

**Prisão em flagrante e Direito Penal do Inimigo: uma análise dos critérios “não oficiais”
utilizados pela polícia do Rio de Janeiro para prisão em flagrante**

*In Flagrante Delicto arrest and the enemy criminal law: an analysis of the “non-official” criteria
used by the Rio de Janeiro police for warrantless arrests*

Nathalie Vargas Correia
Marina Fikota

Resumo

O presente artigo constitui um desdobramento da pesquisa empírica realizada pelo grupo de pesquisa OBSAC (Observatório das Audiências de Custódia) no período de setembro a dezembro de 2018. A partir do acompanhamento de 392 audiências na Central de custódia de Benfica, no Rio de Janeiro, foi possível observar, simultaneamente, um padrão no que se refere à raça, idade e renda dos custodiados, evidenciando um perfil de múltipla vulnerabilidade, e uma falta de controle da ação policial, o que sugeria a existência de uma ampla margem para discriminação nas fases de seleção de suspeitos e investigação. Essa pesquisa buscou estudar, a partir dos questionamentos trazidos, quais são os critérios “não oficiais” e os vieses que influenciam os atores do sistema penal e a sua relação com a teoria do Direito Penal de Inimigo formulada por Gunther Jakobs. Foi possível concluir que, no Brasil, a existência de supostos “inimigos do Estado” e de discursos de “guerra”, “emergência” e “perigo” constitui a regra da atuação policial e judiciária, não a exceção, funcionando de forma a legitimar a flexibilização e violação das garantias fundamentais para determinados sujeitos.

Palavras-Chave: Flagrante; Direito Penal do Inimigo; Atuação Policial; Prisão; Custódia

Abstract:

The present article constitutes a development of the empirical research conducted by the research group OBSAC (Custody Hearings Observatory) between September and December of 2018. Due to the monitoring of 392 hearings in Benfica’s Custody Center in Rio de Janeiro, it was possible to

observe, simultaneously, a pattern related to the race, age and income level of those detained, displaying a profile of multiple vulnerabilities, and a lack of control of the police action, which suggested the existence of a wide margin for discrimination in the phases of selecting suspects and investigating. This research aimed at studying, based on the questions made, which are the “non-official” criteria and biases that influence the criminal system actors and its relation to the Enemy Criminal Law theory formulated by Gunther Jakobs. It was possible to conclude that, in Brazil, the existence of alleged “enemies of the State” and speeches of “war”, “emergencies” and “danger” constitutes the rule when it comes to the police and Judiciary actions, not the exception, working as a way to legitimate the flexibilization and violation of fundamental rights to determined subjects.

Key-words: In Flagrante Delicto; Enemy Criminal Law, Police Action; Imprisonment; Custody.

1. Introdução

Existe neutralidade na realização de prisões em flagrante¹ pela polícia do Rio de Janeiro? Quais são os critérios “não oficiais”, não positivados na legislação, que fazem parte do repertório simbólico acionado na atuação de policiais na efetivação do controle, seleção de suspeitos e prisão?

O presente artigo buscou analisar como a atuação da polícia contribui para a formação de um padrão socioeconômico dentre os custodiados e qual a relação entre essa atuação e o chamado Direito Penal do Inimigo.

Essa pesquisa constitui um desdobramento do Relatório “Prisão como Regra” produzido pelo grupo de pesquisa OBSAC (Observatório das Audiências de Custódia), vinculado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND- UFRJ). A pesquisa de cunho empírico integrou um projeto nacional amplo do Instituto de Defesa do Direito da Defesa (IDDD) e

¹ Considera-se em flagrante delito, nos termos do artigo 302 do Código de Processo Penal, quem I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

outros parceiros voltado para o monitoramento das audiências de custódia² em 13 cidades e 8 estados brasileiros durante o período de setembro a dezembro de 2018. O grupo OBSAC teve a sua ação focalizada na CEAC-Benfica na cidade do Rio de Janeiro, onde acompanhou 10% das audiências ao longo desses 3 meses.

As chamadas audiências de custódia foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro em 2015. Segundo informação do CNJ, elas consistem:

...na rápida apresentação da pessoa que foi presa a um juiz, em uma audiência onde também são ouvidos Ministério Público, Defensoria Pública ou advogado do preso. O juiz analisa a prisão sob o aspecto da legalidade e a regularidade do flagrante, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão, de se aplicar alguma medida cautelar³ e qual seria cabível, ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. A análise avalia, ainda, eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

Conselho Nacional de Justiça, sem data.

Foi produzido um relatório extenso, detalhando o conteúdo das observações realizadas no monitoramento das audiências. Dentre os resultados obtidos, identificamos, no que se refere perfil socioeconômico dos custodiados, uma série de padrões baseados no gênero, raça, idade e renda daqueles levados às audiências. Com base nos dados analisados, concluiu-se que “o perfil socioeconômico das pessoas custodiadas em Benfica é de múltipla vulnerabilidade”. Nas audiências de custódia, eram apresentados, majoritariamente, homens jovens, negros e de baixa renda.

Dos custodiados identificados 92% eram homens, 74% negros, mais da metade tinha até 29 anos e apenas 0,5% tinham renda superior a 5 salários-mínimos. Esses dados despertaram o nosso interesse e passamos a analisar quais fatores provocavam esses padrões no perfil socioeconômico dos custodiados.

Existem, essencialmente, duas hipóteses possíveis para compreender esse padrão. A primeira seria que, de fato, homens negros, jovens e de baixa renda cometem mais crimes, e, por isso, seriam

² Com previsão legal no artigo 310 do Código de Processo Penal, as audiências de custódia devem ser realizadas no prazo máximo de 24 horas após o recebimento do auto de prisão em flagrante pelo juiz. Nesse momento, o juiz deverá ouvir o acusado e verificar a legalidade da prisão.

³ Medidas cautelares são mecanismos alternativos à prisão preventiva que podem ser aplicados quando haja prova da existência do crime, indícios de autoria e tenha sido identificado um perigo na liberdade do acusado.

maioria nas audiências de custódia. Os dados do relatório seriam, portanto, consequência natural dessa realidade.

A segunda teoria, por sua vez, sugere que esses dados estão essencialmente relacionados com a seletividade na ação policial, de forma que apenas determinados indivíduos são considerados suspeitos, sendo, por isso, alvos preferenciais para prisões em flagrante.

Para responder a essa questão, analisamos dados e notícias referentes a ações concretas das polícias civil e militar no Estado do Rio de Janeiro que nos permitiram traçar um perfil geral de sua atuação, observando, em especial, a existência ou não de neutralidade. Identificamos, ainda, como essa atuação contribui para as disparidades observadas no relatório.

O percurso metodológico da presente pesquisa teve início, portanto, de forma empírica, no levantamento de dados obtidos através do acompanhamento das audiências de custódia na CEAC-Benfica na cidade do Rio de Janeiro. O monitoramento não pôde ser realizado nos anos de 2020 e 2021 em razão da pandemia de Covid-19, uma vez que as audiências passaram a ser realizadas em sessões virtuais não abertas ao público, de forma que foram utilizados os dados do último relatório produzido pelo grupo de pesquisa.

Em seguida, teve início a fase exploratório-documental, na qual foram analisados dados, notícias e relatórios de pesquisa de forma a identificar as tendências gerais da atuação das polícias civil e militar no Estado do Rio de Janeiro.

Por fim, a partir de uma pesquisa bibliográfica e de leituras teóricas, foi possível realizar uma análise quali-quantitativa aprofundada acerca do tema, contrapondo os dados concretos observados aos conceitos da teoria do Direito Penal do Inimigo.

2. Direito Penal do Inimigo e o sistema penal no Rio de Janeiro

Gunther Jakobs, penalista alemão responsável pela formulação da teoria do funcionalismo radical, foi também quem cunhou a expressão “direito penal do inimigo”. Em oposição ao direito penal do cidadão, regra, esse direito penal “excepcional”, pensado exclusivamente para os inimigos do Estado, como terroristas, permitiria uma flexibilização das garantias fundamentais processuais e penais para maior efetividade da política criminal.

A teoria de Jakobs, conhecida como funcionalismo radical, deriva da teoria pós-finalista de Claus Roxin, o chamado funcionalismo teleológico ou moderado. Buscando retomar uma concepção valorativa do direito penal, os funcionalistas pensam o delito a partir da função preventiva geral da pena e da política criminal.

Enquanto a visão de Roxin é considerada moderada, uma vez que, apesar de dar ênfase para as funções político criminais da pena, ele continua entendendo como cabíveis as garantias baseadas na concepção de legitimidade do direito penal com base em perspectivas liberais clássicas, Jakobs leva a necessidade de se colocar os interesses político criminais em primeiro lugar a instâncias mais extremas. Para ele, o mal causado pela pena seria um mero efeito colateral da estabilização da norma violada, o que se daria às custas do responsável.

Essa teoria foi bastante criticada pela doutrina, como observa o professor Davi Tangerino: “Felizmente tal posição, confrontante da dignidade humana, tem encontrado pouco eco doutrinário” (2011, p.107). Apesar disso, ela ganhou significativa repercussão, em especial nos anos 2000 (duas décadas após a sua formulação), em razão do aumento significativo dos ataques terroristas nos Estados Unidos, como o de 11 de setembro de 2001.

Apesar da distância física e conjuntural que separam a realidade de Jakobs da dos cidadãos fluminenses, a sua teoria pode ser utilizada para ilustrar e exemplificar uma série de ideias que estão no plano de fundo de ações policiais, judiciais e midiáticas no cotidiano do Rio de Janeiro. Conceitos como o de “perigo público” ou “estado de guerra”, que para o direito penal do inimigo seriam pertinentes em um cenário de exceção, aqui, são a regra.

Inicialmente, é possível traçar um paralelo entre a referida teoria e a prática dos agentes de Política Criminal, no que se refere à flexibilização de direitos, regras e procedimentos. No Relatório “Prisão Como Regra” (OBSAC-UFRJ; IDDD; JUSTIÇA GLOBAL, 2019), pudemos observar uma série de características relacionadas com esse direito penal orientado a “resultados”, no qual vale (quase) tudo para efetivar os objetivos da política criminal. Por exemplo, de todas as audiências de custódia analisadas pelo grupo de pesquisa, apenas metade das prisões em flagrantes foram motivadas por denúncias ou investigações prévias. As demais ocorreram unicamente com base no que era denominado “atitude suspeita” ou outros critérios discriminatórios utilizados pela polícia. Além disso, em cerca de 45% das prisões realizadas a polícia foi a única testemunha.

Além disso, assim como no Direito Penal do Inimigo, determinados sujeitos são selecionados como potenciais riscos para a sociedade. No caso do Rio de Janeiro, trata-se dos mesmos indivíduos que são reiteradamente alijados de direitos nas mais diversas esferas.

Ainda que o artigo 3º da Constituição Federal proíba diretamente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação – o que inclui, evidentemente, as políticas criminais adotadas pelo próprio Estado, subsistem diretrizes paralelas e discriminatórias dentro das próprias organizações policiais e judiciárias. Ao flexibilizar os procedimentos, legitimando, como visto, flagrantes sem testemunhas ou execuções de abordagens e revistas policiais motivadas exclusivamente por interpretações subjetivas dos agentes acerca do que seria uma “atitude ou aparência suspeitas”, reforça-se a institucionalização de injustiças contra grupos marginalizados.

Nesse contexto, quando pensamos nas prisões brasileiras e fluminenses, não há como não reparar que determinadas pessoas têm mais chance de serem presas do que outras. No que se refere à raça, de acordo com o Relatório Sobre o Perfil dos Réus Atendidos nas Audiências de Custódia, elaborado pela DPERJ (2017a) e que abrange as audiências ocorridas nos seis meses entre setembro de 2016 e março de 2017 e um total de 3.311 atendidos pela Defensoria, os réus de cor preta ou parda formaram cerca de 75% dos casos com informação⁴, ao passo que os brancos representavam 23,51%. Uma pesquisa, também realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (2020), sobre o perfil dos entrevistados nas audiências realizadas entre setembro de 2017 e setembro de 2019, desta vez com 23.497 custodiados, demonstrou a continuidade da predominância de réus de cor parda ou negra, sendo 77,4% dos entrevistados (16.364) contra 22% de autodeclarados brancos (4.698).

Da mesma forma, no relatório “O Fim da Liberdade”, elaborado pelo IDDD e publicado em agosto de 2019 com base em informações coletadas em audiências de custódia em 13 cidades brasileiras, mais uma vez observamos o predomínio de pessoas negras nos casos, representando 64%, enquanto brancos foram cerca de 35%. Já entre as mulheres, 53,2% eram negras e 46,2%, brancas. Conforme relatório, tais números

demonstra[m] que o racismo estrutural opera como um dos principais motores do sistema de Justiça criminal brasileiro, levando mais negros/as do que brancos/as para dentro do sistema. Em algumas cidades, a discrepância entre pessoas custodiadas negras e brancas é altíssima,

⁴ Usa-se o termo “casos com informação” para indicar casos em que constam os tipos de informação mencionada, como dados de renda, cor etc.

tanto em termos absolutos (com base no número bruto de pessoas negras e brancas custodiadas) quanto em termos relativos (com base na distribuição étnico-racial da população dessas cidades). (IDDD, 2019, p. 62)

Por fim, no último período que analisamos, referente a audiências de custódia realizadas entre agosto e dezembro de 2020, também a partir de relatório elaborado pela DPERJ (2021), foram examinados 10.253 casos e os acusados e acusadas de cor negra ou parda formavam entre 74% e 80% dos atendidos⁵.

Em outro aspecto, no que diz respeito à naturalidade, no Relatório da DPERJ de 2017 (2017 a), a despeito da maior parte dos custodiados ser oriunda do Rio de Janeiro (1.098), chama a atenção o total de nascidos na Região Nordeste (105), que compõem o segundo maior contingente populacional entre os réus cuja naturalidade foi identificada, excedendo o número referente aos demais estados do Sudeste reunidos (71). Os dados se invertem no Relatório de 2020, apesar do total de custodiados do Nordeste permanecer alto, após o Rio de Janeiro (3.784), aparece a Região Sudeste (155) seguida pelo Nordeste (153). No relatório nacional do IDDD (2019), os números de naturalidade apontavam 753 entrevistados nascidos no Rio de Janeiro, 32 no Sudeste (exceto RJ) e 25 no Nordeste.

Quanto à escolaridade, de acordo com o relatório de 2017 (DPERJ, 2017a), em 64,58% dos casos com informação os custodiados tinham cursado apenas o ensino fundamental, perfazendo um número de 1.927, ao passo que réus com ensino superior completo representaram 70 casos, pouco mais de 2%. O racismo e a criminalização da pobreza, antes explícitos na legislação que previa pena para “vadiagem” ou “capoeira”, continuam visíveis por meio das estatísticas.

Percebemos, ainda, considerável tendência de efetuação de prisões em flagrantes entre a população mais jovem (faixa etária entre 18 e 36 anos), que correspondem a 83,45%. Igualmente notável é o baixo número de réus com carteira de trabalho assinada (185), ainda que 2.241 tenha respondido “sim” à questão de se trabalhava antes de ser preso.

Na pesquisa da DPERJ de 2020, observamos a manutenção no padrão dos números referentes a escolaridade e faixa etária. Do total de casos com informação, 64,3% (13.494) tinham apenas o

⁵ Aqui, houve uma separação entre as Centrais de Benfica, Campos e Volta Redonda que, para o escopo deste artigo, não serão profundamente destrinchadas. Isso porque os dados que revelam apontam para a mesma conclusão, com pequena variação entre eles.

ensino fundamental e 89% (7.968) tinham entre 18 e 40 anos. Quanto à renda mensal, 61,7% dos relatos com informações davam conta de que o preso ganhava um salário mínimo ou menos, sendo que, no entanto, 15.774 não dispunham dessa informação.

No relatório do IDDD (2019), os dados de escolaridade, idade e trabalho/renda também são similares. Cerca de 842 custodiados (60%) tinham o fundamental incompleto ou completo e 959 tinham entre 18 e 40 anos. Quanto a atividade laborativa, 1.120 informaram trabalhar antes de serem presos, porém a maioria estava fora do mercado formal de emprego (variação entre 81% e 93% dentre os casos com informação), com renda entre meio salário-mínimo e um salário-mínimo e meio por mês (variação de 55% a 66% dos casos com informação). Os padrões se mantêm no relatório da DPERJ de 2021: num grupo de 2.265 pessoas, cerca de 45% tinham entre 18 e 24 anos, número que chega a quase 60% entre as mulheres até 29 anos; já em um grupo de 1.752 réus, 43% tinham apenas o ensino fundamental. Quanto à renda, entre os que responderam, quase 40% afirmaram ter renda variável e cerca de 45% ganhavam entre menos de um salário-mínimo até dois salários.

Mesmo quando passamos a lente para outros períodos temporais, podemos notar fortes semelhanças que colocam em evidência a permanência da presença de um determinado perfil socioeconômico nas abordagens policiais e, por consequência, nas audiências de custódia.

É relevante pontuar que em todos os relatórios os homens foram maioria absoluta. No relatório de 2017 (DPERJ, 2017a), 3.066 dos 3.311 eram homens, ou seja, quase 93% do total. No relatório de 2020, os homens cis compunham 20.029, ou 93,6% do total, enquanto as mulheres cis eram 1.283. No de 2021, os homens cis representavam entre 93% e 95% e no relatório do IDDD (2019) foram entrevistados 2.519 homens (90,9%), frente a 253 mulheres (9,1%). Ainda que, nesse caso, não se possa falar de uma seletividade em detrimento de um grupo socialmente oprimido, esse dado também possui relação direta com a construção de um estereótipo de quem seria o criminoso perigoso, qual a sociedade precisa de proteção efetiva, tema que iremos aprofundar no próximo capítulo.

Em síntese, é possível resumir genericamente o perfil dos custodiados (que não coincidentemente corresponde ao daqueles cuja atitude merece suspeita) dessa forma: homens negros, jovens, de baixa escolaridade e com renda de até um salário-mínimo. Quando pensamos que essa descrição representa uma das parcelas mais vulneráveis da sociedade, não é surpreendente que sejam eles também os que mais sofrem com a violência estatal.

Nesse sentido, cumpre considerar um terceiro tripé do Direito Penal do Inimigo que também encontra eco na atuação cotidiana da polícia e dos agentes do Poder Judiciário no Rio de Janeiro: a intensificação da punição e a flexibilização de direitos individuais para garantia de uma reprimenda mais dura. Regras e procedimentos, não apenas do processo penal, são relaxados quando se trata dos “inimigos” do Estado, também os do próprio direito material.

As formas de punição extra oficiais antes, durante e depois do cumprimento de pena são inúmeras, e encontram eco na aprovação popular. Os dados acerca das agressões sofridas pelos custodiados no momento da abordagem policial ou no decorrer do período em que estão aguardando a realização da audiência de custódia permitem observar como, também nesse momento, os mecanismos de discriminação estrutural da nossa sociedade entram em ação e produzem novas injustiças.

Vejamos o material também trazido pela DPERJ: segundo dados de relatório, elaborado a partir de dados coletados entre setembro de 2015 e setembro de 2017, entre 11.869 atendidos, 3.677 alegaram terem sofrido agressões por ocasião da prisão e 979 disseram terem sido vítima de tortura (35% e 15,4% dos casos com informação, respectivamente). Em 3.346 casos, o custodiado disse poder identificar o agressor, sendo indicada a Polícia Militar em 2.062 deles (61,63%) e populares em 628 casos (18,77%).

Quanto ao relatório da Defensoria do Rio de Janeiro, elaborado em 2017 (2017b) e que contou com 3.311 entrevistados, 1.037 relataram terem sofrido agressões por ocasião da prisão (cerca de 35% dos casos com informação) e 123 afirmaram ter sido submetidos a tortura.

Nas ocorrências delimitadas entre o período de setembro de 2017 a setembro de 2019 (23.497 casos), 8.490 réus disseram ter sofrido agressão por ocasião da prisão, quase 40% dos casos com informação (DPERJ, 2020). Chama a atenção a taxa de agressões por cor/raça: 80% foram sofridas por pessoas pretas ou pardas. Dos 8.490 que relataram agressões, 5.586 podiam identificar o agressor, sendo, mais uma vez, a Polícia Militar a mais apontada (3.380 ou 60,5% dos casos) e os populares em segundo lugar (1.679 ou 30%), com menções importantes também à Polícia Civil (272) e a segurança privada (135).

Já segundo o relatório, que teve o período de agosto a dezembro de 2020 como referência e que contou com dados de três Centrais (DPERJ, 2021), 475 custodiados disseram ter sofrido agressão

por ocasião da prisão, com a agressão física sendo o tipo mais recorrente (282), com mais destaque para o local do fato em relação ao local da agressão (259). As delegacias correspondem a 26 casos e viaturas – Polícia Militar ou Civil - a 32. O padrão de agressão por cor/raça se mantém: em 82% dos casos relatados, os agredidos eram negros, bem como do agressor, visto que 225 apontaram o policial militar como autor. Houve lesão aparente em 124 casos e 221 dos 475 que relataram agressões passaram por perícia.

Ainda sobre dados acerca da violência, o Relatório “O Fim da Liberdade” (IDDD, 2019) joga luz sobre a questão do uso de algemas, apesar de jurisprudência consolidada do STF sobre o tema⁶, durante as prisões e audiências de custódia. Foram utilizadas algemas em 99,5% das ocasiões no Rio de Janeiro.

Apesar de dispositivos como a Resolução nº 213/2015 do CNJ, que indica que a “*audiência de custódia deve ocorrer em condições adequadas que tornem possível o depoimento por parte da pessoa custodiada, livre de ameaças ou intimidações em potencial que possam inibir o relato de práticas de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes a que tenha sido submetida*”, o que vemos é que em 96,3% dos casos havia a presença de algum agente policial nas salas de audiência, com uso de armamento ostensivo.

No Rio de Janeiro, 34% dos entrevistados relataram ter sofrido algum tipo de violência por ocasião da prisão em flagrante, sendo que, em âmbito nacional, a Polícia Militar foi identificada como responsável em 458 casos, seguida pela Polícia Civil (59) e por populares (48). Segundo o referido Relatório (IDDD, 2019, p.81), “*Em uma das audiências em que havia marcas de agressão física no custodiado, o promotor orientou o advogado particular a fotografar as lesões em seu próprio telefone celular, afirmando que “o IML não é confiável”*”.

Apesar da violência policial ser ilegal e, portanto, causa justificadora de relaxamento da prisão, em somente 1,9% dos casos nacionais tal pedido foi formulado pelo Ministério Público,

⁶ “*Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.*” (Súmula Vinculante nº 11)

representando irrisórios 12 casos. Mesmo quando a defesa faz o requerimento de relaxamento, a violência por ocasião da prisão foi indicada como motivo em apenas 36,5% dos casos.

A perspectiva funcionalista sistêmica radical de Jakobs se baseia no pressuposto de que as funções de prevenção geral e especial positivas, enquanto parte da política criminal dos Estados, devem ser buscadas de maneira absoluta, permitindo a maior eficiência do sistema penal. Isso não significa que ele pretenda suspender de forma generalizada as garantias fundamentais, em sua visão, isso deve ser feito tão somente em situações de especial necessidade pública.

A posição de Jakobs deve ser compreendida dentro da seguinte perspectiva: “o funcionalismo jurídico-penal é concebido como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a constituição e a sociedade”, em cujo seio coexistem expectativas recíprocas quanto às normas que vigem para as relações sociais. (...) E por que punir resolveria um problema social (o delito)? Jakobs responde: “porque a constituição da sociedade (do mesmo modo que a das pessoas ou mesmo dos sujeitos) tem lugar por meio de normas”, de sorte que reafirmar a norma é, portanto, reafirmar a própria constituição social. (TANGERINO, 2011, p.98)

A realidade concreta do Brasil, no entanto, como observada nos dados analisados, consiste em uma forma extremada e distópica da teoria de Jakobs. As prisões superlotadas, as abordagens policiais violentas e arbitrárias, e a legitimação de injustiças institucionais por parte dos tribunais derivam de um histórico de flexibilização e desrespeito a garantias para todos que não fazem parte de um seleto grupo de privilegiados. Aqui, concepções voltadas para a maximização da “eficiência” político criminais ganham adesão com rapidez. Direitos constitucionalmente garantidos são vistos como empecilhos para o “combate ao crime”⁷.

3. O pensamento criminológico predominante e a seletividade penal

⁷ Como exemplo disso, em 2022, a campanha eleitoral de Clarissa Garotinho (União) candidata ao Senado pelo Rio de Janeiro fala de castrar quimicamente condenados por estupro, e ganha a adesão de grande número de apoiadores, mesmo ferindo cláusula pétrea da Constituição (SABÓIA, 2022). Da mesma forma, os abusos policiais e as execuções sumárias praticadas pelas Polícias Militares estaduais são legitimados pelos noticiários, que qualificam (muitas vezes de forma equivocada) as vítimas como traficantes ou suspeitas de integrarem organização criminosa, o que justificaria as condutas abusivas (BATISTA, 2022).

Para entender o que motiva as ações e omissões extraoficiais dos agentes do sistema penal brasileiro que provocam os dados analisados no capítulo anterior, é essencial compreender as dinâmicas e contradições que permeiam a relação entre o direito penal, ciência dogmática, a criminologia, ciência empírica, a política criminal, política estatal oficial, e, principalmente, a atuação concreta de cada órgão que nele atua: essencialmente, a Polícia, os agentes penitenciários e o Poder Judiciário.

Se estudarmos o direito penal brasileiro isoladamente, por meio da leitura da letra de lei, dificilmente iremos compreender como poderia, no Brasil, haver espaço para se defender um direito penal do autor, ou para a existência de inimigos do Estado. Por outro lado, quando consideramos não apenas a teoria, mas também as análises criminológicas fundadas em estudos empíricos, percebemos que histórica e politicamente os conceitos propostos por Jakobs estão perfeitamente alinhados com a política criminal costumeiramente adotada em nosso país.

O professor Davi Tangerino resume essas inter-relações da seguinte forma:

Eis, em síntese, o embate mental aqui proposto: no plano do discurso, o Direito Penal teria por missão proteger os bens jurídicos essenciais, restrito pelos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, contra aqueles cidadãos que escolhem agir em contrariedade ao ordenamento jurídico, afetando assim a paz social, por meio da pena, tão amargo quanto inevitável remédio que, por isso mesmo, não pode gerar sofrimento desnecessário, sendo certo que o apenado apenas perde sua liberdade, e não sua dignidade.

No mundo dos fatos, vê-se um Direito Penal orientado a uma missão de manutenção do status quo (...). Exsurtem, assim, as funções de criminalização da pobreza e eliminação de determinados contingentes humanos por meio das violências estrutural (relações de produção) e institucional (controle social). (2011, p.5-6)

Em sua principal obra, *A América Latina e sua criminologia*, Rosa del Olmo discute como o silêncio histórico e a “amnésia seletiva” dos primeiros penalistas e criminólogos da América Latina permitiram que os cientistas evitassem olhar para a realidade concreta dos seus países. Os intelectuais latino-americanos optaram, por muito tempo, por explicar o subdesenvolvimento e a marginalidade local a partir do positivismo não jurídico, em especial com base em teorias de autores italianos como Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Garofalo.

Para Enrico Ferri, a “antropologia criminal” serviria para estudar as causas do delito no homem. O criminoso faria parte de uma linhagem humana inferior, pressuposto que ajudou a embasar o chamado racismo científico no Brasil, especialmente nos estudos de Nina Rodrigues na Bahia (TANGERINO, 2011). “Suas formulações sobre a inferioridade física e moral do delinquente contribuíram para reforçar a ideologia dominante e para justificar as desigualdades de uma sociedade que proclamava ser fundamentalmente igualitária” (OLMO, 2004, p.45).

Enquanto o Código Penal era formulado a partir de perspectivas finalistas e liberais, para as quais todos somos iguais e os delitos são fruto de decisões voluntárias, contrárias ou, ao menos, indiferentes à coletividade, o criminoso era pensado pela criminologia, contraditoriamente, como um indivíduo determinado pelas próprias características biológicas antissociais. Para a Escola Clássica, de matriz iluminista, os homens eram iguais na sua racionalidade e liberdade, já para os positivistas italianos as ações humanas seriam determinadas pela interação entre tendências e características pessoais com o ambiente, ambas teorias conviviam no imaginário daqueles que elaboravam a política criminal na América Latina.

Apesar de partirem de fundamentações filosóficas díspares, a convivência entre ambas as teorias se tornou possível em razão da prévia existência de mais de uma moral e de mais de uma forma de aplicação concreta do direito penal a depender de quem se sentava no banco dos réus.

As regras liberais e garantias pensadas para os descendentes de europeus que viviam no Brasil não se aplicavam à maioria da população. Os negros e negras escravizados eram submetidos a penas aflitivas, que tinham como objetivo reforçar o poder absoluto do senhor, que entendia ter sido pessoalmente ofendido no caso da violação de suas determinações. Apesar de não termos tido um “Código Negro”, como o de outros países da América Latina, na atuação concreta do Judiciário e autoridades policiais era evidente a existência de mais de uma classe de indivíduos que recebiam tratamentos distintos (BATISTA, 2022).

Esse cenário pavimentou a conciliação que subsiste hoje de, por um lado, um direito penal positivo majoritariamente finalista, que tem como método o positivismo jurídico e os princípios da legalidade, anterioridade, *ultima ratio*, dentre outros, servindo para garantir os direitos das classes altas que eventualmente cometam delitos entre si e, por outro, um sistema penal que funciona à margem do oficial (e com maior regularidade), baseado no controle e na gestão de indesejáveis.

Não alimentamos, portanto, a esperança fútil de que a pena pública pudesse estar acima de tais interesses ou alheia a tais conflitos (de classes), e a seletividade estrutural do sistema nas sociedades de classes o demonstra suficientemente. Mas há algo de escandaloso quando uma nação funda a pena pública no marco de um modo de produção escravista, e as marcas desse escândalo estão diante de nossos olhos ainda hoje. (BATISTA, 2022, p.188)

O direito penal e a criminologia, que primeiro fundamentaram o pensamento criminológico no Brasil, tinham em comum uma perspectiva consensual e harmônica da sociedade (TANGERINO, 2011). Seja ignorando a realidade material e as brutais diferenças concretas entre os indivíduos (propondo uma legislação que presava apenas pela igualdade formal), seja buscando explicações científicas para a desigualdade, ambas as disciplinas aceitavam a estrutura de sociedade como correta ou, ao menos, indiferente para a ciência penal.

No geral, essas visões majoritárias que entendem o direito penal como legítimo e necessário para a garantia da ordem social e para a estabilização social pensam a sociedade como unitária, consensual. Nilo Batista observa essa tendência de forma crítica: “O discurso penalista legitimante é quase sempre uma caricatura empertigada dos desejos da classe social dominante, que a fluência dos anos torna progressiva e impiedosamente mais nítida” (2022, p.177).

Desde a teoria das subculturas, produzida pela escola de Chicago, no entanto, a criminologia diverge dessa concepção. O professor Davi Tangerino explica como esses teóricos, com o objetivo estudar o fenômeno da delinquência juvenil, defendem que aqueles que viviam em bairros periféricos (slums) eram menos atrelados à cultura e aos sistemas de controle social dominantes, criando formas de organização e valores próprios com relativa autonomia, o que explicaria a sua tendência a um comportamento desviante (2011).

Essa teoria, apesar de dar continuidade a uma visão legitimante da pena, provocou uma ruptura teórica com a ideia de sociedades com valores unificados compartilhados por todo corpo social (TANGERINO, 2011). As futuras teorias criminológicas, a começar pela teoria do *Labeling Approach* (ou etiquetamento social) e as inúmeras obras produzidas nos anos 1970, no contexto da criminologia crítica, vão dar mais um passo na desconstrução das idealizações do direito penal e da pena como método de proteção de bens jurídicos.

A teoria do *Labeling Approach* inaugura a chamada criminologia do conflito. Ela destaca a presença da seletividade e discriminação no sistema penal: apesar de o crime estar difundido por toda

a sociedade, apenas alguns sujeitos são rotulados como delinquentes. Tangerino (2011) comenta que esse rótulo dependeria mais da posição (status) do autor na pirâmide social do que da conduta (delito) em si. Já a criminologia crítica introduz elementos de classe e uma análise dos interesses ocultos dos grupos dominantes na criminalização preferencial de determinados indivíduos e grupos.

O penalista alemão Winfried Hassemer (1989) identifica nessa virada epistemológica um grande avanço para a criminologia e o direito penal. Quando se passa a reconhecer que as condutas desviantes, a delinquência e a criminalidade não são fenômenos previamente dados, mas sim processos históricos mutáveis, passa-se a conceber a política criminal não apenas como uma “luta contra o delito”, mas também como um processo social no qual devem ser considerados criticamente os interesses envolvidos.

Ainda assim, não é fácil desmistificar ideias profundamente arraigadas, que continuam beneficiando determinados setores sociais. Afirmar a necessidade de um combate frontal ao “mal”, ao “outro” ou ao “delito” é uma forma eficaz de unir artificialmente sociedades desunidas. Como meio de justificar e racionalizar injustiças, o racismo “científico” serviu por muito tempo no Brasil para explicar a desigualdade de forma a isentar de culpa a sociedade burguesa de então. O homem delituoso assim o seria em razão de características intrínsecas, biológicas, independentes de fenômenos como a desigualdade social ou violências socioculturais. Tais concepções eram convenientes para as classes altas na época, permanecendo vivas hoje nas instituições e pensamentos.

Os conceitos cunhados por essa escola, que contava com teóricos brasileiros como Nina Rodrigues, estão presentes no imaginário social. Eles ditam leis e regras não positivadas, mas conhecidas por todos, que permanecem em vigor, desafiando a Constituição e alimentando o pensamento criminológico dos agentes e órgãos policiais e judiciais de forma eclética e casuística.

A percepção de que, concretamente, a pena não serve aos fins para os quais se propõe, ao menos não de forma absoluta e desvinculada de interesses de classe, apesar de reconhecida há décadas na academia latino-americana, permanece alheia dos espaços de construção de políticas criminais em nosso país.

Nesse sentido, reitera Nilo Batista (2022) a necessidade de superação da visão de Jakobs da necessidade de uma conceituação positiva da pena. Outros teóricos críticos, como Raúl Zaffaroni, Salo de Carvalho e Juarez Cirino dos Santos criaram, em sentido oposto ao do funcionalismo

sistêmico, teorias negativas, agnósticas, da pena, que se baseiam não em concepções abstratas ou idealizadas das funções do direito penal, mas sim em análises empíricas da realidade.

Está encerrada a idade da inocência. Se o penalista quiser continuar acreditando nas funções idealizantes que as penas jamais cumpriram, boa viagem; e já que aprecia tanto ficção, introduza o boto na dogmática dos crimes sexuais na Amazônia e pense na responsabilização omissiva imprópria do padre pelos crimes da mula-sem-cabeça (BATISTA, 2022, p.261).

O Direito Penal do Inimigo, nesse sentido, não é apenas ilegítimo ou incompatível com um Estado Democrático de Direito, como também ineficaz aos propósitos aos quais se afirma. Na realidade, ao invés de proteger a sociedade de um perigo público, ele produz o perigo: no Brasil, jovens negros e periféricos vivem sob o risco de uma abordagem violenta da polícia, de uma prisão em flagrante forjada ou injusta, e da submissão a tratamentos degradantes antes e depois de condenados penalmente.

Ironizando o posicionamento de Jakobs, Nilo Batista critica a dissociação das teorias positivas do Direito Penal, afirmando-o como meio de estabilização social, da realidade brutal e violenta que ele representa: “Ou seja, equivoca-se quem pensa ter alguma importância para o Direito penal a queda do cutelo sobre o pescoço do padecente e sua morte aos borbotões: o único dado relevante a ser pinçado neste acontecimento é a estabilização da norma e o conforto das expectativas sociais” (2022, p.259).

Mesmo os autores que defendem o potencial da pena de proteger de bens jurídicos ou de validar/estabilizar a norma ou o direito penal reconhecem que essa tarefa não pode, nem deve, ser feita exclusivamente por meio da pena. É no mínimo injusto que o Estado falhando na prestação de todos os serviços básicos, que garantam ao indivíduo a capacidade de se autodeterminar nos mais diversos âmbitos da vida, depois o puna por não proteger os valores e bens que a ele nunca foram assegurados.

“O fortalecimento dos valores ético sociais da ação ou a garantia do reconhecimento normativo também se alcançam com numerosas instituições de caráter social e estatal que, fora do Direito penal, realizam essas metas, inclusive, com maior êxito do que o próprio Direito penal; assim, por exemplo, sucede com a família, a escola, a igreja e outras muitas instituições socializadoras” (tradução minha - HASSEMER e CONDE, 1989, p.114).⁸

⁸ El fortalecimiento de los valores ético sociales de la acción o el afianzamiento del reconocimiento normativo también se alcanza con numerosas instituciones de carácter social y estatal que, fuera del Derecho penal, realizan estas metas,

Cabe questionar, portanto, o que pode ser feito a curto prazo para amenizar essa situação? Se esse é o pensamento dominante, como evitar que a polícia continue agindo com base em critérios “não oficiais” (e discriminatórios), como fazer com que o Estado se vincule de forma efetiva aos pressupostos do Estado de Direito?

Propõe o professor Davi Tangerino um cenário em que:

o Estado recua de sua posição de vítima e assume a de juiz; o dano central é o de relacionamento entre os partícipes, estando o caráter público do Direito Penal não em um abstrato (e questionável) interesse geral pela punição, porém no legítimo interesse de que os conflitos que surjam no corpo social sejam compostos com a menor repercussão possível ao Estado Democrático de Direito (2011, p.230).

Dentre as propostas de solução, encontram-se as ideias de contenção de danos, redução da amplitude do direito penal e formação crítica dos agentes que atuam no sistema penal, seja na criminalização primária, seja na secundária. Formas de justiça restaurativa que humanizam as partes também contribuem para a desconstrução da ideia de “inimigos”, “combate” ou “guerra”, que legitimam a atual política criminal “com derramamento de sangue” do estado do Rio de Janeiro.

4. Conclusão

Como resultado da análise realizada, foi possível identificar a existência de critérios “não oficiais” empregados na atuação policial no âmbito do flagrante. Por critérios “não oficiais”, nos referimos àqueles que não se encontram positivados na legislação, mas que fazem parte de um repertório simbólico, acionado na atuação de policiais na efetivação do controle, seleção de suspeitos e prisão.

O que pudemos observar ao longo da pesquisa foi que, frequentemente, o Direito Penal do Inimigo funciona como regra, e o do cidadão como exceção. Vivemos naquilo que Nilo Batista denominou de “Estado de polícia”, responsável pela criação de “bolsões de exceção e de arbítrio

incluso con mayor éxito que el propio Derecho penal; así, por ej., sucede con la familia, la escuela, la Iglesia y con otras muchas instituciones socializadoras ' (texto original).

selvagem com os quais ninguém se importa, desde que o jornal diga que os mortos eram traficantes” (2022, p.244).

São características do Direito Penal do Inimigo, identificadas no sistema penal fluminense, a antecipação da punição supostamente para proteger a sociedade dos indivíduos ‘perigosos’, a ampla margem para discricionariedade estatal na punição dos crimes, penas excepcionalmente elevadas, leis especialmente severas para grupos específicos, a flexibilização ou supressão de direitos fundamentais, e o foco da punição no indivíduo a ser punido, não na conduta em si, baseada no chamado “Direito Penal do autor”.

Marcadores sociais como o racismo, a discriminação contra moradores de periferia e os estereótipos de quem pode ser criminoso, implicam em tratamentos diferenciados atribuídos a grupos sociais distintos, sendo especialmente gravosos quanto aos mais marginalizados.

Cotidianamente, as justificativas de ‘perigo público’ e ‘estado de guerra’, especialmente na chamada ‘guerra às drogas’ levam à flexibilização de garantias fundamentais tanto na atuação policial, quanto na sua posterior ratificação pelo Poder Judiciário. Isso fica evidente nas chamadas operações militares realizadas em periferias, que implicam altíssimos gastos e mínima eficiência.

Ficou evidente que a política de segurança no Rio de Janeiro privilegia ações de policiamento ostensivo e destinam poucos recursos e esforços para um trabalho eficiente de investigação. As ações policiais realizadas em condomínios de luxo costumam apreender maior quantidade de drogas e/ou dinheiro de origem ilícita do que as realizadas em favelas, e provocam danos muito menos graves para a população local e para a própria polícia, que, no Brasil, é a que mais mata e mais morre do mundo. Ainda assim, as ações de “combate ao crime” ocorrem em proporção significativamente maior nas periferias do que nas “áreas nobres” das cidades.

Assim, como conclusão final da pesquisa, foi possível observar que no Rio de Janeiro os “Inimigos do Estado”, contra quem a ação policial direciona a maior parte dos seus esforços e flexibiliza as garantias fundamentais, são os negros, pobres e moradores de favelas. Ou seja, a maior parte da população fluminense é tratada todos os dias como inimiga e vive em ininterrupto estado de exceção.

Como afirma Nilo Batista, “Um direito penal que nasce sob o signo do ‘inimigo doméstico’ passaria, sem grandes arrufos teóricos, pelo ‘inimigo interno’ e está pronto a constituir uma espécie de Guantánamo teórico para abrigar o jakobsiano ‘direito penal do inimigo’” (2022, p.190).

Para superar esse cenário será preciso repensar o sistema penal e a sua aplicação de forma ampla. Somente modificando a semântica do direito penal e do processo penal, inserindo-os em uma lógica de solução de conflitos com o reconhecimento da humanidade das partes, pode-se superar o atual cenário de violações permanentes aos direitos fundamentais. Afirmava Hassemer, ainda, que a compreensão crítica sobre as formas e causas de seletividade penal por parte das instâncias investigativas envolvidas no processo penal é necessária para construção de uma forma de atuação igualitária:

As instâncias encarregadas da investigação criminal se veem expostas à crítica de que em suas tarefas atuam “seletivamente”, ou seja, favorecem a alguns delinquentes e prejudicam a outros. Para evitar essa crítica e atuar igualmente, devem estar informados quanto às causas, tipos e a extensão dessa “seletividade” (tradução minha, 1989, p.43)⁹.

Deve-se, por todo exposto, rejeitar todas as tentativas diretas ou indiretas de legitimação de ideais de “inimigos” dentro de uma democracia. Para finalizar esse texto, citamos Eugênio Raúl Zaffaroni:

A admissão jurídica do conceito de inimigo no direito (que não seja estritamente de guerra) sempre foi, lógica e historicamente, o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito, posto que se trata apenas de uma questão de quantidade – não de qualidade – de poder (2007, p.152).

Bibliografia

BATISTA, Nilo. Capítulos de Política Criminal. Rio de Janeiro. Revan. 2022.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Audiências de Custódia. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>. Acesso em 18 set. 2022.

⁹ Las instancias encargadas de la investigación criminal se ven expuestas al reproche de que en su tarea actúan "selectivamente", es decir, favorecen a unos delincuentes y perjudican a otros. Para evitar este reproche y actuar igualmente, tienen que estar informados sobre las causas, tipos y extensión de esta "selección" (texto original)

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPERJ). 5º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia. 2017a. Disponível em

<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/142f742dbd134f48924d4c4c74f41832.pdf>.

Acesso em 17 set. 2022.

_____. Pesquisa sobre os cinco anos das audiências de custódia: um olhar sobre o perfil dos presos em flagrante no Rio de Janeiro. 2020. Disponível em

<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>.

Acesso em 18 set. 2022.

_____. Relatório estatístico com os casos dos réus vítimas de maus-tratos, agressões e tortura por ocasião de prisão em flagrante. 2017b. Disponível em

<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/e3cea99e501d4dc8b8354a28cdfc3d8c.pdf>.

Acesso em 17 set. 2022.

_____. Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia no período de agosto a dezembro de 2020. 2021. Disponível em

<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/09d3bcf2aa2c44e28fb55498d0a65f3d.pdf>.

Acesso em 18 set. 2022

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valência. Tirant Lo Blanchtiran. 1989.

Instituto de Defesa do Direito de Defesa. O Fim da Liberdade – Relatório Nacional Completo.

2019. Disponível em https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ofimdaliberdade_completo-final.pdf. Acesso em 17 set. 2022;

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2009.

OBSAC-UFRJ; IDDD; JUSTIÇA GLOBAL. Prisão como regra: ilegalidades e desafios das audiências de custódia no Rio de Janeiro. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro. 2020. Disponível

em: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2020/11/Prisa%CC%83o-Como-Regra.pdf>.

Acesso em: 10 out. 2021.

OLMO, Rosa Del. América Latina e sua criminologia. Rio de Janeiro. Revan. 2018.

ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal. Rio de Janeiro. Renovar. 2000.

SABÓIA, Gabriel. Castração química de abusadores, proposta por Clarissa Garotinho na TV, é inconstitucional, apontam juristas. 2022. Disponível em: [Castração química de abusadores, proposta por Clarissa Garotinho na TV, é inconstitucional, apontam juristas | Eleições 2022 | O Globo](#).

Acesso em: 08 set. 2022.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade. Rio de Janeiro. Elsevier. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. O inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2007.