

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRASIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**SELETIVIDADE PENAL: O CRIME IMPERA NA ONDE A HUMANIDADE NÃO
CHEGA**

Núbia Fernanda Feltrim Fontolan

Presidente Prudente/SP

2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRASIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**SELETIVIDADE PENAL: O CRIME IMPERA NA ONDE A HUMANIDADE NÃO
CHEGA**

Núbia Fernanda Feltrim Fontolan

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Cláudio José Palma Sanchez.

Presidente Prudente/SP

2020

**SELETIVIDADE PENAL: O CRIME IMPERA NA ONDE A HUMANIDADE NÃO
CHEGA**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Cláudio José Palma Sanchez
Orientador

Glauco Roberto Marques Moreira
Examinador 1

Gabriel Teixeira Santos
Examinador 2

Presidente Prudente, 15 de junho de 2020

Qualquer um pode julgar um crime tão bem quanto eu, mas o que eu quero é corrigir os motivos que levaram esse crime a ser cometido.

Confúcio – Pensador e Filósofo

Apresento esse trabalho em homenagem a todos aqueles que estiveram ao meu lado durante minha trajetória acadêmica, principalmente a minha família que me apoia e dá forças a todo momento.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus e ao Universo que me fizeram chegar até aqui mesmo pensando em desistir muitas vezes, cada obstáculo vencido nos faz vencedor.

Minha eterna gratidão aos meus pais Mayra Regina Feltrim Fontolan e Angelo Ricardo de Barros Fontolan, que se esforçaram ao longo desses anos e continuam se esforçando para que eu alcance meus objetivos. Ao meu irmão Pedro Fontolan e minha cunhada Mariana Guerra que acompanham minha trajetória acadêmica e sempre me apoiam. Aos meus avós Clébio, Nazaré e Lenita que fazem de tudo por mim. Obrigada família por ter me dado o suporte necessário para a conclusão desse curso. Ao meu namorado José Victor Melo, que chegou a pouco na minha vida, mas que se faz presente na finalização dessa etapa, sou grata pela sua tranquilidade e paciência, obrigada por estar do meu lado nesse momento tão importante.

Agradeço também ao meu orientador Cláudio José Palma Sanchez e ao corpo docente da faculdade Toledo Prudente, que me passaram grande parte do conhecimento necessário para a realização desse trabalho.

As minhas amigas Anna Clara, Micaela, Pamella, Pietra e Gabriella que me acolheram com muito amor durante a minha caminhada, que sempre me ajudaram e ajudam quando necessário, que tiveram paciência para lidar comigo nos dias mais difíceis, que não me deixaram desistir em nenhum momento.

A todos os outros colegas que tive o prazer de conhecer durante o curso e que muita me ajudaram compartilhando a matéria e o conhecimento adquirido.

Meu coração se faz eternamente grato a todas as pessoas que estiveram presente durante esses anos, me apoiando, dando forças, amor e compreensão, e assim me ajudaram a alcançar esse objetivo. Agradeço o final desse ciclo.

RESUMO

A presente dissertação possui como objetivo analisar o Sistema Penal Brasileiro e o Sistema Processual Penal, a fim de descobrir a origem do tratamento desigual realizado pelo Estado diante determinadas classes sociais, levando em consideração principalmente a cor e a questão financeira, fenômeno chamado de seletividade do sistema penal. Visa ainda, definir o conceito da seletividade penal e quais são suas consequências, com base em fatos ocorridos nos últimos tempos, que geraram a indignação da população devido à aplicação abusiva da pena em crimes praticados por pessoas de classes inferiores, que na realidade não eram os verdadeiros autores dos crimes, o que mostra que na maioria das vezes o Direito Penal é aplicado na sua forma mais severa e injusta, causando medo na sociedade ao invés de assegurar a todos os indivíduos a tutela dos bens considerados mais importantes no convívio de uma sociedade. Desse modo, serão estudados dois momentos principais que compõe a seletividade do Direito Penal, sendo definidos como criminalização primária e criminalização secundária, o que quer dizer que a seleção do sistema se faz desde a escolha de determinados comportamentos sociais até a efetiva punição do Estado por meio da lei penal configurada com base na seleção dos comportamentos que geraram a prática de determinados delitos. Utilizando como base pesquisas bibliográficas e estudos de casos reais, o trabalho abordará por fim, as principais soluções para evitar que o sistema cometa injustiças advindas da seletividade de um sistema que visa aplicar o Direito Penal em sua maior severidade, como se fosse o melhor meio para punir aqueles que muitas vezes nem chegaram a cometer o delito, sendo verdadeiras vítimas de um Estado que deveria garantir a proteção e aplicação dos Direitos Fundamentais a todos os indivíduos, sem distinção de raça ou classe social.

PALAVRAS-CHAVES: Seletividade Penal. Direito Penal. Direito Processual Penal. Direitos Fundamentais. Classes Sociais. Tratamento desigual. Tratados internacionais. Sistema Carcerário. Direito Penal do Equilíbrio.

ABSTRACT

This present dissertation aims to analyze the Brazilian Penal System and de Criminal Procedural System, in order to find out the origin of unequal treatment performed by the State certain social classes, taking into consideration mainly the color and de financial question, phenomenon called selectivity of the penal system. It also aims to define the concept of criminal selectivity in recente times, which generated the indignation of the population due to abusive application of the penalty in crimes committed by people from lower classes, who were not the real perpetrators of the crime, which shows that most of the criminal law is applied in its most severe and unfair form, causing fear in society rather than ensuring to all individuals and protection of the goods considered most important in the coexistence of a society. In this way, two main moments which make up the selectivity of criminal law will be study, being defined as primary criminalization and secondary criminalization which means that the selection of the system is made from the choice of certain social behaviors that generated the practice of certain crimes. Using as a basis researches and studies of real cases, the work will finally address the main solutions to prevent the system from committing injustices derived from the selectivity of a system that aims to apply criminal law in its greatest severity, as if it is best way to punish those who often did not even committed the crime, being true victims of a state that should ensure the protection and aplication of Fundamentals Rights to all individuals, regardless of race or social classes.

KEYWORDS: Penal Selectivity. Criminal Law. Criminal Procedural Law. Fundamental Rights. Social Classes. Unequal Treatment. International Treaties. Prison System. Balance Criminal Law.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Presos em Unidades Prisionais no Brasil.....	49
Figura 2 - População Prisional por Ano	49
Figura 3 - Quantidade de Incidência por Tipo Penal	50
Figura 4 - População Indígena.	50
Figura 5 - Histórico de Presos Provisórios.....	51
Figura 6 - Presos Provisórios.	51

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A ORIGEM DA SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL	12
2.1 O Direito Penal Brasileiro	12
2.2 Escravidão: O Ponto Inicial da Injustiça	18
3 O QUE É A SELETIVIDADE PENAL E COMO ESSE FENÔMENO SE DESENVOLVE	25
3.1 Criminologia e a Escola Internacionalista/ <i>Labelling Approach</i>	29
3.2 Os Tipos de Criminalizações e as Instâncias de Controle.....	31
3.3 O Fenômeno Relatado em Casos Verídicos: O Catador de Recicláveis Rafael Braga e o <i>DJ</i> Leonardo Nascimento	36
4 APLICAÇÃO E CUMPRIMENTO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA CARCERÁRIO	40
4.1 Os Direitos Humanos dos Apenados: A Diferença Entre a Teoria e o Contexto Fático	40
4.2 A Relação entre Constituição Federal, Lei de Execução Penal e os Tratados Internacionais.....	43
4.3 Os Efeitos da Violação aos Tratados Internacionais no Âmbito do Sistema Prisional Brasileiro.....	45
4.4 Associação de Proteção e Assistência ao Condenado	46
5 ÍNDICES ESTÁTICOS	49
6 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

O corrente estudo foi realizado com a finalidade de esclarecer a origem e as consequências da seleção realizada pelo sistema penal brasileiro diante de determinados indivíduos que são vistos como alvos fáceis de severas punições realizadas pelo Estado em face de infrações de pequena importância, que muitas vezes, devido a excessiva divulgação realizada pelos meios de comunicação tornaram-se casos marcantes de injustiça e violação dos direitos humanos inerentes a todo e qualquer cidadão.

A Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, asseguram que diante da lei todos são iguais, independentemente da cor, raça, etnia ou classe social. No entanto para o Direito Penal brasileiro essas distinções são usadas para rotular indivíduos de certas classes sociais que são fadados a prática de delitos.

Não se trata de um fenômeno recente, visto que há décadas aqueles que são desprovidos de recursos econômicos e em sua maioria, de origem afrodescendente sofrem frequentemente com o preconceito e o descaso cometidos principalmente nas etapas de criminalização. É simples chegar a essa conclusão ao refletir no modo de abordagem de um policial em relação a um cidadão branco, aparentemente de classe social média e de outro lado, um cidadão de classe social baixa e negro, a situação se agrava mais ainda se esse sujeito não possuir nesse momento nenhum documento que comprove sua origem ou intenção.

Desse modo, através dos métodos de estudo indutivo e dedutivo, o primeiro capítulo investigou qual é a origem dessa seleção realizada pelo Direito Penal Brasileiro e quais são suas consequências dentro de um contexto histórico e social, analisou ainda se essa seletividade viola os princípios que guiam o sistema penal, elencados na Constituição Federal de 1988 e em tratados internacionais.

Posteriormente, o trabalho em questão definiu o conceito de Seletividade Penal por meio da descrição de fatos verídicos e marcantes, e como esse fenômeno ocorre com constância dentro do sistema prisional, causando danos psicológicos e físicos irretratáveis naqueles que recebem tratamentos severos apenas por serem de determinada raça ou classe social.

Foi estudado também a aplicação dos tratados internacionais no Sistema Penal Brasileiro, diferenciando a teoria da realidade, e quais são os

principais efeitos de uma execução incoerente desses tratados, que geram falhas graves na estrutura carcerário brasileira. Os tratados internacionais são considerados a fonte geradora dos direitos humanos que devem ser conferidos a todos os seres humanos, inclusive aos indivíduos que estão privados da sua liberdade pelo sistema penitenciário.

Nesse âmbito foi importante voltar a atenção para a aplicação de um Direito Penal mais equilibrado e menos injusto, havendo a necessidade do Estado cumprir os seus deveres, sanando as necessidades principalmente daqueles que mais necessitam de atenção, sendo considerados minorias dentro de uma sociedade, mas que na realidade compõe a maioria, no que se refere a saúde, educação e lazer, para que não seja preciso a aplicação de um Direito Penal máximo, ou seja, a ideia é que sua aplicação seja executada em última instância, apenas quando há necessidade, e não como o principal meio solucionador de conflitos.

Por fim, com base na análise dos índices estatísticos, foram extraídas importantes conclusões sobre esse fenômeno que se faz tão presente no Brasil desde o momento em que há a escolha dos comportamentos que devem ser proibidos, momento este chamado de criminalização primária, até o momento da criminalização secundária, que determina aqueles que deverão responder pelos delitos praticados, chegando a conclusão de que o Direito Penal, em regra, foi criado para um determinado grupo de indivíduos.

2 A ORIGEM DA SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL

2.1 O Direito Penal Brasileiro

O Direito Penal é conceituado pela doutrina como um segmento do Direito Público que possui o objetivo de estudar os valores fundamentais para o estabelecimento de uma convivência pacífica em sociedade, ou seja, é um direito que o Estado exerce por meio de regras que determinam os fatos que violam a paz social, acompanhados de um conglomerado de normas jurídicas que garante a proteção dos bens jurídicos através da estipulação de medidas de segurança e penas.

Ocorre que nem sempre houve essa conceituação, pois antes do surgimento da escrita e da formação do Estado havia um Direito Penal primitivo sendo caracterizado pela transmissão oral das regras que eram tradicionalmente conservadas. Nesse período, de um modo geral, os direitos eram definidos pelos costumes das tribos, clãs ou etnias e assim eram numerosos e guiados pela religião, fato este gerador da confusão entre direito, moral e religião. Ressalta-se ainda que frente a prática de um delito além da vítima se sentir ofendida e reagir, seus parentes e sua tribo ou clã reagiam também, acarretando grandes lutas grupais, o que levou a necessidade da limitação da extensão da pena, para que tal recaísse apenas sobre o autor do crime cometido. Todo esse enredo foi denominado de vingança penal, e sobre o referido período Estefam (2019, p.67) faz o seguinte comentário:

Anote-se que o direito penal indígena, dado o seu primitivismo e diante de nosso processo de colonização, em nada influenciou o Direito Penal brasileiro da atualidade. O choque de civilizações decorrente da chegada dos portugueses em nossas terras resultou num desfecho inevitável, em que a cultura mais desenvolvida, seja pela força, superioridade ou astúcia, sobrepujou a dos indivíduos colonizados.

O Brasil dispunha de uma realidade parecida com o que estava acontecendo no mundo, pois com o seu descobrimento, momento este anterior a dominação de Portugal, o país era habitado por uma civilização primitiva que também adotava a vingança privada para lidar com os constantes conflitos que ocorriam entre as tribos que possuíam níveis diferentes de desenvolvimento, no

entanto eram marcadas pelo misticismo, destacando-se os ritos antropofágicos, a designação de troféus e a vingança dos familiares mortos, assim eram caracterizadas as guerras. As punições existentes nesse período não fizeram parte do sistema jurídico.

Posteriormente, houve o período do descobrimento até a independência do Brasil, sendo marcado pelas Ordenações de Portugal, como por exemplo, as Ordenações Afonsinas de 1446 e as Ordenações Manuelinas que perduraram até a Compilação de Duarte Nunes de Leão de 1569, no entanto essas ordenações não obtiveram sucesso diante da nova colônia. Nesse momento já começam a surgir alguns traços de seletividade dentro do sistema, pois as cartas de doação que eram destinadas aos senhorios eram fontes de poder para os donatários que possuíam um forte arbítrio para aplicar o Direito do modo que lhes convinham.

As Ordenações Filipinas estabeleceram a legislação penal por meio do seu Livro V, e foi promulgada por Felipe II em 1603, sendo essas as que mais duraram no Brasil. O autor Silva descreve bem o referido cenário (1996, p. 56-60):

As Ordenações Filipinas possuíam o crivo medieval, e eram arcaicas já na sua época. O jurista português, Melo Freire, citado por Edmundo Oliveira, menciona os graves defeitos apresentados pelas Ordenações Filipinas: 1) confundiam o Direito com a Moral e a Religião, numa ocasião em que a Renascença se abeberava nos estudos de Aristóteles e Platão, constituindo um absurdo se manter, em pleno século XVII, uma legislação que persistia nessa confusão; 2) erigiam em um crime o vício (crime moral e o pecado); 3) estabeleciam sistema cruel de penas, tais como a morte civil, o degredo para o Brasil e para a África; 4) sancionavam a desigualdade perante a lei. Se fosse um nobre o delinquente, deveria este comparecer à Corte para prestar depoimento sobre o ato delituoso e verificar qual a sentença, geralmente branda, que lhe seria atribuída. A pena de morte podia ser: pena de morte natural (enforcamento no pelourinho, seguindo-se de sepultamento); morte natural cruel (dependia do arbítrio do juiz, sendo frequente a morte na roda). Morte natural pelo fogo (o réu era queimado vivo); morte natural para sempre (enforcamento, devendo o cadáver ficar exposto até o apodrecimento). Além da pena de morte, havia sanções pesadas como mutilações, confisco total de bens e degredo; 5) o não conhecimento do chamado princípio da personalidade do Direito Penal, que se traduz no princípio de que a pena não pode passar da pessoa do delinquente, visto que, vez por outra, os descendentes do acusado eram, também, atingidos pela sentença penal, durante a vigência das Ordenações Filipinas; 6) abusavam das penas infames, da pena de morte e pena de morte civil. A sentença de Tiradentes e outros participantes da Inconfidência Mineira retrata a hediondez da legislação aplicada no Brasil, à época.

A fase imperialista do Brasil é caracterizada pela junção do escravismo com o latifúndio, ou seja, a tutela penal era destinada a propriedade privada, o que conseqüentemente gerava desigualdade entre as pessoas da alta sociedade e os

escravos, que sofriam constantes humilhações por serem visto não como seres humanos, mas como meros objetos, sendo cruelmente explorados em seus trabalhos por pequena parte da sociedade burguesa que possuía o poder econômico. Nas palavras de Sodré (1997, p. 40-41):

A ideologia da classe dominante colonial é a da metrópole, na fase açucareira: o senhor de engenho próspero é uma espécie de mandatário, de procurador da classe dominante metropolitana e os poderes que ela exerce, em Portugal, através do Estado, são os poderes delegados aos seus representantes na colônia. Trata-se de uma ideologia escravagista e feudal, a que a legislação atende com rigor: discriminatória, racista, resguardando-se em elementos os mais diversos, que vão do modo de trajar ao preconceito de religião e de cor.

A independência do Brasil ocorreu em 1822, trazendo consigo a primeira Constituição de 1824 e o princípio da legalidade, porém não houve mudanças significativas na tutela do direito penal. Ulteriormente foi sancionado o Código Criminal de 1830, pelo imperador Dom Pedro I, havendo dois projetos, um do Bernardo Pereira de Vasconcellos, que constituiu o primeiro Código autônomo da América Latina, e outro de José Clemente Pereira, que apesar de não prevalecer, foi considerado um Código inovador. O Código Criminal de 1830 teve como influências convicções de Bentham, Beccaria e Mello Freire, reflexos do Código Penal Francês de 1810, do Código da Baviera de 1813, do Código Napolitano de 1819 e no Projeto de Livingston de 1825.

O doutrinador Sbardelotto dispõe em seu livro sobre o primeiro Código Criminal (2001, p. 64):

A despeito dos avanços que podem ter sido instalados com o advento do Código de 1830, são apontados vícios inaceitáveis, mormente por estabelecer discriminação entre os criminosos, com tratamento mais rigoroso para os escravos, na medida em que somente a eles ainda aplicava-se a pena de galés e a pena de morte, inobstante a Constituição assegurasse a igualdade de todos perante a lei. Havia, pois, um descompasso em relação ao Código Penal, pois o escravo recebeu nele tratamento desigual.

Nota-se que desde a época da independência do Brasil já havia um tipo selecionado destinado a sofrer com as graves punições do primeiro Código Criminal que refletia o ambiente social de uma nova colonização na qual uns eram destinados ao senhoril e a maioria era destinada ao escravismo. O Direito Penal no período imperial é bem descrito ainda pelo autor Sbardelotto (2001, p. 65):

Identifica-se, portanto, no período imperial, um modo de produção ainda baseado na cultura escravagista, de exploração da mão-de-obra escrava, verificando-se reflexos dessa estrutura social em todos os âmbitos do Direito. Em que pese não se perceber qualquer conotação normativa de cunho escravocrata na Constituição de 1824, também o exercício dessa forma de exploração humana não era vedado. Em decorrência, a possibilidade de submissão do ser humano à condição de objeto estava aberta já na Consolidação das Leis Civis, ao prever a possibilidade de o homem servir de objeto de propriedade, de negócio, definindo os escravos como semoventes (artigo 42 da Consolidação das Leis Civis). Quanto ao Direito Penal, destarte, conforme antes referido, verificou-se um desequilíbrio na tutela de proteção dos bens jurídicos ligados aos detentores do poder econômico em detrimento dos demais cidadãos, mormente aqueles seres humanos submetidos à escravidão. A punição destes era admitida no âmbito privado, com castigos físicos, enquanto o julgamento dos cidadãos livres somente poderia ser praticado pela justiça pública (art.14, §6º, do Código Criminal). O crime de insurreição, praticado por qualquer pessoa ou grupo, era punido com a pena de morte para os líderes (artigos 113 e 115 do Código Criminal). Sob esse prisma, pode-se concluir a relevância conferida aos bens jurídicos que visavam à manutenção da propriedade privada e do establishment, mantido por pequeno grupo de grandes proprietários de terra. Aliás, a pena então estabelecida à insurreição era idêntica ao homicídio (art.129 do Código Criminal), em nítida demonstração, ao mínimo, da equiparação axiológica entre a propriedade e a vida humana. Incensurável, por outro lado, conclusão no sentido da prevalência da tutela dos valores patrimoniais em detrimento da vida humana, quando conjugada a desumanidade a que se submetiam os escravos, além da pena possivelmente imposta à violação da estrutura de poder econômico. Ver-se-á, guardadas as proporções, que essa ideologia perdura no sistema penal brasileiro, na atualidade.

Sobre o Código Imperial, discorrem os doutrinadores Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 196):

O Código Imperial, como já deixamos assinalado, apresenta um texto retributivo, ou seja, marcado pelo pensamento contratualista de seu tempo, ainda que apresentasse ideias de BENTHAM. Seu sistema de “penas fixas”, tabuladas quase que matematicamente, constitui herança do pensamento francês da Revolução. Uma de suas mais importantes contribuições está na maneira como regulava a multa, que era estabelecida de acordo com o sistema do dia-multa, com uma grande analogia com aquele que, no século XX, se conhece como “sistema nórdico”.

O código contemplava a pena de morte. Não obstante, um caso em que ela foi imposta a um inocente (Mota Coqueiro), impressionou tanto a D.Pedro II que este comutou todas as sentenças posteriores em que ela seria aplicada.

O sentido liberal do código foi neutralizado, numa certa medida, através de leis processuais, como a de 10.06.1835, que cuidava do julgamento dos escravos que tivessem atentado contra a vida e segurança de seu senhor ou de suas famílias. Esta lei manteve-se em vigor até 1886. Outra lei, esta de maior duração, foi a de 1841, que criou o inquérito policial.

Com o fim do modelo imperial nasce o período da República em 1889, havendo à abolição da escravidão e por consequência a passagem do modelo escravagista de produção para o modelo de produção não-servil, sendo marcado pelo início da industrialização, havendo também a separação entre o Estado e a Igreja Católica.

Essas mudanças refletiram diretamente no sistema punitivo brasileiro, havendo assim uma reformulação no Direito Penal Brasileiro, passando a vigor o Código Penal da República em 1890. Apesar das penas passarem a ser humanizadas, o referido Código recebeu inúmeras críticas devido a falha na técnica legislativa e a incongruência gramatical.

Esse momento histórico foi pautado por um tratamento penal baseado na liberdade e na igualdade entre os cidadãos, o que quer dizer que já não havia mais distinções penais entre homens livres e escravos, devido a implantação do igualitarismo liberal gerado pela extinção dos delitos de insurreição de escravos. Surge aqui também o crime de sonegação de impostos, destinados aos tributos de entrada, saída e consumo de mercadorias, o que era para ser destinado a toda a população acabou afetando as classes menos abastadas, devido ao fato de que os produtos que entravam e eram consumidos possuíam o preço dos tributos que eram recolhidos pelas classes altas.

Os traços seletivos do Direito Penal passam a ficar mais evidentes quando não se institui nessa época os impostos sobre a circulação de mercadorias e a propriedade territorial rural, que estavam previstos desde a Constituição de 1891, não havendo assim a aplicação do crime de sonegação de tributos, fato que colocava as classes economicamente e socialmente dominantes em uma posição ainda mais privilegiada. É possível constatar que esse tratamento diferenciado existe ainda hoje, visto que, a Constituição de 1988 dispõe em seu artigo 153, inciso VII que *“Compete à União instituir impostos sobre: VII – grandes fortunas, nos termos da lei complementar.”*

Assim, nota-se que não há uma conceituação sobre a expressão “grandes fortunas”, que ainda se encontram livres de impostos, e desse modo o crime de sonegação de tributos dessas grandes fortunas não é passível de punição penal ou administrativo-tributária, sendo um delito de tamanha gravidade mas que não recebe as punições adequadas por normalmente ser praticado por pessoas que detém poder econômico e alta influência no meio em que vivem.

O Código da República gerou uma infinidade de leis penais esparsas que compuseram a Consolidação das Leis Penais por meio do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, feita pelo desembargador Vicente Piragibe, apesar de ser uma importante referência, não se trata da inovação da legislação penal.

Em relação ao Código de 1890, os autores Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 197) fazem o seguinte comentário:

O Código de 1890 foi sumamente criticado, mas cremos que essas críticas não possuem tanto fundamento como se tem apregoado. Frequentemente refere-se a ele como possuidor de um texto arcaico e defeituoso, e essa afirmação não tem sido objeto de uma revisão séria. Muitas dessas críticas exsurtem mais como fruto da vaidade e da incompreensão. Não obstante as críticas, o primeiro código penal republicano possuía um texto liberal, clássico, que simplificou o sistema de penas do Código anterior, ponto que, para seu tempo, significou um sensível avanço sobre o texto do código imperial, inspirado que foi nos melhores modelos disponíveis (é notória a influência do Código italiano de Zanardelli, de 1889 e do holandês, de 1881). Apresenta, também, um significativo paralelo com outro texto, de semelhante inspiração, que é o código venezuelano.

O Brasil enfrentava inúmeras mudanças nessa época, sendo marcado principalmente pelo fim do modelo escravagista, e pela mudança na estrutura latifundiária apoiada na produção do algodão e do café realizada pela mão-de-obra dos imigrantes. Desse modo, surgia uma nova divisão social advinda do início da industrialização e do capitalismo, sendo composta pela classe burguesa que se dividia em comerciantes, colonato, donos de indústrias, e pela classe média urbana, guiados por princípios iluministas, nascendo então o igualitarismo jurídico formal, o direito de igualdade entre os trabalhadores espelhado ainda nas lutas pela libertação dos escravos.

Nesse âmbito, entrou em vigor o novo Código Penal, concebido pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que vige até os dias atuais, e tem como reflexo um Direito advindo do retrato social daquela época, trazendo algumas alterações em leis esparsas. Segundo Marques (1954, *apud* SBARDELOTTO, 2001, p. 69-70): “O novo Código Penal é eclético, pois concilia sob seu texto o pensamento neo-clássico e o positivismo como bem salienta a exposição de motivos. Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva.”

O professor Sbardelotto (2001, p. 72) tece o seguinte comentário sobre o vigente Direito Penal:

O Direito Penal tem-se mantido, no Brasil, ligado ao cerne de suas origens, protegendo bens jurídicos de interesse individual, relegando a plano secundário, quando não totalmente desconsiderados, os direitos coletivos ou sociais ofendidos pela criminalidade graduada. As propostas sugeridas acerca da legislação cingem-se em torno do paradoxo da penalização acentuada e da disseminação de indultos e leis esparsas conflitantes. Há um intenso desequilíbrio na proteção de bens jurídicos. Sintoma dessa dessintonia é perfeitamente identificado quando efetuada prospecção e análise da parte especial do Código Penal vigente e legislação extravagante. [...]

Diante da breve exposição dos fatos históricos que construíram o Direito Penal brasileiro, nota-se que a aplicação do direito sempre foi destinada de modo desigual em relação as classes sociais, de um lado havia a existência de condutas negativas graves praticadas por indivíduos que faziam parte da alta sociedade mas que não eram devidamente punidas, como exemplo temos o delito de sonegação de impostos que foi amparado por uma legislação falha durante muito tempo, que não previa a devida punição penal para a sonegação de impostos sobre grandes fortunas. O outro lado era ocupado pelos indivíduos da classe subalterna que ao praticar qualquer conduta que desagradasse os detentores do poder, sofriam as mais severas punições, a Lei de 10 de Junho de 1835 bem demonstra essa realidade, regulando por cinquenta e três anos a imposição da pena de morte dos escravos.

2.2 Escravidão: O Ponto Inicial da Injustiça

Não há como falar sobre a seletividade do sistema penal sem mencionar a formação da população negra no Brasil e suas consequências. Acredita-se que os primeiros africanos chegaram ao Brasil entre os anos 1516 e 1526, mas apenas a partir do século XVI foi intensificado o fluxo para a Colônia, momento em que eles eram tirados de forma brutal de seu país para servirem as classes médias e altas, como escravos faziam parte de um modo de exploração econômico desumano, o qual não foi contestado pela Coroa e pela Igreja do século XIX, assim como descreve o professor Fausto (2003, p. 52):

Por outro lado, nem a Igreja nem a Coroa se opuseram à escravização do negro. Ordens religiosas como a dos beneditinos estiveram mesmo entre os grandes proprietários de cativos. Vários argumentos foram utilizados para justificar a escravidão africana. Dizia-se que se tratava de uma instituição já existente na África e assim apenas transportavam-se cativos para o mundo

cristão, onde seriam civilizados e salvos pelo conhecimento da verdadeira religião. Além disso, o negro era considerado um ser racialmente inferior. No decorrer do século XIX, teorias pretensamente científicas reforçaram o preconceito: o tamanho e a forma do crânio dos negros, o peso de seu cérebro etc. “demonstravam” que se estava diante de uma raça de baixa inteligência e emocionalmente instável, destinada biologicamente à sujeição.

Durante muito tempo o negro foi visto apenas como um objeto a ser explorado e punido, no aspecto jurídico ele era visto apenas como uma coisa e não como um ser humano, até que começaram a nascer pensamentos abolicionistas, sendo iniciado pela promulgação da Lei que visava extinguir o tráfico negreiro, em 7 de novembro de 1831, que apesar de proibir a importação de escravos pelo Brasil acabou gerando o efeito contrário, pois com tal proibição iniciou-se o comércio ilegal de escravos com altos custos, fato que beneficiou economicamente os traficantes e causou o aumento das mortes dos africanos que eram jogados em alto mar quando um navio negreiro se deparava com as armadas inglesas.

A partir de 1845 a Inglaterra passou a intervir severamente para que ocorresse o fim do tráfico de africanos, até que em 1850 tal prática foi drasticamente suprimida. Outras leis abolicionistas passaram a ter vigência na direção de mudar o sistema escravista para o sistema de mão de obra livre, uma das leis mais importantes na história do Brasil foi a Lei Áurea, assinada em 13 de maio de 1888 pela Princesa Isabel, no entanto, cinquenta e três anos antes desse fato passava a entrar em vigor a Lei de 10 de junho de 1935, que regulava de forma bárbara, a imposição da pena de morte aos escravos.

Em um contexto no qual prevalecia o iluminismo e o liberalismo, a referida Lei, também chamada de Lei da Morte, andava em direção contrária aos princípios liberais enaltecidos pela Constituição de 1824 e pelo Código Criminal vigente a época, o mestre em história Ribeiro (2005, p. 07) cita em sua obra os quatro pontos atacados por Beccaria em relação a pena de morte, assim disposto:

Beccaria atacou a pena de morte em quatro pontos: discípulo de Rousseau, contesta que o contrato social desse aos outros o direito de matar; quanto à utilidade da pena de morte, a experiência de vinte séculos de execuções semanais mostrou que o medo do último suplício jamais impediu os homens de ofender a sociedade; quanto à exemplaridade da pena de morte, considerava que a pena capital não era, para a maioria dos homens, senão um espetáculo, e, para os outros, o objeto de uma desdenhosa piedade. O espetáculo de execução capital não provocava o “terror salutar” que pretendia como exemplo. Por fim, quanto à necessidade da pena de morte, baseada no fato de que todos os séculos e todos os povos prescreveram a

pena capital para certos delitos, Beccaria contra argumentava que a histórica da humanidade oferecia o quadro de um vasto oceano de erros. A impressão causada pelo espetáculo da execução capital era fugidia, passageira. Mas o exemplo de infelizes expiando a cada dia seu crime impressionaria mais que o rápido suplício. Não era a intensidade da pena que produzia o maior efeito, mas sua duração.

A referida lei foi apenas mais uma demonstração da posição execrável que os escravos eram submetidos, pois o único requisito para ser submetido ao processo diante da Lei de 10 de junho de 1935 era ser escravo, os considerados africanos livres e libertos seriam submetidos ao Código Criminal de 1830, assim como dispunha o artigo 1º da mesma:

Art.1º - Serão punidos com a pena de morte os escravos, ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente, ou fizerem qualquer outra grave ofensa física a seu senhor, sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, ao administrador, feitor e as mulheres que com eles viverem. Se o ferimento, ou ofensa física forem leves, a pena será de açoites, à proporção das circunstâncias mais ou menos agravantes.

Em relação a condição de africano livre o autor Ribeiro (2005, p. 362) faz a seguinte ponderação:

Para evidenciar a condição de africano livre, o réu deveria provar que fora importado após a Lei de 7 de novembro de 1831, que proibia introdução de africanos no Brasil – *a lei para inglês ver*. Pelos termos dessa falácia os que fossem apreendidos deveriam ser reexportados para a África, mas a política imperial assim não o fez. Preferiu transferir seus serviços para diversas repartições do governo ou para particulares; passavam, então, a serem chamados de “africanos livres”. Os que não eram apreendidos, a imensa maioria, implicitamente eram considerados escravos. Salvo nas ocasiões em que o escravo tinha de ver-se com a justiça, aquando de um inventário litigioso, uma falência, um julgamento criminal, capital ou não, as causas de liberdade fundadas na lei de 7 de novembro de 1831 foram raras. Após a bem sucedida abolição do tráfico em 1850, graças a uma eficiente repressão, nossos governantes procuraram a todo custo impedir que viesse à tona a questão sobre a condição dos introduzidos após 1831, entendendo que a simples discussão do problema era sumamente perigosa.

A máxima que passou a ser aplica a partir da Constituição de 1946, de que todos são iguais perante a lei, sequer existia e fazia sentindo em uma época na qual os seres humanos eram divididos de acordo com a sua origem, cor e poder aquisitivo, fato este que ainda hoje se faz muito presente, apesar das inúmeras evoluções de cunho legislativo, político e humanitário.

Na medida em que o capitalismo se expandia, principalmente devido a marcante Revolução Industrial que ocorria na Inglaterra, ocorria o declínio do sistema escravista no Brasil, pois para que houvesse aumento dos consumidores da Inglaterra, ela lutava para que a mão de obra escrava fosse substituída pela mão de obra livre. Desse modo, a resistência dos negros frente ao escravismo passou a aumentar consideravelmente, levando a queda da exploração dos escravos.

Mesmo com as inúmeras mudanças que passaram a ocorrer no Brasil e no mundo, o período pós-abolição foi marcado por lutas constantes pela inclusão do negro de forma justa e humana na sociedade e no mercado de trabalho, pois com o início do trabalho livre o Brasil passou a atrair muitos imigrantes, esses receberam apoio do governo brasileiro e foram destinados as áreas urbanas, sendo assalariados naquela nova estrutura que se formava. Já os negros que haviam acabado de sair de um sistema escravocrata desumano, não receberam o mesmo apoio do governo, sendo distribuídos nas regiões que passavam por situações de escassez, nas quais faziam parte dos setores inferiores de trabalho.

No período pós-abolição não havia interesse do governo e da sociedade em integrar aqueles que já não eram mais escravos na nova estrutura social que se formava, assim, os negros passaram a sofrer ainda mais com as consequências da desigualdade social, sobre esse momento discorre o autor Hasenbalg (1979, p. 164):

Tendo assinalado as desigualdades sociais entre brancos e não-brancos, faz-se necessário investigar suas causas. De acordo com uma explicação, as desigualdades raciais e a concentração de negros e mulatos na base do sistema de estratificação deveriam ser atribuídas não tanto à operação de princípios racistas de seleção, mas às diferenças no ponto de partida. A abolição da escravidão, em 1888, deixou a massa dos ex-escravos nas posições mais baixas da hierarquia sócio-econômica. A literatura que analisa o processo de abolição é unânime em apontar o mau ajustamento social e econômico dessa população, enfatizando o despreparo do ex-escravo para desempenhar o papel de homem livre, especialmente na esfera do trabalho. Assim, as atuais disparidades raciais seriam consequência do diferente ponto de partida social dos ex-escravos e do processo inacabado de mobilidade social dos grupos negro e mulato, que emergiram de sua condição servil há apenas poucas décadas. Embora esta explicação esclareça alguns aspectos da situação, algumas objeções devem ser levantadas.

Ainda segundo Hasenbalg (1979, p. 164), o padrão de escravo transformado em homem livre em 1888, após a abolição, não levava em conta a experiência obtida por aqueles que já não eram mais escravos em relação a

liberdade, pois naquele momento histórico os escravos constituíam uma minoria da população de cor, pois o número de indivíduos brancos crescia em paralelo à economia escravista dominante.

O autor traz uma outra objeção em relação as desigualdades raciais decorrentes dos divergentes pontos de partidas, sendo a experiência diferenciada entre os negros e os imigrantes europeus que entraram no Brasil nos anos de 1890 a 1930, apesar de não possuírem qualificações ou habilidades diferenciadas. O ponto de divergência se encontra nas oportunidades que os imigrantes tiveram de melhorar suas condições econômicas e sociais, mesmo inicialmente ocupando posições hierárquicas inferiores, por adentrar no Brasil através do trabalho assalariado nas regiões urbanas, assim como já falado anteriormente, esse grupo conseguiu monopolizar as oportunidades de flexibilidade social gerada pela abertura de padrões no sistema econômico (HASENBALG 1979, p. 165).

A falta de oportunidade sofrida por aqueles que já não eram mais escravos é bem descrita nas palavras do professor Hasenbalg (1979, p. 167):

Em suma, um complexo de circunstâncias históricas atuou no sentido de limitar as oportunidades sócio-econômicas da população de cor durante as quatro décadas seguintes à abolição. Dentre essas circunstâncias, como foi visto anteriormente, a mais importante foi a política de imigração seguida durante esse período. Impregnada como estava de matizes racistas, essa política resultou não apenas na marginalização de negros e mulatos no Sudeste, mas também reforçou o padrão de distribuição regional de brancos e não-brancos que se desenvolvera durante o regime escravista. Como consequência, uma maioria da população não-branca permaneceu fora do Sudeste, na região economicamente mais atrasada do país, onde as oportunidades educacionais e ocupacionais eram muito limitadas.

Mesmo com as inúmeras lutas que visavam uma posição de igualdade dos negros em um período após a abolição, suas histórias foram marcadas pelo preconceito e pela discriminação que sofriam mesmo não sendo mais escravos. Assim, o fator racial implicou diretamente na criminalização da cultura negra, que já se evidenciava desde o Código Penal da República de 1890, pois a capoeira, expressão artística e cultural brasileira que atualmente é considerada um esporte nacional, e as expressões religiosas eram consideradas crimes, não por serem praticas que ofendiam ou colocavam em risco a sociedade, mas apenas pelo fator racial. O autor Fausto relata o seguinte (1984, p. 293):

O racismo de autoridades policiais está em transcrições de depoimentos, nos relatórios de delegados, rompendo-se em certos casos critérios classificatórios prévios. Assim, a menção a 'cor' não consta em regra das folhas de qualificação dos indiciados com indicações impressas (nome, idade, profissão, etc.) e espaços em branco correspondentes, a serem preenchidos. Não obstante, o qualificativo "negro", "pardo" é às vezes introduzido a tinta, em letras bem nítidas, na margem das páginas.

Através do breve relato histórico dos negros no Brasil, nota-se que aqueles que eram escravizados não recebiam um tratamento justo e humano, sendo vistos como meros objetos de exploração, e mesmo após a abolição apesar de conquistarem muitos direitos na legislação, eles não eram respeitados pela sociedade que praticava sem objeções, a discriminação e o racismo contra as pessoas de origem africana.

A história do Brasil e dos negros passou e ainda passa por muitas evoluções e transições, a mais marcante ocorreu pela Constituição de 1988 que em seu artigo 5º dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ou seja, não há cor nem raça que deva distinguir um ser humano, ocorre que mesmo com tantas conquistas, muitas pessoas ainda sofrem com o preconceito e a discriminação advindos de questões raciais, mesmo existindo a Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989 que define quais são os crimes decorrentes de preconceitos de raça ou de cor.

A professora Kosovski (2002, p. 96) ao escrever sobre as minorias e a discriminação, registra o seguinte comentário em relação à situação dos negros no Brasil, em sua atual conjuntura:

Concomitantemente, existe de forma oculta no Brasil um tênue desprezo em relação aos não-brancos, principalmente se estes são pobres. Os negros, descendentes de antigos escravos, não possuem as mesmas oportunidades que os brancos (isto está mudando lentamente). As estatísticas brasileiras mostram, segundo o IBGE que, no Brasil, de cada dez pessoas pobres, seis são negras. Os negros no Brasil têm 30% mais chances que os brancos de morrerem antes de alcançar os cinco anos de idade. As estatísticas mostram também que os negros representam a maioria da população carcerária no Brasil. É claro que os negros são os "parias" na sociedade brasileira, não apenas pela sua cor, mas também por razões sociais e econômicas.

Foram inúmeras as marcas deixadas nos descendentes dos africanos que vieram para o Brasil e passaram a ser escravos, eles foram tirados a força de seu continente e receberam diversos tipos de torturas, foram aprisionados, e

submetidos ao poder dos colonizadores, fato que gerou e gera ainda grande dificuldade no ingresso a pirâmide social e econômica.

De acordo com Penteado Filho (2019, p.148) após a abolição da escravidão houve a incidência de três fenômenos: a migração de negros e de brancos espoliados, a favelização nos morros e nas periferias de grandes cidades, e a existência da criminalidade nesses espaços.

Assim, passa a existir uma clientela do Direito Penal que possui uma natureza seletiva, composta principalmente por indivíduos rotulados por questões raciais e econômicas, que têm seus valores desrespeitados pelo Estado que os pune de acordo com os princípios daqueles que detém o poder para escolher quais condutas deverão ser punidas e quem deve responder por elas, de acordo com a proteção dos bens jurídicos que lhes convém, havendo uma clara discrepância no tratamento em relação à pessoa que furta um objeto de valor insignificante, e a pessoa que comete o crime de lavagem de dinheiro, assim como será aprofundado adiante.

3 O QUE É A SELETIVIDADE PENAL E COMO ESSE FENÔMENO SE DESENVOLVE

Ao analisar a realidade da sociedade desde os tempos primórdios até o atual momento, é incontestável o fato de que existem muitos comportamentos que geram embates sociais, sendo na maioria das vezes definidos por suas similaridades, mas que, observados em separado são tratados de maneiras desiguais pelas instituições judiciais.

Todo ser humano em algum momento da sua vida realiza uma ação que direciona contrariamente à legislação, ou seja, por menor que seja o grau, todos já cometeram um delito, porém o Sistema Penal acaba se preocupando mais com as características da pessoa que cometeu a infração do que com a gravidade dela, havendo um forte padrão de seleção daqueles que irão compor o sistema sofrendo as mais severas consequências por praticar delitos, muitas vezes, sendo insignificantes se observados corretamente os princípios da insignificância, da ofensividade e da intervenção mínima. Assim aduz Sica (2002, p. 51):

A seletividade é uma marca histórica e indissociável do sistema penal. O *ius puniendi*, longe de sua conformação contratual, tem sido exercido em função dos interesses de grupos dominantes ou de Estado (se é que ambos estão distantes).

Dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária apontam que: 2/3 da população carcerária são negros e mulatos; 76% são analfabetos ou semi-alfabetizados; 95% são absolutamente pobres, 98% não têm condições de contratar um advogado e 72% dos processos criminais são por roubo e furto.

Dessa forma, fica claro notar que o sistema penal punitivo sempre foi guiado pela seletividade. Antes da existência das prisões como sanção, a punição ocorria por meio de castigos corporais ou de formas pecuniárias, ocorre que a lei era aplicada conforme a classe social do indivíduo, a diferença de tratamento mostrava-se pela fiança aplicada apenas as classes sociais altas, já os considerados miseráveis recebiam castigos corporais. O sistema caminha nesse sentido até os dias atuais, normalmente aquele que é considerado pobre não possui recursos suficientes para pagar uma fiança e responder em liberdade, por mais insignificante que o crime tenha sido ele pode passar noites na prisão até o caso ser esclarecido, já aquele que possui poder econômico mesmo cometendo um delito de alta

gravidade, na maioria dos casos, jamais saberá o que é passar pelo constrangimento de ficar preso.

Há um número considerável de condenações injustas que ocorreram devido a seletividade do Direito Penal e das suas instituições que baseadas em uma ciência forense muitas vezes imprecisa ou mal aplicada, sentenciam um indivíduo apenas por ele ser de uma determinada cor ou desprovido de recursos econômicos, ou apenas porque esse sujeito é o mais conveniente a ser condenado por determinados tipos de crimes, como por exemplo, o furto e o roubo.

O filósofo Foucault (2012, p. 260-261) ao descrever o processo de formação das ilegalidades em relação as classes sociais a partir do século XVIII, expõe claramente o significado de um sistema seletivo que escolhe sobre quem deverá incidir o seu poder, nas palavras do autor:

Tríplice generalização das ilegalidades populares na passagem dos dois séculos (e fora de uma extensão quantitativa que é problemática e ainda fica por medir): trata-se de sua inserção num horizonte político geral; de sua articulação explícita sobre lutas sociais; da comunicação entre diferentes formas e níveis de infração. Esses processos não seguiram sem dúvida um desenvolvimento pleno; certamente não se formou no começo do século XIX uma ilegalidade maciça, ao mesmo tempo política e social. Mas em sua forma esboçada e apesar de sua dispersão foram suficientemente marcados para servir de suporte o grande medo de uma plebe que se acredita toda em conjunto criminosa e sediciosa, ao mito da classe bárbara, imoral e fora da lei que, do império à monarquia de julho, está continuamente no discurso dos legisladores, dos filantropos, ou dos pesquisadores da vida operária. São processos que encontramos atrás de toda uma série de afirmações bem estranhas à teoria penal do século XVIII: que o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social; que os criminosos, que antigamente eram encontrados em todas as classes sociais, saem agora “quase todos da última fileira da ordem social”; “que nove décimos de matadores, de assassinos, de ladrões e de covardes procedem do que chamamos a base social; que não é o crime que torna estranho à sociedade, mas antes que ele mesmo se deve ao fato de que se está na sociedade como um estranho, que se pertence àquela “raça abastarda” de que falava Target, àquela “classe degradada pela miséria cujos vícios se opõem como um obstáculo invencível às generosas intenções que querem combater-la”; que nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem.

Conforme mostra Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 72), o sistema penal é composto por uma pluralidade de ideologias demonstradas a partir dos discursos promovidos pelos setores convergentes do sistema. O discurso judicial, em regra, é garantidor, e sua principal característica é a ressocialização, no Brasil o discurso policial é moralizante e o discurso penitenciário é terapêutico. Cada discurso costuma seguir sua própria cultura, o discurso judicial é burocrático e legalista, enquanto o discurso policial segue na direção contrária, ignorando o discurso judicial e a atividade que o fundamenta. Ocorre que esses discursos servem apenas para justificar suas ações perante o público ou às autoridades.

Os discursos jurídico, político, criminológico, policial e penitenciário possuem em comum o objetivo de impor a função preventiva do sistema penal, ou seja, além de buscar a ressocialização do apenado também seria capaz de advertir aos demais sobre a inconveniência de imitar aquele que cometeu o delito, resultando em um sistema penal igualitário e mais justo.

Nas afirmações dos doutrinadores Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.73):

[...] nos últimos anos se tem posto em evidência que os sistemas penais, em lugar de “prevenir” futuras condutas delitivas, se convertem em condicionantes de ditas condutas, ou seja, de verdadeiras “carreiras criminais”. BECKER e outros autores descrevem a forma em que opera o etiquetamento ou labelling, como se produz uma “profecia que se autorrealiza”, como se amplia o âmbito da violência mediante a segregação que reforça a assunção de um “rol desviado” por parte de pessoas com personalidade geralmente lábil (a autoidentidade desviada), como a segregação institucional gera o fenômeno de prisionização e despersonalização, como o processo de marginalização costuma iniciar-se na própria infância e projetar-se até o futuro, como a criminalização limita as possibilidades laborais etc. Tudo isto demonstra que, ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. Assim, está visto que não limita muito as possibilidades laborais de certos profissionais condenados, mas limita as de outras pessoas. Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma orientar-se por “estereótipos” que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado.

Além da mera falácia dos discursos penais soma-se o fato de que o sistema penal dispõe as condições necessárias para o surgimento de carreiras criminais, principalmente em relação aos crimes patrimoniais, isso quer dizer que o sistema seleciona aquelas pessoas advindas de classes inferiores, que cometendo

um primeiro crime se torna apto a cometer um segundo crime, violando diretamente os Direitos Humanos desse indivíduo que por não possuir poder econômico suficiente se torna um alvo fácil para o sistema.

Segundo Zaffaroni e Pierangelli (2011, p.76), a característica da seletividade do sistema penal fica ainda mais evidente quando se analisa qual é a função social de tal sistema, visto que para alguns autores o sistema penal possui a função de selecionar indivíduos das camadas mais inferiores, a fim de criminalizá-los, para sinalizar aos outros os limites do seu espaço social. Para outros autores, a função é sustentar a hegemonia de um nível social sobre o outro.

Há manifestamente uma divisão social que junto ao poder punitivo exercido pelo Estado, determina quem sofrerá os efeitos do sistema penal, existindo de um lado aqueles que compõem a alta e média camada da sociedade e que definem aqueles que irão constituir o lado oposto, sendo considerados marginalizados, e por consequência acabam se transformando na clientela do Direito Penal, fadados a carreira criminal, assim descrito:

É indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores mais próximos – ou hegemônicos – e outros mais alijados – marginalizados – do poder. Obviamente, esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, denominada sistema penal. Uma das formas mais violentas de sustentação é o sistema penal, na conformidade da comprovação dos resultados que este produz sobre as pessoas que sofrem os seus efeitos e sobre aquela que participam nos seus segmentos estáveis (ver n.10). Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o mediante a criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. E também em parte, quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem, ainda que tal fenômeno seja menos frequente (criminalização de pessoas ou de grupos contestadores pertencentes às classes média e alta). Também, em parte, pode-se chegar a casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirvam para levar uma sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão (geralmente, por causa da manipulação dos meios massivos de comunicação) (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2011, p.76).

O Direito Penal deve ser aplicado apenas em *ultima ratio*, ou seja, em última instância, punindo condutas que ferem os bens considerados mais importantes em um meio social, isso quer dizer que esse direito não deve se valer da cor ou da posição econômica da pessoa para condena-la, mas deve analisar tão

somente a gravidade do crime praticado, o quão lesivo é para a sociedade e para o Estado, caso contrário, o sistema penal permanecerá escolhendo cruelmente os indivíduos que devem ser punidos, que obviamente são aqueles que não detêm poder econômico ou são de determinada raça, considerados vulneráveis aos olhos do sistema.

Enquanto houver a aplicação de um Direito Penal máximo apenas para uma determinada classe de pessoas, não haverá justiça e igualdade para todos, fato esse que infelizmente se faz tão presente na realidade do Brasil.

3.1 Criminologia e a Escola Interacionista/*Labelling Approach*

Além do estudo histórico do Direito Penal, é pertinente adentrar no estudo da criminologia. Conforme Gonzaga (2018, p.15), a expressão criminologia foi configurada pelo italiano Raffaello Garófalo, conhecido como o pai da criminologia, que desenvolveu as ideias do seu professor Cesare Lombroso. Devido aos estudos de Garófalo a criminologia ganhou a característica de ciência autônoma, e de acordo com a doutrina do autor Gonzaga (2018, p.13) foi conceituada por Edwin H. Sutherland (apud, FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter, p.24) como “um conjunto de conhecimentos que estuda o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente, sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo”.

Assim, é possível extrair do famoso conceito que a criminologia é uma ciência autônoma, que tem por objetivo estudar o crime, o autor do crime, a vítima e os controles sociais.

Segundo Gonzaga (2018, p.57), dentre as escolas criminológicas, que possuem o significado de correntes de pensamentos baseados em princípios fundamentais, uma se destaca ao estudarmos a seletividade do sistema penal, sendo chamada de Escola Interacionista ou *labelling approach*, é considerada uma das mais importantes teorias de conflito, focando no estudo do aspecto social do criminoso e do delinquente. A teoria do *labelling approach* é também conhecida como interacionismo simbólico, etiquetamento, reação social ou rotulação, criada no Estado Unidos no ano 1960, tendo como principais expositores Erving Goffman e Howard Becker, considerada umas das mais importantes teorias de conflito.

A teoria do etiquetamento dispõe que a criminalidade não é uma característica da conduta humana, mas sim o resultado de um processo de estigmatização, o que quer dizer que a diferença entre um homem comum e aquele que praticou um crime é a mácula que esse recebe, ou seja, trata-se do rótulo que o criminoso recebe dentro da sociedade, antes mesmo de se tornar um criminoso. Assim expressa Gonzaga (2018, p. 57):

A sociedade define, por meio dos controles sociais informais, o que se entende por comportamento desviado, isto é, todo comportamento considerado perigoso, constrangedor, impondo sanções àqueles que se comportarem dessa forma. Condutas desviantes são aquelas que as pessoas de uma sociedade rotulam às outras que as praticam. A teoria da rotulação de criminosos cria um processo de estigmatização para os condenados, funcionando a pena como algo que acentua as desigualdades. Nessa interação estigmatizante, o sujeito acaba sofrendo reação da família, de amigos, conhecidos e colegas, acarretando a marginalização nos diferentes meios sociais

O autor Penteado Filho (2019, p.84) também dispõe sobre a referida teoria:

Sustenta-se que a criminalização primária produz a etiqueta ou rótulo, que por sua vez produz a criminalização secundária (reincidência). A etiqueta ou rótulo (materializados em atestado de antecedentes, folha corrida criminal, divulgação de jornais sensacionalistas etc.) acaba por impregnar o indivíduo, causando a expectativa social de que a conduta venha a ser praticada, perpetuando o comportamento delinquente e aproximando os indivíduos rotulados uns dos outros. Uma vez condenado, o indivíduo ingressa numa “instituição” (presídio), que gerará um processo institucionalizador, com seu afastamento da sociedade, rotinas do cárcere etc.

Uma versão mais radical dessa teoria anota que a criminalidade é apenas a etiqueta aplicada por policiais, promotores, juízes criminais, isto é, pelas instâncias formais de controle social. Outros, menos radicais, entendem que o etiquetamento não se acha apenas na instância formal de controle, mas também no controle informal, no interacionismo simbólico na família e escola (“irmão ovelha negra”, “estudante rebelde” etc.)

Para o doutrinador Penteado Filho trata-se apenas de uma falácia dizer que a criminalidade atual é apenas um produto de uma rotulação judicial ou policial, mesmo com a demonstração óbvia da realidade das classes inferiores submetidas ao tratamento desigual realizado pelos meios de controle formais e também informais, profere negativamente o autor sobre a teoria do *labelling approach*:

Observa-se o crime organizado: uma verdadeira empresa multinacional, com produção, gerências regionais, inteligência, infiltração nas

universidades e no Poder Público, lavagem de dinheiro, hierarquia, disciplina, controle informal dos presídios. Isso seria produzido por etiquetamento? Certamente não, mas os penalistas brasileiros insistem na minimização do direito penal, na exacerbação de direitos dos presos, sendo “etiquetada” de reacionária, démodé ou “conservadora” qualquer medida de contenção e ordem imposta pelo Estado (PENTEADO FILHO, 2019, p.85)

Consoante o autor Gonzaga (2018, p. 57), uma marca importante da Escola internacionalista, é o fenômeno social nomeado determinismo, por esse o criminoso é criado conforme o local em que ele vive e o modo de relacionar com as outras pessoas. O autor ainda dá o exemplo de um menino que vive em uma comunidade carente e passa por uma situação precária, sem pais, sem frequentar a escola, não recebendo o mínimo de cuidado para crescer de forma saudável em uma vida digna, passando a trabalhar no tráfico, pois não teve oportunidades para conseguir outra forma de se sustentar, ou seja, o meio social fez dele um criminoso e ao mesmo tempo o transformou em uma eterna vítima do Estado que não garante a ele os direitos básicos como cidadão, contrariando o artigo 6º da Constituição Federal que declara o seguinte:

Art.6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Não é de alta complexidade pensar que existem muitos indivíduos que estão fadados ao crime simplesmente porque não possuem condições dignas de vida, pelo contrário, é uma realidade constante no Brasil que é governado pela prática da corrupção e outros crimes daqueles que detém o poder, reduzindo o acesso à saúde, a educação, a alimentação e ao lazer daqueles que são economicamente e socialmente vulneráveis, e aumentando o acesso desses a criminalidade.

3.2 Os Tipos de Criminalizações e as Instâncias de Controle

O processo de seleção efetuado pelo Direito Penal é realizado em dois tipos de criminalizações, chamadas de criminalização primária, e criminalização secundária, havendo ainda a existência da criminalização terciária realizada pela sociedade. De acordo com o autor Gonzaga (2018, p. 172), “As criminalizações

referem-se ao modo de criar condutas criminosas, podendo isso ocorrer por parte do legislador, do sistema penal e da sociedade.”

Pela criminalização primária o Estado determina alguns comportamentos existentes no meio social, que seriam considerados verdadeiras ofensas aos bens jurídicos tutelados, e desse modo impõe proibições mediante sanções de natureza penal, originadas da lei penal. Sobre tal criminalização dispõe Gonzaga (2018, p. 172):

A começar pela criminalização primária, o ponto inicial de análise é o legislador que elabora a lei penal. O destaque feito para esse tipo de criminalização está nos bens jurídicos que o legislador almeja tutelar com a sua atuação legislativa. Como se sabe, existem dois tipos bem delineados de crimes para a Criminologia, os de colarinho-branco e os de colarinho-azul.

Dentro desse viés, percebe-se claramente que o legislador penal tem uma preocupação primária com os crimes de colarinho-azul, enquanto com os de colarinho-branco há inúmeros diplomas legais que o tratam de forma benéfica, até mesmo descriminalizando certas condutas, mediante alguns requisitos, como pagamento do tributo ou repatriação de valores. A ideia que se tem é que os crimes de colarinho-azul são os que realmente atacam bens jurídicos relevantes, como a vida, patrimônio e integridade física, enquanto os crimes de colarinho-branco não são sentidos os seus efeitos, de forma direta, pela maioria da sociedade. A ausência de um hospital ou de uma escola somente se torna relevante depois que a pessoa vai buscar a saúde e educação e percebe que esses bens básicos não existem. O desvio de verba pública feito lá atrás não é sentido num primeiro momento.

Entende-se por crimes de colarinho branco aqueles praticados por pessoas de elevado status social em relação a suas ocupações, como principais exemplos nota-se os crimes de lavagem de dinheiro (Lei nº 9613/1998), crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/1986) e os crimes contra a ordem tributária, ordem econômica e relações de consumo (Lei nº 8.137/1990), já os crimes de colarinho azul são aqueles praticados por pessoas não favorecidas economicamente, sendo o roubo e o furto os mais conhecidos, dispostos respectivamente no artigos 157 e 155, do Código Penal. As instituições do sistema penal e até mesmo a mídia conferem valores distintos para aqueles que cometem delitos considerados de colarinho branco, por óbvio são pessoas que possuem alta influência no meio em que vivem, recebendo um tratamento privilegiado inclusive dentro das prisões, enquanto aquele indivíduo que foi flagrado praticando furto ou roubo, receberá um tratamento desumano do sistema penal e da sociedade.

O descumprimento da lei penal gera o fenômeno da criminalização secundária, que ocorre quando o Estado executa o seu direito de punir através das

instituições de controle sociais formais, sendo eles a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário, passando por todas as fases que compõe esse direito, da investigação até o efetivo cumprimento da pena daquele indivíduo que violou aquela conduta prevista na lei penal vigente. O foco dessa criminalização continua sendo os crimes de colarinho azul, assim aponta Gonzaga (2018, p. 175):

Pelo que se constata na forma de atuação dos personagens que integram os controles sociais formais (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário), o alvo a ser atingido, na ampla maioria dos crimes, é o criminoso de baixa renda. As operações táticas da Polícia Militar são voltadas para o combate ao crime nos focos de criminalidade, inevitavelmente presentes nas áreas mais pobres da sociedade (periferia). Nesta região, há uma presunção de que existem criminosos à solta e que a qualquer tempo podem praticar um delito, o que é aceito socialmente e até mesmo incentivado.

O autor Gonzaga (2018, p. 177) exemplifica quanto a criminalização secundária e seu enfoque nos crimes de colarinho azul:

Para que se exemplifique essa abordagem de atuação nos crimes de colarinho-azul, quando a Polícia faz uma incursão nas comunidades carentes, os alvos são sempre pessoas de baixa renda, que são revistadas de forma humilhante e como se fossem todas bandidas, pelo simples fato de serem pobres e morarem em zonas de criminalidade acentuada. De outro lado, a mesma Polícia não faz esse tipo de abordagem em locais nobres, como altos condomínios de luxo. Se alguma pessoa estiver correndo com uma pasta preta nesses locais, nunca se pensa ser algum operador de propinas a trabalho de algum político corrupto, mas sim um executivo que está atrasado para uma reunião, ainda que a primeira alternativa seja a verdadeira. Trata-se de uma criminalização secundária com viés voltado para os crimes de colarinho-azul.

Há ainda a criminalização terciária, por esta quem determina a conduta criminosa e o criminoso é a própria sociedade, e assim como as outras, repudia os crimes de colarinho azul, como o disposto:

O discurso social de combate ao crime é quase sempre voltado para a criminalidade comum, como homicídios, roubos, tráfico de drogas etc. A sociedade não se engaja na forma mais eficaz de combater-se o crime de colarinho-branco, principalmente porque não sofre os efeitos imediatos de sua prática. O que assombra a sociedade são os roubos praticados contra algum familiar dela, os casos de “bala perdida”, o tráfico de drogas, que faz vítimas diárias e “mata” uma família inteira, pois esse tipo de criminalidade é que afeta intensa e diretamente o seio social (GONZAGA, 2018, p. 177)

O fenômeno da seletividade penal gera uma estrutura falha e injusta, pois quando o legislador, a sociedade e a mídia deixam de dar a devida importância

para os crimes praticados por pessoas que ocupam posições econômicas e sociais relevantes, chamados de crimes de colarinho branco, ocorre à insuficiência nos setores da educação, da saúde e do lazer no âmbito daqueles que são pobres e demandam mais atenção do Estado, para que não venham a praticar delitos e violar o patrimônio da camada alta, diminuindo assim a ocorrência de crimes de colarinho azul. Desse modo o sistema não precisaria mais selecionar as pessoas mais humildes, e normalmente escolhidas também por questões raciais e conveniência ao sistema para compor a clientela do Direito Penal, pois todos aqueles que praticam qualquer delito, independente da sua origem, merecem a respectiva punição, prevista em lei, devendo ser aplicada de forma coerente e justa com os princípios advindos dos Direitos Humanos, respeitando principalmente a dignidade do indivíduo, algo que na maioria das prisões brasileiras é colocado em último plano:

Pelo que se está desenhando, as três espécies de criminalizações previstas na Criminologia abordam de forma objetiva o crime de colarinho-azul, sendo esse considerado o grande vilão social. Essa análise, contudo, tem o lado crítico de mostrar que o combate ao crime de colarinho-branco está cada vez mais esquecido, o que leva ao aumento de sua prática, pois o foco não está em seu combate, estando o legislador, os controles sociais formais e a sociedade despendendo energia na criminalidade comum, gerando um círculo vicioso de práticas criminosas infundáveis e sem solução. O mais correto seria a implementação da já citada prevenção primária, com implementação de políticas públicas, evitando-se o surgimento de crimes de colarinho-azul (GONZAGA, 2018, p.177).

Para que uma sociedade seja minimamente organizada, se faz necessária a aplicação da força para que haja a manutenção da paz e da harmonia entre os indivíduos. Desse modo, para que essa convivência seja afastada de conflitos deve haver um controle social, que no conceito de Shecaira (2008, apud, PENTEADO FILHO, 2019, p.152) é “o conjunto de mecanismos e sanções sociais que visam a submissão do homem aos modelos e normas de convívio comunitário”.

O controle social é formado por duas instâncias de controle, sendo elas: a informal, composta por segmentos da sociedade civil, principalmente pela família, escolas, igrejas, e pelo ciclo profissional, e a instância formal, sendo representada pelos órgãos do Estado, a polícia (1ª seleção), o Ministério Público (2ª seleção) e o Judiciário (3ª seleção). A instância informal tem por objetivo desenvolver o processo de socialização do indivíduo, ou seja, ela deve ensinar e educar moralmente o cidadão, fazendo com que haja a absorção das normas e dos valores morais daquela comunidade.

Quando a instância informal de controle falha diante do ensinamento passado para aquele cidadão, desde o seu nascimento até a vida adulta, ele passa a praticar crimes, é nesse momento que os órgãos que compõe o sistema formal passam a agir, de modo coercitivo, impondo sanções em razão da prática de delitos. De acordo com o autor Penteado Filho (2018, p.155), “o controle social formal é seletivo e discriminatório, pois o status prima sobre o merecimento, mas também é estigmatizante, porque acaba por desenvolver carreiras criminais e desvios secundários.”

A seletividade do sistema penal é perpetuada desde a formação da lei penal até o momento em que ela é de fato aplicada, levando em consideração princípios e privilégios de um determinado grupo social em relação a outros grupos desfavorecidos por falha do próprio Estado, que se cumprisse sua função corretamente, e não fosse composto por pessoas de má índole que também cometem inúmeros crimes que muitas vezes nem chegam ao conhecimento das classes baixas, a criminalidade diminuiria consideravelmente, e conseqüentemente as prisões não sofreriam com o problema da superlotação e outros decorrentes desse fenômeno, conforme o descrito:

O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes, prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa indagação deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprirem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. Conduto, sabemos que isso não acontece. O Direito Penal tem cheiro, cor, raça, classe social; enfim há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado (GRECO, 2015, p. 155).

Nota-se que há um enorme e grave erro oriundo de uma estrutura estatal omissa e imperfeita, que gera inúmeras conseqüências na aplicação do Direito Penal, principalmente em relação aos indivíduos desfavorecidos economicamente e socialmente, que possuem os seus direitos desrespeitados e minimizados perante as classes superiores.

3.3 O Fenômeno Relatado em Casos Verídicos: o Catador de Recicláveis Rafael Braga e o DJ Leonardo Nascimento

No dia 20 de junho de 2013 ocorria uma manifestação popular na cidade de Candelária, no centro do Rio de Janeiro, no meio da multidão incontrolável, estava o catador de recicláveis Rafael Braga Vieira, de 31 anos, negro, pobre, morador de rua na época do ocorrido, que ao ser notado e abordado por policiais civis em uma casa abandonada na onde dormia com frequência por não ter condições de voltar para a casa que morava com seus pais, portava uma garrafa de água sanitária e um litro de desinfetante, que de acordo com a mera presunção da polícia militar seria para a confecção de um explosivo de natureza simples, também chamado de molotov, usualmente utilizado em manifestações populares (MENDONÇA, 2019, s.p).

O acusado foi tipificado no crime de posse de artefato explosivo ou incendiário, disposto no artigo 16 da Lei 10.826/2006 - Estatuto do Desarmamento, e por consequência acabou sendo preso, no entanto sabe-se que para a produção do referido explosivo é necessário obter álcool etílico, garrafa de vidro, outro comburente e um pano, objetos que o morador de rua não possuía no momento em que foi abordado, ele também não participava da manifestação que ocorreu naquele dia (MENDONÇA, 2019, s.p).

Segundo o disposto no site Liberdade para Rafael (s.d.;s.p), sua condenação ocorreu no dia 02 de dezembro de 2013, sendo baseada em um laudo contraditório e tendencioso realizado pela Polícia Civil, que dizia que o condenado tinha a intenção de fazer o coquetel molotov, ocorre que esse mesmo laudo constatou que o líquido encontrado não era explosivo e as garrafas eram de plástico. O material encontrado com o catador de recicláveis foi simplesmente destruído sem a autorização do magistrado, fato este que impediu a revisão da perícia. Contra a sua condenação foram interpostos recursos que foram negados pelos órgãos judiciários revisores, gerando a sua condenação definitiva no dia 26 de agosto de 2014. Sua pena foi cumprida em regime fechado, na data de 08 de outubro de 2014, Rafael ganhou a progressão de regime fechado para o semiaberto, podendo trabalhar fora do presídio, sendo forçado a usar tornozeleira.

No dia da Consciência Negra (20 de novembro de 2014), ocorreu uma nova punição em relação a Rafael, por causa de uma foto em que ele aparecia na

frente de um grafite que criticava o Estado com a frase “você só olha da esquerda para a direita, o Estado te esmaga de cima para baixo” (sic), em consequência da foto ele perdeu alguns direitos já adquiridos, voltou ao regime fechado e passou dez dias na solitária (MENDONÇA, 2019, s.p).

A partir do dia 21 de setembro de 2015, o catador de latinhas progrediu novamente para o regime semiaberto, voltando a morar com seus pais na comunidade Morro do Cruzeiro, passou a sair para trabalhar novamente com torneleira, na data de 12 de janeiro de 2016 ao sair para ir até a padaria a pedido de sua mãe, foi abordado por policiais militares ao redor de sua casa, que o acusaram de estar envolvido com o tráfico de drogas, tendo que assumir as alegações, acabou sendo preso devido a um flagrante forjado, de acordo com o depoimento das testemunhas, pois os policiais incriminaram Rafael com 0,6 gramas de maconha, 9,3 gramas de cocaína e um rojão (MENDONÇA, 2019, s.p).

Fundamentado nos pareceres dos policiais que prenderam o catador de recicláveis, no dia 20 de abril de 2017, o juiz Ricardo Coronha Pinheiro o condenou em onze anos de prisão, pelos crimes de tráfico de drogas, associação e colaboração para o tráfico, mesmo havendo contradição na audiência de instrução, no depoimento dos policiais sobre os fatos ocorridos (MENDONÇA, 2019, s.p).

No mês de agosto de 2017, o condenado foi internado devido a tuberculose, doença adquirida dentro do sistema prisional, desse modo, seus advogados pediram a conversão da pena em domiciliar para que houvesse o tratamento da doença fora do presídio, o pedido foi negado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. No mês seguinte, no dia treze o pedido de prisão domiciliar foi concedido pelo Tribunal Superior de Justiça, dois dias depois da decisão Rafael foi para a sua casa, no entanto sua condenação foi mantida pelo Tribunal, houve a interposição do recurso de apelação contra a referida sentença que proferiu sua condenação em onze anos e três meses de prisão, o qual foi negado no dia 12 de dezembro de 2017 (MENDONÇA, 2019, s.p).

Em março de 2018, os advogados de Rafael recorreram, por meio dos embargos infringentes, da decisão que negou o recurso de apelação. Em novembro de 2018, ele finalmente foi absolvido parcialmente pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, da acusação de associação com tráficos de drogas, havendo a redução da sua pena em seis anos, pena em decorrência da acusação do crime de tráfico de drogas (MENDONÇA, 2019, s.p).

Atualmente Rafael Braga Vieira é mantido em prisão domiciliar para tratar a tuberculose adquirida no sistema prisional brasileiro. De acordo com os sites que contam a história de Rafael Braga Vieira, ele foi o único condenado e punido no contexto das manifestações, mesmo não tendo participado delas em nenhum momento (PINA,2018, s.p).

Outro caso de grande repercussão foi o do jovem Leonardo Nascimento, 26 anos, *dj* e eletricista, negro, suspeito de envolvimento na morte do jovem Matheus dos Santos Lessa, que ocorreu durante um assalto no mercado da família Lessa localizado na zona norte do Rio de Janeiro. No dia seguinte ao assalto, Leonardo foi abordado e detido pelos policiais que o levaram para a Delegacia de Homicídios do Rio de Janeiro, sendo colocado ao lado de outros dois homens brancos, acabou sendo considerado culpado, pois foi apontado pela mãe da vítima como o autor do crime de latrocínio, de acordo com seu depoimento o autor que efetuou os disparos era negro (HYPENESS, s.d.;s.p.).

Após a acusação, o jovem foi dirigido ao presídio de Benfica, na zona norte do Rio de Janeiro, onde ficou preso injustamente por sete dias, em condições precárias, passou seu aniversário dentro de uma cela com mais de oitenta pessoas. A família de Leonardo sabia desde o momento em que ele foi preso, que ele não era o responsável por aquele crime, iniciando uma campanha para a soltura do jovem, foram apresentadas provas em imagens de câmeras de segurança do bairro em que o rapaz morava, nas quais mostravam o jovem caminhando no mesmo intervalo de tempo que ocorreu o crime, comprovando seu álibi e levando a polícia a acusação dos verdadeiros criminoso (HYPENESS, s.d.;s.p.).

A Polícia Civil acabou assumindo o erro e pedindo a revogação da prisão de Leonardo para a Justiça, pois os indivíduos que cometeram os crimes foram reconhecidos pela polícia (HYPENESS, s.d.;s.p.).

Assim como os dois casos mencionados, há muitos outros, que as vezes nem chegam ao conhecimento público. Rafael Braga Vieira e Leonardo Nascimento são considerados hoje os símbolos da criminalização da pobreza, da seletividade do sistema penal e do racismo, que foram fadados a eles pelos órgãos formais de controle, a polícia, o Ministério Público e o Judiciário, que baseados em provas fracas, laudos contraditórios, e na verdade dos policiais que abordaram esses cidadãos, os condenaram injustamente, fazendo eles passarem pela humilhação dos procedimentos policiais e da rotina dentro de uma prisão.

O projeto Innocence Project Brasil, criado em dezembro de 2016, relata outros casos de prisões que ocorreram injustamente. É a primeira organização brasileira constituída para defender aqueles que foram condenados injustamente pela justiça brasileira, atuando de forma gratuita, é uma organização que além de reverter tais condenações, busca propor soluções para evitar que esse fenômeno ocorra (INNOCENCE PROJECT BRASIL, s.d.;s.p.).

4 APLICAÇÃO E CUMPRIMENTO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA CARCERÁRIO

4.1 Os Direitos Humanos dos Apenados: A Diferença Entre a Teoria e o Contexto Fático

Os direitos humanos possuem natureza universal adquirida com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, isso quer dizer que devido a essa natureza não há Constituição que não consagre esses direitos que visam assegurar à dignidade da pessoa humana, sendo um princípio fundamental.

O autor Bruno Cunha Weyne (2013, p. 94) aponta sobre o princípio da dignidade humana:

Diante dessas considerações, percebe-se nitidamente que o princípio da dignidade humana possui uma prioridade hierárquica em relação às demais normas jurídicas, ocupando a posição mais significativa dentro da ordem jurídica nacional e internacional. Esse princípio parece, aliás, ter uma força retórica mais persuasiva, notadamente na justificação de medidas de proteção da pessoa humana, do que alguns modelos jurídicos tradicionais, que se tornaram suspeitos por sua extrema vaguidade, tais como: os “princípios gerais de direitos”, os “bons costumes”, o “bem comum”, a “ordem pública” e a “moralidade pública”.

No Brasil os encarcerados detêm proteções asseguradas pela Constituição Federal de 1988, por outras leis nacionais, por princípios e tratados internacionais, assim como dispõe o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, sendo o direito penal guiado pelo princípio da dignidade humana. Temos como principais exemplos as Regras Mínimas para tratamentos de reclusos inaugurada em 1955 na Suíça no I Congresso das Nações Unidas para prevenção do crime e para o tratamento de delinquentes e a Lei de Execuções Penais de 11 de julho de 1984.

Há no artigo 5º da Constituição Federal algumas garantias aos presos que se destacam nos incisos XLVI, XLVII e XLVIII que tratam das penas aplicadas, as individualizando e vedando alguns tipos, como a pena de morte, a de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e às cruéis, e também distinguem os estabelecimentos de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado. O

inciso XLIX do mesmo artigo assegura o respeito à integridade física e moral dos presos, no entanto a realidade do cenário brasileiro é outra.

No contexto fático as prisões brasileiras são marcadas pela superlotação, havendo praticamente o dobro de indivíduos presos para a quantidade de vagas disponíveis, o que gera grandes revoltas por parte dos apenados que se encontram em situações precárias de higiene e espaço, ou seja, a superlotação viola diretamente preceitos de direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal, pelos tratados internacionais e por outras leis.

Outro fato que marca o sistema penitenciário é a falta de segurança dentro dos presídios, segundo os dados levantados pelo site Conectas, os presos possuem três vezes mais chances de morrer do que uma pessoa livre, pois a saúde deles é muito precária, sendo fáceis alvos de doenças como HIV e tuberculose. Além do mais muitos presos se tornam objetos de grandes facções criminosas sendo submetidos a realizar trabalhos forçados por essas organizações criminosas, e caso não realizem acabam morrendo das formas mais cruéis possíveis (CONNECTAS,2017).

A falta de oportunidade aos encarcerados é outro grande problema enfrentado pelo sistema penitenciário brasileiro que tem como uma das suas funções a ressocialização do preso, no entanto isso não ocorre, visto que apenas um em cada dez encarcerados participam de atividades educacionais, de acordo com o site Aos Fatos, a estrutura educacional das prisões não comporta o número de presos fazem parte desse sistema, ou seja, são poucos aqueles que tem acesso à educação e ao trabalho, dificultando ainda mais a sua ressocialização, ocorrendo a violação do direito humano à oportunidade que todos devem ter (MENEZES,2019,s.p).

A respeito do tema, os autores Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2003, p. 126) expressam o seguinte pensamento:

Que os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios. Assim, a prisionização é feita para além da sentença, na forma de pena corporal e eventualmente de morte, o que leva ao paradoxo da impossibilidade estrutural da teoria. Quando uma instituição não cumpre sua função, por regra não deve ser empregada. Na realidade paradoxal do continente latino-americano, as penas não deveriam ser impostas se se mantivesse, coerentemente, a tese preventista especial

positiva. A circunstância de que sequer seja mencionada tal possibilidade prova que prevenção especial não passa de um elemento do discurso.

De modo geral, apesar de existir movimentos para a humanização dos locais de cumprimento das penas o que ocorreu foi um retrocesso, não só no Brasil, mas no mundo inteiro, que posiciona esses seres humanos nas situações mais humilhantes possíveis. Assim descreve Carvalho Filho (2002, p. 29):

Países pobres e países ricos enfrentam dificuldade. Cárceres superlotados na Europa, na América, na Ásia, no Oriente Médio. Prisões antiquadas na Inglaterra. Violência entre presos na Finlândia. Violência sexual nos EUA. Adolescentes e adultos misturados na Nicarágua. Presos sem acusação no Egito. Maioria de detentos não sentenciados em Honduras. Massacres na Venezuela. Isolamento absoluto na Turquia. Greve de fome na Romênia. Prisioneiros que mutilaram o próprio corpo para protestar contra condições de vida no Cazaquistão. Doença e desnutrição no Marrocos. Mais de 96 mil tuberculosos na Rússia. Presos sem espaço para dormir em Moçambique. Tortura e número de presos desconhecidos na China.

O Estado deveria ser o maior garantidor da dignidade da pessoa humana dos apenados, visto que é um princípio assegurado pela Constituição Federal de 1988, porém ele mesmo desrespeita a dignidade dessas pessoas de forma ainda mais grave. Muitas vezes o que parece é que o Estado tem o objetivo de vingança em relação ao criminoso, assim como ocorria nos tempos primórdios, fazendo com que haja o arrependimento de forma forçada, tirando as condições mínimas de dignidade para fazer com que isso ocorra, o sistema carcerário está no principal enfoque desse desrespeito.

Conforme menciona Lemos (2007, p. 25):

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitações do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade – em direitos e dignidade – e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Desse modo, no cenário fático aqueles que estão dentro das prisões e penitenciárias possuem proteção por meio de direitos e princípios apenas no papel, a realidade se mostra muito mais cruel para esses indivíduos que têm seus direitos lesados até mesmo pelo Estado que deveria ser o seu maior guardião, mas acaba sendo omissa quanto à dignidade desses indivíduos.

4.2 A Relação entre Constituição Federal, Lei de Execução Penal e os Tratados Internacionais

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, parágrafo 2º, que os direitos e garantias nela expressos não irá excluir outros do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, o que significa que os direitos e garantias fundamentais não são apenas assegurados pela Constituição Federal, mas também por outras normas e pelos tratados internacionais, sendo este a principal fonte dos direitos humanos.

O direito internacional dos direitos humanos foi originado por volta do século XX, sendo consequência da II Guerra Mundial e das inúmeras violações de direitos humanos que ocorreram na era Hitler, havendo a esperança de que essas violações poderiam ser findadas e precavidas com a criação de um sistema de proteção internacional de direitos humanos. Com o fim da II Guerra Mundial os acordos internacionais passaram a ter tamanha importância que gerou obrigações e deveres para os Estados efetivarem o respeito aos direitos humanos das pessoas, havendo a criação de regras próprias para que isso ocorresse.

No Brasil o sistema internacional dos direitos humanos passou a existir em decorrência do processo de democratização, a partir de ratificações importantes de tratados internacionais de direitos humanos, sendo inserido no rol da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 2º que diz respeito aos direitos e garantias dos tratados internacionais que o Brasil seja signatário.

Na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, em seu artigo 2º, 1, letra “a” consta o significado de tratado:

Art.2º, 1, letra a. “Tratado” significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, que conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular.

Os tratados internacionais são a fonte de Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu Título II os direitos e as garantias fundamentais, nesse título consta também a proteção dos direitos dos encarcerados, havendo importantes tratados que conferem essa proteção, sendo os principais: a

Convenção contra a tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1984 e a Convenção Americana de Direitos Humanos também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, esses tratados foram ratificados respectivamente pelo Brasil em 1989 e 1992.

No sentido de proporcionar a reintegração do preso na sociedade surge a Lei de Execuções Penais – Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, o intuito do legislador era integrar o preso ou internado na sociedade, evitando assim a reincidência em novos crimes, portanto há certo cunho liberal nessa lei que preserva os direitos e garantias constitucionais, assim como o expresso em seu artigo 1º:

Art.1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Há uma clara ligação do artigo 1º da Lei de Execução Penal com o artigo 5º, inciso 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos que diz: *as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados*. Então a readaptação do preso na sociedade é uma finalidade decorrente tanto da Lei de Execução Penal quanto do Pacto de San José da Costa Rica.

É possível destacar alguns princípios que guiam a Lei de Execução Penal sob uma visão humanista e garantidora de Direitos Humanos, sendo tais expressados pelo autor Andrade (2016, p. 40):

A garantia do devido processo legal para se aprisionar alguém; a existência de um juízo competente para acompanhar a execução; a garantia a todo condenado da individualização da pena, com seu objetivo ressocializador; a legalidade e a irretroatividade da lei, estabelecendo uma segurança jurídica; o contraditório e a ampla defesa, princípios de uma sociedade democrática; a vedação a qualquer distinção de natureza racial, política e religiosa aos internados no sistema prisional e o princípio educativo da execução penal, com a previsão no artigo 41 de um amplo rol de direitos dos presos, como alimentação, trabalho, educação, lazer, saúde, assistência religiosa e jurídica, privacidade, visita (inclusive, íntima), direito de petição dentro do presídio, etc.

Ainda menciona Andrade sobre a Lei de Execução Penal e sua efetividade no sistema penitenciário brasileiro (2016, p. 41):

A Lei de Execução Penal prevê, ainda: a fiscalização pelo Ministério Público, com visitas periódicas aos estabelecimentos; a existência da Defensoria Pública para ampla defesa dos hipossuficientes e das vítimas; o ressarcimento e assistência às vítimas dos crimes; progressão de regimes, de forma educativa, para a recuperação dos internados; e a participação efetiva da comunidade na execução penal.

Percebe-se com clareza o conhecido abismo entre o Brasil legal e o Brasil real. Há sempre, como na própria Constituição Federal, leis que não são cumpridas, ou o são somente para uma pequena e privilegiada parcela da população. Se queremos ser, de fato, um país para todos os brasileiros, precisamos construir pontes para transpor o abismo.

Apesar das inúmeras garantias e proteções expressas na Constituição Federal, no Código Penal, na Lei de Execução Penal e nos tratados internacionais, o cenário atual das instituições prisionais é muito preocupante, pois se mostram como violadores de direitos e garantias fundamentais, assim como o Estado que é omissor diante dos fatos, deixando esses seres humanos que estão privados da sua liberdade em um estado preocupante de saúde, higiene, alimentação e espaço, não possibilitando para eles a devida reabilitação prevista nos dispositivos da Lei de Execução Penal.

4.3 Os Efeitos da Violação aos Tratados Internacionais no Âmbito do Sistema Prisional Brasileiro

Como reflexo das inúmeras violações aos direitos humanos cometidas pelas instituições prisionais e pelo Estado, há nos tempos atuais uma crise no sistema prisional brasileiro, sendo caracterizada pelo descaso as condições de vida dos indivíduos que fazem parte desse sistema e que são punidos além da pena estipulada, pela falta de agir do Estado, resultando na criminalização da pobreza.

De acordo com os dados trazidos por Andrade (2016, p.43) o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo:

Com mais de 620 mil detentos, o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos (2,2 milhões em 2013), China (1,65 milhão em 2014) e Rússia (644.237 em 2015). O Infopen mostrou, ainda, que cerca de 40% dos presos brasileiros são provisórios, ou seja, ainda não foram julgados em primeira instância. Mas da metade da população carcerária é formada por negros e o tráfico de drogas foi o crime que mais levou os detentos à prisão.

Outro reflexo do chamado Estado Penal/Criminal pode ser verificado na Europa, onde, nas últimas três décadas, a especialidade que mais cresceu no Direito foi a advocacia criminal, com percentual de 30% do aumento. Na lógica deste crescente geométrico, no ano de 2080, toda a população do mundo estará encarcerada.

Analisando os dados acima expostos, as prisões e penitenciárias hoje são caracterizadas pela superlotações que funcionam como depósitos daqueles que cometeram delitos e assim foram excluídos da sociedade, não tendo a chance de readaptação devido às falhas de um sistema que foi criado não somente para punir, mas também para reinserir o apenado no meio social novamente, pois assim como todo ser humano ele deve ter os seus direitos e garantias protegidos pelo Estado que tem o dever de dar o mínimo de dignidade humana e oportunidade para essas pessoas.

Quando se fala em violações dos direitos humanos é evidente que a população carcerária é a que mais sente os efeitos dessas violações, sofrendo com o tratamento humilhante proporcionado pelas instituições prisionais, além dos maus tratos e da tortura que ainda se faz muito presente nesses ambientes.

Há uma falta de preparação por parte do Estado em relação às pessoas que estão encarregadas de lidar com os encarcerados, sendo denominadas de agentes penitenciários, que de forma direta ferem a integridade dos prisioneiros.

Os tratados internacionais geradores dos direitos humanos foram criados, em regra, para serem respeitados por todos os Estados, com o fim de proteger os direitos de todos os seres humanos, principalmente no que tange a dignidade e a integridade, devendo possibilitar uma convivência social harmônica. No entanto, esses tratados não são devidamente respeitados no dia a dia, e o sistema prisional brasileiro é um dos maiores exemplos dessa falta de respeito do Estado em relação aos direitos humanos daqueles que estão privados de liberdade, e devem ser punidos justamente na medida dos crimes cometidos, mas com a preservação das condições mínimas de vida de qualquer ser humano.

4.4 Associação de Proteção e Assistência ao Condenado

As falhas e omissões do sistema penitenciário brasileiro ocorrem desde muito tempo atrás, porém com a ratificação de tratados internacionais efetuada pelo Brasil os direitos humanos dos apenados ganharam maior espaço nas discussões dentro e fora dos Tribunais, ocorre que apenas discutir o tema não leva a modificação das situações degradantes que os presos são submetidos, sendo necessário a criação de soluções efetivas pelas quais haverá o devido respeito aos

direitos humanos dispostos na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e nos Tratados Internacionais.

A decorrência desses problemas estruturais é de extrema profundidade, começando principalmente na seleção do perfil das pessoas que estão destinadas a cometer crimes, pois o modo que essas pessoas são tratadas pelo meio social e pelo Estado influenciam na quantidade de encarcerados que compõe o sistema prisional. Esses indivíduos merecem a proteção e a garantia de seus direitos, visto que nenhum ser humano deve ser privado das condições mínimas e dignas de vida, assim como dispõe o artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Apesar das inúmeras violações de direitos humanos sofridas pelos encarcerados, há sim meios possíveis de ressocialização tanto por parte do Estado, como por parte da comunidade que deve afastar todo e qualquer tipo de pré-julgamento para que haja uma reabilitação de forma efetiva e que os direitos humanos desses indivíduos sejam devidamente respeitados por todos.

Uma das soluções para esses problemas que persistem no sistema prisional é o surgimento da APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) criada em São José dos Campos em 1972, sendo um projeto guiado pelo advogado Mário Ottoboni com a finalidade de recuperação dos presos, suprimindo assim, a omissão do Estado diante dessas pessoas. Em 1974 a referida associação obteve personalidade jurídica, passando a agir como órgão cúmplice da Justiça na execução da pena.

Essa organização não governamental possui um método caracterizado pelos seguintes fatores, de acordo com Andrade (2016, p. 51):

Criação das unidades, a partir de uma escolha da comunidade local; participação da comunidade, por meio de trabalho voluntário; ambiente de ajuda recíproca, respeito e solidariedade, com os próprios recuperandos cuidando das chaves, da segurança, da cantina, da farmácia e etc; trabalho obrigatório com diferentes objetivos: resgate de valores e da autoestima, no regime fechado; profissionalização, no semiaberto; inserção social, no regime aberto; a espiritualidade, sem imposição de credos, como forma de provocar a adoção de uma nova filosofia de vida, por meio da interiorização de valores; assistência jurídica; assistência à saúde; alfabetização obrigatória; assistência à família do recuperando e aos familiares das vítimas; valorização humana, por meio de estrutura física, adequada, ausência de superlotação, alimentação de qualidade, escolaridade, entre outros; integração da família do recuperando com o método; Centro de Reintegração Social, com três pavimentos, um para cada regime, de forma que o recuperando possa cumprir a pena próximo de sua

família; baixo índice de reincidência, variando de 5% a 10% nas APACs em geral, enquanto nos presídios comuns é estimado em torno de 85%.

A APAC (Associação de proteção e assistência ao condenado) é a prova de que há a possibilidade de soluções concretas e efetivas para esses infortúnios do sistema brasileiro, a associação consiste em um método humanizador das prisões, levando em conta a finalidade de punir da pena, vem sendo extremamente eficaz, diminuindo a violência dentro e fora dos presídios, e proporcionando a transformação daqueles que foram condenados por crimes em pessoas aptas a viverem em sociedade novamente, proporcionando a harmonização do sistema penitenciário brasileiro com o meio social.

5 ÍNDICES ESTATÍSTICOS

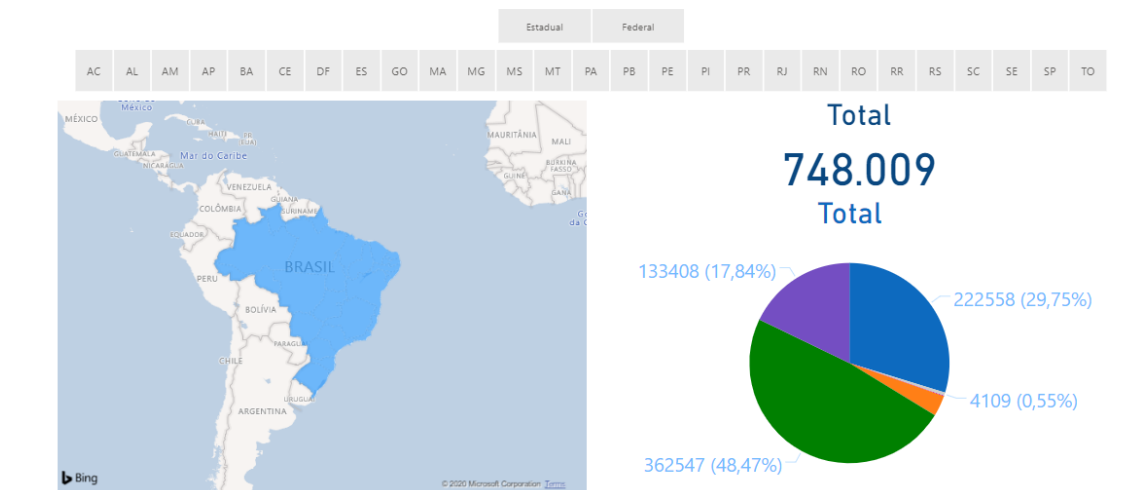
De acordo com o painel interativo de dezembro de 2019, atualizado no dia 09 de abril de 2020, disponibilizado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, o total de pessoas privadas da liberdade é de 755.274, contando com aqueles que estão presos em delegacias, excluindo esses o total cai para 748.009, sendo o regime fechado possuidor do maior número de indivíduos com um total de 362.547 (DEPEN, 2020).

Figura 1

Presos em unidades prisionais no Brasil

Período de julho a dezembro de 2019

(*) Sem os dados da Segurança Pública

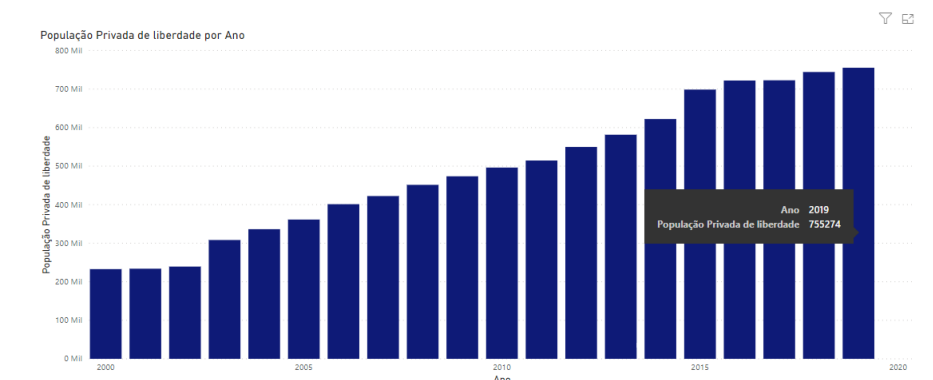


Fonte: Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

Figura 2

População prisional por ano

Período de julho a dezembro de 2019



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

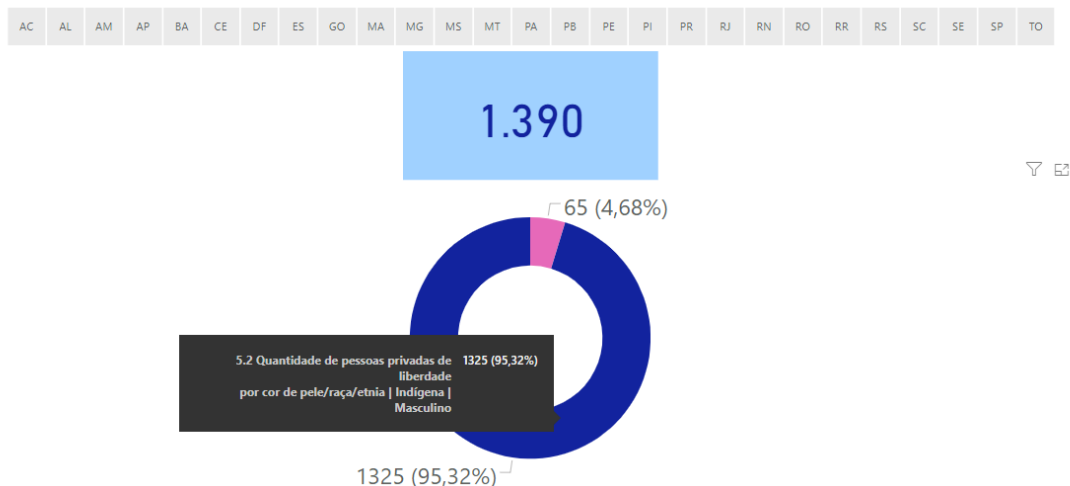
A maioria dos indivíduos que ocupam as penitenciárias estão presos em decorrência de crimes contra o patrimônio, com o percentual de 50,96%, o segundo mais praticado são os crimes decorrentes do grupo de drogas, com uma porcentagem de 20,28%. Nota-se que 95,32% do sistema é formado por presos por cor de pele, raça e etnia (população indígena) (DEPEN,2020).

Figura 3
Quantidade de incidências por tipo penal
 Período de julho a dezembro de 2019
 (*) Por tipificação



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

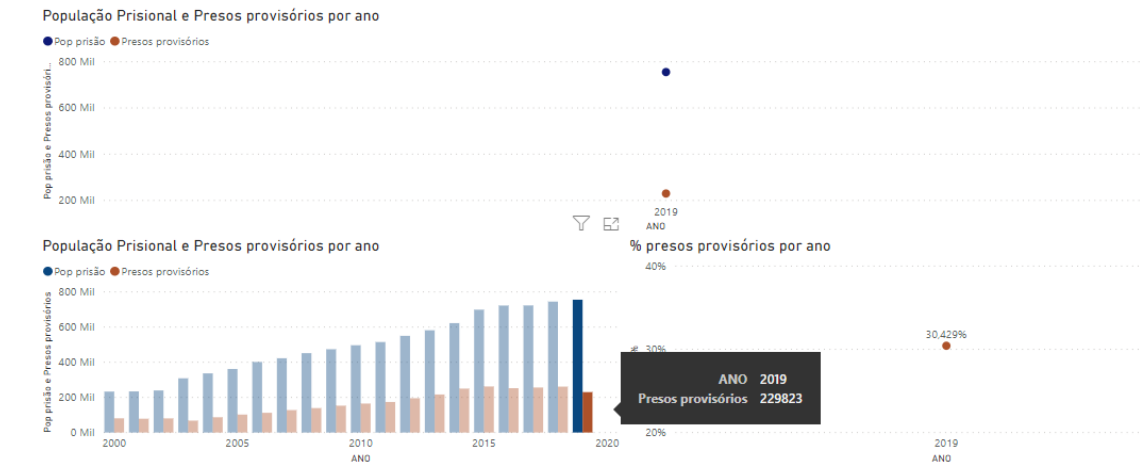
Figura 4
População Indígena
 Período de julho a dezembro de 2019



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

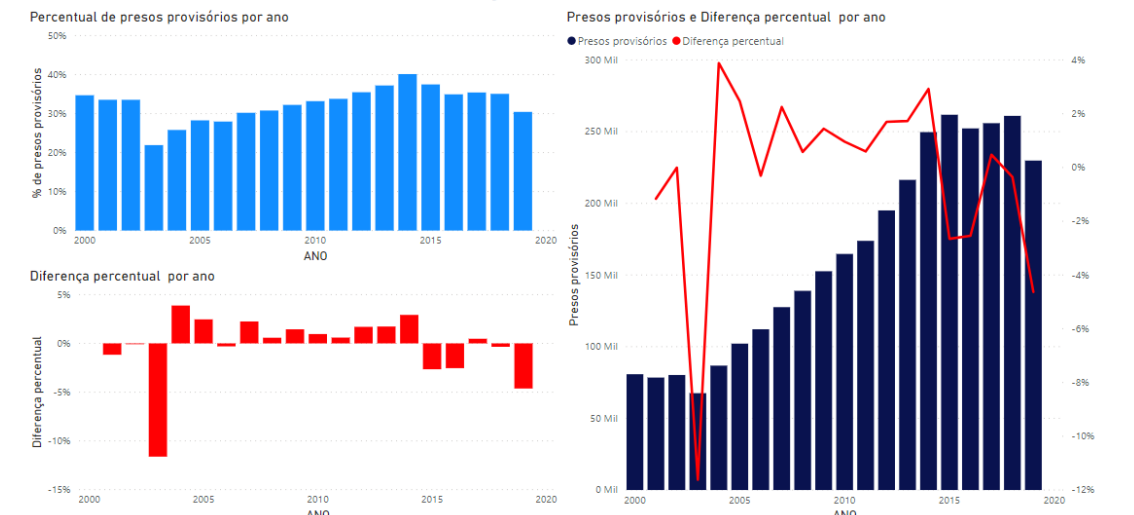
O Levantamento de Informações Nacionais Penitenciárias ainda registra o total de 229.823 presos provisoriamente, ou seja, esses indivíduos ainda não foram julgados definitivamente, mas permanecem ocupando um grande espaço nas penitenciárias, vivendo em situações desumanas, mesmo não havendo certeza na condenação deles (DEPEN,2020).

Figura 5
Histórico de presos provisórios
Período de julho a dezembro de 2019



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

Figura 6
Presos provisórios
Período de julho a dezembro de 2019



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

Cabe mencionar que de acordo com o artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, presume-se inocente todo réu até que ocorra o trânsito em julgado definitivo da sentença condenatória.

A seletividade do sistema penal acarreta o fenômeno da superpopulação nas penitenciárias, em decorrência desse problema surgem inúmeros outros como a falta de espaço para todos os indivíduos, fazendo com que eles tenham uma situação precária de higiene, a falta de educação e trabalho para todos que estão presos, o tratamento cruel recebido por aqueles que estão em posições inferiores hierarquicamente, visto que dentro das prisões existem sujeitos que detêm o poder, o alto índice de doenças, de acordo com os dados do Infopen há 9.113 casos de tuberculose, 8.523 casos de HIV, 6.920 casos de sífilis e 4.156 casos de outras doenças. Esses dados mostram que há um grande afastamento entre os direitos reconhecidos legalmente e a aplicação deles na realidade dos prisioneiros (DEPEN,2020).

6 CONCLUSÃO

O Direito Penal e seu sistema, por meio da aplicação da pena, possui a função de impedir que o delito ocorra e conseqüentemente restaurar a ordem social, sendo guiado pelos princípios fundamentais, deve ser aplicado na ocorrência de qualquer ação que contraria a legislação, prevista anteriormente nela. É considerado um dos ramos mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, visto que seu objeto coloca em risco um dos direitos mais relevantes, a liberdade, devendo ser aplicado em última instância, ou seja, em sua forma mínima.

Desse modo, é preciso muita cautela ao acusar uma pessoa da prática de um crime, sendo necessário analisar com precisão e confiabilidade as provas que levam a tal acusação, é preciso deixar de lado as ideias preconcebidas sobre classes e raça, isso quer dizer que a busca pela justiça deve ser encontrada com base no crime cometido, e não nas características físicas de um indivíduo, ou na origem econômica dele.

É inegável o fato de que há sim uma seletividade realizada pelo sistema penal e pelas formas de controle formais e informais, advinda da desigualdade de classes presente desde o momento em que o Brasil foi descoberto. O Estado é falho e omissor com aqueles que mais necessitam dele, realçando ainda mais as diferenças sociais. É necessário educação, saúde, lazer e oportunidades para todos, independente de questões raciais e econômicas, pois a própria Constituição Federal de 1988 garante a igualdade de todos perante a lei, e assim deve ser em todos os âmbitos, principalmente no penal, se não houvesse tal falha os índices de criminalidade não seriam exuberantes, visto que a maioria dos crimes são praticados por pessoas que não possuem oportunidades de ter uma vida digna, com todas as necessidades básicas sanadas, sendo crimes contra o patrimônio e crimes do grupo de drogas.

Esse fenômeno influencia diretamente no perfil da população carcerária, que em sua maioria, é composta por jovens, negros e pobres, sendo considerados eternas vítimas do Estado que não lhes garante o necessário e nem disponibiliza oportunidades para a constituição de uma vida honesta, sendo fadados a vida no crime, pois a falta de capacidade do Estado de diminuir as diferenças econômicas entre as classes sociais gera um sentimento de revolta nos indivíduos das classes baixas, que acabam entrando em um combate com o Estado.

Em conformidade com a Teoria do Etiquetamento (*labelling approach*), conclui-se que o criminoso não é visto como tal pela ação que ele pratica, mas sim pelo rótulo que lhe é dado, são as instâncias de controle formais e informais que definem quem será criminoso, conforme sua raça, etnia e classe social, fazendo com que esse indivíduo seja excluído da sociedade, passando por um processo de estigmatização.

Há uma grande diferença entre os crimes considerados de colarinho branco e os crimes considerados de colarinho azul, visto que a sociedade e o Estado não consideram os do primeiro grupo tão graves quanto os crimes do segundo grupo, ou seja, a desigualdade no tratamento daqueles que cometem crimes como lavagem de dinheiro e corrupção é discrepante em relação aos sujeitos que cometem roubo e furto, esses são normalmente pobres e negros, enquanto os primeiros são brancos e detêm um status econômico relevante, fato esse que causa grande indignação para aqueles que buscam um Brasil mais justo.

As prisões, em sua maioria, não cumprem sua principal função, que é fazer o autor do crime se arrepender e ressocializar ele na sociedade, por não respeitar os direitos fundamentais de todo cidadão, ela acaba agindo apenas como a mais severa forma de punição, fazendo com que o criminoso tenha uma experiência desumana de vida.

Uma vez que aquela pessoa estigmatizada, excluída da sociedade, rotulada como criminosa, entra dentro do sistema carcerário, as chances dela sair do mundo do crime ficam cada vez menores, mesmo teoricamente a pena dispondo com uma de suas funções a ressocialização, o Estado e a sociedade dificultam esse processo, fazendo o crime ser o único meio acessível para essa pessoa, que sofreu inúmeros traumas dentro da penitenciária, devido ao fato de não haver respeito aos direitos humanos e fundamentais dos presidiários, lembrando que essa pessoa pode até não ter praticado um delito, mas devido a sua cor de pele e a sua origem social ela é etiquetada como criminosa, pois é mais fácil para o Estado e para sociedade acusar esse indivíduo do que gastar recursos na busca dos verdadeiros autores dos crimes.

Para mudar as ideias preconcebidas acerca da justiça criminal se faz necessário voltar a atenção para o crime cometido e não para as características de quem possivelmente seria o autor do crime, além do mais, as provas devem ser fortes o bastante para incriminar um indivíduo, visto que sua liberdade está em

questão. Não deve ser levado em conta qual tipo de pessoa é provável a delinquir, e qual tipo é mais conveniente para ocupar o papel de vítima, o Direito Penal, o sistema penal e o sistema criminal devem atuar com precisão e confiabilidade, para que seja menos provável a condenação de pessoas inocentes.

O fenômeno da seletividade do sistema penal decorre principalmente da exclusão social e da intensa desigualdade econômica, apesar da evolução do Estado que foi transformado em um estado de direitos, existe ainda uma grande violação dos direitos humanos, notada principalmente nos ambientes penitenciários, assim conclui-se que consoante a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais citados ao longo da dissertação, os direitos fundamentais devem ser assegurados a todas as pessoas, ocorre que na realidade, eles são aplicados apenas para um determinado grupo de indivíduos, há um desequilíbrio enorme entre os princípios de justiça e solidariedade em relação aqueles que são desprovidos de poder econômico e de determinadas raças.

Há a defesa da aplicação de um Direito Penal do Equilíbrio, que tem por objetivo a resolução de conflitos sociais com mais respeitabilidade, procurando proteger apenas os bens mais necessários e importantes ao convívio em sociedade, preservando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, visto que apenas influi na liberdade da pessoa humana em casos necessários, até porque sem a referida intervenção poderia ocorrer um transtorno social. Assim, para evitar que o sistema penal selecione certos indivíduos, é necessário que os princípios fundamentais do direito penal, como os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da adequação social e o princípio da insignificância, sejam observados e respeitados desde o momento da criação da lei penal até o momento da sua aplicação.

Para aqueles que foram presos de forma injusta, é necessário que haja a concessão de prisão provisória apenas em último caso, a progressão de regimes nos casos previsto em lei, somado a uma maior celeridade no julgamento daqueles que estão presos provisoriamente, e aqueles que já cumpriram sua pena devem ser soltos de forma rápida, desse modo o sistema carcerário não sofreria com a superlotação, além do mais, é preciso disponibilizar meios para que essas pessoas venha a delinquir novamente, o inserindo de forma justa e adequada na sociedade.

É fundamental que ocorra uma mudança na aplicação do Direito Penal, devendo ser adotado de forma justa e coerente, não selecionando indivíduos que

estariam sujeitos ao crime apenas porque são desfavorecidos economicamente ou porque são de determinada raça, o Direito Penal deve ser aplicado em todos os casos nos quais há crime, anteriormente tipificado em lei, principalmente quando se trata dos crimes de colarinho branco, pois com a menor ocorrência desses o Estado teria mais condições de sanar as necessidades básicas das classes baixas, dando uma vida digna para essas pessoas, evitando a ocorrência de crimes considerados do colarinho azul.

Por fim, conclui-se, que há possibilidade de reduzir a criminalidade a partir do momento que o Estado assume a sua função social, proporcionando o mínimo a todas as pessoas que necessitam, com enfoque principalmente na saúde e na educação, que são áreas bases para a formação do cidadão, assim seria possível diminuir a distância econômica presente entre as classes sociais, gerando um equilíbrio entre elas. Para que a redução da criminalidade aconteça é essencial que haja uma mudança nos pensamentos e ideias preconcebidas geradoras de discriminações raciais, pois não faz sentido que esse fenômeno ainda se faça marcante em pleno século XXI, todo ser humano tem direitos e deveres, que devem ser respeitados independente da sua cor, etnia, religião ou condição financeira, a máxima disposta na Constituição Federal de 1988, de que todos são iguais perante a lei, deve ser aplicada em todos os âmbitos, principalmente no meio social, ou seja, não apenas perante a lei, não deve ser uma mera falácia, todo ser humano merece ser tratado como tal, se valendo de direitos e garantias e fundamentais em todos os âmbitos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; SANTOS, Roberto Lima. **Sistema penal como gerador de exclusão social**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz_fernando_kazmierczak.pdf. Acesso em: 12 out. 2019.

ANDRADE, Durval Ângelo. **APAC: a face humana da prisão**. Belo Horizonte: O Lutador, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, v. I.

ANDREATO, Danilo. **Crimes do colarinho branco e crimes do colarinho azul**. Disponível em: <https://daniloandreato.com.br/2013/03/27/crimes-do-colarinho-branco-e-crimes-do-colarinho-azul/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

AZEREDO, Jeferson Luiz de; SERAFIM, Jhonata Goulart. **A (des) criminalização da cultura negra NOS Códigos de 1890 e 1940**. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/541/533>. Acesso em: 15 abr. 2020

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I.

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de direito penal. Parte geral**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 31 out. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 out. 2019.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 31 de out.2019.

_____. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 31 out. 2019.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

COELHO, Aleilson; SILVA, Iago Fernandes Leite; RODRIGUES, Vinicius Pestana. **Princípios da lei de execução penal frente aos tratados internacionais – análise dos casos Carandiru e Urso Branco**. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/52478/principios-da-lei-de-execucao-penal-frente-aos-tratados-internacionais>. Acesso em: 26 out. 2019.

COELHO, Henrique. Polícia assume erro, e rapaz preso injustamente por matar jovem em mercado no Rio será solto. **G1, 2019**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/01/23/inocente-homem-apontado-como-assassino-de-rapaz-em-mercado-no-rio-e-solto.ghtml>. Acesso em 29 abr. 2020.

DEPEN. **Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em 27 abr. 2020.

_____. Depen lança Infopen com dados de dezembro de 2019. **Departamento Penitenciário Nacional, 2020**. Disponível em: depen.gov.br/DEPEN/depen-lanca-infopen-com-dados-de-dezembro-de-2019. Acesso em: 02 mai. 2020.

DINIZ, Larissa Mattos; MELO, Marcos Alberto da Silva; PANTA, Mariana; SILVA, Ednaldo José do N. de Assis da. **Questão etnicorracial: uma problematização sobre a lei 10.639/03 e seus desdobramentos**. Disponível em: <http://www.uel.br/projetos/leafro/pages/arquivos/PRIMEIRO%20TEXTO.PDF>. Acesso em: 6 abr. 2020.

DJ preso injustamente por morte consola mãe da vítima que o acusou no Rio. **Redação Hypeness, 2019**. Disponível em: <https://www.hypeness.com.br/2019/01/dj-preso-injustamente-por-morte-consola-mae-da-vitima-que-o-acusou-no-rio/>. Acesso em 29 abr. 2020.

FARIA, Ana Paula. **APAC: um modelo de humanização do sistema penitenciário**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/apac-um-modelo-de-humanizacao-do-sistema-penitenciario/>. Acesso em: 30 out. 2019.

FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo, 1880 -1924**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 40 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Encarceramento (massivo) de presumidos inocentes: 42,9%". **Migalhas, 2009**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/91152/encarceramento-massivo-de-presumidos-inocentes-42-9>. Acesso em: 02 mai. 2020.

GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: Uma visão minimalista do direito penal**. 8 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

HASENBALG, Carlos Alfredo. **Discriminação e desigualdade raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

INNOCENCE PROJECT BRASIL. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

KARAM, Maria Lúcia. **Utopia transformadora e abolição do sistema penal**. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (coords.). *Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

KUHN, Marcelo Schenkman. A seletividade pena: dos Jardins à periferia. **Justificando, 2017**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/09/04/seletividade-penal-dos-jardins-periferia/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. **A dignidade humana e as prisões capixabas**. Vila Velha: Univila, 2007.

LESCOVITZ, Guilherme; TAQUES, Lenon Gustavo Batista; ZUCCO, André Carvalho. Desvendando a seletividade penal do caso Rafael Braga. **Justificando, 2019**. Disponível em: www.justificando.com/2019/07/22/desvendando-a-seletividade-penal-do-caso-rafael-braga/. Acesso em: 24 abr. 2020.

MENDONÇA, Leonardo Martins. Nem Kafka teria escrito um processo como o de Rafael Braga. **Justificando, 2019**. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/02/22/nem-kafka-teria-escrito-um-processo-como-o-de-rafael-braga/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

MENEZES, Luiz Fernando. **Cinco fatos sobre o sistema prisional brasileiro**. Disponível em: <https://aosfatos.org/noticias/cinco-fatos-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro/>. Acesso em: 26 out. 2019.

MEU RIO. **Liberdade para Rafael Braga**. Disponível em: <https://www.liberdadepararafael.meurio.org.br/>. Acesso em 24 abr. 2020.

Monitor da Violência mostra que superlotação nos presídios aumentou. **Jornal Nacional, G1, 2019**. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/26/monitor-da-violencia-mostra-que-superlotacao-nos-presidios-aumentou.ghtml>. Acesso em: 26 out. 2019.

PENTEADO, Nestor Sampaio Filho. **Manual esquemático de criminologia**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PINA, Rute. Símbolo da seletividade penal, caso Rafael Braga completa cinco anos. **Brasil de Fato, 2018**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/06/20/simbolo-da-seletividade-penal-caso-rafael-braga-completa-cinco-anos>. Acesso em: 24 abr. 2020.

RIBEIRO, João Luiz. **No meio das galinhas as baratas não têm razão: a Lei de 10 de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil: 1822 - 1889**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Geraldo da. **Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: LED Editora de Direito Ltda., 1999.

SILVA, Raíssa Zago Leite da. **Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização**.

Disponível em:

www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=225. Acesso em: 02 mai. 2020.

SOUSA, Francisco Higor de Abreu. **A seletividade do sistema penal e a impossibilidade de ressocialização do detento**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75161/a-seletividade-do-sistema-penal-e-a-impossibilidade-de-ressocializacao-do-detento>. Acesso em: 25 abr. 2020.

VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito humano à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro. Parte geral**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, v. I.