



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Eduardo da Silva Martins

**Direito Penal como ação afirmativa na dialética entre o Estado policial e o
Estado Democrático de Direito**

Rio de Janeiro

2022

Eduardo da Silva Martins

Direito Penal como ação afirmativa na dialética entre o Estado policial e o Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Davi De Paiva Costa Tangerino

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M386	Martins, Eduardo da Silva. Direito penal como ação afirmativa na dialética entre o Estado policial e o Estado Democrático de Direito / Eduardo da Silva Martins. - 2022. 92 f. Orientador: Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 1.Direito penal - Teses. 2.Direito constitucional –Teses. 3.Direitos humanos – Teses. I.Tangerino, Davi de Paiva Costa. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título. CDU 342.1:343.2
------	---

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Eduardo da Silva Martins

Direito Penal como ação afirmativa na dialética entre o Estado policial e o Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização: Direito Penal

Aprovada em 27 de maio de 2022
Banca Examinadora:

Prof. Dr. Davi De Paiva Costa Tangerino - Orientador
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dr.^a Patrícia Mothé Glioche Béze
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Hamilton Gonçalves Ferraz
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro
2022

DEDICATÓRIA

A todos os pretos e pretas vítimas diretas ou indiretas da violência institucional, em especial às famílias dos mortos, presos e desaparecidos pelo Estado policial.

AGRADECIMENTOS

Às minhas meninas, que souberam compreender minhas ausências.

“Ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação do poder”

Achille Mbembe

RESUMO

MARTINS, Eduardo da Silva. *Direito Penal como ação afirmativa na dialética entre o Estado policial e o Estado Democrático de Direito*. 2022. 92f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022

A presente dissertação se propõe a investigar a operacionalização do estado de exceção aos direitos fundamentais e humanos no âmbito da justiça criminal. Para tal, objetivou-se analisar o poder em tempos de anormalidade social, tais como em guerras e ocupações coloniais, para verificar como resquícios deste mesmo poder (poder bélico) se concretiza no Estado Democrático de Direito. O avanço do Estado de polícia em relação ao negro, como manifestação do poder soberano, impele a emergência de constituir-se um contrapoder, através de um direito penal interpretado com outros pressupostos de legitimidade e que afirmem os propósitos já inseridos na Constituição política. Desta forma, propõe-se um direito penal orientado sob uma perspectiva racial, tendo como referencial a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, que entrou no ordenamento jurídico em 2022 com *status* de norma constitucional.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito constitucional. Direitos Humanos. Convenção Interamericana contra o Racismo. Poder soberano. Poder bélico. Contrapoder.

ABSTRACT

MARTINS, Eduardo da Silva. *Criminal Law as affirmative action in the dialectic between the police state and the democratic rule of law*. 2022. 92f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022

This dissertation aims to investigate the operationalization of the state of exception to fundamental and human rights in the field of criminal justice. To this end, the objective was to analyze the power in times of social abnormality, such as in wars and colonial occupations, in order to verify how remnants of this same power (war power) materialize in the Democratic State of Law. The advance of the police state in relation to blacks, as a manifestation of sovereign power, drives the emergence of a counter power, through criminal law interpreted with other assumptions of legitimacy and that affirms the purposes already inserted in the political constitution. In this way, we propose a criminal law oriented under a racial perspective, having as a reference the Inter-American Convention against Racism, Racial Discrimination and Related Forms of Intolerance, which entered the legal system in 2022 with constitutional norm status.

Keywords: Criminal law. Constitutional law. Human rights. Inter-American Convention against Racism. Sovereign power. War power. Counter power

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental
CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
DIH	Direito Internacional Humanitário
CRFB/88	Constituição brasileira de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A DINÂMICA DO PODER	13
1.2 A dinâmica do poder no conflito bélico.....	15
2 O ESTADO DE GUERRA E DE DIREITO.....	18
2.1 Conflito, controle e coerção.....	20
2.2 Análise do poder na ocupação bélica ou colonial.....	22
3 O ESTADO POLICIAL NO ESTADO DE DIREITO.....	27
3.1 Fundamento do Estado policial : Demandas por ordem.....	28
3.2 Elementos do Estado Policial: a construção do “inimigo”	32
4 MANIFESTAÇÃO DO ESTADO DE POLÍCIA.....	39
4.1 Estado Policial e o Poder Legislativo.....	39
4.2 Estado Policial e o Poder Judiciário.....	45
4.3 Estado Policial e Poder Executivo.....	50
4.3.1 <u>Considerações preliminares</u>	50
4.3.2 <u>Polícia Ostensiva</u>	52
4.3.3 <u>Polícia Judiciária</u>	56
5 PRESSUPOSTOS PARA AFIRMAÇÃO DE DIREITOS.....	57
5.1 Estado de coisas na persecução penal: letalidade policial.....	58
5.1.2 <u>Controle Judicial da Atividade Policial</u>	60
5.1.3 <u>A Questão de “Quem” é afetado</u>	62
5.1.4 <u>A questão do “onde”</u>	63
5.1.5 <u>A justificativa: compaixão ou demanda por ordem?</u>	64
5.1.6 <u>O prelúdio do reconhecimento: ADPF nº 635</u>	66
5.2 Estado de coisas na execução penal.....	67
6 O DIREITO PENAL COMO AÇÃO AFIRMATIVA.....	71
6.1 O Direito Penal como contrapoder.....	71
6.2 Reformulando o conceito jurídico do Direito Penal.....	73
6.3 O reconhecimento e afirmação de Direitos dos Negros.....	74
6.4 <u>Convenção Interamericana contra o Racismo</u>	78
6.4.1 <u>O dever de tratamento desigual</u>	79
6.4.1.1 Razões suficientes.....	80
6.5 Aplicabilidade de um Direito Penal Afirmativo.....	84

CONCLUSÃO.....	87
REFERÊNCIAS.....	89

INTRODUÇÃO

A pesquisa consiste em analisar como o poder soberano rompido com as revoluções burguesas de caráter liberal ocorridas no final do século XVIII e XIX incide seletivamente no Estado de direito contemporâneo, por meio de enquadramentos normativos e diferenciados, e de que forma o direito penal é inserido neste contexto.

De certa forma, investiga-se como se manifesta o poder político no Estado Democrático de Direito; como ele se impõe e se articula durante e após a persecução penal e os impactos causados à população negra.

No Brasil e em diversas partes do mundo ocidental o poder utiliza o direito penal como justificativa legítima para impor seletivamente um estado de exceção à constituição e aos direitos humanos, objetivando controlar conflitos e pessoas em vulnerabilidade sociopolítica, as quais comumente são consideradas hostis.

Ocultada como forma política de governo, a imposição de medidas de exceção em períodos emergenciais constitui a questão fulcral que autores de diversas áreas têm tentado compreender, principalmente nas contradições ao Estado liberal suscitadas por manifestações dos poderes bélico e soberano.

O historiador italiano Domenico Losurdo, em *“Contra-História do Liberalismo”*, expõe que os princípios liberais defendidos por países como Estados Unidos e Inglaterra, eram por eles mesmos negados quando destituam direitos dos negros norte-americanos e colonos irlandeses, por meio de normas de cunho liberais elaboradas pelos respectivos parlamentos.

A filósofa estadunidense Judith Butler, na obra *“Quadros de Guerra”*, denuncia como os Estados Unidos, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, passaram a justificar a “guerra ao terror”, classificando as populações árabes e muçulmanas como inimigas e perigosas, que precisavam ser contidas por medidas de exceção às normas internacionais de direitos humanos e humanitários.

O jurista argentino e Juiz da Suprema Corte Interamericana de Direitos Humanos, Eugenio Raúl Zaffaroni, na obra *“O Inimigo do Direito Penal”*, destaca como o poder de punir tenta se legitimar, com enquadramentos seletivos de cidadãos vulnerabilizados, racializados e categorizados como inimigos, objetivando a normalização da contenção e violência, em uma nítida tensão dialética entre o Estado de polícia e o Estado de direito.

No Brasil, o Estado de direito vai se destituindo pelo avanço do Estado policial, impactando negativamente nas populações negras, com a distribuição desigual da punição, violência e sofrimento.

Deste modo, o objetivo central da pesquisa é descobrir como as manifestações do Estado policial, típico do Estado absolutista, se inserem aparentemente como legítimos no âmbito dos poderes da República brasileira (legislativo, executivo e judiciário), tendo como pressupostos teóricos a Constituição brasileira de 1988, como formalização do Estado de Direito, e as Convenções Internacionais, que afirmam e reconhecem os Direitos Humanos como universais.

Assim, ao conhecer a estrutura de poder e os instrumentos utilizados para legitimar-se, é possível reconfigurar o direito penal, no sentido de afirmá-lo como mecanismo jurídico de garantias de liberdade e igualdade racial.

Para tal, serão analisadas as dinâmicas do poder em períodos de anormalidade social declarada, que constituem em medidas de exceção socialmente toleradas, objetivando-se verificar se este mesmo poder continua em contextos de suposta normalidade.

1 A DINÂMICA DO PODER

Em suas aulas no Collège de France, Foucault (2015, p. 29) observa que um “movimento de revolta não consiste tanto em destruir os elementos de poder, mas em apoderar-se deles e colocá-los em funcionamento”. Assim, de acordo com o autor :

A guerra civil é também travada em torno do poder (e de seus instrumentos) (...) para derrubá-lo ou confiá-lo; para usá-lo, para melhor sujeitá-lo, torná-lo mais utilizável, estabelecer um domínio do qual poder político é apenas um aspecto ou instrumento.” (Foucault, 2015, p. 31)

O poder, dessa forma, pode ser comparado à energia, no sentido que ele tem capacidade de nos afetar de alguma forma, seja para nos manter inertes ou nos transformar. Talvez algumas leis da física nos possibilitem entender a dinâmica e fluidez do poder. Enquanto houver estabilidade (sistema isolado), o poder (energia), embora em movimento, é exercido apenas para manter a ordem estabelecida. Caso haja uma força exterior que questione esta ordem ele reage, podendo perder os pilares que o sustentava, transformando-se.¹

A continuidade do poder derivado da transformação não significa que ele tenha de assumir as mesmas formas do poder precedente, podendo se constituir como um contrapoder com efeitos revogatórios. Em outras palavras, “o ato de apropriação pode envolver uma alteração do poder, de modo que o poder assumido ou apropriado atue contra o poder que lhe possibilitou ser assumido” (BUTLER, 2019, p. 21).

Na verdade, não se poderia imaginar que todas as formas de poder as quais a criança tenha se assujeitado fossem necessariamente reiteradas na fase adulta: evidentemente muitas de suas atitudes serão de certa forma determinadas pelas experiências da infância, o que não significa que o poder abusivo sofrido na fase pueril seja exercido (continuado) na fase adulta, a não ser que ela queira que os impactos (ou efeitos) que o poder causou em si seja causado no outro.

É neste último ponto que é possível constatar a sua dinâmica nos conflitos: a continuidade do poder soberano no poder bélico (guerra) ou de ambos no poder político-jurídico (Estado de direito), como ação orientada para prolongar os efeitos de um no outro. Esta continuidade tangencia um dos objetos de análise, que é a identificação das estruturas

¹ O princípio da conservação de energia, estabelecido na Primeira Lei da Termodinâmica, tem como norma que a energia nunca é perdida, apenas transformada de uma forma em outra, desde que haja uma força dissipativa atuante. Em um sistema isolado, a energia tende a se conservar, mas mantendo sua potência, de modo que quando é liberada por uma ação exterior, se converte em uma nova forma de energia, mas com a mesma capacidade de geração (energia mecânica se converte em energia térmica, por exemplo).

sociais que permitem a transitoriedade do poder e a repetição dos mesmos instrumentos coercitivos tanto no tempo como no espaço.

Sob a perspectiva da coerção no Estado de direito, o poder pode ser exercido de modo estático ou dinâmico. Os limites e a condição de existência legítima estão circunscritos nas ações e nos efeitos materiais gerados pelo seu exercício:

- a) Ilegítimo será o poder quando tem o dever de fazer, mas se omite, convalidando normas sociais que destituem o sujeito de sua condição humana ou de integrante de uma comunidade jurídica (*poder estático*);
- b) Ilegítimo será poder quando, por ação, limitar a autodeterminação do sujeito tanto na esfera social quanto na individual, privando-os de direito à igualdade material e à liberdade (*poder dinâmico*).

O limite do poder no Estado de direito, portanto, é centrado nas próprias normas culturais e sociais que legitimam a razão de existir do ser humano, e que também são estabelecidas nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, principalmente nas Constituições Políticas e nos Tratados internacionais de direitos humanos. Neste sentido, o poder deve ser concebido positivamente, pois de “[...]modo bem marcado, é aquilo que dependemos para existir e que abrigamos e preservamos nos seres que somos”.(BUTLER,2019,p. 10)

Deste modo, ao contrário do senso comum, o poder tem esta capacidade de produzir sujeitos sem que a repressão constitua uma condição *sine qua non* para seu exercício, de modo que poderá ser percebido como afirmação positiva de um direito:

Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir(FOUCAULT,2017,P.11)

O poder só é repressivo quando se impõe contra a nossa liberdade de ação. Neste sentido, ele age sobre nós coercitivamente quando perdemos nossa capacidade de resistência e de autodeterminação, iniciando-se com ele uma dependência subjetiva sem a qual não existimos.

Em contrapartida, a aceitação voluntária do poder sucede quando seus limites de atuação sobre nós estejam claros e previamente definidos; do contrário, o poder será sempre repressivo, principalmente quando transcende os limites daquilo nos faz humano, transformando-se em poder arbitrário.

No que se refere à extensão do poder no Estado de direito, essa sujeição voluntária passa a ser continuamente questionável, no sentido de que é o próprio poder que produz “verdades” por meio do direito, ao tempo que este mesmo direito tem a função de limitá-lo. Nestes termos, há sempre um perigo iminente de reaparecimento do poder soberano (poder ilimitado).

O marco formal interruptivo do movimento soberano do poder é referenciado pela Revolução francesa de 1789, tendo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão a demarcação histórica sob o ponto de vista jurídico-político da humanidade (concepção universal de direitos humanos), pois se reconhecem direitos à vida, à liberdade e à igualdade como pressupostos de existência do Estado de direito como contrapoder ao Estado absolutista.

É neste cenário que o poder bélico, caracterizado pela sua forma de atuação em períodos de guerra, é em certa medida a continuação parcial do poder soberano. Isso porque, ao tempo que o poder de guerra é limitado pelo Direito Internacional Humanitário (DIH), a sua atuação presume um ambiente de exceção aos direitos humanos; ele reivindica ou impõe a sua soberania em detrimento de outra, seja quando ataca seja quando se defende. A violência bélica, embora não ilimitada, é universalmente aceita (ou tolerada) como instrumento e método de guerra.

Desse modo, as guerras dos séculos XX e XXI constitui um verdadeiro laboratório para análises das estruturas e do funcionamento do poder qualificadas pelas crises sistemáticas e circunstanciais que operam tanto no cenário nacional quanto internacional.

1.2 A dinâmica do poder no conflito bélico

Quase todas as nações do mundo já estiveram em estado de guerra, seja em conflitos armados internacionais, nacionais (revolução ou guerra civil) ou lutas de libertação colonial. Há uma lógica do poder em tais conflitos próprios de um estado belicista.

Desse modo, as tecnologias e os instrumentos utilizados pelo poder no conflito bélico são (ou deveriam ser) distintos daqueles empregados pelo poder político em sociedades democráticas, eis que as razões dos conflitos que se pretende controlar ou conter são distintas.

Na guerra, o poder tem apenas uma finalidade: conter e reduzir as forças inimigas para atingir seus propósitos mediatos e imediatos. Para tal, utilizam-se métodos e instrumentos de guerras, tais como prisões de indivíduos hostis e destruição de bases militares inimigas. Portanto, a violência é tolerada na medida e no limite das leis internacionais que regulam os

conflitos armados, que constituem o Direito Internacional Humanitário(DIH) ou *jus in bello*.²

A questão que se coloca é que, se ao término das hostilidades, as tecnologias e métodos do poder bélico permanecem inseridos na sociedade pós-conflito.

Como metodologia de análise, e tendo em conta o Estado de anormalidade social implícita durante a guerra que, examinando os eventos históricos, o término das hostilidades demarca o período de transição para extinção efetiva do estado de exceção aos direitos humanos. Há, portanto, ter três cenários de transição antes da constituição de uma certa normalidade social:

- a) Ocupação bélica ou colonial;
- b) Expulsão do colonizador ou ocupante em decorrência da resistência à ocupação e das lutas de libertação nacional (anticolonial) e a desocupação voluntária após apropriação dos espólios;
- c) Processo de construção da sociedade idealizada na Constituição Política do Estado, de acordo com a concepção universal de direitos humanos.

Considera-se a ocupação bélica (ou colonial) e a expulsão do colonizador como períodos de transição pelo simples fato do término das hostilidades, pois não teria razão suficiente a manutenção do poder de guerra, mesmo diante do perigo de retorno do conflito.

Há um poder vencedor e que tenta se estabelecer, impondo sua ideologia. A sociedade, no entanto, ainda se encontra em um estado de coisas. O ocupante é o próprio poder político — seja ou não legítimo — o qual terá a responsabilidade de governar a população e reconstruir o Estado.

A ocupação é um estado de coisas no qual o conflito bélico é sempre iminente. A conquista não se estabiliza com o mero domínio político-territorial, conquanto o povo, como integrante do próprio conceito de Nação, ainda não se submeteu aos termos do poder colonizador. Uma nação, define Leslie A.White(1978), compõe-se de elementos culturais tais como instituições, instrumentos e ideologias. Desse modo, a dominação se completa e se universaliza quando tais elementos são totalmente apropriados pelo vencedor. Enquanto isso não ocorrer, o estado permanente de conflituosidade indica que esta dominialidade é apenas parcial e temporária.

² O Comitê Internacional da Cruz Vermelha assim conceitua o *Jus in bello* “[...] é o direito que rege a maneira como a guerra é conduzida. O DIH é puramente humanitário e busca limitar o sofrimento causado pela guerra” (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA .O DIH e outros regimes legais – jus ad bellum e jus in bello. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2022)

Semelhante situação sobrevém após a expulsão do colonizador nas guerras de libertação nacional, no sentido da iminência de outro conflito de grandes proporções: diversas nações recém-independentes não constituíram um Estado Democrático de Direito de imediato, seja por conflitos armados nacionais, como alguns países africanos; por ditaduras civis e militares (e.g. Estados latino-americanos) ou mesmo por política oficial de Apartheid racial como na África do Sul, Austrália e Estados Unidos.

O processo de construção da sociedade idealizada na Constituição Política do Estado de Direito prolonga-se até que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como normas internacionais de direitos humanos, sejam universalmente efetivas e igualmente acessíveis.

Essa consideração de sociedade em transição tem relevância na medida que o poder se caracteriza por sua fluidez e adaptabilidade a contextos sociais distintos. Há um risco, deste modo, de que o empreendimento para construção efetiva de um Estado se valha de instrumentos próprios do poder bélico, como metodologia política e forma de governança.

Com efeito, esta relação de continuidade do poder bélico como forma de política interna é claramente demonstrada por Zaffaroni(2019,p.149) que, ao analisar a obra *La théorie du partisan* de Carl Schmitt, reconhece “que o poder da guerra(contra inimigos) do momento bélico passa a ser o poder punitivo (contra infratores) no momento político”.

São argumentos também suscitados por Foucault ao conceber a política como continuação da guerra civil:

“O importante para análise da penalidade é ver que o poder não é o que suprime a guerra civil,**mas o que trava e lhe dá continuidade.** E, se for verdade que a **guerra externa é o prolongamento da política**, caberá dizer ,reciprocamente ,que **a política é a continuação da guerra civil.**(Foucault,2015,p.31)(Grifo Nosso)

A questão se é possível, apenas analisando as tecnologias de poder, identificar se determinada sociedade se encontrada estruturada sob um regime de Estado de direito efetivo e de fato, em transição ou em um estado de coisas semelhante a guerra, só poderá ser respondida por uma atividade cognitiva que envolve aspectos descritivos e valorativos dos processos idealizados como típicos de cada estágio em comparação com a realidade concreta.

2 O ESTADO DE GUERRA E DE DIREITO

As leis que regem os conflitos armados, hoje denominadas de Direito Internacional Humanitário (DIH), definem os elementos próprios de um contexto de guerra: o inimigo é positivado como conceito jurídico; território é ampliado para abranger os conflitos bélicos não internacionais e determinados métodos e meios de combate são toleráveis.

O DIH, além de regular a condução das hostilidades e definir o que seria uma “guerra justa”, tem como propósito imediato conter o avanço do estado de exceção aos direitos humanos dentro de um contexto que, por si só, já é excepcionalizado. Assim, para atingir tal objetivo, suas normas têm como paradigma os princípios da distinção e da proibição de sofrimento desnecessário: o primeiro, visa garantir a proteção da população civil e dos objetos civis contra os efeitos das hostilidades; o segundo, definir os limites para certos meios e métodos de guerra.

O princípio da distinção impõe o dever das partes em conflitos de distinguirem combatentes da população civil, estipulando que “o único objetivo legítimo que os Estados devem se empenhar em alcançar durante a guerra é enfraquecer as forças militares do inimigo”³.

Desse modo, dentre outras regras que definem e caracterizam o inimigo, está na obrigação das partes em conflitos em ter um emblema distintivo fixo e reconhecível à distância, de forma a identificar a presença de um elemento hostil e perigoso. Portanto, para o DIH o inimigo deve ostentar materialmente esta condição, a qual fora formulada historicamente, traduzindo-se em uma concepção ética da guerra: a hostilidade tem de ser perceptível.

Admite-se a destruição de alvos militares das forças oponentes, além de ser aceitável o mínimo de sofrimento ao inimigo(proibição do sofrimento desnecessário).O preâmbulo da Convenção Sobre a Proibição ou Limitação do Uso de Certas Armas Convencionais⁴ afirma a proibição como princípio, reconhecendo que o “o direito das partes num conflito armado de escolher os métodos ou os meios de guerra não é ilimitado”,sendo proibido o uso de “métodos de guerra de natureza a causar males supérfluos e sofrimento desnecessário.”

Sintetizando, conclui-se que, com relação ao tratamento do inimigo no poder bélico:

3 CICV. BASE DE DADOS DO DIH- Consuetudinário Norma 1. O princípio da distinção entre civis e combatentes. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/por/docs/v1_rul_rule1>. Acesso em: 20 de março de 2022

4 Decreto nº 2.739, de 20 de agosto de 1998.Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1998/decreto-2739-20-agosto-1998-343199-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 20 de mar. de 2021

- a) É admissível seu enfraquecimento: o único objetivo legítimo durante a guerra é enfraquecer as forças militares do inimigo⁵;
- b) Que, para esse fim, é suficiente conter o maior número possível de homens;
- c) Que o sofrimento é tolerado, desde que necessário para atingir o objetivo.

O DIH considera como inimigos todos aqueles enumerados nos artigos Art. 4º da Convenção de Genebra⁶. Ou seja, pessoas as quais o caráter hostil é presumido e, como tal, podem ser consideradas prisioneiras de guerra:

Artigo 4 A. São prisioneiros de guerra, no sentido da presente Convenção, as pessoas que caírem em poder do inimigo e pertencerem a uma das seguintes categorias:
 1 membros das forças armadas de uma Parte em conflito, assim como os membros das milícias e dos corpos de voluntários pertencentes a essas forças armadas;
 2) membros de outras milícias ou de outros corpos de voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, pertencentes a uma Parte em conflito(...)
 3 membros das forças armadas regulares a serviço de um Governo ou de uma autoridade que não seja reconhecida pela Potência detentora;
 [...]
 6) a população de um território não ocupado que, à aproximação do inimigo, pegue espontaneamente em armas para combater as tropas invasoras, sem tempo de organizar-se em forças armadas regulares, desde que traga as armas à vista e respeite a lei e os costumes da guerra.[...]

Já no Estado de direito, a igualdade proíbe a distinção negativa de pessoas, de modo que os direitos e deveres são igualmente distribuídos entre os cidadãos, bem como as consequências jurídicas do não cumprimento das normas impositivas e proibitivas. A ideia de atribuir a alguém do povo o *status* de inimigo interno é incompatível com os princípios estruturantes (igualdade, liberdade etc.), no sentido de que este é o titular do poder: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”⁷

No DIH a prisão tem como fim conter o inimigo para enfraquecer a força oponente até o término do conflito. Tem natureza de medida de segurança estratégica para afastar o perigo. No Estado de Direito a prisão tem atributo de sanção por desrespeito a uma norma imposta a todos. Em regra, têm caráter ressocializador, como previsto nas normas brasileiras.⁸ Desse

5 COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *O princípio da distinção entre civis e combatentes*. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/por/docs/v1_rul_rule1>. Acesso em: 20 de mar. de 2021

6 Decreto nº 42.121, de 21 de Agosto de 1957. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-42121-21-agosto-1957-457253-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 05 de abr. de 2022

7 Art. 1º, Parágrafo Único, da CRFB/88

8 O Artigo 1 da Lei de Execuções Penais brasileira (Lei nº 7.210/84) dispõe que “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.

modo, a prisão de guerra tem como pressuposto a condição ostentada pela pessoa, tais como hostilidade e periculosidade, atributos específicos da definição de inimigo.

Já no Estado do direito, a prisão tem como fundamento a culpabilidade definida por um processo democrático prévio e posterior ao delito, constituindo-se de:

- a) um processo legislativo, nos termos do Art. 5, inc. XXXIX, da CRFB/1988 - “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”;
- b) um processo verificador da violação à norma definida pelo legislador e, se for o caso, de atribuição de culpa: Art. 5, inc. LVII da CFRB/1988 - “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;
- c) um processo de individualização e qualificação da pena, que poderá ou não ocasionar a prisão.

O processo é sempre um instrumento inevitável no Estado de direito e inexistente no estado de guerra, dispensado pelo caráter emergencial do contexto e pela verificabilidade *prima facie* da hostilidade.

2.1 Conflito, controle, coerção e seletividade: os elementos comuns ao estado de guerra e de direito

Controle e conflito são faces da mesma moeda. O primeiro, ao tempo que tem como objetivo fazer cessar o conflito, é ele mesmo o centro da disputa. Controlar é impor uma ideologia a outrem, que por sua vez tem este a opção de se conformar ou resistir, gerando, assim, o conflito. Ou seja, o que se está em disputa, no entanto, é o controle. Esta concepção dualista é perfeitamente verificável no estado de guerra, porque as razões são bem explícitas: controle econômico, territorial etc. Assim, ele só é efetivo quando o outro é conformado, ou seja, obrigado involuntariamente ou racionalmente persuadido a aceitar os termos do poder vencedor.

Tanto o poder bélico quanto o poder político utilizam os mesmos meios para atingir o controle: A coerção objetiva reduzir ou eliminar a resistência limitando o âmbito de liberdade para, ao fim, exercer efetivamente o controle. As convenções internacionais de direitos humanos são as normas limitadoras ao exercício coercitivo de ambos os poderes.

No Estado de direito, o poder coercitivo também é limitado pela Constituição Política, a qual possibilita a convivência de dois sistemas ideológicos: o direito, concebido como um conjunto de normas universalmente compartilhadas e que fundamentam a existência de

sujeitos iguais em uma dada sociedade; o pluralismo político, que decorre da multiplicidade sociocultural dos sujeitos e grupos, que justificam as diversas maneiras de se interpretar o direito, sendo os conflitos daí decorrentes.

A sujeição em regra é voluntária ou tolerada, eis que o sujeito é persuadido de forma racional e legítima, como resultado de um processo democrático e dialético. Mesmo que em seu íntimo não se conforme, o fato de não ter sido reduzida sua capacidade de autodeterminar-se, lhe possibilita, pelas vias legais (do direito) que possa convencer outro(s) a se conformar com sua ideologia.

Por outro lado, o Estado de direito aproxima-se de um Estado de guerra quando a coerção incide sobre o corpo, privando o indivíduo de sua liberdade.

A sujeição involuntária, de fato, é típica de um estado de guerra, que pela força da violência vulnerabiliza o inimigo e o torna passivamente subordinado ao poder vencedor, reduzindo expressivamente, pela coação, sua capacidade de autodeterminação.

O poder bélico é instrumentalizado, dessa forma, unicamente pela violência, cujo objetivo é conter o inimigo e enfraquecer suas forças. Já em um Estado de Direito utiliza-se o poder político para aplicar uma pena (poder de punir), cuja finalidade é reintroduzir o cidadão, por meio da ressocialização, ao convívio social com seus iguais. A coerção somente é admissível (ou tolerada) neste sentido: pressupondo a igualdade material e formal.

Desse modo, o instrumento em comum do poder bélico com o poder político de punir é a utilização da coerção para fins de controle, mas por razões diversas. Naquele, a coerção é aplicada pelo que a pessoa é e representa, ou seja, um inimigo que simboliza perigo(periculosidade). Neste, a coerção é aplicada pelo que a pessoa fez, ou seja, pelo ato que ela praticou com a intenção de violar uma norma fundamental do Estado de Direito. Este poder é concedido pelo próprio povo aos seus representantes eleitos democraticamente, e só pode ser habilitado se houver a prática de um crime definido por lei prévia, e que seja comprovado por processo judicial.

O ato de selecionar alguém como sujeito à coação justifica-se no âmbito do contexto belicista, na medida que o interesse mediato é eliminar apenas alvos hostis, razão pela qual a população civil ou artefatos culturais, por exemplo, não entram no cálculo dos esforços de guerra. Por outro lado, no Estado de direito esta seletividade, como ato coercitivo de enquadrar, é apenas tolerada, na medida que o princípio da igualdade repele qualquer distinção da espécie.

Isso porque se entende que o poder político de punir é inevitavelmente seletivo. É uma característica estrutural do próprio Estado de direito, ante a impossibilidade de

distribuição igualitária da pena, conquanto as instituições não conseguem identificar todos que violam uma norma penal. De fato, as próprias regras democráticas e liberais não admitem uma vigilância totalitária, de modo que o cidadão tem que ter seu âmbito de liberdade inviolável, razão pela qual temos que conviver com o paradoxo da seletividade, mediante sucessivos juízos de valoração e ponderação entre os princípios da liberdade e igualdade.

O que não é admissível, por agravar o direito à igualdade, é que a seleção criminal seja em razão de uma pressuposta hostilidade de coisas e pessoas, previamente enquadradas por marcadores sociais distintivos, tais como raça, gênero, classe etc.

Por fim, concebida a comunhão entre os meios que se valem ambos os poderes, foi possível identificar que os fundamentos e os fins são invariavelmente distintos. Qualquer confusão entre eles pode nos conduzir a um Estado policial seletivo dentro do Estado de direito, na medida que os poderes soberano, bélico e político vivem em constante tensão.

2.2 Análise do poder na ocupação bélica ou colonial

O estudo do poder na ocupação bélica, pelas contradições inerentes ao contexto em crise, é essencial para responder algumas questões de sua dinâmica no Estado de direito, constituindo, portanto, um laboratório efetivo e fundamental para conhecer como se estrutura e funciona o Estado policial dentro de uma suposta ordem social em tempos de paz.

Há um paradoxo do poder durante as ocupações pelas seguintes razões:

- a) o Direito Internacional Humanitário obriga à nação ocupante a exercer temporariamente o poder político, e a proíbe de usar o poder bélico contra a população civil
- b) a população civil do país ocupado, por sua vez, tem o direito legítimo de resistência e de defender sua soberania, razão pela qual podem ser vistos, nestas circunstâncias, como inimigos.

Deste modo, questiona-se a possibilidade do poder político se concebido com a presença potencial de um inimigo e ao mesmo tempo respeitar seus direitos e garantias, bem como promover as condições mínimas de sua existência. O Direito Internacional Humanitário, por meio da Convenção de Genebra de 1949, amplia seu âmbito de abrangência para situações de ocupação, dispondo que “A aplicação das Convenções e do presente Protocolo cessará no território das Partes em conflito, ao término geral das operações militares e, em caso de territórios ocupados, ao término de ocupação.[...]”⁹

⁹ Artigo 4º, caput, do Decreto nº 849, de 25 de Junho de 1993.

Já o artigo 42 do Regulamento da Haia, de 1907, estabelece que um território é considerado ocupado “apenas na medida em que um controle efetivo tenha sido estabelecido e possa ser exercido por forças armadas estrangeiras[...]”¹⁰

Na mesma convenção, há a obrigação das forças armadas de exercerem o poder político durante a ocupação, que foram assim resumidas pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha(CICV)¹¹:

A Potência ocupante deve tomar as medidas para **restabelecer e assegurar a ordem pública e a segurança**, enquanto for possível.

Usando todos os seus meios, a Potência ocupante **tem o dever de garantir e manter níveis suficientes de saúde e higiene públicas, assim como abastecer com víveres e produtos médicos a população** do território ocupado.

As pessoas acusadas de infrações penais serão julgadas mediante processos que respeitem as garantias judiciais reconhecidas na esfera internacional (por exemplo, a pessoa deve ser informada sobre os motivos da sua prisão, acusada por uma infração específica, e logo submetida a um julgamento equitativo).(Grifo nosso)

As convenções e tratados que disciplinam a condução das hostilidades em conflitos são relevantes para analisar como são constituídas as formas de poder na ocupação, na medida que este é limitado pelo ordenamento jurídico internacional: Direito Internacional Humanitário e Tratados de Direitos Humanos.

No entanto, o problema está na seguinte contradição: o poder do ocupante, embora em certa medida seja tolerado, não é legítimo, eis que subtrai a soberania do povo impondo a própria. Por tal razão que o poder político, embora previsto na referida convenção como obrigação, é irrealizável na prática, o que se constata, inclusive, em ocupações dos séculos XX e XXI .

Os Estados Unidos ocuparam o Afeganistão por 20 anos, no período de 2001 a 2021, mesmo após a rendição do Governo do partido Talibã e enfraquecimento do grupo terrorista Al Qaeda. O controle social passou a ser efetivamente exercido pelos próprios afegãos somente em 2013, ou seja, após 12 anos de ocupação estadunidense. Neste longo tempo foram as forças estrangeiras(EUA-OTAN) que exerceram parcialmente o poder político, inclusive parte do poder de punir(poder polícia) ,com a promessa de reconstrução do país. A ocupação resultou em 50 mil civis mortos

Em relatório publicado em 2001,a ONG *Afghanistan Rights Monitor* (ARM) denunciou que 2.421 civis foram mortos em 2010 sendo que 739 foram menores de 18

¹⁰ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA.. A ocupação e o Direito Internacional Humanitário.,2004.Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/66rkrv.html>>. Acesso em: 20 de março de 2022

¹¹ ibidem

anos;quase dois terços das crianças e adolescentes mortos foram atribuídas a insurgentes, enquanto as tropas comandadas pelos EUA e Otan teriam causado 17 por cento delas.¹²

No cenário das ocupações bélicas durante a Segunda Guerra as circunstâncias foram mais devastadoras. Geraldien von Frijtag Drabbe Künzel(2006), Professora do Departamento de História Política da Universidade de Utrecht (Holanda),pesquisou sobre ocupações realizadas pelos países pertencentes ao grupo do Eixo,cujos resultados estão publicados no livro “*Surviving Hitler and Mussolini : Daily Life in Occupied Europe*”.

A historiadora identificou um padrão generalizado de punições a civis pelas potências ocupantes, chamada de “Punições Coletivas”,especificamente utilizadas para impedir a formação de grupos nativos de resistência.

Para cada soldado morto por grupos de resistência uma quantidade expressiva de civis ou prisioneiros eram assassinados (às vezes centenas) por ordem de comandantes militares, incluindo comunidades e aldeias inteiras. As políticas de ocupação utilizavam de táticas que visavam a prevenção geral negativa, dentre as quais as punições coletivas que, de certo modo, mostrou-se eficiente em alguns países ocupados.

Com efeito, relata a historiadora que as pessoas começaram a se opor aos diversos grupos de resistências locais, com receio de aumento da opressão e assassinatos aleatórios de civis:

[...]a forma como a população local reagiu dependeu, entre outras coisas, da forma como a represália foi executada, do número de vítimas e do tamanho das perdas materiais.

[...]a raiva nem sempre foi (exclusivamente) dirigida contra o ocupante que foi responsável pela represália. Em alguns casos, a população local ressentia-se principalmente da resistência que havia provocado a represália. Algumas vezes a represália levou a debates acalorados sobre a utilidade da resistência. Isto não foi restrito no tempo; mais tarde, quando os eventos se tornaram lembranças, os atos de resistência ainda suscitavam sentimentos mistos.(GILDEA,2006,p.185,tradução nossa)

Havia um estatuto jurídico paralelo da ocupação, estabelecido por decretos militares de ordem, que incluíam crimes de perigos abstratos e penas sem crimes; tudo ao arrepio da normativa internacional humanitária. A política do colonizador orientava-se para estabelecer sua soberania, por meio de dominação política e ideológica da comunidade civil.

O suplício, como estratégia do poder soberano nos séculos anteriores, é reintroduzido, como táticas de dominação, no interior das ocupações bélicas e coloniais do Século XX.É um

¹² ROBINSON ,Matt .Guerra no Afeganistão matou 2 crianças por dia em 2010, diz ONG., 09 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/02/guerra-no-afeganistao-matou-2-criancas-por-dia-em-2010-diz-ong.html>>. Acesso em: 09 de nov. De 2020.

poder, como descreve Foucault(1987,p.90) “que não precisa demonstrar por que aplica suas leis, mas quem são seus inimigos, e que forças descontroladas os ameaçam.”

Peter Stirk(2009),autor do livro “*The Politics of Military Occupation*”,entende a natureza da ocupação militar como um fenômeno político e uma forma de governo, o que não surpreende quando Künzel(2006) diz que os comandantes militares italianos utilizaram sua experiência de repressão nas colônias africanas da Líbia, Somália, Etiópia e Eritréia, para oprimir os povos dos países que ocupou durante a Segunda Guerra Mundial.

Este dinamismo confirma as reflexões anteriores de que o poder bélico pode transitar no tempo e no espaço, bem como ser reproduzido como técnica de governança em outras instâncias.

Não foi muito diferente quando em 2002 técnicas de punição desumanas foram resgatadas dos porões da história dos séculos XVII a XIX pelos Estados Unidos ,para serem aplicadas aos detentos na guerra do Afeganistão, como um mecanismo moderno de suplício,que tinha como característica essencial a ostentação pública do castigo. O próprio Departamento de Defesa dos Estados Unidos, conforme rememora Butler (2019, p.98),publicou para o mundo “fotos de prisioneiros acorrentados e ajoelhados, com mãos algemadas, bocas cobertas por máscaras cirúrgicas e olhos vendados por óculos de proteção preto.”

Feitas tais considerações, questiona-se a razão pela qual na ocupação, ou seja, após a dominação das forças inimigas, há mudança dos instrumentos de poder?

A resposta consiste em fazer-se uma operação lógica e dialética, partindo-se da premissa que a população dominada tem legítimo direito de resistir em defesa de sua liberdade territorial e política. Desse modo, o poder de guerra, que antes agia com intuito apenas de conter o inimigo para enfraquecê-lo, agora se divide em três funções:(1) em poder político de punir os insurgentes com a finalidade de prevenir e intimidar a população dominada, técnica conhecida como Prevenção Geral Negativa e (2) um poder bélico, limitado apenas pelo Direito Internacional Humanitário, que tem como finalidade a pura e simples contenção orientada enfraquecer o inimigo(insurgentes) e eliminar perigos ,por meio de medidas de segurança;(3) Poder soberano ,quando as normas de Direito Internacional Humanitário são deliberadamente revogadas, diante da impossibilidade de se acumular, em um mesmo governo, o poder bélico e político.

Concluem-se, assim, que o poder bélico é em parte prolongado durante as ocupações, e que é inviável a ideia que um poder político possa aceitar a presença de um inimigo; que tem por direito a resistência como legítima defesa da soberania. Deste modo, esta convivência

no mesmo ambiente de poderes contraditórios, com possibilidade real de transformar-se em soberano, traduz-se em um verdadeiro Estado de polícia como forma de controle do estado de coisas.

A ocupação, portanto, é um Estado policial de fato e aos moldes de um Estado absolutista, na medida que a “introdução do inimigo(população civil) no momento da política representa a confusão entre eles(pois não há inimigos sem guerra)[...] porque estão suprimidos os limites jurídicos ao poder.”(ZAFFARONI,2019,p.171)

Tabela 1: comparação entre os elementos do Estado de Guerra, de Ocupação(Polícia) e de Direito

Poder/Sujeição	Estado de Guerra	Estado de Ocupação(Estado policial)	Estado de Direito
Poder	Imposto	Imposto	Concedido pelo povo
Tipos de poder	Poder de bélico	Poder bélico e poder político – prevenção geral negativa – caráter de intimidatório Poder soberano: poder bélico sem limites	Poder político
Inimigo	selecionados pela distinção ,caracterizados pelo uniforme ,insígnias etc. São hostis pela natureza do conflito	Selecionado como estratégia de governabilidade. .Os grupos de colonizados são hostis pelo direito de resistência	Não há inimigos. A atribuição de cidadão pressupõe a igualdade formal e material
Sujeição	Involuntária	Involuntária	Em regra: voluntária Exceção: pelo Poder de punir que não pressupõe a existência de um inimigo, mas de um cidadão nacional que passa por um longo processo de atribuição de culpa. A pena é imposta contra a vontade do criminalizado
Função prisão	Contenção; medidas de segurança	Contenção; medidas de segurança	Ressocialização
Pressuposto da prisão	Periculosidade	Periculosidade	Culpabilidade
Normas limita-	Direito Internacional	Regra: Direito Internacional	Constituição Política e Conven-

doras do poder de coerção	Humanitário e algumas normas do Direito Internacional Dos Direitos Humanos	Humanitário e Direito internacional dos direitos humanos Exceção: Poder Soberano	ções internacionais de Direitos Humanos
Normas excepcionadas pelas circunstâncias	algumas normas do Direito Internacional Dos Direitos Humanos	Quando acionado o poder soberano: Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos	Alguns direitos decorrentes de crise do Estado e somente nos casos de o Estado De Sítio e o Estado De Defesa, a exemplo da Constituição Brasileira(Art. 136.e 137 da CFRB/88)

Analisando a tabela comparativa, surgem alguns questionamentos quanto à legitimidade do controle social exercido no âmbito do Estado de Direito, tendo como paradigmas as Constituições Política do Estado e as Convenções internacionais sobre Direitos Humanos.

3 O ESTADO POLICIAL NO ESTADO DE DIREITO

O Estado policial é o modo de governar típico das monarquias absolutistas, cujo poder soberano acumulava as três funções que hoje são autônomas e especializadas, quais sejam: legislar, julgar e administrar.

O controle totalitário, a vigilância, a atribuição de súditos irredimidos como inimigos dos reis e execuções sumárias são alguns dos elementos típicos do Estado policial no regime absolutista, cujos instrumentos de governo são análogos à ocupação militar. Com as revoluções liberais burguesas do século XVIII e XIX, pretendeu-se romper com o poder absoluto: as sociedades ocidentais passaram a ser formalmente estruturadas como repúblicas democráticas e liberais, direitos naturais como a vida e a liberdade foram reconhecidos e difundidos por declarações, que inspiraram as lutas de independência nacional dos povos colonizados, bem como seus ordenamentos político-jurídico.

O poder legislativo, executivo e judiciário são agora independentes e ninguém poderá ter sua liberdade violada sem prévio processo de imputação de culpa. Estes e outros direitos que hoje são amplamente conhecidos constaram expressamente na Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, que precedeu a declaração de independência dos Estados Unidos, a própria declaração de independência, bem como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, marco político-jurídico da Revolução Francesa e do constitucionalismo moderno dos Estados ocidentais. A própria punição foi reformulada na Declaração Francesa dos Direitos do

Homem e do Cidadão, que previu a distribuição igualitária da pena ,na medida que norma “deve ser a mesma para todos, quer ela proteja , quer ela puna”(“Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse”).¹³

No entanto, ocorreu apenas a pretensão formal de rompimento com o Estado policial, eis que este passou a ser seletivamente acionado quando nas hipóteses de demanda política por ordem e em situações consideradas emergenciais, tais como crises econômicas, sanitárias, políticas, sociais, guerras etc. Em tais situações, o poder soberano é acionado e a “soberania se afirma ao decidir o que será e o que não será um estado de exceção, ocasião em que o estado de direito é suspenso”. (BUTLER,2019, p.84)

3.1 Fundamento do Estado policial : Demandas por ordem

As demandas por ordem estão umbilicalmente comprometidas com o poder de punir. Neste sentido, PAVARINI observa que:

para entender o objeto da criminologia, temos de entender a demanda por ordem de nossa formação econômica e social. A criminologia se relaciona com a luta pelo poder e pela necessidade de ordem. A marcha do capital e a construção do grande Ocidente colonizador do mundo e empreendedor da barbárie precisaram da operacionalização do poder punitivo para assegurar uma densa necessidade de ordem”(Pavarini, 1983 apud MALAGUTI,2011,p.19)

Na obra “*Contra-História do Liberalismo*”, Domenico Losurdo denuncia esta contradição dos ideais liberais revolucionários com o Estado de polícia de fato, principalmente em países que se tornaram referência no mundo ocidental, como Estados Unidos, França e Inglaterra.

No trecho a seguir, Losurdo narra a situação da classe da trabalhadora na Inglaterra do Séc. XIX(já constituída sob um Estado de direito liberal), sujeita ao que ele chama de “política disciplinar da pobreza”:

Sobre essa massa de miseráveis pesa uma legislação que certamente não é caracterizada por garantias. Havia mandatos em branco, que permitiam à polícia prender ou revistar uma pessoa a seu bel-prazer. Eliminado da quarta emenda da Constituição americana, este “intolerável instrumento de opressão”, para retomar a definição do liberal (...), continua a subsistir por muito tempo na Inglaterra.(LOSURDO.2006, p.97)

Naquele período, entre 1793 e 1820, a demanda por ordem consistia em controlar e reprimir “ações coletivas da classe operária”,que viviam em extrema pobreza, bem como daqueles que, usando seu direito à liberdade, não queriam se submeter àquelas condições

¹³ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão .Disponível em <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>>

indignas de trabalho(“vagabundos”), decorrentes da expansão massiva da produção durante a Revolução Industrial.

A crítica de Losurdo às contradições do liberalismo nos permite identificar um elemento recorrente em suas reflexões, e que também é comum no Estado policial: a seletividade de um inimigo interno, cuja hostilidade socialmente (ou politicamente)construída autoriza que lhes sejam subtraídos direitos de igual gozo da liberdade.

O autor compara o tratamento dispensado aos negros nos Estados Unidos com o dos irlandeses na Inglaterra, ao tempo que nos alerta que o Estado de polícia, como medida de exceção, pode ser constituído via poder legislativo:

[...]não gozam os irlandeses, submetidos permanentemente [...]a **“medidas de exceção” e à mercê dos “tribunais militares” e de uma gendarmaria numerosa e odiosa: a Castlebar, com base no Insurrection Act, “todo homem surpreendido sem passaporte fora da sua casa depois do pôr-do-sol é deportado”[...]**
Na imprensa do tempo, **a condição dos irlandeses é muitas vezes comparada com a dos negros do outro lado do Atlântico.** Na opinião formulada em 1824 por um rico mercador inglês, discípulo de Smith e fervoroso quacre e abolicionista (James Cropper), **os irlandeses encontram-se em uma condição pior que a dos escravos negros.**(LOSURDO.2006, p.129) (Grifo Nosso)

A seletividade do Estado de polícia é ainda mais acentuada quando o “inimigo” pode ser identificado visualmente, como é o caso do negro(cor da pele),ou por outros sentidos, como é a situação dos irlandeses(cultura e procedência nacional).

É importante esclarecer que as agências policiais e demais órgãos administrativos do poder executivo quando atuam arbitrariamente podem fazer por iniciativa autônoma, por determinação dos demais poderes(legislativo e judiciário) ou mesmo em conjunto com estes. O que constitui um Estado policial é realmente essa sub-rogação recíproca de atribuições específicas de outros poderes, instituindo seletivamente um poder soberano.

Karl Marx, nos anos de sua juventude, e ainda sob um contexto efervescente das revoluções liberais, escreveu um artigo no qual analisa criticamente a instituição de um Estado policial pelo legislativo e judiciário. Embora não faça uso do termo “estado policial”. Marx(2017) vincula a demanda econômica por ordem com a violência sofrida por camponeses coletores de lenhas pelas agências policiais(guardas-florestais).O artigo é centrado nos “Debates sobre a lei referente ao furto de madeira”, publicados entre 25 de outubro e 3 de novembro de 1842,no qual faz uma crítica à contradição de que o direito liberal à propriedade só é possível pela subtração do direito de outrem.

A lenha até então não tinha um valor econômico. Era livremente colhida por séculos, essencialmente para satisfazer as necessidades básicas e vitais, tais como cozimento e aquecimento nos períodos de inverno. A ação de colher a lenha caída é chamada por Marx de

“*Direito consuetudinário da pobreza*”. Numa perspectiva antropológica, era um direito cultural à subsistência.

No entanto, os proprietários florestais, ao perceber que a lenha passou a constituir-se de valor de mercado, reivindicaram a propriedade sobre ela, o que passou a ser objeto de debate no parlamento local, cujo projeto de lei debatia a criminalização da coleta de lenha e sua inclusão na categoria de furto. O fato de ter ou não valor de troca não foi tema recorrente nas audiências públicas, mas as demandas políticas por ordem nem sempre são explícitas e por vezes são substituídas por razões mais “éticas” aos olhos da opinião pública.

Os artigos foram todos publicados no Jornal “Gazeta Renana”, do qual Marx era editor, localizado na mesma região na qual se debatia a lei: a Província do Reno, antiga Prússia e atual Alemanha. A região da Renana foi fundamental para o aprofundamento teórico de Marx, por ter sido fortemente influenciada por ideais liberais :

“[...]a sociedade civil renana havia herdado da Revolução Francesa e da presença dos franceses uma reforma jurídica centrada na livre disposição da propriedade privada e na igualdade abstrata dos sujeitos de direito[...]”(BENSAID,2017,p.15)

Deste modo, Marx pôde constatar *in loco* que o liberalismo burguês é seletivo, cuja demanda por ordem faz reacender procedimentos inquisitoriais próprios do Estado de polícia do poder absolutista. Com efeito, naquela ocasião todos os proprietários florestais que tinham interesse na causa eram parlamentares ou funcionários da justiça:

“Todos os órgãos do Estado se convertem em orelhas, olhos, braços e pernas que o interesse do proprietário florestal usa para escutar, espiar, estimar, agarrar e proteger”(MARX,2017,p.104)

Interessante o caso aprovado por uma das comissões sobre o processo de imputação penal no caso de flagrante de colheita de lenha. A norma aprovada enunciava que em certos casos o próprio funcionário responsável pela segurança das terras particulares deveria efetuar a prisão em caso de flagrante, bem como aplicar a multa e formular a denúncia.

A proposta foi aprovada pela comissão, e Marx faz a crítica à irracionalidade do parlamento, conquanto a acumulação de poderes e a parcialidade (medidas de exceção) foram positivadas na norma, pois embora o segurança privado não pudesse aplicar a pena corporal de imediato, poderia aplicar multa:

[...] O funcionário encarregado da segurança patrimonial é, ao mesmo tempo, formulador parcial da sentença. A determinação do valor constitui uma parte da sentença. Portanto, a **sentença já está parcialmente antecipada no formulário da denúncia. O funcionário denunciante tem assento no colegiado dos juízes**; ele é perito, cujo veredicto obriga o tribunal ;ele exerce uma função que exclui os demais juízes. É insensatez opor-se ao procedimento inquisitorial quando há gendarmes

patrimoniais e denunciante julgado concomitantemente.(MARX,2017,p.94)(Grifo nosso)

A instituição de normas de exceção via parlamento e judiciário é a face mais oculta do Estado de polícia, pois dá uma aparência de legitimidade à violação massiva de direitos. Em todos os casos “o poder continuamente se refere e apela à exceção, à emergência e a uma noção ficcional do inimigo”. (MBEMBE,2018, p.128)

No contexto contemporâneo de comunicação em massa, e de aumento expressivo de meios e veículos de transmissão de informações, a demanda por ordem passa a ser requisitada por empresas privadas de mídia.

As razões não se alteraram. As demandas continuam a ser de ordem privada em detrimento do interesse público. A espetacularização da violência constitui valor econômico a ser vendido a atentos consumidores preocupados com a suposta insegurança social.

Assim como o poder político tem a capacidade de produção de verdades por meio do direito, como portadores de uma aparente legitimidade; grandes veículos de comunicação também têm esta capacidade de criar uma realidade e de se autodeterminar como legítimos portadores da opinião pública.

Por tal razão, o poder político, incluindo o judiciário, passa a acionar o Estado policial para a atender às demandas requisitadas pelos veículos de mídia, por considerar avalizado pela suposta opinião pública. Neste sentido, Zaffaroni(2019, p.121) observa que é “necessário voltar à importância fundamental e às modalidades do papel que a criação da realidade da mídia desempenha no controle social repressivo, manipulando, incitando e determinando o comportamento.”¹⁴

Esse poder de produção e difusão da mídia desempenha um papel central no ato de atribuir e enquadrar grupos sociais como inimigos, pois não se constrói apenas uma realidade, mas uma narrativa nas quais determinados sujeitos com marcadores sociais são situados como perigosos(*e.g.* negros).

Países como o Brasil, com longo histórico de violações sistemáticas a direitos, tais como de colonização, escravidão e ditaduras civis e militares etc não precisam medir esforços para instaurar um estado de exceção seletivo, de modo que as técnicas de repressão prolongam-se no tempo e incidem continuamente em espaços e corpos previamente demarcados, consumando-se um sistema normativo paralelo.

¹⁴ Por esta razão entende-se pela necessidade de uma criminologia que tenha como objeto o papel da mídia na criminalização. Neste sentido, Zaffaroni completa: O poder punitivo não poderia ser exercido da maneira seletiva em nossa região sem uma criminologia da mídia que agora atinja os estruturalmente excluídos, a oposição e o irritante. (2019,p.122)

Viu-se que, embora a transição seja um processo de rompimento do regime ideológico predecessor e de suas práticas de dominação, não significa a interrupção imediata das técnicas do poder precedente. Isso porque o Estado policial, dentro do Estado de direito, pode ser acionado em casos de emergências ou de outras demandas por ordem, nascendo a necessidade de criar um inimigo para justificar a revogação parcial de normas jurídicas.

3.2 Elementos do Estado Policial: a construção do “inimigo”

Inimigos são aqueles que eu posso suspender o estatuto normativo pelo qual identifico um sujeito como “ser humano”. Enquadrar alguém (ou grupo) a esta condição de sujeito hostil isenta os demais de responsabilidade de sentir empatia pela violência e o sofrimento impelidos, de forma que o poder político não é provocado para atuar conforme o direito.

A mídia tem um importante papel na construção de sujeitos hostis, principalmente pelo ato de desumanização, que ocorre tanto pela irradiação quanto por ocultação: a primeira se dá, por exemplo, quando pessoas negras são acusadas de delitos; a segunda, quando são vítimas.

Esse tipo de estratégia midiática, quando em relação ao negro, apenas reitera uma concepção de hostilidade já construída no processo histórico de enquadramentos socioculturais, de forma que “só podemos sentir comoção e reivindicá-la como nossa com a condição de já estejamos inscritos em um circuito de comoção social(BUTLER,2019,p.82).

Os veículos de comunicação também podem criar inimigos circunstanciais ou ocasionais¹⁵,tal como ocorreu na guerra ao terror nos Estado Unidos em relação aos árabes e muçulmanos, bem como na guerra entre Rússia e Ucrânia em 2022.

No caso da guerra da Ucrânia em 2022 ,o *Facebook* autorizou postagens violentas contra civis e soldados russos¹⁶ .A agência de notícias *Reuters* publicou uma reportagem que detalha e-mails distribuídos na empresa. Em um deles ,a rede social expressamente autoriza e

¹⁵ Para ilustrar ,segue observação de Zaffaroni sobre seleções ocasionais de inimigos : “Cabe esclarecer que, em alguns momentos, a seleção criminalizante altera-se por outras razões que podem determinar uma insistência na intervenção política (como acontece nos regimes autoritários), ou perseguindo minorias étnicas (indígenas ou imigrantes), minorias sexuais, grupos profissionais (às vezes políticos), etc., como acontece nas incontáveis emergências que inventa o poder punitivo. Com frequência é orientada pelos empresários morais. Contudo, as regras não mudam muito, pois se trata somente de uma modificação do estereótipo criminal ou de um complemento do mesmo”. (ZAFFARONI,2004,p.37)

¹⁶ A técnica utilizada pelo Facebook é chamada de *Völkischer* ,mesma utilizada pelo nazismo para atribuir a alguém categoria de inimigo,conforme bem observa Zaffaroni(2017,p.57):”A técnica *Völkischer* (ou popularesca) consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente o inimigo da vez”

suspende sua política de restrição às postagem de ódio¹⁷: “Como resultado da invasão da Ucrânia pela Rússia, estamos temporariamente permitindo formas de expressão política que normalmente violariam nossas políticas contra discursos violentos, como ‘morte aos invasores russos’”¹⁸

Embora em um contexto de conflitos bélicos a suspensão de normas garantidoras de direitos seja mais explícita, situações semelhantes são vivenciadas no âmbito interno de nações democráticas, especialmente aquelas que ainda estão em processo de transição pós-colonial como o Brasil, cujo estado coisas produzidas historicamente introduz na política contemporânea uma relação de governabilidade desigual e repressora.

Nestas sociedades recém descolonizadas, os inimigos são geralmente aqueles nacionais que viviam em situação de maior vulnerabilidade em comparação aos demais colonizados. No caso brasileiro, pode-se exemplificar a condição de sujeição do negro nas relações jurídicas e sociais. Na Austrália, por exemplo, com a colonização inglesa, os aborígenes foram escravizados e exterminados (semelhante à situação nos países latino-americanos em relação aos indígenas).

Deste modo, mesmo que toda uma população fosse submetida ao mesmo poder soberano e arbitrário do colonizador, os estatutos jurídicos eram desigualmente distribuídos, tendo a raça e a etnia como critérios diferenciadores, cujos efeitos impactam diretamente nas relações e condições sociais contemporâneas.

Pode-se inferir, portanto, que os movimentos de independência nacional, influenciados pelas ideologias liberais, não foram suficientes para romper as relações de poder e submissão do regime colonial, de modo que grupos constituídos sob uma condição política e sociocultural distintas foram obrigados a conviverem formalmente como um único povo.

Por consequência, aqueles que viviam em posição mais privilegiada (ou menos precarizada) durante o estatuto do colonizador, passam a reivindicar seu sistema sociocultural como único legítimo da nação recém-liberta e digno de representatividade política, desconstituindo os daqueles que viviam em condição jurídica e social mais desfavorável, tais como negros e indígenas.

¹⁷ Ao que parece tal ato de atribuir foi efetivo, pois como retaliação à invasão da Rússia na Ucrânia, os atletas russos foram individualmente punidos pelas respectivas organizações internacionais esportivas. Não houve, contudo, comoção popular com tais medidas arbitrárias, já que a concepção dos russos como “inimigos” já estava consolidada no mundo ocidental.

¹⁸ SOLLITTO, André. Facebook libera postagens violentas contra civis e soldados russos Disponível em <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/facebook-libera-postagens-violentas-contra-civis-e-soldados-russos/>> Acesso em 10 de abr. de 2022.

Dessa forma, a sociedade inicia um processo de conexão racial a problemas de ordem estrutural, conduzindo a um “movimento de construção simbólica das populações-problema, na base da ordem sócio-racial” (WACQUANT,2018,p.154). É neste contexto que o sistema de justiça criminal passa a ser continuamente e seletivamente acionado.

Os criminólogos australianos Kirstie Broadfield, Glenn Dawes e Mark David, em artigo publicado na Revista *Decolonization of Criminology and Justice*, concluíram que a causa do superencarceramento da população aborígine, que conta hoje com 23% da população carcerária e constituem aproximadamente 3% da população total australiana, decorre da permanência de práticas insertas no estatuto colonial repressivo e seletivo, mas tendo agora a legislação penal liberal como instituto avalizador da desigualdade¹⁹:

[...]Os colonos brancos substituíram sua estratégia de guerra aberta contra os indígenas australianos e começaram a institucionalizar a violência contra o 'inimigo interno', impondo-lhes um sistema colonial de justiça criminal . A criminalização dos australianos indígenas permitiu um nível legalizado de controle social [...] através da “vigilância, intervenção e controle em contradição com os direitos 'universais' dos sujeitos liberais”(BROADFIELD, DAWES E CHONG ,2021,p.6)

É possível concluir que há uma continuidade do poder soberano do colonizador nos períodos que seguem após a emancipação, de modo que ele atua seletivamente em negros e indígenas, a exemplo de países como o Brasil, Estados Unidos e Austrália.

Estes três países passam pela mesma questão do avanço seletivo do Estado policial, que se verifica tanto na violência policial quanto no superencarceramento em massa.O movimento *Black Lives Matter*(Vidas Negras Importam, em tradução livre) ,surgido nos Estados Unidos no ano de 2013, como protesto à violência institucional, teve forte adesão das populações aborígenes, na Austrália, e negras, no Brasil, demonstrando a comunhão de pautas que não se limita apenas à seletividade racial, mas todo um histórico em comum de sujeição desigual ao poder político-jurídico.

O inimigo não é só construído historicamente como o negro e o indígena, mas também pode ser enredado por razões circunstâncias ou ocasionais, de modo que o poder político, investido no poder de punir, se apropria de tecnologias de guerras e absolutistas para conter pessoas consideradas perigosas, tal como ocorre e ocorreu durante toda a história do Brasil enquanto nação independente.

Nessas circunstâncias, é possível analisar uma das sequências lógicas e condicionais do Estado policial e que melhor explica a capacidade do poder de criar verdades através do direito:

¹⁹Veja que situação análoga dos aborígenes australianos é vivenciada pelos negros no Brasil, ambos países que tem como paradigma jurídico-político a democracia liberal. (C.f nota 49,p.69)

- a) identificação da demanda por ordem;
- b) atribuição da categoria “inimigo” àqueles que possam subverter a ordem estabelecida, mediante análises de comportamentos característicos;
- c) criminalização primária²⁰ do comportamento do inimigo (pressuposto de verdade-criação de um fato jurídico fictício);
- d) criminalização secundária do inimigo (relação jurídica penal, de caráter unilateral, vinculando o Estado ao inimigo).

A sequência acima poderá ser modificada no caso que o inimigo já é socialmente pressuposto (negros, indígenas, imigrantes etc.) ou nos demais casos abordados no Capítulo 4.

Embora seja possível valorizar a sequência com fatos contemporâneos, far-se-á uma digressão história para avaliá-la em dois dos vários períodos de crise, de modo a verificar se aquelas formas de poder ainda persistem, quais sejam: Período Imperial e Ditadura Militar.

Florestan Fernandes (2020) demarca a independência do Brasil representando-a como um marco histórico definitivo do fim da era colonial e um ponto de referência para a época da sociedade nacional.

O autor divide o movimento de independência em dois elementos, que suscitaram a expansão do poder senhorial no poder político do Estado imperial e que contrariavam o Estado de direito liberal que inspirou a emancipação política:

- a) Revolucionário (somente para as elites agrárias): Ausência de barreiras ao comércio exterior impostas pelo colonizador e
- b) Elemento Conservador: Necessidade de manutenção das estruturas sociais da colonização (regime escravagista, patrimonialismo e aspectos morais, costumes etc.).

A formulação do primeiro Código Criminal do Império, aprovado em 1830, foi diretamente impactado pelos interesses privados dos proprietários de terra e senhores de escravos, pois as cadeiras no parlamento eram ocupadas por eles ou seus representantes.

²⁰ A seguir, segue a definição de processos de criminalização: “Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre as pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos, para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisionização)”. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43

Deste modo, ao interpretar sistematicamente o código, verifica-se que ele foi elaborado para cumprir as seguintes demandas por ordem:

- a) Manter a integridade nacional (repressão a atos contra o estado/constituição política do império)
- b) Manter as estruturas sociais coloniais:
- c) Escravagismo;
- d) Permanência das tradições sob o aspecto moral;
- e) Permanência de privilégios, especificamente ao Proprietário rural

Dentre as normas criminais, algumas são relevantes para identificar as demandas por ordem, os inimigos (republicanos e abolicionistas) e sua conexão com o interesse privado(proprietário de escravos/elites agrárias).

Seguem alguns exemplos:

- a) Poder transferido do Estado ao proprietário para punir o escravo, na medida que o castigo com finalidade disciplinar era considerado excludente de ilicitude:

Art. 14. **Será o crime justificavel**, e não terá lugar a punição delle (...)

6º **Quando o mal consistir no castigo moderado**, que os pais derem a seus filhos, **os senhores a seus escravos**, e os mestres a seus discípulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle, não seja contrária às Leis em vigor.(BRASIL,1830)(grifo nosso)

- b) A criminalização de revoltas de escravos, punível, inclusive, com pena de morte²¹:

INSURREIÇÃO

Art. 113. Julgar-se-ha cometido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força.

Penas - Aos cabeças - de morte no gráo maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais - açoutes

- c) Havia ainda criminalização de condutas contrárias à constituição política do império, de atos típicos de liberdade de imprensa etc,além da construção de tipos penais de perigo abstrato e outros comportamentos considerados perigosos. Enfim, quaisquer condutas que indicassem uma predileção a ideais republicanos e abolicionistas.

Cite-se como exemplo os delitos de conspiração ou assemelhados, cuja pena cominada era de desterro(que é bem característico de tratamento dado ao inimigo), além do delito de uso indevido da imprensa, cuja pena poderia variar de multa à perda do material de produção:

²¹No Código Criminal de 1830,o crime de Insurreição está inserido entre os crimes contra a existência política do Império, o que leva à conclusão que o interesse do proprietário de escravo coincidia com o interesse do próprio Estado

CONSPIRAÇÃO

Art.107 Concertarem-se vinte pessoas ou mais, para praticar qualquer dos crimes mencionados nos artigos sessenta e oito, sessenta e nove, oitenta e cinco, oitenta e seis, oitenta e sete, oitenta e oito, oitenta e nove, noventa e um, e noventa e dois, não se tendo começado a reduzir a acto

Penas - de desterro para fôra do imperio por quatro a doze annos.

USO INDEVIDO DA IMPRENSA

Art. 303. Estabelecer officina de impressão, lithographia, ou gravura, sem declarar perante a Camara da cidade, ou villa, o seu nome, lugar, rua, e casa, em que pretende estabelecer, para ser escripto em livro proprio, que para esse effeito terão as Camaras; e deixar de participar a mudança de casa, sempre que ella aconteça.

Pena - de multa de doze a sessenta mil réis

Art. 304. Imprimir, lithographar, ou gravar qualquer escripto, ou estampa, sem nelle se declarar o nome do impressor, ou gravador, a terra em que está a officina, em que fôr impresso, lithographado, ou gravado, e o anno da impressão, lithographia, ou gravura; faltando-se a todas, ou a cada uma destas declarações.

Penas - de perda dos exemplares, em que houverem as faltas e de multa de vinte e cinco a cem mil réis.

Nota-se, do ponto do vista político-jurídico, que a manutenção do império e da escravidão após a independência contrariava os ideais liberais que possibilitaram o próprio movimento emancipatório. Dessa forma, republicanos(conspiradores), abolicionistas e negros escravizados(revoltosos) foram considerados principais inimigos da época, eis que colocavam em risco a extinção dos privilégios mantinhos desde a época colonial.

Em história mais recente do Brasil, no qual foi imposto um estado de exceção pela ditadura militar, diversas condutas que poderiam constituir ameaça ao *status quo* foram criminalizadas, considerando-se inimigos(“subversivos”) todos aqueles contrários ao regime.

Com efeito, ao analisar as normas penais do Decreto-Lei nº 314, de 13 de Março de 1967, é possível identificar tipos penais análogos ao do Código Criminal do Império, o que reforça que técnicas de poder bélico e soberano são frequentemente ressuscitadas em determinados contextos de exceção a direitos. Seguem alguns exemplos cujas penas cominadas revelam a intenção de contenção:

Art. 11. Redistribuir material ou fundos de propaganda de proveniência estrangeira, sob qualquer forma ou a qualquer título, para a infiltração de doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição: Pena - reclusão, de 1 a 5 annos.

Parágrafo único. Se a propaganda de que trata o artigo, utilizando o material ou fundos de proveniência estrangeira, é feita a fim de submeter o Brasil a outro país.

Pena - reclusão, de 2 a 8 annos.

(...)

Art. 21. Tentar subverter a ordem ou estrutura político-social vigente no Brasil, com o fim de estabelecer ditadura de classe, de partido político, de grupo ou de individuo: Pena - reclusão, de 4 a 12 annos.

(..)

Art. 38. Constitui, também, propaganda subversiva, quando importe em ameaça ou atentado à segurança nacional:

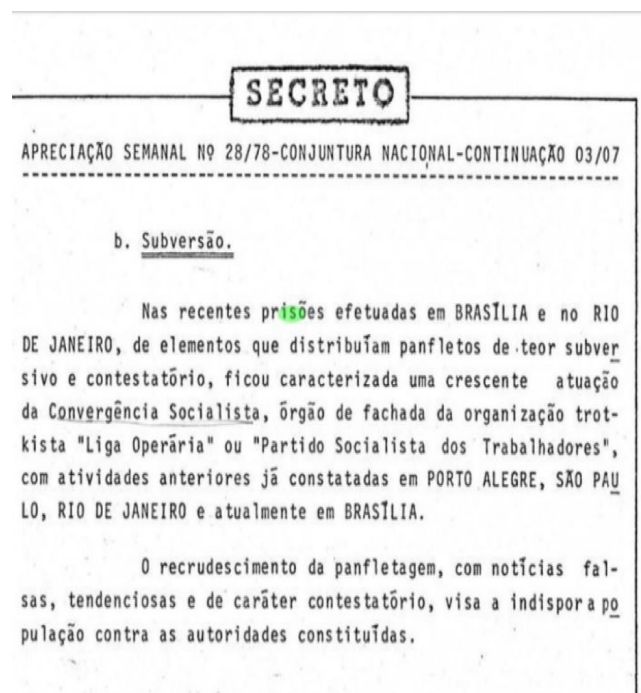
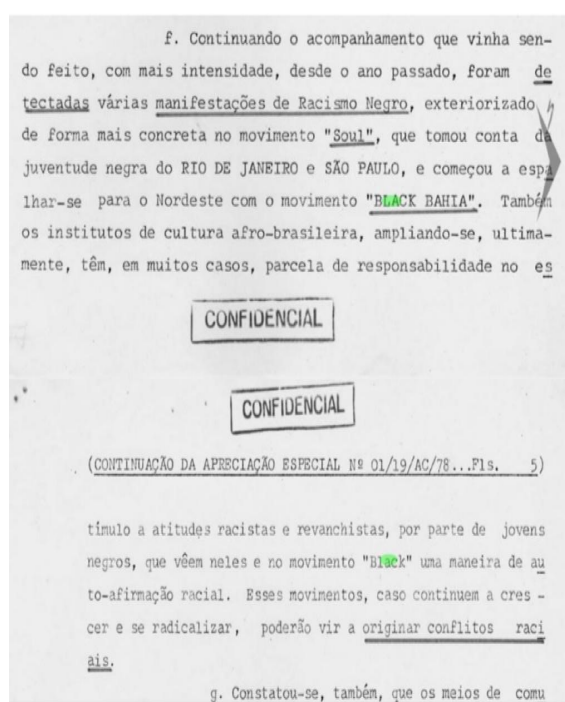
I - a publicação ou divulgação de notícias ou declaração;

II - a distribuição de jornal, boletim ou panfleto;

III - o aliciamento de pessoas nos locais de trabalho ou de ensino;

Nas figuras a seguir constam alguns dos diversos relatórios de inteligência do Exército²², sendo possível verificar que o enquadramento de comportamentos precede a criminalização primária ou o desvio intencional na interpretação de uma norma criminalizante existente. Nos casos pesquisados, os movimentos negros eram cunhados de “revanchistas” e movimentos estudantis, de “subversivos”.

Figura 1: Relatórios elaborados pelo Serviço Nacional de Informações(SNI)



Legenda: Relatórios elaborados pelo Serviço Nacional de Informações com informações a respeito do "campo externo" e do "campo interno", estes subdivididos em seis "campos": político, subversão, psicossocial, econômico, administração pública, e militar

Fonte: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

Dessa maneira, conclui-se que estes enquadramentos seletivos são precedidos de uma realidade manipulada ou construída socialmente, o que implica uma maior vulnerabilidade e sujeição ao poder de punir, seja de forma continuada ou circunstancial.

²² Trechos extraídos de documentos digitalizados pela Fundação Getúlio Vargas (CPDOC | FGV • Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil). Relatórios elaborados pelo Serviço Nacional de Informações com informações a respeito do "campo externo" e do "campo interno", estes subdivididos em seis "campos": político, subversão, psicossocial, econômico, administração pública, e militar. Classificação: EG pr 1974.03.00/1Data: 03.1974 a 02.03.1979 Qtd.de documentos: 211 (1.811 fl.).Disponível em < <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/arquivo>> Acesso em: 20 de março de 2021

- b) Criminalização de condutas que tenham por única finalidade possibilitar a prisão em flagrante e/ou prisão preventiva. São delitos que geralmente não tem o mínimo de ofensividade ou lesividade. São exemplos o consumo de drogas ilícitas e demais delitos de perigo abstrato (e.g. porte de armas);
- c) Criminalização de condutas que não cause lesão a bem jurídico ou não o submeta a perigo concreto, com a finalidade de atender às demandas por ordem como única via política de solução de conflitos. São exemplos os crimes contra o meio ambiente.
- d) Inclusão de elementos normativos nos tipos penais, que atribuem unicamente ao julgador o ato de interpretar, que pode variar, não conforme as circunstâncias que foram praticadas o delito, mas de acordo com o entendimento hermenêutico de cada juiz. São casos em que os elementos normativos, pela sua natureza, ensejam interpretações variadas e de caráter subjetivo. Cite-se como exemplo o elemento “ato libidinoso” contido em algumas normas do Código Penal²⁴;
- e) Aumento da pena em abstrato pelo legislador ou inclusão de circunstâncias que somente determinadas pessoas se encontrem, para evitar que ocorram hipóteses de interrupção da persecução penal, tais como suspensão do processo (sursis processual), transação penal, acordo de não persecução penal etc.;
- f) Inclusão em tipos penais existentes de circunstâncias que somente determinados grupos se encontrem(ou que contenham características pessoais específicas), bem como o aumento em abstrato da pena cominada, tudo com o único propósito de possibilitar a prisão preventiva ou aumento significativo da pena.

Quando o legislador transforma determinada conduta em tipos penais(criminalização primária),a depender da técnica legislativa adotada para construção, aumentam ou diminuem as possibilidades de ações policiais com finalidades de contenção ou detenção, as quais são

²⁴ Seguem alguns exemplos: **Perigo de contágio venéreo (Art. 130)**- Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: **Seqüestro e cárcere privado qualificado por ato libidinoso (Art. 148 ,§ 1º,Inc.V)**- Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: § 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:(...)V – se o crime é praticado com fins libidinosos. **Estupro (Art. 213)**. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso;**Violação sexual mediante fraude (Art. 215.)** Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima;**Importunação sexual (Art. 215-A)**. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro;**Registro não autorizado da intimidade sexual (Art. 216-B.)** Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participante. **Estupro de vulnerável (Art. 217-A)**. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos; **Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (Art. 218-A)**. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem

instrumentalizadas, principalmente, pelas prisões em flagrante, que aumenta expressivamente no Brasil: Só no Estado do Rio de Janeiro, no período de 2019 a 2021, foram 100.000 (cem mil) pessoas presas em flagrante, com uma taxa de 193 pessoas presas a cada 100 mil habitantes²⁵.

Seguem alguns exemplos práticos de tipos penais (ou espécies de tipos penais) que insuflam o aumento do Estado policial.

(i) O consumo de drogas ilícitas é crime, mas não comina nenhuma pena corporal como consequência jurídica, nem mesmo admite prisão em flagrante. Contudo, a legislação processual penal autoriza a captura no caso em que o usuário droga for flagrado realizando uma das condutas previstas no art. 28 da Lei de Drogas.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Art. 48.

(...)

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo **o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente** ou, na falta deste, **assumir o compromisso de a ele comparecer**, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários. (Grifo nosso)

A criminalização do consumo de drogas padece de inconstitucionalidade flagrante, eis que o Estado não pode punir a autolesão e nem mesmo por este fato infringir constrangimento ao cidadão, inclusive a captura.

A norma proibitiva, desse modo, tem a potencialidade de impactar desigualmente em pessoas com determinado estereótipo criminal (e.g. negros), em razão de sua maior vulnerabilidade e probabilidade de ser abordado em busca pessoal realizada pela polícia ostensiva.

(ii) Crime de Desacato, previsto no Art. 331 do Código Penal, que torna possível a prisão em flagrante do cidadão que “Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”. Ou seja, o mesmo funcionário que foi desacatado, caso seja um agente policial, deverá prender o cidadão, na forma do Art. 331 do Código de Processo Penal:

²⁵ O endereço eletrônico da informação está disponível em <<http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.aspx?id=193>> Acesso em 01 de abril de 2022.

“Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Assim sendo, chega-se à irracionalidade de que o próprio agente que se sentiu ofendido emitir um juízo de valor sobre a intenção do autor e de como este lhe afetou psicologicamente, para imediatamente “acusar”, “sentenciar” e executar a prisão em flagrante, se for o caso.

Além disso, tem-se que certamente a criminalização do desacato viola a liberdade de manifestação ou o direito de irresignação para com o agente público, sendo outra medida de exceção positivada na norma e que claramente tem a finalidade de contenção de pessoas ou grupos determinados.

(iii) Criminalização de condutas que não cause lesão a bem jurídico ou que não ponha este em perigo concreto. São crimes chamados de perigo abstrato, cujo objetivo é punir meros comportamentos sociais que, por si sós, são inofensivos. Cite-se como exemplo o delito de portar instrumentos de caça em Unidades de Conservação Ambiental previsto no Art. 52 da lei nº 9.605/98:

“Art. 52. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.”

Na criminalização dessas condutas, o legislador deixa ao arbítrio do juiz adivinhar o que se passa no pensamento do sujeito, ante a impossibilidade lógica de se provar a materialidade do delito. Sendo assim, se não há ofensividade, não há crime em sua concepção material e, portanto, tais normas são inconstitucionais.

(iv) construção de tipos penais com elementos normativos que são sujeitos a interpretações variadas pela doutrina e jurisprudência, e que não há possibilidade de se fazer uma remissão à outra norma.

Neste sentido, como bem observa Ferrajoli(2002), a presença na lei de expressões indeterminadas permite que o juiz aplique a norma conforme suas convicções políticas, de modo que possa agravar a situação do réu.²⁶

26 A inclusão de conceitos jurídicos abstratos em tipos penais aumenta o poder de disposição do juiz. Neste sentido, argumenta Ferrajoli que “[...] A medida que abrem incertezas insolúveis no plano cognitivo, tais carências deixam espaço ao poder de disposição, isto é, ao decisionismo do juiz, inevitavelmente informado por critérios subjetivos de justiça substancial ou “políticos”. Uma vez que, como se disse, em todos os sistemas penais positivos existe sempre, ainda que em grau diverso segundo as distintas normas, algum elemento do Estado policial ou da justiça do cádi, em todos eles o poder judicial é, em diversa medida, poder de disposição, de natureza política e não só legal ou equitativa.” (Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.p.136)

Cite-se como exemplo o Art. 359-L da Lei nº 14.197/2021 (Abolição violenta do Estado Democrático de Direito), que não há possibilidade de definir objetivamente o que se entenderia por Estado Democrático de Direito, “que produz tantos sentidos que chega a fragilizar a função de garantia do tipo, devendo ser declarada sua inconstitucionalidade” (ZAFFARONI e BATISTA, 2010, p.133):

“Art. 359-L. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais”

A Constituição de 1988 não conceitua objetivamente o que seria um Estado de direito, o que inviabiliza qualquer interpretação sistemática do tipo penal. Há, contudo, uma declaração de que (Art. 1, Cf/88) “A República Federativa do Brasil (..) constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”, que requer um esforço hermenêutico exaustivo de toda norma constitucional, bem como de outros elementos da Teoria Política do Estado.

É possível, contudo, criminalizar determinadas condutas que violam parcialmente a estrutura e os fundamentos do Estado democrático de Direito, mas que, por si só, não é capaz de desconstituí-lo.

Quando dedicou a obra ao estudo da doutrina penal do nazismo, Raul Zaffaroni fez uma excelente observação quanto à concepção do Estado de direito, o que pode ser aqui utilizado para fazer referência a questão do dolo, especialmente nos casos de elementos normativos de interpretações múltiplas e nem sempre convergentes:

[...] Quem usar hoje a expressão Estado de direito deverá precisar o que entende por isso, em que aspectos se distingue seu Estado de direito do liberal e em que medida o Estado nacional-socialista ou qualquer dos muitos outros Estados de direito devem sê-lo. Do contrário, existe o perigo de possibilitar um abuso por parte dos inimigos do Estado nacional-socialista (ZAFFARONI, 2019, p. 70)

(iv) Aumento de pena em abstrato pelo legislador com a única intenção que o crime se encaixe na hipótese de prisão preventiva, não para ressocializar o infrator considerado culpado após o processo formal de atribuição de culpa (o que teoricamente seria a finalidade da norma penal e processual).

As prisões provisórias foram autorizadas pelo legislador como verdadeiras medidas de contenção e detenção (medidas de segurança), eis que um de seus pressupostos é a ordem pública e a periculosidade do agente, viabilizando a atribuição de culpa sem processo prévio. Estas condições por si só já violaria uma das premissas do Estado de Direito, que é o princípio da presunção da inocência.

No entanto, há outra condição, de carácter objetiva, que torna possível a prisão preventiva, que é a pena em abstrato aplicada ao delito. O Código de Processo Penal (Art. 313, Inc. I) dispõe que a segregação cautelar é aplicável nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Pode-se citar como exemplos os delitos praticados no âmbito das licitações e contratações públicas, cujas penas na lei anterior (Lei 8666/90) não passavam de 4 anos de detenção, tendo a nova lei que a revogou mantido praticamente os mesmos tipos penais, mas com mais de 90% dos delitos com penas máximas superiores a 4 anos de reclusão.

Apenas para ilustrar, segue a diferença das penas abstratas cominadas ao tipo penal de frustração do carácter competitivo de licitação:

(a) (Lei 8666/90 ,Art. 90). “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o carácter competitivo do procedimento licitatório[...], vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

(b) (Lei nº 14.133 /2021,Art. 337-F). “Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o carácter competitivo do processo licitatório: Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.”

A possibilidade de se aumentar as hipóteses de prisões preventivas é preocupante: a um, porque estigmatiza socialmente o sujeito que não tem culpa formada; a dois, porque não há prazo limite para a manutenção da custódia cautelar, ficando esta avaliação da necessidade concentrada unicamente no poder judiciário e ,por último, porque de exceção, a prisão preventiva passou a ser a regra no Brasil, com mais de 40 % de pessoas presas sem julgamento.

Desse modo, em termos de política criminal do Estado de direito, a pena deixou há muito tempo de ter uma finalidade ressocializadora e os poderes da república não mais se preocupam com a proporcionalidade e em debater se determinada pena é ou não justa. Isso fica bem claro na recente alteração legislativa para aumentar o tempo máximo de cumprimento de pena de 30 para 40 anos de reclusão.

Como bem observa Garland(2008,p.155) ,as políticas criminais no estado de direito deixaram de resolver ou entender as causas dos conflitos sociais, e “abriu caminho para políticas mais severas relacionadas à intimidação, à prisão preventiva e, finalmente, a condenações expressivas, exemplares, bem como ao encarceramento em massa”

Há uma certa comunicabilidade entre a ação do legislador as dos demais poderes da República que atuam na justiça criminal. E isso é importante para esclarecer como a construção de tipos penais pode acionar o Estado policial e ao mesmo tempo constituírem-se aparentemente como legítimos. A tendência é que com a formação de tipos penais temerosos ou mesmo com aumento injustificado da pena, as agências policiais atuem com maior poder de contenção e selecionem pessoas que se encontrem em grupos de maior vulnerabilidade social e estrutural.

Este é o ponto em que o poder político se apropria do poder bélico, e o poder de punir “se dirige contra inimigos[...]e passa ao primeiro plano a inimizade (às vezes chamada de periculosidade), passando a tipicidade a referenciar-se não ao conflito e sim à inimizade perante ao poder”.(BATISTA, ZAFFARONI,2019,p.137)

4.2. Estado policial e o Poder Judiciário

Por não ser portador de uma poder político ,duas questões principais se colocam como fundamentais para entender as razões pelas quais o próprio poder judiciário, cuja inércia é inerente ao exercício da jurisdição, atua como se fosse um legítimo soberano: a primeira é de caráter eminentemente institucional e pragmática, ligada a sua imparcialidade para julgar ; a segunda, de certa forma correlacionada à primeira, é de caráter jurídico-penal, que envolve questões principiológicas específicas do Estado de Direito.

No que tange à primeira questão, de caráter institucional, cabe as seguintes observações e esclarecimentos.

No Brasil e em várias partes do mundo ocidental o cargo de juiz não é provido por meio de sufrágio, mas por outras formas de admissão objetivas, tal como no Brasil com o concurso público. Isso porque o judiciário não atende à vontade popular e não fala em nome do povo quando julga, mas tão somente às leis e, principalmente à Constituição. É o que a doutrina tradicional chama de atuação contramajoritária²⁷ do judiciário. Essa é uma das

²⁷ Sobre o tema ,o Professor Luís Roberto Barroso explica que “o papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou- se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política , insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos . A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário

razões da proibição do exercício de atividade político-partidária, além do dever incondicional de imparcialidade: Não basta ser, tem que parecer ser.

O judiciário, portanto, é um dos pilares mais importantes do Estado Democrático de Direito, pois independente de quem tenha sido eleito pelo voto majoritário, a minoria perdedora terá a garantia que seus direitos não serão violados pela maioria vencedora. É assim o verdadeiro fiador dessa garantia, principalmente porque a minoria que se encontra em uma maior vulnerabilidade política.

O segundo ponto está relacionado à interpretação da lei, da qual deve-se extrair a norma que será aplicável ao caso concreto, de modo que não apenas o contexto deve ser conhecido, mas estar inserido nele é fundamental para imparcialidade e justiça das decisões. Por tal razão o constituinte brasileiro, como regra, determinou que os membros do poder judiciário devem residir na comarca onde laboram, só podendo ter domicílio em outro local com autorização do Tribunal. A mesma regra, inclusive, se aplica ao membro do Ministério Público.

De fato, o constituinte originário não poderia ter agido de forma mais racional, pois “o território é um lugar de vivência humana[...]Ao conhecê-lo, explora-se novas vias de interpretação da realidade, constrói-se outros significados [...] compreende-se melhor o presente e inventa-se a vontade da preservação do descoberto.”(TEMPORALIDADES..., 2021).

Então tem-se que, em que pese o juiz estar proibido exercer atividade político-partidária e não ser provido no cargo pelo voto popular, não é possível não ter o magistrado suas convicções políticas e filosóficas, especialmente porque antes de ser ele um ator judicial, é um ator social, impactado diariamente pelas ações políticas.

E justamente pelo fato de ter suas convicções políticas e filosóficas, que foram formadas pela sua vivência familiar e comunitária, que deve ele residir na comarca que, somada à sua técnica jurídica, possa aplicar a lei e dela extrair, com equidade, a norma aplicável.

Este é modelo constitucional e ideal para defender a ordem jurídica. Contudo, ainda assim há uma tendência de certa motivação política orientada por sua consciência social nas decisões judiciais, o que não significa que seja injusta. Há um certo limite de tolerância a respeito, diante do fato de que o próprio juiz não conseguirá se desvincular totalmente de suas

e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias.”(BARROSO,2018,p.2198)

convicções, mesmo que se esforce ao extremo para isso. Se o constituinte pretendesse isenção absoluta, não obrigaria o juiz a residir na comarca pelas razões expostas.

Diante dessas observações, há dois pontos pragmáticos que influenciam o processo hermenêutico dos magistrados.

O primeiro é que quem decide onde será a comarca e autoriza o Juiz a residir em fora dela é o próprio poder judiciário, o que pode causar ineficácia à norma constitucional, principalmente quando uma mesma comarca abrange diversas regiões com realidades socioculturais distintas.

O segundo ponto de relevância especial para justiça criminal é a representatividade da população negra entre os membros do judiciário. Em pesquisa do perfil sociodemográfico realizada pelo Conselho Nacional de Justiça²⁸ no ano de 2018, constatou-se que 80% dos magistrados do Brasil são brancos.

Estas duas questões vulnerabilizam o juiz a ficar mais suscetível às opiniões públicas e utilizá-las em suas decisões, principalmente na área da justiça criminal, cujas manifestações populares e midiáticas são movidas mais por sentimentalismos do que pela Constituição da República. Ademais, tal vulnerabilidade é ainda mais agravada quando o Estado policial, por meio dos órgãos administrativos, seleciona quase que exclusivamente pessoas negras, o que pode ser observado pelas estatísticas criminais que serão abordadas nos capítulos seguintes.

A seletividade racial precede e conduz ao falso enquadramento de que pessoas pretas são mais violentas e que cometem mais delitos, podendo o juiz, consciente ou inconsciente, imprimir em seus julgamentos mais rigor quando o réu ou ré for preto ou preta, não se ater especificamente aos fatos e consequentemente não estar disposto à absolvição.²⁹

Esta falsa percepção da realidade incide na interpretação constitucional de normas penais ou mesmo do rigoroso controle das ações policiais, no modo ou na forma de como pessoas negras são comumente selecionadas, especialmente no que se refere à violação de direitos. Sendo assim, há uma carga alta de probabilidade do judiciário conformar o Estado policial, mesmo quando assume a imparcialidade como regra de julgamento, pois há um lugar específico (comarca)do qual o Magistrado branco não conhece e onde o negro comumente é selecionado.

²⁸ Informação disponível em <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/>>. Acesso em 23 de março de 2022.

²⁹ É importante esclarecer, como será analisado no Capítulo 6, que a discriminação racial por via indireta prescinde que a conduta ou comportamento seja intencionalmente dirigida para discriminar.

Por fim, verifica-se uma disposição institucional de mudança no judiciário brasileiro. Hoje já se fala em julgamento sob perspectiva de gênero³⁰, categoria que foi construída historicamente e socialmente (assim como a raça), em razão dos papéis na divisão social do trabalho atribuídos ao “masculino e ao ”feminino”. Tal mudança de perspectiva está relacionada ao aumento da representatividade das mulheres no poder judiciário³¹.

Um outro ponto de relevância, e de caráter jurídico-penal, e que tem comumente acionado o Estado policial, é o que se refere a usurpação das atribuições do legislativo pelo judiciário, para dar interpretação mais restritivas às normas garantidoras de direitos.

Situações como estas ocorrem recorrentemente nos tribunais, os quais têm por atribuição formular precedentes e aprovar súmulas a serem obrigatoriamente aplicadas pelos juízes de primeiro grau. Com exceção da súmula vinculante de competência do Supremo Tribunal Federal, que tem previsão constitucional, as demais, inclusive os precedentes, estão previstas no Código de Processo Civil, aprovado no ano de 2015.

O problema surge quando as normas penais e processuais penais são interpretadas para dar um sentido maior que a intenção do legislador, de modo a agravar a situação do réu na justiça criminal.

Para ilustrar, seguem alguns exemplos de interpretação em desfavor do réu:

- a) Consideração que um beijo (beijo lascivo) em criança constitui ato libidinoso para fins de classificação do delito de estupro de vulnerável, cuja pena é de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos³²;
- b) Considerar que o ato infracional praticado na menoridade, que não é considerado crime pela Constituição, seja suficiente para afastar causa de diminuição de pena para o crime de tráfico de drogas praticado na fase adulta³³;

30 Sobre o tema, ver o Protocolo Para Julgamento Com Perspectiva De Gênero 2021, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Este protocolo é fruto do amadurecimento institucional do Poder Judiciário, que passa a reconhecer a influência que as desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas a que estão submetidas as mulheres ao longo da história exercem na produção e aplicação do direito e, a partir disso, identifica a necessidade de criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas

31 Hoje as mulheres representam, segundo dados do CNJ, 44% dos juízes substitutos; 39% dos juízes titulares e 23% dos desembargadores, significando que o aumento representatividade constitui uma das diversas ações para solução do racismo institucional e estrutural no sistema de justiça, além de ser a diversidade um princípio que efetiva a democracia.

32 (STF. 1ª Turma. HC 134591/SP) “Homem que beijou criança de 5 anos de idade, colocando a língua no interior da boca (beijo lascivo) praticou estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), não sendo possível a desclassificação para a contravenção penal de molestamento (art. 65 do DL 3.668/41)” (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Homem que beijou criança de 5 anos de idade, colocando a língua no interior da boca (beijo lascivo) praticou estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), não sendo possível a desclassificação para a contravenção penal de molestamento (art. 65 do DL 3.668/41). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhesd582ac40970f9885836a61d7b2c662e4>>. Acesso em: 13/03/2022

c) Não considerar atuação *ex officio* do magistrado quando este aplica prisão preventiva, na hipótese da cautelar não ter sido requerida pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido. Em mera interpretação literal do Art.311 do Código de Processo Penal, verifica-se que o juiz não é autorizado a decretar prisão preventiva sem pedido:”art... 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”³⁴

O princípio da legalidade penal estrita é fulcral para se evitar o arbítrio e limitar o poder punitivo do Estado,contendo,assim,o avanço do Estado policial.

Assim,os princípios da proibição de interpretação mais gravosa e da legalidade são extraídos pela simples leitura sistemática das normas constitucionais,a saber:

CFRB/88

Art. 5(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de **autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias(...)

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

(...)

b) direito penal, processual penal e processual civil;

33STJ. 3ª Turma. EREsp 1916596-SP)“O histórico de ato infracional pode ser considerado para afastar a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei nº 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal com o crime em apuração.”AVALCANTE, Márcio André Lopes. O histórico infracional é suficiente para afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ec79d4bed810ed64267d169b0d37373e>>. Acesso em: 13/03/2022

34(STJ. 6ª Turma. RHC 145225-RO) “A determinação do magistrado pela cautelar máxima, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada como atuação *ex officio* (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A determinação do magistrado pela cautelar máxima, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada como atuação *ex officio*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ac597b7eca2b4a550ad15962eeeee42a>>. Acesso em: 13/03/2022

O princípio da legalidade penal, portanto, impõe a estrita obediência à lei formal (de apreciação exclusiva do parlamento), ou seja, aquela aprovada em regular processo legislativo não tendente a agravar a situação do réu (Inciso XL do Art. 5º)

Ora, se o próprio constituinte originário limitou a função de legislar do parlamento, proibindo-o de editar leis penais que agravam a situação do réu, com maior razão será proibido ao judiciário no âmbito de sua competência de extrair da lei a norma aplicável, para formular precedentes e súmulas que agravam a garantia de liberdade do cidadão, no sentido de dizer mais do que a intenção do legislador.

Deste modo, considera-se que tais interpretações constituem em exercício inconstitucional do poder político, que é manifestado em casos criminais pelo poder de punir.

O judiciário, conforme observa Nilo Batista, não pode exercer o poder de punir, pois não lhe foi concedida tal prerrogativa pela Constituição, conquanto tem apenas a função de habilitá-lo após prévio processo penal de atribuição de culpa. São por estas razões que o perdão da pena só pode ser concedido discricionariamente pelo parlamento e pelo Presidente da República, pois só é capaz de perdoar quem tem o poder de punir:

O juiz criminal escolhe entre ser o facilitador do poder punitivo ou ser, precisamente ao contrário, o diligente examinador da legalidade, constitucionalidade e racionalidade do poder punitivo, que só ele pode habilitar. Cabe-lhe evitar o que Garapon chamou de tentações populistas, que costuma acometer aqueles sensíveis às seduições da boa imagem na mídia (BATISTA, 2021 p. 22)

Dessa maneira, considera-se que o poder judiciário reitera o Estado policial quando atua ativamente para punir ou agravar a situação do réu; ou se conforma, deixando de controlar a constitucionalidade, convencionalidade e legalidade das normas penais no Estado Democrático de Direito, no sentido de reduzir a expansão do poder punitivo, bem como os efeitos causados pela seletividade racial.

4.3 Estado Policial e Poder Executivo

4.3.1 Considerações preliminares

O poder executivo é face mais impetuosa do Estado policial, quando os efeitos da coerção se materializam violentamente sobre o corpo. É neste poder que ocorre a própria concretização das tecnologias do poder bélico, com os usos de signos, armamentos e todo aparato simbólicos próprios de um contexto belicista: armas pesadas, tanques e contenção física de “inimigos” são apenas algumas semelhanças aos quadros de guerra.

A Constituição atribuiu ao poder executivo, por meio de suas agências policiais, a função de manter a ordem pública. E como a demanda por ordem é a única causa para o acionamento do Estado policial, as agências que atuam na manutenção da ordem pública(polícias) serão as maiores impactadas pelas políticas governamentais.

No Brasil, a atividade de polícia é dividida por especialização, mas a Constituição, em seu Art. 144, atribuiu a todos os segmentos de polícia a comum função de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Pela expressividade, especialidade e proximidade que atuam perante à população, limitou-se aos estudos das polícias ostensivas e judiciárias, as quais lhes são atribuídas as seguintes funções específicas pela Constituição: à primeira, lhe foi reservada à função de policiamento ostensivo e preservação da ordem pública; à segunda, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.

Sob a perspectiva estrutural e funcional dos Poderes da República, o avanço do Estado policial pelas agências executivas(polícias) têm relação direta com as demandas seletivas por ordem, originárias da criação de um fato político pelo próprio poder de ofício ou a requerimento da mídia.

Além disso, a competência de administrar problemas estruturais é continuamente transferida à Polícia que, por sua vez, é redirecionada para preservar uma ordem já desestruturada(é a preservação da desordem!), e que não tem competência para restabelecê-la. Tem-se como exemplo a massiva criminalização de ações que causam danos ao meio ambiente, pequenos ilícitos informáticos e tráfico de drogas.

O redirecionamento policial para variadas competências produz uma falsa sensação de segurança na população, além de proporcionar certa tangibilidade aos serviços públicos em sua totalidade, bem como visibilidade do agente político perante a opinião pública.

Além disso, há uma atuação policial significativa em situações emergenciais, cuja ordem pública (conceito abstrato) apresenta-se como justificativa universal para aumento das intervenções, recrudescimento das normas penais e a revogação seletiva de direitos e garantias fundamentais.

A repressão criminal tem sido a primeira opção para solucionar conflitos sociais, que poderiam ser resolvidos na esfera administrativa nas diversas áreas do Estado. Neste sentido, há uma demanda excessiva de atuação policial na vida dos cidadãos, o que enseja maior probabilidade de seletividade racial originária do acionamento do Estado policial pelo poder político.

Com efeito, ao analisar as condições políticas e sociais dos refugiados e apátridas no período Entreguerras, Hannah Arendt destaca o ineditismo europeu em renunciar poderes governamentais e transferi-los às polícias, em razão das emergências da época somadas pela ausência de reconhecimento ao estrangeiro do estatuto jurídico do Estado asilante:

.Foi essa a primeira vez em que a polícia da Europa ocidental recebeu autoridade para agir por conta própria, para governar diretamente as pessoas[...] ***Quanto maior era o número de apátridas e de apátridas em potencial [...], maior era o perigo da gradual transformação em um Estado policial.***(Arendt,1958,p.288,tradução nossa)(grifo nosso)

Deste modo, entende-se que as possibilidades do uso arbitrário da força pelas agências policiais, bem como de desvios deliberados às normas legais, só são possíveis por autorização ou omissão política(legislativo e executivo) e, em certos casos, com a conformação do poder judiciário.

Neste sentido, há um desgaste maior da polícia do que nas demais instituições que atuam na persecução penal. Como bem observa Albrecht(2010,p.297),o legislador é o “responsável pela expansão de intervenções e pela competência de intervenções constitucionalmente destrutivas”, ressaltando que

Na relação de tensão entre os limites impostos pela constituição à Polícia e as permanentes exigências políticas, bem como comunitárias, que são dirigidas à polícia,os policiais precisam diariamente se afirmar.Isto é mais do que difícil.Por um lado,deve a polícia garantir segurança e ordem(...).Por outro lado(..) tem de respeitar,estritamente,as esferas de liberdade dos cidadãos,fixadas constitucionalmente. Nenhuma outra instituição social está permanentemente exposta a exigência deste tipo.(Albrecht.2010,p.297)

Estas demandas impactam de forma distinta em cada instituição policial, a vista de que o Brasil segue um modelo de especialidade, de modo que analisaremos sumariamente as principais causas que impelem tais órgão a transgredirem normas constitucionais.

4.3.2 - Polícia Ostensiva

Diferente de outros países no mundo, a América Latina, em razão de seu histórico colonial e de ditaduras militares, tem suas polícias ostensivas estruturadas ainda sob o modelo de administração militar. Isso significa que as práticas e métodos aprendidos e apreendidos dentro de tais instituições são próprios do poder bélico, inclusive parte do treinamento de seus agentes.

Há uma imperiosa necessidade de reconfigurá-la, principalmente na valorização dos servidores policiais e otimização dos serviços prestados de acordo com os direitos e garantias fundamentais.

No Brasil as polícias ostensivas são organizações militares, e se estruturam sob os pilares da hierarquia e disciplina, assim como os servidores das Forças Armadas de qualquer país do mundo. Esta condição jurídico-administrativa foi conferida pela Constituição brasileira de 1988, em continuidade do modelo colonial.

Portanto, há uma grave contradição do constituinte originário, pois ao tempo que lhes atribui a função de preservação da ordem pública interna, concede à polícia o direito de utilizar elementos típicos do poder bélico e soberano, caracterizando uma continuidade estrutural e de práticas contrapostas ao Estado Democrático de Direito.

De fato, como já mencionado no capítulo 2, é inviável a permanência do poder bélico no mesmo contexto do poder político no Estado de Direito.

O belicismo foi assimilado e incorporado às instituições policiais como norma de conduta e pressuposto de excelência na preservação da ordem pública, tais como:

- a) A preponderância da intervenção sobre a prevenção – A polícia ostensiva deve atuar apenas preventivamente, na forma expressa na Constituição. Isso significa que ela só deve ser acionada quando chamada pelo cidadão ou quando presenciar alguma prática contrária às leis instituídas. As chamadas “operações policiais”, na verdade, são práticas adotadas apenas por forças armadas como método de guerra para conter o inimigo, em que a tropa intervém no terreno com táticas de combate;
- b) Intervenção seletiva - Somente em guerras são admitidas distinções, no sentido do dever de diferenciar quem é da população civil e quem é militar inimigo. Deste modo, as intervenções só são admitidas, pelo Direito Humanitário Internacional, em bases militares inimigas ou no próprio combatente inimigo e, neste último caso, apenas para prendê-lo(contenção). Verifica-se na atividade policial prática semelhante e corriqueira, como a realização das chamadas “blitz” e “operações policiais” apenas em locais determinados(communidades pobres) e intervenções (busca pessoal) seletivas em pessoas negras, as quais historicamente lhes foram atribuídos à categoria de “inimigo”;
- c) Utilização de elementos simbólicos próprios de cenários de guerra para causar medo: imagens de armas, caveiras com facas, sangues etc. Ou seja, todos ícones adesivados em fardas, bandeiras, viaturas e outros bens públicos afetados ao serviço policial;

- d) Sujeição do poder disciplinar militar aos policiais, que reduz sua capacidade de autodeterminação, impedindo-os de escolher a melhor medida para atender à finalidade pública, bem como limitando seu aperfeiçoamento e evolução profissional.
- e) Uso de gramática própria de conflitos armados em conflitos sociais: o termo “ocupações”, por exemplo, quando a polícia implanta uma unidade nas favelas do Rio de Janeiro (termo utilizado em conflitos bélicos em território inimigo), “combate”, “combatente”, “operações” etc.;

Deste modo, vemos que o arranjo estrutural das polícias ostensivas (polícia militar) aumenta a probabilidade de seleção racial franqueada pelo próprio poder político (racismo institucional) no contexto das demandas emergenciais recebidas pela instituição.

Com efeito, em pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro entre setembro de 2017 e setembro de 2019, constatou-se que 78,3% dos presos em flagrante pela polícia e encaminhados para custódia eram pretos.³⁵ A pesquisa também apurou que a violência policial no momento da prisão está diretamente relacionada ao fenótipo: 80% dos negros custodiados declararam ter sofrido violência.

³⁵ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Pesquisa sobre os cinco anos das Audiências de Custódia: Um olhar sobre o perfil dos presos em flagrante no Rio de Janeiro*. Publicado em 05 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>. > Acesso em 15 ago. 2022

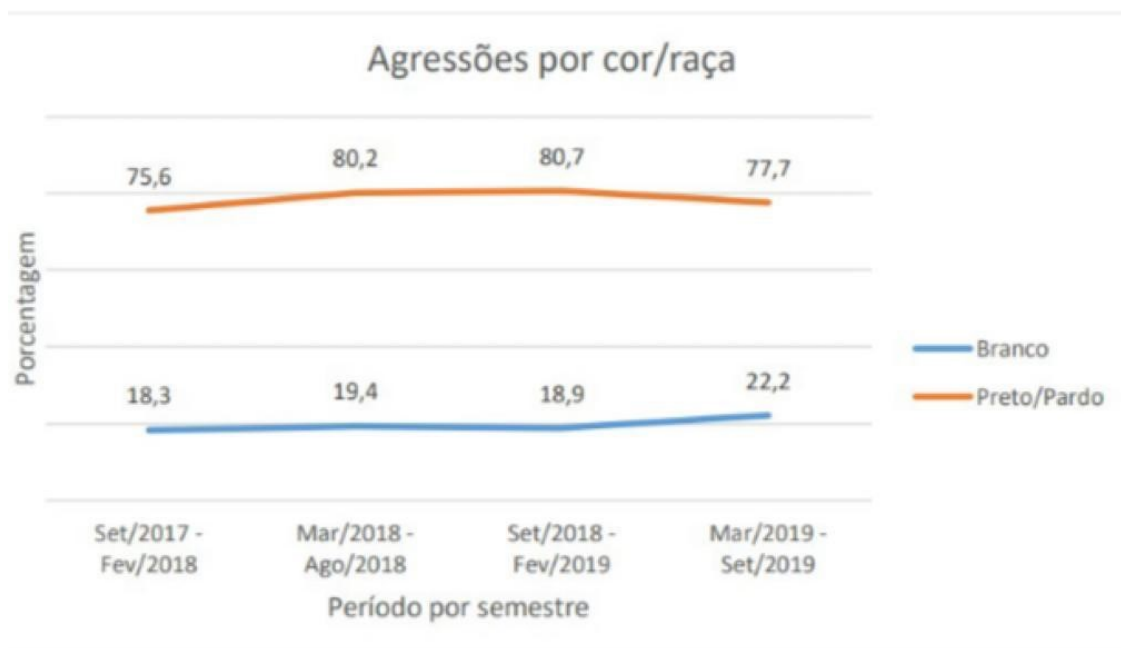


Figura 1: Indicação de agressões por cor/raça

Fonte: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020

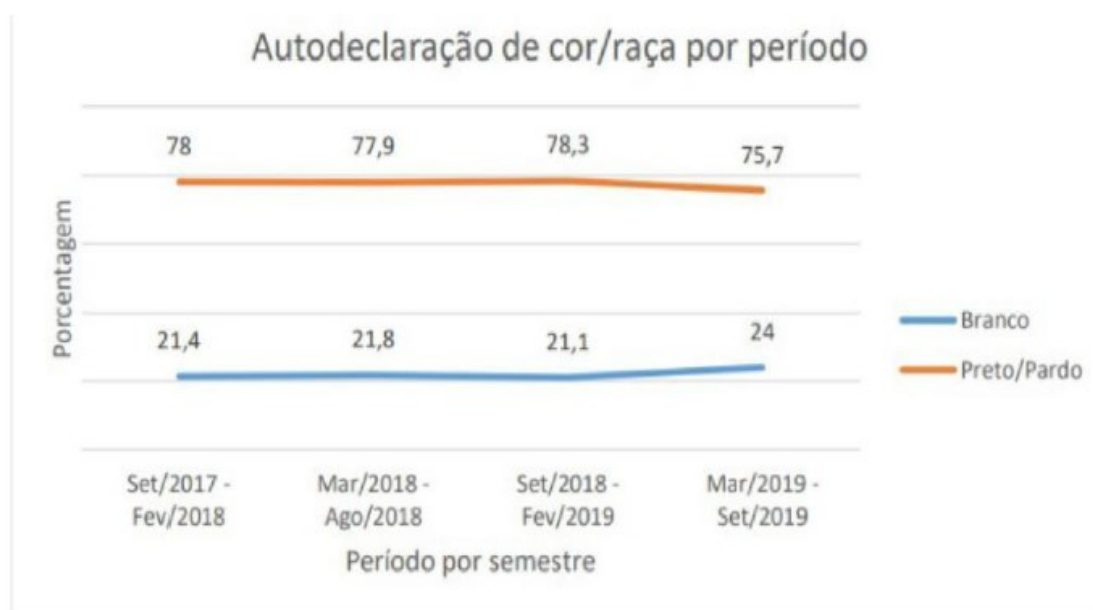


Figura 2 Autodeclarações por cor e raça por período

Fonte: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020

Na realidade, há uma necessidade premente pela presença de um inimigo para justificar a existência de uma polícia militarizada e que tem por dever prestar contas ao governo da ocasião. Neste sentido, como bem observa Luiz Eduardo Soares acerca do contexto institucional facilitador da intervenção policial seletiva:

Se o dever é produzir, se produzir é sinônimo de prender e se não é permitido investigar, o que sobra? Prender em flagrante. Quais são os crimes passíveis dessa modalidade de prisão? Aqueles que podem ser identificados, empiricamente, pelos

sentidos, a visão e a audição, e que ocorrem em espaços públicos. Não é o caso de lavagem de dinheiro nem da maior parte das transgressões perpetradas por criminosos de colarinho branco (SOARES,2019, p.51)

A desmilitarização, embora possa causar um menor impacto na população preta, não soluciona o problema do Estado policial e suas intervenções discriminatórias. De outro modo não haveria seletividade racial de imigrantes árabes e africanos nos países europeus, cujas polícias não são militares.

Alterar a estrutura administrativa militar da polícia ostensiva apenas reduz o excesso de violência e ameniza, de certa forma, o racismo institucional. Isso porque, em que pese os enquadramentos sociais e raciais já previamente definidos, a atuação do poder legislativo tem um impacto relevante na seleção criminalizante.

4.3.3 Polícia Judiciária

A polícia judiciária é composta pelas polícias civil e federal, e atuam preponderantemente na fase preliminar da persecução penal (investigação de infrações penais), buscando provas e seus prováveis autores. Ou seja, pressupõe uma investigação criminal em andamento como condição de intervenção.

O exercício de atividade de polícia judiciária tem basicamente três finalidades:

- a) Colher elementos de informação do inquérito policial para formação da cognição preliminar do Ministério Público, que é o titular do exercício da ação penal. Caso haja denúncia, o poder de punir poderá ser habilitado pelo judiciário em caso de condenação;
- b) Cumprir mandados judiciais para colheita de provas para instruir o inquérito policial, e que necessitem de intervenção na esfera de liberdade do cidadão, tais como busca e apreensão, interceptação telefônica etc.;
- c) Cumprir mandado judicial de prisão provisória e definitiva (pena).

O exercício de Polícia judiciária é diretamente impactado pelo excesso de criminalização das condutas sociais pelo legislativo, razão pela qual estará determinada a ter que selecionar quais condutas serão investigadas, ante a falta de estrutura para solucionar todos os casos delitivos que chegam às delegacias.

Por consequência, considerando que também é afetada pela intervenção seletiva da polícia militar, materializada nas prisões em flagrante que conduzem às delegacias, estará a polícia judiciária condicionada a selecionar estes delitos flagranciais ao invés daqueles registros que chegam por outros meios, já que no flagrante geralmente há prova pré-constituída e portanto mais fácil de ser imputado um injusto penal ao seu autor.

Com efeito, só no ano de 2021, foram registradas no Estado do Rio de Janeiro 616.246 ocorrências policiais e gerados 33.614 autos de prisão em flagrante que, por si só, já seria mais do que suficiente para acumulação excessiva de trabalho³⁶.

Após a lavratura do auto de prisão flagrante, o delegado libera o detido nas hipóteses legais ou o encaminha à presença do juiz para realização de audiência de custódia, cujo resultado consistirá na continuidade da prisão (conversão em preventiva) ou liberação. Em ambos os casos a investigação continuará.

Verifica-se, assim, que na delegacia há uma continuidade do estado de exceção e de sua seletividade racial, que por sua vez será conformado pelo poder judiciário ao habilitar o poder de punir.

Além disso, a distribuição desigual da violência policial (polícia ostensiva) no momento da prisão indica que pessoas pretas já entram no sistema de justiça criminal como presumidamente culpadas, eis que as agressões podem constituir-se em uma deliberada intenção de execução extrajudicial da pena, em “sentença” decretada pelo próprio policial condutor que, por sua vez reitera um poder soberano sobre o corpo do inimigo, porque não lhe falta outra opção quando não detém o poder político de punir.

Deste modo, as investigações criminais delimitam seu âmbito de suspeitos de acordo com a cor da pele, não necessariamente por decisão autônoma, mas condicionada por ações ou omissões do poder político e do judiciário, que ignoram o dado da seletividade - que é público e notório - na tomada de decisões.

5 PRESSUPOSTOS PARA AFIRMAÇÃO DE DIREITOS

Nas últimas décadas o exercício do poder de punir tem utilizado elementos específicos da guerra em conflitos sociais, causando efeitos negativos e de impactos difusos na população negra, antes e após sua habilitação.

³⁶ Informação disponível em <<http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/>> Acesso em 20 de março de 2022.

Não há somente uma distribuição desigual da pena em razão da seletividade, mas também de um sofrimento indeterminável causado antes da habilitação do poder de punir, com meios e métodos de investigações letais e invasivos.

Vive-se, assim, em um contexto bélico no qual a violência e a morte passam a ser socialmente toleradas, no sentido que a opinião pública não se mostra capaz de intervir ativamente no poder político, porque ela mesma que demanda, por vezes, uma atuação repressiva e geralmente influenciada pela grande mídia.

Deste modo, entende-se que o Judiciário, como poder contramajoritário, tem o dever atuar para afirmar o Estado de direito nas ocasiões de exceção, principalmente quando ela é seletiva e deliberada. O ato de afirmar, neste sentido, envolve duas atividades valorativas: (i) o reconhecimento de que o contexto fático constitui violação a direitos (ii) a ação positiva contra seletividade da ação e das consequências do poder de punir.

O estado de coisas é inconstitucional quando as normas garantidoras deixam de ser efetivas em um contexto específico de violação massiva aos direitos humanos (tal como na guerra). A situação é agravada na medida que as instituições do Estado não tem estrutura para reduzir ou conter o Estado policial.

Assim, não há ordem nas coisas que deveriam fundamentar e efetivar os preceitos do Estado Democrático de Direito, razão pela qual os objetivos da República não podem ser alcançados, principalmente quanto ao dever de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”³⁷

A seguir, passa-se à análise meramente descritiva desse estado de coisas em cada contexto que formam a condição, o efeito e o impacto dos instrumentos de poder por ocasião da persecução de crimes. Deste modo, tanto na persecução e execução penal serão colocadas questões paradigmáticas para o reconhecimento do Estado policial e afirmação de direitos, especificamente em relação a “quem” será afetado pela tomada de decisão dos poderes da República e “onde” os direitos são subtraídos. Já no capítulo 6, de conteúdo valorativo, será posta a questão de “como” reduzir o Estado policial e conter os desvios e abusos do poder punitivo.

5.1 Estado de coisas na persecução penal : letalidade policial

³⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A morte e a violência por intervenção policial são problemas de ordem nacional, em que pese as peculiaridades nos níveis regionais. Contudo, como critério metodológico e pela sua condição de modelo de política de segurança para as demais regiões, serão analisadas as intervenções de persecução penal no âmbito do Rio de Janeiro. Ademais, o Rio tem as maiores taxas letalidade e violência institucional, tendo a periferia como lugar das incursões e o preto como vítima, constituindo a cidade, como diz Marildo Menegat, um “implacável laboratório de gestão da barbárie.”³⁸

De todo modo, as técnicas de decisões a serem propostas no âmbito do Direito Penal, desde que mantenham seus pressupostos, podem ser adaptadas às peculiaridades de cada Unidade da Federação, eis que não há um desvio expressivo das práticas adotadas em cada Estado.

Notícias de que “mortes em operações policiais aumentam no Rio de Janeiro” são frequentemente ouvidas, faladas, escritas e lidas. São memorizadas e transitam, como o mesmo significado, no tempo e no espaço. Elas expõem um problema de aceitação e normalização da morte, porque se alguma coisa aumenta, significa que esta coisa já foi uma constante, um fato certo, um resultado necessário de uma ação inevitável.

A anormalidade das intervenções policiais em favelas só é percebida coletivamente quando a letalidade atinge uma certa quantidade de pessoas que supera as expectativas da opinião pública. É uma questão matemática da gestão econômica da morte, numa relação direta do tempo necessário de comoção pública, dentro do risco previsível de perda de vidas.

Neste sentido, surge um problema quanto à legitimidade do discurso político e jurídico de que as ações policiais têm como finalidade proteger bens jurídicos essenciais à vida comunitária e preservar a ordem pública, ao tempo que esta interpretação, sem conhecimento da realidade, viola outros bens também fundamentais, como a incolumidade física e a igualdade.

Além disso, a situação é agravada porque a violência atinge quase que exclusivamente pessoas que pertencem a determinado grupo identificável sobre a mesma base racial, ampliando, dessa forma, o âmbito de violação aos direitos humanos protegidos pela

38 “Há mais de três décadas que a cidade do Rio de Janeiro deixou de ser a “velha caixa de ressonância nacional”, em que se jogavam lances decisivos da política do país, para se tornar um implacável laboratório de gestão da barbárie.[...] Por razões diversas, a mudança de função da cidade, que deixou de ser capital da república, em meio de um esgotamento de um processo de desenvolvimento autoritário e subordinado, fez com que o Rio começasse a anteciper um caminho que logo mais o país inteiro conheceria macabramente.” (MENEGAT, Marildo. *A crítica do capitalismo em tempos de catástrofe: o giro dos ponteiros do relógio no pulso morto e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Consequência, 2019. p.83-84)

Constituição Federal e pelas Convenções Internacionais sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

Com efeito, a partir da leitura de dados de institutos oficiais e de organizações não governamentais, conclui-se facilmente que pessoas pretas formam a grande massa da população morta por intervenção de agentes do Estado, constituindo um cenário que clama por emergências de uma nova interpretação das normas, tendo como paradigmas as Convenções internacionais, Constituição Federal e os dados da realidade social.

Assim, tem-se que a previsibilidade do resultado violento das intervenções e seu impacto em pessoas negras, que correspondem a maior parte da população periférica, é tido quase como certo, além de factível em termos de probabilidade, não somente pelas contingências, mas por razões diversas e complexas que permeiam a estrutura social das favelas cariocas, tais como sua disposição geográfica dentro do espaço urbano e a formação estética dos imóveis.

Para se habilitar o poder de punir, portanto, elabora-se um gerenciamento de riscos de danos reflexos.

Se como tese considerarmos que a imprescindibilidade desta relação de causalidade “quase que necessária” entre a ação policial e seu impacto violento em minorias sociais, e que em toda intervenção há um processo de tomada de decisão, temos que a fatalidade como risco provável deveria ser ponderada com outros bens da vida que se pretendem proteger.

De qualquer forma, estaríamos diante de um paradoxo, de uma incoerência ou de um impasse ético, pois não há outro bem mais importante que a vida que justifique as operações em casos que se afigure provável a perda de vidas.

São vários os atores responsáveis pelos processos decisórios, a depender da situação concreta que se põe e que, ao menos aparentemente, justifique as ações.

5.1.2 Controle Judicial da Atividade Policial

As operações policiais são divididas em razão da quantidade de órgãos do Estado responsáveis pela tomada de decisão. De forma geral, há dois tipos:

- a) operações realizadas exclusivamente por decisão das polícias militares, que atuam somente em caso de flagrantes e
- b) operações realizadas pelas polícias judiciárias (geralmente com auxílio das polícias militares quando a favela é o local da intervenção), cuja atuação presume uma investigação em andamento.

No primeiro caso, a polícia ostensiva só poderá atuar para manter a ordem pública e somente em casos de flagrante delito. Ocorre que, além da ordem pública ser um conceito jurídico-constitucional abstrato, verifica-se que no caso concreto as intervenções em periferias são comumente realizadas para reprimir o tráfico de drogas, delito permanente, cuja consumação se protraí no tempo

A questão é que, no contexto brasileiro, a ideia de situação flagrancial no delito de tráfico de drogas em periferias é uma ficção jurídica, no sentido que, para comunidade local e que convive historicamente com grupos de comércio ilegal de drogas, não há abalo à ordem pública, ou seja, não há, em regra, conflito que demande atuação policial imediata.

A função da prisão em flagrante é acautelar a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, evitando a fuga de provável autor, de acordo com própria exposição de motivos do Código de Processo Penal³⁹:

O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este.

Ora, se o serviço de inteligência policial sabe que em determinada localidade alguém guarda ou tem em depósito drogas ilícitas, e que o depositário geralmente está sempre em vigilância de sua mercadoria, não há necessidade de intervenção irrestrita e com possibilidade de danos reflexos.

Por outro lado, a omissão deliberada do Estado permitiu que grupos armados de comerciantes de drogas se estabelecessem em periferias, o que seria contraditório o argumento do flagrante para transformar a localidade em território permanentemente hostil.

Deste modo, consideram-se que as intervenções, nas circunstâncias descritas e sem autorização judicial, são inconstitucionais e necessitam de pedido de busca e apreensão domiciliar ao poder judiciário.

No caso das polícias judiciárias, as intervenções são judicialmente supervisionadas e previamente autorizadas pelo Juiz após prévia manifestação do Ministério Público, seja para cumprir mandado de prisão ou de busca e apreensão, para o fim de subsidiar as investigações em andamento.

³⁹ Informação disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicao-demotivos-149193-pe.html>>

Os discursos em torno das 28 mortes em razão da operação da Polícia Civil no início de 2021, na favela do Jacarezinho, no Rio de Janeiro, são meras repetições de narrativas que perduram por anos. No entanto, um ponto chamou a atenção: a autorização judicial da operação constituiu o elemento recorrente da retórica de “ação justificada e bem-sucedida”. O subsecretário de planejamento e integração operacional da Polícia Civil do Rio de Janeiro, Rodrigo de Oliveira, teve a mesma percepção daquela intervenção. Disse em Audiência Pública na Câmara dos Deputados que “a operação tinha amparo judicial e que os outros 27 mortos eram criminosos que reagiram à ação policial.”

A questão que se propõe é se a função do Juiz, diante de um pedido para busca e apreensão domiciliar ou de prisões provisórias em favelas se restringe apenas à verificabilidade dos requisitos objetivos e subjetivos previstos na lei processual ou se, diante do contexto social que se impõe, deve ele analisar, tanto para proibir quanto para permitir, a adequação da medida às normas constitucionais e supraleais vigentes.

Neste sentido, propõe-se como caminhos possíveis quando da tomada de decisões acerca de incursões policiais em favelas, o prévio exercício de questões paradigmáticas como técnicas de ponderação, sobretudo “onde” a decisão terá efeitos e “quem” será afetado por ela. Nestes termos, em que a decisão meramente formal possa transcender o próprio objeto da investigação policial, é relevante a cognição prévia dos impactos desproporcionais e negativos que possam causar à população negra, por constituir grupo de proteção especial.⁴⁰

5.1.3 A Questão de “Quem” é afetado

No ano de 2020, 78,9% das vítimas por intervenções policiais que resultaram em morte eram negras. Já quanto às mortes de policiais no mesmo ano, 65,1 % das vítimas eram negras, sendo que a composição das polícias brasileiras é de 56,8% de pessoas brancas e 42 % de pessoas negras.⁴¹

Entre janeiro de 2013 e março de 2019, segundo informações do Instituto de Segurança Pública e divulgados pela UNICEF (2021, p.2015), 79% dos adolescentes mortos no Estado do

⁴⁰ Cf. Subtítulo 6.4

⁴¹ ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública., data 2007- Anual. Disponível em <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>>

Rio de Janeiro eram negros. Em 2020, 12 crianças menores que 12 anos, todas negras, foram mortas por intervenção de agentes do estado em favelas fluminenses⁴².

Diante dos dados apresentados, é nitidamente observável uma desigualdade racial na violência policial, de modo que o lugar que negro ocupa na sociedade está necessariamente vinculado aos impactos desproporcionais se comparados a não negros.

5.1.4 A questão do “Onde”

Há dois aspectos a serem considerados na questão de onde a decisão será cumprida. A primeira é referente à localização física das favelas do Rio de Janeiro e a outra, ao aspecto sociocultural. O conhecimento prévio destas condições nos permitem estender o alcance do conceito de domicílio, tanto no que diz respeito à sua inviolabilidade quanto à incolumidade física. Há, portanto, um juízo de ponderação entre a finalidade da norma que autoriza a intervenção policial e os danos causados pelo tipo do território que ela pretende produzir seus efeitos, colocando-o como referencial fundamental na atividade hermenêutica.

A questão de onde a decisão terá efeitos é relevante na análise dos riscos de letalidade, eis que a favela constitui uma arquitetura peculiar dentro do espaço urbano, tanto pelo dimensionamento dos imóveis, que os tornam quase que indistinguíveis por não moradores, quanto pela localização preponderante destas em regiões de morros, em uma altitude relativamente alta em comparação ao nível do mar.

São estruturas que colocam o terreno como um elemento que agrava a vulnerabilidade das pessoas, estejam ou não entre os envolvidos no conflito beligerante. Com efeito, há uma certa dificuldade de distinguir agentes não estatais que participam das hostilidades dos demais moradores, bem como de identificar os imóveis que servem de abrigo de fuga ou que são objeto de busca e apreensão domiciliar.

Quanto ao aspecto sociocultural, é relevante o reconhecimento de que a favela é formada por casas autoconstruídas com base na solidariedade entre os excluídos das políticas urbanas, e por isso não há espaços vazios, nem de pessoas nem de sentimentos.

Com efeito, a solidariedade imprime uma totalidade de gentes e de afetividades dentro pequenos espaços que somados formam uma unidade não somente física, mas em uma percepção universalmente compartilhada de que o território forma um verdadeiro condomínio, uma habitação coletiva.

⁴² G1 RIO. Doze crianças morreram baleadas no Rio em 2020 .G1,Rio de Janeiro, 07/12/2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/12/07/conheca-as-historias-das-criancas-mortas-baleadas-no-rio-em-2020.ghtml>> Acesso em 10 de Out. de 2021

Esta unidade de sentimentos e de convivência afetiva podem ser facilmente verificados no dimensionamento dos imóveis dentro da favela, pois além de abranger, dentro do mesmo espaço, o compartilhamento de vidas entre famílias e vizinhos, não há solução de continuidade da construção, de modo que não seja possível distinguir facilmente o que seja domicílio, rua, viela ou mesmo servidão de passagem.

Este conjunto de coisas culturalmente e socialmente ordenadas são dados da realidade que devem ser levados em consideração na decisão judicial, sobretudo quanto à garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio, uma vez que a casa é percebida pelos sentidos de forma diversa dos sujeitos que ocupam outros espaços da cidade, sendo que qualquer intervenção do Estado deve respeitar as normas sociais do ordenamento urbano daquele território e entender os limites do espaço público e privado, tanto para proteger a vida dos moradores quanto para garantir a sua intimidade.⁴³

A indefinição entre o que é espaço público e privado também foi preocupação das agências de saúde e de organizações não governamentais quanto à efetividade da implementação de medidas de distanciamento social na prevenção ao contágio do novo coronavírus no ano de 2020.

Deste modo, o conhecimento da situação peculiar serviu de diagnóstico para a reivindicação de políticas sanitárias diferenciadas. Assim, a relevância do território se impõe no sentido também da prevenção, eis que somente no ano de 2020, doze crianças foram mortas no Rio de Janeiro em operações da Polícia Civil em favelas. Analisando as fotos e as circunstâncias das mortes, é possível concluir que 100% eram negras e onze foram mortas enquanto brincavam dentro de suas casas ou nas proximidades⁴⁴.

5.1.5 A justificativa: compaixão ou demanda por ordem?

Uma das justificativas para as operações policiais é a questão humanitária. Muitas autoridades têm dito que os moradores das favelas são frequentemente oprimidos por grupos de traficantes armados, como forma de sujeição àquela suposta e ilegítima autoridade e aos

⁴³ Veja que tanto a Constituição quanto a Convenção Interamericana Dos Direitos Humanos, a intervenção é excepcionada em casos pontuais, já que a norma tem por finalidade não somente proteger a intimidade, mas também a família, liberdade dentre outros direitos: “a casa é asilo inviolável do in Constituição Federal de 1988) “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” (Artigo 11, Tópico 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

⁴⁴ Doze crianças morreram baleadas no Rio em 2020. Portal de Notícias G1-Rio de Janeiro, 2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/12/07/conheca-as-historias-das-criancas-mortas-baleadas-no-rio-em-2020.ghml>> Acesso em 08/09/2021.

atos criminosos por eles perpetrados. Reivindicam que as intervenções estão normativamente adequadas ao Código de Processo Penal, que autoriza, em ocasiões excepcionais, a prisão provisória e a busca domiciliar. Relatos como estes estão em todos os discursos, inclusive do judiciário.

As razões humanitárias são muitas vezes utilizadas para se criar uma empatia pela opinião pública com o sofrimento alheio. É o que Didier Fassin(2011) chama de “Política da Compaixão”. A compaixão é usada aqui como autorização irrestrita para uso da força supostamente legítima, uma ação heroica do Estado para livrar a população periférica da opressão de grupos armados.

Butler(2019) observa que esta relação entre a justificativa da ação violenta com a conformidade dos efeitos adversos produzidos por ela, nos conduz a um paradoxo ocasionado por um conflito normativo, no qual aceitamos que quando houver determinada demanda por ordem, mortes podem ser toleradas.

De fato, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 63545, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB em razão das políticas de segurança pública do Rio de Janeiro, sobretudo a letalidade policial em favelas, o Governador negou qualquer violação aos direitos humanos, argumentando que suas ações são orientadas a reprimir “um regime de terrorismo urbano que os criminosos vinham impondo à população fluminense, sobretudo os mais humildes que residem em comunidades carentes”.

O problema em si não é que a dor alheia não possa fundamentar uma ação legítima do Estado, mas que os termos dos quais a sociedade pressupõe serem as causas do sofrimento sejam questionáveis, e que sobreponham os dados da realidade, fundamentando uma intervenção policial por vezes desnecessária e com uso desproporcional da força.⁴⁶

O espaço, assim, é enquadrado pelas autoridades públicas como um ambiente hostil e desordenado, mas com fundamento em falsos pressupostos da realidade e de uma suposta desordem pública generalizada, que frequentemente justificam as tomadas de decisões, de modo que,”[...]a autoanulação do direito em situações de emergência revitaliza o “soberano” anacrônico[...].”(BUTLER,2019,p.86)

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 635 op. cit., nota 46, p.68.

46 O que deve-se considerar como autorreflexão sobre nossos preconceitos ou opiniões prévias é a “maneira pela qual a dor nos é apresentada, e como essa apresentação afeta nossa resposta”(BUTLER, 2015, p.100)

5.1.6 O prelúdio do reconhecimento: ADPF nº 635

Em novembro de 2019, o Partido Socialista Brasileiro propôs perante o Supremo Tribunal Federal (STF) Ação de Descumprimento de Preceito fundamental pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, a qual teve como objeto buscar o reconhecimento do aumento da letalidade policial e das massivas violações a direitos fundamentais ocasionadas pelas intervenções em favelas do cidade.

Com a chegada da pandemia do coronavírus no ano de 2020, o Partido requereu deferimento de liminar para suspender as operações policiais sob fundamento de que mais pessoas isoladas em casa em razão do distanciamento social aumenta a probabilidade de risco à vida e à incolumidade física dos moradores. A liminar foi deferida. Quanto ao mérito, é relevante consignar os principais trechos do Voto do Ministro do STF Gilmar Mendes⁴⁷ que, tanto em *ratio decidendi*⁴⁸ quanto em *obiter dictum*⁴⁹, descreveu um Estado policial seletivamente racial e contínuo. Foram reconhecidos, tal como está escrito, que:

- i. “O tema da letalidade policial é extremamente complexo e angustiante, pois destaca a desigualdade social de um modo evidente”
- ii. “O racismo estrutural da sociedade se revela potencializado nas mortes ocasionadas pelas forças policiais.”
- iii. “o racismo se constitui não apenas como uma causa de exclusão ou de empobrecimento das pessoas negras; [...] caracteriza-se sobretudo como um fenômeno que promove a desumanização das pessoas negras[...]
- iv. “A letalidade policial no Brasil tem, portanto, uma cor: negros são aqueles que mais morrem. E, além disso, ela tem também uma classe social.”

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 635. MC-TPI-REF / RJ . Relator MIN. Edson Fachin . data de publicação DJE 21/10/2020 - ATA Nº 178/2020. DJE nº 254, divulgado em 20/10/2020.p. 161 a 189.Informação disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344753680&ext=.pdf>>

48 De acordo com o Processualista Civil Fredie Didier, “A *ratio decidendi* - ou, para os norte-americanos, a *holding*- são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. “A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (rule of law)” (DIDIER,BRAGA e OLIVEIRA,2015,p.442)

49 Segundo o mesmo autor, “*obiter dictum* (obter dieta, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico- hermenêutica que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia).(...)Dessa forma, o *obiter dictum*, embora não sirva como precedente, não é desprezível. O *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal” por exemplo(DIDIER,BRAGA e OLIVEIRA,2015,p.444)

v. “A atuação policial pautada por uma postura de enfrentamento e aumento da letalidade acarreta reflexos sociais evidentes.”

vi. "Mantido o atual quadro normativo, nada será feito para diminuir a letalidade policial, um estado de coisas que em nada respeita a Constituição.”

Decisões do Poder judiciário, em especial da Suprema Corte Constitucional, tem um significado jurídico e ao mesmo tempo simbólico, no sentido que revela uma disposição para julgamentos diagnósticos que visem determinar medidas estruturantes ,tendo em conta o reconhecimento oficial que o poderes ignoram sistematicamente a própria Constituição, por meio da instituição de um Estado policial seletivamente racial.

5.2 Estado de coisas na execução penal

No tópico anterior, vimos os instrumentos usados para que o poder de punir seja habilitado(violação de direitos *ex ante*).Cada poder da República se apropria do poder soberano para extrair normas garantidoras de direitos. O poder de punir, nestes termos, quando já é habilitado, apenas afirma o Estado policial (no que tange aos meios,) e a discriminação racial, no que se refere ao sujeito selecionado (violação de direitos *ex-post*).

Pode-se, assim, concluir que a sentença condenatória no Estado policial se traduz nos seguintes enunciados:

- a) Que a norma constitucional poderá ser temporariamente revogada, pois os fins justificam os meios. Admitem-se danos colaterais relacionados à perseguição penal;
- b) Que o poder de punir é desigualmente distribuído, pois só será habilitado para determinados sujeitos demarcados socialmente pela “raça”;
- c) Que, por consequência das premissas anteriores, a pena tem por finalidade a prevenção seletiva, ou seja, que intimidação(prevenção negativa) e a afirmação da existência da norma penal(prevenção positiva) somente é direcionada a determinados grupos de pessoas em razão da cor.

De fato, os enunciados refletem na desproporção racial do processo de encarceramento em massa nas últimas décadas. Dados INFOPEN demonstram a permanência da mesma proporção entre presos brancos e não brancos nos últimos 30 anos. A taxa de

aprisionamento aumentou em 359% desde 1990. Só no ano de 2019, os negros representavam 67% dos presos definitivos e provisórios, com uma população carcerária de 748 mil presos.⁵⁰

- a) No Estado Constitucional de Direito, a sentença condenatória deveria ter a seguinte finalidade:
- b) O reconhecimento de culpabilidade pelo injusto penal;
- c) Informar à sociedade que todo procedimento e processo de atribuição de culpa respeitou as regras e garantias definidas na Constituição Federal;
- d) Informar à sociedade que determinado cidadão violou bens jurídicos essenciais para estabilidade social e que esta transgressão constitui crime;
- e) informar à sociedade que o Estado exigirá do cidadão o ressarcimento do prejuízo(se houver) ou que este será coagido a passar por um processo de ressocialização;
- f) Informar ao cidadão condenado a pena a qual estará sujeito.

No que se refere ao “dever ser”, o processo da execução da pena tem a finalidade:

- a) Possibilitar a reintegração social (criar condições para o retorno à liberdade);
- b) Garantir que somente seja cumprido aquilo que foi definido na sentença;
- c) Garantir que todos os direitos constitucionais, não suspensos pela sentença, sejam respeitados;

Há, ainda, um direito absoluto e de conteúdo negativo, ou seja, que as condições materiais para o retorno à liberdade (CRFB/88, Art. 5º XLVII,)

- a) sejam por tempo certo e determinado (proibição de penas perpétuas);
- b) Que não causem risco de morte (proibição de pena de morte)
- c) Que não sejam cruéis (proibição de penas cruéis);
- d) Que seja cumprida dentro do território nacional (proibição de penas de banimento);
- e) Que não constitua trabalho análogo à escravidão (proibição de penas de trabalho forçado.

A situação acima seria de um Estado de direito ideal ao menos se as instituições buscassem otimizar os preceitos fundamentais inseridos na Constituição da República.

O primeiro problema foi delimitado: o preso já entra no sistema penitenciário selecionado racialmente, o que constitui apenas uma continuação do processo de

⁵⁰ INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <<https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>> . Acesso em: 19 de fev. De 2022

criminalização desigual. Neste mesmo sentido, Wacquant observa que gueto e prisão pertencem ao mesmo tipo de organização:

“[...] o gueto é uma forma de “prisão social”, ao passo que a prisão funciona como um “gueto judiciário”. Ambos têm por missão confinar uma população estigmatizada de modo a neutralizar a ameaça material e/ ou simbólica[...]” (WACQUANT, 2018, p.335)

Com efeito, em pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Rio De Janeiro entre 18 de setembro de 2015 e 15 de setembro de 2017, foram analisadas a filtragem racial nos crimes do estatuto do desarmamento. Foram pesquisados os autos de prisão em flagrante, respectiva sentença condenatória e o local de residência. Os pretos representavam 75% do total de casos analisados. Quanto ao local de residência, a pesquisa constatou que muitos residem em favelas ou nos bairros mais pobres do município do Rio de Janeiro, distribuídos da seguinte forma⁵¹:

“[...] residem na Zona Norte (55%) e na Zona Oeste (16%). Apenas 6% residem na Zona Sul, região mais nobre da cidade.”

Cabe ressaltar o valor da pesquisa para constatação de abordagens baseadas em unicamente estereótipos, eis que em todas as sentenças analisadas o processo de criminalização foi iniciado através prisão em flagrante.

A seletividade racial também é constatada entre os estrangeiros presos no Brasil: excluindo-se da análise os países latino-americanos, tendo em conta o livre trânsito de pessoas decorrente de acordo internacional, verifica-se que de todos os estrangeiros inseridos no sistema prisional 43,83% são provenientes de países africanos, de acordo com o levantamento nacional de informações penitenciárias no ano de 2019⁵².

O segundo problema é que a situação de fato demonstra desvios e excessos deliberados nas execuções penais. Isso significa que não há conexão entre o que foi definido na sentença e o cumprimento da pena, o que é proibido pela Constituição e pela lei de execuções penais brasileiras.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema de execução penal nos presídios configura um estado de coisas inconstitucional, que significa a presença dos seguintes pressupostos:

a) Situação de violação generalizada de direitos fundamentais;

⁵¹ Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública Geral. A Defensoria em dados II: pesquisas realizadas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro / Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; Cejur (coord.), Fesudeperj (coord.). – Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020 . Disponível em: < <https://defensoria.rj.def.br/>>. Acesso em: 10 abr. 2022

⁵² Informação disponível em <https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>> Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

- b) Inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação;
- c) A superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

A declaração (ADPF 347)⁵³ foi originária de ação proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, cuja pretensão era o reconhecimento das violações sistemáticas aos direitos humanos nos presídios. Em decisão cautelar, a Corte constitucional determinou que os órgãos responsáveis pela execução penal realizassem diversas medidas estruturais e estruturantes para reduzir as violações e garantir direitos aos presos.

A justiça contemporânea demanda mais do que mera redistribuição individual de direitos, mas requer o reconhecimento de contextos de crises sistêmicas do Estado de direito. Neste ponto, a decisão representou um marco histórico, político e jurídico na nova República (pós 1988), e que tende a reconfigurar todo o Direito Penal, que deverá ser interpretado sob a perspectiva de raça, além de considerar um Estado policial permanente.

Esse marco não decorre somente por expor um contexto fático do qual já sabíamos, mas porque implicou seus debates uma *justiça reflexiva*, defendida por Nancy Fraser como uma adaptação às teorias clássicas de justiça. A justiça reflexiva, segundo a autora, é composta por duas partes heterogêneas, uma *diagnóstica* e a outra *reconstrutiva*, como nova forma de decidir questões complexas:

Pregando a ação em relação a exclusões emergentes, um modelo como esse incluiria conceitos como **o mal-enquadramento que convidam à autoproblematização reflexiva voltado à exposição de injustiças previamente ocultas**. Nessa leitura, o objetivo de todo o exercício não seria nem a revelação na anormalidade nem a apressada instalação de um novo normal. Seria sim o de desenvolver um terceiro gênero de discurso que poderíamos chamar de justiça reflexiva (Reflexive Justice)(FRASER,2013,p.765)(Grifo Nosso)

Assim, foi neste contexto que os debates na Corte Constitucional não tiveram um final que se esperaria, como uma obrigação de fazer ou não fazer da práxis jurídica, mas sim um processo construtivo, com parâmetros de justiça baseados em diagnósticos da realidade apresentada. Desse modo, o reconhecimento do Estado policial pelo Supremo Tribunal tende a deslegitimar os discursos que geralmente pautam os órgãos que atuam na persecução penal.

A seguir, relacionam-se algumas manifestações deste reconhecimento nos votos dos diversos Ministros (ADPF 347)⁵⁴:

⁵³ Informação disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docID=10300665>> Acesso em 10 de fevereiro de 2022

⁵⁴ Informação disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>> Acesso em 20 de março de 2022.

- a) “Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos.”;
- b) “As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas.”;
- c) “A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas [...]”;
- d) “o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, deve compor a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários [...]”.

6 O DIREITO PENAL COMO AÇÃO AFIRMATIVA

6.1 O Direito Penal como contrapoder

Incontáveis autores, cada um em seu contexto histórico, tentam conceituar o direito penal como forma de legitimá-lo, que se limita necessariamente às hipóteses de intervenção na liberdade do indivíduo, análises críticas e descritivas das teorias legitimantes de seus antecessores históricos.

Nos limitaremos aqui, por questões metodológicas e por coerência com os pressupostos aqui dissertados, a dividir a concepção histórica do direito penal em dois períodos: (1) Direito penal do Soberano e (2) Direito Penal clássico

O direito penal pré-iluminista (ou soberano) tinha uma função meramente retributiva, cuja finalidade era afirmar e garantir a continuidade do poder do soberano e / ou do cristianismo.

Para ilustrar, cite-se dois exemplos inseridos no Livro Quinto das Ordenações Filipinas, que vigorou no Brasil de 1603 e até 1830, com penas de açoite, morte e degredo,

aplicadas inclusive para quem benzia animais (afirmação do poder da igreja) e falava mal dos reis(afirmação do poder do soberano)⁵⁵:

Dos que benzem cães, ou bichos sem atltoridade d'El-Rey , ou dos Prelados.
E o que o contrario fizer, seja publicamente açoutado, se for peão, e pague mil réis para quem accusar. E se for Scudeiro, ou dahi para cima, seja degradado por, liu.m allno para Africa, e pague dons mil réls para. quem o accusar. E sendo Mulher será degradada por dous annos para Castro-Marim, e pagará os ditos dous mil réis.
Dos que dizem mal del-Rey
O que disser mal de seu Rey, não será julgado por outro Juiz, senão per elle mesmo, ou per as pessoas, a quem o elle em special commetler. E ser-lhe-ha dada a pena confôrme a qualidade das palavras, pessoa, tempo, modo e tenção, com que forem ditas. A qual pena, se poderá estender até morte inclusive, tendo as palavras taes qualidades, porque a mereça.

O Direito Penal Clássico(ou liberal) teve por fundamento as revoluções liberais do Século XVIII, principalmente a Francesa, que constituiu o marco histórico e político do rompimento do poder soberano, transferindo ao povo sua legitimidade e desconcentrando as funções do Estado: legislativo, executivo e judiciário.

Críticas à parte, o direito penal no Estado liberal passou a ter a função de limitar o poder de punir, de modo que toda a punição deveria ter o direito como seu fundamento e limite.(Poder do direito).Em outros termos, pode-se dizer que é uma garantia de que o poder soberano não seja apropriado por nenhum dos demais poderes, tanto pelo legislativo, executivo ou judiciário.

Apesar de consistir um marco histórico e jurídico, as críticas ao direito penal clássico daquele período são as mesmas que se fez em capítulos anteriores, na qual uma das principais contradições do Estado liberal é ter como pressuposto uma igualdade meramente formal.

Neste sentido, o Estado liberal concebia o cidadão como um sujeito abstrato, merecedor da proteção irrestrita da lei, desconsiderando-o em sua individualidade, em suas limitações materiais definidas pela própria sociedade e, contraditoriamente, pelo próprio Estado.

São por estas contradições que a figura do autor acusado de um delito foi totalmente desconsiderada pelo Direito penal clássico, pois este “[...]se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito[...]” (BARATTA,2002, p.31)

⁵⁵ Quinto livro das Ordenações Filipinas. Disponível em
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>, Acesso em 01 de fevereiro de 2022

Dito isso, tem-se que a relevância do Direito penal clássico para análises contemporâneas têm o sentido de reafirmá-lo como contrapoder ao soberano, cuja finalidade é limitar o poder de punir e impedir o avanço do Estado policial no poder político do Estado de direito.

Como falou-se no primeiro capítulo, todo poder é dinâmico, ele transita no tempo e no espaço, razão pela qual o direito penal imprime, como condição de sua razão de existência, um processo interpretativo, valorativo e contínuo das normas jurídicas.

6.2 - Reformulando o conceito jurídico do Direito Penal

Na graduação dos cursos de direito se ensina direito penal com um método bem sistemático: primeiro se aprende a aplicação da lei penal no tempo e no espaço; após estuda-se teoria do delito seguida da teoria da pena e, por fim, dos crimes em espécie. Ou seja, todo um sistema de ensino voltado unicamente para o Código Penal.

A mesma racionalidade pedagógica é aplicada na formulação da jurisprudência pelos tribunais e nos demais julgados dos juízes criminais de primeiro grau: Ocorrido o fato com aparência de crime, verifica-se qual a adequação típica(furto ou peculato?;estupro ou importunação sexual?);se há causa de justificação e de exculpação. Imputado o crime, passa-se à dosimetria da pena.

Não se debate nada mais além que isso. Como se o direito penal fosse reduzido em mundo à parte, sem um contexto social delimitado. Até mesmo a nossa própria Constituição por vezes é desconsiderada. Talvez tal percepção do direito penal unicamente como “imputação de tipos e culpas” decorra do equívoco na interpretação de que o Estado tem o direito de punir. Se o Estado tivesse este direito, o condenado seria obrigado a se entregar para cumprir a pena ou prisão cautelar, ou mesmo a fuga de preso seria criminalizada.⁵⁶

São por estas razões que o Juiz criminal ordena a expedição de mandado de prisão, e não comina multa pelo seu descumprimento. Nesses termos, o Estado tem o poder de punir e não o direito, pois a força física é o único meio de anular a resistência do cidadão em permanecer em liberdade.

Entende-se que o direito penal é tudo aquilo que acima foi resumido, mas que por si só não atende às finalidades de uma sociedade estruturada sob Estado de Direito e sob o constante perigo de acionamento do Estado policial. Neste sentido, a finalidade do direito

⁵⁶ A Lei de Execuções penais considera a fuga uma infração disciplinar .Discordamos, pois todo indivíduo tem o direito de resistir à liberdade,desde que não cause dano ou viole o direito de outrem.

penal é além de limitar o poder de punir, mas impedir a continuidade do poder soberano ou do poder bélico nos poderes da República.

Dito de outro modo, o direito penal tem a finalidade de conter as manifestações típicas de um Estado policial. Como bem observa Zaffaroni(2011, p.172): “O direito penal deve caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança. Trata-se de uma dialética que nunca para, de um movimento constante, com avanços e retrocessos.”

Não por outra razão, pode-se dizer que o direito penal tem como pressupostos de existência e que o orientam a Constituição da República e as Convenções internacionais que versam sobre os direitos humanos. As normas penais são instrumentos de garantia do cidadão, tais como leis criminalizantes, processuais penais, execução penal e as jurisprudências redutoras do poder punitivo.

É, portanto, um direito penal cuja essência é, nos termos que disserta Zaffaroni(2011), a programação jurídica de contenção do Estado policial.

6.3 O reconhecimento e afirmação de Direitos do Negros

Segundo Axel Honneth, ao defender a necessidade humana de reconhecimento intersubjetivo e social, diz que as experiências de desrespeito (privação e violação de direitos) podem transcender a mera transgressão individual e afetar coletivamente a um grupo ,quando as violações são conectadas ao *status* social ocupado pelo sujeito. São situações nas quais determinadas categorias sociais não é reconhecida como integrante da comunidade, em razão do tratamento desigual de um grupo historicamente situado, de modo que o sentimento de desrespeito passa a ser coletivo.

Neste sentido, como constatado pelos dados oficiais aqui já mencionados, o Estado policial seletivo tem base racial, de modo que frustra a legítima expectativa de todo cidadão negro, mesmo aqueles não diretamente impactados, de pertencer normativamente a determinada sociedade, pois bem argumenta HONNETH que “trata-se do processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento.” (254)

A tais formas de desrespeito social, como violação ao princípio da igualdade, o autor propõe o reconhecimento por meio do direito(relações jurídicas), de modo a viabilizar paulatinamente a integração social e a materialização do princípio da igualdade e da não discriminação.

Podemos concluir, desse modo, que só se afirma um direito quando há uma tendência ao não reconhecimento de normas jurídicas e fundamentais a uma determinada coletividade de sujeitos. Ou seja, o direito já existe abstratamente, mas não é efetivo. Por isso ele precisa ser afirmado juridicamente.

O reconhecimento jurídico pode ser por vias diversas, seja através das constituições político-jurídicas, leis, convenções internacionais ou manifestações institucionais, tendo basicamente três funções: (I) reiterar que determinados grupos pertencem a uma comunidade jurídica e social, sendo seus integrantes sujeitos de direitos iguais; (II) imputar à sociedade responsabilidade social pela ausência de reconhecimento a grupos historicamente vulneráveis e excluídos; (III) ampliar as relações jurídicas a fim de promover a integração ao Estado de direito, via ações afirmativas.

No art. 3º Constituição da República é reconhecido que o Estado brasileiro vive em uma situação de discriminação racial:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Consultando os anais da história da constituinte de 1988⁵⁷, a Comissão de Sistematização em relação ao negro tinha proposto um texto substitutivo ao inciso IV do Artigo 3º, de modo a trazer um reconhecimento mais explícito, que consistia no seguinte enunciado normativo: *“promover a superação dos preconceitos de raça, sexo, cor, idade e todas as outras formas de discriminação”*. A Comissão alegou que “superar”, indicava uma realidade social posta diante do constituinte. De todo modo, entende-se que a redação atual já é o suficiente para o reconhecimento do estado de coisas em relação ao negro, caso contrário bastava apenas deixar o inciso I, do Art. 5º que já afirma o princípio da igualdade formal, quando declara que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

O Sistema Regional de Direitos Humanos das Américas, por meio Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, também reconheceu a realidade racial do Brasil, que a ratificou no ano de 2013:

⁵⁷ Informação disponível em https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct_abertura.asp acesso em 12 de setembro de 2021.

“[...]as vítimas do racismo, da discriminação racial e de outras formas correlatas de intolerância nas Américas são, entre outras, afrodescendentes, povos indígenas, bem como outros grupos e minorias raciais e étnicas[...]”⁵⁸

Toda ação afirmativa precede um reconhecimento do contexto fático, da realidade social por vezes subjacente para grupos que estão no poder, de modo que impõe ao Estado uma atividade positiva para efetivar uma norma deliberadamente não aplicada.

Após os meados do século XX, o Brasil firmou diversos compromissos internacionais para combater o racismo, dentre os quais constam os seguintes tratados e declarações:

i. Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, Promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969.

ii. Convenção da OIT (no. 118) - Sobre igualdade de tratamento dos nacionais e não-nacionais em matéria de previdência social, promulgada pelo Decreto no. 66.467, de 27 de abril de 1970.

iii. Declaração sobre os princípios fundamentais relativos à contribuição dos meios de comunicação de massa para o fortalecimento da Paz e da compreensão internacional, para a promoção dos Direitos Humanos e a luta contra o racismo, o apartheid e o incitamento à guerra, Proclamada em 28 de novembro de 1978

iv. Declaração sobre a eliminação de todas as formas de Intolerância e discriminação fundadas na Religião ou nas Convicções, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981 – Resolução 36/55.

v. Declaração dos Direitos das Pessoas pertencentes às minorias nacionais ou étnicas, religiosas ou linguísticas Doc. das Nações Unidas n.º A/ 47/ 49 (1993).

vi. Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais, aprovada e proclamada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, reunida em Paris em sua 20.º reunião, em 27 de novembro de 1978.

vii. Declaração e Programa de Ação de Durban (DDPA), adotado na Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata em 2001;

viii. Adoção à agenda programática da Década Internacional de Afrodescendentes da ONU – 2015-2024 - /RES/68/237

A Suprema Corte Constitucional brasileira, desde do ano 2012, iniciou um processo de reformulação dos paradigmas de seus julgados, tendo como parâmetros diagnósticos extraídos

⁵⁸ Informação disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.932-de-10-de-janeiro-de-2022-373305203>> Acesso em 25 de fevereiro de 2022.

do contexto racial ; reconhecendo um estado de desigualdade entre pretos e não pretos. No quadro abaixo, encontram-se as ações de reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal(STF)

Tabela 2: Evolução das Ações de reconhecimento do estado de exceção constitucional em relação aos negros

Julgado	Ano	Declaração/Reconhecimento
ADPF 186	2012	Declarou a constitucionalidade de reservas de vagas para pessoas negras em Universidade Públicas
ADPF 347	2015	Reconheceu da existência do “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário
ADPF 41	2017	Declarou a constitucionalidade que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos;
Recurso Extraordinário 494.601- Rio Grande Do Sul	2019	Reconheceu “a necessidade de proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado. “
ADPF 635	2020	Reconheceu a "excessiva e crescente letalidade da atuação policial" nas periferias do Rio de Janeiro

Fonte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ações de reconhecimento só são possíveis com a formulação de dados estatísticos que propiciem identificar a deficiência normativa entre pessoas negras, de modo que seja possível formular políticas públicas e servir de paradigmas de decisões judiciais. Alias, esse foi um dos compromissos assumidos pelo Brasil ao assinar a Declaração de Durban⁵⁹, que dispõe sobre a necessidade, em seu parágrafo 92, dos Estados “coletarem, compilarem, analisarem,

⁵⁹ Declaração e Programa de Ação do Fórum de Ongs da Conferência Mundial Contra o Racismo, realizado em Durban de 28 de agosto a 1º. de setembro de 2001. Disponível em <<https://brasil.un.org/pt-br/150033-declaracao-e-plano-de-acao-de-durban-2001>>

disseminarem e a publicarem dados estatísticos confiáveis em níveis local e nacional[...]para avaliarem periodicamente a situação de indivíduos e grupos que são vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata.”

6.4 Convenção Interamericana contra o Racismo

A Convenção Interamericana contra o Racismo foi o mais importante instrumento de combate a desigualdade racial assinado pelo Brasil que, após pressões da Organização dos Estados Americanos(OEA) em razão dos altos índices de violência policial e do sistema prisional, foi aprovada pelo Congresso Nacional em fevereiro de 2021,nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, sendo promulgada em 10 de Janeiro de 2022.

Isso significa que o tratado, por ter como objeto a proteção de direitos humanos ,tem *status* de norma constitucional:

.(Art. 5º, § 2º) Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...]dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Veja que o § 2 instituiu uma regra de interpretação, no sentido de que as normas de direito fundamental previstas na Constituição não derogam a dos tratados de direitos humanos que o Brasil tenha aderido.

Já o § 3º,dispõe sobre o *status* dos tratados:

“Os **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais.**”(grifo nosso)

Outro ponto importante do tratado é a positivação da Teoria do Impacto Desproporcional(*disparate impact doctrine*),surgida a partir do julgado da Suprema Corte Americana no caso *Griggs v Duke Power Co*⁶⁰,no ano de 1965,na efervescência da luta pelos direitos civis dos negros nos Estados Unidos.

A teoria também serviu de inspiração ao Supremo Tribunal Federal ao confirmar a constitucionalidade das reservas de vagas para negros e indígenas nas universidades públicas e em concursos públicos, além de ser amplamente adotada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

60 O resumo do julgamento pode ser acessado no site :<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/>

Agora como norma de *status* constitucional, a teoria está inserta no Artigo 1.2⁶¹ da Convenção(Decreto nº 10.932/2022),dispondo que:

Artigo1.2 Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos(BRASIL,2022)

O Estatuto da Igualdade Racial, aprovado pela Lei nº 12.288/2010⁶², embora defina o que seria discriminação e desigualdade racial e não tenha *status* constitucional,é menos abrangente que a Convenção recém-homologada, razão pela qual o STF, na sua atividade hermenêutica, teve que se valer do direito comparado(Teoria do Impacto Desproporcional) para reconhecer a constitucionalidade das reservas de vagas nos concursos e vestibulares públicos.

6.4.1 O dever de tratamento desigual

O fundamento nuclear do conceito de discriminação indireta prevista no Artigo 1.1 é introduzir, no Estado de direito ,uma obrigação de valoração do princípio da igualdade material em uma perspectiva racial.

Desta forma, estando presentes as hipóteses do Artigos 1.1 e 1.2,o Estado terá o dever de promover a igualdade material por meio de ações afirmativas, consistindo, inclusive, em tratamento desigual perante uma norma aplicável a todos (ação, conduta ou política),na medida que cause impacto negativamente desproporcional em um grupo em detrimento de outro.

Robert Alexy (2015,p.422) ,como técnica para identificar um dever de tratamento desigual, propõe o seguinte enunciado adotado pela Suprema Corte Alemã:

“Se houver razão suficiente para o dever de tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório”

⁶¹ O Artigo 1.2 deverá ser interpretado com o Artigo 1.1,que o complementa.O artigo .1.1,dispõe que:Discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.

⁶² O Estatuto da Igualdade Racial pode ser acessado pelo seguinte sítio do Governo Federal:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>

A razão suficiente não dependeria de valoração judicial das circunstâncias fáticas se houvesse uma lei determinando o tratamento desigual. Cite-se como exemplo o programa de distribuição de renda denominado “Bolsa Família”, em que a própria lei definiu as condições as quais determinados grupos receberão do Estado uma renda básica, em detrimento dos demais membros da sociedade (tratamento desigual). Nessa hipótese, as razões suficientes já foram valoradas pelo próprio poder legislativo.

O que a convenção fez foi positivar, nos Artigos 1.1 e 1.2, as *razões suficientes* para o dever de tratamento desigual, no sentido de que o âmbito de valoração judicial seja bem reduzido. Isso significa que se as circunstâncias de fato se adequarem às hipóteses (razões suficientes) da norma do tratado, o Estado deverá agir positivamente.

É importante aqui esclarecer que o dever de tratamento desigual é previsto no Artigo 5.1 da Convenção:

“As **medidas especiais ou de ações afirmativas** adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção **não constituirão discriminação racial**[...]” (grifo nosso)

São, portanto, razões suficientes para o dever de tratamento desigual, na forma do enunciado do Artigo 1.2, que é complementado Artigo 1.1, que a discriminação indireta decorra:

- a) de uma *disposição, critério ou prática aparentemente neutros*;
- b) que cause *efeitos significativamente mais negativos num grupo protegido*;
- c) que haja um *elemento de comparação*

6.4.1.1 Razões suficientes

- a) Disposição, critério ou prática aparentemente neutros

São práticas, condutas ou normas aplicadas a todos indistintamente, sem ao menos observar as peculiaridades de cada grupo ou aos contextos os quais se inserem. A ação ou omissão se apresentam aparentemente como neutras, ou seja, sem intenção de discriminar, embora seja possível prever o impacto desproporcional da prática em razão dos dados da realidade disponíveis.

Pode-se exemplificar o delito de abandono de incapaz⁶³:

⁶³ O delito de Abandono de Incapaz é previsto no Código Penal Brasileiro e pode ser praticado por qualquer pessoa que se enquadre na situação descrita na norma penal. Dispõe o Art. 133 - Abandonar pessoa que es-

Em pesquisa realizada em julgamentos de apelação nos anos de 2018 a 2020 nos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e em São Paulo, relativa ao crime de Abandono de Incapaz, percebeu-se que mais de 90% dos réus eram mulheres provenientes de bairros pobres, verificável porque os locais do abandono constavam nas sentenças. Desse modo, a seletividade decorre dos distintos papéis atribuídos ao “masculino e ao “feminino”, reservando a esta última o papel de cuidado na divisão familiar e social do trabalho, estando mais vulneráveis à criminalização quando a mulher for pobre. Por outro lado, não aparecem nas sentenças as demais instituições que têm atribuição social de cuidado e que possivelmente poderiam praticar o referido delito, tais como hospitais, creches, escolas, asilos e mulheres residentes em bairros de classe média etc.

Neste sentido, a norma criminalizante, embora pressuponha que todos que a violarem sejam punidos, tem efeitos mais negativos em um grupo em detrimento de outros, tendo apenas aparência de neutralidade.

b) Efeitos significativamente mais negativos num grupo protegido e Elemento de Comparação.

O grupo protegido é o segundo elemento de identificação da ocorrência da discriminação indireta, eis que há normas jurídicas e precedentes judiciais que determinam a proteção especial, incluindo a própria Convenção ora em análise.

É formado por categorias sociais historicamente discriminadas e que permanecem em situação de vulnerabilidade social e política, sobretudo pela sub-representação nas esferas de poder. A falta de representatividade implica não somente em deficiência do princípio democrático, mas em ausência de debate público sobre violações específicas e resistência ao reconhecimento de direitos, razão que justifica proteção especial.

Isso não significa que outras categorias sociais não possam surgir como sujeitos a distinta proteção jurídica. Novos grupos sub-representados politicamente podem alterar a ordem normativa a seu “favor”, na medida que o *status* social (e.g. estereótipos criminais) transita no tempo e no espaço. Para BOBBIO(2000), isso é perfeitamente possível caso haja uma alteração da relação de poder e sujeição, condicionada à vulnerabilidade sociopolítica do grupo.

“Pode-se observar que entre as discriminações relevantes não emergiu até agora uma discriminação com base nas características psíquicas dos indivíduos: pensemos, para estabelecer uma hipótese divertida(mas nunca se sabe!),que um dia algum cientista desmiolado sustente a superioridade dos extrovertidos sobre os introvertidos e que algum político louco a partir daí conclua que, portanto,é justo por parte dos

tá sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

extrovertidos oprimir os introvertidos; e eis que surge uma nova razão de desigualdade que um futuro artigo de uma futura declaração deverá prever.”(BOBBIO,2000,p.299)

Sendo assim, quando tais grupos estão em situações análogas (ou idêntica) a outros grupos(não especialmente protegidos) e sofrem efeitos desproporcionais ou negativos de uma disposição, critério ou prática em relação a estes, haverá discriminação por via indireta ,surgindo para o Estado o dever de tratamento desigual. O impacto negativo deve ser auferido por dados estatísticos que possibilitem encontrar o elemento de comparação.

Dessa forma, o elemento de comparação deve inserir-se na relação causal entre a ação ou omissão (aparentemente neutra) e seu impacto desproporcional (ou mais intenso) nos grupos especialmente protegidos.

Para ilustrar, segue uma análise relativa ao delito de tráfico de drogas, com base em pesquisa amostral realizada pela Revista Carta Capital no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Tabela 3: Verificação do Impacto desproporcional de uma norma aparentemente neutra

Disposição, critério ou prática aparentemente neutra.	(Poder de Punir) Proibição de todos os cidadãos comercializar Drogas ilegais e Ação Seletiva do Estado	Elemento de Comparação		Efeitos mais Negativos e Desproporcionais
		Incidência da norma penal(Condenação) ¹	População de São Paulo por raça ²	
Grupo Protegido	Negros	66%	34,6%	Maior índice de perda da liberdade; Maior sofrimento do preso e de seus familiares em razão das péssimas condições da prisão; Sentimento de “não pertencimento social ” do negro ainda não criminalizado
Grupo não protegido	Branços	43%	63,9%	
Situação análoga e/ou idêntica	Residentes no Estado de São Paulo			

Fonte: (1) Revista Carta Capital ⁶⁴ e (2) IBGE⁶⁵

O impacto desproporcional é verificável na medida em que a cor da pele define uma posição social que torna o sujeito negro mais vulnerável a ser selecionado por uma norma proibitiva criada para afetar a todos que a violem.

⁶⁴Segundo informações do autor a “pesquisa é amostral e trata-se de um recorte de um ano com base nos processos julgados e disponíveis para acesso público online e digitalizados no portal do Tribunal de Justiça (TJ-SP) para a cidade de São Paulo no ano de 2017”.(AGÊNCIA PÚBLICA. Carta Capital ,Em São Paulo, negros são mais condenados que brancos por tráfico.Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/em-sao-paulo-negros-sao-mais-condenados-que-brancos-por-trafico/>>. Acesso em: 09 de nov. De 2021.)

⁶⁵ IBGE. Censo Demográfico, 2000

Reconhecidas, desse modo, as razões suficientes para o tratamento desigual, o juiz deve interpretar a norma penal para afirmar o direito geral à igualdade aos sujeitos que se encontrem objetivamente nas mesmas condições: no exemplo dado, todo morador do Estado de São Paulo que atua no comércio de drogas ilegais estaria sujeito igualmente à norma proibitiva.

6.5 Aplicabilidade de um Direito Penal Afirmativo

Em um Estado de direito o poder não é dado pelo povo, mas por ele concedido de forma precária, para que em seu nome seja exercido sob determinadas condições, dentre as quais encontram-se a distribuição igualitária de direitos de liberdade. Desse modo, no Estado policial, seletivo por natureza, o direito penal não constitui apenas um direito de defesa, mas um contrapoder que reclama o uso irregular das atribuições transferidas em caráter transitório e sob condições suspensivas.

O poder de punir não pode ser habilitado da forma como consta na norma penal e nestas circunstâncias. Deste modo, o primeiro passo de sua aplicação é o desenvolvimento de um sistema nacional de dados de toda justiça criminal, de responsabilidade do juízo de cada comarca, contendo, de acordo com a estrutura do Estado policial descrito nos capítulos anteriores:

- a) perfil social, racial e de gênero de acusados, indiciados, sentenciados, bem como daqueles conduzidos à presença da autoridade policial e liberado em seguida em razão do fato não ser considerado crime ou não sujeito à prisão em flagrante (consumo de drogas e infrações de menor potencial ofensivo);
- b) espécies delitivas, com todas as circunstâncias possíveis, mesmo que não constituam elementos do tipo penal ou critério para dosimetria da pena (exemplo: local em que foi preso em flagrante etc.);
- c) A pessoa física ou jurídica que levou o fato ao conhecimento dos órgãos de persecução penal;
- d) Se houve prisão em flagrante e se esta foi efetuada por populares ou órgãos policiais;
- e) Se durante a persecução penal ou em ação da polícia ostensiva houve uso da força. Se houve vítimas (policiais ou não) e o perfil sócio racial dessas;
- f) Perfil demográfico da população situada na comarca;

- g) Autodeclaração se a pessoa sofreu ou não violência institucional, mesmo que não tenham provas;
- h) Os dados devem ser por comarca ou por pequenas regiões (no caso de grandes cidades)

De posse desses dados, tanto o juiz quanto o defensor poderão fazer o índice de seletividade racial para delitos em geral, que pode ser a nível nacional ou regional. Ato contínuo, passa-se ao processo de verificação do dever de tratamento desigual, fazendo um juízo de adequação das razões suficientes previstas na Convenção Interamericana Contra o Racismo com o contexto fático.

No âmbito do Juízo criminal do conhecimento, são possíveis as seguintes decisões, como dever de tratamento desigual:

- a) Declaração de inconstitucionalidade incidental de determinados tipos penais com alta seletividade racial e que sejam de perigo abstrato (ausência de ofensividade), tais como consumo de drogas, Abandono de incapaz (em razão de gênero) ou aplicar somente a multa, mesmo quando o preceito secundário obrigue a acumulação com pena privativa de liberdade, tais como porte ilegal de arma de fogo;
- b) Implantação de Justiça restaurativa, à requerimento do Ministério Público, como alternativa ao processo ou à pena, mesmo fora das hipóteses definidas pelo legislador, tendo como paradigma a convenção interamericana contra o racismo, considerando as condições precárias das prisões disponíveis na região;
- c) Redução da pena por responsabilidade do Estado, em razão da omissão quanto à promoção de políticas públicas para melhorar as condições das prisões;
- d) Redução da pena quando houver violência policial, por contaminação do processo de criminalização secundária.

Já no âmbito do Juízo de Garantias⁶⁶, deverão ser exigidos dos legitimados a requerer a busca e apreensão e a prisão provisória, quando estas tiverem que ser cumpridas em periferias, além das hipóteses previstas nas leis processuais penais:

- a) Se a localidade possui grupos armados;
- b) Perfil demográfico da população da localidade, com marcador racial

⁶⁶ Juiz das Garantias, foi incluído no Código de Processo Penal I pela Lei nº 13.964, de 2019, cuja função, de acordo com Art. 3º-B, é o “controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário(…)”

- c) O índice de letalidade ou de lesão em intervenções anteriores realizadas na localidade, inclusive as realizadas por outras agências policiais;
- d) Se há riscos de danos colaterais;
- e) Se a pessoa subverteu a ordem pública de tal modo que não possa prolongar a prisão para outro momento;
- f) Se a busca e apreensão é o único meio de conseguir provas da infração penal;
- g) Determinar a soltura ou colocar em prisão domiciliar o preso provisório que, se fosse o caso de prisão-pena, a permanência em unidade prisional, por si só, causaria desvio ou excesso de execução penal, em razão das condições desumanas do cárcere.

No caso da Polícia militar, reforça-se os argumentos do Capítulo 5.1.2, no sentido de que o patrulhamento ostensivo, cuja finalidade seja unicamente “reprimir” o comércio ilegal de drogas em localidades periféricas, seja requerido ao Juízo Criminal de Garantias, com as mesmas exigências acima.

Por fim, no caso do juízo de execução penal, há possibilidade de adoção de qualquer medida que retire o preso de determinada unidade prisional, cuja permanência, por si só, cause desvio ou excesso de execução penal. A prisão domiciliar e a regressão do regime prisional fora das hipóteses legais são exemplos do dever de tratamento desigual e que visa proporcionar a adequação entre a sentença e a pena, bem como otimizar o princípio da igualdade material.

Embora a Convenção seja direcionada a todos os Poderes da República, nada impede que o Legislativo altere as normas penais a fim de reduzir o poder punitivo e evitar o acionamento do Estado policial. Contudo, considerando que o poder político recorrentemente vem governando por normas penais criminalizantes ou por ações policiais interventivas, é possível que a própria ação judiciária afirmativa promova uma contenção ao poder de punir no nível do legislativo.

CONCLUSÃO

Nos capítulos iniciais foram abordadas noções sobre a dinâmica do poder no tempo e no espaço; como produz coisas semelhantes em contextos sociais distintos. A guerra e a ocupação territorial constituem o estágio mais sombrio da humanidade, principalmente nos séculos XX e XXI: há um estado de coisas que nem mesmo as comunidades internacionais conseguem impor limites de fato, pois os direitos humanos são parcialmente (ou totalmente) revogados pelos Estados em conflito.

A única diferença do poder bélico para o poder soberano é que o primeiro é apenas limitado pelo Direito Internacional Humanitário (DIH), sendo as violações aos direitos humanos de certa forma toleradas; já o poder soberano é totalitário e ilimitado. Estas formas de poder estão presentes no Estado policial dentro do Estado de Direito, na medida que o poder no momento político tende a ser ilimitado, com capacidade de manipular a realidade para legitimar-se.

O contexto bélico como laboratório de análises serviu de referência para refletir-se como o poder soberano ainda pode ser reacendido em um Estado de direito e como as características em comuns do Estado de guerra são percebidas atualmente: a tolerância da violência e de mortes a pessoas previamente designadas como inimigos sociais e a militarização de polícias ostensivas foram alguns dos exemplos explicitados.

Analizou-se também como o Estado policial é acionado em cada poder da República, tendo o poder de punir do Estado de Direito servido de justificativa para legitimação do estado de exceção em relação aos negros, de modo que há um impacto desproporcional negativo se comparado aos demais grupos da população.

Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal foram decisivas pelo seu valor político e jurídico, no sentido do reconhecimento de que o Estado policial é seletivamente acionado em razão da raça ou cor da pele. As decisões foram relevantes não só pelo reconhecimento, mas pelo conteúdo de diagnóstico que revelou que a Constituição da República é sistematicamente e seletivamente revogada no âmbito da justiça criminal.

Nestas circunstâncias, entende-se que o Direito Penal não se restringe apenas a limitar o poder de punir, mas em conter o avanço do Estado policial e reduzir as desigualdades raciais. Neste sentido, nasce para o Estado brasileiro um dever de tratamento desigual aos casos em que as ações e os efeitos do poder de punir são impactados mais negativamente na população negra.

Assim, foram propostas, exemplificativamente, ações afirmativas aos direitos dos negros no âmbito da justiça criminal, tendo a Convenção Interamericana contra o Racismo, agora com *status* de norma constitucional, como paradigma das decisões judiciais.

Com estas considerações, é possível que o direito penal impeça a continuidade dos poderes soberanos e bélicos no âmbito do Estado Democrático de Direitos, atuando, assim, como um contrapoder.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Candido Mendes de. Ordenações e leis do Reino de Portugal, Quinto livro das Ordenações Filipinas - Rio de Janeiro : Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 22 fev. 2022
- ALBRECHT, Peter – Alexis . Criminologia: uma fundamentação para o direito penal/ Peter-Alexis Albrecht; tradução de Juarez Cirino dos Santos, Helena Schiessl Cardoso. – Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: LumemJuris, 2010
- ALEXY, Robert . Teoria dos direitos fundamentais/ Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã – 2ª ed.; 5ª tiragem – São Paulo - Malheiros Editores, 2017
- ARENDT, Hannah: .Origins of totalitarianism - New York, Meridian Books ,1958.
- BAILONE, Matías Bailone, ZAFFARONI , Eugenio Raul Tradução de Rodrigo Murad Do Prado, Dogmática Penal e Criminologia Cautelar , 1ª Edição - São Paulo. Tirant Lo Blanch, 2020
- BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal / Alessandro Barata; tradução) Juarez Cirino dos Santos. - 3ª ed.- Rio De Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto, Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporânea. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228
- BATISTA, Nilo. Poder Punitivo e a Magistratura. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 11-32, Abr.-Jun. 2021 \ 11
- BEZERRA, N. R.; SILVA, M. F. da; LAURENTINO, E. da S. Temporalidades, territórios e currículo: contribuições para o ensino de História dos anos iniciais do ensino fundamental. Revista HISTEDBR On-line, Campinas, SP, v. 21, p. 1-17, 2021. DOI: 10.20396/rho.v21i00.8660278. Disponível em: <https://bit.ly/30MaGLL>. Acesso em: 23 nov. 2021
- BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil (1830). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em agosto de 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. 140 p.

BRASIL. Decreto nº 2.739, de 20 de agosto de 1998. Promulga a Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Certas Armas Convencionais, que Podem Ser Consideradas como Excessivamente Lesivas ou Geradoras de Efeitos Indiscriminados, conhecida como Convenção sobre Certas Armas Convencionais, adotada em Genebra, em 10 de outubro de 1980.. Diário Oficial da União - Seção 1 - 21/8/1998, Página 02

BRASIL. Decreto nº 42.121, de 21 de Agosto de 1957. Promulga as convenções concluídas em Genebra a 12 de agosto de 1949, destinadas a proteger vítimas de defesa, em 21 de agosto de 1957 .Diário Oficial da União - Seção 1 - 9/9/1957, Página 21453 (Publicação Original)

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, De 7 de Dezembro de 1940. Estabelece o Código Penal Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, Diário Oficial da União - Seção 1 - 31/12/1940, Página 23911 (Publicação Original).Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.Acessoem 05 de abr. De 2021

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.Estabelece o Código de Processo Penal Brasileiro.Diário Oficial da União Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, - Seção 1 - 13/10/1941, Página 19699 (Publicação Original).Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 05 de abr. de 2021

BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.Institui a Lei de Execução Penal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundame Tal 635. MC-TPI-REF / RJ . Relator MIN. Edson Fachin . data de publicação DJE 21/10/2020 - ATA Nº178/2020. DJE nº 254, divulgado em 20/10/2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição De Descumprimento De Preceito Fundamen tal 186. Relator MIN. . Ricardo Lewandowski . Data De Publicação Dje 20/10/2014 - Ata Nº 153/2014. Dje Nº 205, Divulgado Em 17/10/2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 41. Relator MIN. . Ellen Gracie . Data De Publicação Dje 20/10/2014 - Ata Nº 153/2014. Dje Nº 205, Divulgado Em 17/10/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 494.601- Rio Grande Do Sul . Relator MIN. . Marco Aurélio . Data De Publicação Dje 19/11/2019 - Ata Nº 174/2019. Dje Nº 251, Divulgado Em 18/11/2019

BUTLER, Judith . A vida psíquica do poder: teorias da sujeição/Judith Butler; tradução Rogério Bettoni. – 1.ed. 4. Reimp – Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. –(Filô)

BUTLER, Judith . Quadros de guerra: Quando a vida é passível de luto?/Judith Butler; tradução de Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha; revisão de tradução de Marina Vargas; revisão técnica de Carla Rodrigues. – 6ª Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019

BUTLER, Judith . Relatar a si mesmo: crítica da violência ética/Judith Butler; tradução Rogério Bettoni. – 1. ed.; 4 reimp – Belo Horizonte : Autêntica Editora, 2019. – (Filô)

BUTLER, Judith . Vida precária: os poderes do luto e da violência/ Judith Butler; [tradução Andreas Lieber; revisão técnica Carla Rodrigues]. – 1. Ed. – Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. – (Filô)

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA .O DIH e outros regimes legais – jus ad bellum e jus in bello. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2022

CPDOC | FGV • CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL.Relatórios elaborados pelo Serviço Nacional de Informações com informações a respeito do "campo externo" e do "campo interno", estes subdivididos em seis "campos": político, subversão, psicossocial, econômico, administração pública, e militar .Classificação: EG pr 1974.03.00/1Data: 03.1974 a 02.03.1979 Qtd.de documentos: 211 (1.811 fl.).Disponível em < <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/arquivo>>Acesso em: 20 de março de 2021

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Pesquisa sobre os cinco anos das Audiências de Custódia: Um olhar sobre o perfil dos presos em flagrante no Rio de Janeiro .Publicado em 05 de agosto de 2020. Disponível

em:<<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>>Acesso em 15 ago. 2022

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.. A Defensoria em dados II: pesquisas realizadas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro / Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; Cejur (coord.), Fesudeperj (coord.). – Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020 . Disponível em: < <https://defensoria.rj.def.br//>>. Acesso em: 10 abr. 2022

FERNANDES, Florestan. A Revolução Burguesa no Brasil:ensaio de interpretação sociológica/Florestan Fernandes. - Curitiba. Kotler Editorial: São Paulo. Editora Contraproducente,2020

FERRAJOLI, Luigi-Direito e razão : teoria do garantismo penal - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel . A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)/Michel Foucault; tradução Ivone C. Benedetti. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. – (Coleção obras de Michel Foucault)

FOUCAULT, Michel . Microfísica do poder. Organização e introdução de Roberto Machado. 3.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

FOUCAULT, Michel . Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete - Vozes, 1987.

FRASER, N. Justiça Anormal. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 108, p. 739-768, 2013. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68001>. Acesso em: 29 abr. 2022.

GARLAND, David, . A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea/David Garland; [tradução, apresentação e notas André Nascimento].- Rio de Janeiro,: Revan, 2008, 2ª reimpressão, abril de 2017.

HONNETH, Axel H651 Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais ; tradução de Luiz Repa. - São Paulo: Ed. 34, 2003. 296 p. Tradução de: Karmpf um Anerkennung

LOÏC, Wacquant . Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva] Loïc Wacquant. Tradução de Sérgio Lamarão. – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª edição, revista e ampliada, agosto de 2007. 3ª reimpressão, fevereiro de 2018

MARX, Karl, 1818-1883 . Os despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira/ Karl Marx; Daniel Bensaïd; tradução de Karl Marx, Nélcio Schneider; tradução de Daniel Bensaïd, Mariana Echalar. – 1.ed. – São Paulo: Boitempo, 2017

MBEMBE, Achille . Crítica da razão negra. Ed. Antígona, Lisboa, 2017

MBEMBE, Achille . Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. - 3ª ed. - São Paulo: n-1 edições, 2018a

MENEGAT, Marildo. A crítica do capitalismo em tempos de catástrofe: o giro dos ponteiros do relógio no pulso morto e outros ensaios. Rio de Janeiro: Consequência, 2019

PAVARINI, Massimo. Control y Dominacion: teorías criminológicas burguesas proyecto hegemónico. México: Siglo Veintiuno Editores, 1983, apud MALAGUT, Vera Batista (Introdução A Criminologia Crítica Pagina 19)

RODRIGUES, André Vidas adolescentes interrompidas [livro eletrônico]: um estudo sobre mortes violentas no Rio de Janeiro/André Rodrigues, Raquel Willadino; ilustração Caíque

- Nonato. – Rio de Janeiro : UNI-CEF, 2021. (<https://www.unicef.org/brazil/media/14811/file/vidas-adolescentes-interrompidas.pdf>)
- SOARES, Luiz Eduardo . Desmilitarizar – Boitempo Editorial, 2019
- STIRK, Peter M. R.. The Politics of Military Occupation, Edinburgh University Press, 2009. ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/pgrbr/detail.action?docID=932478>.
- LOSURDO, Domenico, 1841-. Contra-história do Nberalismo / Domenico Losurdo; tradução para a lingua portuguesa Giovanni Semeraro. - Aparackia, SP. Idéias & Letras, 2006.
- Broadfield, K., Dawes, G., & Chong, M. D. (2021). Necropolitics and the violence of Indigenous incarceration. *Decolonization of Criminology and Justice*, 3(1), 5-26. <https://doi.org/10.24135/dcj.v3i1.26>
- TINOCO, Antônio Luiz . Código criminal do Império do Brazil anotado / Antônio Luiz Tinoco; prefácio de Hamilton Carvalhido. ~ Ed. fac-sim. - Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. xxviii, 574 p. - (Coleção história do direito brasileiro. Direito penal)
- WHITE, Leslie A. . O conceito de sistemas culturais – traduzido da primeira edição, publicada em 1975 pela Columbia University Press, de Nova York, Estados Unidos da América – tradução de Áurea Weissenberg ; revisão técnica de Eduardo Batalha Viveiros de Castro; Zahar Editores, 1978
- ZAFFARONI ,Eugênio Raul ; tradução Rodrigo Murad do Prado.Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945 / - 1.ed. - Florianópolis :Tirant lo Blanch, 2019
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero - Eugenio Raúl Zaffaroni ; Ílison Dias dos Santos
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Culpabilidade por Vulnerabilidade. Discursos Sediciosos. n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 31 e ss.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero - Eugenio Raúl Zaffaroni ; Ílison Dias dos Santos
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Culpabilidade por Vulnerabilidade. Discursos Sediciosos. n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 31 e ss.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1940- . Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade/ E. Raúl Zaffaroni ... [et al] Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2ª edição, outubro de 2010, 3ª reimpressão, julho 2018

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1940- . Direito penal brasileiro, volume 2, tomo 2/ Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar.- 1ª ed – Rio de Janeiro: Revan, 2017. 1ª reimpressão, julho de 2018

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1940- . O inimigo no direito penal/ E. Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011 6ª reimpressão, setembro de 2019