instituições do sistema penal. Ao longo dos últimos séculos, a fonte dessa legitimidade do sistema, na realização do direito penal, tem sido constante objeto da reflexão de filósofos, juristas e sociólogos, dentre outros. Parte bastante significativa dessas reflexões tem sido desenvolvida no campo da chamada criminologia. Através de seu estudo, analisaremos também a questão da legitimação (e deslegitimação) do direito penal, bem como da atuação das instituições integrantes do respectivo sistema.

⁵³ Embora atue, excepcionalmente, em um estágio pré-processual, quando decide acerca de medidas cautelares e arquivamento de inquéritos policiais, por exemplo.

⁵⁴ WEBER, Max. “A Política como vocação”. In: ____ *Ciência e política. Duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 20ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2013. Pp. 56-57.

A criminologia constitui-se enquanto um saber⁵⁵ específico situado em um significativo ponto de interseção entre a ciência do direito penal e a sociologia. Na definição positivista dos manuais jurídicos, é compreendida enquanto “exame causal-explicativo do crime e dos criminosos”.⁵⁶ Bem diversa é a conceituação proposta por Lola Aniyar de Castro, para quem a criminologia é a:

*atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com os comportamentos desviantes dessas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios que tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e os seus efeitos.*⁵⁷

Da definição causal-explicativa, decorre que os criminosos e o crime constituiriam dados existentes na realidade social e que, portanto, suas causas poderiam ser explicadas seguindo em duas direções básicas: a explicação da condição do criminoso e a explicação da existência do crime. O positivismo criminológico centra sua explicação na pessoa do criminoso, tendo íntima relação com a produção do chamado direito penal do autor. As abordagens reformistas do sistema penal, por outro lado, elegeram o delito como objeto principal. Embora bem distantes entre si, essas duas abordagens – que focalizam seu objeto no criminoso ou no crime – insistem na metodologia causal-explicativa e se enquadram na ideologia da defesa social.

Da definição trazida por Castro, surge um novo prisma pelo qual podemos enxergar a criminologia. Não mais o crime, ou o criminoso, enquanto dados da realidade a serem explicados. Aqui o objeto de estudo se desloca para os processos: de criação das normas, da reação social que disso decorre e dos efeitos dessa aplicação. O que vem a ser o crime, o criminoso e a missão do direito penal, por exemplo, são conceitos, de inegável relevância social, mas que não possuem uma existência ahistórica. Pelo contrário, vão sendo historicamente produzidos e constantemente resignificados, de acordo com o pensamento

⁵⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1991. P. 171. Zaffaroni, citando Mathiesen, entende que a criminologia não seria uma ciência e sim um saber.

⁵⁶BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 15

⁵⁷CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da reação social. Rio de Janeiro: Forense, 1983. P. 52.

então predominante. Esse pensamento, por sua vez, também não é deslocado da realidade histórica, mas intimamente ligado às formas segundo as quais se estabelecem as relações sociais e econômicas, em especial, no que se refere ao modo de produção. Nesse sentido, compreender os processos de legitimação e deslegitimação do direito penal passa, para usarmos os termos de Zaffaroni, pela análise dos “discursos perigosistas” e do “curso dos discursos sobre a questão criminal.”⁵⁸ É nesta segunda perspectiva, da criminologia da reação social de Castro e da criminologia crítica de Zaffaroni que pretendemos abordar nossos objetos de estudo.

A partir de Foucault, é possível perceber que o século XVIII será o momento histórico de grande transformação na forma de punir. Do suplício, enquanto vingança pública do soberano contra os criminosos, passa-se à predominância da pena privativa de liberdade, executada discretamente dentro dos muros do cárcere. Dos discursos dos grandes reformadores, como Beccaria, Servan, Duparty, dentre outros, depreende-se um esforço de suavização e humanização das penas. No entanto, o que surge de principal é “uma nova estratégia para o exercício do poder de castigar”. Assim, acrescenta o filósofo francês que:

*(...) a “reforma” propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.*⁵⁹

Assim, durante o século XIX, a prisão converte-se na pena mais importante do mundo ocidental. Anteriormente, a reclusão de pessoas era utilizada essencialmente como medida assecuratória para a execução posterior da pena, correspondendo ao que hoje seria o instituto da prisão preventiva. Mas, a partir da revolução industrial, a prisão, seguindo o modelo das casas de correção, passa a funcionar como “dispositivo disciplinador subalterno à fábrica”⁶⁰ Com esse ajuste entre novo discurso filosófico e o surgimento de uma nova ordem econômica, em pouco tempo há uma grande concentração de pessoas encarceradas, o que se

⁵⁸BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit. P 17.

⁵⁹FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. Pp. 69-70.

⁶⁰BATISTA, Vera Malaguti. Op. Cit. P. 41.

revela um ambiente propício para que observações de tipo médico forneçam subsídios para uma nova visão da criminalidade, oferecendo-lhe uma explicação de caráter patológico. É nesse contexto que surge a criminologia como disciplina, como “ciência”. E ela nasce como produto do positivismo criminológico, o qual, segundo Zaffaroni, é o “resultado da aliança do discurso biologista médico com o poder policial europeu”.⁶¹ E nesse processo a atenção da nova ciência se desloca do crime para o criminoso, e do otimismo dos reformadores como Beccaria para o pessimismo de Lombroso, Ferri e Garofalo.

Embora o jurista argentino situe a origem da criminologia positivista em algumas décadas antes de Lombroso, com o lançamento das primeiras teorias acerca da etiologia orgânica do delito, será com a publicação de “L'uomo delinquente”, em 1876, que o positivismo criminológico terá sua grande obra fundacional. A esse respeito, Vera Malaguti Batista explica que, para Lombroso, “a causalidade do comportamento criminal é atribuída à própria descrição das características físicas dos pobres e indesejáveis conduzidos às instituições totais de seu tempo.” E, sendo o delito um ente natural, o determinismo biológico fará com que o importante seja “estudar” o autor do delito, para “tratar” sua personalidade patológica. As estratégias correccionalistas revestem-se de características curativas, dando origem às chamadas ideologias *re* (*reeducadoras, ressocializadoras*).⁶²

A criminologia positivista italiana, no entanto, não se restringe a Lombroso, Ela desenvolveu-se, também pelos escritos de Ferri e Garofalo. Se na obra de Lombroso e Ferri encontramos a figura do criminoso nato, em Garofalo há o conceito de delito natural, formulado como “lesão do sentimento médio de piedade ou de justiça imperante em cada tempo e sociedade”⁶³, sendo que a cada um dos valores e subvalores lesionados corresponderiam aos diferentes delitos.

Apesar das diferenças já apontadas, o principal ponto de convergência entre a escola clássica, dos grandes reformadores, e o positivismo criminológico, é a chamada ideologia da defesa social. Tal ideologia tem seu fundamento em uma série de princípios, os quais passamos a enumerar:

⁶¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A Questão Criminal. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 82.

⁶²BATISTA, Vera Malaguti. Op. Cit. P. 45

⁶³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A Questão Criminal. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 93

a) Princípio de legitimidade - O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade;

b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade e o criminoso é um elemento negativo e não funcional. A sociedade constituída é um bem e o delito é um mal que a ameaça;

c) Princípio da culpabilidade. O crime é uma atitude interior reprovável, porque se opõe aos valores e normas sociais, existentes mesmo antes de sua aprovação e vivência legislativa. Nesse sentido temos a ideia de delito natural de Garofalo.

d) Princípio da finalidade ou da prevenção. Além de sua função retributiva a pena exerce também uma dupla função: a preventiva e a ressocializadora. Pela primeira, busca-se criar uma contramotivação à prática da conduta delituosa. Pelo segundo, enquanto sanção concreta, o objetivo é ressocializar o criminoso. Vimos que o positivismo criminológico acentuou seus estudos e ações sobre aqueles que já encontravam presos e que seu discurso curativo constituiu um grande fundamento para a aceitação e disseminação das ideologias “re”.

e) Princípio da igualdade. A lei penal é igual para todos, portanto a pena se aplica de modo igual a todos os autores de delitos.

f) Princípio do interesse social - Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos.

De acordo com tais princípios, a missão do direito penal seria, em síntese, proteger os bens jurídicos mais relevantes, aqueles de interesse de toda a sociedade, prevenindo os delitos, ou punindo os que chegaram a cometê-los, não somente a fim de retribuir o mal praticado, mas, sobretudo, com o objetivo de promover o bem, ou seja, recuperar tais indivíduos, para que não tornem a delinquir. Para isso, o Estado deverá atuar, imbuído de sua legitimidade, zelando pela aplicação isonômica da lei penal. Até o início do século XX, tal é a visão predominante. O desenvolvimento da sociologia na primeira metade do século XX se, por um lado, não chega a derrubar tal edifício monumentalmente erigido, começará a apontar seus defeitos: não para demoli-lo, mas para tentar repará-lo.

Em 1895 é publicada a obra “Regras do Método Sociológico” de Émile Durkheim. Embora o célebre sociólogo francês não tenha sido, pessoalmente, um estudioso das questões

criminais, ele interessou-se pelo tema e chegou a polemizar com Garofalo, afirmando que “Garofalo pretende tratar do crime, mas o que maneja é sua moral individual.”⁶⁴ Nesse sentido, Durkheim esclarece que o estudo sociológico do crime não pode partir da ideia de delitos supostamente verdadeiros ou naturais, porque o único traço comum a todas as condutas criminosas é a sua tipificação. Assim, a “Sociologia não podia mais construir o estudo do crime sobre a pesquisa dos determinantes da ação e que se deveria começar pela reação social suscitada pelo crime”⁶⁵

Ainda sobre Durkheim, sua sociologia introduz os conceitos de desvio, enquanto fenômeno da estrutura social, e anomia, enquanto limita ao desvio no sentido de produzir um estado de desorganização. Se retomarmos os princípios da ideologia da defesa social, veremos aqui que a teoria de Durkheim nos faz enfrentar o Princípio do bem e do mal, já que o crime, enquanto espécie de desvio, nem sempre representará propriamente um mal. Isto porque, enquanto não ultrapassado aquele limite que configura o estado de anomia, o delito deve ser considerado como normal e até necessário, pois: “a reação social estabilizaria e manteria vivo o coletivo. O desviante questiona a efetividade das normas, regulando a vida social, deixando de ser anormal, estranho ou parasita.”⁶⁶ Assim, o delito, em si, não constitui um mal, enquanto se revelar funcional para a estrutura social, ou seja, enquanto não produzir a desorganização social. Tais ideias serão posteriormente aproveitadas e reelaboradas nos Estados Unidos, em especial a partir da obra de Robert King Merton que, em 1938, publica “Estrutura social e anomia”, lançando as bases do funcional-estruturalismo estadunidense. Segundo Philippe Robert:

*A anomia é percebida por Merton como a consequência inesperada e paradoxal da conjunção duma ideologia igualitária com uma estrutura social que mantém salientes desigualdades de acesso aos meios de concretização desse ideal. O desvio não passa porém de uma possível consequência: o raciocínio é probabilístico e não determinista, pois Merton, como bom sociólogo, raciocinava sempre em nível social, jamais individual.*⁶⁷

⁶⁴DURKHEIM, Émile *apud* ROBERT, Philippe. Sociologia do Crime. Tradução de Luis Alberto Salton Peretti. 3ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. P. 18

⁶⁵ ROBERT, Philippe. Op. Cit. P. 93.

⁶⁶BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit. P. 65.

⁶⁷ROBERT, Philippe. Op. cit. P. 108.

Já Vera Malaguti Batista destaca que a ideia de desvio, por estar relacionada não ao delinquente, mas ao comportamento desviante, rompe com a ontologia positivista: “não é um ser, é um estar”.⁶⁸ Ressalva, por outro lado, que, segundo Baratta, o “funcional-estruturalismo” acabaria por consolidar a associação entre pobreza e criminalidade com um olhar na superfície dos fenômenos, *locus* da funcionalidade.

Na década de 1940, outro sociólogo norte-americano trará uma importantíssima contribuição ao pensamento criminológico. Erwin Sutherland, em 1947, define o princípio da associação diferencial, segundo o qual uma pessoa se torna delinquente por efeito de um excesso de definições favoráveis à violação da lei, que prevalecem sobre aquelas desfavoráveis. Sutherland demonstrará que tais associações não ocorrem apenas nos bairros pobres, mas também nos clubes dos ricos. Em 1949, publica seu estudo sobre os crimes de colarinho branco (*White Collar Crime*), no qual percebe que crimes eram cometidos por pessoas de todas as classes sociais, mas que os ricos raramente iam para a cadeia.⁶⁹ Como o número de pessoas que cometiam efetivamente crimes de colarinho branco era muito superior ao número de pessoas que eram responsabilizadas penalmente por esses mesmos crimes, essa significativa diferença numérica foi batizada de cifra oculta ou cifra negra, a qual Cervini explica como:

*(...) a diferença existente entre a criminalidade real (quantidade de delitos cometidos num tempo e lugar determinados) e a criminalidade aparente (criminalidade conhecida pelos órgãos de controle), que indica, comprovadamente, acerca de alguns delitos, um percentual substancial, em que não é aplicado o sistema penal e que, em alguns casos, é praticamente absoluto, circunstância que debilita a sua própria credibilidade, ou seja, a credibilidade de todo o sistema penal.*⁷⁰

Ainda que não tenha se aprofundado em uma análise da forma de atuação do poder punitivo e, apesar de ter restringido a verificação da cifra negra aos dados coletados acerca dos crimes de colarinho branco, Sutherland contribuiu com a elaboração de uma poderosa

⁶⁸Batista, Vera Malaguti. Op. cit. P. 68.

⁶⁹Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A Questão Criminal; tradução Sergio Lamarrão – 1ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2013.P. 123.

⁷⁰CERVINI, Raul. Os processos de descriminalização. Tradução de Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 184.

ferramenta conceitual, a qual possibilitou o desenvolvimento de uma análise posterior mais profunda a respeito do caráter essencialmente seletivo do sistema penal. De fato, conforme nos demonstra Baratta⁷¹, a denominada criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria. Pelo contrário, é o comportamento de amplos estratos de nossa sociedade, sendo que uma grande parte dessas pessoas sequer chegam a ser conduzidas à autoridade policial: porta de entrada do sistema penal e fonte primeira dos dados oficiais que alimentam as estatísticas oficiais (criminalidade aparente).

Em relação aos princípios da ideologia da defesa social, observa-se que vários deles não se sustentam diante da constatação da existência de uma cifra oculta da criminalidade. O princípio da igualdade é, certamente, o mais atingido, em função de ser percebido que nem todos os que cometem crimes serão alcançados pelo sistema penal. O princípio da prevenção, de igual modo, perde vigor, uma vez que a certeza de que poucos serão punidos, a chamada sensação de impunidade, impede que a pena seja um real desestímulo à prática delituosa, já que sua aplicação se revela improvável para uma parcela significativa dos que cometem atos em desacordo com a lei penal. Ao princípio do interesse social não é reservada melhor sorte: além de o direito penal ser um instrumento que chega tarde – uma vez que, na maioria dos casos, a lesão ao direito já se consumou – ele sequer atingirá muitos daqueles que praticaram condutas tipificadas. Por essa razão, percebe-se que os bens jurídicos supostamente protegidos pelas normas, no que depender da aplicação da lei penal, permanecem, em grande parte, vulneráveis, em razão de a proteção dos bens jurídicos não se revelar universal e efetiva.

Aliado à crítica formulada a partir do paradigma estrutural-funcionalista, pode-se observar que o conceito de “cifra oculta” coloca em xeque diversas bases de legitimação do sistema penal, as quais tinham a ideologia da defesa social por substrato argumentativo. No entanto, o processo de deslegitimação do direito penal se encontrava apenas no início de seu caminho. Um passo grande e decisivo nessa trajetória foi dado pelos teóricos da etnometodologia e do interacionismo simbólico, sobretudo a partir da teoria do etiquetamento (labeling approach).

⁷¹BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002. P 103.

Segundo Zaffaroni, “o interacionismo simbólico baseava-se nas ideias de Georg Mead, segundo as quais todos temos um *mim* que se vai formando pelas exigências de papéis dos demais, e um *eu* que é o que nós trazemos.”⁷²

O sociólogo mais destacado dessa corrente, Erving Goffman, a partir de sua concepção de dramaturgia social, trabalhou a questão das demandas de papel e disrupções. Em síntese, quando cada um age em conformidade com o que os outros esperam, a demanda de papel está plenamente atendida. Em outras palavras, o *eu* se conforma às expectativas consubstanciadas no *mim*, aproximando-se do conceito de profecia autorealizável (*self-fulfilling prophecy*) cunhado por Robert Merton. No entanto, quando alguém, por suas atitudes, não se enquadra no papel social demandado, surgem disrupções, as quais produzem incompreensões e agressividade. Assim, as pessoas tendem a socializar-se de acordo com as expectativas criadas a seu respeito.

Por outro lado, as bases para o desenvolvimento de tais processos de socialização estariam completamente ausentes nas relações desenvolvidas no interior das instituições totais, que são aquelas “em que a pessoa desenvolve toda sua atividade vital, desde o momento em que se levanta até quando se deita, sejam elas manicômios, prisões, internatos asilos, etc.”⁷³

Em tais instituições o que ocorre é um processo de desculturalização, sofrendo o efeito de cerimônias de degradação, sendo invadida e controlada até em seus atos mais íntimos, sofrendo, conseqüentemente, com significativa perda de autonomia, em um quadro que Zaffaroni vai comparar a um pesadelo. E prossegue o ilustre professor argentino, esclarecendo que:

É óbvio que no caso desse pesadelo você não aprenderia a socializar-se, que seus hábitos de vida mudariam totalmente, que sofreria uma brutal perda de autoestima e seu objetivo dominante seria ver como fazer para sair daí, para ir-se o mais longe possível, fugir do sonho ruim. Todo o discurso de ressocialização se dissipa com essa investigação, e embora Goffman a tenha levado a cabo principalmente nos manicômios, ele é transferível em grande medida à prisão.

⁷²ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A Questão Criminal; tradução Sergio Lamarão – 1ª edição. Rio de Janeiro. Revan. 2013.P. 137.

⁷³ Idem. P. 138.

Em 1963, com a publicação da obra *Outsiders*, de Howard Becker, consolida-se a teoria do etiquetamento, com uma contundente crítica à construção de identidades criminosas e aos discursos morais sobre o crime. A partir desse novo paradigma criminológico “a criminalidade deixa de ser uma realidade objetiva para ser lida como definição”⁷⁴ Philippe Robert menciona que “os interacionistas já foram repreendidos por não explicarem a passagem ao ato delincente”, em outras palavras, eles não explicam a causa do delito.⁷⁵ Antes de ser uma fragilidade da teoria, tal aspecto representa sua principal característica enquanto ruptura metodológica com o paradigma etiológico. Segundo Vera Malaguti Batista:

*O processo de interação dá um sentido radicalmente diferente ao método causal-explicativo. O que está em jogo passa a ser quem tem o poder de definir e quem sofre a definição.(...) O status de delinquente seria produzido pelos efeitos estigmatizantes do sistema penal. Ocorre então uma redefinição radical do objeto da criminologia. O criminoso não é ponto de partida. É locus de análise.*⁷⁶

A partir do que dito acima, é possível uma percepção mais clara do papel da teoria do etiquetamento ou rotulacionismo. Se o conceito de cifra oculta demonstrava já que havia uma discrepância entre o número de pessoas que cometem condutas antijurídicas e aquelas que de fato serão penalmente responsabilizadas por tais fatos, o rotulacionismo vai demonstrar que essas pessoas majoritariamente criminalizadas possuem algo em comum, são rotuladas de uma mesma maneira, estigmatizadas por certas características. Ao contemplar um álbum de ilustração com figuras dos detentos estudados por Lombroso, a pergunta feita pelo rotulacionismo seria: porque estas pessoas, e não outras, encontram-se submetidas ao cárcere? Por outro lado, a análise passa a incidir sobre o próprio sistema penal: quem tem o poder de definir aquele que é criminoso? A teoria do etiquetamento preocupa-se, portanto, com os fatores de criminalização e com a dinâmica das instituições que compõe o sistema penal. Os mecanismos de controle passam a interessar tanto quanto aqueles que são por ele controlados.

Acerca dos controlados, e ostensivamente vigiados pelo sistema, o que os une é o rótulo, a demanda de papel social negativo que se espera deles, o estigma. O outro lado dessa moeda, que complementa o conceito de cifra negra da criminalidade, é a existência de uma

⁷⁴BATISTA, Vera Malaguti. Op. Cit., P. 74

⁷⁵ROBERT, Philippe. Op. cit. P. 111.

⁷⁶BATISTA, Vera Malaguti. Op. Cit., Pp. 74-75

cifra dourada, a qual corresponde àquelas pessoas que por suas características físicas e condição sócio-econômica recebem um rótulo positivo, e, portanto, são menos perseguidas pelas instituições do sistema penal e, sobretudo, menos submetidas ao cárcere.

A questão central, como já vimos, passa a ser entender os mecanismos de recrutamento dos que são rotulados e conseqüentemente selecionados pelo sistema penal. Dessa forma não mais interessa compreender as causas do crime, até porque o crime não é um fenômeno excepcional e também porque a razão que leva cada pessoa individualmente a delinquir pode ter inúmeras justificativas, que pouco esclareceriam sobre os mecanismos do funcionamento das agências de controle.

Com a teoria do etiquetamento, vemos que o sistema penal atua preferencialmente sobre determinadas pessoas, aquelas que se enquadram na etiqueta posta, cujo papel socialmente demandado é o de criminosos, marginais, indivíduos perigosos. Acontece que quando se espera determinada conduta de um grupo de pessoas, encontraremos naquele grupo algumas que corresponderão à expectativa, que realizarão a profecia e, conseqüentemente, reforçarão o estereótipo, naquele encontro – bastante infeliz, neste caso – entre o *eu* e o *mim*.

Podemos perceber, com clareza, as conseqüências deste encontro. Ao invés de ressocializar, o ingresso no sistema penal, como em outras instituições totais, desumaniza o indivíduo, infantiliza-o e o marca definitivamente com uma infâmia – para usarmos uma expressão de Foucault⁷⁷ – que faz com que os egressos do sistema prisional estejam sujeitos a retornar uma ou mais vezes. A reincidência, e não a ressocialização, é o legado da prisão. E os herdeiros deste legado já se encontram previamente escolhidos. É este o caráter seletivo do sistema penal, sobre o qual, a partir de agora, passaremos a tratar mais especificamente.

2.2 – Seletividade Penal, Criminalização Primária e Criminalização Secundária

A seletividade não se trata de fenômeno novo, nem desconhecido, na aplicação do direito penal ao longo da história. Foucault destaca, em relação ao período dos séculos XVI a XVIII, na vigência dos Estados Moderno absolutistas, que “a atrocidade de um crime é também a violência do desafio lançado ao soberano: é o que vai provocar da parte dele uma

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982). Tradução de Andréa Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997. P. 30: “Os hábitos e a infâmia que marcam as pessoas que saem da prisão fazem com que sejam definitivamente fadadas à criminalidade.”

réplica que tem por função ir mais longe que essa atrocidade, dominá-la, vencê-la.”⁷⁸ Desse modo, a lesão ou dano, é descontextualizada de um determinado fato que envolve autor e vítima do crime e ganha o *status* de questão pública. Toda ofensa, dirigida a qualquer vítima, passa a ser um desafio contra o próprio soberano e, conseqüentemente, é a este, por meio das instituições do novíssimo Estado soberano, que competia impor a pena como resposta, produzindo o que a teoria criminológica passou a chamar de confisco da vítima.

Conforme explica Zaffaroni, desde sua origem o poder punitivo “mostrou uma formidável capacidade de perversão, montada – como sempre – sobre um preconceito que impõe medo”⁷⁹ E acrescenta que:

*desde o momento da confiscação da vítima, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) nos conflitos, e também, conseqüentemente, de arbitrariedade, uma vez que não apenas seleciona livremente as poucas pessoas sobre as quais, em casos contados, quer exercer o poder, bem como a medida e a forma em que decide fazê-lo. Para tal, exerce um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos para a hierarquização social*⁸⁰.

Por meio do que era claramente posto por Jean Bodin, citado pelo autor argentino, podemos perceber que, ao menos no século XVI, a seletividade do poder punitivo tratava-se de algo evidente, não dissimulado, inerente à própria limitação do sistema penal. Não havia meios suficientes para se castigar todos os fatos criminosos e, mesmo entre aqueles que eram pegos, era forçoso reconhecer que os que gozavam de especial prestígio estariam destinados a escapar da punição. Reproduzimos aqui a citação, por considerar bastante reveladora, em toda a sua clareza lapidar: “ Sem dúvida, não é necessário que todos os fatos criminosos sejam castigados, porque não haveria juízes em número suficiente para fazê-lo e tampouco carrascos para executar suas ordens.” E acrescenta que “aqueles que têm amigos ou dinheiro habitualmente escapam das mãos dos homens.”⁸¹

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes. 1987. P. 48.

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. O inimigo no Direito Penal. Tradução de Sergio Lamarão. 3ª edição. Rio de Janeiro. Revan. 2011. P. 34

⁸⁰ Idem. P. 31

⁸¹ Ibidem. P. 89.

Portanto, nesse momento histórico, o reconhecimento da seletividade da punição não era propriamente um problema a ser solucionado ou encoberto. Mas a situação se altera na medida em que a ideologia da defesa social se desenvolve tendo como fundamento, dentre outros, o princípio da igualdade. Se todos são iguais perante a lei, cada um que infringe a lei penal seria merecedor da correspondente sanção. E é essa crença que os autores do etiquetamento vieram colocar em xeque. O sistema não pune a todos da mesma forma, e nem com a mesma frequência, simplesmente porque a vigilância sobre cada indivíduo não é uniforme. As reações das instituições oficiais de controle exercem função constitutiva em face da criminalidade, em razão do efeito estigmatizante de sua atuação.

Para Alessandro Baratta, porém, faz-se necessário atingir um estágio de amadurecimento, a chamada criminologia crítica, incorporando aos fundamentos da teoria do etiquetamento elementos de análise macrossociológica.⁸²

Enquanto sistema dinâmico de funções, Baratta distingue três mecanismos que devem ser analisados separadamente: a criminalização primária, a criminalização secundária e os mecanismos de execução da pena ou das medidas de segurança.

A criminalização primária corresponde aos mecanismos de produção das normas penais. Segundo Princípio da Fragmentariedade, o Direito Penal se limita “somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter “fragmentário”, pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte.”⁸³ Mas, a partir de tal definição, uma incomoda questão logo se coloca: Para quem tais ações, criminalizadas pelo direito penal, são as mais graves e os bens jurídicos, por ele protegidos, são os mais importantes?

A revolução francesa, enquanto movimento revolucionário capitaneado pela burguesia, consagrava, entre os direitos do homem e do cidadão, o “inviolável e sagrado” direito à propriedade⁸⁴. A criminalização de todas as ações que apresentam ameaça à propriedade, em decorrência de tal visão, objetivaram formar um amplo escudo protetor, amparado pela lei penal nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais. Então a pergunta que

⁸² BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P. 161.

⁸³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013. P. 59

⁸⁴ Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Artigo 17º: “Como *a propriedade é um direito inviolável e sagrado*, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.” (grifo nosso). Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php>> Consultado em 05 de maio de 2017.

se coloca é a seguinte: Para quem o bem jurídico em questão – a propriedade – será da maior importância e sua violação será da maior gravidade? Certamente não para a grande massa de miseráveis que compunha a população francesa de então e que não possuía sequer pão para comer.

Para utilizarmos outro exemplo, conforme já vimos no capítulo anterior, à época da República Velha a capoeira foi criminalizada no Brasil. Tal conduta era grave e tão perigosa para quem? Certamente não para aquelas pessoas que se reuniam para a prática de tal atividade, que estavam na luta contra a exclusão social e os processos de aculturação. Mas, sim para aqueles que tanto já haviam se beneficiado da ordem escravista e pretendiam, apesar da mudança de regime, manter sua situação de domínio econômico e privilégios políticos. A segurança destes, portanto, era evidentemente tratada como um bem jurídico dos mais relevantes a ser tutelado, inclusive, pelo Direito Penal; a inclusão social e econômica daqueles, não.

Assim, evidente que o processo de criminalização primária reflete uma opção política do legislador, que afere a gravidade das condutas, e sua relevância a ponto de ser tutelada pelo Direito Penal, de acordo com a visão de mundo daqueles que legislam. Ora, aqueles que legislam são os que dominam o cenário político e econômico de cada país. Por meio dessa crítica, observamos que mesmo o processo de criminalização primária envolve uma dimensão de seletividade. Selecionam-se como crimes as condutas que ofendem a uma determinada ordem social e, nesta ordem, não se encontra abarcado o conjunto da população, ou seja, não se garante, na mesma medida, o direito de todos.

Quanto ao processo de criminalização secundária, a questão da seletividade penal se torna ainda mais evidente. Quando falamos de criminalização secundária estamos tratando da atuação do sistema penal na definição do papel de criminoso, aplicando à lei penal, no mais das vezes, àqueles que se enquadram no estereótipo da vez. De outro modo, podemos dizer que são as situações práticas em que o sistema penal atua, verificando, em tese, que houve violação da norma penal – a qual foi estabelecida no processo de criminalização primária – e submetendo o suposto autor do fato delituoso aos institutos regulados no direito processual penal: prisão em flagrante, instauração de inquérito policial, oferecimento de denúncia, ação penal tramitando perante o Juízo competente. Por meio do processo de criminalização secundária é que conhecemos as estatísticas oficiais da chamada criminalidade.

Ocorre que, como já vimos, nem todos os fatos que seriam definidos pela lei como delito chegam até o conhecimento da autoridade policial; destes, nem todos se tornam inquérito; dos inquéritos, muitos são arquivados sem o oferecimento de denúncia; das denúncias, nem todas são recebidas pelo Juízo; das denúncias recebidas, e que tramitam sob a forma de ação penal, nem todos os acusados são condenados; dos condenados, pode haver prescrição da pretensão executória, ou, ainda, podem ser submetidos a penas diversas da privação de liberdade. Enfim, uma fração muito pequena dos delitos cometidos em sociedade se reverte em punição efetiva e uma fração ainda menor corresponderá àqueles que são submetidos ao encarceramento, em razão de uma condenação definitiva. Isso sem mencionar as hipóteses de erro judicial, nas quais quem responde penalmente pelo delito não foi quem o cometeu de fato.

Por outro lado, ao longo de todo esse extenso itinerário narrado acima, muitos são encarcerados ainda no começo, ou no meio, do caminho. São as prisões provisórias: em flagrante, preventiva ou temporária. Sem falar nas prisões levadas a efeito em Estados de Exceção, sem flagrante ou ordem judicial. Prisões “para averiguação”, em outras palavras, prisões para obter confissões mediante coação, violência, todas as formas de tortura, que apesar de evidentemente ilegais – e até mesmo inconstitucionais (artigo 5º, inciso LXI, da CRFB) – persistem infelizmente ainda hoje.

Em todas essas situações prisionais, sejam decorrentes de decreto condenatório ou, ainda, efetivadas em momentos anteriores, os pesquisadores do rotulacionismo e aqueles que se seguiram, adeptos da Criminologia Crítica, puderam constatar que esse sistema penal dirige sua ação, majoritariamente, contra um determinado perfil populacional. Conforme já estudado, um estereótipo do “criminoso” é desenhado – lembremos das ilustrações feitas a partir dos encarcerados estudados por Lombroso – e, nesse processo de vigilância dirigida a determinados setores da população, os agentes do sistema penal não encontrarão maiores dificuldades em prender aqueles que estejam, efetiva ou aparentemente, cometendo delitos.

Nesse ponto, impõe-se uma reflexão importante. Se, por um lado, determinada etiqueta torna alguém mais vulnerável à atuação do sistema penal, por outro, a pessoa já criminalizada sofrerá um evidente reforço no estigma que já lhe acompanhava. Ou seja, esse “*status* de criminoso”, atribuído aos indivíduos de determinado grupo social, torna-se ainda mais indissociado daqueles que já foram submetidos ao cárcere anteriormente, com ou sem pena. Retomamos aqui a ideia de infâmia trazida por Foucault, bem como a reflexão dos

rotulacionistas acerca do caráter reprodutor das instituições totais e sua incapacidade ressocializadora. Ainda, a esse respeito, toda a discussão de Zaffaroni acerca da criminologia midiática⁸⁵, que impõe uma agenda e um discurso à classe política, transformando crimes em notícias e a prisão em espetáculo; o momento, e os motivos, da soltura, no entanto, serão, quase sempre, invisíveis. Assim, aquele que já esteve preso, ainda que não tenha sido condenado, carregará este rótulo, agregado a outros decorrentes de sua classe social, de seu local de moradia e de seu nível de escolaridade, dentre outros fatores.⁸⁶

Sob esse prisma, não faz tanta diferença a prisão ter decorrido de uma execução de sentença ou possuir natureza processual. Até porque, segundo informação de dezembro de 2014⁸⁷, cerca de quarenta por cento da população carcerária brasileira é formada por presos provisórios.

Neste ponto, revela-se correto o pensamento de Fritz Sack⁸⁸, no sentido de que “a criminalidade, como realidade social, não é uma realidade preconstituída em relação à atividade dos juízes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos”. Não obstante, não se revela inteiramente aplicável, em relação a nossa realidade processual penal, concluir, acompanhando o mesmo Sack, que “a sentença cria uma nova qualidade para o imputado, coloca-o em um *status* que, sem a sentença, não existiria”⁸⁹

Isto porque, ao contrário do sistema penal alemão do período de Sack, a banalização das prisões preventivas na América Latina, em geral, e no Brasil, em particular, faz com que os Juízes, por meio de decisões que antecedem a sentença, já atribuam, com demasiada frequência, tal *status* aos acusados presos temporária ou preventivamente. E nem mesmo a absolvição, ou a posterior concessão de liberdade, revelam-se capazes de retirar esse rótulo daqueles que já foram submetidos ao cárcere.

⁸⁵Em “*A Questão Criminal*” Zaffaroni dedica nada menos que seis capítulos à criminologia midiática: do capítulo 37 ao 42 (Pp. 193-225). A questão já havia sido discutida antes, pelo jurista argentino em “O inimigo no Direito Penal”, em especial quando trata do novo autoritarismo *cool*, protagonizado, sobretudo, pela grande mídia televisiva. (Pp. 59-80)

⁸⁶ Aqui, intencionalmente, não mencionamos a questão racial, que será tratada especificamente no próximo capítulo.

⁸⁷<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>

⁸⁸ Autor nascido na Polônia, mas que se consagrou no meio acadêmico alemão, sendo um dos principais responsáveis pela recepção do *Labeling Approach* naquele país. Suas obras referidas por Alessandro Baratta datam do final da década de 1960 e início da década seguinte.

⁸⁹ BARATTA, Alexxandro. Op. Cit. P. 107.

Por certo tal problema, especialmente no Brasil, é demasiado grave. Nem mesmo a mudança ocorrida no Código de Processo Penal pó meio da Lei 12403 de 2011 tem conseguido reverter esse quadro, uma vez que as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 da lei penal adjetiva, ainda são secundarizadas quando comparada à decretação das chamadas “prisões cautelares”. A esse respeito, Zaffaroni afirma que:

*A expressão medida cautelar, tomada do processo civil, é um claro eufemismo, que sempre é uma forma de linguagem encobridora, própria de todo poder punitivo de modelo inquisitorial. (...) pouco importa que, no final, a pessoa acabe libertada ou absolvida, porque socialmente carregará um estigma, dado que a criminologia midiática publica sua detenção, mas não sua libertação. (...) a prisionização sem causa, sob a forma de prisão preventiva, não é exceção alguma, e sim uma prática corrente, com a qual os juízes se protegem da criminologia midiática, dos políticos e de sua própria cúpula(...)*⁹⁰

Assim, a verificação da seletividade naquele que é apontado como o terceiro mecanismo de funções do direito penal, a fase de execução da pena, decorre, de igual modo, dos processos de criminalização secundária e pode ser verificada também na aplicação das prisões provisórias, as quais, em muitos casos, prolongam-se excessivamente no tempo, constituindo-se em verdadeira aplicação antecipada da pena.

2.3 – Os Rumos da Criminologia na Contemporaneidade

Sob a perspectiva da criminologia crítica, bem sintetizada por Alessandro Baratta, todo esse processo de seleção realizado por meio da criminalização secundária, implica, de modo especial, em um recrutamento dos que se encontram situados nos “níveis mais baixos da escala social”.

A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização família e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes nos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Questão Criminal*; tradução Sergio Lamarão. 1ª edição: Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 283.

*como causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído.*⁹¹

Note-se que, sob esta óptica, o aspecto de classe irá se sobrepôr a outros. Há aí, evidentemente, uma nítida influência da obra não só de Marx, mas de todo o pensamento marxista subsequente. Na década de 1960, o pensamento marxista gozava de vigor, e também de diversidade, sobretudo na Europa, mas também nos Estados Unidos com o estabelecimento, naquele país, da maioria dos autores da chamada Escola de Frankfurt. Temos então uma perspectiva que tem por referência um tempo e um lugar determinados. Estamos tratando de teorias desenvolvidas nos países centrais – economicamente falando – e que ganharam destacado vigor na época da chamada “guerra fria”. Nessa época, o modo de produção capitalista, a fim de mitigar o impacto de suas conhecidas crises econômicas e bloquear o avanço do “socialismo real” soviético, adotava predominantemente a política econômica do *welfare state*.

Por certo, tal observação não visa desqualificar as críticas de tais autores ao discurso legitimante do direito penal e aos mecanismos seletivos de atuação do sistema penal, pelo contrário. O que se objetiva apenas é demonstrar que, nessa época, a ruptura com o sistema capitalista parecia estar na ordem do dia. Assim, tanto o abolicionismo penal como o minimalismo penal, duas das principais vertentes da chamada criminologia crítica, entendiam que a possibilidade real de substituição do direito penal vigente estava condicionado ao estabelecimento de uma nova ordem econômica e social. Já no final da década de 1980, Zaffaroni afirmava que “todas as respostas teóricas centrais – e mesmo as atitudes – parecem ser propostas de novos modelos de sociedade”. E acrescentava que “sem dúvida trata-se de um nível político-criminal, com forte tendência ao nível diretamente político”⁹². Ainda, na mesma obra, o autor argentino, em linhas gerais, define e diferencia o abolicionismo penal e o minimalismo penal, ensinando que, enquanto o abolicionismo nega a legitimação de qualquer sistema penal, presente ou futuro, o direito penal mínimo (minimalismo penal ou contração penal), nega a legitimidade do sistema penal, tal como hoje funciona, mas propõe uma

⁹¹ BARATTA, Alessandro. Op. Cit. P 165

⁹²ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. Pp. 90-91. Note-se que a obra, no original, é de 1989.

alternativa mínima que considera como mal menor necessário. E acrescenta que, em Esta relação aos sistemas penais hoje existentes, ambos são igualmente deslegitimantes.⁹³

Em outra obra mais recente, o próprio Zaffaroni destaca que havia, então, uma grande diferença entre a atuação dos sistemas punitivos dos países centrais e periféricos, distância essa que foi reduzida pela globalização e pela derrocada do estado de bem estar social. Observa-se, a esse respeito, a ascensão do chamado neoliberalismo, a partir da década de 1980, iniciando-se pelos Estados Unidos, de Ronald Reagan, e pela Inglaterra de Margareth Thatcher. Desde então, verifica-se um severo recrudescimento das políticas criminais, sobretudo nos Estados Unidos, e a partir dele, com a adoção da política de “tolerância zero”. Como bem demonstra Wacquant:

*na medida em que a rede de segurança do Estado caritativo se desfazia, a malha do Estado punitivo foi chamada a substituí-la e a lançar sua estrutura disciplinar nas regiões inferiores do espaço social estadunidense como uma forma de conter a causa a desordem e o tumulto causados pela intensificação da insegurança e da marginalidade sociais.*⁹⁴

Ou seja, com a contração do Estado de Bem-Estar Social a massa de excluídos se avoluma, intensifica-se a insegurança – à qual preferimos chamar de sensação de insegurança – e acentua-se a ação de um Estado punitivo. Retomando Zaffaroni, em relação à América Latina, com nossos “Estados-providência incipientes e nunca completados” já vivenciávamos um “poder punitivo que só contava conter os excluídos”. Aqui de nossa região marginal, sequer teria “sentido colocar em crise a ideia de ressocialização, porque nossas prisões tendiam a ser, ou já eram, campos de concentração”⁹⁵. O que não quer dizer que também nos países periféricos o que já era grave não pudesse piorar. De fato, também por aqui a situação se agravou. Assim, a década de 1990 e a virada do milênio serão o palco global do retorno do discurso punitivista, com a ocorrência, em várias partes do mundo, do fenômeno chamado de

⁹³ Idem. P. 89.

⁹⁴ WACQUANT, LOIC. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003. P 110.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Questão Criminal*. Op. Cit. P. 82.

“grande encarceramento”, cuja existência e profundidade é cabalmente demonstrada, e seriamente analisada, por Vera Malaguti Batista⁹⁶.

Diante de todo esse quadro, aqui desenhado apenas em linhas gerais e sem a pretensão de cobrir todo o itinerário dos discursos criminológicos, verifica-se que a crítica formulada pelos minimalistas e abolicionistas continua presente e, em até certo ponto, com seu vigor renovado. Se, por um lado, a superação do nosso modelo de sociedade não está mais na ordem do dia, por outro, a necessidade de uma redefinição do papel do direito penal e da consequente contenção do poder punitivo está urgentemente posta.

A partir do reconhecimento da seletividade como elemento fundamental do sistema penal, toda uma construção acerca da falta de legitimidade do sistema penal foi elaborada. O neopunitivismo, por certo, não conseguiu afastar tais objeções. Pelo contrário, sua política de aumento da população carcerária em índices vertiginosos, sem que isso produzisse qualquer impacto na diminuição da chamada criminalidade, tornou ainda mais evidente a pertinência de tal crítica. A ideologia da defesa social, tão propalada ainda hoje, não se mostrou capaz de responder às constatações concretas, cuja análise já foi acima desenvolvida, mas que se encontram bem sintetizadas por Baratta nas três proposições que se seguem:

*a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.*⁹⁷

Por outro lado, Zaffaroni aponta que essa ideologia da defesa social, difundida, em sua versão contemporânea pela criminologia midiática, fundamenta-se, em grande parte, no pânico moral que, no mais das vezes, ela própria contribui largamente para difundir. Assim é preciso confrontar o pânico moral, mas apoiar o temor racional, reconhecendo os “riscos reais

⁹⁶BATISTA, Vera Malaguti. Op. Cit. P. 100

⁹⁷BARATTA, Alessandro. Op. cit. P. 162.

causadores de cadáveres antecipados, seja os que provenham de delito violento, seja de outros riscos minimizados midiaticamente ou do próprio poder punitivo.”⁹⁸

De igual modo, é necessário, e demasiado difícil, disputar com a criminologia midiática os espaços de convencimento da sociedade. Isto porque enquanto a apelativa linguagem midiática é direta e de fácil assimilação, o discurso dos pesquisadores e acadêmicos se revela geralmente árido e de difícil compreensão. Ainda assim, necessário demonstrar que o discurso da prevenção aos crimes, por meio do recrudescimento do sistema penal é ineficaz e falacioso.

Se não há em um curto, ou mesmo médio, espaço de tempo, como se extinguir o direito penal enquanto instância de decisão (e não de solução) de conflitos, é preciso que seja demonstrado que, se o objetivo da sociedade é prevenir os crimes, tal tarefa preventiva “não se esgota melhorando o sistema penal”, pois, segundo Zaffaroni:

(...) este tem uma reduzida eficácia preventiva e, ademais, é um mecanismo lento, que quase nunca se move, sem contar que, às vezes, é ele mesmo quem o produz, em algumas ocasiões sob a forma de massacre⁹⁹; além do mais, sempre chega tarde, quando o dano já se consumou.

Em todo o mundo, o sistema penal move-se muito pouco. Há casos, inclusive, em que a regra é não mover-se, como no aborto. Por conseguinte, é claro que há que se chegar antes que se tenha um morto, e isso deve seguir por outros caminhos, sem prejuízo de melhorar o que for possível do sistema penal, para que tenha maior eficácia dentro de suas limitadas possibilidades e, sobretudo, para que não se descontrole e acabe se tornando um agente massacrador.¹⁰⁰

Tais propostas que o autor argentino – certamente um dos principais nomes da criminologia crítica latino-americana – chamou recentemente de criminologia cautelar, antes de oferecer uma relegitimação ao sistema penal, visa atingir dois objetivos principais.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Questão Criminal*. P. 306.

⁹⁹ Aqui no Brasil são inúmeros os exemplos de homicídios em massa ocorridos no interior do sistema prisional, sejam praticados pelos próprios detentos ou pelas chamadas “forças de segurança”. Apenas para lembrar alguns: o massacre do Carandiru, em 1992; a rebelião de Bangu 1, em 2002; Pedrinhas em 2013, com a ocorrência de novas mortes este ano. Segundo noticiou o portal G1, em 05 de janeiro deste ano, ao longo do ano de 2016 foram 379 mortes violentas no sistema prisional brasileiro. Além disso, somente na primeira quinzena de 2017, foram mortos mais de cem presos se somarmos os números de Manaus, Roraima e Rio Grande do Norte. Isso sem falar nas mortes “naturais”, ou seja, os óbitos ocorridos em razão de problemas de saúde decorrentes das condições insalubres, para não dizer desumanas, das unidades do sistema prisional.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Questão Criminal*. Op. Cit. P. 306.

Em primeiro lugar, desenvolvendo o que já mencionamos acima, faz-se necessário recolocar o lugar das vítimas, sequestradas que foram pela centralização do direito penal na pessoa do soberano (e, depois, dos Estados soberanos). É preciso respeitá-las, reconhecendo que uma sociedade violenta, onde homens e mulheres são, por exemplo, assassinados – seja por agentes do Estado ou não – os danos produzidos são reais. Por certo, tais danos reais são potencializados, transformados em espetáculo pela criminologia midiática, ou silenciados, conforme a oportunidade. Ouvir as vítimas, conhecer suas histórias, fornecer-lhes apoio discreto e concreto, ao invés de apenas dar voz a algumas poucas, e de modo oportunista, no momento em que a dor, muitas vezes, priva essas pessoas da razão, significa disputar espaço com essa criminologia midiática.

Em segundo lugar, admitir que o sistema punitivo não irá desaparecer (ao menos não tão cedo) significa trabalhar para impor-lhe limites, reduzir sua letalidade, controlar sua arbitrariedade, enfim, conter o poder punitivo, reconhecendo que a seletividade é um elemento fundamental de sua atuação. Portanto, impõe-se reduzi-la aos casos inevitáveis, buscando medidas despenalizadoras, elaborando melhor os mecanismos de remissão da pena, enfim, restringindo a incidência a um número menor de estigmatizados e, sempre que possível, por um menor tempo.

Ultrapassado esse estudo preliminar acerca do funcionamento do poder punitivo e dos mecanismos do sistema penal, podemos enfim passar à análise da nossa população carcerária. Pretendemos reconhecer o rosto e, quem sabe a “cor”, não do “criminoso brasileiro”, mas da pessoa, em geral, criminalizada, estigmatizada e selecionada, escolhida a dedo para integrar o extenso contingente de pessoas encarceradas em nosso país.

3-POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA E SELETIVIDADE RACIAL

Nos capítulos anteriores, estudamos, inicialmente, o racismo estrutural, buscando os elementos históricos e jurídicos de sua configuração ao longo da formação e consolidação do Estado Brasileiro. Em seguida, por meio de um percurso no itinerário da criminologia, analisamos o conceito de seletividade penal enquanto elemento central constitutivo da atuação das instituições do sistema penal.

A prisão decorrente do cumprimento de sentença é o destino final da pirâmide que vai se afunilando no processo de seleção do indivíduo criminalizado, ao qual comumente se chama de “criminoso”. É um longo caminho até o cárcere, que se torna incrivelmente curto quando o suposto autor do delito é preso em flagrante e tem sua prisão convertida em preventiva. Neste caso a pessoa já permanece presa, em grande parte das vezes, desde antes do oferecimento da denúncia até a extinção da punibilidade em razão do cumprimento da pena.

No presente trabalho, o interesse principal é olhar para aqueles que – seja pelo itinerário longo ou pela via breve – chegaram ao sistema prisional brasileiro. Uma população carcerária já imensa, e que não para de aumentar. No ano de 2005, eram 296.919 pessoas presas em todo o Brasil. Em dezembro de 2014, esse número passou para 622.202. Ou seja, em uma década, o número de pessoas encarceradas em nosso país mais que duplicou.¹⁰¹

Passaremos a observar tais dados, sobretudo, a partir da perspectiva racial. Pretendemos averiguar se a análise que elaboramos no primeiro capítulo acerca da existência

¹⁰¹Informações do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) – órgão vinculado ao Ministério da Justiça) – e divulgados pelo sistema Infopen. A fim de poder observar esses dados já totalizados e organizados, recorreremos a duas fontes oficiais. Os dados de 2005 a 2012 são os que constam do Mapa do Encarceramento: Os Jovens do Brasil (publicado pela Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude em 2015) e os dados de junho de 2014 e de dezembro de 2014 possuem como fonte os Levantamentos de Informações Penitenciárias (divulgado pelo próprio DEPEN, respectivamente em 2015 e 2016). Por essa razão, de todo o período aqui analisado, somente não citaremos dados específicos do ano de 2013. Consultas realizadas em 02/05/2017. Disponíveis em:

<http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0010/1092/Mapa_do_Encarceramento_-_Os_jovens_do_brasil.pdf> (Mapa do Encarceramento); <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/infopen_jun14.pdf> e <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. (Levantamento de Informações Penitenciárias)

de um racismo estrutural no Brasil, apresenta-se, ou não, como elemento essencial da composição de nossa população prisional e, portanto, se é o racismo um elemento-chave da seletividade do sistema penal brasileiro.

Tabela 1: População Prisional Brasileira (PPB) - 2005 a 2014

Ano	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
PPB	296.919	336.775	366.359	393.488	417.112	445.705	471.254	515.482	581.507	622.202

Tabela 2: População Prisional Segundo Cor/Raça

Raça/Cor	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Branca	62.569	97.464	137.446	147.438	157.044	156.535	166.610	173.536
Negra	92.052	135.726	199.928	217.160	237.516	252.796	274.253	295.242
Amarela	1.075	1.554	2.234	2.733	3.503	2.006	2.180	2.314
Indígena	352	528	539	511	995	748	771	847
Outras	1.559	3.827	4.053	4.053	14.685	8.095	10.686	13.999
Total	157.607	239.099	344.200	371.895	413.743	420.180	454.500	485.938
% (Negros/Total)	58,41	56,77	58,08	58,39	57,41	60,16	60,34	60,76

Acerca dessas primeiras informações, convém observar duas questões importantes:

a) Em primeiro lugar, percebe-se a enorme discrepância entre os números da população carcerária de cada ano entre as Tabelas 1 e 2. Isto porque na Tabela 1, de fato, estamos diante da população total carcerária. Já na tabela 2 esse valor total refere-se ao somatório de pessoas presas em relação às quais foram registradas as informações de raça/cor. Portanto, a diferença numérica entre as tabelas representa um conjunto de homens e mulheres encarcerados cujas informações de raça/cor não constaram dos levantamentos feitos por cada unidade prisional e que, por evidente, não foram contabilizados nas porcentagens de composição racial do cárcere;

b) Em segundo lugar, todos os três levantamentos apontados no presente trabalho ressaltam a diferença de metodologia entre os censos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e as informações divulgadas pelo Infopen. Enquanto o censo do IBGE utiliza o critério de autodeclaração, no sistema penitenciário há uma declaração

atribuída por quem realiza a pesquisa. Outra diferença significativa é que, ao contrário do IBGE, nos dados do Infopen não há distinção entre pretos e pardos: ambos os grupos são classificados como negros. Não obstante, ainda que se reconheça certa limitação na precisão dos parâmetros de comparação, estes têm sido largamente utilizados para que se possa observar uma significativa diferenciação entre a composição racial da população prisional brasileira e da população total. E as diferenças de resultados, conforme veremos a seguir, são bem acentuadas.

No Censo de 2010, somando os autodeclarados pretos (7,6%) e pardos (43,4%), verificou-se a existência de uma população negra equivalente a 51% (cinquenta e um por cento) do total. No mesmo período, conforme visto na tabela 2, a população negra de pessoas presas era de 60,2%. Enquanto isso a população branca era de 47,5%, no entanto estes representavam apenas 37,3% das pessoas presas.

Nos dados do Infopen relativos a junho de 2014, foi obtido o maior percentual da população carcerária negra (67%) desde que o Ministério da Justiça começou a divulgar os dados via Infopen. Neste período, o número de pessoas negras que se encontravam presas passou a ser mais que o dobro do número de pessoas brancas (31%), de modo que de cada três pessoas presas no Brasil, havia duas pessoas negras. Em relação à população total do período, não houve censo, mas foi realizada a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), segundo a qual a população negra passou a representar 53,6 % do total (8,6% de pretos e 5,5% de pardos), enquanto a população branca foi reduzida para 45,5%.¹⁰² Tais informações demonstram dois fatos importantes: que o percentual de pessoas encarceradas negras é significativamente maior que o percentual pessoas negras no conjunto da população; e que há uma tendência de que o percentual de pessoas negras no cárcere cresça de acordo com o crescimento da população carcerária. A diferença de comportamento do crescimento da população prisional entre brancos e negros se torna ainda mais clara quando os dados são comparados dentro dos próprios grupos raciais, em relação a sua população total na faixa etária apta a ser encarcerada (maiores de dezoito anos). Este instrumento de análise foi adotado em relação ao ano de 2012, conforme consta do Mapa do Encarceramento (página 32).

¹⁰² Os dados do PNAD relativo a 2014 estão disponíveis em <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94935.pdf>> Consultados em 15 de maio de 2017.

Para ter a dimensão mais precisa da seletividade racial no sistema prisional brasileiro, é necessário fazer uma ponderação pela taxa de encarceramento segundo grupos de cor/raça; ou seja, uma análise do número de presos negros e brancos de acordo com o número de habitantes negros e brancos. Considerando-se os dados do InfoPen sobre a população no período de 2005 a 2012 e as estimativas para a população brasileira acima de 18 anos no mesmo período, segundo brancos e negros, é possível observar que o encarceramento de negros aumentou mais do que o encarceramento de brancos. Em 2012, para cada grupo de 100 mil habitantes brancos acima de 18 anos havia 191 brancos encarcerados, enquanto para cada grupo de 100 mil habitantes negros acima de 18 anos havia 292 negros encarcerados, ou seja, proporcionalmente o encarceramento de negros foi 1,5 vez maior do que o de brancos em 2012.

O objeto de nosso estudo é a questão racial, mas a partir dos levantamentos de dados do Infopen se torna possível desenhar, de forma mais geral, um perfil predominante da pessoa encarcerada. Aqui nos referiremos aos dados de junho de 2014. Além de 67% da população carcerária do Brasil ser composta por negros, ela também é formada por mais de 93% de homens. Ainda, há uma maioria absoluta de jovens nas prisões: 56% dos presos possui menos de trinta anos (31% estão na faixa de 18 a 24 anos e 25% na faixa de 25 a 29 anos). Predominam também aqueles que possuem baixa escolaridade: 68% sequer possui o Ensino Fundamental Completo (6% de analfabetos, 9% que foram alfabetizados sem curso regular e 53% que iniciaram o Ensino Fundamental, mas não o completaram). Em síntese, se Cesare Lombroso ressurgisse nos dias de hoje e resolvesse visitar nossos presídios para retratar aqueles que ali se encontram, ele observaria a existência predominante de homens negros, jovens e de baixíssima escolaridade. E concluiria indubitavelmente que esse é “o criminoso brasileiro”. Não obstante, conforme já vimos, esse não é “o criminoso”, mas o estereótipo do criminoso, o selecionado majoritariamente pelas instituições do sistema penal. Embora não seja a única face do racismo institucional, o sistema prisional é, por certo, a sua face mais dura e evidente.

Os dados analisados do Infopen também permitem obter uma visão da distribuição da população carcerária pelos Estados. Em relação a Junho de 2013, o Estado do Acre foi o único onde a proporção de pessoas negras no cárcere foi superior a 90% (90,1%). Em outros onze Estados, este percentual foi maior que 80% (Amazonas, Amapá, Bahia, Ceará, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Roraima, Sergipe e Tocantins), demonstrando que a seletividade penal em razão da questão racial é ainda mais intensa no Norte e Nordeste do

país. Por outro lado, apenas na Região Sul a população prisional branca é superior à negra, sendo que esta é inferior a 40 %: 32,7% no Paraná, 36,2% em Santa Catarina e apenas 31,9% no Rio Grande do Sul, onde, proporcionalmente, a população prisional negra é a menor do Brasil.

O Estado do Rio de Janeiro se encontra acima da média nacional, com 71,6% de pessoas negras entre a população encarcerada. Interessante notar que este percentual é bem semelhante ao do número de pessoas presas em flagrante e apresentadas nas audiências de custódia realizadas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ).

A audiência de custódia é o primeiro contato do indiciado preso em flagrante com o Poder Judiciário. Nesse ato, o custodiado é apresentado perante um Juiz de Direito logo nas primeiras horas após a sua prisão, sendo verificadas: as condições físicas do preso; a higidez da prisão em flagrante, impondo-se o relaxamento no caso de constatação de alguma ilegalidade; e, ainda, a possibilidade de concessão da liberdade provisória ou necessidade da conversão da prisão flagrantial em preventiva. No caso do Rio de Janeiro, tais audiências são presididas por Juízes designados periodicamente para atuar na Central de Audiências de Custódia, sendo que cabe a estes, portanto, a análise do que dispõe o artigo 310 do Código de Processo Penal, e não ao Juiz em exercício na vara para onde o feito foi distribuído. Caberia, a esse respeito, uma discussão acerca de eventual violação do Princípio do Juiz natural, mas entendemos que enfrentar esse importante debate extrapolaria, em muito, o objeto do presente trabalho.

A Central da Audiência de Custódia do TJERJ iniciou sua atuação em dezoito de setembro de dois mil e quinze. Após um ano de realização de audiências, a Defensoria Pública deste Estado elaborou um relatório referente a esse período inicial, incluindo o aspecto racial entre as informações divulgadas:

Os réus de cor preta/parda representam 73,63% dos que foram atendidos na audiência de custódia e declararam sua cor (4.558), enquanto os de cor branca representam 25,95%. Considerando os casos de autodeclaração de cor de maior incidência, pretos/pardos e brancos, é possível indicar a proporção de liberdades concedidas em cada um deles. Em 449 casos foi concedida a liberdade provisória aos brancos, ou seja, 37,95%, enquanto os negros passaram a responder

ao processo em liberdade em 1.069 do total de 3.356 casos, o que corresponde a 31,85%.¹⁰³

Da observação dessas informações destacam-se dois aspectos: Em primeiro lugar, dos 4558 custodiados que autodeclararam sua cor, 3356 se declararam pretos e pardos. No momento de realização da audiência de custódia, estamos diante de pessoas presas em flagrante, ou seja, de homens negros e mulheres negras que estão na porta de entrada da atuação do sistema penal. No entanto, o resultado percentual destes em relação ao conjunto dos custodiados (73,6%) é compatível com o de pessoas negras no sistema prisional do mesmo estado (71,6%); em segundo lugar, nota-se que a concessão de liberdade provisória foi mais frequente para os custodiados brancos em relação aos negros. De ambos os pontos destacados é possível perceber que a seletividade opera em todos os estágios da atuação desse sistema penal: desde a Polícia Militar que, na maioria das vezes efetua a prisão em flagrante; passando pela Polícia Civil, que é responsável pela sua lavratura (embora, em alguns casos também sejam os policiais civis responsáveis pela efetivação das prisões); até chegar ao poder Judiciário, que decide sobre a concessão da liberdade provisória e, ao final, julga os custodiados que se tornam réus.

A respeito do papel específico do Poder Judiciário na seletividade penal, revela-se fundamental a pesquisa realizada por Sergio Adorno, com base nos crimes violentos julgados no município de São Paulo, no ano de 1990.¹⁰⁴

Em seu artigo, o sociólogo fez um acompanhamento dos processos referentes aos crimes de roubo cometidos naquele município. E os resultados obtidos foram bastante contundentes. Enquanto, em relação aos acusados brancos, 27,0% responderam ao processo em liberdade, o mesmo só ocorreu para 15,5% dos acusados negros. Quanto ao percentual de

¹⁰³DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relatório:Um ano de Audiência de Custódia no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016. P. 14. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3281-Audiencia-de-custodia-evitou-a-prisao-de-duas-pessoas-por-dia>> Consultado em 15 de maio de 2017.

¹⁰⁴ADORNO, Sergio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo. In Novos Estudos CEBRAP. Nº 43. Novembro 1995. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwixkf630LHUAhWJS5AKHSxkAvQQFggiMAA&url=https%3A%2F%2Fedisciplinas.usp.br%2Fpluginfile.php%2F203942%2Fmod_resource%2Fcontent%2F1%2FAdorno.pdf&usg=AFQjCNER4OA1qHL6FIAYg5CXXQfuwh5hUQ> Consulta realizada em 15 de maio de 2017.

condenação, ela foi imposta a 59,4% dos réus brancos e a 68,8% dos réus negros.¹⁰⁵ Porém, tão importante do que os dados da pesquisa, os quais se referem a um local específico e a uma época determinada, são as conclusões do artigo, que se revelam compatíveis com os dados do mapa do encarceramento, com os levantamentos do Infopen realizados em junho e dezembro de 2014 e, ainda, com as informações da Audiência de custódia.

Os principais resultados da pesquisa indicaram que não há diferenças entre o "potencial" para o crime violento praticado por delinquentes negros comparativamente aos brancos. No entanto, réus negros tendem a ser mais perseguidos pela vigilância policial, revelam maiores obstáculos de acesso à justiça criminal e maiores dificuldades de usufruir do direito de ampla defesa, assegurado pelas normas constitucionais (1988). Em decorrência, tendem a merecer um tratamento penal mais rigoroso, representado pela maior probabilidade de serem punidos comparativamente aos réus brancos. Como se demonstrou, as sentenças condenatórias se inclinam a privilegiar os roubos qualificados cometidos por réus negros. Tudo parece indicar, portanto, que a cor é poderoso instrumento de discriminação na distribuição da justiça. O princípio da equidade de todos perante às leis, independentemente das diferenças e desigualdades sociais, parece comprometido com o funcionamento viesado do sistema de justiça criminal.

Apesar de o conceito de seletividade não se encontrar expresso no parágrafo supra mencionado, sua presença é evidente e decorrente do aspecto racial. Réus negros, presos em flagrante pelo mesmo delito, serão mantidos presos preventivamente e condenados ao final em proporção significativamente maior que os réus brancos. Novamente é colocado em xeque o princípio da isonomia, mas o enfoque aqui não é o da classe social e sim o da identificação racial.

Não pretendemos aqui desqualificar a dimensão sócio-econômica da seletividade penal. De fato, a imensa maioria de nossa população carcerária é extraída dos extratos inferiores de nossa hierarquia social. Ocorre que, mesmo entre pessoas de uma mesma classe social, o estigma perigosista atribuído às pessoas negras, sobretudo ao homem negro, é diferenciado. Conforme já desenvolvido no primeiro capítulo, a discriminação racial em nosso país é um elemento estruturante, inclusive, da formação de nossas classes sociais, por meio da integração diferenciada na transição entre império e república, economia baseada na escravidão e economia fundamentada no trabalho assalariado livre. Ou melhor, integração de uns e predomínio da exclusão de outros.

¹⁰⁵ Idem. Pp. 54 e 59.

Assim, a crítica daqueles que trabalham a questão específica do viés racial da seletividade penal dirige-se em especial à criminologia crítica clássica, desenvolvida nos países centrais. Não porque seus fundamentos não se apliquem ao caso brasileiro, mas porque as reflexões da criminologia crítica não podem ser transportadas de forma irreflexiva ao nosso caso, onde, conforme já vimos, a questão do racismo e da discriminação racial funcionam como um elemento estruturante de nossas relações sociais. Pode até parecer paradoxo, mas não o é: o que se coloca aqui é uma crítica da criminologia crítica.

Evidentemente o vocábulo crítica no presente contexto não significa refutação, mas reflexão e análise, sem as quais não seria possível uma adaptação correta dos pensamentos desenvolvidos à nossa realidade. Isto porque não só os países centrais, como alguns países da própria América Latina possuem uma composição populacional, sobretudo no aspecto étnico-racial, bem diversa da nossa.

Nesse sentido é que retomamos a abordagem de Ana Luiza Pinheiro Flauzina, quando esta aponta a necessidade de a criminologia crítica no Brasil assumir o racismo como categoria substantiva na estruturação do sistema penal.¹⁰⁶

Desde a época da escravidão, os sistemas públicos e privados de administração da economia dos castigos se pautaram em uma base fundamentalmente corporal. Além das inúmeras práticas de tortura exercidas sobre os negros escravizados, no ambiente das senzalas, nunca é demais lembrar que o Código Criminal do Império (1830) previa as penas de açoite (artigo 113) e de galés (artigo 40), sendo certo que nesta era imposto, aos réus condenados ao desempenho de trabalhos forçados, andar com calceta¹⁰⁷ no pé e corrente de ferro. Com a abolição da escravatura, essa lógica de violência das penas, e seu caráter essencialmente físico, desapareceu da legislação, mas não da atuação do sistema penal. Transmutou-se de execução de pena, em “técnica” de obtenção de “confissões” e “delações”. Sob esse aspecto, importante trazer novamente a obra de Flauzina, onde nos é explicado que, com a abolição:

(...)é preciso avançar ainda mais fortemente sobre os outros níveis de controle. Saindo expressamente das leis, a assimetria teria de ser garantida nas ruas. Esse será então o cenário da discriminação por excelência. Daí a porosidade, a aceitação da criminologia positivista como grande suporte teórico de treinamento policial. Se o chicote sobreviveu aos subterrâneos do sistema penal, foi graças ao aporte do

¹⁰⁶ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Op. Cit. P 15.

¹⁰⁷ Argola colocada no tornozelo de um prisioneiro que se une à sua cintura através de uma corrente de ferro, ligando-o, por sua vez, a um outro prisioneiro.

*racismo que, por meio da criminologia, construiu uma prática policial republicana ciente do seu papel de controle da população negra.*¹⁰⁸

Também Paulo Rangel afirma que com a abolição a tortura continuou nos recintos da Delegacia, “tendo como alvo preferencial os ex-escravos e seus descendentes”. E acrescenta, que ainda hoje, lamentavelmente, diversos instrumentos de tortura são utilizados por policiais torturadores.¹⁰⁹ Qualquer pessoa que acompanha audiências em Varas Criminais, ou possui familiares e conhecidos presos, poderá frequentemente ouvir relatos nesse sentido. Relatos esses que, no mais das vezes, são simplesmente ignorados pelas autoridades presentes aos atos judiciais. Até mesmo o cinema já exibiu essa crua realidade. Como esquecer, por exemplo, as cenas do filme “Tropa de Elite” em que os agentes policiais colocam “sacos na cabeça” das pessoas, inclusive de adolescentes, a fim de obter informações.

No âmbito da cifra dourada da criminalidade, atualmente mais notada e comentada no Brasil, sobretudo a partir da chamada “Operação Lava-Jato”, é frequente a reclamação de advogados no sentido de que a decretação da prisão preventiva de seus clientes é utilizada para forçar uma situação de confissão e colaboração premiada. Não pretendemos aqui adentrar nessa discussão. No entanto, não é possível deixar de reconhecer que, ainda que tais “métodos de convencimento” sejam criticáveis, nada se compara à crueldade dos métodos corporais de “obtenção da verdade” destinados aos jovens, pobres, negros e de baixa escolaridade, clientes preferenciais do sistema penal.

Ademais, a prisão, preventiva ou em razão de condenação, de pessoas dos estratos superiores, embora gere muita repercussão na imprensa – de novo a criminologia midiática – sempre representará uma fração muito reduzida em relação ao conjunto de pessoas efetivamente envolvidas nessas práticas delitivas. Isso para não falar de sua incidência ínfima na proporção do conjunto da população prisional. Não obstante, tais prisões servem a uma tentativa de relegitimação do sistema penal. A forma como as notícias são massivamente divulgadas parece querer dizer: “agora sim, os ricos, políticos e empresários, estão indo para a cadeia. A lei penal alcança a todos.” Ora, no mesmo dia em que Marcelo Odebrecht foi preso, quantos homens e mulheres, em sua maioria negros e pobres, alguns sem que tenham cometido delito algum, também foram presos? Quantas mulheres negras, com crianças muito menores que a prole da senhora Adriana Ancelmo, sem que tenham a menor estrutura para que seus filhos sejam cuidados, encontram-se encarceradas sem que nenhum magistrado lhes

¹⁰⁸ Idem. P. 73.

¹⁰⁹ RANGEL, Paulo. Op. cit. P. 163.

conceda a prisão domiciliar? Zaffaroni, há quase três décadas, já apontava com incrível atualidade que:

Os exemplos costumeiros de efetividade diante de crimes inqualificáveis e aberrações do poder representam apenas o resultado da seleção de alguns executores materiais que podem ser sacrificados com a perda de proteção – por não serem mais úteis a outro poder maior, com o qual entraram em conflito, ou por estar defasado o alinhamento anterior de micropoderes – com a cuidadosa exclusão dos instigadores e cúmplices invulneráveis que se tornam rapidamente funcionais no novo reordenamento desses micropoderes.

Múltiplos são os casos demonstrativos de que, em nossa região marginal, os poderosos só são vulneráveis ao sistema penal quando, em uma luta que se processa na cúpula hegemônica, colidem com outro poder maior que consegue retirar-lhes a cobertura de invulnerabilidade.¹¹⁰

Portanto, observa-se a que a invulnerabilidade penal de nossa elite política e econômica, majoritariamente branca, raramente é atingida e, mesmo quando alguns poucos membros dessa elite chegam a ser alcançados pela lei penal, este fenômeno não se dá de forma isonômica, mas também de forma seletiva, num processo de eliminação de concorrência político-eleitoral e financeira. Não queremos dizer com isso que os raros condenados sejam inocentes: tal afirmação implicaria a necessidade de uma análise processual, caso a caso, a fim de se averiguar eventual ocorrência de erro judicial. O que se pode afirmar, com segurança, é que nem todos os envolvidos nos recentes e tão propagados “escândalos” de corrupção serão punidos. E mais, que, seguramente, alguns desses invulneráveis continuarão, por presença própria ou de afilhados políticos, a influenciar decisivamente o cenário político nacional.

Se, por um lado, punir os privilegiados da sociedade é sempre muito difícil e raro, por outro, punir aqueles que se encaixam no estigma de indivíduo perigoso é bastante fácil. A maioria de pessoas presas que são apresentadas cotidianamente perante os juízes são, apenas, um outro para ele, alguém de um outro mundo. Para melhor esclarecer este ponto, revela-se de imensa utilidade recorrer, mais uma vez, a Paulo Rangel, eminente jurista e, atualmente, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foi o segundo homem negro a tomar posse naquele Tribunal, razão pela qual sua obra possui profundo

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. P108.

conhecimento de causa, não só por seu reconhecido conhecimento teórico, mas também em função de sua larga experiência pessoal.

A sujeição criminal (...) faz crer que certos indivíduos e determinados tipos sociais sejam mais propensos a cometer crimes que outros, dividindo a sociedade entre pessoas de bem e pessoas do mal. O sistema penal faz que os magistrados acreditem nisso e julguem com base nesse conceito equivocado de ser humano. E pior: eles acreditam firme e piamente que são diferentes e que não fazem parte desse mundo. (...) A culpa passa a ser sempre do outro que está no outro mundo, no “mundo bandido”, no mundo dos fora da lei.¹¹¹

O tipo de mentalidade descrita acima por Rangel revela, para dizer o mínimo, uma completa falta de empatia entre a maioria dos magistrados e a maioria dos réus. A dificuldade enfrentada na comunicação entre esses, provocadora de uma intensa e mútua incompreensão, produz, para esses réus, uma grande situação de desvantagem processual. Em muitos casos, uma espécie de condenação prévia, formada pelo juízo de valor perante o acusado que se enquadra no rótulo esperado, antecipa o juízo definitivo de condenação, o qual se reveste de caráter meramente confirmatório.

De fato, tratam-se de pessoas cultural, econômica e socialmente muito diversas. Se, há alguns parágrafos acima, descrevemos o “tipo médio” da pessoa encarcerada no Brasil como sendo homem, negro, jovem (com idade inferior aos trinta anos) e de baixíssima escolaridade, agora passamos a expor o “tipo médio” do Magistrado, segundo dados do IBGE de 2012: homem, branco, com idade entre quarenta e cinquenta anos, e, por exigência da profissão, com escolaridade mínima de ensino superior completo (graduação como bacharel em Direito, ainda que muitos possuam, ainda, outros títulos acadêmicos). Partindo da observação desses dados, acrescenta Rangel que o “perfil do magistrado brasileiro é preponderantemente branco (85%), não fugindo à sua origem socioeconômica, oriundo, em sua grande maioria, da classe média alta, reproduzindo em suas decisões judiciais a vontade e as reflexões das classes dominantes.”¹¹²

Portanto, diante de tal distanciamento, os membros do Poder Judiciário se mostram majoritariamente incapazes de enfrentar a questão da seletividade racial. Pelo contrário, conforme vimos por meio da pesquisa de Adorno, a atuação do Judiciário funciona como reforço da criminalização estigmatizante.

¹¹¹ RANGEL, Paulo. Op. Cit, P. 125

¹¹² Idem P. 129.

No entanto, o primeiro filtro da seletividade não ocorre no Poder Judiciário e sim nas instituições policiais. E nelas a situação é diferente. Os policiais, sobretudo os policiais militares dos níveis mais baixos da hierarquia, também são, em grande parte, negros, moradores de áreas periféricas e oriundos dos estratos sociais mais baixos. Aqui, portanto, a explicação de sua atuação seletiva é mais complexa. Não haveria, em princípio, aquela abissal diferença sócio-econômica e cultural entre “vigilantes” e “vigiados”, do modo como ocorre entre juízes e jurisdicionados.

Aqui a abordagem que se impõe incide na relação dos indivíduos com seu papel social e sua função institucional. Desde sua origem, as instituições policiais cumpriam na esfera pública um papel análogo ao que os feitores e capatazes cumpriam privadamente, ou seja, a defesa dos interesses e a proteção da elite branca, sobretudo dos senhores escravocratas. Conforme já vimos, as práticas das instituições policiais, inclusive já no período republicano, incorporaram, ao menos subterraneamente, os mecanismos violentos do período escravista.

A perspectiva acerca daqueles que deveriam ser protegidos e dos outros que deveriam ser perseguidos, e que, portanto, mereceriam especial vigilância, também seguem padrões semelhantes, reforçados, especialmente, pela difusão das ideologias racistas nas primeiras décadas da república. O abandono do racismo acadêmico e sua substituição pelos discursos da (pseudo) democracia racial revelaram-se incapazes de proporcionar o enfrentamento dessas questões. Pelo contrário, ao negar a existência do racismo em nosso país, o discurso oficial cercou as práticas racistas por uma aura de invisibilidade, a qual não era invisível, evidentemente, apenas para aqueles que a sofriam (e sofrem) na pele. Assim, as instituições policiais puderam seguir a serviço da manutenção do *status quo ante*, que consistia (e consiste) em continuar reproduzindo sua atuação pautada pelo estigma.

Paulo Rangel explica esse fenômeno a partir da concepção de poder desenvolvida por Michel Foucault. Segundo o filósofo francês, o poder “não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso”. Para Foucault, a partir das Monarquias da Época Clássica, foi instaurada uma nova economia do poder paralelamente ao desenvolvimento dos grandes aparelhos de Estado: exército, polícia e administração local. Desse modo, teriam sido estabelecidos novos procedimentos, os quais permitiram fazer circular os “efeitos do poder de forma ao mesmo tempo contínua, ininterrupta, adaptada e individualizada em todo o corpo social.”¹¹³ O que temos, portanto, a partir de Foucault é a rejeição de uma concepção coisificada do poder.

¹¹³ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. P. 8.

Exercer uma função de poder não se confunde com ter poder, porque este não é algo que se detém e, sim, que se exerce.

Nesse sentido, é que Rangel afirma que “o poder funciona e se exerce em rede. Os indivíduos em suas malhas exercem o poder e sofrem sua ação.”¹¹⁴ É a partir desta constatação que ele procurará compreender a relação do policial com a pessoa contra quem sua atuação é dirigida.

Tratando especificamente da Polícia Militar, o jurista carioca afirma que se trata de uma instituição racista, que trabalha com estereótipos e falsas generalizações em relação aos negros e que, no entanto, nega tais práticas sempre que confrontada com esses questionamentos. Não obstante, observa-se uma presença maciça de negros em seus quadros. No entanto, esses policiais negros estariam exercendo um poder que lhes é externo e que, ao mesmo tempo que eles o exercem, também é exercido sobre eles.

Retomando, neste ponto, o que conceituado pelos rotulacionistas, aqui também se encontra presente uma demanda de papel: o que se espera é que o policial tenha farda, não tenha cor. Sua referência estará sempre dirigida a seus superiores, exemplos de liderança e de conduta (ainda que assim não o seja, outra demanda de papel), em cujo discurso é afirmado que estamos em guerra e que o inimigo precisa ser detido ou abatido, aquilo que for mais factível. O policial, por evidente, não se identificará com o “inimigo”, pois este se encontra exatamente no papel negativo, do qual o policial pretende se desvincular. O inimigo se encontra aprisionado a um lugar, simbólico e social, do qual o policial deseja se manter distante, sendo possível que, em muitos casos, já tenha estado nele e que o ingresso na força policial tenha sido um meio de tentar escapar. Ele pretende se inserir em outra posição da rede social, embora acredite que os postos da alta hierarquia não são para ele. Assim, coloca-se a serviço dos níveis hierárquicos superiores para mostrar que não se confunde com o “inimigo”, apesar da já mencionada origem comum. A identificação que poderia ocorrer com os vigiados pelo sistema policial, portanto, cede lugar à identificação do policial com sua função no sistema penal e a uma obediência e lealdade aos comandantes de hoje, expressão hierárquica e institucional dos senhores do período colonial.

Diante de tudo que foi abordado, percebemos que a herança racista que estrutura, ainda hoje, nossas relações sociais, manifesta-se de modo especial no sistema penal. Os números mostram que os negros são maioria nas prisões em flagrantes, nas prisões preventivas e, também, nas prisões em razão de sentenças condenatória. Tal fato, de modo

¹¹⁴ RANGEL, Paulo. Op. Cit. P. 159

algum, significa que os negros cometam mais delitos. De outro modo, o que essa matemática da seletividade nos diz pode ser sintetizado em dois pontos: as pessoas negras são as mais vigiadas, sobretudo por policiais que, por meio de sua atuação truculenta, desejam se diferenciar do perfil das pessoas criminalizadas; e as pessoas negras são as mais condenadas por uma classe de magistrados que se considera pertencente a outras realidade e não é capacitada para se identificar com o lugar desse outro que considera tão diferente de si.

Tais constatações não tem, por objetivo, negar que exista um aspecto da seletividade penal que seja determinado pela condição sócio-econômica do indivíduo criminalizado. O que se pretendeu aqui foi demonstrar que, em particular no Brasil, existe uma singularidade que faz com que o aspecto racial não seja apenas mais uma variável da nossa seletividade penal, mas que se trata de um elemento essencial na compreensão da forma de atuação específica do nosso sistema penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente trabalho pudemos constatar a situação específica da população negra brasileira perante a atuação do sistema penal. Vimos, por um lado, que o quadro atual se desenvolveu a partir de um longo processo histórico, que se iniciou na escravidão, prolongou-se com a afirmação da ideologia racista como principal paradigma acadêmico no final do século XIX e início do século XX e perdurou, ainda que subterraneamente, graças ao escudo protetor negacionista oferecido por outra ideologia – a da democracia racial – a partir dos anos 30 do século passado.

Estudamos, por outro lado, o percurso dos discursos criminológicos, que, desde a época dos reformadores clássicos até os dias de hoje, orienta-se em dois sentidos diametralmente opostos: a) o do Estado policial, fundamentado na Ideologia da Defesa Social, que faz crer que a lei penal se aplica isonomicamente a todos e que a prisão, enquanto instrumento de contenção da criminalidade, é o principal meio de se promover a segurança pública e, portanto, de se defender a sociedade; b) o do Estado de Direito, responsável pela garantia dos direitos fundamentais de todos – ainda que sejam autores ou vítimas de fatos definidos como delito – o qual deve zelar pelo respeito ao Princípio Constitucional da Igualdade, não somente em seu aspecto formal, mas sobretudo em sentido material.

Quando o sistema penal atua de forma distinta sobre as pessoas, isto é, quando alguém é criminalizado pelo que é, e não pela conduta que pratica, temos a incidência do chamado direito penal do autor. Em nossa teoria penal, a pessoa do agente somente poderia ser levada em conta em alguns casos específicos: para a verificação de sua imputabilidade, para fins de dosimetria da pena (análise da conduta social do agente e aplicação da reincidência), para aplicação de situações especiais de cálculo da prescrição em razão da idade etc. No entanto, mais de um século após a abolição da escravatura, as pessoas continuam sendo mais vigiadas, mais perseguidas e, conseqüentemente mais aprisionadas, pelo fato de serem negras.

E no Brasil, ser mais aprisionado, não é uma punição qualquer. Além de todos os efeitos decorrentes do simples aprisionamento, em nosso país a situação se torna ainda mais grave em razão da superlotação. Em junho de 2014 eram 607.731 (seiscentos e sete mil e setecentos e trinta e uma) pessoas encarceradas e o déficit no Sistema Penitenciário era de 231.062 (duzentos e trinta e um mil e sessenta e duas) vagas. Ou seja, a taxa de ocupação se encontrava em 161 %. Certamente, tal situação faz com que os presos estejam mais sujeitos a condições de insalubridade, além de tornar as unidades prisionais mais inseguras, verdadeiros barris de pólvora.

É preciso de uma vez por todas compreender que enjaular pessoas não impede o cometimento de crimes. Pelo contrário, só torna as pessoas mais sujeitas a prática de novos delitos e, possivelmente, delitos ainda mais graves, produzindo aquilo que se chama de escalada criminosa. Manter alguém preso porque reincidiu em crime de furto, ao que tudo indica, não vai fazê-lo parar de furtar, mas pode inseri-lo em um ambiente para a prática de outros crimes, em especial aqueles ligados a organizações criminosas, as quais dominam o funcionamento das cadeias brasileiras.

Assim, se não possuímos, ao menos em curto prazo, uma medida penal que se afigure como substituta plena da prisão, faz-se necessário, ao menos, uma diminuição na sua utilização. A reforma do Código de Processo Penal, com a adoção de medidas cautelares diversas da prisão, ainda não produziu os efeitos desejados, mas, certamente, é um bom caminho a ser perseguido.

Outro aspecto importante seria a recolocação do papel da vítima no direito penal. Não vemos porque a lógica que orienta a Lei 9099 de 1995 – Lei dos Juizados Especiais (LJE), inclusive passando pela composição civil de danos, não possa ser estendida, especialmente, a outros delitos cometidos sem violência ou grave ameaça. Crimes como o furto, a receptação e o estelionato já admitem a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da LJE, mas não estão submetidos aos demais institutos despenalizadores da mesma legislação. Também, poderia se repensar as penas restritivas de direito, para que possam incidir em mais casos.

Quanto ao processo de criminalização primária, há urgência em se rever essa tipificação de tudo. Não é o caso de se proceder, neste breve espaço, a tal análise de dimensões tão amplas. Mas precisamos verificar quais os delitos cuja definição não atendem ao princípio da taxatividade: suas descrições abstratas permitem inserir uma gama mal definida de condutas sob o mesmo tipo penal. Ademais, a tipificação de condutas que não ultrapassam a esfera da autolesão ofendem claramente ao princípio da lesividade.

É preciso sair do meio do caminho. É urgente ser honesto com as pessoas, a despeito de toda a criminologia midiática, e demonstrar que mais gente na cadeia não significa menos crimes nas ruas. Que, se não possuímos condições objetivas de acabar com as prisões, que mantenhamos sua existência como pena subsidiária, reservada àqueles crimes cujo cometimento envolve maior violência e ofensividade à dignidade das pessoas (homicídios, latrocínios, estupro etc.). Pretendemos, com isso, uma inversão do sinal da equação. Se maior população carcerária significa um aumento da seletividade penal racial, acreditamos

que, diminuindo esta população, as diferenças de composição racial no interior das prisões também possam diminuir.

Por outro lado, é preciso se avançar nas políticas que visam promover a igualdade material racial em nosso país. Nosso estatuto da igualdade racial é ainda recente. Outras políticas de ação afirmativa, adotadas em anos anteriores, encontram-se agora em xeque. Não se reverte uma situação que marcou nosso é processo de formação social de forma tão grave, em tão pouco tempo. Continuamos sob a ótica do colonizado. A história da Europa é considerada importante em nossos ambientes acadêmicos, mas a história da África sempre foi relegada à disciplina secundária, mesmo nos cursos de graduação em História. A sua absorção no currículo do ensino fundamental e médio sempre foi objeto das mais profundas resistências. Iniciativas ainda tímidas na publicidade, nas produções televisivas e cinematográficas, impulsionadas pelo Estatuto da Igualdade Racial, têm sido insuficientes para produzir uma outra imagem a respeito das pessoas negras. Ainda há mais espaço dedicado a elas como sujeitos das ações policiais. As políticas de cotas nas universidades e concursos públicos, talvez por serem ainda recentes, não demonstraram ainda todo o seu potencial transformador. Em síntese: o caminho a ser trilhado, em linhas gerais, consiste em diminuir o Estado Policial e aumentar o Estado de Direito. É isto que se impõe para que possamos ter uma redefinição dos nossos papéis sociais.

Se é verdade, conforme canta “O Rappa” que “todo camburão tem um pouco de navio negro”, faz-se necessária e urgente, para usarmos uma expressão de Florestan Fernandes, uma segunda abolição. E acreditamos que esta somente será possível se for resultado da ação coleriva de militantes, acadêmicos, juristas, elaboradores de políticas públicas, população em geral, e, sobretudo, de toda pessoa que já sentiu na própria pele o peso da discriminação. Independentemente da cor de cada um, acreditamos que esta seja uma ação que deveria se impor a todos os que acreditam na dignidade da pessoa humana, como algo que merece ser efetivamente respeitado, protegido e promovido, e não apenas como mais uma cantilena para embelezar artigos de direito constitucional.

Por derradeiro, todas essas assertivas de cunho programático ganham especial sentido, uma vez mais, nas inspiradoras palavras de Paulo Rangel: “a defesa dos direitos do outro constitui a defesa dos meus direitos porque o outro me constitui. Eu sou o outro. Em verdade, somos um só. Não existe a defesa dos direitos do outro, mas, sim, única e exclusivamente, os direitos de um só ente: o da sociedade”.¹¹⁵

¹¹⁵ RANGEL, Paulo. Op. cit. P. 17.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sergio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo. In Novos Estudos CEBRAP. Nº 43. NOVEMBRO 1995. BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao direito penal brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro: TRF 2. Região, 2008.
- CARDOSO, Lourenço. *Retrato do Branco Racista e Anti-Racista*. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC - 2010. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/reflex/article/view/1279/1055>> Consultado em 03 de abril de 2007.
- CARVALHO, José Maurício de. A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale. Disponível em: <http://www.cdpb.org.br/teoria_tridimensional_do_direito.pdf> Consultado em 11 de abril de 2017.
- CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da reação social. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CERVINI, Raul. Os processos de descriminalização. Tradução de Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relatório:Um ano de Audiência de Custódia no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3281-Audiencia-de-custodia-evitou-a-prisao-de-duas-pessoas-por-dia>> Consultado em 15 de maio de 2017.
- FERNANDES, Florestan. A Integração do Negro na Sociedade de Classes. Disponível em <<https://ayrtonbecalle.files.wordpress.com/2015/07/florestan-fernandes-a>

integrac3a7c3a3o-do-negro-na-sociedade-de-classes-vol-i-o-legado-da-rac3a7a-branca.pdf> Consulta realizada em 20 de maio de 2017.

- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo Negro Caído No Chão: O Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.cddh.org.br/assets/docs/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf> Consultado em 03 de abril de 2017.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- _____. *Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)*. Tradução de Andréa Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.
- _____. *Microfísica do Poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- GORENDER, Jacob. *Brasil em preto & branco: o passado escravista que não passou*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013.
- LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso da Servidão Voluntária*; tradução de Casemiro Linarth. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- LASSALE, Ferdinand. *Que é Uma Constituição?* Tradução: Walter Stönnner. Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>> Consultado em 03 de abril de 2017.
- LEAL, Bruno Bianco; MACHADO, Diego Pereira; e SANCHES, José Roberto (Organizadores). *Igualdade Racial: Histórias, Comentários ao Estatuto e Igualdade Material*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil. Volume I: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo: Colônia*. 1ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *O Negro na Ordem Jurídica Brasileira*. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67119/69729>> Consultado em 03 de abril de 2017.

- RANGEL, Paulo. A Redução da Menor Idade Penal: Avanço ou Retrocesso Social? A Cor do Sistema Penal Brasileiro. 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2016.
- ROBERT, Philippe. Sociologia do Crime. Tradução de Luis Alberto Salton Peretti. 3ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.
- RODRIGUES, Nina. As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brazil. P.117. Disponível em: <http://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Direito/As_racas_humanas_responsabilidade_penal_Brasil.pdf> Consultado em 02 de fevereiro de 2017.
- SILVA Jr., Hédio. Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência. 1ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- SISS, Ahyas (org.), Diversidade Étnico-Racial e Educação Superior Brasileira: experiências de intervenção. Rio de Janeiro: Quartet, 2008.
- WACQUANT, LOIC. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- WEBER, Max. Ciência e política. Duas vocações. tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 20ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1991.
- _____. A Questão Criminal. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.