

O ENCARCERAMENTO SELETIVO DA JUVENTUDE NEGRA BRASILEIRA: A DECISIVA CONTRIBUIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO*

THE SELECTIVE INCARCERATION OF BLACK BRAZILIAN YOUTH: THE RESPONSIBILITY OF THE JUDICIARY

SALO DE CARVALHO**

RESUMO

A partir da criminologia crítica latino-americana (referencial teórico), o estudo pretende analisar a responsabilidade do Poder Judiciário no encarceramento seletivo da juventude negra brasileira (problema de pesquisa). É possível perceber, nas pesquisas sobre encarceramento, que os atores do campo jurídico têm, com frequência, se eximido do debate sobre a violência estrutural do sistema prisional, sobretudo as práticas seletivas racistas, direcionando críticas ao campo legislativo. No entanto, avaliação das metarregras que influenciam a ação judicial, sobretudo na análise de casos (técnica de pesquisa), permite afirmar o agir seletivo racista das agências policial e judicial. A hipótese central da pesquisa, portanto, é sobre os mecanismos de ocultação da

ABSTRACT

Through the Latin American critical criminology perspective (theoretical framework), this paper aims to analyze the responsibility of the judiciary in the selective incarceration of black Brazilian youth (the research object). It is possible to observe, in previous researches on incarceration, that the actors in the Legal field have often excluded themselves from the debate on the structural violence of the prison system, especially in selective racist practices, conducting criticism to the Legislative system. However, evaluation of how second codes affect the lawsuit, especially in the case studies (research technique), allow us to affirm the existence of selective racist acts by the Police and Judicial agencies. The central hypothesis of this research, therefore, is on the concealment

* O texto original é fruto da intervenção, na qualidade de debatedor, em conferência proferida pelo Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni (UBA) no seminário “*Juventude Negra Brasileira: Homicídios e Encarceramento*”, promovida pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), com apoio do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), realizada em 05 de novembro de 2014, no Ministério da Justiça, Brasília (DF).

O artigo apresenta os resultados parciais da pesquisa de Pós-Doutorado realizado na Scuola di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bologna (ITA), sob a orientação do Prof. Massimo Pavarini, intitulada “*Esecuzione delle Pene e delle Misure di Sicurezza nel Diritto Penale Brasileiro*”, financiada pelo Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq).

** Professor Adjunto de Direito Penal e de Criminologia do Departamento de Direito do Estado, Faculdade Nacional de Direito, UFRJ. Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Pós-Doutor em Criminologia (Universidade Pompeu Fabra, Barcelona). Email: salo.carvalho@direito.ufrj.br

responsabilidade do Poder Judiciário pelo alto índice de prisionalização da juventude negra brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Punição. Racismo. Poder Judiciário. Criminologia Crítica.

mechanisms of the judiciary for the high incarceration index of Brazilian black youth.

KEYWORDS: Punishment. Racism. Judiciary. Critical Criminology.

1. INTRODUÇÃO: BREVE REVISÃO BIBLIOGRÁFICA SOBRE CRIMINOLOGIA E RACISMO

Vera Malaguti Batista, ao analisar a recepção e a permanência dos positivismo nas teorias social e criminológica brasileiras, questiona o motivo de, na América Latina, internalizarmos tão profundamente uma ideologia que se revela destruidora dos nossos povos, da nossa cultura.¹ A questão remete a outro estudo da autora (*O Medo na Cidade do Rio de Janeiro*), sobretudo quando investiga “a arquitetura do medo e a estética da escravidão.”²

A racionalidade etnocêntrica racista (e igualmente misógina e homofóbica), que funda as bases que permanecem hegemônicas no pensamento ortodoxo nas ciências criminais (criminologia positivista, direito penal dogmático e política criminal defensivista), tem sido denunciada, desde há muito, pela criminologia crítica latino-americana, sobretudo a partir da compreensão dos processos de seletividade criminal e da sua funcionalidade para a gestão e o controle repressivo dos grupos indesejáveis.

Em *A América Latina e sua Criminologia*, Rosa Del Olmo, ao descrever o surgimento da criminologia em nossa margem, demonstra como os índios e os negros foram, para as “minorias ilustradas”, os nossos primeiros criminosos

os índios cometeriam delitos devido ao seu atraso e ignorância, segundo os ‘especialistas’ da época [refere o debate científico na América Latina no final do século XIX, momento da recepção das ideias de Comte, Darwin e Spencer, no plano geral, e de Lombroso,

1 Batista, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 46.

2 Batista, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 203-221.

Ferri e Garófalo, no campo das ciências criminais], *em razão de características congênitas que os impediam de se superar, e não à exploração de que haviam sido objeto durante séculos (...). O mesmo ocorria com os negros, que além disso foram objeto de atenção especial – de parte sobretudo dos médicos legistas – por praticarem suas religiões trazidas da África, consideradas sintomas de patologia e expressão de bruxaria fomentadora da delinquência.*³

A consolidação do saber criminológico racista-colonialista, fundado na ideia da inferioridade racial de negros e mestiços – situação que, no plano político-criminal, produzirá “*apartheids* criminológicos” –, é tema do estudo seminal de Zaffaroni sobre as fundações da criminologia latina. Ao analisar o panorama geral do racismo, Zaffaroni expõe as inúmeras variáveis da segregação racial latino-americana nas ciências sociais, introduzidas e fomentadas pelas oligarquias latifundiárias, mineradoras e mercantis (“*oligarquias criollas*”). Nos países com população africana, como o Brasil, o autor afirma que “*a ‘ciência’ deveria demonstrar a inferioridade moral do mulato.*”⁴ O caso típico teria sido o surgimento da criminologia no nordeste, sobretudo a partir das pesquisas de Nina Rodrigues, principal referência do positivismo nacional, na Faculdade de Medicina da Bahia, expostas nos clássicos trabalhos *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil* (1894) e *Os Africanos no Brasil* (1932).

Evandro Piza Duarte, na trilha do pensamento desenvolvido pela criminologia crítica, demonstra que as principais perspectivas que tentam explicar as teorias raciais no Brasil padecem de notórias simplificações. Reduções de problemas que tradicionalmente operam no encobrimento das relações concretas de poder que permitem a adoção de um ou outro esquema explicativo do controle social, como ocorre com os modelos que atribuem a aceitação das teorias raciais à dependência cultural. As teorias que rotulam o racismo como produto de um pensamento da elite, p. ex., correm o risco

3 Olmo, Rosa del. *A América Latina e sua Criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 175.

4 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá; Themis, 1993, p. 146.

de supor que as práticas de segregação racial estariam limitadas à esfera de atuação dos grupos dominantes: “*embora o racismo seja uma ideologia das elites brasileiras, porque é funcional à dominação que exercem, ao rearticular e redimensionar inúmeros processos culturais e materiais, expande-se para os demais grupos sociais e se materializa em um número ilimitado de relações de dominação.*”⁵

Conforme destaca o pesquisador, a criminologia racista foi (e permanece sendo) brasileira na medida em que seu aparecimento dependeu de condições materiais concretas, de relações de poder estabelecidas nas políticas colonialistas e nos processos de implementação do capitalismo. Na margem do capitalismo industrial, “*(...) a recepção das teorias criminológicas refletiu as necessidades de um controle social voltado para a repressão das populações não-brancas, sobretudo as negras.*”⁶

A propósito, Gizlene Neder, ao aplicar a tese de Rusche e Kirchheimer no que diz respeito à relação entre mercado de trabalho e prisionalização, demonstra como a articulação e a difusão da ideologia burguesa da ética do trabalho pelo discurso jurídico, na virada do século XIX para o XX, ganha contornos muito próprios no Brasil. A marca nacional é relativa, exatamente, às “*(...) múltiplas permanências das práticas repressivas tradicionais, ligadas à sociedade escravista, onde a pena de morte vigia explícita ou implicitamente como punição máxima.*”⁷

A contradição, percebida pela autora no momento pós-abolição da escravatura (1888), que coincide com a proclamação da República (1889) e as publicações do Código Penal (1890) e da Constituição (1891) – textos normativos que tornam proscria a pena de morte –, e que percorrerá toda a trajetória do direito nacional até os nossos dias, é a da vigência de uma estrutura jurídica liberal associada com práticas punitivas extremamente autoritárias, marcadas nitidamente pelo racismo

5 Duarte, Evandro Piza. *Criminologia & Racismo*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 287.

6 Duarte, Evandro Piza. *Criminologia & Racismo*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 288.

7 Neder, Gizlene. *Violência Urbana e Punição* in Cerqueira Filho, Gisálio & Neder, Gizlene. *Brasil: violência e conciliação no dia-a-dia*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 92.

*particularmente no Brasil, o direito tem se caracterizado, historicamente, pela combinação de uma rebuscada, bem formulada e fundamentada argumentação segundo os parâmetros das tendências liberais, a partir de modelos erigidos nas formações sociais do centro hegemônico do capitalismo, com práticas autoritárias.*⁸

Enfatiza, ainda, Gizlene Neder, a profunda instrumentalidade das práticas desenvolvidas pelos atores judiciais na manutenção e no ocultamento desta insolúvel contradição

*para almas guardadas em depósitos de misérias poucas perspectivas se apresentavam. De pouco adiantavam os apelos e reflexões no sentido das insuficiências e da ineficácia da ação judicial. As metáforas utilizadas revelam como, de fato, tais questões eram encaradas. O assunto se estende, entretanto, encobrendo, pelo posicionamento rebuscado de uma ilustração liberal, as diretivas repressivas e exterminadoras da ação judicial.*⁹

A breve revisão bibliográfica sobre o tema, a partir de importantes autores da criminologia crítica, permite perceber que o racismo se infiltrou na América Latina como um discurso ou uma ideologia configuradora de práticas punitivas autoritárias e genocidas. No Brasil, esta racionalidade excludente sustenta, revive e alimenta, até os nossos dias, práticas decorrentes das políticas escravagistas contra a população afro-brasileira. Aliás, é esta configuração racista da *forma mentis* que rege o sistema punitivo nacional que renova discursos (sociais e criminológicos) que podem ser qualificados como “ciência” antimulata, nos termos propostos por Zaffaroni¹⁰, e que sustenta práticas de controle social que têm no modelo escravagista seu referente imediato. Não por outra razão é a juventude negra a vítima preferencial da seletividade criminalizante das agências penais, conforme é possível perceber na análise dos dados de prisionalização.

8 Neder, Gizlene. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 58.

9 Neder, Gizlene. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 59.

10 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Themis, 1993, p. 146.

2. DELIMITAÇÃO DO TEMA, PROBLEMA, HIPÓTESE E FORMA DE ABORDAGEM

Os debates sobre a “criminalização da miséria” e o “populismo punitivo”, sobre a responsabilidade do Judiciário na legitimação ou na contenção da seletividade racista do sistema criminal brasileiro, sobre o papel dos atores da execução penal no cenário do “grande encarceramento”; e, notadamente, sobre o insustentável quadro de violência institucional em que nos encontramos atualmente, embora tenham adquirido importantes espaços no âmbito acadêmico, sobretudo na esfera das pós-graduações, têm sido ofuscados pelos discursos estilo “*moral panic*” (Cohen), que cotidianamente são veiculados pelos meios de comunicação de massa.

Neste cenário no qual as imagens da violência produzidas no senso comum em muito se distanciam da violência real do dia a dia, é fundamental afirmar a pertinência e a necessidade de análise de dois distintos processos cujas vítimas preferenciais são a juventude negra brasileira: os homicídios praticados por agentes públicos e o encarceramento massivo dos últimos 20 anos.

A *delimitação do objeto de análise* terá como referência os *processos de encarceramento da juventude negra brasileira*, notadamente em razão das pesquisas que tenho realizado nos últimos anos, em especial a de pós-doutoramento, que finalizei em maio de 2014, junto à Universidade de Bolonha, sob a tutoria de Massimo Pavarini, investigação financiada pelo CNPq.

A abordagem parte do *referencial teórico da criminologia crítica latino-americana*, em especial as perspectivas do *realismo marginal* e da *teoria agnóstica da pena*, desenvolvidas nas últimas décadas por Eugenio Raúl Zaffaroni. A construção teórica de Zaffaroni permite romper com os idealismos das teorias penais e criminológicas fundadas na lógica eurocêntrica – sobretudo os sistemas germânicos reproduzidos parcial, acrítica e exaustivamente pela dogmática jurídica nacional – e fornece importantes chaves de interpretação para a compreensão da violência congênita, genocida e racista do sistema penal latino-americano.¹¹

11 Neste sentido, conferir, sobretudo, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas*

A partir da percepção de que (primeiro) os atores do campo jurídico que atuam no sistema de justiça criminal têm, com frequência, se eximido do debate sobre a violência estrutural que configura as instituições do sistema prisional e de que (segundo) as agências punitivas operam efetivamente de forma seletiva e racista, a intervenção partirá do seguinte *problema de pesquisa*: é possível afirmar (e, se positivo, em que medida) a responsabilidade do Poder Judiciário no encarceramento seletivo da juventude negra brasileira?

Desde o plano da racionalidade jurídica formal (das “regras” que orientam a atuação dos atores), inexistem diretrizes vigentes e válidas que permitam perceber ou até mesmo justificar uma atuação seletivamente racista do Poder Judiciário. Como é bastante fácil perceber, o ordenamento jurídico nacional não poderia admitir regras que explicitassem a vulnerabilidade da juventude negra à criminalização seletiva. No entanto, desde uma perspectiva material (das “metarregras” que influenciam a ação dos atores), os dados de encarceramento no mínimo indiciam este agir seletivo das agências policial e judicial, exteriorizando uma espécie de naturalização de práticas racistas pelos poderes constituídos que se reflete no direcionamento das instituições punitivas.

Os problemas concretos do sistema de justiça criminal exigem, portanto, que o foco da responsabilidade pelo encarceramento em massa da juventude negra seja deslocado do âmbito do Legislativo para o do Judiciário. É muito comum as críticas pelo hiperencarceramento nacional terem como alvo o Legislativo, sobretudo as críticas advindas da “comunidade jurídica”. Mas se o Legislativo é responsável, o é apenas em parte. Esta, pois, a *hipótese central* que move o trabalho: a frequente ocultação

Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 16-29; Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá; Themis, 1993, p. 131-176; Zaffaroni, Eugenio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 239-290; Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Palabra de los Muertos: conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 419-551. Na literatura criminológica nacional, em diálogo direto com Zaffaroni, destaca-se a análise de Flauzina, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo Negro Caído no Chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2006, p. 28-34.

da responsabilidade do Poder Judiciário pelo alto índice de prisionalização, sobretudo pelo encarceramento massivo da juventude negra.¹²

3. A RESPONSABILIDADE DO JUDICIÁRIO PELO ENCARCERAMENTO SELETIVO: DEMONSTRAÇÃO EMPÍRICA A PARTIR DE ANÁLISE DE CASOS

Análise panorâmica do sistema carcerário nacional permite não apenas sugerir uma atuação seletivamente racista do Judiciário, como os dados preliminares parecem efetivamente comprovar a hipótese.

Segundo os dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), 17,3% da população carcerária nacional, no ano de 2013, foi classificada como “cor da pele/etnia” *negra*. Em uma interpretação superficial, os números poderiam objetar a tese da seletividade racista do sistema punitivo. No entanto, se agregadas as pessoas que foram classificadas como *pardas* (44,4%), temos um total de 64,7% do contingente carcerário, contra 35,3% daquelas identificadas como *brancas*.¹³ As formas oficiais de classificação são significativas para compreensão do problema.

Uma das questões importantes ao analisar o tema, apontada por Vera Andrade, é acerca dos critérios utilizados pelas agências nacionais, seguindo a metodologia do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para definir a população negra. A cisão metodológica (e sempre ideológica) da população em negros e pardos, conforme a autora, tende a ocultar o processo histórico-cultural de miscigenação e de formação de uma identidade cultural da população brasileira não-branca, situação que produz efeitos em termos de representação social do problema do preconceito racial.¹⁴

12 Sobre a responsabilidade do Legislativo pelo encarceramento em massa, conferir, exemplificativamente, o caso da Lei dos Crimes Hediondos, narrado na sequência.

13 FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública, *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, n. 08, 2014, p. 76.

14 Andrade, Vera Regina Pereira. Conferência *in* Seminário Internacional “Crítica e Questão Criminal na América Latina”, Escola Superior da Magistratura do Rio de

Assim, recuperando esta unidade entre negros e pardos, podemos perceber, a partir dos dados de criminalização e de prisionalização brasileiros, a seletividade pela qual opera o sistema penal contra a população não-branca.

Como qualquer tema que envolve o sistema punitivo, o fenômeno do encarceramento em massa é bastante complexo, e inúmeras variáveis, muitas vezes conflitantes, podem atuar como dispositivos facilitadores da seletividade racista, sobretudo no cruzamento das vulnerabilidades sociais com as econômicas.

O objetivo do presente trabalho é o de demonstrar, a partir da análise de casos relevantes, a contribuição direta do Poder Judiciário no encarceramento da juventude negra. A técnica metodológica de exposição de casos pretende facilitar a compreensão do problema e a responsabilidade dos atores judiciais.

PRIMEIRO CASO: A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Em termos político-criminais, a adesão explícita ao “populismo punitivo” ocorre em 1990, com a publicação da Lei dos Crimes Hediondos. A referida Lei representa o marco simbólico do ingresso do Brasil no cenário internacional do grande encarceramento. Neste aspecto, é inegável a reponsabilidade do Legislativo no aumento superlativo da população carcerária brasileira, pois, a partir da Lei 8.072/90, o país aderiu à demanda punitivista. Assim, juntamente com inúmeras outras alterações legislativas, aumentou o *input* e restringiu o *output* do sistema punitivo – as quais consistem, por exemplo, na criação de novos tipos incriminadores, na elevação das penas em abstrato, no enrijecimento nas formas de cumprimento das penas (regimes prisionais), no aumento das hipóteses de prisões cautelares, na restrição de indultos e comutação das penas.

Ocorre que em um sistema democrático, no qual os poderes deveriam exercer simultaneamente as funções de controle e de limitação dos excessos, caberia ao Judiciário, frente à adesão parlamentar

Janeiro (EMERJ), Rio de Janeiro, 16/12/14.

ao populismo punitivo, fixar diretrizes mínimas com a finalidade de racionalizar o sistema penal, sobretudo através do controle de constitucionalidade. No entanto o Supremo Tribunal Federal, longe de afirmar sua posição constitucional de controle dos excessos do Legislativo, de forma pouco responsável, demorou mais de 15 anos para declarar inconstitucional o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que determinava o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Curiosamente é neste período que a curva de encarceramento nacional passa a ser constantemente ascendente.

A experiência com a Lei dos Crimes Hediondos, apesar de emblemática, é apenas um dos inúmeros exemplos da responsabilidade direta do Poder Judiciário pelo aumento do encarceramento nacional. No caso, uma responsabilidade por omissão decorrente deste período de abstenção em relação ao controle de constitucionalidade.

SEGUNDO CASO: A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

Os dados oficiais apontam que a imputação pelo art. 33 da Lei de Drogas é, depois da imputação pelo art. 157 do Código Penal (roubo), a que mais fomenta o encarceramento nacional. Neste quadro, em razão das indeterminações normativas na qualificação de uma conduta como “tráfico de drogas” e da extensa margem de punibilidade abstratamente prevista às condutas incriminadas, caberia ao Judiciário a definição de diretrizes básicas de imputação, ou seja, a criação de guias de interpretação que restringissem a vagueza e a ambiguidade legislativas que provocam, no cotidiano do sistema punitivo, o encarceramento massivo da juventude negra das periferias. Sobretudo porque os espaços de discricionariedade normativos, no exercício do sistema punitivo (“*criminal law in action*”), são preenchidos por punitividade e não por liberdade, como seria o esperado de um sistema que respeitasse a tradição liberal do Direito Penal.

Segundo a Lei de Drogas, configuram crime as condutas de *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar* ou *trazer consigo* drogas. Ambas as condutas, porém, estão previstas nos tipos penais

do art. 28 e do 33 da Lei 11.343/06, ou seja, objetivamente a mesma conduta empírica pode ser capitulada como “consumo” (efeito legal: pena alternativa) ou “tráfico” (efeito legal: reclusão de 05 a 15 anos). O critério de diferenciação, previsto no art. 28, § 2º, estabelece que

para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Trata-se, porém, de uma não-regra. Os espaços de ambiguidade são tão grandes que é evidente perceber como a espécie de imputação será definida pelas metarregras que compõem os quadros mentais dos agentes do sistema punitivo, ou seja, pela pré-compreensão e pela representação que os intérpretes-atores (policial, promotor ou juiz) têm sobre *quem é o traficante* e *quem é o usuário* de drogas. Na hipótese, é muito provável que a “cor da pele” não seja um critério de definição da conduta que aparecerá como elemento fático de fundamentação da decisão. Mas, com muita frequência, pela experiência acadêmica e profissional na análise do funcionamento do sistema punitivo, nota-se como, na maioria das vezes, a “cor” do “suspeito” é encoberta ou mascarada por outros *standards* decisoriais (atitude suspeita, presença em área de tráfico, antecedentes criminais) que definirão o sujeito como “traficante” ou “usuário”.¹⁵

15 Sobre a criminalização por drogas da juventude negra pobre, conferir, dentre outros, as pesquisas empíricas de Batista, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 91-120; Carvalho, Salo de. Nas Trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas in *Criminologia de Cordel*, v. 03, Rio de Janeiro, 2014, p. 189-226; Mayora Alves, Marcelo. *Entre a Cultura do Controle e o Controle Cultural: um estudo sobre as práticas tóxicas na cidade de Porto Alegre*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 121-211; Mayora, Marcelo; Garcia, Mariana; Weigert, Mariana & Carvalho, Salo. #DESCRIMINALIZASTF: um Manifesto Antiproibicionista Ancorado no Empírico in *Revista de Estudos Criminais*, v. 46, Porto Alegre, 2012.

Sobre a violação aos princípios liberais do Direito Penal em decorrência dos excessos de criminalização e as ambiguidades normativas, conferir, dentre outros, Carvalho, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 279-309; Karam, Maria Lúcia.

Além da alta volatilidade dos critérios de imputação, as inúmeras condutas descritas no art. 33 demonstram uma diferença de potencial lesivo que torna injustificável a previsão de uma mesma pena. É evidente que as condutas *vender, importar e exportar*, mesmo dentro da lógica proibicionista, são substancialmente distintas daquelas definidas como *guardar, ter em depósito, trazer consigo ou fornecer ainda que gratuitamente*. No entanto a resposta jurídico-penal, para todas, é idêntica: reclusão de 05 a 15 anos e multa.

Por outro lado, a estrutura de criminalização, transnacionalizada do centro para a margem a partir da política *war on drugs*, provoca verdadeiras *dobras de criminalização* que potencializam de forma extrema os índices de criminalização dos grupos vulneráveis, notadamente a juventude negra. Lembra Muñoz Conde que a partir das políticas proibicionistas norte-americanas, existe uma tendência universal de intervenção *omnicomprensiva*, ou seja, em todas as fases do ciclo da droga – “*la penalización de todo comportamiento que suponga una contribución, por mínima que sea, a su consumo.*”¹⁶ O efeito, como ocorre na Lei de Drogas brasileira, é a criminalização, com tipos autônomos, desde condutas eminentemente preparatórias até os atos de exaurimento.¹⁷ Além disso, a criminalização da associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06), gera enormes distorções, sobretudo porque congloba inúmeras hipóteses de coautoria e/ou participação.¹⁸ Em realidade,

Proibições, Riscos, Danos e Enganos: as drogas tornadas ilícitas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 09-21.

Sobre o aumento do encarceramento nacional em decorrência da política de drogas, conferir, dentre outros, Boiteux, Luciana. Drogas e Cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas *in* Shecaira, Sérgio Salomão. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCrim, 2014, p. 83-103; Carvalho, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 214-221.

16 Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial*. 15. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 664.

17 Neste sentido, conferir Carvalho, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 325-328

18 Neste sentido, conferir Prado, Daniel Nicory. *Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 88-90.

a criminalização omnicompreensiva produz um acúmulo de punibilidade que, no plano dogmático, desconhece regras elementares relativas ao *iter criminis* e ao concurso de agentes.

Assim, não apenas é importante que o Supremo Tribunal Federal pautе o julgamento da repercussão geral que versa sobre a inconstitucionalidade do porte para consumo pessoal – e, efetivamente, realize o devido filtro constitucional, julgando a ilegitimidade do art. 28 da Lei 11.343/06 –, como seria fundamental que, igualmente no exercício do controle de constitucionalidade, a Corte estabelecesse (a) critérios diferenciadores entre as condutas previstas no art. 33, extirpando elementos normativos de alta volatilidade que permitem a imputação e submetem a penas elevadas condutas sem qualquer finalidade mercantil, em respeito ao princípio da proporcionalidade, e (b) filtrasse as demais dobras de criminalização, estabelecendo diretrizes sobre *iter criminis* e concurso de agentes, em respeito ao princípio da proibição da dupla incriminação (*ne bis in idem*). A guia interpretativa parece ter sido enunciada por Muñoz Conde, quando reivindica a necessidade de uma

*interpretación restrictiva en base al principio de proporcionalidad que atempera la excesiva amplitud de estos conceptos, excluyéndose, además del autoconsumo, las [condutas] adecuadas socialmente o las que no tienen capacidad de expansión.*¹⁹

Para o presente estudo é fundamental afirmar, embora a constatação não seja nenhuma novidade, que o resultado direto da criminalização omnicompreensiva que fundamenta a estrutura normativa da política nacional de guerra às drogas é o encarceramento massivo de jovens negros e pobres (muito pobres), que vivem em situação de vulnerabilidade nos grandes centros urbanos e que, em grande medida, são consumidores e/ou pequenos varejistas. Os dados qualitativos disponíveis sobre prisionalização (DEPEN, FBSP, p. ex.) demonstram que são raríssimos (quando não inexistentes) os casos de “megaempresários do tráfico” (atacadistas) reclusos.

19 Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial*. 15. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 664.

Além disso, é fundamental realizar um recorte de gênero quando se analisa a política de guerra às drogas. Isto porque mulheres e negros representam os grupos mais vulneráveis à seletividade criminalizante da repressão às drogas. Não por outra razão a população de mulheres, em grande parte negras, presas por envolvimento com drogas foi a que proporcionalmente mais aumentou na última década.²⁰ Se o Brasil é o segundo país no mundo que, na última década, mais encarcerou, sendo superado apenas pelo Camboja²¹, proporcionalmente temos aprisionado mais mulheres que homens, sendo a imputação do art. 33 da Lei de Drogas a mais representativa. Conforme os dados da Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo, estado da federação com a maior população carcerária, em 2013, os índices de prisionalização por tráfico de drogas seriam de 28% de homens e 60% de mulheres.²² Dados do DEPEN, de 2012, indicam que, no universo nacional, a população carcerária é composta de 25% de homens e 42,76% de mulheres.²³

Se as estatísticas nos dizem sobre o trabalho da Polícia e não sobre a criminalidade

*a confiança que os sociólogos depositavam nas estatísticas oficiais coletadas sobre o desvio provocou críticas severas e reveladoras. Acho que está claro, agora, embora alguns possam discordar, que a estatística policial, p. ex., nos diz mais sobre a polícia do que sobre os criminosos (...)*²⁴

20 Neste sentido, Boiteux, Luciana. Drogas e Cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas *in* Shecaira, Sérgio Salomão. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCrim, 2014, p. 83-103; Carvalho, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 214-221.

21 Kalili, Sérgio. Como a Reforma do Código Penal pode Afetar o Sistema Carcerário *in Folha de São Paulo*, 17/08/2014, p. 03.

22 Bergman, Marcelo et alii (coord.). *Crime, Segurança Pública e Desempenho Institucional em São Paulo*. São Paulo: FGV, 2013, p. 11.

23 DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, *Censo Penitenciário*, dezembro de 2012.

24 Becker, Howard. *Metodologia de Pesquisa em Ciências Sociais*. São Paulo: Hucitec, 1994, p. 170.

Resta fundamental problematizar o tipo de programação criminalizante que a Polícia e o Judiciário têm efetivamente realizado e questionar quais as funções que têm desempenhado na política criminal brasileira.

Infelizmente, desde o meu ponto de vista, as funções reais deste exercício seletivo voltam-se à criminalização da miséria, ao controle punitivo de grupos que vivem na periferia dos grandes centros urbanos, ao genocídio e ao encarceramento massivo da juventude negra. Isso porque sabemos que se fizermos uma transposição idealizada das estatísticas do cárcere para o ambiente social, a partir de um exercício laboratorial de anulação das cifras ocultas, resta evidente que o comércio de drogas ilegalizadas não corresponde a 25% dos delitos praticados por homens e 60% por mulheres.

TERCEIRO CASO: OS DELITOS PATRIMONIAIS SEM VIOLÊNCIA

O encarceramento de pessoas que praticaram delitos sem violência contra o patrimônio privado talvez seja um dos quadros mais dramáticos e representativos da trama de seletividade que envolve a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário nacionais.

Dos pontos de vista ético, humanitário e político-criminal, penso ser injustificável que tenhamos mais de 100.000 pessoas presas por *crimes cometidos sem qualquer tipo de violência e voltados contra o patrimônio privado*. Conforme os dados do DEPEN, de 2012, os delitos de furto, receptação e estelionato eram responsáveis por cerca de 20% do encarceramento nacional.²⁵

A determinação do cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, aos autores desses delitos, sem a conversão em pena restritiva de direito, se justifica fundamentalmente por força da incidência do instituto da reincidência. A propósito, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, na contramão de grande

25 DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, *Censo Penitenciário*, dezembro de 2012.

parte da doutrina nacional e internacional, perdeu oportunidade ímpar de declarar a inconstitucionalidade do instituto em 2013.²⁶ O caso é exemplar porque ultrapassa o debate meramente dogmático, muitas vezes essencialmente metafísico, e dá a dimensão real e corpórea da aplicação da reincidência no sistema punitivo nacional: mais de 100.000 pessoas encarceradas.

Uma questão, bastante óbvia, parece emergir deste debate: é razoável, dos pontos de vista jurídico, ético e político (criminal), manter mais de 100.000 pessoas encarceradas por delitos sem violência praticados contra o patrimônio privado? Neste ponto, análise comparativa com alguns *crimes contra o patrimônio público* evidencia o nível radical da seletividade operada dentro do sistema penal: na maioria dos crimes praticados contra o patrimônio público (crimes tributários e previdenciários, p. ex.), é tradição do nosso ordenamento jurídico ser extremamente generoso, criando inúmeros mecanismos de extinção da punibilidade em razão da reparação do dano.²⁷ Recentemente o art. 6º da Lei 12.382/11, alterando o art. 83, § 4º da Lei 9.430/96, define:

extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Independentemente das variantes legais e da sucessão de critérios relativos à matéria da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo – momento (antes ou depois da denúncia

26 STF – Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 453.000, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/04/2013.

27 O art. 34 da Lei 9.242/95 determinava a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária no caso de o agente promover o pagamento do tributo ou da contribuição social antes do recebimento da denúncia. O art. 9º, § 2º da Lei 10.684/03, igualmente regulou a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária (art. 1º e 2º da Lei 8.137/90) e contra a previdência social (art. 168ª e 337ª do Código Penal) quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuasse, a qualquer tempo, o pagamento dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais. A Lei 11.941/09, em seu art. 69, determinou a extinção da punibilidade quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais que tivessem sido objeto de concessão de parcelamento. Atualmente a Lei 12.382/11 regula a matéria.

ou a qualquer tempo) da satisfação; amplitude (total ou parcial) do pagamento; possibilidade (ou não) de parcelamento; sujeito (pessoa física ou jurídica) que realiza o pagamento –, a realidade é que encontramos no ordenamento jurídico nacional inúmeros dispositivos de tutela das elites econômicas que permitem que o responsável pelo crime contra o erário público fique isento de pena em caso de devolução dos valores devidos ou apropriados. Não por outra razão os crimes contra o patrimônio público sequer constam nas estatísticas carcerárias nacionais.²⁸

Pergunta relativamente singela torna a questão indiscutivelmente constrangedora: configura maior dano a conduta cometida contra o patrimônio público ou aquela praticada contra o patrimônio privado? Para explicar o encarceramento dos crimes contra o patrimônio privado e a blindagem dos crimes contra o patrimônio público outra questão, relativa ao sujeito ativo da infração, deve ser proposta: quem é o autor dos crimes de furto e de receptação e quem é o autor da omissão de tributos e da apropriação indébita previdenciária?

Acrescente-se à evidência das imunidades punitivas às elites econômicas (e brancas) o detalhe de que não há quaisquer óbices à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos casos de reincidência.²⁹ Situação totalmente diversa, a partir da análise da aplicação judicial do direito penal brasileiro, no que tange às hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade por

28 Neste sentido, conferir DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, *Censo Penitenciário*, dezembro de 2012.

29 No caso específico da apropriação indébita previdenciária, o art. 168^a, § 3º estabelece que “é facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórias; ou II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.”

No entanto, a restrição perde a força se confirmado o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação retroativa da Lei 10.684/03 para os delitos tributários e previdenciários. Neste sentido, exemplificativamente, Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 119.245/DF, Rel. Dias Toffoli, j. 06/09/2013.

restritiva de direito nos crimes de furto, estelionato, receptação e apropriação indébita.

Apesar da notória desproporcionalidade dos critérios de aplicação das medidas extintivas e da evidente ofensa a todos os parâmetros mínimos (formais e materiais) de equidade, souo praticamente escandaloso nos meios jurídicos quando algumas cortes cogitaram a possibilidade de aplicação analógica da causa de extinção de punibilidade nas hipóteses em que o autor do crime patrimonial não-violento (furto, estelionato, receptação) indenizava ou restituía a coisa à vítima. Nesta hipótese, a consolidação jurisprudencial foi a de que seriam admitidas, no máximo, a aplicação da causa especial de diminuição da pena (“arrependimento posterior”, art. 16 do Código Penal) ou da atenuante do art. 65, III, b do Código Penal.³⁰

A diferença qualitativa entre os critérios legais e jurisprudenciais de imputação de responsabilidade nos crimes contra o patrimônio público e nos crimes contra o patrimônio privado poderia ser explorada à exaustão – como, p. ex., a análise da jurisprudência na definição de diretrizes díspares para aplicação de causas supralegais de exclusão do delito: atipicidade material (aplicação do princípio da insignificância)³¹ e eximentes (inexigibilidade de conduta diversa)³² nos delitos de furto e de omissão de tributos. Todavia creio que os exemplos acima já permitem uma visão relativamente consistente do cotidiano de seletividade operado pelos poderes Legislativo e Judiciário.

30 Sobre o tema, conferir Carvalho, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 422; Carvalho, Amilton Bueno. *Teoria e Prática do Direito Alternativo*. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 176; e Streck, Lenio Luiz. A Nova Lei do Imposto de Renda e a Proteção das Elites *in* Tubenclak, James (coord.). *Doutrina*, v. 1. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1996, p. 484-496.

31 Sobre o tema, conferir Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre; Garcia, Rogério Maia; Loureiro, Antônio Carlos Tovo. Os Critérios de Definição da Tipicidade Material e as Infrações de Menor Potencial Ofensivo: crítica jurisprudencial e comentários à luz da Lei 11.313/06 *in* *Revista Jurídica*, v. 346, 2006, p. 81-98.

32 Carvalho, Salo. A Co-Responsabilidade do Estado nos Crimes Econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial *in* Wunderlich, Alexandre (Org.). *Política Criminal Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 137-149.

QUARTO CASO: OS DELITOS PATRIMONIAIS VIOLENTOS

Ainda no que diz respeito aos índices de encarceramento nos delitos patrimoniais, merecem ser explorados os critérios de definição da *violência* e da *grave ameaça* que qualificam os crimes de furto em roubo.

Em termos quantitativos, os dados demonstram que os crimes que mais produzem encarceramento no Brasil são os de roubo (27%) e os de tráfico de drogas (25%).³³ Conforme o relatório da Fundação Getúlio Vargas (FGV), em São Paulo, o índice de encarceramento por roubo é maior que a média nacional, mas a realidade não é muito diferente do resto do país: roubo (30%) e tráfico de drogas (26%).³⁴

No entanto, assim como é fundamental que tenhamos mecanismos de *análise qualitativa* para diferenciar as condutas que são tradicionalmente generalizadas como tráfico de drogas e que mereceriam distinto tratamento legal – p. ex., distinguir as condutas criminalizadas no art. 33 da Lei de Drogas que revelam natureza mercantil (importar, exportar, vender, expor à venda) daquelas meramente facilitadoras do comércio (guardar, ter em depósito) ou daquelas que se aproximam e/ou se confundem com ações facilitadoras do consumo individual ou compartilhado (adquirir, guardar, trazer consigo, entregar a consumo ou fornecer gratuitamente) – é imprescindível uma investigação detalhada da compreensão dos Tribunais sobre as elementares *violência* e *grave ameaça* no roubo.

A partir da experiência cotidiana dos operadores do sistema de Justiça Criminal, seria interessante problematizar o tipo de imputação mais usual para casos corriqueiros de constrangimentos nos quais o autor da conduta emprega alguma força para subtrair ou entra em disputa com a vítima pelo objeto material. A questão é central, pois se esta subtração relativamente forçada ou esta disputa

33 DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, *Censo Penitenciário*, dezembro de 2012.

34 Bergman, Marcelo et alii (coord.). *Crime, Segurança Pública e Desempenho Institucional em São Paulo*. São Paulo: FGV, 2013, p. 11.

forem compreendidas como *ato violento*, a conduta é imediatamente reclassificada como roubo, operando um aumento extremamente acentuado de pena: reclusão de 1 a 4 anos (furto) para reclusão de 4 a 10 anos (roubo). Pense-se, p. ex., em termos de proporcionalidade, na diferença entre as penas mínimas prevista para o roubo (4 anos) e para o homicídio simples (6 anos). Logicamente que os dados jurisprudenciais que podem ser coletados facilmente nos sítios *web* dos Tribunais indicam que, na imensa maioria dos casos, este tipo de constrangimento é efetivamente interpretado como *violência*. Mas a questão que pode ser colocada é se este constrangimento um pouco mais agressivo efetivamente pode ser interpretado como violência em razão dos efeitos punitivos que produz (aumento substancial de pena, vedação de substitutivos penais, imposição de regime mais gravoso)?

No mesmo sentido, é fundamental questionar os critérios de imputação da *grave ameaça*.

O art. 147 do Código Penal prevê o crime de *ameaça*: “*ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave.*” A doutrina e a jurisprudência têm definido importantes diretrizes para a configuração deste delito. Conforme Delmanto, a ameaça implica na intimidação, na promessa de um mal injusto e grave. No entanto, para a configuração do delito, a ameaça precisa ser idônea, ou seja, deve ser objetivamente realizável, verossímil.³⁵

A questão relativa à imputação do roubo por grave ameaça (e que parece bastante evidente embora não atinja o debate dogmático) é a de que este elemento (grave ameaça) que qualifica o furto em roubo deve ser necessariamente uma conduta sensível e objetivamente mais ofensiva do que aquela definida no art. 147 do Código Penal (ameaça). Se à subtração da coisa alheia móvel for agregada conduta compatível com os elementos típicos do art. 147, não há, evidentemente, ameaça grave, e, por consequência, o delito é o de furto e não de roubo.

35 Delmanto, Celso. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 316.

As digressões sobre violência e grave ameaça são relevantes para que sejam problematizados os critérios mínimos de imputação de uma das espécies de delito que mais encarceram a juventude brasileira, sobretudo a juventude vulnerável, frequentemente negra, da periferia dos grandes centros. Além disso, é fundamental porque a experiência no sistema de Justiça Criminal demonstra que, para definir uma conduta como roubo, qualquer ato relativamente constrangedor é qualificado como *violência* e qualquer intimidação se converte em *grave ameaça*, situação que no cotidiano das práticas punitivas amplia de forma substancial as hipóteses de encarceramento.

QUINTO CASO: OS SUBSTITUTIVOS PENAIIS

A contribuição decisiva do Poder Judiciário para a substancialização do encarceramento seletivo parece evidente, porém, a partir da observação dos processos de aplicação dos *substitutivos penais*: diversificação processual, cautelares substitutivas e penas alternativas.

Embora a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984, tenha previsto *sanções alternativas à prisão*, a efetiva aplicação dos substitutivos penais ocorreu somente em 1998, com a edição da Lei 9.714, que ampliou os requisitos que permitem ao juiz, na sentença condenatória, preterir a privação da liberdade em prol das “penas alternativas”. A principal alteração foi a relativa ao requisito objetivo, estabelecendo a possibilidade de o juiz converter a pena detentiva ou reclusiva em restritiva de direito (ou multa) se a quantidade de sanção aplicada não fosse superior a 4 anos.

Contudo, alguns anos antes, com a edição da Lei 9.099/95, houve uma outra importante inovação legislativa, com a previsão de *institutos processuais diversificacionistas*: composição civil e transação penal, aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo, e suspensão condicional do processo, cabível nos casos de delitos de médio potencial ofensivo (termo utilizado para identificar os crimes que admitem suspensão condicional do processo).

Neste curto período (1995-1998), foram criados distintos mecanismos que permitiam (a) a resolução preliminar do caso; (b)

a suspensão do processo criminal; ou (c) a conversão da pena de prisão em pena alternativa. Dentre as justificativas, a necessidade de informalização, celeridade, economia processual e diversificação de penas e procedimentos. A expectativa no campo político-criminal era bastante evidente: diminuição do número de processos criminais (incidência da Lei 9.099/95) e redução do número de prisões (incidência da Lei 9.714/98).

Ocorre que nos primeiros anos de aplicação dos novos estatutos a expectativa viu-se absolutamente frustrada, pois o número de processos e de penas de prisão não apenas não diminuiu como aumentou. Os dados do DEPEN são reveladores, embora muito defasados: (a) 1995: 149.000 penas de prisão e 80.400 penas e medidas alternativas; (b) 2002: 239.000 penas de prisão e 102.400 penas e medidas alternativas; (c) 2006: 401.000 penas de prisão e 301.400 penas e medidas alternativas; (d) 2007: 420.000 penas de prisão e 422.500 penas e medidas alternativas (equiparação); (e) 2008: 440.000 penas de prisão e 498.700 penas e medidas alternativas (momento da inversão, com o aumento das penas e medidas alternativas em relação às penas de prisão); (f) 2009: 474.000 penas de prisão e 671.000 penas e medidas alternativas.³⁶

Fenômeno idêntico (e que valida a tese) ocorreu recentemente, com a edição da Lei 12.403/11, que ampliou as hipóteses de *medidas alternativas à prisão preventiva*. Apesar das campanhas de pânico moral dos meios de comunicação, que afirmavam que a nova lei colocaria em liberdade milhares de criminosos, os dados demonstram que no primeiro ano de vigência do estatuto o número de cautelares aumentou 6,3%.³⁷

O paradoxo do aumento do número de prisões e de processos criminais em paralelo à aprovação e vigência de estatutos

36 Há um problema metodológico na comparação das penas de prisão e penas e medidas alternativas, pois os dados relativos às primeiras são estáticos (contagem no último dia do ano), enquanto os relativos às últimas são dinâmicos (número total de penas e medidas alternativas cumpridas no ano-base). Mas a comparação pode ser vista como ilustrativa (sobretudo em razão de inexistirem dados dinâmicos das penas de prisão).

37 Kalili, Sérgio. Como a Reforma do Código Penal pode Afetar o Sistema Carcerário *in Folha de São Paulo*, 17/08/2014, p. 03.

diversificadores e descarcerizadores é, porém, apenas aparente. A criminologia crítica, desde os anos 70, afirma a hipótese de que as instituições totais, notadamente a prisão e o manicômio, criam dispositivos de autoimunização a partir da consolidação de uma racionalidade carcerocêntrica. Não por outra razão, conforme é possível notar na realidade brasileira, as normas que instituem alternativas ao cárcere (ou ao processo criminal) não se consolidam efetivamente como mecanismos de superação, mas como instrumentos aditivos que reforçam a lógica prisional e ampliam a rede de controle formal.³⁸

Por mais triste que seja o diagnóstico, nas últimas duas décadas, as penas e medidas alternativas se converteram em um conjunto de alternativas à liberdade e não ao cárcere ou ao processo. Os dados permitem concluir que o Poder Judiciário seguiu, apesar das inovações legislativas, determinando prisões preventivas e condenando à prisão os “culpados de sempre” (juventude negra das periferias dos grandes centros urbanos). Mas, para além da cotidiana ação seletiva, em reforço ao populismo punitivo, o Judiciário ampliou a rede de sanções, consolidando uma espécie de inversão ideológica do princípio do *in dubio pro reu* que poderia ser exposta na máxima *in dubio pro pena ou medida alternativa*, na linha do diagnóstico (*in dubio pro transação penal*) apresentado por Luiz Antônio Bogo Chies em suas investigações sobre os Juizados Especiais Criminais.³⁹

SEXTO CASO: A APLICAÇÃO JUDICIAL DAS PENAS (PENAS EM CONCRETO)

A adesão do Poder Judiciário nacional ao populismo punitivo pode ser confirmada igualmente através da análise do *tempo*

38 Neste sentido, Carvalho, Salo. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento *in* Gauer, Ruth (org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*, v. II, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 146-171.

39 Chies, Luis Antônio Bogo. Por Uma Utopia do Possível! (pretensas contribuições a um projeto de reforma dos juizados especiais criminais) *in* Wunderlich, Alexandre & Carvalho, Salo (orgs.). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 198-202.

médio das penas judicialmente aplicadas. Ao comparar a quantidade média das penas aplicadas nos anos de 1985, 1995 e 2010, Pavarini e Giamberardino atestam o significativo aumento da severidade das condenações.

O mapeamento do percentual das penas aplicadas conforme os horizontes (critérios objetivos) que permitem a substituição de pena ou do regime indica a função estratégica que os atores judiciais exercem na contenção ou avanço do punitivismo. Os pesquisadores apontam que em 1985 o mapa da aplicação da pena no Brasil revelava os seguintes dados: (a) penas aplicadas até 4 anos (32%), (b) penas aplicadas entre 4 e 8 anos (30%) e (c) penas acima de 8 anos (38%). Em 1995 os números se alteram da seguinte forma: (a) penas aplicadas até 4 anos (19%), (b) penas aplicadas entre 4 e 8 anos (31%) e (c) penas acima de 8 anos (50%). Os números consolidados de 2010 indicam: (a) penas aplicadas até 4 anos (19%), (b) penas aplicadas entre 4 e 8 anos (29%) e (c) penas acima de 8 anos (52%), das quais (d) 30% das penas estão acima de 15 anos.⁴⁰

Os números apresentados nos Anuários Brasileiros de Segurança Pública reforçam a hipótese do gradual aumento da quantidade de pena aplicada judicialmente. Nos comparativos dos anos 2012 e 2013, porém, os dados parecem demonstrar uma espécie de estabilidade elevada: (a) penas aplicadas até 4 anos = 2012: 18,2%; 2013: 18,3%, (b) penas aplicadas entre 4 e 8 anos = 2012: 29,6%; 2013: 30%, (c) penas acima de 8 anos = 2012: 52,2%; 2013: 51,7%, e destas (d) acima de 15 anos = 2012: 29%; 2013: 26,8%.⁴¹

A partir de meados da década de 90, quando o Brasil adere formalmente à política de encarceramento em massa, mais da metade das penas de prisão foi fixada judicialmente acima do limite dos 8 anos. Apesar das políticas legislativas de aumento da quantidade das penas em abstrato, nota-se, em paralelo, como reforço político-criminal, o aumento médio das penas em concreto, situação que implica diretamente o Judiciário.

40 Pavarini, Massimo & Giamberardino, André. *Teoria da Pena & Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 78-82.

41 FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública, *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, n. 08, 2014, p. 71-72.

SÉTIMO CASO: O ENCARCERAMENTO DE ADOLESCENTES

Os números de encarceramento mundial e nacional permitem algumas conclusões imediatas: (a) o Brasil é o segundo país que mais encarcera (proporcionalmente) na última década⁴²; (b) no Brasil o encarceramento de mulheres é substancialmente maior, em termos proporcionais, do que o de homens; e (c) o encarceramento de homens e mulheres, jovens e negros, é o mais significativo em termos quantitativos e qualitativos. No entanto um dado é alarmante e precisa ser explorado: o número de encarceramento de adolescentes em conflito com a lei.

Embora os dados já estejam desatualizados e sejam de difícil acesso, sobretudo porque o sistema socioeducativo não está vinculado ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), números publicados em 2010, através do Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei, da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente (SNPDCA), indicam que o índice de prisionalização juvenil aumentou, nos últimos 15 anos, 31,29%.⁴³

Análise preliminar dos dados possibilita perceber que após um significativo aumento do encarceramento juvenil entre os anos de 1996 (total: 4.245) e 2006 (total: 15.423), os números teriam sido estabilizados, e, em 2010 (total: 17.703), a taxa de prisionalização de adolescentes em conflito com a lei seria menor do que a de adultos, situação que indicaria um maior controle no *input* do sistema carcerário. No entanto, ao utilizar como critério de análise o número de presos por 100.000 habitantes, esta hipótese não é totalmente validada, pois o número de adolescentes encarcerados por 100.000 habitantes evoluiu, entre os anos de 1996 e 2010, de 2,72 para 9,24, isto é, 239,7%. Em números absolutos, o aumento de 4.245 para 17.703, correspondente a 317,03%. Na população

42 Kalili, Sérgio. Como a Reforma do Código Penal pode Afetar o Sistema Carcerário *in Folha de São Paulo*, 17/08/2014, p. 01.

43 SNPDCA – Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei*, 2010.

carcerária adulta, no mesmo período (1995-2010), houve uma variação de 95,47 para 259,17 presos por 100.000 habitantes, representando um aumento de 171%. Em números absolutos, o número de adultos encarcerados subiu de 148.760 para 496.251, ou seja, 233,59%.

Os dados demonstram, portanto, que o encarceramento de jovens autores de atos infracionais tem superado significativamente as taxas de prisionalização de adultos, situação que demonstra e projeta a tendência nacional de aumento do punitivismo em todos os níveis do controle formal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário de encarceramento massivo apresentado permite levantar inúmeras possibilidades explicativas para compreensão do fenômeno alarmante de violência institucional e seletiva que o Brasil vive nas últimas décadas. A partir deste triste diagnóstico, entendo ser possível apontar cinco hipóteses ou variáveis.

(Primeira) O Brasil, longe de ser o país da impunidade, encarcera muito, ou seja, o sistema punitivo opera de forma contrária ao que é cotidianamente divulgado, sobretudo pela imprensa. Mas ao mesmo tempo que encarcera muito, encarcera muito mal, no sentido de que inúmeras condutas não lesivas (crimes sem violência ou grave ameaça) não demandariam o uso da prisão. A propósito, conforme as lições da crítica criminológica, o cárcere é o instrumento mais caro disponibilizado pelo Estado para tornar as pessoas piores.

(Segunda) O Poder Legislativo, que opera na criminalização primária, não é o único responsável pelos altos índices de prisionalização. O Poder Judiciário, nas últimas duas décadas, tem abdicado de ser um filtro constitucional à demanda criminalizadora e, em vários momentos, tem aderido ao populismo punitivo. Neste sentido, seria fundamental uma política institucional de afirmação da Constituição contra as tendências de “decisionismo populista”.

(Terceira) A Polícia, historicamente cúmplice das políticas escravagistas, durante o período da Ditadura Civil-Militar densificou as funções de seletividade racial, ampliando a violência institucional

refletida nas práticas de extermínio da juventude negra. Em paralelo, as demais agências do sistema punitivo (Ministério Público e Poder Judiciário) efetivam a seletividade operada pelas Polícias e colocam em marcha processos de criminalização e de encarceramento fundados em uma lógica nitidamente racista.

(Quarta) A seletividade racial é uma constância na historiografia dos sistemas punitivos e, em alguns casos, pode ser ofuscada pela incidência de variáveis autônomas. No entanto, no Brasil, a população jovem negra, notadamente aquela que vive na periferia dos grandes centros urbanos, tem sido a vítima preferencial dos assassinatos encobertos pelos “autos de resistência” e do encarceramento massivo, o que parece indicar que o racismo se infiltra como uma espécie de metarregra interpretativa da seletividade, situação que permite afirmar o racismo estrutural, não meramente conjuntural, do sistema punitivo.

(Quinta) Os modelos populistas normalmente estão vinculados a um líder carismático. Os sistemas penais populistas, porém, são edificados a partir da confluência de inúmeras “lideranças carismáticas” no melhor estilo “empresários morais”: âncoras autoritários de programas de grande audiência (agência de comunicação social); parlamentares “*law and order*” e gestores caudilhescos (agência legislativa e executiva); policiais inquisidores, promotores “tolerância zero” e juízes decisionistas (agências policial e judicial). O populismo punitivo é baseado no *marketing da pena*, produto cultural de alto consumo nas sociedades contemporâneas (sociedades punitivistas) com profunda capacidade de naturalizar a violência bruta do sistema penal.

Problematizar as raízes do encarceramento (e do assassinato) seletivo da juventude negra brasileira é o primeiro passo para que se possa pensar em políticas efetivas de redução da violência institucional; é o primeiro passo para que se possa assumir uma postura radical de defesa dos direitos humanos contra a naturalização das práticas violentas que se capilarizam em todos os escaninhos do sistema punitivo; é o primeiro passo para que se possa calar o conhecido e não menos assustador verso de Marcelo Yuka:

é mole de ver/que em qualquer dura/o tempo passa mais lento pro
negão/quem segurava com força a chibata/agora usa farda/engatilha

a macaca/escolhe sempre o primeiro *negro pra passar na revista/prá passar na revista*/todo camburão tem um pouco de navio negreiro/
todo camburão tem um pouco de navio negreiro.

REFERÊNCIAS

Andrade, Vera Regina Pereira. Conferência *in* Seminário Internacional “Crítica e Questão Criminal na América Latina”, Escola Superior da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ), Rio de Janeiro, 16/12/14.

Batista, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

Batista, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Batista, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Becker, Howard. *Metodologia de Pesquisa em Ciências Sociais*. São Paulo: Hucitec, 1994.

Bergman, Marcelo et alii (coord.). *Crime, Segurança Pública e Desempenho Institucional em São Paulo*. São Paulo: FGV, 2013.

Boiteux, Luciana. Drogas e Cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas *in* Shecaira, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCrim, 2014.

Carvalho, Amilton Bueno. *Teoria e Prática do Direito Alternativo*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre; Garcia, Rogério Maia; Loureiro, Antônio Carlos Tovo. Os Critérios de Definição da Tipicidade Material e as Infrações de Menor Potencial Ofensivo: crítica jurisprudencial e comentários à luz da Lei 11.313/06 *in* *Revista Jurídica*, v. 346, 2006.

Carvalho, Salo. A Co-Responsabilidade do Estado nos Crimes Econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial *in* Wunderlich, Alexandre (Org.). *Política Criminal Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Carvalho, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Carvalho, Salo. Nas Trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas *in Criminologia de Cordel*, v. 03, Rio de Janeiro, 2014.

Carvalho, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Carvalho, Salo. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento *in* Gauer, Ruth (org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*, v. II, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

Chies, Luis Antônio Bogo. Por Uma Utopia do Possível! (pretensas contribuições a um projeto de reforma dos juizados especiais criminais) *in* Wunderlich, Alexandre & Carvalho, Salo (orgs.). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Cohen, Stanley. *Folk Devils and Moral Panics*. 3. ed. Nova Iorque: Routledge, 2002.

Delmanto, Celso. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, *Censo Penitenciário*, 2012.

Duarte, Evandro Piza. *Criminologia & Racismo*. Curitiba: Juruá, 2011.

FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública, *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, n. 08, 2014.

Flauzina, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo Negro Caído no Chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2006.

Kalili, Sérgio. Como a Reforma do Código Penal pode Afetar o Sistema Carcerário *in Folha de São Paulo*, 17/08/2014.

Karam, Maria Lúcia. *Proibições, Riscos, Danos e Enganos: as drogas tornadas ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Mayora Alves, Marcelo. *Entre a Cultura do Controle e o Controle Cultural: um estudo sobre as práticas tóxicas na cidade de Porto Alegre*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Mayora, Marcelo; Garcia, Mariana; Weigert, Mariana & Carvalho, Salo.

#DESCRIMINALIZASTF: um Manifesto Antiproibicionista Ancorado no Empírico *in Revista de Estudos Criminais*, v. 46, Porto Alegre, 2012.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial*. 15. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Neder, Gizlene. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

Neder, Gizlene. Violência Urbana e Punição *in* Cerqueira Filho, Gisálio & Neder, Gizlene. *Brasil: violência e conciliação no dia-a-dia*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

Olmo, Rosa del. *A América Latina e sua Criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

Pavarini, Massimo & Giamberardino, André. *Teoria da Pena & Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

Prado, Daniel Nicory. *Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

SNPDCA – Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei*, 2010.

Streck, Lenio Luiz. A Nova Lei do Imposto de Renda e a Proteção das Elites *in* Tubenclak, James (coord.). *Doutrina*, v. 1. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1996.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá; Themis, 1993.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Palabra de los Muertos: conferencias de criminologia cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011.

Recebido em 03/02/2015.

Aprovado em 18/05/2015.