

VIII CONGRESSO DA FEPODI

**DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO
PENAL**

A532

Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização VIII Congresso Nacional da FEPODI – São Paulo;

Coordenadores: Sinara Lacerda Andrade Caloche, Abner da Silva Jaques e Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa – São Paulo, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-262-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br

Tema: Universalização do conhecimento e democratização da pesquisa

1. Pós-graduação. 2. Pesquisa. 3. Universidade. 4. Universalização do Conhecimento. 5. Democratização do Conhecimento. I. VIII Congresso Nacional da FEPODI (1:2021 : São Paulo, SP).

CDU: 34



VIII CONGRESSO DA FEPODI

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 18 e 19 de março de 2021, o VIII Congresso Nacional da FEPODI, de maneira virtual, em que os eixos temáticos da edição foram a “universalização do conhecimento” e a “democratização da pesquisa”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da Associação Nacional dos Pós-Graduandos (ANPG), da Universidade de Marília (UNIMAR), do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 22 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na oitava edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 163 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 15 Grupos de Trabalhos, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Sinara Lacerda Andrade Caloche

Presidente da FEPODI

Wellington Oliveira de Souza dos Anjos Costa

Vice-presidente da FEPODI

Abner da Silva Jaques

Tesoureiro da FEPODI

**OS DONOS DA JUSTIÇA: A RELAÇÃO ENTRE A COMPOSIÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO E A LÓGICA DE SELETIVIDADE PRISIONAL PRESENTE NO
BRASIL PÓS-1988**

**THE OWNERS OF LAW: THE CORRELATION BETWEEN THE COMPOSITION
OF THE JUDICIARY AND THE LOGIC OF PRISON SELECTIVITY IN BRAZIL
AFTER 1988**

Felipe Franco Santos ¹
Thiago Allisson Cardoso De Jesus ²

Resumo

O presente trabalho propõe-se a analisar o preenchimento funcional do Judiciário Brasileiro constituído pós-1988 como forma de aferir a hipótese de que é a atuação destes agentes estatais que garante a existência de uma situação de perseguição penal contra grupos marginalizados no país. Tal esforço é amparado nas contribuições da recepção alemã à teoria da interação social na questão da seletividade penal. Tais teóricos demonstraram o papel exercido pelas instituições oficiais de Estado na determinação dos cidadãos alcançados pela lei penal e pelas prisões numa sociedade. A presente pesquisa se situa num horizonte teórico sociojurídico e valeu-se de um aparato metodológico consistente de revisão de bibliografia especializada além do levantamento de dados empíricos a fim de aferir as hipóteses citadas. Objetiva-se, num primeiro momento, analisar o histórico da atuação Estatal no âmbito penal e de modo mais específico a relação de tal histórico com a atual realidade de desigualdade prisional.

Palavras-chave: Judiciário, Seletividade, Racismo

Abstract/Resumen/Résumé

The present study proposes to analyze the functional fulfillment of the Brazilian Judiciary constituted post-1988 to assess the hypothesis that it is the performance of these state agents that guarantees the situation of penal persecution against marginalized groups in the country. This effort is supported by the contributions of the German reception to the labeling approach theory on the question of penal selectivity. Such theorists have demonstrated the role played by official state institutions in determining which citizens are reached by the law and by prisons in a society. The research is situated in a socio-juridical framework and is based on a methodological apparatus of specialized literature review and empirical data survey to verify the mentioned hypotheses. The first objective is to analyze the history of State action in the

¹ Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Pesquisador em projeto de Iniciação Científica pela UEMA/Fapema

² Orientador de Iniciação Científica (FAPEMA/ CNPQ). Foi estagiário pós-doutoral no Programa Desigualdades Globais e Justiça Social (Capes/Print) pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

criminal field and, more specifically, the relation of such history with the current reality of prison inequality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Selectivity, Racism

1. INTRODUÇÃO

“Eles querem um preto com arma pra cima
Num clipe na favela gritando: Cocaína!
Querem que nossa pele seja a pele do crime” (BLUES, 2018)

Deste modo Baco Exu do Blues, cantor e compositor carioca, inicia uma de suas mais famosas faixas, abordando o clima de repressão existente na construção da figura do crime e do criminoso que acomete grupos marginalizados no Brasil. Baco denuncia a preferência sistêmica por pintar certas peles como predestinadas ao mal. Não haveria forma mais potente e mais simbólica de iniciar a presente discussão que não visitando a poesia e a arte e buscando nelas nossa direção. Como dito por Baco: quem são os “eles” que têm, sistematicamente, “querido” que corpos pretos, marginalizados e pobres sejam os corpos do crime?

Para dar conta de responder a tal indagação revela-se necessário, inicialmente, situar o contexto do qual se fala. De acordo com dados oficiais do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020¹, documento produzido e publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, do total de 755 mil cidadãos encarcerados em 2019 verificou-se que cerca de 66,7% deles são pretos e pardos. Sem deixar de levar em conta o percentual assustador de um crescimento de mais de 223,5% de aprisionados desde os anos 2000 também cabe contornar a desigualdade na aplicação destas condenações (ou prisões preventivas): apenas 32,3% delas recaem sobre pessoas de pele branca.

Tal levantamento é necessário para conduzir os objetivos da presente discussão. Em primeiro lugar, quem são os agentes responsáveis pela confecção de tal realidade e sob qual sistema de interesses eles se movem? De modo mais específico: quais mecanismos de controle estatal e econômico possibilitam que tal atuação do Judiciário chegue aos seus objetivos de modo bem sucedido?

Aqui cabem os devidos agradecimentos à Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Maranhão (FAPEMA), instituição que financiou o presente projeto de pesquisa, garantindo o incentivo e a estabilidade necessária para que este chegasse aos seus resultados.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A TEORIA DO “ETIQUETAMENTO” SOCIAL

Se os criminólogos tradicionais, fundadores de uma disciplina que buscava complementar e racionalizar as noções do Direito Penal no séc. XVIII, dedicaram seus estudos à compreensão de “quem” seria o criminoso e qual a “natureza” inclinada ao desvio, os

interacionistas postulantes das premissas críticas da Criminologia revolucionaram o horizonte teórico da ciência a partir do séc. XX. (BARATTA, 2011, pp. 35 e 86)

Tal vertente atacou os quatro pontos que sustentavam a teoria clássica dos penalistas de outrora, afirmando não ser o Direito Penal, ou suas condenações, nem *legítimas*, nem *preventivas*, nem *igualitárias* ou muito menos dedicadas a um processo de *ressocialização do apenado*. Ao contrário, serviria o Direito Penal à manutenção de uma rígida estrutura de dominação de classes, para a qual a desigualdade, longe de ser um problema, seria condição intrínseca de sua existência. (BARATTA, 2011, p. 171)

É nesse sentido que afirma o criminólogo contemporâneo Alessandro Baratta acerca do papel revolucionário desempenhado pela teoria da reação social na compreensão da atividade das instâncias oficiais do Estado e do Direito Penal neste processo:

Não se pode compreender a criminalidade se não se estuda ação do sistema penal, [...] começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (**polícia, juízes e instituições penitenciárias que as aplicam**), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência. (BARATTA, 2011, p. 86, grifos nossos)

Permanecendo clara sua relevância no atual plano epistemológico da Criminologia é preciso esclarecer as tendências pela qual trilhou a abordagem da reação social em seus estudos. Num primeiro momento, a teoria se dedicou, em Becker, Lemert e outros, a transmutar a noção anterior, cientificamente neutra, de seus próprios objetos de estudo, o crime e o criminoso. Em um segundo movimento, o *“labeling approach”* dedicará seu olhar para qual jogo de relações é o responsável por permitir que alguns cidadãos exerçam, poderosamente, a função de definidores, ao passo que outros são definidos como criminosos. (BARATTA, 2011, p. 89)

Neste estudo os interacionistas visualizaram a existência das instituições formadoras do Direito Penal como uma continuação do processo de socialização promovido pela escola, pela fábrica, pela família e por outras instituições da sociedade capitalista. As prisões seriam a escala máxima e última dessa gradação, responsáveis por punir os insurgentes e afastar os marginalizados, a fim de manter a escalada de desigualdade que pressupõe o projeto econômico atual.

Antes delas, a atuação dos promotores e ministros, contribuiria para fechar o ciclo de perseguição criminal contra os marginalizados. Baratta afirma que isto se justifica, pois, sobre estes agentes agiriam não apenas as normas explícitas e racionais do Direito Penal que definem o crime em sua dimensão abstrata, mas também normas que balizam a aplicação das

primeiras. Dito de outro modo, normas veladas que garantem uma filtragem no momento da condenação concreta. Ele esclarece a qual jogo de poder serve este filtro:

As regras sobre aplicação (*basic rules*, meta-regras) seguidas, conscientemente ou não, pelas instâncias oficiais de direito [...] estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, baseadas sobre **relações de poder (e de propriedade)** entre grupos e sobre **relações sociais de produção**. (BARATTA, 2011, p. 105, grifos nossos)

2.2. AS FERIDAS DA ESCRAVIDÃO

Ao voltar-se o olhar sobre as relações sociais de produção e poder mencionadas por Baratta(2011), sob as lentes da teoria da reação social, na atuação das instituições penais brasileiras ao longo da história do país pode-se comprovar que este filtro também esteve presente fortemente.

O processo de escravização que marcou a dimensão econômica dos primeiros anos do passado colonial brasileiro de muito se serviu do maquinário criminal do Estado para dar conta de gerir a massa de gente moída pela dureza violenta da exploração e para reprimir os insurgentes que contra ela lutavam. Tal sede por esta gerência de corpos se sentiu de modo ainda mais forte no período posterior à publicação da Lei “Áurea” em 1888. O que se passou foi a liberação num prazo curtíssimo de uma massa de populações sequestradas de seus países no continente africano para o território brasileiro sem qualquer assistência social ou medida de transição e ainda recriminadas pelo senso comum da colônia. Sobre isso afirma o historiador e cientista político brasileiro Boris Fausto:

A estigmatização de camadas sociais destituídas com o rotulo de “vadios” é um dado que percorre a história brasileira desde o período colonial. [...] a utilização em larga escala da **mão-de-obra escrava** na agricultura de exportação deixou poucas possibilidades de emprego estável para os homens livres sem recursos. [...] o Estado **alternativamente reprimia** ou **tirava partido** desta camada social. (FAUSTO, 2002 p. 39, grifos nossos)

Um dos exemplos normativos mais representativos de tal reprimenda estatal se encontra na redação do Código Penal brasileiro de 1890, nos artigos em que dedica a criminalizar a capoeira e a vadiagem, a primeira uma importante ferramenta cultural e de resistência do povo negro, a segunda uma tentativa de criminalizar, sob capas de neutralidade, comportamentos comuns à sambistas do período que por vezes não se encaixavam nas noções correntes de emprego e trabalho da República Oligárquica estabelecida no país.

Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando **tumultos ou desordens**, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:

Pena – de prisão celular por dous a seis meses.

Paragrapho unico. E" considerado circunstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta. Aos chefes, ou cabeças, **se imporá a pena em dobro.**

Art. 403. No caso de reincidencia, será applicada ao capoeira, **no gráo maximo, a pena do art. 400.**

Paragrapho unico. Si for estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.

Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquilidade ou segurança publica, ou for encontrado com armas, **incorrerá cumulativamente nas penas comminadas para taes crimes.** (BRASIL, 1890, grifos nossos)

Novamente, a teoria da reação social se prova útil para a compreensão do porquê da aparente “coincidência” que, justamente, os comportamentos e populações rechaçados pela elite escravista, recém reestabelecida no poder, estivessem tipificados num código criminal que ensejava o cárcere. Baratta afirma que:

Em uma dada sociedade, certos indivíduos, pertencentes a certos grupos sociais e representantes de certas instituições, são dotados do poder de definição, ou seja, do poder:

[...] de estabelecer quais crimes devem ser perseguidos (**poder de estabelecer as normas penais**);

[...] de estabelecer quais pessoas devem ser perseguidas.” (BARATTA, 2011, pp. 109 e 110, grifos nossos)

Em suma, ao se aplicar as principais considerações e institutos teóricos dos interacionistas alemães, no que pese sua distância geográfica e temporal dos dados levantados neste tópico, torna-se clara a revelação dos verdadeiros intentos de perseguição e seletividade que o Direito Criminal sempre dirigiu nesse país aos marginalizados, sob a marcante e profunda orientação de classe (e raça) dos ocupantes das principais instituições responsáveis por “dizer o Direito”. Tal seletividade, como se observará no último tópico, longe de revelar apenas a realidade da Colônia ou da Velha República é também a principal explicação da gritante discrepância da distribuição racial das prisões.

O Brasil tem contado, desde os primeiros anos da farsa de seu descobrimento, e através dos inquéritos policiais e acórdãos dos Tribunais, a mesma história de criminalização e guerra contra os que menos têm. (ZAFFARONI, 2011, pp. 47 e 48)

2.3. A TENTATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição da República de 1988 representa uma enorme revolução, ao menos do ponto de vista de projetos, na questão da seletividade penal contra corpos reprimidos pelas elites. Nascida diretamente do fim de um período autoritário, de prisões e abusos ilegais, o texto constitucional representa quase o renascer do Sol, por parte do Poder Constituinte, no cenário

jurídico nacional. Seu rol de garantias do Art. 5º é o mais paradigmático exemplo do projeto humanitário e democrático que se estava por desejar.

Art. 5º **Todos são iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII - não haverá penas:

[...]

e) cruéis;

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Apesar disso, o verdadeiro Estado Inconstitucional de Coisas que opera de dentro do sistema penitenciário brasileiro nos aponta a determinado fracasso deste intento. Na introdução que faz a obra do professor Ricardo Jacobsen (2018), o também professor e pesquisador Geraldo Prado parece oferecer uma resposta ao impasse:

Instituições devem ter uma espécie de capacidade de permanência. As instituições que se desenvolveram no Brasil à sombra da mentalidade autoritária exercitam agora sua extraordinária capacidade de permanência nestes termos, deixando à vista de todos o quanto estavam **impermeáveis ao projeto de democratização** simbolizado pela Constituição. (PRADO, 2018, p. 18, grifos nossos)

E é justamente nesta “capacidade de permanência” que se dá, sob as instituições operadoras do Direito Penal atualmente, a continuidade do projeto autoritário e com vistas a uma gerência de corpos de outrora.

2.3.1. QUEM SÃO “ELES”?

A relação que aqui se estabelece entre a exploração econômica representada pela escravidão e a instrumentalização das instituições penais não se dá de modo aleatório. Ora, se o que afirma o professor e jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni estiver correto, é justamente na composição funcional da gama de agentes do próprio Estado formado pós-88 que encontraremos tal convergência de interesses.

O discurso penal tratou os nativos como inimputáveis [...] e os mestiços como *loucos morais* em potencial.

[...]

Ao amparo de repúblicas oligárquicas que mantiveram as maiorias em condições análogas à servidão. A independência significou muitas vezes apenas a **ascensão da limitada classe dos brancos descendentes dos colonizadores**. (ZAFFARONI, 2011, p. 47, grifos nossos)

Quanto a isto, um dado tão alarmante e grave quanto aquele apontado na Introdução do presente trabalho se faz relevante. Por meio do Censo do Poder Judiciário (vetores iniciais e dados estatísticos) o Conselho Nacional de Justiça atestou, em 2014, da existência de uma

realidade verdadeiramente paradoxal ao intento igualitário representado pela promulgação da Constituição de 88. Ao mensurar a distribuição por raça e cor (de acordo com a terminologia utilizada na pesquisa) de cerca de 11 mil juízes, ou 64% do total, distribuídos em todas as regiões e instâncias do País, o CNJ comprovou que o percentual de brancos que ocupam tais cargos chega a uma média global de cerca de 80% das cadeiras contra assustadores 14% ocupadas por pretos e pardos ou inexpressivos valores menores que o zero de magistrados indígenas. (Censo do Judiciário, 2014, p. 40). O Censo também deixa claro que esta média, apesar de variações decimais, não tem mostrado alterações relevantes desde 1955, quando os dados começaram a ser coletados, até 2013, data da última amostragem.

Desse modo, apesar de ocuparem a esmagadora maioria dentre os privados de liberdade e daqueles taxados como criminosos em nosso país, a população negra ocupa apenas minoria de cadeiras nas cortes e tribunais, justamente o maquinário responsável por levar às prisões. Esta ocupação é mínima quando não o é inexistente por completo, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, órgão recursal de cúpula do Judiciário, e que conta com apenas um ministro negro a ocupar o cargo ao longo de todo o seu tempo de existência.

Tais discrepâncias não se realizam atoa, ao contrário uma é causa direta da outra. Conforme apontou Zaffaroni (2011), num país de história recente da escravidão dirigida contra pessoas negras não é de se surpreender que a lógica desta exploração não tenha sido afastada por uma tentativa de democratização do Direito Penal, mas se instalado dentro deste. Os antigos ocupantes do papel colonizador agora operam sua dominação de dentro das instituições oficiais e seu sucesso pode ser comprovado por meio da desigualdade atualmente presente nas prisões.

3. CONCLUSÃO

Finalmente, levando em consideração toda a realidade exposta pelos dados estatísticos disponibilizados pelas próprias instituições e a enorme contribuição teórica da criminologia crítica à questão, cabe pontuar algumas conclusões relativas aos objetivos iniciais da presente pesquisa.

Conforme foi dito existe no Brasil uma realidade alarmante e comprovada de desigualdade por raça e etnia no perfil dos ocupantes do sistema penitenciário. Sem contar os abusos internos do próprio sistema, tal discrepância não se realiza de maneira aleatória, mas é resultado direto do sucesso de diversos mecanismos de filtragem racial que levam à prisão.

Por sua vez, este mecanismo de filtragem não está desconectado das instâncias oficiais de Estado. Ou seja, o mecanismo de seletividade penal não é um dado anômalo ou mesmo incômodo aos órgãos responsáveis por gerir o aprisionamento no Brasil. Ao contrário,

tal mecanismo é o próprio pressuposto destes órgãos e atua garantindo que determinados perfis sociais os ocupem, quase que numa segunda filtragem.

Por fim, conforme fundamentado pela historiografia jurídica aplicada, essa lógica recíproca entre Tribunais e prisão não é fato novo na história do Brasil. Tal mecanismo de instrumentalização das penas e do Direito Penal serve para concluir o projeto socioeconômico operado desde os tempos primeiros de nossa colonização. As mudanças que têm sido visualizadas desde então se operam num nível superficial, mas com a manutenção da atuação dos mesmos agentes, conforme exposto pelos dados empíricos levantados.

4. REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BLUES, Baco Exu do. **BLVESMAN**. Selo EAE0 Records: 2018. (2min53s)

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil.

_____. Lei Imperial N. 3.353, de 13 de maio de 1888 | Lei Áurea

_____. Conselho Nacional de Justiça. (2014). Censo do Poder Judiciário: VIDE – Vetores iniciais e dados estatísticos. Brasília: CNJ. Disponível online em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/CensoJudiciario.final.pdf>. Acesso em: 01 de fev de 2021.

_____. Código Penal de 1890. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. Anuário brasileiro de segurança pública. Edição XIV. São Paulo, 2020.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Ed. USP, 2002. 660 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. De Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

PRADO, Geraldo *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.