

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D598

Direito penal, processo penal e criminologia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro; Luis Andrés Cucarella Galiana – Florianópolis:
CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-002-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA

Apresentação

O Brasil passa por grandes transformações em seu Sistema de Justiça Criminal. O surgimento da denominada "Operação Lava Jato" com suas práticas; a tramitação no Congresso Nacional de um anteprojeto de Código de Processo Penal; as pressões legislativas, oriundas do Ministério da Justiça em torno da "flexibilização" dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade processuais penais, com adoção mais ampla de institutos e práticas ligadas ao que vem sendo chamado de "justiça penal negociada", estão impactando fortemente a tradição de uma matriz que atravessou os séculos XX e XI. O grande desafio é, sem preconceitos, analisar as propostas e verificar no que elas podem representar avanços ou retrocessos para uma nação que se encontra às vésperas de um caos de violência individual e institucional e que não conseguirá superá-las sem debate democrático e muita criatividade, aceitando o desafio de quebrar naturalidades e pensar as instituições do futuro. Esse foi o espírito dos pesquisadores que se reuniram entre os dias 05 a 07 de setembro de 2019, na cidade de Valência, na Espanha, para a realização do X Encontro Internacional do CONPEDI, no GT Direito Penal, Processo Penal e Criminologia I. Os organizadores desejam a todos e a todas uma excelente leitura, com vistas à compartilhar com a comunidade acadêmica uma síntese dos debates realizados.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Prof. Dr. Matheus Felipe De Castro - UFSC

Prof. Dr. Luis Andrés Cucarella Galiana - UV

DA ESCRAVIDÃO AO CÁRCERE: O PARADOXO DA CONSTRUÇÃO DO “NÃO HUMANO” DENTRO DO DISCURSO DE DIREITOS HUMANOS

FROM SLAVERY TO PRISON: THE PARADOX OF THE CONSTRUCTION OF THE "NONHUMAN" WITHIN THE HUMAN RIGHTS DISCOURSE

Debora Simoes Pereira

Resumo

O artigo tem a intenção de demonstrar como foi construída a imagem do “não humano” em contraposição ao humano, que merecia proteção dentro do ordenamento jurídico e a quem se direcionaria os direitos dispostos nos diversos tratados internacionais. Esta ideia permite que ocorra violação da dignidade de certos indivíduos, sem que isto seja compreendido como agressão ou lesão. O grupo a ser analisado é o da população negra, subjugada ao longo de séculos e que ainda hoje enfrenta problemas decorrentes da escravidão e da compreensão deste como objeto, propriedade de outro homem.

Palavras-chave: População negra, Escravidão, Cárcere, Violação, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to demonstrate how the image of the "nonhuman" as opposed to the human being was built, deserving protection within the legal system and to which the rights set forth in the various international treaties would be directed. This idea allows the violation of the dignity of certain individuals, without this being understood as aggression or injury. The group to be analyzed is that of the black population, subjugated for centuries and still faces problems arising from slavery and the understanding of this as object, property of another man.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Black population, Slavery, Prison, Violation, Human rights

1.0 - Introdução

Por que há tanto sofrimento humano injusto que não é considerado uma violação dos direitos humanos?(SANTOS, CHAUI, 2003, p. 42). Este é um dos questionamentos mais importantes na consideração do que é ser humano que merece proteção e quais grupos não se enquadram nesta designação e, por conseguinte, não merecem o mesmo tratamento.

Historicamente, diversos grupos foram submetidos, torturados, violados, como os negros, delinquentes comuns, presos, população de rua, sem que isto fosse reconhecido como algo contraditório ao discurso dos direitos humanos, mas talvez, como algo intrínseco a ele.

A grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de discursos de direitos humanos. Deve pois começar por perguntar-se os direitos humanos servem eficazmente a luta dos excluídos, dos explorados e dos discriminados ou se, pelo contrário, a tornam mais difícil. (SANTOS, CHAUI, 2003, p. 42)

A escravidão no Brasil traz reflexos que até hoje se perpetuam na realidade do país. A maior parte dos indivíduos que está hoje presa é negra, 67% (sessenta e sete por cento) segundo dados do departamento penitenciário nacional, enquanto, segundo dados do IBGE, 51 % (cinquenta e um por cento) da população brasileira é negra, em 2014. Em 2016, segundo dados do Departamento penitenciário Nacional, 53% da população brasileira é negra, sendo que nos estabelecimentos prisionais chega a 64% (sessenta e quatro por cento).

Esses dados estão ligados a uma realidade histórica brasileira, em que os negros, que no passado foram submetidos à escravidão, agora compõem uma população também submetida, aos horrores do cárcere, tendo sua dignidade violada pelo Estado, que construiu a imagem do ser perigoso, inimigo, hostil, que precisa ser combatido e contido.

Talvez isto explique o porquê da sociedade, de maneira geral, não se chocar com os relatórios que narram estupro coletivo, canibalismo, homicídios, chacinas dentro dos estabelecimentos criminais.

Portanto, o discurso dos direitos humanos protege alguns grupos considerados “humanos”, enquanto outros, segundo um posicionamento incorreto e deturpado, não têm a mesma qualificação, não merecendo tal proteção.

Essa realidade não surgiu agora. Ela se deu a partir do desenvolvimento do Brasil e ao modelo incorreto e inadequado utilizado pelo Estado para isso, que combinavam a destruição dos povos indígenas, escravidão, senhores de terra, entre outros.

A herança da identificação do ser como objeto, coisificado, submetido a um discurso de opressão e dominação, é tão profunda que mesmo na época da escravidão quando alguns

escravos eram libertos, adquiriram outros para reduzir à escravidão, renovando e perpetuando o ciclo de violência que se iniciou com colonização brasileira.

1.1 - Escravidão como modelo de produção

A colonização brasileira se fez tanto no sentido de ocupar, de submeter os povos que aqui viviam, os indígenas, quanto no sentido comercial, com a forte produção de cana de açúcar e os latifúndios formados a partir desta necessidade. A escravização dos povos africanos foi consequência deste modelo de produção, que reunia grande concentração de capitais e de mão de obra.

A desigualdade foi então sendo a base da construção do novo mundo, ao lado da consideração de certos grupos como não humanos, como seres que não eram merecedores de proteção, meros objetos, propriedade dos grandes latifundiários.

O fator mais negativo para a cidadania foi a escravidão. Os escravos começaram a ser importados na segunda metade do século XVI. A importação continuou ininterrupta até 1850, 28 anos após a independência. Calcula-se que até 1822 tenham sido introduzidos na colônia cerca de 3 milhões de escravos. Na época de independência, numa população de cerca de 5 milhões, incluindo uns 800 mil índios, havia mais de um milhão de escravos. Embora concentrados nas áreas de grande agricultura exportadora e de mineração, havia escravos em todas as atividades, inclusive urbanas. (...) era tão grande a força da escravidão que os próprios libertos, uma vez livres, adquiriam escravos. (CARVALHO, 2014, p.26-27)

Esta noção do ser inferior, daquele que não é digno de proteção e tutela, foi o alicerce em que se fundou nossa sociedade. Da diferenciação entre os homens bons, brancos europeus, aos maus, que precisavam ser subjugados para serem dóceis, aceitando o processo de dominação sem contestação.

Percebe-se, portanto que a noção de desigualdade não surgiu agora, ela foi construída ao longo de séculos, bem como a da submissão de um determinado grupo como um ser perigoso e daninho que precisa ser controlado. A forma de controle somente se modificou, antes a escravidão e hoje o encarceramento em massa.

Escravidão e grande propriedade não constituíam ambiente favorável à formação de futuros cidadãos. Os escravos não eram cidadãos, não tinham os direitos civis básicos à integridade física (podiam ser espancados), à liberdade e, em casos extremos, à própria vida, já que a lei os considerava propriedade do senhor, equiparando-os a animais. (CARVALHO, 2014, p. 27)

Mesmo quanto ao grupo da população livre, eles não tinham acesso ao possível instrumento que podia modificar esta realidade que seria a educação. Enquanto a Espanha difundia a educação em suas colônias, Portugal não se comportava da mesma forma. E reflexos desta política são sentidos até hoje, em que grande parte da população possui

somente o nível fundamental. Se os indivíduos não conhecem seus direitos, não podem lutar por eles.

Mas se verificarmos que em 1872, meio século após a independência, apenas 16% da população era alfabetizada, poderemos ter uma ideia da situação àquela época. É claro que não se poderia esperar dos senhores qualquer iniciativa a favor da educação de seus escravos e dependentes. **Não era interesse da administração colonial, ou dos senhores de escravos, difundir essa arma cívica.** Grifo nosso (CARVALHO, 2014, p. 28-29)

Nos estabelecimentos criminais, a maior parte dos presos, além de serem negros, possui somente o ensino fundamental incompleto, o que às vezes significa apenas saber escrever o seu nome. Em conjunto, temos boa parte dos presos cometendo crimes patrimoniais, reforçando a desigualdade que surgiu e permaneceu no desenvolvimento do Brasil.

1.2 - Fim da escravidão

Com a proibição primeiramente do tráfico de escravos, por exigência de outros países, o fim da escravidão era inevitável.

Depois da abolição do tráfico, os políticos só voltaram a falar no assunto no final da guerra contra o Paraguai. Durante o conflito, a escravidão revelara-se motivo de grande constrangimento para o país. O Brasil tornou-se objeto das críticas do inimigo e mesmo dos aliados. (CARVALHO, 2014, p. 52)

Esta acabou sendo abolida no ano de 1888. Porém, os negros libertos, em sua maioria, não foram absorvidos pelo mercado de trabalho, uma vez que muitos latifundiários e outros consideravam absurdo pagar por uma mão de obra que antes era sua propriedade. Tendo isto em vista, a libertação não se traduziu em uma verdadeira igualdade nem em cidadania, uma vez que estes sempre seriam vistos como seres inferiores e passíveis de violação.

No Brasil, a escravidão foi tão difundida e profunda que, como já foi dito, até os libertos constituíam escravos, como foi dito anteriormente.

Testamentos examinados por Kátia Mattoso mostram que 78% dos libertos da Bahia possuíam escravos. Na Bahia, em Minas Gerais e em outras províncias, dava-se até mesmo o fenômeno extraordinário de escravos possuírem escravos. De acordo com o depoimento de um escravo brasileiro que fugiu para os Estados Unidos, no Brasil “as pessoas de cor, tão logo tivessem algum poder, escravizariam seus companheiros, da mesma forma que o homem branco”. Esses dados são perturbadores. Significam que os valores da escravidão eram aceitos por quase toda a sociedade. Mesmo os escravos, embora lutassem pela própria liberdade, embora repudiassem sua escravidão, uma vez libertos admitiam escravizar os outros. **Que os senhores achassem normal ou necessária a escravidão, pode entender-se. Que os libertos o fizessem, é matéria para reflexão.** Grifo nosso. (CARVALHO, 2014, p. 54)

Portanto, a liberdade e a igualdade de fato eram valores distantes no Brasil, até mesmo utópicos, pois esta estrutura de poder reunia vários elementos que iam desde a submissão do

outro, até a falta de uma educação adequada que possibilitasse uma discussão na esfera pública que pudesse contestar e modificar o paradigma. Consequentemente, o modelo discriminatório e excludente continuava existindo, apesar de, na lei, a escravidão ter acabado.

No Brasil, aos libertos não foram dadas nem escolas, nem terras, nem empregos. (CARVALHO, 2014, p. 57)

As consequências disso foram duradouras para a população negra. Até hoje essa população ocupa posição inferior em todos os indicadores de qualidade de vida. É a parcela menos educada da população, com os empregos menos qualificados, os menores salários, os piores índices de ascensão social. (CARVALHO, 2014, p. 58)

A ideia de submissão de um determinado povo, ou da consideração deste como não humano e como ser não merecedor de proteção afetou a formação do povo brasileiro, levando-o a ter uma noção distorcida a respeito de igualdade, liberdade e outros direitos cívicos e políticos e a quem deveriam ser aplicados.

As consequências da escravidão não atingiram apenas os negros. Do ponto de vista que aqui nos interessa – a formação do cidadão –, a escravidão afetou tanto o escravo como o senhor. Se o escravo não desenvolvia a consciência de seus direitos civis, o senhor tampouco o fazia. O senhor não admitia os direitos dos escravos e exigia privilégios para si próprio. Se um estava abaixo da lei, o outro se considerava acima. A libertação dos escravos não trouxe consigo a igualdade efetiva. Essa igualdade era afirmada nas leis mas negada na prática. Ainda hoje, apesar das leis, aos privilégios e arrogância de poucos correspondem o desfavorecimento e a humilhação de muitos. (CARVALHO, 2014, p. 58)

1.3 – A ideia do não humano

Boaventura de Sousa Santos traz a tensão entre o humano e o não humano em seu texto, uma construção que permite que os direitos de alguns indivíduos sejam desrespeitados, sem que isso seja considerado violação de direitos humanos, uma vez que eles não têm o status de humanos e, portanto, não têm direitos a serem violados.

Por um lado, a universalidade dos direitos humanos conviveu sempre com a ideia de uma “deficiência” originária da humanidade, a ideia de que nem todos os seres com um fenótipo humano são plenamente humanos e não devem por isso se beneficiar do estatuto e da dignidade conferidos à humanidade. De outro modo, não poderíamos entender a ambiguidade de Voltaire sobre a questão da escravatura ou o fato de o grande teorizador dos direitos humanos da modernidade, John Locke, ter feito fortuna à custa do comércio de escravos. É possível defender a liberdade e a igualdade de todos os cidadãos, e ao mesmo tempo a escravatura, porque subjacente aos direitos humanos está a linha abissal que referi acima por via da qual é possível **definir que é verdadeiramente humano e, por isso, tem direito a ser humano e quem o não é e, por isso, não tem esse direito**. Grifo nosso (SANTOS, CHAUI, 2013, p. 76-77)

A história da humanidade está repleta destes exemplos, possibilitando que diversos grupos sofressem violações, mantendo desta forma o ciclo histórico humano e não humano, do bom e do mau, do dominador e do subjugado, ou como é dito e repetido por muitos quanto

a colonização da América, que os povos europeus trouxeram a civilização, quando na verdade o que ocorreu foi o extermínio e a submissão dos povos que antes aqui habitavam.

Ao longo da história, sempre foi fácil determinar grupos que não gozavam o status de humano, seja por fins econômicos, políticos ou de controle social. Até porque esta noção de humano é uma visão ocidental, de povos que exploraram e submeteram outros de acordo com seus interesses.

Um exemplo a ser citado é o dos alemães e judeus. A não consideração daquele como humano, como reduzido a animal, permitiu o enorme extermínio desse povo, perpetrado pelo próprio Estado, a quem caberia proteger e garantir o direito de todos. Porém percebeu-se também que para a manutenção de uma estrutura de exclusão e dominação é necessário que certos grupos sejam eleitos para esta função, permitindo a continuidade dos fundamentos desta sociedade.

Quando se falava de igual, referia-se ao homem branco europeu. A este cabiam direitos e proteção frente aos outros povos. As condutas de dominação e extermínio eram compreendidas como parte do processo de expansão, e não como algo contraditório a isto. Era intrínseco ao processo de colonização, em que, muitas vezes, a doutrina religiosa foi utilizada como meio para tornar o dominado dócil, permitindo a não contestação deste processo, facilitando o controle europeu sobre os outros povos.

Os atores, na atualidade podem ser diferentes, porém o processo de submissão do outro continua a se repetir, utilizando por vezes as mesmas táticas e em outros casos, a remodelação destas a um novo ambiente social e cultural.

Dentro do contexto brasileiro então, a quem não se aplica o status de ser humano, seja por que nunca o teve, ou porque o perdeu ao longo da vida? A resposta mais clara é a do preso, daquele que cometeu uma violação do direito penal, a quem é possível violar sua dignidade, sem “violar”. Àquele a quem as regras de proteção e garantia não se aplicam, uma vez que violou a lei, cometendo, em alguns casos, crimes bárbaros que o reduzem a monstro, ao animal, mas nunca a um ser humano.

Neste primeiro momento, até em virtude do processo de colonização, não se irá avaliar aqueles casos que, em virtude da sua natureza hedionda, são expostos à exaustão ao ambiente midiático, pois estes, apesar de muitos explorados, não constituem a maioria. Analisar-se-á os crimes mais cometidos, herança de uma realidade histórica, que são aqueles de ordem patrimonial, vinculados ao ambiente de desigualdade, submissão e segregação dos indivíduos, que foi a base da formação do Brasil.

1.4 - Construção do inimigo

Como já foi disposto anteriormente, a construção do “não humano” no Brasil se deu concomitantemente com a colonização e o desenvolvimento do país, em que um grupo foi escolhido para ser explorado e estigmatizado, como forma de alicerce do modo de produção escolhido pela coroa portuguesa. Os negros ocuparam historicamente um papel de inferioridade frente ao branco europeu, o que leva até os dias atuais não somente ao racismo grotesco que aqui existe, bem como o olhar do negro como o inimigo que precisa ser combatido ou docilizado.

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização de um ser humano como inimigo, mas nada nos diz a respeito da individualização em si mesma. (ZAFFARONI, 2007, p. 21)

Erving Goffman menciona em seu livro três modalidades diferentes de estigma, nos quais os negros que estão encarcerados se encaixam em dois, simultaneamente.

Podem-se mencionar três tipos de estigma nitidamente diferente. Em primeiro lugar, há as abominações do corpo – as várias deformidades físicas. Em segundo, as culpas de caráter individual, percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, sendo essas inferidas a partir de relatos conhecidos de, por exemplo, distúrbio mental, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical. Finalmente, há os estigmas tribais de raça, nação e religião, que podem ser transmitidos através de linhagem e contaminar por igual todos os membros de uma família. (GOFFMAN, 1988, p. 15)

A estigmatização¹ de um grupo possibilita a identificação dele com um estereótipo criado a partir de certos interesses políticos, como neste caso, o controle social. Há um interesse na divulgação e propagação desta imagem. A partir dela, constrói-se a ideia do inimigo, que precisa ser combatido, pois quando se imagina o criminoso, o retrato que vem a mente da maioria é a do homem negro, pobre e sem estudo, que se encaixa no perfil, em regra, do homem encarcerado, não porque este pratique condutas mais graves do que as do homem branco, com o ensino superior completo e com boa situação econômica, mas porque os tipos penais não foram criados para punir este último.

Menino de áreas de classe média, quando detidos, não chegam tão longe no processo legal como os meninos de bairros miseráveis. O menino de classe média tem menos probabilidade, quando apanhado pela polícia, de ser levado à delegacia; menos probabilidade, quando levado à delegacia, de ser autuado; e é extremamente

¹ A manipulação do estigma é uma característica geral da sociedade, um processo que ocorre sempre que há norma de identidade. As mesmas características estão implícitas quer esteja em questão uma diferença importante do tipo tradicionalmente definido como estigmático, quer uma diferença insignificante, da qual a pessoa envergonhada tem vergonha de se envergonhar. Pode-se, portanto, suspeitar de que o papel das normas e o papel dos estigmatizados são parte do mesmo complexo, recortes do mesmo tecido-padrão. (GOFFMAN, 1988, p. 141)

improvável que seja condenado e sentenciado. Essa variação ocorre mesmo que a infração original a norma seja a mesma. (BECKER, 2008, p. 25).

De um total de 234.524 presos masculinos e 11. 297 presas femininas em 2014, segundo dados do Departamento penitenciário nacional, 94.972 e 2.234, respectivamente, praticaram crimes patrimoniais, sendo punidos em virtude disso. Observa-se até mesmo decisão dos tribunais superiores neste sentido, antecipando o momento consumativo de alguns crimes, para puni-los com maior severidade, ou impossibilitando a aplicação do princípio da bagatela a crimes de pequeno valor, em que não houve nem violência nem grave ameaça, àqueles que já possuem antecedentes criminais ou são reincidentes, adotando, em desconformidade com o nosso ordenamento jurídico, o direito penal do autor para analisar se um fato é ou não criminoso, e não o direito penal do fato, seguido, teoricamente, pelo Brasil.

Quando se observa que a maior parte dos delitos punidos é contra o patrimônio, e não contra a vida ou a dignidade sexual, fortalece a ideia de que a intenção do Estado, através do direito penal e do poder punitivo é o controle dos indesejáveis.

Inimigo da sociedade ou estranho, quer dizer, o ser humano considerado como ente perigoso ou daninho e não como pessoa com autonomia ética, de acordo com a teoria política, só é compatível com um modo de Estado absoluto e que conseqüentemente, as concessões do penalismo têm sido, definitivamente, obstáculos absolutistas que a doutrina penal colocou como pedras no caminho da realização dos Estados constitucionais de direito.” (ZAFFARONI, 2007, p. 12)

O Estado, portanto, ao legislar, escolhe a que tipo de clientela se aplicará as sanções penais, especialmente a pena privativa de liberdade, tida como pena por excelência. Isto fica muito claro quando se visualiza quem está aprisionado.

Nós construímos sociedades em que é particularmente fácil, no interesse de muitos, definir condutas indesejáveis como crime, em vez de simplesmente más, insanas, excêntricas, excepcionais, indecentes ou apenas indesejáveis. Também talhamos essas sociedades de modo a encorajar condutas indesejáveis e, ao mesmo tempo, reduzimos as possibilidades de controle informal. (CHRISTIE, 2011, p. 85)

1.5 - Da escravidão ao cárcere

O desenvolvimento histórico permitiu que a maior parte da população carcerária atualmente fosse formada por negros. Segundo dados do departamento penitenciário nacional, dois em cada três presos é negro, sendo que isto ocorre tanto na população prisional masculina quanto na feminina.

Quando esta divisão é feita por regiões, fica ainda mais claro o aprisionamento em massa da população negra. Na região norte, a população negra constitui 76% da população

geral, e 83% da população encarcerada. Na região nordeste, constitui 71% da população geral e 80% da população encarcerada. Na região centro oeste, forma 57% da população geral e 73% da aprisionada. No sudeste, 42% do total e 72% da população em estabelecimentos prisionais. Por fim, no Sul, a população negra constitui 21% do total da população e 33% da encarcerada.

Tabela: porcentagem de pessoas negras no sistema prisional e na população geral

	Norte	nordeste	Centro oeste	sudeste	Sul
Sistema prisional	83%	80%	73%	72%	33%
População geral	76%	71%	57%	42%	21%

Fonte: departamento penitenciário nacional (ano 2014)

Quanto a escolaridade, 6% dos presos é analfabeto, 9% alfabetizado sem cursos regulares, 53% possui o fundamental incompleto, 12% o fundamental completo, 11% o ensino médio incompleto, 7 % o ensino médio completo, 1% o ensino superior incompleto e 1% o ensino superior completo.

Através das informações acima, é possível perceber com clareza a quem a pena se aplica, que tipo de conduta é punida e a herança histórica deixada pelo processo de colonização, que permitiu que uma ampla camada da sociedade continuasse sendo subjugada, porém, sob um novo modelo.

Uma vez que não é admissível em um mundo ocidental que prega a liberdade, a existência da escravidão, o surgimento do cárcere permite que os indivíduos continuem submetidos a uma estrutura de desigualdade e violação dos direitos humanos realizada de maneira institucional pelo Estado.

Ao dar entrada no estabelecimento prisional, o individuo começa a fazer parte de outra sociedade, com valores diferentes e regras próprias, as quais ele terá que obedecer, sob o risco de castigos. Nesta sociedade, a violação dos direitos mais básicos como a dignidade da pessoa humana é corriqueira e não é visualizada como algo paradoxal à aplicação da pena, e sim como algo intrínseco a ela. Esta compreensão somente é permitida, pois os indivíduos presos não recebem o status de humano, seja porque o perderam, a partir do cometimento do ilícito penal, ou porque, historicamente, nunca o tiveram.

“ (...) ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era tão só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, frequentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. o prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e

sentimentos> todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E nesse esforço puramente animal, tido era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sólida, o pisoteamento dos mais fracos.” (COMPARATO, 2004, p.23)

O desviante é coisificado dentro da penitenciária, reduzido ao animal, restando somente os instintos mais básicos do ser, como se alimentar. Além disso, a realidade brasileira é ainda mais cruel quanto ao cumprimento da pena em virtude das péssimas condições dos estabelecimentos prisionais que, em regra, apresentam amplas violações aos direitos individuais.

1.6 – Cárcere

É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do terceiro mundo, mas levadas a uma escala digna do primeiro mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (.....) negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre detentos, sob a forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação superacentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminoso, da inatividade forçadas e das carências de supervisão” (WACQUANT, 2011, p. 11)

Este trecho do livro “Prisões da miséria” consegue retratar a realidade dos estabelecimentos prisionais no Brasil, que padecem de superlotação e de comportamentos ofensivos ao ser humano. Há aqui uma das leis mais avançadas no que concerne a execução penal, porém ela não se aplica na prática, ou pelo menos não na sua integralidade, pois, além dos estabelecimentos estarem funcionando em sua quase totalidade acima da capacidade do número de presos, há outros elementos violadores dos direitos, como prender indivíduos em container, que são caixas de ferro e que servem para o transporte de objetos e não para acomodar pessoas.

A sociedade, apesar de todas as notícias e decisões judiciais relatando as possíveis condições violadoras de direitos, considera que isto faz parte do cumprimento da pena, pois a identifica como vingança e não como punição em virtude da transgressão de uma norma.

Uma decisão de 2017 poderia ter possibilitado uma mudança de comportamento na forma que se visualiza o cumprimento da pena e tem repercussão geral, ou seja, deve ser

aplicada a outras situações semelhantes, pois determina a indenização de um preso que, em virtude da falta de espaço na cela, dormia com a cabeça encostada no vaso sanitário.

"O Estado tem permitido, em razão da sua própria indiferença e desinteresse, que se transgrida o direito básico do penitenciário de receber tratamento justo e adequado. Tratamento que não incluía a exposição a meios cruéis e moralmente degradantes. Como estes que foram revelados neste caso, em que o interno não tinha sequer espaço para dormir, encostando a sua cabeça num vaso sanitário. Este comportamento é desprezível, é inaceitável. E é necessário fazer, um dos mais expressivos fundamentos, que dão suporte ao Estado de Direito, que é a dignidade humana", disse Celso de Mello. Recurso Extraordinário (RE) 580252

Apesar desta decisão ter repercussão geral, o mais provável é que ela deveria servir como parâmetro para a melhoria nos estabelecimentos prisionais do que propriamente o pagamento de indenizações. Porém casos semelhantes já foram sentenciados, sem nenhum resultado prático. Como a proibição, a partir de um caso concreto em 2006 que pessoas ficassem em container. Até hoje pessoas são colocadas em container, uma vez que não há mais vagas no sistema prisional.

Contrariando o teor da decisão, uma parte da sociedade e da classe jornalística fez inúmeras críticas, considerando injusto o pagamento de indenização a presos, mesmo que em situações degradantes. O fundamento da revolta advém da consideração deste não como ser humano, mas como um ser daninho que precisa ser controlado e contido.

Esta noção, historicamente constituída, possibilita as grandes autoridades, a manutenção do discurso de proteção para alguns humanos e não para todos, isto é, algumas condutas ainda serão consideradas normais e não lesivas aos seres, assim como de uma expansão das penas e dos crimes para estes.

Até mesmo a concessão realizada pelo Estado quanto algumas reivindicações, permite a manutenção do status atual, pois qualquer movimento acaba perdendo a capacidade combativa. Ou seja, a própria sentença delimitando uma indenização e a sua extensão a casos semelhantes, mesmo não sendo colocada em prática, já possibilita a compreensão de que o Estado está atendendo as demandas de todos.

O próprio discurso dos direitos humanos e suas consequentes declarações em que se reconhecem diversos direitos do homem como inalienáveis atingem este fim. Todavia, como já afirmado, estes tratados de direitos foram feitos para uma parte da comunidade, continuando por excluir determinados grupos.

As exigências das declarações modernas, de que todos os homens nasçam livres e iguais, é teórica, pois o homem já nasce submetido a autoridade paterna, e esta não é uma relação de igualdade, segundo Bobbio (2004).

1.7 – Direitos humanos

Portanto, a manutenção de um discurso de proteção dos direitos humanos é necessária para a permanência da estrutura atual, tanto nacional, como internacional, política e social. Não somente no Brasil certos grupos são estigmatizados ou tidos como inimigos. Em uma escala mundial, tem-se o estrangeiro, o hostil, que sempre foi o inimigo por excelência, ainda mais em um contexto de aumento das imigrações em virtude de guerras. Porém, dentro de um contexto americano, há o negro, tanto no Brasil como nos EUA, que continua a ser escolhido para punição. Além dos indivíduos com baixa renda e escolaridade.

A proteção de alguns, permite a violação de vários. Os que estão mais distantes do centro de poder serão os primeiros escolhidos a sofrerem agressões, pois é necessário o exercício do controle e certas concessões para a continuidade deste modelo.

Escolher certos grupos como inimigos permite que toda a comunidade também o identifique desta maneira, direcionando todo o desejo de punição a estes e não a outros grupos. É preciso saber que a submissão de um grupo e a criação de tipos penais com esta finalidade estão intrinsecamente relacionadas.

Os diversos tratados e convenções de direito internacional sempre tiveram em regra um destinatário diverso do vulnerável ou dos povos marginalizados. Para a existência do dominante, é essencial a presença do subjugado, a quem não cabem direitos. O estigma, a negação dos direitos mais básicos a sua sobrevivência colaboram com a neocolonização, em que o extermínio dos povos ocorre de maneira mais silenciosa, sendo realizada não somente pelo Estado, mas pelos outros grupos que identificam um como inimigo que precisa ser exterminado, ou pelo encarceramento, ou pela morte.

Numa sociedade aterrorizada pela violência urbana e que dia a dia, clama por soluções drásticas no combate à criminalidade, o Direito Penal é uma perigosa arma nas mãos daqueles que necessitam do respaldo popular e que traçam as políticas públicas de segurança e repressão (PINHO, 2006, sem página, XXVIII)

O sistema dos meios de comunicação favorece este processo na seleção dos fatos que serão noticiados. Sabe-se de uma especial vinculação entre a mídia e os delitos. Os empresários daquela interessam-se pela audiência, que poderia ser traduzida em lucro. Portanto, no momento de determinar o que será veiculado ou não, buscam o que atrairá a maior atenção do público.

Tragédias em geral, crimes, sangue, em regra, faz com que os índices do Ibope subam, tendo um lugar garantido nos jornais escritos e nos telejornais, sem esquecer filmes, séries,

entre outros. E, em muitos, o papel do criminoso é feito por um sujeito com características semelhantes.

A grande mídia tem sido um obstáculo a uma discussão aprofundada sobre a questão criminal. É ela que produz um senso comum que nós chamamos de populismo criminológico. Zaffaroni analisou como o declínio do público e a ascensão do privado, fizeram com que restasse ao Estado o poder de polícia. Se a política não tem como reduzir a violência que o modelo econômico produz, ela precisa mais do que um discurso, precisa de um espetáculo. E é nessa policização que a vítima (preferencialmente a rica e a branca) vai para o centro do palco, é ela que vai produzir as identificações necessárias para a inculcação de uma subjetividade punitiva. (MALEGUTI, 2012, p. 100)

Com o auxílio luxuoso da mídia e suas campanhas de alarme social, inculcaram as teorias do senso comum, ampliando o espectro punitivo, impondo penalidades mais severas, flexibilizando o dogma da pena como solução por excelência para os conflitos humanos. (MALEGUTI, 2012, p. 102)

O indivíduo, a partir do que é noticiado, crê em um aumento da criminalidade, ainda que não tenha havido qualquer mudança nos números totais da criminalidade. E, em resposta, exige um comportamento estatal. E, tem-se em regra a imagem daquele que espera que se cometa crime, que, como foi dito acima, é perpetuada.

1.8 Direitos Humanos e Medidas inclusivas

Ao buscar remediar ou diminuir um pouco as desigualdades latentes na sociedade brasileira, por vezes importa-se políticas adotadas em outros países, sem realizar as devidas adaptações a realidade do país.

Um exemplo disto é o sistema de cotas. Quando ele começou a ser utilizado no Brasil, levou em conta o fator etnia, sem considerar que a população brasileira é extremamente miscigenada. Portanto, considerar uma pessoa negra ou não acaba sendo subjetivo para alguns. Em virtude disso, teve-se o emblemático caso dos irmãos gêmeos idênticos em Brasília, em que um entrou pelo sistema de cotas na Universidade de Brasília, enquanto o outro não.

Adaptou-se, posteriormente, esta regra, para considerar a população que advém de escolas públicas, ou seja, o fator social/econômico, ao invés somente do fator etnia.

A presença desta política afirmativa trouxe, talvez, em alguns aspectos, mais exclusões do que inclusões, pois, de maneira errada e sem qualquer embasamento empírico, considerou-se que as vagas estavam sendo oferecidas a indivíduos que não tinham conhecimento e que não teriam condições de acompanhar outros alunos universitários.

Um estudo da Universidade da Bahia já comprovou que os alunos que entraram pelo sistema de cotas tiveram um desempenho acadêmico melhor ou igual aos alunos que não

entraram pelas cotas. Mesmo assim, a ideia continua sendo veiculada erroneamente, como se verdade fosse.

Para além disso, questiona-se, a partir de um texto de Raffaele de Giorgi se este é o caminho adequado, ou seja, de inclusão ou de especialização de direitos, ou se as diferenças ou abismos evidenciam-se ainda mais.

Caso se pretenda condicionar socialmente o direito, deve-se dizer então, que o direito sempre foi socialmente condicionado. Caso se reclame tutela jurídica de interesses difusos, fracos, excluídos, marginais, então, o problema se chama inclusão. (...) os sistemas sociais da sociedade moderna, quando funcionam racionalmente – ou seja, quando funcionam com base em seus pressupostos estruturais – produzem exclusão porque operam com base na inclusão universal, em condições estruturalmente determinadas pelo sistema. Nova inclusão significa, então, nova exclusão. Inclusão significa outra marginalidade. Grifo nosso (GIORGI, 1998, p. 160)

Portanto, há a produção da exclusão a partir da inclusão- ao tentar incluir certos grupos, reforça-se a exclusão em relação a eles – ou, quando se trabalha na lógica da inclusão universal (que todos são iguais) não se reconhece as diferenças. A própria ideia do sistema político na lógica da maioria representativa oculta as diferenças e as exclusões (marginalização ou falta de proteção de certos grupos).

Conclusão

Neste artigo, buscou-se delimitar de que forma ocorre o processo de construção do inimigo, do hostil, do “não humano”, a quem se nega as garantias mais básicas inerentes a dignidade de todo ser. Este processo não se iniciou há dez anos e sim há centenas de anos, cravando raízes profundas no modo de viver e de identificar os outros. Pois, não somente a visualização do inimigo é feita a partir da sua imagem, mas foi criada toda uma legislação com a finalidade específica de puni-los não a partir dos fatos praticados, mas sim do que eles são. Indivíduos que da escravidão, espancamento, torturas, encontraram uma nova forma de submissão, diferente, porém tão igual a primeira, que conseguiu manter a mesma estrutura, mesmo com a presença de declarações que proibiam certos comportamentos.

Há a conivência da sociedade com esta realidade, ao não contestar, ao repetir as impressões e discursos, em colocar supostamente seu bem estar antes do outro ou de imaginar que o inimigo é somente o outro e não ele.

O ser daninho, perigoso vai se alterando no tempo, de acordo com interesses políticos e econômicos, mas o que permanece, em regra, é o indivíduo negro, de baixa escolaridade e sem educação, pois isto é o que vemos todo o dia realizando fatos típicos que se encaixam

perfeitamente a sua conduta, não porque atingem bens jurídicos de maneira mais grave que outros, mas porque se determinou a punição destes e não de outros. Soma-se ao fato que estes indivíduos possuem, em sua maioria, somente o nível fundamental incompleto, por que a eles não era oferecido, mesmo após a libertação, educação de qualidade, a arma cívica que poderia transformar sua situação. Tem-se então um ciclo de violência que se renova, que se adapta aos novos tempos e exigências.

É necessário justificar o encarceramento deste, e nada mais lógico que a criação de tipos penais que possam atingir seu fim, isto é, ter um grande número da população negra aprisionada e submetida, porém de “forma legal”, no “cumprimento da lei”.

Enquanto não houver verdadeiros movimentos de contestação, que consigam modificar os alicerces em que se fundaram nossa sociedade, continuará ocorrendo, de forma indiscriminada, o aprisionamento de negros, violando seus direitos através da superlotação, da comida inadequada, do ambiente incompatível com a vida humana (container), pois a estes, não é proibido.

Bibliografia

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. – 3º Ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002

BATISTA, Vera Maleguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

BECKER, Howard S..**Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução Maria Luiza X. de Borges: revisão técnica Karina Kuschnir -1º Ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008

BOBBIO, Norberto (1909). **A Era dos Direitos**. 4 º Reimpressão, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas:Russell, 2008

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil, o longo caminho**. 18º ed – Rio de Janeiro: editora Civilização Brasileira, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André nascimento. – Rio de Janeiro: Revan, 2011

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**: tradução de Raquel Ramalheite. 35. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco: Vínculos com o Futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. . Tradução Marcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro. LTC, 1988, 4º Ed.’ 1

Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – junho 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 15 de março de 2019.

Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – junho 2014. Disponível em: http://www.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em 30 de maio de 2019.

McCOMBS, Maxwell . **Teoria da Agenda**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

PINHO, Ana Claudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Ed: Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006.

SANTOS, Boaventura, CHAUÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. – São Paulo: Cortez, 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEDESCO, Miguel Wedy. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **En la busca de las penas perdidas**. Bogotá: Ed. Temis, 1990.

_____. **O inimigo do direito penal**. Tradução de Sergio Lamarão. – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2º edição, revista e ampliada, junho de 2007

WAQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução, Adré Telles – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.