

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA-UNB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO, REGULAÇÃO E
POLÍTICAS PÚBLICAS

Leandro Moreira de Freitas Oliveira

“DO RACISMO ESTRUTURAL AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: IDEIAS PARA UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA E BEM ORDENADA, SEGUNDO A CONCEPÇÃO DE JOHN RAWLS”

“FROM STRUCTURAL RACISM TO THE UNCONSTITUCIONAL STATE OF AFFAIRS OF THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM: IDEAS FOR A MORE JUST AND WELL-ORDERED SOCIETY, ACCORDING TO THE CONCEPTION OF JOHN RAWLS”

Brasília

2024

LEANDRO MOREIRA DE FREITAS OLIVEIRA

“DO RACISMO ESTRUTURAL AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: IDEIAS PARA UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA E BEM ORDENADA, SEGUNDO A CONCEPÇÃO DE JOHN RAWLS”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UNB), como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Área de Estudo: Teoria Constitucional, Sociologia Jurídica, Direitos Humanos e Instituições Democráticas.

Orientador: Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes.

Brasília

2024

Oliveira, Leandro Moreira de Freitas

Do racismo estrutural ao estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro: ideias para uma sociedade mais justa e bem ordenada, segundo a concepção de John Rawls/Leandro Moreira de Freitas Oliveira – 2024

Orientador: Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes

Dissertação (mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito

1. Direito – Teses
2. Direito – Sociologia – Teses
3. Justiça – Equidade – Teses
4. Justiça – Instituições – Teses
5. Rawls, John, 1921-2020.

Ficha Catalográfica elaborada pelo Mestrando Leandro Moreira de Freitas Oliveira.

LEANDRO MOREIRA DE FREITAS OLIVERA

“DO RACISMO ESTRUTURAL AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: IDEIAS PARA UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA E BEM ORDENADA, SEGUNDO A CONCEPÇÃO DE JOHN RAWLS”

Dissertação apresentada e considerada APROVADA junto ao programa de Mestrado profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Universidade de Brasília-UNB, como requisito à obtenção do título de mestre em Direito (área de concentração: Direito, Justiça e Políticas Públicas).

Brasília, 27 de fevereiro de 2024.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes (Orientador)

Universidade de Brasília-UNB

Prof. Dr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Universidade de Brasília-UNB

Professor Dr. Thiago de Pádua

Membro externo

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a Deus e à minha família por todo o suporte que recebi desde que fui selecionado para o mestrado, que ainda coincidiu com a nomeação inédita em minha vida para assessorar o Exmo. Senhor Ministro Felix Fischer, por quem tenho profunda admiração e respeito. Não seria possível me dedicar à densa carga de leitura exigida pelas disciplinas cursadas bem como elaboração da presente dissertação sem o apoio e incentivo incondicional da minha esposa, Flávia Cristiane, que se desdobrou na criação de nossa filha nesse período em que o trabalho e o mestrado exigiram muito do meu tempo.

Em segundo lugar, não poderia deixar de agradecer a todos os colegas com quem aprendi tanto nos mais variados debates, seminários e outras atividades acadêmicas no decorrer do curso. Sem vocês, com certeza não conseguiria chegar neste ponto em que apresentarei o trabalho conclusivo. Decerto todos prestaram relevantes considerações que enriqueceram a troca de conhecimento, pelo que agradeço a todos e, em especial, ao meu colega Alisson, de quem recebi o apoio necessário para conseguir a almejada licença-capacitação sem a qual teria grandes dificuldades para a conclusão deste trabalho final. Que Deus, em sua infinita graça, abençoe todos vocês.

Em terceiro lugar, gostaria de agradecer a todos os professores com quem tive oportunidade de aprender tanto e que transformaram cada aula em momentos maravilhosos, em que a troca de ideias ocorria de forma respeitosa e ordenada, sempre sob a competente direção do docente responsável. Obrigado, professores Alexandre A. Costa, Fabiano Hartmann, Débora Bonat, Roberta Simões, Ana Cláudia Farranha, Daniela Marques, Marcos Faro e, acima de tudo, Professor Othon de Azevedo Lopes que, num auto desafio, aceitou me orientar neste trabalho que ora apresento.

Por fim, gostaria de agradecer a todos os servidores da área administrativa, em especial a Kelly, que sempre me prestou todo o suporte necessário às diversas demandas que surgiram no decorrer do mestrado, que o Senhor lhes conceda cem vezes mais, conforme o desejo do seu coração.

“I have a dream that one day, this nation will rise up and live out the true meaning of its principles: We think that these truths are self-evident, that all men are created equal”.

Martin Luther King, 28/8/1963.

“Considero um dever, não apenas para com o meu povo, mas também para a minha profissão, a prática do direito e a justiça de toda a humanidade. Clamar contra essa discriminação essencialmente injusta e oposta à toda a base da atitude em relação à justiça, que faz parte da tradição da formação jurídica neste país”

Nelson Mandela

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar, mesmo passados mais de três décadas da promulgação da Carta Política de nossa Nação (1988), a profunda existência de um racismo estrutural em nossa sociedade, que se manifesta pela marginalização e exclusão de grande parcela da população ao acesso equitativo à educação de qualidade e, por decorrência, às melhores oportunidades de emprego, além da necessária representatividade em espaços de poder, cuja presença de pessoas de cor negra e/ou parda ainda é pequena, o que vai de encontro ao princípio de igualdade equitativa a oportunidades, na concepção de John Rawls para a existência de uma sociedade justa e bem ordenada, como será demonstrado na primeira parte do trabalho.

A partir dessa constatação inicial, procuraremos aferir se há, ou não, uma seletividade penal pelos respectivos órgãos responsáveis pela persecução criminal e em que medida isso tem contribuído para o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional” já reconhecido pela Corte Suprema no seio da ADPF n. 347/DF, abordando sua origem histórica, elementos e evolução histórica, bem como o seu reconhecimento na realidade brasileira na qual, em virtude da inércia estatal, em especial do Poder Executivo, responsável pela estrutura do sistema prisional, agravado especialmente pela interpretação judicial da Lei n. 11.343/2006, entre outras mudanças legislativas que tendem a agravar esse quadro alarmante, em que se verifica uma violação massiva de direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, bem como da própria Lei n. 7.210/1984, que regula em nosso país a execução da pena aplicada em anterior processo criminal em que se acolheu a pretensão punitiva estatal.

Abordaremos ainda propostas para a construção de uma sociedade mais justa e bem ordenada onde, de fato e de direito, o ordenamento jurídico é efetiva e substancialmente aplicado a toda a sociedade, e não somente a uma minoria privilegiada, adotando, entre outros parâmetros, as ideias do filósofo John Rawls, que, em seus livros (“Uma teoria da Justiça” e “Liberalismo Político”), traz argumentos e ideais que, embora pensados para a realidade estadunidense, possuem aplicabilidade em nosso contexto.

Assim, por meio da leitura e fichamento de artigos doutrinários, dissertações de mestrado/doutorado, livros e outros documentos acadêmicos a respeito do tema, bem como dos casos concretos em que o instituto foi reconhecido na Colômbia e no Brasil, buscar-se-á definir o conceito do que é o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, bem

como propor algumas medidas a serem implementadas no âmbito do Poder Judiciário com o escopo de, ao menos, mitigar esse quadro com vistas à concretização do direito fundamental quanto à proibição de penas cruéis, do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da individualização da pena, entre outros previstos em nível de legislação infraconstitucional.

Outrossim, este trabalho terá como principal objetivo propor algumas medidas que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do mérito da ADPF n. 347, poderá determinar às demais instâncias do Poder Judiciário, bem como aos demais Poderes, com vistas à desconstrução do que se caracteriza como um quadro generalizado de violação aos mais salutares direitos e garantias assegurados àqueles que, muito mais que privados de sua liberdade em resposta à prática de um crime, também devem lidar com a privação de outros direitos que, embora previstos no ordenamento jurídico, não são efetivamente observados pelo Estado.

Além disso, este trabalho também tem por objetivo propor ideias com o escopo de proporcionar a criação de uma sociedade que será marcada pelo acesso igualitário àquilo que John Rawls denomina de “bens primários”, o que necessariamente irá impactar na redução da desigualdade econômica e da violência e crimes cometidos no seio da sociedade brasileira e, dessa forma, evitar a continuidade de uma política de encarceramento em massa da população mais vulnerável economicamente.

Palavras-Chave: Justiça como equidade. Racismo Estrutural. Criminologia. Estado Democrático de Direito. Direitos Humanos Fundamentais. John Rawls.

ABSTRACT

The objective of this work is to demonstrate, even more than three decades after the promulgation of the Political Charter of our Nation (1988), the profound existence of a structural racism in our society, which is manifested by the marginalization and exclusion of a large portion of the population to equitable access to quality education and, as a result, better employment opportunities, in addition to the necessary representation in spaces of power, whose presence of black and brown people is still small, which goes against the principle of equal opportunity in John Rawls's conception of a just and well-ordered society, as will be shown in the first part of the work.

From this initial finding, we will seek to assess whether or not there is a criminal selectivity by the respective bodies responsible for criminal prosecution and to what extent this

has contributed to the so-called "Unconstitutional State of Affairs" already recognized by the Supreme Court within ADPF 347/DF, addressing its historical origin, elements and historical evolution, as well as its recognition in the Brazilian reality in which, due to state inertia, especially the Executive Branch, responsible for the structure of the prison system, aggravated especially by the judicial interpretation of Law n. 11,343/2006, among other legislative changes and concrete cases that tend to aggravate this alarming situation, where there is a massive violation of fundamental rights, provided for in the Federal Constitution, as well as Law n. 7.210/1984 itself, which regulates in our country the execution of the sentence applied in a previous criminal process in which the state punitive claim was accepted.

We also will address proposals for the construction of a more just and well-ordered society where, in fact and in law, the legal system is effectively and substantially applied to the whole of society, and not only to a privileged minority, adopting, among other parameters, the ideas of the philosopher John Rawls, who in his books "A Theory of Justice" and "Political Liberalism") brings arguments and ideals that, Although designed for the American reality, they have applicability in our reality.

Thus, through the reading and filing of doctrinal articles, master's dissertations, books and other academic documents on the subject, as well as the concrete cases in which the institute was recognized in Colombia and Brazil, we will seek to define the concept of what is the "Unconstitutional State of Things" of the Brazilian prison system, as well as proposing some measures to be implemented within the scope of the Judiciary with the scope of at least mitigating this framework with a view to the realization of the fundamental right regarding the prohibition of cruel penalties, the principle of the dignity of the human person, as well as the individualization of the penalty, among others provided for at the level of infra constitutional legislation.

Moreover, this work will have as its main objective to propose some measures that the Federal Supreme Court, on the occasion of the judgment of the merits of ADPF n. 347, may determine to the other instances of the Judiciary, as well as to the other Powers, with a view to the deconstruction of what is characterized as a generalized framework of violation of the most salutary rights and guarantees guaranteed to those who, much more than deprived of their liberty in response to the commission of a crime, they must also deal with the deprivation of other rights that, although provided for in the legal system, are not effectively observed by the State, as well as propose ideas with the scope of providing the creation of a society that will be marked by equal access to what John Rawls calls "primary goods", which will necessarily

impact on the reduction of violence and crimes committed within Brazilian society and, in this way, avoid the continuation of a policy of mass incarceration of the most economically vulnerable population.

Keywords: Justice as Fairness. Structural Racism. Criminology. Democratic State of Rights. Fundamental Human Rights. John Rawls.

SUMÁRIO

Introdução	12-19.
1. Da Sociedade Justa e bem-ordenada	
1.1. Introdução.....	20-26
1.2. Teoria Ideal e não ideal.....	27-29
1.3. Ações afirmativas e sua compatibilidade com a teoria rawlsiana.....	30-33
2. Do Racismo Estrutural	
2.1. Introdução.....	34-45
2.2. Definição e Origem histórica.....	46-53
2.3. Casos concretos.....	54-70
3. Do Estado de Coisas Inconstitucional e a ADPF 347/DF	
3.1. Introdução.....	71-80
3.2. Origem, conceito, elementos e evolução histórica do instituto do ECI.....	81-90
3.3. Das Lei n. 11.343/2006 e 13.964/2019 e agravamento do quadro de encarceramento em massa no sistema prisional brasileiro.....	91-103
3.4. ADPF 347/DF.....	104-110
4. Conclusões	111-113
5. Referências	114-118

INTRODUÇÃO

No preâmbulo de nossa Lei Maior, aprovada num momento de ruptura com um regime ditatorial imposto pelos militares que durou mais de duas décadas, está escrito que é instituído um Estado Democrático, destinado a assegurar a todos o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, tendo como um de seus fundamentos “a dignidade da pessoa humana” e como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária por meio do desenvolvimento nacional com vistas à erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem a todas as pessoas residentes, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ao me deparar pela primeira vez com essas previsões da Carta Magna de 1988, ainda nos bancos de direito constitucional da Faculdade de Direito da hoje PUC-GO (1995), na ingenuidade de um jovem estudante, pensei que todos os problemas de nossa sociedade, que não são poucos, poderiam ser resolvidos a partir daquelas e de outras disposições da nossa Lei Maior. Ledo engano. Com efeito, em que pesem as diversas previsões normativas em prol da criação de uma sociedade onde todos os brasileiros viveriam de forma pacífica e ordeira, cooperando para o desenvolvimento da Nação por meio do trabalho honesto que edifica a todos, não se desconstroem séculos de injustiça e opressão por meio da escravidão da população negra da noite para o dia por meio de uma norma bem-intencionada, ainda que seja a Constituição Federal.

É preciso muito mais que isso para que aquelas previsões normativas, além da forma, possuam substancial efetividade em nossa sociedade, e isso passa pela indignação que moveu e move grandes homens como Zumbi, Martin Luther King, Nelson Mandela, Luiz Gama, entre tantos outros que não se calaram em face da continuidade de um regime que colocava um homem em posição de inferioridade a outro homem, em que pese terem sido criados iguais para se amarem com o mesmo amor com que o Criador os amou.

Neste trabalho, buscaremos demonstrar a origem histórica do racismo estrutural que, rege as mais diversas relações da sociedade brasileira, desde o anúncio de oferta de emprego a

peessoas, de preferência, não-pretas, ou a indignação gerada por anúncio em busca de *trainees* que comporiam o corpo executivo de grande empresa nacional, em virtude de serem vagas destinadas exclusivamente a pessoas negras que, de outra forma, dificilmente teriam acesso àquele posto de emprego, como ainda vemos nos mais variados postos de poder de nossa Nação.

O último Censo do Poder Judiciário, feito em 2013, mostrou que apenas 15,6% dos magistrados brasileiros eram negros, e desse conjunto 14,2% se declaram pardos e 1,4% pretos. Considerando o recorte por sexo, 1,4% dos homens se declararam pretos e 15%, pardos. Entre as mulheres magistradas, 1,5% se considerada preta e 12,7%, pardas, o que resultou na edição da Resolução n. 203/2015, por meio da qual o Conselho Nacional de Justiça determinou a reserva de ao menos 20% das vagas oferecidas em concursos públicos por meio da autodeclaração¹.

Tal representatividade se verifica no âmbito dos Tribunais Superiores, sendo que o Superior Tribunal de Justiça, que possui 33 (trinta e três) ministros em sua composição, não conta com uma mulher negra e somente um representante negro dentre os homens (Ministro Benedito Gonçalves), inexistindo na Corte Suprema qualquer membro do sexo masculino ou feminino que se declare negro ou pardo.

A sub-representação da raça negra ainda atinge o Parlamento Nacional, em que pese melhoria significativa nas últimas eleições, cuja composição atual possui 91 deputados federais e 135 parlamentares negros – pardos ou pretos, segundo a denominação do IBGE², o que ainda é muito pouco se considerarmos a existência de 513 (quinhentos e treze) deputados federais, além de 81 (oitenta e um) senadores, perfazendo o montante de 594 (quinhentos e noventa e quatro) parlamentares federais, em que pese a população negra/parda constituir mais de cinquenta por cento da população, representando avanço decorrente, dentre outros normativos, da Lei n. 12.288/2010, que aprovou o Estatuto da Igualdade Racial.

Tal representatividade ainda é verificada nos Estados e Municípios de nosso país, principalmente pelo alto custo das campanhas eleitorais, o que obsta a ascensão da população negra aos cargos políticos, dada a notória limitação de recursos que essa classe social possui. Como informa Geraldo Leite:

Nas eleições de 2016, os candidatos declarados pretos e pardos somaram 48,46% do total e, nas eleições de 2020, 50%. A taxa de êxito eleitoral, contudo, foi maior entre

¹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa: quantos juizes negros? Quantas mulheres? Jun.2023. Disponível em www.cnj.jus.br/pesquisa-do-cnj-quantos-juizes-negros-quantas-mulheres/ Acesso em 01/06/2023.

² Sítio: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2020/eleicao-em-numeros>. Acesso em 01/06/2023.

os candidatos declarados brancos, que ficaram com 57% das vagas na primeira eleição e com 53% das vagas na segunda. Mesmo com tais diferenças, há um relativo equilíbrio da participação dos dois grupos raciais na composição das Casas legislativas. Quando se examina a presença de pretos e pardos como chefes do Poder Executivo municipal, o desequilíbrio se acentua fortemente. Em 2016, esse grupo representou apenas 35% dos prefeitos eleitos e em 2020, mesmo havendo crescimento do número de candidatos, pretos e pardos somaram apenas 32% dos que se elegeram, tendo havido significativa redução. Quando se faz o cruzamento dos dados de recorte racial com os dados de gênero, nas eleições de 2020 mulheres pretas e pardas somaram 3,85% do total de prefeitos eleitos e 6,28% dos vereadores, cifras que estão longe de qualquer correspondência, ao menos aproximada, do contingente populacional.³

E prossegue o autor:

Transcorridos 134 anos da lei brasileira que pôs fim a mais de 300 anos de trabalho forçado, a abolição da escravatura segue inconclusa. Com efeito, o mesmo racismo que no passado forneceu tecnologia e argumento para a empresa colonial escravista e para a continuidade do escravismo durante o período imperial prossegue nos dias atuais a naturalizar micro agressões, exposições jocosas, subalternidades, exclusões, desigualdades, segregações, genocídios e ausência ou escassa presença das pessoas pretas e pardas nos espaços de poder e decisão política.⁴

Diante desse cenário, em que se verifica ainda a existência de uma discriminação contra a população negra do Brasil, ainda que de forma velada, permeada pela dificuldade no acesso à educação de qualidade de forma isonômica a brancos, pretos, amarelos etc., há ainda aqueles que se levantam contra a política de cotas para acesso às Universidades com o escopo de manutenção do *status quo* da sociedade colonizada em que o negro, longe de um sujeito de direitos, era visto com um objeto a ser explorado da forma mais cruel e produtiva possível para o enriquecimento da classe social privilegiada, a qual, nos dias atuais, ainda continua com larga hegemonia no acesso às melhores oportunidades de emprego, colocando na população negra a pecha discriminatória de “criminoso em potencial”.

Isso porque é nas periferias do País, onde moram os mais vulneráveis, o local em que as polícias atuam prioritariamente sob uma manifesta seletividade penal alicerçada na convivência/aprovação dos representantes do Ministério Público, incumbidos pela Constituição Federal da fiscalização das atividades policiais, bem como de grande parte do Poder Judiciário, resultando no reconhecido Estado de Coisas Constitucional do sistema carcerário brasileiro que, muito longe de ressocializar, é verdadeira escola do crime, na medida em que diversos estados da Federação são totalmente dominados pelas mais variadas facções criminosas, que obstam a efetividade do caráter ressocializador da pena.

³ Artigo Racismo Estrutural e representação Política, Revista Racismo Estrutural e Representação política, p. 86-105.

⁴ Artigo Racismo Estrutural e representação Política, Revista Racismo Estrutural e Representação política, p. 86-105.

Outrossim, no que se refere ao mapa da violência em nosso país, resta evidente a maior exposição da população negra, eis que

77% das vítimas de homicídios, realidade na qual a taxa de violência letal contra pessoas negras foi 162% maior que entre não negras. Também em 2021, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021), a letalidade policial fez 6.416 vítimas, das quais 78,9% eram da cor preta ou parda. Noutro quadrante, desta vez quanto à população encarcerada, pretos e pardos compuseram 66,3% do contingente total (LEITE, op. Citada, pág. 88).

A partir desse contexto social, em que a população negra, grande maioria de pessoas residentes nas mais variadas periferias e subúrbios de nossa Nação, cuja atuação policial é preponderante simplesmente por enxergar essa população como possíveis praticantes de diversos delitos, notadamente o tráfico de drogas e crimes patrimoniais, é que se caracteriza a seletividade penal dos órgãos de persecução penal, fenômeno que, ainda que invisível aos olhos de muitos operadores do Direito, não tem passado despercebido aos olhos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, em diversas manifestações jurisprudenciais, aquelas Cortes Supremas têm reconhecido esse viés odioso que busca a resolução de uma questão social por meio do direito penal, resultando em encarceramento em massa que coloca o nosso país na quarta posição mundial de pessoas privadas de liberdade, sem que, com isso, seja reduzida a grande quantidade de crimes cometidos que, ademais, muitas vezes sequer são objeto de esclarecimento e processo, gerando de forma paralela uma sensação de impunidade que dificulta a pacificação social, como será melhor detalhado no segundo capítulo deste trabalho.

Atualmente têm sido debatidas no seio da sociedade, seja a interna como a internacional, novas formas e/ou modelos de políticas estatais para o enfrentamento do problema social decorrente do uso indevido e do tráfico de drogas. Nesse contexto, há aqueles que defendem a permanência do atual sistema, de proibição ao uso de drogas, tratando o tráfico como um problema a ser solucionado pelo direito penal isoladamente, o que implicou, nos últimos anos, desde a aprovação da Lei n. 11.343/2006, um aumento exponencial da população carcerária em nosso país, notadamente da população mais vulnerável socialmente, destacando-se em sua maioria de negros e pardos, agravando ainda mais o já reconhecido estado de coisas inconstitucional do nosso sistema carcerário.

Por outro lado, há segmentos sociais atentos às mazelas concretas vivenciadas pela sociedade com a atual política de enfrentamento ao uso de drogas proscritas pela lei, que

defendem a adoção de outra postura em relação ao tema, notadamente diante da inércia do legislador. Está sendo objeto de discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal recurso extraordinário dotado de repercussão geral com efeitos vinculantes (RE n. 635.659) por meio da qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, o que tornaria atípica a conduta de possuir drogas para uso próprio, que será objeto de estudo neste trabalho, em especial quanto ao potencial de mitigação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário. Além disso, ainda estão em discussão critérios mais objetivos para diferenciar a figura do traficante da do usuário, haja vista a total subjetividade permitida pela redação do art. 28, §2º, da Lei de Drogas que, na prática, implica a criminalização como traficante de jovens negros moradores da periferia, como mais uma manifestação do racismo estrutural e seletividade penal existente na sociedade brasileira.

A prevalecer a segunda abordagem, diante da total ineficácia da atual política de combate às drogas que, embora tenha causado um encarceramento em massa, não provocou o desejo almejado de diminuição de drogas circulando e, acima de tudo, sendo experimentada pelos mais diversos segmentos de nossa sociedade, além do fortalecimento do crime organizado que lucra muito com o comércio ilícito, o que acaba por facilitar a corrupção de diversas autoridades, notadamente dos policiais mal remunerados deste País.

Nesse diapasão, verifica-se que a atuação do Poder Judiciário na interpretação da Lei n. 11.343/2006 tem contribuído sobremaneira no aumento de pessoas privadas de sua liberdade em virtude do cometimento dos diversos delitos previstos naquele normativo, notadamente o tráfico de drogas, previsto no art. 33 da referida lei, paradigma que vem sendo mitigado pelas instâncias superiores daquele Poder, bem como do Supremo Tribunal Federal, que atualmente analisa a ADPF n. 347, que visa à adoção de medidas para a mitigação desse quadro massivo de violações a direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro.

Segundo dados do Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça, levantados no período compreendido entre julho e dezembro de 2022, a população carcerária do Brasil chegou ao número de 648.692 (seiscentos e quarenta e oito mil, seiscentas e noventa e duas) pessoas privadas de sua liberdade, não sendo consideradas para esse fim a quantidade de 183.603 (cento e oitenta e três mil, seiscentos e três) pessoas em prisão domiciliar, com ou sem monitoramento

eletrônico, sendo que, desse montante, quase 62% (sessenta e dois por cento) são negros e pardos⁵.

De acordo com esse levantamento, o Brasil, em termos de números absolutos, possui a quarta maior população carcerária do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos (2.228.424), que admite a prisão perpétua em diversos estados, da China (1.657.812), país mais populoso do mundo, e da Rússia (673.818). (BRASIL, 2015, p. 12-13). Nesse relatório, revela-se que, entre dezembro de 2013 e dezembro de 2014, o número de pessoas presas no Brasil passou de 581.507 a 622.202, ou seja, um crescimento de 7% num ano. Apesar do elevado número de aprisionamentos e mesmo diante da tendência de crescimento contínuo da população carcerária brasileira, verifica-se que o número de construções de presídios e, conseqüentemente, de vagas no sistema prisional não está acompanhando esse quantitativo em expansão. Existe um déficit no sistema carcerário brasileiro de cerca de 231.062 vagas⁶.

O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça - CNJ divulgou, por intermédio do "Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil", que o número referente à população carcerária passaria a ser de 711.463 apenados, se forem incluídas na estatística as pessoas em situação de prisão domiciliar⁷, o que provocaria um déficit de vagas no sistema penitenciário de cerca de 354.244. Todavia, se forem contabilizados os mandados de prisão em aberto, que estão em torno de 373.991, a população carcerária passaria para mais de 1 milhão de pessoas (1.085.454). Nesse caso, o Brasil saltaria para a **terceira** maior população carcerária do mundo, ressaltando-se que o déficit de vagas chegaria a 728.325 se todos os mandados fossem cumpridos. Destaque-se que, hodiernamente, o Poder Público só tem capacidade para oferecer 357.219 vagas no sistema prisional⁸.

Por outro lado, em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União no sistema prisional brasileiro que resultou no relatório de auditoria TC 003.673/2017-0, realizado após o deferimento da liminar pelo STF nos autos da ADPF n. 347, que determinou a realização de audiências de custódia bem como a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário para

⁵ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. 2015. Disponível em www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen. Acesso em 02/06/2023

⁶ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. 2015. *Op. Cit.* Disponível em www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen. Acesso em 02/06/2023

⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*, jun. 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/imagens/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em 27/09/2021.

⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 2014. *Op. Cit.*

enfrentar o déficit de quase 250 mil vagas, da ordem de mais de 1 bilhão de reais, estimou-se que, para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário, ainda seria necessário o investimento de mais de R\$ 120.000.000,00 (cento e vinte milhões de reais), notadamente porque a liberação efetuada pelo FUNPEN não foi totalmente executada por todos os fundos estaduais, colhendo-se do relatório em tela que a perspectiva de criação de 42,5 mil vagas até o final de 2017 foi totalmente frustrada pela criação de apenas 1.490 entre 2016 e 2017, o que evidencia não se tratar apenas de uma questão de recursos, mas também da sua correta execução por meio de sistemas integrados do Governo Federal e diversos Estados de nossa federação, responsáveis pela administração da grande maioria de presídios existentes que abrigam a maioria da massa carcerária.

No Relatório de informações penais referente ao primeiro semestre de 2023- RELIPEN, elaborado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais, verifica-se um tímido decréscimo da massa carcerária, bem como em relação aos presos provisórios que, como será oportunamente demonstrado, ainda reflete uma mentalidade de encarceramento em massa, bem como demonstra a patente existência do racismo estrutural em nossa sociedade, na medida em que mais da metade da massa carcerária é composta por negros e pardos condenados, em sua grande maioria, por delitos patrimoniais e tráfico de drogas.

Assim, buscaremos neste trabalho demonstrar de que forma a interpretação judicial da Lei n. 11.343/2006, os impactos do chamado Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), entre outras mudanças legislativas que agravaram a pena imposta por diversos delitos, além da inclusão no rol de crimes hediondos que repercute na execução da pena na medida em que se exige o cumprimento de percentual maior para fins de progressão de regime e deferimento de outros benefícios executórios, têm contribuído para o aumento exponencial da massa carcerária em nosso país, notadamente em virtude da condenação a penas que, não obstante muitas vezes inferiores a quatro anos de reclusão, são cumpridas em regime inicialmente fechado.

Ademais, buscaremos também demonstrar a grande resistência à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em que pese muitas vezes se verificar a presença dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, além do alto percentual de presos provisórios, quase 40% (quarenta por cento) dos custodiados, que ainda perdura, apesar do reclamo dado pelo Pretório Excelso a fim de que os magistrados do país, ao impor a mais gravosa cautelar penal, considerem o estado alarmante do sistema prisional, impondo a prisão preventiva aos casos de maior necessidade.

Buscar-se-á, outrossim, sugerir algumas medidas que poderiam ser determinadas pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do mérito da ADPF n. 347 visando, ao menos, a redução de pessoas encarceradas e que poderiam, de forma satisfatória, cumprir penas alternativas.

Por outro lado, abordaremos o papel do Judiciário, Ministério Público e polícias em seus diversos órgãos na aplicação e/ou interpretação da Lei n. 11.343/2006 e outros delitos porquanto, muito mais que meros expectadores das políticas públicas criadas no âmbito do Poder Legislativo implementadas pelo Executivo, cabendo a eles a efetiva adoção de posturas compatíveis com nossa Lei Maior. Dentre seus princípios fundamentais, entre outros, estão o da dignidade da pessoa, diuturnamente violada pelos órgãos de repressão ao tráfico de drogas e outros delitos, e o do objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza, e da marginalização, o que, quando nos deparamos com notícias da repressão ao tráfico de drogas em estados como o Rio de Janeiro, entre tantos outros, parecem ser algo muito distante, sendo imperativa a adoção de políticas públicas para a implementação concreta desses valores constitucionais.

Assim, considerando o quadro carcerário do sistema prisional, além do fato de que o alto índice de crimes cometidos no País não será resolvido somente por meio do direito penal, traçaremos considerações quanto à teoria de John Rawls para a construção de uma sociedade mais justa e bem ordenada, precipuamente pela necessária ampliação de ações afirmativas, investimento na educação de qualidade e na primeira infância, dentre outras medidas com vistas à criação de uma sociedade bem ordenada, na qual todos os brasileiros terão acesso às melhores ocupações, pagarão seus impostos de acordo com o princípio da capacidade contributiva, recebendo das instituições governamentais o necessário retorno por meio de políticas públicas que melhorem a saúde e segurança pública, moradia, bem-estar, alimentação, lazer, entre outras necessidades vitais básicas previstas no art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal, que trata daquilo que o salário mínimo deve proporcionar, realidade distante do experimentado na atualidade.

1. Da Sociedade Justa e bem ordenada

1.1. Introdução

Na primeira parte deste trabalho abordaremos as ideias do filósofo John Rawls quanto ao que seria uma sociedade justa e bem ordenada, a partir da leitura de suas obras “Uma teoria da justiça” e “Liberalismo Político”, em que o autor discorre sobre os princípios necessários à construção de uma sociedade democrática na qual todos os membros têm acesso equitativo à educação e a oportunidades de emprego, entre diversos outros bens primários necessários à efetividade de uma vida digna.

Mas antes, creio ser necessário trazer algumas informações pessoais do referido pensador, na medida em que, a partir daí, é possível identificar suas influências facilitando, por conseguinte, a compreensão de suas ideias.

John Rawls foi um pensador norte-americano, nascido em 1921 em Baltimore, no estado de Maryland, com falecimento em 2002, aos 81 anos. Adepto do contratualismo, formou-se na Universidade de Princeton, onde mais tarde lecionaria a disciplina Filosofia Política, bem como na Universidade de Harvard, sendo autor, entre diversos outros artigos científicos, dos livros “Uma teoria da justiça” (1971), “Liberalismo Político” (1993) e “Direito dos Povos” (1999).

Rawls teve forte influência de autores como Locke, Rousseau e Kant, pensadores do contrato social assim como ele. Contudo, Rawls buscou inovar as ideias daqueles pensadores pensando nas ideias da posição original e do véu da ignorância como forma de determinada sociedade estabelecer parâmetros por meio dos quais seria possível a criação de princípios de justiça universalmente aceitos, como uma alternativa ao pensamento utilitarista predominante

pois, no entender de Rawls, essa corrente de pensamento seria extremamente frágil para o escopo de dar base às instituições democráticas constitucionais.

Com efeito, o utilitarismo teria como premissa fundamental a obtenção de máxima felicidade à maior parte da população de determinada sociedade, ainda que ao custo de uma minoria que até poderia ser oprimida para a obtenção daquela felicidade legitimando, *verbi gratia*, o massacre de cristãos pelo Império Romano, pois grande parte da população se divertia com aquelas encenações monstruosas onde leões devoram até mesmo crianças, além de seres humanos serem colocados como tochas da então sombria cidade de Roma, o que afronta a mais mezinha noção de moral. Assim, Rawls desenvolve a ideia da posição original em que as pessoas, em um exercício hipotético, colocam-se numa situação em que estariam privadas de seus conceitos e preconceitos sobre o que é certo ou errado, crenças religiosas ou posição na sociedade. Como elucidado de forma brilhante pelo autor Michael Sandel:

Em sua Teoria da justiça (1971), ele argumenta que a maneira pela qual podemos entender a justiça é perguntando a nós mesmos com quais princípios concordaríamos em uma situação inicial de equidade? Rawls raciocina da seguinte forma: suponhamos que estamos reunidos, como agora, para definir os princípios que governarão nossa vida coletiva — para elaborar um contrato social. Que princípios selecionaríamos? Provavelmente teríamos dificuldades para chegar a um consenso, Pessoas diferentes têm princípios diferentes, que refletem seus diversos interesses, crenças morais e religiosas e posições sociais. Algumas pessoas são ricas, outras são pobres; algumas têm poder e bons relacionamentos outras, nem tanto. Algumas fazem parte de minorias raciais, étnicas ou religiosas; outras não. Temos de chegar a um consenso. Mas até mesmo o consenso refletiria o maior poder de barganha de alguns sobre o dos demais. Não há motivos para acreditar que um contrato social elaborado dessa maneira seja um acordo justo.⁹

Rawls ainda exige duas condições a fim de garantir a igualdade dos homens na posição original. A primeira são as condições de racionalidade, expressas por uma noção própria de bem e por um senso de justiça, pois os homens já têm uma ideia de justiça enquanto princípios que eles acreditam estabelecer uma boa distribuição de benefícios e deveres na cooperação social; diz ele que “o desejo geral de justiça limita a perseguição de outros fins”, de outros bens. Além dessas exigências da racionalidade, Rawls recomenda, ainda, que “os participantes da posição original tenham conhecimentos de Psicologia, Sociologia e Economia, para facilitar na caracterização da condição de igualdade. Mas é necessária ainda uma outra condição: o véu da ignorância, como total desconhecimento da posição específica de cada colaborador. Isso impossibilitaria saber o que beneficiaria mais o outro do que a si próprio, obrigando cada

⁹ SANDEL, Michael. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Ed. Civilização Brasileira, p. 2-3.

participante a escolher o melhor para si, porém não em detrimento dos outros, mas em vista do melhor para todos, uma vez que os prejuízos poderiam recair sobre si mesmo”¹⁰.

O “véu da ignorância” é o meio pelo qual as pessoas não saberiam quem elas realmente são, suas posições na sociedade, concepções morais, políticas e religiosas, raça, etnia, entre outros caracteres que formam a identidade humana. No dizer de Rawls:

Os princípios de justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância. Isso garante que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Já que todos estão em situação semelhante e ninguém pode propor princípios que favoreçam sua própria situação, os princípios da justiça são resultantes de um acordo ou pacto justo.¹¹

Assim, estando temporariamente naquela condição, não teríamos conhecimento da classe social ou gênero que teríamos, tampouco saberíamos a qual raça ou etnia pertenceríamos, e quais as nossas opiniões políticas ou crenças religiosas. Da mesma forma, não teríamos conhecimento das nossas vantagens ou desvantagens, se somos saudáveis ou frágeis, se teríamos alto grau de escolaridade ou se seríamos analfabetos, nascidos em família estruturada ou não, entre diversas outras características por meio das quais poderiam exercer qualquer tipo de barganha na posição original, o que inevitavelmente ensejaria, ao menos teoricamente, a escolha de princípios justos para a sociedade.

Assim, na posição original, não seria admitida a escravidão da raça negra vivenciada no mundo, uma vez que as pessoas não saberiam a qual raça pertenceriam. Da mesma forma, não seria admitida a perseguição ou opressão a minorias por fatores como convicção religiosa ou moral, na medida em que haveria a possibilidade de sermos participantes dessa minoria perseguida, entre tantos outros exemplos que poderiam ser citados, notadamente a discriminação e a marginalização experimentadas pelas camadas sociais mais vulneráveis, que serão objeto de estudo em tempo oportuno no presente trabalho.

Outrossim, na posição original colocados sob o véu da ignorância, Rawls acredita que poderiam ser criados dois princípios universais de justiça cuja prioridade seria lexical, ou seja, em caso de eventual colisão, o segundo deveria dar lugar ao primeiro, que consiste na garantia das mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos, como a liberdade de expressão e religião,

¹⁰ OLIVEIRA, Willian Coelho de. Artigo Justiça como equidade em John Rawls uma leitura acerca do seu status de teoria alternativa. Revista Direito e Liberdade – ESMARN – Mossoró – v. 1, n. 1, p. 483-492 – jul/dez 2005.

¹¹ RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. Ed. Martins Fontes, p. 15.

orientação sexual etc. e que necessariamente teria precedência sobre considerações quanto a utilidade social e bem-estar geral.

Por sua vez, o segundo princípio está ligado à equidade social e econômica, permitida pela teoria rawlsiana a existência de desigualdades econômicas que, contudo, deveriam necessariamente beneficiar os membros menos favorecidos da sociedade na obtenção dos bens primários, definidos como “aquilo que elas precisam em seu *status* de cidadãos livres e iguais e de membros normais e plenamente cooperativos da sociedade durante toda a vida” (RAWLS, Op. Citada, p. XXXVIII do Prefácio).

O segundo princípio defende que as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos, que seriam aplicáveis à estrutura básica da sociedade, regendo a atribuição de direitos e deveres, além de regularem a distribuição das vantagens sociais e econômicas (RAWLS, Op. Citada, p. 73).

Como explica de forma simples o professor Carlos Alberto Molinaro a respeito dos dois princípios da justiça propostos por Rawls:

A proposta rawlsiana de justiça como equidade, desde seu imperativo de imparcialidade, está fundada em dois princípios inderrogáveis: (a) toda pessoa tem igual direito a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais, que seja compatível com um esquema similar de liberdades para todos; e nesse esquema, as liberdades políticas iguais, e só elas, não de ter garantido seu valor equitativo (b) As desigualdades econômicas e sociais não de satisfazer duas condições: primeira, devem ser associadas a cargos e posições abertos a todos em condições de uma equitativa igualdade de oportunidades; e segunda, devem procurar o máximo benefício dos membros menos favorecidos da sociedade.¹²

Cumprido destacar que Rawls, no seu livro “Justiça como equidade: uma reformulação”, lançado em 2003, reforça a ideia trazida originariamente em “Teoria da Justiça”, de 1971, na medida em que propõe que “o primeiro princípio (liberdade) deve ser assegurado de forma que cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; ao passo que o segundo princípio (equidade econômica e social) deve ser trazido à existência de forma

¹² MOLINARO, Carlos Alberto. Artigo Teoria da Justiça em John Rawls (uma metódica procedimental – posição original e véu da ignorância – desde um confronto com as instituições morais, viabiliza o desenho de uma “justiça substancial” dotada de princípios razoáveis e consagradora de uma estrutura social básica estável) – brevíssimo esboço de uma leitura. Revista da Ajuris- Associação dos juizes do Rio Grande do Sul, Ano. XXXVII – Nº 124, dez/2011, pág. 6.

que as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade de oportunidades; e, em segundo lugar, tem de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade”¹³, tendo-se sempre em mente que o justo tem primazia sobre o bem pois “a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento” (Rawls, 1971, p. 4).

Mas, e se tratarmos de forma igual indivíduos da sociedade que, naturalmente, possuem diferenças quanto às suas capacidades, talentos e outras aptidões obtidas com o nascimento e treinamento árduo? Por certo seria também injusto tratar de forma igual aqueles que, por motivos alheios à sua vontade, são desiguais na medida em que isso destoaria até mesmo da máxima aristotélica segundo a qual justiça inclui também de tratar de forma igual aqueles que são iguais e de forma desigual aqueles que são desiguais na medida de sua desigualdade, o que, na teoria de Rawls, recebe a denominação de princípio da diferença que “corrige a distribuição desigual de aptidões e dotes sem impor limitações aos mais talentosos”, estimulando, assim, “os bem-dotados a desenvolver e exercitar suas aptidões compreendendo, porém, que as recompensas que tais aptidões acumulam no mercado pertencem à comunidade como um todo” (SANDEL, Op. Citada, pág. 12).

Como explica o também professor de Harvard:

Rawls repudia o mérito moral como fundamento da justiça distributiva com base em dois argumentos. Primeiramente, como já vimos, ter o talento que me coloque em uma situação privilegiada na competição em relação aos demais não é um mérito completamente meu. Mas uma segunda contingência é igualmente decisiva: as qualidades que uma sociedade valoriza em determinado momento, também moralmente arbitrárias. Ainda que eu pudesse reivindicar a propriedade única de minhas aptidões sem problema, ainda teria de considerar que as recompensas dessas aptidões dependeriam das contingências de oferta e procura. Na Toscana medieval, pintores de afrescos eram muito valorizados; na Califórnia do século XXI, valorizam-se os programadores de informática, e assim por diante. Se minhas habilidades valem muito ou pouco, isso depende do que a sociedade esteja demandando. O que determina aquilo que se considera contribuição depende das qualidades que cada sociedade valoriza.¹⁴

¹³ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa e FILHO, Jorge Luís Ribeiro. Artigo O ideal de justiça política e constituição em John Rawls – Análise dos pontos principais da “teoria da justiça como equidade”. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 48, nº 189, jan/mar.-2011, p. 213

¹⁴ SANDEL, Michael. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Ed. Civilização Brasileira, Cap. 6, p. 15.

Dessa forma, na visão de Rawls, não haveria problema em que determinadas pessoas, beneficiadas por sua própria inteligência ou talento natural para a prática de um esporte, entre outros exemplos que poderiam ser citados, acumulassem mais riqueza que outra sem essas aptidões. Contudo, essa acumulação díspar de riqueza necessariamente deveria beneficiar da melhor forma possível aqueles da sociedade colocados em posições inferiores, por meio, por exemplo, de uma taxaçaõ diferenciada sobre aqueles que ganham mais em virtude de suas aptidões naturais, cujos recursos seriam destinados à melhoria da vida dos demais.

A partir do estabelecimento dos princípios de justiça que regerão a estrutura básica da sociedade, no nível mais alto de abstração, vai-se progredindo sucessivamente, com a análise das mais variadas questões de justiça que certamente surgirão, culminando na necessária elaboração de uma convenção constituinte, e daí uma Constituição, em que necessariamente será possível determinar um sistema que contenha a estrutura e funções do poder político e dos direitos fundamentais, respeitados sempre os princípios de justiça já adotados na posição original.

Assim, consoante já previsto em nossa vigente Constituição Republicana, seriam garantidas as liberdades de consciência e de pensamento, entre outras liberdades pessoais e igualdade de direitos políticos, sociais e econômicos. Como pontifica o professor Ricardo, P. Mendes da Silva:

O princípio da igual liberdade para todos constitui o padrão primário para a convenção constituinte. As exigências principais são que as liberdades fundamentais da pessoa e da liberdade de consciência e de pensamento sejam protegidas, e que o processo político, no seu conjunto, constitua um processo justo. O segundo princípio, que intervém na etapa legislativa, obriga que as políticas econômicas e sociais se orientem para a maximização das expectativas a longo prazo dos menos favorecidos, respeitando as condições da igualdade equitativa de oportunidades e mantendo as liberdades iguais para todos. Aqui o conjunto de fatos econômicos e sociais é relevante. A última etapa é a da aplicação das regras constituídas aos casos concretos, realizada pelos juizes e autoridades administrativas. Os fundamentos e limites do dever e obrigação políticos são aferidos a partir da posição original. Nessa fase de aplicação das regras constituídas, deve prevalecer a teoria da obediência parcial, que é excepcionada pelos casos de desobediência civil e da objeção de consciência.¹⁵

A partir desse raciocínio, os juizes, na aplicação das leis aprovadas pelo Parlamento, bem como as demais instituições responsáveis pela persecuçãõ penal objeto deste trabalho, deveriam buscar, por meio de suas decisões, sopesar se estãõ aplicando a norma de forma

¹⁵ SILVA, Ricardo P. Mendes da. Artigo Teoria da Justiça de John Rawls. Revista de Informação Legislativa, n. 138, abr./jun. 1998, p. 194.

isonômica e equitativa a todos os membros da sociedade, não importando a posição social, raça, convicção moral ou religiosa, uma vez que a igualdade de todos perante a lei deveria passar da forma para a substância, realidade ainda distante na nação brasileira, onde a lei penal é dura em alguns poucos artigos que tipificam condutas inaceitáveis, como crimes patrimoniais e tráfico de drogas praticado pelas camadas mais pobres da sociedade – como se isso fosse inexistente nas mais abastadas – tanto que a grande maioria da população carcerária é constituída de pessoas negras e pardas, jovens e moradores das periferias, sem curso superior, que cresceram em famílias disfuncionais.

Corroborando essa afirmação, oportuna e pertinente a conclusão a que chegou o então mestrando que, após profunda investigação da chamada “guerra às drogas” nos Municípios de Vitória e outros como Cariacica e Serra, pondera algo que se estende a todas as capitais do País no sentido de que

a realidade do sistema de justiça criminal nos municípios abordados nesta pesquisa é o de que prepondera a autuação por tráfico de drogas de moradores de bairros pobres, que portam pequena quantidade das drogas maconha, cocaína ou crack. Tal realidade é consequência de uma seletividade penal que se inicia na fase investigativa, quando o Delegado de Polícia opta por autuar a pessoa apreendida como usuário ou traficante de drogas.¹⁶

Diante desse cenário de tanta desigualdade e tratamento díspar a membros da sociedade, devemos nos voltar ao pensamento rawlsiano a fim de que possamos todos, colocando-nos naquela posição original sob um véu da ignorância, repensar o modelo de sociedade que queremos, na qual serão efetivamente garantidos os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, entre outros princípios fundamentais da nossa Carta Política, os quais hoje, passados mais de vinte anos de sua promulgação, ainda são anseios distantes da vontade do Constituinte, sendo certo que é preciso reduzir o mais rápido possível as desigualdades existentes não somente através de ações afirmativas, mas também das atitudes individuais de cada membro da sociedade, notadamente daqueles ocupantes de posições investidas de autoridade.

¹⁶ NIGUEL, Elcio Cardozo. Ebook: A lei não é para todos: a seletividade penal da Lei de Drogas na Grande Vitória/ES. Disponível em www.amazon.com.br, acesso em 02/09/2023.

1.2 . Teorias ideal e não ideal

Rawls tratou de poucas questões sociais práticas de justiça, pois concentrou os seus esforços e esteve preocupado com o que constituiria uma sociedade justa no âmbito da teoria ideal. Contudo, isso não implica dizer que muitas preocupações sociais não estivessem presentes em suas reflexões filosóficas. Assim, questões relacionadas a como corrigir as injustiças do passado estão fora do âmbito mais específico de sua teoria, na medida em que pertencem à teoria não ideal.

Não obstante, verifica-se em diversos doutrinadores e pesquisadores das ideias de Rawls a sua compatibilidade com o ideal das ações afirmativas, diante das injustiças perpetradas no decorrer da história, como a escravidão e a exploração da raça negra, que até os dias atuais ainda possui diversas repercussões, como a negativa ao acesso igualitário à educação de qualidade e, por conseguinte, às mesmas oportunidades de emprego, fato que, como será demonstrado na segunda parte deste trabalho, ainda está distante da realidade brasileira.

Com efeito, não vivemos em um mundo ideal onde os membros da sociedade, colocados na posição original sob o véu da ignorância, decidiriam os princípios fundamentais que a regeriam, o que provavelmente iria implicar a absoluta vedação à restrição da liberdade de qualquer de seus membros, bem como a sua exploração aviltante como, infelizmente, ocorreu por séculos em diversos países americanos com o escopo de angariar recursos em grande escala para uma elite branca da Europa, então dominadora dos meios de produção e da cultura do que seria o certo ou o errado, imposto aos demais com uso da violência, se necessário fosse.

Como enfatiza o professor Renivaldo Oliveira:

Caso se considerasse que não há uma sociedade em que todos os pressupostos da teoria da justiça como equidade tivessem sido atendidos, a teoria ideal rawlsiana ainda assim inspiraria compreender as ações afirmativas como demanda não ideal, porém, necessárias para superar as consequências de circunstâncias sociais injustas, ou de contingências fortuitas. Mesmo que as ações afirmativas não façam parte da chamada estrutura da teoria ideal, ou seja, parte daquilo que os dois princípios de justiça são utilizados para descrever, ainda assim, não se visualiza necessariamente uma incompatibilidade com tais princípios.¹⁷

E prossegue o supracitado autor:

Deve-se supor que, na teoria ideal, não há injustiças históricas a serem corrigidas, como por exemplo, a opressão de mulheres e o racismo para com os negros. Já com base na perspectiva da teoria não ideal, presume-se que as pessoas em condições reais,

¹⁷ FORTES, Renivaldo Oliveira. Artigo: A justiça como equidade de John Rawls e as suas implicações para a política de ações afirmativas. Editora da PUC-RS, ISSN 0042-3955, p. 20.

à luz do ideal de justiça, fortalecerão as ações afirmativas direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas-raciais, inclusive, adotando medidas de incentivos e critérios de prioridade no acesso aos recursos públicos e ao sistema de ensino público ou privado. Nesse sentido, presume-se que os princípios para as circunstâncias ideais podem legitimar abordagens de questões do campo da teoria não ideal, como as ações afirmativas e outras questões sobre como lidar com injustiças em condições históricas, econômicas e naturais.¹⁸

Dessarte, no contexto do Estado Democrático de Direito previsto em nossa Lei Maior, pretende-se que as ações afirmativas assumam um papel precípua de promoção da igualdade. Através delas, grupos considerados desfavorecidos ao longo da história são beneficiados, no afã de incluí-los na construção da democracia.

Outrossim,

pode-se inferir que as ações afirmativas são legítimas se utilizadas como meio de compensar aqueles que sofreram as consequências de injustiças causadas por desrespeito aos princípios de justiça na aquisição e na transferência, materializando o princípio de retificação de injustiças. Tal compensação deve ser feita a partir dos bens maculados pelas injustiças passadas, independentemente de considerações acerca de quem os possui ou de quem de fato perpetró as violações aos dois primeiros princípios. Ela é devida ainda que se tenha de zerar o registro histórico de injustiças.¹⁹

Por outro lado, quando buscamos assegurar a igualdade prevista no *caput* do art. 5º da Carta Política, temos que pensar não somente na abertura de melhores oportunidades de emprego e acesso à educação, saúde, segurança, entre diversos outros bens primários necessários à fruição de uma vida digna, mas também que seja assegurado, no decorrer do processo de construção de uma sociedade bem ordenada, o mínimo existencial, a fim de que seja possível o desenvolvimento pleno das capacidades de seus membros com vistas à imediata redução das desigualdades existentes, seja por meio de um sistema tributário mais justo, com foco no patrimônio e renda, e não no consumo; redução da seletividade penal, hoje a dinâmica cruel de nosso sistema de justiça criminal, entre diversos outros exemplos que poderiam ser citados, como o direito de pensamento e manifestação, livre de ameaças ou qualquer tipo de censura ou perseguição.

Como defende Rawls, em sua obra *Liberalismo Político*, *verbis*:

Em vista do papel especial da estrutura básica, é natural que façamos a seguinte pergunta: qual é o princípio segundo o qual pessoas morais livres e iguais podem aceitar o fato de que as desigualdades sociais e econômicas são de modo profundo influenciadas pela fortuna social e por contingências naturais históricas? Como as partes consideram a si mesmas pessoas assim, o ponto de partida evidente para elas é supor que todos os bens sociais primários, incluindo a renda e a riqueza, deveriam ser

¹⁸ Op. Citada, p. 22-23.

¹⁹ ROCHA, Bruno Anunciação; GALUPPO, Marcelo Campos. Artigo: Ações afirmativas e Libertarismo: um estudo das ações afirmativas a partir da teoria libertária de Robert Nozick, p. 24.

iguais, todos deveriam ter uma parcela igual deles. Mas elas devem levar em conta a eficiência econômica e as exigências organizacionais. Por isso, não é razoável parar na divisão igual. A estrutura básica deve permitir desigualdades organizacionais e econômicas, desde que melhorem a situação de todos, inclusive a dos menos privilegiados, e essas desigualdades devem ser compatíveis com a liberdade igual e com a igualdade equitativa de oportunidades. Porque o ponto de partida das partes são quinhões iguais; aqueles que se beneficiam menos (considerando a divisão igual como referencial) têm, por assim dizer, um poder de veto. E, desse modo, as partes chegam ao princípio de diferença. Aqui, uma divisão igual é aceita como referencial porque isso reflete como as pessoas se situam quando são representadas como pessoas morais livres e iguais.²⁰

Desse excerto, aferimos que, no pensamento rawlsiano, é possível a existência de desigualdades sociais e econômicas em uma sociedade bem ordenada. Contudo, como enfatiza Rawls, essas desigualdades necessariamente devem se voltar em benefício das populações mais vulneráveis, realidade bem distante da brasileira, na qual a grande desigualdade aferida no acesso aos bens primários se perpetua na posse das classes mais favorecidas, com um controle das hipossuficientes por meio da lei penal e sua seletiva aplicação em relação a determinadas classes sociais, moradoras das periferias e subúrbios das diversas capitais de nosso país.

Ademais, para a concretização do pensamento de Rawls, faz-se mister a melhoria no acesso universal à educação de qualidade, que desaguará no oferecimento de melhores oportunidades de empregos a todos os membros da sociedade, reduzindo o abismo hoje existente na sociedade brasileira entre uma minoria privilegiada, inferior a 5% da população, mas que detém em suas mãos mais da metade da riqueza gerada em nossa Nação, assegurando a continuidade desse *status quo* por meio de mecanismos que perpetuam a miséria da população, notadamente a negra e parda que, mesmo passados mais de dois séculos de abolição da escravidão, continua ainda sendo marginalizada e alvo primordial da ação policial.

Ressalte-se que não se defende a impunidade por crimes praticados por quem quer que os cometa, mas sim que a manifesta seletividade penal hoje existente e voltada aos hipossuficientes seja mitigada, combatendo-se com o mesmo rigor delitos praticados pela classe social favorecida, dentre os quais se destacam os crimes de colarinho branco, de corrupção passiva e ativa que desviam bilhões de recursos públicos das finalidades essenciais para os quais foram destinados e, de forma ilícita, são desviados em benefício de poucos.

²⁰ RAWLS, John. Liberalismo Político. Ed. Martins Fontes, p. 334.

1.3. Ações afirmativas e sua compatibilidade com a teoria rawlsiana

Certa vez, conversando com um colega de gabinete no qual trabalhávamos, voltado ao julgamento de recursos criminais, sobre seletividade penal, racismo estrutural, ações afirmativas para a criação de uma sociedade mais justa na qual todos os cidadãos, não somente na forma, mas em substância, usufruíssem de todos os direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico, fiz uma pergunta para saber o que ele pensava sobre ações afirmativas para a população negra como uma forma de reparar séculos de escravidão que até os dias de hoje ainda traz efeitos negativos para essa classe.

Como resposta, sem entrar no mérito de ser justa ou injusta a prática da escravidão, meu colega me fez outra indagação em forma de resposta: por que ele, como um cidadão que nunca praticou a escravidão contra o próximo, deveria ter seus direitos, ou de sua descendência, a menor em nome de um suposto erro cometido por outras pessoas num passado distante?

Para responder a essa indagação, devemos pensar se teríamos, ou não, uma responsabilidade moral coletiva por práticas injustas de nossos antepassados. Refletindo sobre o tema, o professor Michael Sandel aduz:

A resposta a essa objeção depende do difícil conceito de responsabilidade coletiva: Temos a responsabilidade moral de corrigir erros cometidos por uma geração anterior à nossa? Para responder a essa pergunta, precisamos entender melhor a origem das obrigações morais. Temos obrigações apenas como indivíduos ou algumas obrigações nos são impostas como membros de comunidades com identidades históricas.²¹

No entender desse discente, ainda que não tenhamos praticado contra *outrem* a injustiça da escravidão, nunca poderemos construir uma sociedade justa e bem ordenada se fecharmos os olhos para o nosso passado, daí a importância de conhecermos profundamente a história de nossa Nação e procurar a conexão com a realidade atual, que ainda perpetua um sistema opressivo de acumulação de riquezas na mão de poucos, relegando à raça negra a posição de classe social inferior, ocupante de postos de trabalho que não exigem qualquer qualificação, sendo ainda objeto de preferência na atuação dos órgãos de persecução penal, que deveriam de forma isonômica buscar a elucidação de todos os crimes praticados em prejuízo da sociedade, seja quem fosse o sujeito ativo, como vimos, por exemplo, na conhecida Operação Lava jato, que expôs a corrupção institucionalizada e largamente praticada pela classe política e empresários detentores de grande poder econômico, cujas consequências para a sociedade

²¹ SANDEL, Michael. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Ed. Civilização Brasileira, Cap. 7, p. 5

brasileira são muito piores se comparado ao de um roubo praticado em que pequena quantia é desviada do seu titular, sendo certo que para a mitigação desse quadro é imperativa a adoção e ampliação de ações afirmativas a fim de que seja atingido de fato o ideal proposto por Rawls quanto à construção de uma sociedade em que as desigualdades sociais, econômicas e políticas serão reduzidas e canalizadas em benefício da população mais vulnerável.

Como enfatiza Fortes:

As ações afirmativas sob a perspectiva do liberalismo político devem ser vistas como um meio de realizar a justiça em sociedades profundamente desiguais. Essas ações preservam a compatibilidade entre a justa igualdade de oportunidades e a dignidade da pessoa humana. O tratamento igual a cada cidadão como pessoa portadora de direitos e de liberdades fundamentais, preserva a autonomia e garante a perspectiva da igualdade de oportunidades no acesso às políticas econômicas e sociais. Sob condições não ideais de uma sociedade justa, além das ações afirmativas estarem em conformidade com a justa igualdade de oportunidades, elas podem contribuir para acelerar a igualdade de fato.²²

Diante do que foi dito, ainda que membros individuais da atual sociedade não tenham qualquer responsabilidade em virtude da ausência de condutas que caracterizem a escravidão ou exploração de seu semelhante, é impossível a construção de uma sociedade justa e bem ordenada de forma estável sem que se olhe para as injustiças praticadas no passado. E notadamente quando, em virtudes dessas injustiças, verifica-se uma profunda disparidade social e econômica no seio da sociedade para a qual se torna impositiva a adoção de políticas públicas com o escopo de se reduzir o abismo vivenciado entre pessoas que, à luz da Constituição Federal, deveriam gozar dos mesmos direitos e garantias, o que, na atual realidade, ainda distante de ser superada, não passa de uma previsão normativa meramente formal e bem-intencionada.

Não é por outro motivo que o legislador infraconstitucional, atento às mazelas decorrentes da prática por mais de dois séculos da injustiça da escravidão no Brasil, aprovou o conhecido “Estatuto da Igualdade Racial” por meio da Lei n. 12.288/2010, cujo objetivo primordial é “garantir à população negra a **efetivação** da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.888/2010), objetivo que, aos poucos e mediante acirrada luta, vem sendo implementado a passos de tartaruga na sociedade brasileira, uma vez que não se desconstroem séculos de injustiça e opressão contra a raça negra em alguns anos de vigência de normas protetivas.

²² FORTES, Renivaldo Oliveira. Artigo: A justiça como equidade de John Rawls e as suas implicações para a política de ações afirmativas., Editora da PUC-RS, ISSN 0042-3955, páginas 35-36.

Nesse importante diploma legal, há expressa previsão do uso de ações afirmativas para a consecução de seus objetivos, conceituadas como “os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades” (art. 1º, parágrafo único, inc. VI, da Lei n. 12.888/2010), o que, de per si, já constitui importante avanço, uma vez que antes disso sequer havia o reconhecimento estatal das desigualdades decorrentes das diversas raças existentes em nossa multirracial sociedade. Em diversos outros pontos da referida norma, encontramos dispositivos que positivam em nosso ordenamento jurídico o princípio rawlsiano de acesso equitativo às oportunidades, destacando-se o art. 4º, pelo qual, *verbis*:

A participação da população negra, **em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País** será promovida, prioritariamente, por meio de:

I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;

IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;

V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;

VI - estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;

VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.²³

Como acentuam os autores do livro “Estatuto da Igualdade Racial”:

²³ BRASIL, Congresso Nacional, Lei n. 12.888/2010, art. 4º.

O Estatuto da Igualdade Racial surgiu num contexto marcado por enormes desigualdades e injustiças para com os negros, tendo como objetivo incluir minorias que sempre sofreram com as desigualdades e com a discriminação na sociedade brasileira. Trata-se de uma proposta democrática e que será de grande importância para a construção de uma nova realidade no Brasil, de forma a romper com as desigualdades e com o racismo no país. Trata-se de um grande desafio para se construir uma sociedade que seja realmente democrática e participativa.²⁴

Não obstante após uma década de vigência da Lei que aprovou o estatuto da igualdade racial, ainda vivenciamos na sociedade brasileira um abismo na forma como a população negra é tratada, notadamente tendo suas vidas tidas como descartáveis, tanto que o assassinato do cidadão negro João Alberto Silveira Freitas por seguranças da rede Carrefour em 2020 trouxe novamente à tona a discussão sobre a necessidade de medidas legislativas que sejam mais sistemáticas que aquelas empreendidas até então. Por requerimento da bancada negra e de seus aliados na Câmara dos Deputados, foi criada a comissão responsável pela realização de estudos e apresentação de relatório de medidas práticas com o escopo de combater o racismo estrutural e institucional em nosso país.

Esse relatório foi apresentado em 30 de novembro de 2021, contendo mais de seiscentas folhas, com diversas proposições nas mais variadas áreas sociais, desde a criação de uma cultura antirracista, passando por medidas econômicas que asseguram recursos para a criação de fundo nacional de combate ao racismo, estímulo ao empreendedorismo negro ou quilombola, valorização do salário mínimo, investimento público para moradia, saneamento básico e infraestrutura social, acesso à mídia e à cultura, melhoria das políticas públicas de saúde, assistência social e segurança alimentar, assim como o combate às desigualdades raciais no mundo do trabalho, além de propostas de melhoria de acesso à educação de qualidade, assim como implementação de diversas ações afirmativas nos setores público e privado, finalizando pela questão do racismo estrutural no sistema de justiça criminal que será abordado na segunda e terceira partes deste trabalho.

²⁴ SIMÃO, Calil *et all.* Estatuto da Igualdade Racial: Comentário Doutrinários. Ed. JH Mizuno, p. 44.

2. Do Racismo Estrutural

2.1. Introdução

Vivemos em uma sociedade racista. E o que é pior, esse racismo é parte da estrutura de um país que foi colonizado por outro país europeu e, nesse processo de exploração e roubo da riqueza da colônia para o colonizador, este se valeu do sequestro e escravidão do povo negro oriundo, em sua maioria, do continente africano, internalizado como um objeto, e não como um ser humano digno do direito à liberdade, à vida, ao direito de não ser explorado ou escravizado, ainda mais por seu semelhante que, para assegurar a continuidade desse processo, ainda criou falácias quanto à suposta inferioridade da raça negra que, por si só, não teria condições de conquistar os bens necessários a uma vida digna.

Já dizia quanto ao tema o eminente professor Sílvio de Almeida que:

o racismo – que se materializa como discriminação racial – é definido por seu caráter sistêmico. Não se trata, portanto, de apenas um ato discriminatório ou mesmo de um conjunto de atos, mas de um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas. O racismo articula-se com a segregação racial, ou seja, a divisão espacial de raças em localidades específicas – bairros, guetos, bantustões, periferias etc. – e/ou à definição de estabelecimentos comerciais e serviços públicos – como escolas e hospitais – como de frequência exclusiva para membros de determinados grupos raciais, como são exemplos os regimes segregacionistas dos Estados Unidos, o apartheid sul-africano e, para autoras como Michelle Alexander e Ângela Davis, o atual sistema carcerário estadunidense.²⁵

Ao se estudar a história de nossa nação, constata-se por que, passados mais de cem anos da abolição formal da escravidão (1888) e quase 35 anos da promulgação da chamada Constituição Cidadã, ainda nos deparamos com uma sociedade profundamente desigual, em que a população negra é majoritária em periferias e minoritária em posições de poder e melhores ocupações laborais, além de ocupar a preferência dos órgãos de persecução penal, resultando numa manifesta desproporção na massa carcerária de nosso país.

Com efeito, na realidade do Distrito Federal, segundo notícia veiculada no Correio Brasiliense datada de 29/9/2021, 83% (oitenta e três por cento) dos presos no Complexo da

²⁵ Livro: Racismo estrutural feminismos plurais. Coordenação de RIBEIRO, Djamila & ALMEIDA, Sílvio, pág. 24

Papuda é de cor preta ou parda, percentual muito acima da proporção geral do DF (57,6%), o que evidencia uma seletividade penal focada nos mais pobres e vulneráveis da sociedade.²⁶

Como será demonstrado neste trabalho, a supracitada desproporção é verificada em outras unidades da Federação, o que reforça ainda mais a premissa de que o racismo está na estrutura de nossa sociedade, permeando inclusive diversos órgãos da persecução penal, desde o policial militar que atua na periferia, até o conforto do gabinete do magistrado que, embora muitas vezes inexistentem provas idôneas e produzidas conforme o ordenamento jurídico, acolhe a pretensão punitiva estatal ou, mesmo quando há farto cabedal probatório incriminatório, aplica pena e regime inicial de cumprimento de pena totalmente desproporcionais à gravidade do delito praticado, unicamente em virtude da cor do apenado.

Não é por outro motivo que Renato Ferreira, ao escrever interessante artigo, asseverou:

Neste sentido, estamos ainda atados a uma pré-modernidade - herdada de nossos colonizadores - que insistimos em não superar, ancorados inutilmente no sofisma de que a miscigenação não se coaduna com a desigualdade. A secular inércia pública contra o racismo estrutural, a baixa densidade de nosso estado de bem-estar, somados a uma boa dose de democracia racial consolidaram uma abolição inconclusa, e por esta narrativa cristalizaram o apartheid que nos coube: disfarçado, sinuoso, mas terrivelmente eficaz, não só para permitir que muitas desigualdades continuassem baseadas nas diferenças, mas também para sustentar uma enorme invisibilidade para o problema. Desta forma, estabeleceu-se uma profunda letargia nos governantes, impedindo a construção de políticas que nos teriam feito romper com desigualdades incompatíveis com o estado democrático de direito.²⁷

Corroborando a afirmação supracitada, colhe-se de interessante artigo de Geraldo Leite que:

compondo a maioria da população brasileira pelo critério da autodeclaração, pretos e pardos são eternos sub-representados quando se trata do acesso às melhores carreiras profissionais, às maiores rendas, aos níveis mais elevados de escolarização e da composição de órgãos decisórios. Em contrário, são sempre sob representados nas estatísticas que evidenciam a violação de direitos fundamentais.²⁸

Mesmo diante da tanta desigualdade, há ainda aqueles que se levantam contra todo tipo de ações afirmativas, como a criação de cotas para acesso às Universidades e empregos públicos, dentre outras iniciativas que buscam reparar as injustiças históricas experimentadas pela raça negra em nossa nação.

²⁶ Correio Braziliense. Presos e pardos representam 83% dos presos no complexo da Papuda. Disponível em www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2020/11/4887004-pretos-e-pardos-representam-83--dos-presos-no-complexo-da-papuda. Acesso em 21-6/2023.

²⁷ Artigo “A abolição Inconclusa e o Apartheid que nos coube”. Disponível em www.sociologia.seed.pr.gov.br. Acesso em 21/6/2023.

²⁸ LEITE, Geraldo, op. Citada, pág. 88.

E isso decorreu de um processo que se iniciou com a escravidão e perdura, mesmo após a formal abolição após séculos de resistência de homens como Zumbi, responsável pela libertação e proteção de diversos irmãos no famoso Quilombo de Palmares, instituto que se reproduziu em diversos outros estados da então colônia portuguesa, entre diversos outros movimentos de resistência. Movimentos inclusive no meio jurídico que resultaram na progressiva proibição da escravidão, como as leis do sexagenário e ventre livre, pelas quais negros com idade avançada seriam libertos – verdadeira utopia uma vez que nas condições então experimentadas dificilmente um escravo negro chegava aos sessenta anos de idade naquela época – e aqueles nascidos de uma escrava estariam livres, da mesma forma de pouca efetividade, dadas as exigências criadas, ao menos teoricamente, uma vez que, a par de se assegurar esses direitos, não se desenvolveram, em momento algum, políticas públicas para assegurar a inserção social dessas pessoas, fenômeno que ainda se verifica na hodierna sociedade, em que pesem tímidos avanços em busca da isonomia substancial, comportando deferência a afirmação de Valter Roberto Silvério no sentido de que, no caso do Brasil, a reação mais forte ao regime colonial “foi sem nenhuma dúvida as várias experiências quilombolas que a historiografia oficial sempre tentou desconsiderar ou reduzir sua importância”.²⁹

Assim, após a abolição formal da escravatura, os então libertos negros se depararam com uma situação um tanto quanto inusitada, e extremamente violadora dos seus direitos humanos, uma vez que não esperavam a realidade que lhes fora imposta: não tinham moradia, instrução, roupas, dinheiro, suporte, auxílio dos governantes e das elites à época, por exemplo.

Então, muitos acabaram por retornar aos senhores de escravos, por uma mão de obra mísera, mal podendo manter-se com a “remuneração” que recebiam; outros, sem condições de se inserirem em uma sociedade branca racista, que considerava os brancos superiores aos negros, foram enxotados das cidades, vivendo em comunidades isoladas, em condições míseras, iniciando o crescimento dos subúrbios e de uma longa história de discriminação que acarreta em danos à sociedade até hoje, como se verifica nas capitais dos estados de nossa nação. Um exemplo são os contrastes e a convivência entre o Lago Sul, bairro de Brasília, que possui renda mensal por pessoa equivalente a países europeus (R\$ 10.979,00), e o Sol nascente, maior favela do Brasil em números de moradia, cuja renda mensal por pessoa é da ordem de R\$ 915,00, inferior a um país miserável como a Índia³⁰; entre a Barra da Tijuca e a Rocinha,

²⁹ SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação afirmativa e o combate ao racismo institucional no Brasil. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, n. 117. p. 230.

³⁰ Fonte: Instituto de Pesquisa e Estatística do Distrito Federal – IPEDF/PDAD 2021. Disponível em www.ipe.df.gov.br/PDAD 2021 - Resultados. Acesso em 21/6/2023

ambos no Rio de Janeiro; entre os Jardins e a Zona Leste, ambos em São Paulo, Estado mais rico do País. Esse fenômeno se reproduz em todas as outras capitais do nosso país, o que reforça a ideia de que, diante de tanta desigualdade, o direito penal, por si só, não será suficiente para a resolução dos problemas sociais, sendo imperativo que a punição por eventuais delitos praticados seja também coordenada com políticas públicas que diminuam a gritante desigualdade na distribuição das riquezas geradas em nossa nação.

Nesse ínterim, cabe discutir a repercussão do racismo estrutural no seio das relações de trabalho atualmente, cuja relação contratual é, por natureza, desigual entre o empregador (detentor do capital econômico e meios de produção) e o empregado (assalariado por meio do trabalho), o que torna o vínculo empregatício, em alguns poucos casos, um local de humilhação e desprezo, ao passo que deveria assegurar a dignidade e respeito à pessoa do trabalhador.

Com efeito, como bem salientado por Fernanda Machado e Maurício de Carvalho Góes:

O negro possui papel fundamental no corpo social brasileiro, devendo-se destacar, ainda, sua fundamental contribuição para o desenvolvimento desta Nação onde, em virtude disto, sofreu danos irreparáveis, em virtude da escravidão. Através de muita luta, conquistaram a abolição da escravidão, em 1888. Porém, tal conquista não foi completa, pois o negro, historicamente, foi expelido para os subúrbios, vivendo de forma totalmente desigual perante a sociedade elitista, identificada como branca, que continuamente expõem o negro a práticas racistas humilhantes, ferindo sua dignidade. Com o passar dos tempos, onde tais práticas deveriam mudar radicalmente, percebe-se que o racismo persiste, de forma velada, o que torna muito mais complicado a sua detecção e, até mesmo, sua comprovação. Ainda, muito mais delicado é quando a prática de atos racistas ocorre dentro do ambiente de trabalho, que já é um ambiente desigual por natureza, tendo em vista o poder econômico do empregador e a hipossuficiência do empregado nesta relação.³¹

No mesmo sentido, trazendo argumentos quanto ao racismo institucional presente em nossa sociedade, assevera o autor Silvio Almeida:

No caso do racismo institucional, o domínio se dá com o estabelecimento de parâmetros discriminatórios baseados na raça, que servem para manter a hegemonia do grupo racial no poder. Isso faz com que a cultura, os padrões estéticos e as práticas de poder de um determinado grupo tornem-se o horizonte civilizatório do conjunto da sociedade. Assim, o domínio de homens brancos em instituições públicas – o legislativo, o judiciário, o ministério público, reitorias de universidades etc. – e instituições privadas – por exemplo, diretoria de empresas – depende, em primeiro lugar, da existência de regras e padrões que direta ou indiretamente dificultem a ascensão de negros e/ou mulheres, e, em segundo lugar, da inexistência de espaços em que se discuta a desigualdade racial e de gênero, naturalizando, assim, o domínio do grupo formado por homens brancos.³²

³¹ Artigo: A relação de emprego frente ao racismo estrutural. Revista Ônus da Prova no Direito do Trabalho. Ano X, n. 94 – Nov/Dez/20, pág. 2.

³² Livro: Racismo estrutural feministas plurais. Coordenação de RIBEIRO, Djamila & ALMEIDA, Silvio, pág. 27-28.

Para enfrentar essa dura realidade, é necessária a adoção pelo Poder Público de ações afirmativas com o escopo de assegurar o acesso da população negra e parda a cargos a que, de outra forma, dificilmente teriam acesso, provocando a alteração das regras, padrões de funcionamento e atuação institucional que geram conflitos e antagonismos nas instituições pátrias (ALMEIDA, Silvio, op. Citada, p. 28).

Felizmente, os conflitos recorrentes nas relações de trabalho, em especial aqueles decorrentes do racismo existente em nossa sociedade, têm sido objeto de discussão e punição pelo Judiciário trabalhista, o que coopera para que se crie, nos ambientes das mais diversas empresas privadas em nossa nação, a compreensão de que todas as pessoas devem ser tratadas com dignidade, como se evidencia no seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

[...] RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. GRAVES OFENSAS VERBAIS TIPIFICADORAS DE CONDUTA PRECONCEITUOSA E RACISTA. DESRESPEITO À CONDIÇÃO HUMANA. A responsabilidade civil do empregador pela reparação decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexo causal entre esses dois elementos. O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências às quais o sistema jurídico reconhece relevância [...]. O segundo elemento é o dano que, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, consiste na “[...] subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral”. Finalmente, o último elemento é o nexo causal, a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados. **No caso, o quadro fático registrado pelo Tribunal Regional revela que o autor era tratado verbalmente pelo seu superior hierárquico de forma desrespeitosa e com termos chulos, na frente de seus colegas de trabalho, inclusive mediante a utilização de palavras de baixo calão; era chamado de burro, King Kong, macaco, preto e vagabundo, agressividade também constatada por prova documental (e-mails). Houve atitude discriminatória, racista e preconceituosa, materializada na adjetivação dirigida ao reclamante, especialmente pela circunstância alusiva à cor de sua pele, pois, como dito, apesar da comum atitude ofensiva, os negros eram particularmente atingidos, segundo revelou a prova registrada no acórdão.** Demonstrado o dano decorrente da conduta do empregador, deve ser mantido o acórdão regional que o condenou a indenizá-lo. Recurso de revista de que não se conhece. [...].³³ (grifo nosso)

³³ BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho - RR 228600-85.2005.5.02.0068, 7ª Turma, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 11/02/2015, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaprocessual/consultaTstNumUnica.do?consulta> Acesso em 23 jun. de 2023.

O caso acima retrata a triste realidade enfrentada por diversos trabalhadores negros que são agredidos por atos racistas no ambiente de trabalho, muitas vezes aos olhos de todos os colegas, com a certeza de impunidade de seus atos – realidade que, infelizmente, ainda acontece em alguns casos facilmente verificáveis a partir de decisões judiciais que buscam a superação desse paradigma.

Expõe Fabio Rodrigues Gomes sobre a existência da prática da discriminação, mesmo diante de uma gama de Convenções e Tratados Internacionais, dos quais o Brasil é signatário:

A rigor, mesmo sob o enfoque internacional, a discriminação odiosa, calcada no preconceito racial, foi devidamente banida da relação de emprego, em largo espectro, por meio das Convenções n. 97, n. 100, n. 111, n. 117 e n. 122 da OIT, da Convenção Internacional da ONU sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 24) e mesmo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 7º). **Ocorre que, mesmo diante de tamanha rede de proteção, podem-se encontrar, na vida prática brasileira, casos nos quais o empregado foi ofendido (sendo chamado de “negrinho” pelo sócio do empreendimento) ou a empregada assediada em razão de sua etnia (cotidianamente pressionada e humilhada, sendo chamada de “macaca” pelo seu superior hierárquico).** [grifo nosso]³⁴

Já não bastassem as situações de humilhação e desrespeito a que as pessoas negras são submetidas, notadamente sob o viés do assédio sexual em relação às mulheres, verifica-se ainda uma gritante disparidade salarial entre brancos e negros, não obstante a existência do princípio trabalhista da equiparação salarial, positivado no art. 7º, inc. XXX, da Carta Política, pelo qual, “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade” (art. 461 da CLT).

Discorrendo sobre esse aspecto específico, lecionam Maurício de Carvalho e Fernanda Machado:

Atualmente, até houve a constatação de que a diferença no recebimento do salário entre brancos/negros diminuiu em 2015, porém não é o suficiente. Em matéria publicada pelo Uol Empregos, de São Paulo, ficou demonstrado que mesmo com essa diminuição, os negros recebem apenas 59,2% dos rendimentos dos brancos em 2015. Num ranking de 140 países, o Brasil encontra-se na 10ª posição como país desigual, segundo dados do Programa de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), e ainda “considerando dados de 2015, vemos que os brancos ganhavam, em média, o dobro que os negros. No período de 20 anos, os

³⁴ GOMES, Fabio Rodrigues. Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana de Oliveira Frazão (coordenadores). – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 309.

negros ganhavam 45% do valor de 57% dos brancos. Se for mantido o ritmo, a equiparação da renda média dos negros com os brancos ocorrerá somente em 2089.³⁵

Porém, infelizmente, hodiernamente não funciona dessa forma, como se vê em diversas empresas, em que se percebe que, para que o negro adentre no mercado de trabalho, mantenha-se sem que venha a ser alvo de práticas discriminatórias e conquiste a oportunidade de perceber o mesmo montante que um branco e possa, também, como de direito, ocupar cargos de chefia e confiança, é necessário que os direitos fundamentais entrem em ação, garantindo a aplicação dos direitos em relação ao negro, como cidadão igual a qualquer outro, sendo salutar na construção da isonomia salarial que haja fiscalização do Ministério do Trabalho, por meio das delegacias regionais, cujo quadro de pessoal, diga-se de passagem, encontra-se extremamente defasado e insuficiente à fiscalização de milhares de empresas, o que acaba por desaguar no Poder Judiciário, sendo muito bem vinda a realização iminente de concurso público no qual serão oferecidas, a princípio, 900 (novecentas) vagas o cargo de Auditor do Trabalho, responsável pela fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas.

Outrossim,

muitas empresas têm se utilizado de *compliance* trabalhista, que poderá ser uma efetiva ferramenta de integração de boas práticas trabalhistas, gerando impactos positivos em toda organização, principalmente no que tange o relacionamento interpessoal entre os funcionários, onde se busca o respeito e o bom convívio entre todos, além de outros benefícios para corporação. Nesta direção, tem se evitado diversas ações trabalhistas, desenvolvendo nos colaboradores o senso de respeito e boa convivência, independente de origem, sexo, cor, religião etc., como previsto no Texto Constitucional (GOÉS, MACHADO, op. Citada, p. 20).

Outro viés que merece ser estudado no presente trabalho, dada a sua relevância na manutenção do racismo estrutural em nossa sociedade, refere-se à desigualdade da carga tributária para ricos e pobres do Brasil, na medida em que ela se concentra precipuamente sobre o consumo e serviços, e não sobre o patrimônio e renda, o que acaba por criar obstáculos intransponíveis à ascensão da população que menos deveria pagar tributos, notadamente em face da aplicação do princípio da capacidade contributiva, previsto na Constituição Federal, pelo qual o tributo deve ser cobrado de acordo com a capacidade econômica de cada sujeito, aplicando-se alíquotas graduadas conforme a renda, o patrimônio ou o consumo, a fim de que seja assegurada a isonomia dos contribuintes.

³⁵ GOÉS, Maurício de Carvalho e MACHADO, Fernanda Artigo: A relação de emprego frente ao racismo estrutural. Publicado na Revista Ônus da Prova no Direito do Trabalho, Ano X, n. 94, Nov/Dez/20, pág. 8.

Discorrendo sobre esse tema na realidade brasileira, pontifica o professor Matheus Di Felippo, *verbis*:

Como se não pudesse piorar a posição da população de raça preta ou parda brasileira, além de se encontrarem na base da pirâmide do poder aquisitivo no Brasil, são eles os mais afetados, também, por consequência direta, pela regressividade da tributação e pela tributação do consumo, perpetuando, assim, o racismo institucional através da escolha de se ignorar o princípio da capacidade contributiva e ignorar, de igual modo, a necessidade de se reafirmar políticas de justiça social que vão de encontro com a necessidade da igualdade democrática.³⁶

Corroborando tal afirmação, o referido autor colaciona interessante pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, pela qual restou demonstrado que:

é provável que, se em 2004 a Carga Tributária Bruta sobre os que ganhavam até 2 s.m. foi de 48,8% da renda, em 2008 pode ter chegado aos 54%. Enquanto que, mantidas as proporções, os que ganham acima de 30 s.m. podem ter enfrentado em 2008 uma carga de 29%. O que significa dizer que, se à luz dos dados para a CTB em 2008, o cidadão brasileiro destinou, em média, 132 dias para o pagamento de tributos, há enormes desigualdades que devem ser mais bem estudadas, debatidas e combatidas. Dos cidadãos mais pobres terminou sendo exigido um esforço equivalente a 197 dias, enquanto que os cidadãos mais ricos aportariam 106 dias – três meses a menos.³⁷

Diante desse cenário, resta evidente que a reforma do sistema tributário, muito mais do que se vem aventando atualmente no Congresso Nacional – mera unificação de impostos sob novo tributo, sem qualquer evidência científica quanto à redução da carga tributária sobre a população brasileira, notadamente a mais pobre –, é necessária uma reforma que mude o atual paradigma de tributação – cuja maior parte da receita tributária advém da tributação sobre o consumo e serviços – que há evidências que irão aumentar a arrecadação na forma como foi aprovada no Senado – para uma em que a renda e o patrimônio dos contribuintes proporcionem maior arrecadação em comparação aos parâmetros atuais, bem como a maior descentralização da arrecadação tributária – hoje demasiadamente concentrada na União – aos estados e municípios, cujos governadores e prefeitos vivem em Brasília na busca de recursos para a execução de diversas políticas públicas nas respectivas áreas de atuação.

Contudo, não se verifica qualquer iniciativa do Congresso Nacional quanto, por exemplo, à regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas, criado na Constituição Federal

³⁶ FABRÍCIO, Matheus Di Felippo. Artigo: A (Des)contribuição do Direito tributário para a Justiça Social: Uma breve análise do Impacto de Políticas e Reformas Públicas na perpetuação do Racismo Estrutural. Revista de Direito Tributário Atual, n. 51, ano 40, p. 298-313.

³⁷ Obtido em “IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. N. 22. Receita pública: quem paga e como se gasta no Brasil. 2009. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/09060comunicadoipea22.pdf>, p. 8. Acesso em 23/6/2023.

de 1988 e até hoje sem regulamentação, para a qual é necessária a edição de lei complementar, conforme exigência do art. 153, inc. VII, da CF.

Outrossim, mesmo em impostos já existentes, como o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, verifica-se a maior taxatividade da população mais pobre, dada a ausência de correção anual da tabela daquele tributo, que fica na discricionariedade do Executivo, o que acaba por incluir na base de cálculo parte da população que deveria gozar de isenção ou, ao menos, pagar menos tributo, além da ausência de um percentual acima de 27,5% – hoje maior patamar – àqueles que recebem maior remuneração mensal, como executivos de grandes empresas, diretores de empresas públicas e cargos/ocupações afins, em que pese o Brasil ser participante da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que recomenda a adoção do percentual de 35% àqueles que recebem salários muito acima da média nacional, como ocorre com os membros do Poder Judiciário e Ministério Público, parlamentares do Congresso Nacional e equivalentes nos Estados, entre outros dignitários que, além do alto subsídio percebido, ainda gozam de uma série de privilégios que impactam diretamente em sua renda, como usufruir de carros oficiais cujo combustível é pago pelo erário, moradia funcional, entre diversos outros privilégios que, na realidade de países desenvolvidos, não são tantos.

Nesse ponto, o já citado relatório da comissão de juristas para combate ao racismo estrutural e institucional apresenta projetos de lei com relação à alteração da legislação tributária, em especial o IRPF, que, se aprovado pelo Parlamento, constituiria a concretização do pensamento de Rawls, pelo qual as diferenças econômicas existentes devem ser usadas em benefício da população mais vulnerável, uma vez que se estaria tributando de forma diferenciada aqueles com maior patrimônio e renda, destinando estes e outros recursos de fontes, como o Fundo Constitucional, específico para o combate das mazelas dessa injustiça em nossa nação.

Outra celeuma que representa a resistência de tributação sobre o patrimônio das classes sociais mais privilegiadas consiste na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, provocado a se manifestar quanto à inconstitucionalidade de leis estaduais que estendiam a incidência do imposto sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA a proprietários de lanchas, helicópteros e jatinhos particulares, proclamou por diversas vezes a inconstitucionalidade dessas leis, sob a premissa de que o vigente IPVA é sucedâneo da taxa rodoviária única, que historicamente exclui embarcações e aeronaves.

Cita-se, entre outros precedentes, o RE n. 379.572, interposto contra acórdão do TJRJ que havia julgado válidos o art. 5º, inc. II, da Lei estadual n. 948/1985 e o art. 1º, parágrafo único, do Decreto n. 9.146/1986, que faziam incidir o IPVA sobre proprietários de veículos automotores, incluindo embarcações e aviões. Eis a ementa do julgado:

Recurso Extraordinário. Tributário. 2. Não incide Imposto de Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre embarcações (Art. 155, III, CF/88 e Art. 23, III e § 13, CF/67 conforme EC 01/69 e EC 27/85. Precedentes. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido.

O principal argumento de tal entendimento é de que o imposto em tela seria sucedâneo da Taxa Rodoviária Única, instituída com a finalidade de manutenção das rodovias federais, que, historicamente, nunca incidiu sobre embarcações e aeronaves, fazendo referência a outros precedentes como os Recursos Extraordinários n. 134.509/AM e 1.255.111/SP, julgados pelo Pleno do Pretório Excelso.

Ocorre que, respeitado o entendimento da Corte Suprema, vislumbra-se que ele não resiste a análise da controvérsia à luz dos princípios do direito tributário, que evidenciam a distinção da taxa, instituída com uma finalidade específica, e o imposto, criado pelo ente estatal competente sem vinculação alguma com um fim determinado.

Com efeito, como bem salientado pelo voto minoritário do Ministro Joaquim Barbosa, “entendo que a expressão ‘veículos automotores’ é ampla o suficiente para abranger embarcações, ou seja, veículos de transporte aquático. Não vejo no dispositivo constitucional pertinente [art.155, III, da CF] a limitação que nele se vislumbrou, por ocasião do precedente do RE n. 134.509”.³⁸

Ademais, tenho que a interpretação a ser dada no caso em tela passa pela análise do princípio tributário da capacidade contributiva, mais uma vez negligenciado por interpretação jurisprudencial, eis que é de notória sabença que a maioria dos carros e motos são demasiadamente mais baratos do que as embarcações e aeronaves, sendo pacífico o entendimento quanto ao cabimento do imposto sobre a propriedade de veículos terrestres.

Assim, *a contrario sensu*, se o particular é obrigado a recolher o imposto incidente sobre um carro popular de valor econômico acessível, quanto mais o indivíduo que é proprietário de uma embarcação ou aeronave, cujo valor econômico é muito maior do que o de um veículo terrestre, o que, aliado à dicotomia entre as finalidades de imposto e taxa, torna imperativa, em

³⁸ Voto do Ministro Joaquim Barbosa no RE n. 379.572-4/RJ, publicado no DJE de 01/02/2008

prol da justiça tributária, a inclusão de embarcações e aeronaves, ainda que mediante emenda constitucional para esse fim, com o escopo de acabar com as interpretações divergentes quanto ao tema. Ademais, traria receita substancial a diversos estados da Federação por meio de cobrança de imposto de segmento privilegiado da população, ressalvada a isenção de imposto sobre embarcação de pescador familiar, utilizada na sua atividade de subsistência.

O leitor poderia estar se perguntando o que a crítica ao sistema tributário teria a ver com o racismo estrutural abordado nesta parte do trabalho. Com efeito, como dito no início deste capítulo, o racismo estrutural muitas vezes é promovido pelo próprio estado a partir de mecanismos que asseguram a perpetuação dessa injustiça, como ocorre com a elevada tributação sobre a população negra, grande maioria das classes sociais que estão na base da pirâmide social, eis que o alto custo dos tributos embutidos sobre o consumo, inclusive sobre produtos da chamada cesta básica, acaba por privar esse segmento da população de disponibilidade financeira que poderia ser utilizada, por exemplo, no investimento em educação de qualidade e, com isso, proporcionar mais chances ao acesso a um emprego de qualidade.

Isso também se faz evidente na tributação direta sobre a renda e patrimônio, uma vez que o pagamento de tributos como IRPF, IPVA, IPTU das classes menos favorecidas e que recebem poucos rendimentos dificulta ainda mais a ascensão destes à chamada classe média, o que evidencia a necessidade, em prol do próprio princípio da capacidade tributária, de isenção desses tributos a quem percebe remuneração aquém, por exemplo, a 5 (cinco) salários mínimos mensais ou patrimônio inferior a determinado valor razoável e proporcional, que seria compensado do ponto de vista das receitas com o aumento sobre aqueles que, de fato, percebem salários superiores ou possuem bens acima da média nacional, de forma escalonada.

Não é por outro motivo que o relatório da comissão de juristas, entre outras propostas, sustenta a necessidade de implementação de uma renda básica cidadã destinada ao combate à fome e o mínimo existencial à população negra e indígena, além de alterações na legislação tributária como a incidência de IRPF sobre lucros e dividendos pagos por pessoas jurídicas no percentual de até 30%, com isenção dessa rubrica em caso de limite anual inferior a R\$ 30.000,00 (Trinta mil reais), além de possibilitar o aumento da alíquota do IRPF para até 49% (quarenta e nove por cento) para as pessoas físicas que percebam valores tributáveis acima de R\$ 50.001,00, além da previsão do percentual de 35% (trinta e cinco por cento) para a faixa compreendida entre R\$ 20.001,00 até R\$ 50.000,00, recursos que seriam destinados em parte às políticas públicas com escopo na superação do racismo estrutural no Brasil.

Outrossim, a mudança de paradigma da tributação, como defendido acima, estaria mais alinhado ao princípio da diferença sustentado por Rawls, uma vez que as diferenças econômicas existentes devem necessariamente beneficiar aqueles postos na base da pirâmide econômica e social por meio da maior tributação sobre a renda e patrimônio das classes sociais privilegiadas, com destinação prioritária a políticas públicas que resultassem na ascensão das menos favorecidas, o que não ocorre no vigente sistema tributário brasileiro que, pelo contrário, penaliza ainda mais aqueles que ganham menos.

2.2. Definição e origem histórica

Neste tópico do trabalho, procuraremos desenvolver a definição do que seria o racismo estrutural em nossa sociedade, associando-o à história da Nação que, como já dito, valeu-se em larga escala de mão de obra escrava da população negra para a consecução dos objetivos da Coroa Portuguesa, uma vez que a abolição, muito longe de ser uma iniciativa das elites ou de um representante político – como ocorreu nos EUA com o então presidente Abraham Lincoln em 1863 – decorreu mais da pressão internacional encabeçada pelo Reino Unido em virtude da Revolução Industrial, como será melhor demonstrado.

Como enfatizou a professora Carolina Rossi Mendes de Oliveira:

A Inglaterra, que buscava expandir seu mercado para o Brasil, encampou o movimento abolicionista devido à incompatibilidade da escravidão com os meios de produção capitalista que eclodiram com a Revolução Industrial na segunda metade do Século XVIII naquele país, cuja necessidade basilar é a mão de obra livre e assalariada para consumir os produtos fabricados. O processo de industrialização no Brasil iniciou-se com a vinda da família Real portuguesa em 1808, e ao longo do tempo diversos incentivos foram concedidos a fim de alavancar o desenvolvimento das indústrias no país. A elite do café, maior beneficiária da mão de obra escrava, não queria investir na indústria e relutou pela manutenção deste método de expropriação do trabalho, de modo a dificultar a instalação industrial inglesa. Em 1810 o Tratado de Aliança e Amizade entre Portugal e Inglaterra é assinado, e já previa a abolição gradual, mas somente em 1850 é assinada a Lei Eusébio de Queirós, ocasionada pelo Slave Trade Supression Act, ou Lei Bill Aberdeen, em 1845, proibindo o tráfico intercontinental de pessoas negras escravizadas. Tal lei trouxe consigo a reversão de parte do capital aplicado na compra de escravos para o setor industrial e a cafeicultura, que ainda necessitava de mão de obra, implicou na vinda de imigrantes, compondo a primeira mão de obra assalariada no Brasil, e um mercado consumidor indispensável ao desenvolvimento industrial, mas ainda insuficiente para as necessidades do capital.³⁹

Para Silvio de Almeida,

o racismo – que se materializa como discriminação racial – é definido por seu caráter sistêmico. Não se trata, portanto, de apenas um ato discriminatório ou mesmo de um conjunto de atos, mas de um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas. O racismo articula-se com a segregação racial, ou seja, a divisão espacial de raças em localidades específicas – bairros, guetos, bantustões, periferias etc. – e/ou à definição de estabelecimentos comerciais e serviços públicos – como escolas e hospitais – como de frequência exclusiva para membros de determinados grupos raciais, como são exemplos os

³⁹ OLIVEIRA, Carolina Rossi Mendes de. Artigo: NECROBIOPODER: a chaga do trabalho infantil e a hiper vulnerabilidade de crianças negras agravada pela pandemia da Covid-19. Trabalho apresentado em Oficina do XI Congresso Latino-Americano de Direito Material e Processual do Trabalho. Pág. 2-3.

regimes segregacionistas dos Estados Unidos, o apartheid sul-africano e, para autoras como Michelle Alexander e Ângela Davis, o atual sistema carcerário estadunidense.⁴⁰

Por meio da leitura desses excertos, podemos compreender o racismo estrutural de nossa sociedade como um fenômeno social que impregna todas as relações sociais a fim de que seja mantida a ordem social iniciada na colonização exploratória do Brasil, na qual a população originária da Europa tinha acesso aos meios de produção, e à população negra, sequestrada do seu continente natal (África), restava somente a coisificação e exploração por meio do trabalho escravo sob as mais variadas falácias criadas quanto à suposta superioridade biológica da raça ariana, sendo certo que, à luz do projeto genoma, é evidente que todos os seres humanos são iguais, existindo um percentual inferior a 1% (um por cento) dos genes humanos que possibilitam as diferenças de aptidão, dons, talentos da espécie humana.

Com efeito, como bem ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 82.424-2,

com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. [...] A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

Nesse caso, a Corte Suprema discutia a existência de crime previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989, na redação dada pela Lei n. 8.081/1990 em virtude de o paciente (Siegfried Ellwanger) ter publicado livros que colocavam em xeque a veracidade do holocausto perpetrado pela Alemanha Nazista, além de tecer diversos argumentos quanto à falaciosa inferioridade do povo judeu que supostamente justificariam seu extermínio. Absolvido em primeiro grau de jurisdição, diante do inconformismo ministerial, foi dado provimento ao apelo acusatório para condenar o réu como incurso no delito supracitado, que restou mantido pelo Pretório Excelso mediante argumentos que serão abordados oportunamente neste trabalho.

Sendo o racismo integrante da estrutura da sociedade, ele se manifesta nas mais variadas instituições públicas e privadas, ainda que exista, como em nosso caso, uma Constituição dita cidadã, que traz normas com o escopo de superação desse quadro, o que já representa algum

⁴⁰ RIBEIRO, Djamilia & ALMEIDA, Sílvio. Livro: Racismo estrutural feminismos plurais, p. 24.

avanço, uma vez que há a exploração do homem pelo homem no decorrer da história por diversas vezes, por meio do ordenamento jurídico e costumes sociais então vigentes.

Nesse sentido, pontifica o professor Silvio de Almeida:

No fim das contas, quando se limita o olhar sobre o racismo a aspectos comportamentais, deixa-se de considerar o fato de que as maiores desgraças produzidas pelo racismo foram feitas sob o abrigo da legalidade e com o apoio moral de líderes políticos, líderes religiosos e dos considerados “homens de bem”. [...] A concepção institucional significou um importante avanço teórico no que concerne ao estudo das relações raciais. Sob esta perspectiva, o racismo não se resume a comportamentos individuais, mas é tratado como o resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça.⁴¹

Como decorrência desse racismo institucional, ocorre o estabelecimento, ainda que velado, de parâmetros discriminatórios baseados na raça, que servem à manutenção do *status quo* vigente, no qual há uma hegemonia do grupo racial dominante nas mais variadas esferas de poder e decisão política, que passa a ditar os padrões de cultura, de estética e de poder como sendo os únicos dignos de aceitação e consideração como aceitáveis e civilizados, acabando por criar óbices quase intransponíveis à ascensão de negros ou mulheres, bem como à inexistência de espaços de discussão onde a desigualdade racial e de gênero é objeto de discussão, tornando como normal o domínio do grupo formado por homens brancos (ALMEIDA, op. Citada, pág. 27-28).

Esse paradigma vigente na atual sociedade somente foi construído a partir da análise de nossa história, na medida em que o Brasil foi o maior território escravista do mundo mercantilista, e o último a abolir essa prática odiosa, sendo estimado que, nos portos então existentes na colônia portuguesa, foram recebidos mais de cinco milhões de negros africanos, número que representa aproximadamente 40% de todos os cativos que embarcaram para a América (ALMEIDA, 2020, p. 29).

Discorrendo sobre esse processo histórico, Geraldo Leite ensina:

No plano político, a partir de 1549, a Coroa portuguesa decidiu centralizar o poder na colônia por intermédio do governador-geral. Não havia repartição de poder ou organização de coletividades locais autônomas e protestos contra a administração colonial eram duramente reprimidos. A colônia foi impedida de instalar estabelecimentos universitários, desenvolver atividades manufatureiras mais complexas, relacionar-se comercialmente com outras nações e aproveitar, em proveito próprio, as riquezas que o solo oferecia. Estruturada sobre a grande propriedade monocultora, em regime de sesmaria, a empresa colonial portuguesa se caracterizou

⁴¹ Op. Citada, páginas 25-26.

pela exploração intensiva, com o objetivo de extrair o máximo possível de benefícios econômicos. Nesse quadro, o povoamento ocorreu somente como fator subjacente e necessário à própria exploração, e não com a finalidade de formar uma nação. A propósito, era escasso o contingente de trabalhadores livres, vez que a colonização mercantilista se valeu justamente da escravização de negros africanos e indígenas. Longe de serem pacíficas ou negociadas, as relações eram obviamente verticalizadas e extremamente violentas.⁴²

E prossegue:

Para os indígenas, a marca dessa violência foi o extermínio. Após apropriar-se do território, a Coroa distribuiu terras sem limitações relativas ao respeito àqueles que aqui já residiam, instalando conflitos causadores da morte de milhões de nativos. Além disso, grupos de bandeirantes organizavam expedições para capturar indígenas para o trabalho escravo, situação que, também, causou conflito e mortandade. Por fim, o contato com europeus e africanos teve grande impacto, com contágios, infecções e mortes. Como resultado, entre os séculos XVI e XX, a população indígena sofreu significativo decréscimo, de 4 a 5 milhões para 817.963 pessoas, segundo o IBGE. (CENSO, 2012).⁴³

É desse período que advém a exacerbada concentração de grandes áreas de terras nas mãos de poucas pessoas, situação que perdura até os dias de hoje, gerando diversos conflitos no campo que acarretam muita violência com a prática de muitos homicídios, entre outros delitos, uma vez que,

invocando o direito de conquista, a Coroa portuguesa se apropriou das terras brasileiras, que eram exploradas mediante concessão de privilégios denominados de sesmarias. Por este regime, pessoas recebiam a posse grandes extensões de terra submetendo-as à exploração produtiva, sem que fossem concedidos os títulos de propriedade. Esse regime se estendeu até 1822 quando se extinguiu o regime de sesmarias, seguindo-se o período de quase trinta anos sem qualquer regulamentação, conhecido como “império de posses”. Inexistindo normas sobre a terra, a posse se tornou o modo de aquisição, especialmente por aqueles em melhores condições de apropriação e conquista. Em 1850, o regime de sesmarias foi substituído pela Lei de Terras, que dispunha que só teria acesso à terra quem pudesse pagar por ela. Tal regulamento afastou de vez a população empobrecida e, por óbvio, a quase totalidade dos negros, consolidando definitivamente a grande propriedade e a oligarquia rural do Brasil.⁴⁴

Já nesse período inicial de nossa história, houve também a discriminação para o acesso igualitário à educação, na medida em que aos escravos era vedado o acesso às instituições educacionais criadas pelos Jesuítas, frequentados somente pelas populações livres, e privilegiadas, sendo caso de deferência a afirmação de que

a realidade brasileira não pode ser compreendida sem um exame detido do regime escravagista e sua particular forma de violência. Em larga medida, a profunda

⁴² LEITE, Geraldo. Artigo Racismo Estrutural e representação política, Pág. 90.

⁴³ Op. Citada, pág. 90.

⁴⁴ LEITE, op. Citada, pág. 90-91

desigualdade social e parte significativa das exclusões hoje verificadas no Brasil estão associadas à exploração do trabalho escravo por mais de trezentos anos. Arrancados dos seus laços de pertencimento, os negros africanos foram submetidos ao penoso trabalho de natureza forçada, em que às condições aviltantes de exploração se soma a negação do ser como pessoa. (LEITE, op. Citada, pág. 91).

Mesmo após a abolição da escravidão formal, os negros não tiveram qualquer incentivo governamental ou indenização pelos séculos de escravidão, por meio da qual foram criadas fortunas concentradas nas mãos de oligarquias regionais e, ainda pior, depararam-se com a desleal concorrência de migrantes europeus, cuja mão de obra era necessária à implantação, ainda que tardia, da Revolução Industrial em nosso país, já consolidada nos países europeus.

Por oportuno, comporta transcrição por sua pertinência a afirmação de Geraldo Leite no sentido de que,

quando, ao final, decidi “enfrentar” esse grave problema, o Brasil optou por uma “abolição branca”, decidida e efetivada pela superestrutura social, não como uma necessidade imperiosa da sua história e do seu povo, mas como uma resposta às pressões internacionais e como lavagem de uma mancha que comprometia a imagem brasileira diante das outras nações do mundo. Foi assim que se aprovou uma lei de abolição e se abandonou a população afrodescendente à própria sorte, com a recusa de se discutir qualquer medida compensatória ou formas de inserção desse contingente de pessoas despossuídas. O resultado desse modo insensível de solução do escravismo aparece em todas as estatísticas sociais, que demonstrarão a existência de um verdadeiro abismo em termos de oportunidades entre a população branca descendente de europeus e a população descendente de africanos”⁴⁵

Diante desse quadro, a fim de que o Brasil seja de fato e de direito um Estado democrático de Direito, é necessária a adoção e expansão de políticas públicas que possibilitem o acesso universal à educação de qualidade, com ênfase na primeira infância, *ex vi* do art. 227 da CF de onde se colhe que

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Infelizmente, ainda estamos longe de alcançar a realidade acima, notadamente se considerada a população jovem negra, uma vez que, enquanto houver racismo, não haverá democracia. Quanto a essa realidade, colhe-se de interessante artigo elaborado por Wania Sant’Anna e Maria José Menezes, *verbis*:

⁴⁵ LEITE, op. Citada, pág. 92.

O Mapa da Violência 2019, elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (Ipea), é categórico. Entre 2007 e 2017, mais de 420 mil pessoas negras – mulheres e homens – foram vítimas de homicídio sob incontestável violência policial, disputas entre gangues, mas sobretudo vítimas do comprovado histórico de discriminação racial e racismo no país. Na década mencionada, a taxa de homicídios entre a população negra aumentou mais de 33,1% – dez vezes mais que a taxa verificada entre a população branca, que foi de apenas 3,3%. Apenas em 2017, dos mais de 65 mil homicídios no Brasil – o nível mais alto da série histórica –, 49,5 mil diziam respeito à vida de pessoas negras, e nos importamos com cada uma delas. Como ilustração desse quadro dramático, o Brasil possui oficialmente pouco mais de 4.800 municípios com população inferior a 50 mil habitantes. Isso significa dizer que qualquer uma dessas cidades poderia ter sido varrida do mapa. Isso é algo inadmissível, e apontamos, desde já, que a proposta do atual governo brasileiro de flexibilizar a posse e o uso de armas de fogo certamente aumentará esses trágicos indicadores.⁴⁶

Dessarte, diante da ausência de políticas públicas efetivas para a ascensão da população mais vulnerável às melhores condições de educação e, por conseguinte, de trabalho idôneo a prover as necessidades vitais básicas de sua família, evitando a perpetuação da miséria, resta a truculência policial, cuja atuação diuturnamente viola os direitos humanos das parcelas mais empobrecidas da sociedade brasileira, sendo certo que, mesmo diante dos clamores por justiça de pais e mães, filhos e filhas, a fim de que se crie uma sociedade mais justa, não se verificam grandes mudanças na forma como a sociedade é ordenada, o que se explica pela verdade bíblica pela qual se apreende que “o amor ao dinheiro é a raiz de todos os males”, considerando que a cada ano a concentração das riquezas só aumenta nas mãos de uma pequena percentagem da população brasileira.

Com efeito, discorrendo sobre os impactos da pandemia do novo coronavírus, que obviamente foi maior na população mais vulnerável economicamente, negra e parda em sua grande maioria, Ísis Aparecida de Conceição noticia que,

na cidade de São Paulo, de acordo com os dados apresentados pela parceria entre cientistas da prefeitura e do “Observatório COVID-19,” pretos têm 62% mais chances de morrer do que brancos e pardos 23% mais chances de morrer, do que brancos por COVID19. Os números apontam para a constatação de que a pandemia tem sido mais letal para não brancos no Brasil também, sugerindo que a hospitalização para brancos tem resultados mais positivos do que a hospitalização de negros. Mesmo tendo a expansão da doença para as periferias, região com maior concentração de não brancos, coincido com a impossibilidade de aplicação de testes, e que um terço das mortes por Covid-19 não tiveram sua cor declarada, é possível constatar que um padrão de impacto desproporcional se faz fortemente observável.⁴⁷

⁴⁶ Artigo: Porque nossas vidas importam: enquanto houver racismo, não haverá democracia. Publicado no sítio Le Monde Diplomatique Brasil. Acesso em 21/06/2023.

⁴⁷ Artigo “Racismo e Pandemia uma análise jurídica: Dimensões de Justiça e suas interseções”, Revista Eletrônica do TRT-PR. Curitiba: TRT – 9ª Região, V. 10, n. 101 – Jul. 21, pág. 29.

Isso sem considerar diversos outros problemas verificados no período da pandemia, na qual a grande maioria dos Estados, acompanhando recomendações da ciência, recomendavam o uso de máscaras de proteção a fim de que o novo vírus tivesse sua disseminação mitigada. Ocorre que essa imposição à população negra, já vista como “criminosa em potencial”, trouxe ainda mais situações de violência, inclusive pela polícia, além de situações vexatórias em locais em que esse segmento da população comparecia.

Nesse sentido, corrobora a professora Ísis Aparecida no sentido de que,

no entanto, situações cotidianas apresentadas como excepcionais, a exemplo de abordagem de pessoas negras que estão utilizando máscaras, obrigando-os a desprotegerem-se e a exclusão de negros das prioridades de acesso a testes e tratamentos, raramente são mencionadas. É nesse contexto que todas variantes e complexidades tornam-se o “racismo estrutural”, que no contexto da Pandemia é sinônimo de “doenças pré-existentes”, de “famílias negras pobres”, de “negros em ‘funções essenciais’ de frente”, de “negros como maioria em atividades laborais”. Essa compreensão do racismo estrutural não parece compartilhada pelo grupo de experts das Nações Unidas, como podemos observar a partir dos exemplos de “racismo estrutural” no contexto da pandemia descritos no pronunciamento feito pelo grupo de experts⁴⁸

Soma-se a esses fatores o aumento do trabalho infantil de crianças negras nesse período de pandemia, considerando as dificuldades econômicas experimentadas pelas famílias mais pobres, que, diante de medidas de isolamento social, perderam grande parte do seu poder aquisitivo, ainda que considerados os benefícios financeiros deferidos pelo Governo.

É preciso apontar a estrutura espoliatória de direitos fundamentais a partir de sua gênese para que haja perfeita compreensão das violações estruturais praticadas pelo Estado e pela sociedade, que, juntamente com a família, deveriam proporcionar às crianças e aos adolescentes a efetividade dos princípios da proteção integral, prioridade absoluta e a busca do melhor interesse, conforme assegurou a Constituição Federal de 1988. O trabalho infantil no Brasil nos remete historicamente ao período colonial, no qual a mão de obra negra infantil era utilizada no trabalho rural e doméstico, sem qualquer respeito às suas limitações e peculiaridades.

⁴⁸ Op. Citada, pág. 29.

Com efeito, tem-se verificado a cada dia por meio da precarização do trabalho advinda do uso cada vez maior da terceirização, entre outras técnicas que submetem o trabalhador brasileiro com baixa qualificação sujeito a todo tipo de exploração, inclusive com a prática de trabalho análogo à escravidão, nas cidades e no campo, como se verifica por meio de diversas notícias de operações realizadas pelo Ministério do Trabalho, Delegacia do Trabalho e Polícia Federal por meio das quais são resgatados anualmente milhares de trabalhadores enganados pela promessa de vantagem econômica muito acima do que sempre percebeu em sua vida e que acabam por submetê-los a condições onde seu direito de ir e vir é restringido por meio de dívida contraída com o empregador, que ainda o submete a jornadas exaustivas, condições degradantes ou trabalho forçado, conforme previsão do art. 149 do CP, cujo aumento entre 2016 e 2021 passou de 750 (setecentos e cinquenta) resgates para quase 2.000 (dois mil) resgates em 2021⁴⁹, não obstante seja praticado em face de vítimas brancas.

⁴⁹ Artigo: Trabalho análogo à escravidão: entenda o que é, como reconhecer e denunciar. Disponível em [Trabalho análogo à escravidão: entenda o que é, como reconhecer e como denunciar | Paraíba | G1 \(globo.com\)](#). Acesso em 29-11/2023.

2.3. Casos concretos.

Neste tópico, iremos analisar três casos que ocorreram no País, sendo um da então candidata a emprego de empregada doméstica Simone André Diniz, outro referente à iniciativa de grande empresa da área comercial que, em determinado momento, abriu seleção para colocação no quadro de *trainees*, que futuramente poderiam se tornar do corpo executivo da empresa, exclusivamente voltada à população negra, além de caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

No primeiro caso, ao se deparar com o seguinte anúncio de emprego, a então candidata Simone contactou o responsável pela seleção. Dizia o encarte publicado na Folha de São Paulo:

“Doméstica. Lar. P/ morar no empr. C/ exp. Toda rotina, cuidar de crianças, c/docum. e ref.; **Pref. Branca**, s/filhos, solteira, maior de 21a. Gisele”.

Ligando para o número indicado no anúncio, a vítima confirmou o fato de que, por ser negra, não preenchia os requisitos para a vaga ofertada. Irresignada com a recusa, dirigiu-se à Subcomissão do Negro da OAB-SP para denunciar a discriminação sofrida, como também esteve na Delegacia de Crimes Raciais para apresentar notícia-crime, tendo-se instaurado Inquérito Policial para apurar possíveis violações ao art. 20 da Lei n. 7.716/1989. O delegado de polícia responsável pelo procedimento tomou os depoimentos da autora do anúncio, do seu esposo e da senhora que atendeu ao telefonema da vítima.

Após a conclusão do inquérito policial, o delegado responsável elaborou o respectivo relatório e o submeteu ao crivo do Poder Judiciário que, por sua vez, abriu vista ao titular da ação penal (Ministério Público) a fim de que este se manifestasse. Após sua análise, o promotor responsável se manifestou pelo arquivamento do inquérito sob o pretexto de que não vislumbrava qualquer elemento para o oferecimento de denúncia pela prática do delito previsto na norma em tela, na redação então vigente dada pela Lei n. 8.081/1990, pela qual constitui crime de racismo “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.”

De posse do parecer ministerial, o juiz de direito prolatou sentença de arquivamento dos autos, acolhendo os argumentos do Ministério Público, extinguindo o feito. Insatisfeita com a decisão judicial, a vítima procura auxílio de um grupo de organizações não governamentais

dedicadas à causa negra e ao Sistema Interamericano, o qual apresentou uma denúncia perante a Comissão Interamericana.

Após quatro anos da aprovação do respectivo relatório admitindo a denúncia oferecida pela vítima, considerando a tentativa frustrada de uma solução amistosa entre as partes, a referida Comissão prolatou decisão de mérito no ano de 2007, na qual fez relevantes reflexões jurídicas e factuais quanto à existência de racismo estrutural na sociedade brasileira.

Como elucida o professor Paulo de Tarso Lugon:

Dentre as reflexões factuais, elabora-se um amplo panorama do racismo institucional no Brasil, elucidando as sutilezas da discriminação e a percepção dos negros e das negras pelas instituições judiciárias brasileiras. Quanto às reflexões jurídicas, discorre sobre a aplicação horizontal dos tratados de direitos humanos, a discriminação indireta e a discriminação estrutural, as respectivas obrigações estatais, além de um aprofundado estudo sobre o direito à igualdade ante a lei. Ademais, o mesmo órgão, após tecer seus argumentos e decisões sobre o mérito do caso, recomenda uma série de medidas reparadoras ao Estado brasileiro, a fim de que se sanem as violações sofridas pela vítima e se garanta a não repetição dessas violações.⁵⁰

Infelizmente, passados mais de dez anos do referido julgado, não se vislumbra qualquer alteração significativa na forma como a população negra é tratada em nossa sociedade, na medida em que ainda tem seu direito à educação e à saúde cerceados, repercutindo na colocação profissional para esse segmento da população para a qual, como já demonstrado, se reservam as piores ocupações de trabalho, fazendo tábua rasa da determinação daquela entidade internacional que determinou:

O Estado é obrigado a respeitar e garantir os direitos humanos de todos os trabalhadores, independentemente do seu status de nacionais ou estrangeiros, a não tolerar situações de discriminação que prejudique esses últimos nas relações de trabalho estabelecidas por individuais (empregador-empregado). O Estado não deve permitir que empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, ou que a relação contratual viole os padrões internacionais mínimo.⁵¹

Com efeito, não é preciso ser um grande conhecedor do direito para se vislumbrar uma violação ao direito de livre acesso ao trabalho não escolher a vítima Simone Diniz em razão exclusivamente da sua cor, o que, ao contrário do aventado pelos órgãos de persecução penal

⁵⁰ ARANTES, Paulo de Tarso Lugon. Artigo: “O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil”. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 31, jul/dez 2007, p. 127 a 149.

⁵¹ ARANTES, *op. Citada*, pág. 7.

perante os quais foram levados os fatos, constitui sim crime de racismo decorrente da manifesta discriminação perpetrada pelo pretense empregador.

Daí se evidencia a existência de um racismo estrutural que influencia até mesmo o subconsciente coletivo da sociedade, fazendo com que condutas censuráveis sejam aceitas como normais, notadamente porque muitas vítimas sequer as tornam públicas, por acreditarem que redundarão em impunidade dos violadores que acabam sendo encorajados por essa postura a continuarem praticando condutas violadoras da dignidade do seu próximo, constituindo um ciclo que se retroalimenta.

Nesse sentido, noticia Arantes:

A Comissão Interamericana demonstra que de 300 Boletins de Ocorrência analisados ente 1951 e 1997, em quatro capitais do País, apenas a metade foi considerada crime pelos delegados de polícia; apenas quarenta, foram encaminhados ao Ministério Público e somente nove chegaram à fase de sentença. Ademais, esse padrão é examinado em detalhes na decisão, quanto aos direitos econômicos, em relação à pobreza (parágrafo 45); ao direito à educação, em relação ao analfabetismo (parágrafo 46); ao direito à vida, em relação à mortalidade infantil (artigo 47) e em relação à violência policial contra pardos e negros (parágrafos 50 a 52); ao direito às garantias e à proteção judicial, em relação à paralaxe racial pelo judiciário; ao direito ao trabalho, em geral (parágrafos 53 a 59). Ademais, no parágrafo 75, a Comissão Interamericana destaca o padrão de desigualdade racial em relação ao acesso à justiça. Um dos pontos altos da decisão do caso em estudo foi o fato de a Comissão Interamericana ter operado uma importante combinação da teoria da discriminação estrutural e indireta com a prática do Sistema Interamericano de determinar padrões de violações de direitos fundamentais em petições individuais.⁵²

Relevante ainda, como enfatizou o professor Paulo de Tarso, “trazer ao estudo os conceitos de discriminação indireta e discriminação estrutural, elaborados principalmente pelos órgãos que compõem o sistema da ONU” (Op. Citada, pág. 10), uma vez que aquela Comissão internacional considerou o caso *Simone Diniz vs. Brasil* como sendo um caso de discriminação indireta, que se caracteriza

quando certas normas ou práticas estatais, aparentemente neutras, têm um efeito injustificável e desproporcional a certos grupos da sociedade, incluindo grupos racialmente vulneráveis. Em outras palavras, essas normas e práticas são neutras em propósito, mas seus efeitos são prejudiciais a certos grupos na sociedade.⁵³

Por sua vez, para aquela comissão, a discriminação estrutural, com alta importância para o caso em tela, “é aquela inerente à ordem social, às suas estruturas e mecanismos jurídicos,

⁵² ARANTES, *op. Citada*, pág. 15.

⁵³ ARANTES, *op. Citada*, pág. 10.

a qual tem sido institucionalizada em todos os âmbitos das sociedades e resulta em práticas discriminatórias” (ARANTES, op. Citada, pág. 10), mecanismo que, passados mais de cem anos da abolição da escravidão, ainda permanece dirigindo nossa sociedade em seus diversos segmentos.

Por fim, na conclusão da sua longa e muito bem fundamentada sentença, a Comissão Interamericana:

concluiu que a lei antirracismo brasileira exige um patamar demasiado elevado para a comprovação do crime de racismo. Ademais, a Comissão Interamericana notou que foi criada a figura penal da injúria racista, a qual associa elementos de raça, cor, etnia, religião ou origem. Esta nova figura penal foi inserida com o intuito de especificar o motivo do delito geral da injúria e de punir com mais severidade a injúria racista. Contudo, como foi apontada na decisão, a punição deste novo tipo penal permanece mais branda do que a Lei n. 7716/1989, além de ser provocável somente por ação penal privada, impondo à vítima um prazo breve de seis meses para propor a ação, o que aumenta consideravelmente o risco de impunidade. A Comissão Interamericana não somente constatou que a legislação brasileira per se violadora do direito à igualdade perante a lei, mas também determinou, a título de reparação, que o Estado brasileiro providencie as necessárias reformas legislativas para evitar que novas violações ocorram.⁵⁴

Ainda que não se tenha atualmente atingido todas as recomendações emanadas da Comissão Interamericana, não se pode diminuir a relevância do caso Simone Diniz que, de forma corajosa e cheia de ousadia, mesmo diante da inércia do Estado que a deveria proteger contra posturas discriminatórias, buscou o reconhecimento de violação da sua dignidade como pessoa humana, que resultou no pagamento de uma indenização em espécie por dano moral, além da determinação pela Comissão Interamericana de adoção pelo Estado brasileiro de medidas que obstem a repetição de tais condutas, além de, *verbis*:

(a) reconhecimento público da responsabilidade internacional: essa medida é constante na jurisprudência do Sistema Interamericano; (b) apoio financeiro à vítima para que esta possa iniciar e concluir curso superior: segundo a jurisprudência do sistema, tal apoio financeiro é por forma de bolsa escolar; (c) reforma legislativa e administrativa: sanar os obstáculos demonstrados nos parágrafos 78 (necessidade de provar o dolo racista) e 94 (desclassificação para injúria racista) da decisão. A reforma legislativa e administrativa têm sido uma tônica em sede de reparações; (d) solicitar aos governos estaduais a criação de delegacias especializadas na investigação de crimes de racismo e discriminação racial; (e) solicitar aos Ministérios Públicos Estaduais a criação de Promotorias Públicas Estaduais Especializadas no combate ao racismo e a discriminação racial; (f) reabertura do caso: realizar uma investigação completa imparcial e efetiva dos fatos, com o objetivo de estabelecer e sancionar a responsabilidade a respeito dos fatos relacionados com a discriminação racial; (g) medidas de promoção da igualdade racial; (h) educação dos funcionários de justiça e da polícia a fim de evitar ações que impliquem discriminação nas investigações, no processo ou na condenação civil ou penal das denúncias de discriminação racial e racismo; (i) encontro com organismos representantes da imprensa brasileira, com a

⁵⁴ Op. Citada, pág. 16-17.

participação dos petionários, com o fim de elaborar um compromisso para evitar a publicidade de denúncias de cunho racista; (j) seminários estaduais com representantes do Poder Judiciário, Ministério Público e Secretarias de Segurança Pública locais com o objetivo de fortalecer a proteção contra a discriminação racial e o racismo; (k) campanhas publicitárias contra a discriminação racial e o racismo.⁵⁵

A decisão do caso Simone André Diniz vs. Brasil, em termos gerais, apontou o véu que causa a cegueira racial na sociedade brasileira, ao demonstrar os obstáculos indiretos que um indivíduo enfrenta ao buscar um remédio judicial que sane a discriminação racial sofrida. Os elementos que causam essa discriminação indireta são o alto patamar de exigibilidade da lei antirracismo de comprovar o dolo racista e a respectiva aplicação pelo Judiciário, a possibilidade de desclassificação de crime de racismo para injúria racista, além da quase inexistente porcentagem de punições pelo crime de racismo no País.

Todos esses elementos tendem a agravar o racismo estrutural, ou numa linguagem mais técnica, o padrão de discriminação racial que ocorre no Brasil. Embora esse racismo estrutural seja até mesmo aceito por parte da população, essa decisão demonstra com clareza os focos desse problema sistêmico.

Neste ponto cumpre ressaltar a falha na atuação das Instituições responsáveis pela apuração do referido delito, descurando da ideia rawlsiana de que as instituições em determinada sociedade devem se pautar prioritariamente para a efetividade dos princípios da igualdade e acesso universal e equitativo a todas as oportunidades de emprego, ainda mais porque no caso apresentado não se buscava a ocupação de cargo que exigisse alta qualificação profissional e/ou educacional, tratando-se de emprego destinada a realização de atividades rotineiras no domicílio do empregador.

O segundo caso que iremos abordar se refere à oferta de emprego pela rede varejista Magazine Luiza que, em setembro de 2020, abriu processo seletivo de *trainees* destinado exclusivamente a pessoas negras. A iniciativa em referência provocou reações diversas na sociedade brasileira, advogando-se teses entre o racismo estrutural e o racismo reverso para defender ou rechaçar a campanha da varejista.

Consciente da baixa representatividade da população negra em seus quadros de empregados, percentual ainda menor no segmento do corpo diretivo composto pelos executivos da referida rede varejista, ela promoveu uma espécie de ação afirmativa com escopo de

⁵⁵ ARANTES, *op. citada*, pág. 20-21.

possibilitar o acesso aos referidos empregos criados que, se disputados com pessoas brancas, resultariam no quadro de manutenção da pequena participação da população negra, notadamente para os cargos executivos.

Dessa forma, para uma parcela da população, a conduta da empresa representava um esforço louvável para diminuir, ao menos um pouco, a cruel realidade experimentada pela população negra decorrente do racismo estrutural existente na sociedade brasileira. Para outra parcela da população, qualquer ação afirmativa corresponderia a uma prática discriminatória; enquanto para outras pessoas, o problema não seria a ação afirmativa em si, mas a reserva de vagas de emprego apenas para um grupo específico. Nas horas seguintes à abertura da campanha, muito se falou em racismo reverso e ecoaram assertivas de que “todas as vidas importam”, bordão de reação ao movimento de que “vidas pretas importam”⁵⁶.

Após me deparar com os dados levantados para o presente trabalho, tenho que a razão está com aqueles que viram na referida iniciativa uma forma de mitigar o racismo estrutural da sociedade brasileira, que, como já demonstrado, cria mecanismos os mais diversos para obstar a ascensão da população negra às melhores oportunidades de emprego, não havendo que se falar em racismo reverso em face da população de cor branca, na medida em que esta está de forma geral no rol do segmento privilegiado da população.

Como bem observado pela professora Priscila Freire da Silva Cezario:

A iniciativa da Magazine Luiza, de reservar as 20 vagas de recente processo seletivo de trainee exclusivamente para pessoas negras, foi calcada em dados estatísticos e históricos. Conforme dados do IBGE, pessoas negras representam mais da metade da população, contudo, em cargos de chefia, são sub-representadas. Atingem a marca de apenas de 30%, resultando em um gargalo de 20%, em números aproximados. Na própria rede varejista, o gargalo é ainda mais expressivo. Com 53% de pretos e pardos em seu quadro de cerca de 40 mil empregados, a rede contava com apenas 16% de pessoas pretas e pardas em posições de liderança ao tempo da campanha.⁵⁷

Colhe-se do referido artigo a informação levantada por meio de pesquisa do Instituto Ethos que, em levantamento realizado com as quinhentas empresas de maior faturamento nacional, a representatividade da população vai decrescendo à medida do aumento do nível do cargo, sendo que

em nível de gerência, apenas 6,3% dos trabalhadores são negros, sendo 0,6% pretos e 5,7% pardos; em nível executivo, somente 4,7% dos trabalhadores são negros, sendo

⁵⁶ CEZARIO, Priscila Freire da Silva. Artigo “Entre o racismo estrutural e o racismo reverso: notas sobre um processo seletivo orientado ao favorecimento de um segmento específico da população brasileira”, pág. 2.

⁵⁷ CEZARIO, Priscila Freire da Silva *op. citada*, pág. 3.

0,5% pretos e 4,2% pardos. A realidade da Magazine Luiza corrobora a pesquisa do Instituto Ethos, vez que o comitê executivo e o conselho administrativo da companhia carecem de representação negra. Ademais, eram negras somente dez das 250 lideranças formadas por programas de trainees da Magazine Luiza nos últimos anos. (CEZARIO, op. Citada, pág. 4).

Diante desse cenário, resta evidente que a iniciativa da empresa Magazine Luiza, ao invés de censurada, merece ser objeto de encorajamento com vistas à sua prática em larga escala no mercado de trabalho como um todo, inclusive no setor público, no qual também resta patente a falta de representantes negros e pardos em cargos de assessoramento e direção superior. Com efeito, como salientado pela professora Priscila Freire da Silva Cezario:

A pessoa negra que, depois de superar os obstáculos acima mencionados, consegue se qualificar profissionalmente e recusar o lugar que o grupo dominante lhe impõe, precisa ainda lidar com as mazelas da carência – ou da negação mesmo – de reconhecimento. Mesmo pessoas negras com formação universitária frequentemente terminam em posições até hoje reservadas pelo grupo dominante para pessoas negras. A pessoa negra, tão só por causa da cor de sua pele, é geralmente preterida no mercado formal de trabalho em benefício de pessoas brancas. A cor da pele faz da pessoa negra uma desacreditada, diferentemente da pessoa branca, apenas desacreditável: a pessoa negra precisa se esforçar muito mais que a pessoa branca para provar o seu valor.⁵⁸

E prossegue:

Pessoas negras, como visto na seção anterior, não estão representadas em espaços de poder e é a exclusão de pessoas negras do direito de ocupar espaços de poder, viabilizada pela lógica da autodepreciação, que as situa na condição de subalternizadas. A pessoa negra enquanto indivíduo nunca vai se emancipar, quer dizer, se libertar das amarras da subalternização, enquanto membros do grupo rotulado como negro não forem respeitados pelo seu valor enquanto ser humano, pela sua capacidade de produzir valores das mais variadas ordens tal qual a comunidade branca. Dito de outro modo, enquanto a sociedade não se despir de estigmas imputados às pessoas negras e, portanto, não parar de ver na pessoa negra uma figura subalternizada, colocando-se como incapaz de reconhecer um médico negro como médico, um filósofo negro como filósofo, um professor negro como professor, pessoas negras como um todo permanecerão no lugar subalternizado em que foram posicionadas pelo grupo dominante. É por isso que o não reconhecimento vai muito além do indivíduo. É porque o indivíduo negro, ainda que ascenda socialmente, carrega consigo os estigmas do grupo.⁵⁹

Dando continuidade ao seu raciocínio, a referida autora invoca da teoria do multiculturalismo liberal de Joseph Raz, segundo o qual “uma atitude política de promoção e incentivo à prosperidade, cultural e material, de grupos culturais dentro de uma sociedade, com respeito à sua identidade, é justificada por considerações de liberdade e dignidade humana”. Na concepção de Raz, os valores da liberdade e da dignidade humanas “demandam de governos

⁵⁸ CEZARIO, op. Citada, pág. 5.

⁵⁹ CEZARIO, op. Citada, pág. 8-9.

ações para além de políticas de tolerância e não discriminação”. As políticas públicas orientadas à liberdade e à dignidade humanas devem ocorrer, conforme Raz, nos planos educacional, jurídico, econômico e cultural. De acordo com Raz: “O efeito combinado de tais políticas é que o multiculturalismo liberal conduz não ao abandono de uma cultura comum, mas ao surgimento de uma cultura comum que é respeitosa para com todos os grupos do país”.⁶⁰

Assim como defendido pela autora ora em estudo, verifica-se que,

para se alcançar a igualdade material, concreta, postulada pela política da diferença – e, portanto, incompatível com a política da igual dignidade –, pessoas brancas precisam, para além de refletir sobre o privilégio branco, estudar profundamente o modo de vida de pessoas negras, de maneira a compreender as razões que têm dificultado a ascensão de pessoas negras a espaços de poder. Enquanto pessoas brancas não forem capazes de assimilar as consequências da escravidão – e mesmo de uma abolição fictícia – para pessoas negras, o critério de pessoas brancas para julgar uma iniciativa como a discutida neste artigo seguirá representado pelo falacioso discurso da meritocracia que a política da igual dignidade impulsiona. Mais que isso, enquanto não forem capazes de respeitar pessoas negras pelo seu valor enquanto ser humano, assim como de abandonar o paradigma da superioridade, pessoas brancas continuarão tolhendo de pessoas negras o autorrespeito e, em última análise, o direito de vencer a dinâmica da subalternização.⁶¹

Considerados esses argumentos, tem-se que inexistem, no caso controvertido decorrente da digna iniciativa da empresa Magazine Luiza, qualquer ato discriminatório a quem quer que seja, muito menos à população de cor branca, diante do histórico de nossa nação que sempre privilegiou e privilegia até os dias atuais esta população em detrimento daquela, comportando deferência a afirmação da autora no sentido de que

a campanha da Magazine Luiza seria condenável, a nosso ver, se a população negra já estivesse devidamente – ou seja, proporcionalmente – representada em posições executivas, se profissionais negros não mais tivessem sua qualificação profissional colocada em xeque a todo momento, se o “selo Decotelli de veracidade” parasse de circular a cada irregularidade curricular imputada a uma nova pessoa pública de plantão. Mas, considerados os números analisados neste artigo e os estigmas ainda imputados rotineiramente às pessoas negras, consideramos salutar a campanha da Magazine Luiza.⁶²

Imbuído desse mesmo espírito e raciocínio, os professores Thadeu Augimeri de Goes Lima e Bruno Diana defendem a atipicidade de condutas previstas na Lei n. 7.716/1989, além do previsto no art. 140, § 3º, do CP (injúria racial), quando praticadas em face da população

⁶⁰ CEZARIO, Priscila Freire da Silva. Artigo “Entre o racismo estrutural e o racismo reverso: notas sobre um processo seletivo orientado ao favorecimento de um segmento específico da população brasileira”, pág. 12.

⁶¹ CEZARIO, op. Citada. Pág. 13.

⁶² CEZARIO, op. Citada, pág. 15.

branca, a partir de uma interpretação teleológica e histórica dos aspectos da referida legislação, no que se refere ao elemento “cor”, ao argumento de que:

entender o racismo e como ele se manifesta no século XXI, nem sempre por violências abertas, mas por processos velados como invisibilização e acusações precipitadas que não costumam ser feitas a pessoas brancas, é um passo importante na luta antirracista. Por outro lado, ignorar o alvo constante do racismo, o corpo negro, sob uma leviana noção de igualdade entre todos e buscar equiparar agressões contra brancos e contra negros a situações racistas significa desvirtuar completamente a história e a luta do povo negro, como se verá adiante. [...] A opressão colonial, estruturada no racismo, artificialmente colocou brancos e não brancos (em especial, os negros) em polos opostos e ofereceu um conjunto de significações para cada raça. Ao mesmo tempo, as políticas de branqueamento colocaram ambos em rota de colisão. Os brancos se apropriaram das vidas, dos corpos, das culturas, das religiões e de outros aspectos dos povos negros como se fossem seus e muitos destes, por consequência da subjetivação da ideologia do branqueamento, rejeitaram a si mesmos e buscaram fugir de estereótipos negativos que os identificassem como negros. (SCHUCMAN, 2012, p. 20).⁶³

E prosseguem em seus raciocínios enfocando que,

por mais que pessoas brancas possam sofrer preconceitos e discriminações em razão de suas características fenotípicas, conforme as definições traçadas no tópico anterior, geralmente em situações isoladas, elas jamais serão vítimas de racismo. Por outro lado, colocar o negro como autor de uma ofensa racista contra um branco é, por si só, uma atitude racista. Ao transformar a pessoa negra, simultaneamente, em vítima e causadora de sua própria violência, o branco retira de si qualquer responsabilidade e ainda garante que o sistema racial continue a beneficiá-lo. É um crime quase perfeito disfarçado de martírio.⁶⁴

Como já ressaltado, não foram os brancos que passaram por quinhentos anos de sequestros, escravização, inferiorização, hierarquização, exclusão e negação dos direitos mais básicos. Se participaram, foram como parte do problema, não da solução. É evidente que essa ferida não cicatrizou com a mera abolição da escravatura, jogando a população negra na rua sem qualquer espécie de auxílio nem política social que combatesse o preconceito e a discriminação. A dívida secular que a sociedade brasileira tem com os negros não fugiria do campo jurídico. E o comportamento racista, obviamente, também não se desfez como mágica, de modo que a Lei n. 7.716/1989, assim como a tipificação do delito de injúria racial, vem ao socorro das verdadeiras e sistemáticas vítimas de uma estrutura que ainda hoje lhes nega tudo.

Esse entendimento é reforçado pela Lei n. 12.288/2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial em nosso país, uma vez que, logo em seu primeiro artigo, a referida norma

⁶³ LIMA, Thadeu Augimeri de e DIANA, Bruno Goes. Artigo: Crimes de racismo e atipicidade das respectivas condutas contra pessoas brancas, pág. 7.

⁶⁴ Op. Citada, pág. 9.

assevera que se destina “a garantir à **população negra** a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”.

Por outro lado, há relevantes argumentos que pugnam pela possibilidade da prática de racismo contra todas as pessoas, inclusive as brancas, amarelas, uma vez que o legislador não teria feito qualquer restrição quanto à tipificação prevista na Lei n. 7.716/1989, sendo certo que, à luz da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, sendo inviável, a nosso ver, que se limite a aplicabilidade da referida norma protetiva unicamente em face da população negra, em virtude do histórico de violência e escravidão que facilita a caracterização desse delito quando se trata de uma vítima negra, devendo os fatos serem analisados caso a caso, a fim de que seja possível identificar, ou não, os elementos constitutivos do crime de racismo ou injúria racial, ainda que se trate do chamado racismo reverso que foi objeto de análise no caso da empresa Magazine Luiza.

Poder-se-ia indagar se a política adotada pela empresa Magazine Luiza não poderia contrariar o princípio da justiça de Rawls, pelo qual deve ser assegurado o acesso equitativo às oportunidades de emprego, uma vez que, no caso estudado, houve um suposto favorecimento da população negra. Ocorre que, se efetivamente o referido princípio de Rawls fosse empregado, sequer seria necessária uma política de cotas para negros terem acesso às melhores posições na hierarquia da empresa, uma vez que o acesso equitativo irremediavelmente proporcionaria um equilíbrio entre negros e brancos, o que não acontecia na prática, como demonstrado.

Por fim, abordaremos caso concreto em que, apesar de não se referir à discriminação à população negra, mas sim conduta cometida em face da comunidade judaica, dada a relevância dos conceitos e hermenêutica jurídica, iremos trazer algumas reflexões para o presente estudo, buscando o diálogo com a temática desenvolvida até este momento.

Trata-se do acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n. 82.424-2, impetrado em face de idêntico documento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se manteve a condenação do paciente pelo cometimento do delito previsto no art. 20 da Lei n. 7716/1989.

Eis a ementa do aresto:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTISSEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA

CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).
2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.
3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.
4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.
5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.
6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o antissemitismo.
7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.
8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.
9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.
10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao

discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admite.

Ordem denegada. (HC 82424, Relator(a): Ministro **Moreira Alves**, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro **Maurício Corrêa**, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

Como já explanado anteriormente, a Corte Suprema discutiu nesse *mandamus* a existência de crime previsto no art. 20 da Lei n. 7716/1989, na redação dada pela Lei n. 8081/1990 em virtude de o paciente (Sigfried Ellwanger) ter publicado livros que colocavam em xeque a veracidade do holocausto perpetrado pela Alemanha Nazista, além de tecer diversos argumentos quanto à falaciosa inferioridade do povo judeu que supostamente justificariam seu extermínio. Absolvido em primeiro grau de jurisdição, ao fundamento de que sua conduta estaria acobertada pela garantia constitucional de liberdade de expressão, diante do inconformismo do assistente de acusação, foi dado provimento ao apelo acusatório para condenar o réu como incurso no delito supracitado à pena de dois anos de reclusão, com deferimento do *sursis*, em acórdão assim ementado:

RACISMO. Edição e venda de livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei n° 7.716/89 (redação dada pela Lei n° 8.081/90).

Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada.

Impetrado *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, a ordem foi denegada na forma da seguinte ementa:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. PRÁTICA DE RACISMO. EDIÇÃO E VENDA DE LIVROS FAZENDO APOLOGIA DE IDÉIAS PRECONCEITUOSAS E DISCRIMINATÓRIAS. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SE TRATAR DE PRÁTICA DE RACISMO, OU NÃO. ARGUMENTO DE QUE OS JUDEUS NÃO SERIAM RAÇA. SENTIDO DO TERMO E DAS AFIRMAÇÕES FEITAS NO ACÓRDÃO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A COMUNIDADE JUDAICA. RACISMO QUE NÃO PODE SER ABSTRAÍDO. PRÁTICA, INCITAÇÃO E INDUZIMENTO QUE NÃO DEVEM SER DIFERENCIADOS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE RACISMO. CRIME FORMAL. IMPRESCRITIBILIDADE QUE NÃO PODE SER AFASTADA. ORDEM DENEGADA.

I. O *habeas corpus* é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito ? se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito do judeus ? se os mesmos seriam raça, ou não ? tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente "quis dizer" nesta ou naquela afirmação feita no *decisum*.

II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração.

IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

V. Ordem denegada. (HC n. 15.155/RS, relator Ministro **Gilson Dipp**, Quinta Turma, julgado em 18/12/2001, DJ de 18/3/2002, p. 277.)

Ainda inconformada, a defesa aviou outro *writ* perante o Pretório Excelso, buscando o reconhecimento da prescrição do delito previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989, uma vez que a comunidade judaica não poderia ser considerada uma raça, impedindo a caracterização do crime de racismo que, por disposição constitucional (art. 5º, inc. XLII), seria imprescritível, o que acabaria por ensejar a extinção da punibilidade, considerando o transcurso de período suficiente entre o recebimento da denúncia e a prolação de acórdão condenatório, haja vista que a pretensão punitiva estatal não foi acolhida em primeiro grau de jurisdição.

Contudo, a Corte Suprema, por maioria, indeferiu o *habeas corpus*, vencido o relator (Ministro Moreira Alves) – que acolhia os argumentos defensivos quanto à suposta impossibilidade de tratar a comunidade judaica como uma raça e, por conseguinte, do crime de racismo, afastada a sua natureza imprescritível. Colhe-se do extenso voto do então relator:

Considerado, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o artigo 5º, XLII, da Constituição, como delito de discriminação ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não, uma raça. E, a esse respeito, impõe-se a resposta negativa, com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão.

De feito, além das categóricas afirmações, de que os judeus não são raça, de Miguel Asheri (renomado antropólogo judeu que escreveu "O Judaísmo Vivo - As tradições e as Leis dos Judeus Praticantes"), do rabino Morris Kertzer (no livro "O que é um judeu") e de Moacyr Seliar (no livro "A Condição Judaica"), citados, em expressivas passagens na inicial deste "habeas corpus", outros mais há no mesmo sentido.

Assim, o rabino Henry I. Sobe." - Presidente do Rabinato da Congregação Israelita Paulista em conferência proferida na Igreja Presbiteriana do Jardim das Oliveiras, em 15 de fevereiro de 1998, a propósito, observa:

[...]

Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.⁶⁵ (grifo nosso)

Contudo, prevaleceu o entendimento do Ministro Maurício Corrêa que, em seu voto, invocou os seguintes fundamentos para manter a condenação pelo delito previsto no art. 20 da Lei n. 7716/1989:

- i) Dada a demonstração científica, feita pelo projeto Genoma, de que não haveria diferenças substanciais nos genes que compõem o genoma humano, não haveria mais sentido em falar em diversidade de raças, utilizadas muitas vezes unicamente com a finalidade de depreciar uma pessoa em detrimento de outra, com base em suas características físicas. Neste sentido, colhe-se do referido voto, entre diversos outros argumentos quanto a este ponto:

18. Na verdade, o que existe é uma correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial, o que relaciona os homens de cor branca à Europa, os de cor negra à África e os de cor amarela à Ásia. Conforme esclarecem os cientistas, "a cor branca e as características do indivíduo branco são adaptações geográficas à Europa". A cor negra e as características físicas daquilo que se associa à chamada raça negra são adaptações geográficas à África e, provavelmente, são do homem original", pois se estima que no início todos os homens eram negros. As modificações havidas ao longo dos tempos e marcadas pelos caracteres físicos refletem o desenvolvimento do homem em sua complexidade a partir de sua constante convivência com o ambiente e não uma circunstância genética, pelo que há uma completa dissociação entre a cor da pele e o genoma.

⁶⁵ Trecho do voto proferido pelo relator, Ministro Moreira Alves, nos autos do HC n. 82.424.

19. Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única regra, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem.

- ii) Sofrimento histórico experimentado pelo povo judeu cujo auge ocorreu na Alemanha Nazista que, governada por Hitler, criou o mito de raça inferior para caracterizar a comunidade judaica e, por conseguinte, sendo objeto de legítimo extermínio nos diversos campos de concentração construídos para essa finalidade, cujas ideias foram objeto de elogio nos livros publicados pelo acusado, colacionando diversos argumentos no sentido de que, mesmo que desconsiderada a questão racial, a conduta do paciente constituiria racismo. Nesse sentido:

34. Daí a apropriada conclusão de Izidoro Blikstein, professor titular de Semiótica e Linguística da USP, de que antissemitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida por superior à outra. Lembra a observação do historiador Raul Hilberg, de que "a singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o antissemitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado literalmente tal doutrina, com a criação dos campos de extermínio". Por isso mesmo a Enciclopédia Ilustrada Oxford situou a ação dos nazistas alemães como marcante exemplo do que seja racismo e suas graves consequências.

35. Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no presente caso.⁶⁶

- iii) A gravidade concreta das falácias descritas pelo paciente, seja por negar fatos historicamente comprovados sem sombra de dúvida, seja em virtude de atacar a honra e dignidade como pessoa humana da comunidade judaica, eis que "as condutas imputadas ao paciente caracterizam prática de racismo, seja porque o conceito de raça não pode resumir-se a semelhança de características físicas, devendo ser adotada em suas mais diversas formas, especialmente como definição de comportamento social, seja porque, como é notório, a doutrina nazista defendida

⁶⁶ Trecho do Voto do Ministro Maurício Corrêa no HC n. 82.424/RS.

e incentivada pelas publicações, não só reputa os judeus uma raça, como baseia todo o seu segregacionismo nessa convicção”⁶⁷.

- iv) A adesão pelo Brasil de diversas normas internacionais protetivas de direitos humanos que incriminavam condutas como as praticadas pelo paciente sob os seguintes fundamentos, entre outros:

72. Ora, as teorias antissemitas congenitamente relacionadas com o nazismo, incentivada pelo paciente em suas publicações, começam por eliminar a possibilidade de os judeus possuírem direitos inerentes à cidadania, daí evoluindo para as barbáries que eliminam a dignidade do ser humano. A exclusão desses atos do conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro.

73. Parece-me evidente, por outra via, que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem. A Constituição Brasileira o reitera em várias passagens, não sem razão, deixando consignada sua condição de preceito fundamental (CF, artigos I^a, II; 3^o, IV; 4^o, II e VIII; 5^a, caput, I, XLI).

74. A efetiva aplicação desses postulados, e a conseqüente defesa dos direitos humanos, deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de ruir-se a própria democracia, sendo o combate ao racismo, em seu sentido amplo, fator decisivo, para a consecução desse objetivo fundamental.

75. O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social.

- v) Relatividade do direito à livre manifestação do pensamento, que deve ser interpretado em consonância com as demais disposições constitucionais, não sendo, por conseguinte, a prática de atos discriminatórios acobertados por aquela garantia constitucional.

Diante desse julgado do Pretório Excelso, cujas premissas fundamentais também podem ser aplicadas à população negra que, assim como os pertencentes à comunidade judaica, experimentaram no decorrer da história nacional e mundial graves violações de seus direitos humanos, seja no período de colonialismo do Século XV e seguintes, seja no de neocolonialismo, no século XIX até o seguinte, em que novamente se viu o roubo de riquezas por países europeus daqueles situados na África, dividida em nome de interesses econômicos

⁶⁷ Trecho do Voto do Ministro Maurício Corrêa no HC n. 82.424/RS

espúrios e que, até os dias de hoje, dificultam sobremaneira o acesso daquelas populações aos mais mezinhos direitos humanos, como o direito à moradia digna, à alimentação, à vida, à saúde, sendo causa, além de conflitos armados, do grande êxodo de tantas pessoas para a Europa, a qual, se houvesse uma justiça mundial, deveria receber de bom grado essa massa humana, considerando ser a principal responsável pela miséria experimentada em diversos países do continente africano.

3. Do Estado de Coisas Inconstitucional e a ADPF 347/DF

3.1. Introdução

Nesta parte do trabalho, buscaremos demonstrar se há, ou não, uma seletividade penal em nosso país por parte dos órgãos responsáveis pela persecução penal, começando pela atuação das polícias, além do Ministério Público e, por fim, do Poder Judiciário, notadamente diante do grande índice de presos provisórios, da ordem de 38% (trinta e oito por cento) da população carcerária total nos estabelecimentos penais que, segundo o relatório de auditoria do TCU, aproxima-se do déficit de vagas, conforme dados do CNJ de setembro de 2017 (item 64 do relatório TC n. 003.673/2017-0), com pequena variação nos anos seguintes, permanecendo ainda no exercício de 2022 acima de 30% (trinta por cento).

Segundo informa o relatório “Justiça em Números” do ano de 2022, realizado pelo CNJ, “ao final de 2021, havia 2,3 milhões de execuções penais pendentes, sendo 1,4 milhão de penas privativas de liberdade (60,1%) e 903 mil de penas alternativas (40%)”. Durante o ano de 2021, iniciaram-se 442 mil execuções penais. “Na maioria dos casos, a pena aplicada foi com privação de liberdade, um total de 158,7 mil execuções, 35,9% do total. Entre as penas não privativas de liberdade (23,1 mil), 2 mil (0,7%) ingressaram nos juizados especiais e 281 mil (99,3%) no juízo comum”⁶⁸, o que evidencia uma mentalidade de encarceramento em massa por parte do Poder Judiciário, ainda resistente à adoção de penas alternativas, mesmo presentes os requisitos do art. 44 do CP, bem como a medidas cautelares diversas da prisão preventiva, além de resistência a práticas como Justiça criminal restaurativa, por meio da qual se busca a aproximação da vítima e perpetrador do delito visando a adoção de medidas despenalizantes, como será demonstrado oportunamente.

Quando olhamos para a atuação das polícias, verificamos que a imensa maioria das prisões por tráfico de drogas é realizada pela Polícia Militar dos estados, geralmente em áreas de periferia onde o autuado é preso em flagrante com pequena quantidade de drogas, o que, no dizer da professora Jéssica da Mata, evidencia uma “política do enquadro” por parte desse ramo da polícia, definida como uma medida de prevenção ao crime, na qual indivíduos considerados como em “atitude suspeita” são objeto de abordagem seguida de busca pessoal que, muitas vezes, não observam os requisitos previstos no art. 244 do CPP quanto à necessária existência

⁶⁸ Conselho Nacional de Justiça, Relatório Justiça em Números 2022, pág. 226.

de “fundada suspeita” de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

Explicita a referida autora que a “política do enquadro” é operacionalizado pela adoção das seguintes medidas: 1) procedimentalização: diminuição dos riscos da interação entre polícia e público com a prescrição de procedimentos operacionais-padrão preocupados com a salvaguarda dos policiais durante a sua execução; 2) incentivo à técnica: fomento ao desenvolvimento de um conhecimento técnico acerca das abordagens que conferiu maior segurança jurídica ao policial que passou a ser capaz de fundamentar a prática em normas externas e internas diante de autoridades judiciais e do público em geral; 3) produtivismo: transformação dos enquadros em medidas de produtividade apoiadas na adoção implícita ou explícita de metas que estipulavam um número mínimo a ser realizado por um policial ou equipe policial⁶⁹ que, embora produzida no seio do Estado de São Paulo, pode ser estendida à atuação de outros estados da Federação.

Tal dinâmica ainda é verificada por ocasião da realização de buscas domiciliares sem a necessária existência de fundadas razões para tanto, muito menos mandado judicial autorizativo da referida diligência, muitas vezes arrimada em mera denúncia anônima a respeito da qual sequer houve qualquer diligência investigatória prévia ou baseada em tirocínio policial consistente em suposta “atitude suspeita” decorrente unicamente do ingresso no domicílio ao visualizar a viatura da polícia. Tal fato, por si só, não chega a configurar fundadas razões para a violação da garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, notadamente porque a prática decorrente do contato com processos criminais no Superior Tribunal de Justiça demonstra que essas diligências ocorrem em domicílios das camadas mais vulneráveis da sociedade, constituídas em sua maioria pela população negra e parda pelos motivos já expostos na primeira parte deste trabalho.

Felizmente, na medida do possível, verifica-se que a atuação do Superior Tribunal de Justiça, bem como a do Supremo Tribunal Federal, tem buscado resguardar a isonomia assegurada na Constituição Federal, uma vez que diuturnamente tem reconhecido como ilícitas provas obtidas a partir de busca pessoal e/ou domiciliar realizadas sem observância aos requisitos legais e constitucionais, com encorajamento de que haja por parte das autoridades policiais a adoção de investigações que resultem na prisão de criminosos que de fato causam

⁶⁹ MATA, Jéssica da. Ebook “A política do enquadro”, Disponível em www.amazon.com.br, pág. 34. Acesso em 24/09/2023.

danos à sociedade, em face da grande quantidade de drogas que movimentam, cargas roubadas, entre outros delitos praticados cada vez pelas mais variadas organizações criminosas que, diante do seu grande poder econômico, facilmente aliciam jovens negros moradores da periferia para a consecução dos seus objetivos, além de promover a corrupção de autoridades as mais diversas com o mesmo poder econômico ou mesmo por meio de ameaças;

Nesse sentido, o Tema n. 280 da Corte Suprema fixou o entendimento de que

a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.⁷⁰

Após esse importante precedente, com repercussão geral reconhecida, houve expressiva jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, em diversas manifestações, vem construindo um sistema por meio do qual a atuação policial deve ser realizada dentro dos parâmetros legais e constitucionais, de que é exemplo, entre outros, o acórdão do HC n. 598.051/SP, julgado pela Sexta Turma sob a relatoria do eminente Ministro Rogério Schietti Cruz, na forma da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

1.1 A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, sozinho ou na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço íntimo preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige.

1.2. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais. Célebre, a propósito, a exortação de Conde Chatham, ao dizer que: "O homem mais pobre pode em sua cabana desafiar todas as forças da Coroa. Pode ser frágil, seu telhado pode tremer, o vento pode soprar por ele, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar!" ("The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail, its roof may

⁷⁰ Supremo Tribunal Federal, RE n. 603.616, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10/5/2016.

shake, the wind may blow through it, the storm may enter, the rain may enter, but the King of England cannot enter!" William Pitt, Earl of Chatham. Speech, March 1763, in Lord Brougham Historical Sketches of Statesmen in the Time of George III First Series (1845) v. 1).

2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência - cuja urgência em sua cessação demande ação imediata - é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação - e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio - justificam o retardo da cessação da prática delitiva.

2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação - amiúde irreversível - de todo o processo, em prejuízo da sociedade.

3. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori" (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado.

4. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude "suspeita", ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.

5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou.

5.1. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc.

5.2. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos - diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas - pode fragilizar e tornar irritado o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar, a qual protege não apenas o suspeito, mas todos os moradores do local.

5.3. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em cercear a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, muito menos em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial - meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada - legitimar a entrada em residência ou local de abrigo.

6. Já no que toca ao consentimento do morador para o ingresso em sua residência - uma das hipóteses autorizadas pela Constituição da República para o afastamento da inviolabilidade do domicílio - outros países trilharam caminho judicial mais assertivo, ainda que, como aqui, não haja normatização detalhada nas respectivas Constituições e leis, geralmente limitadas a anunciar o direito à inviolabilidade da intimidade domiciliar e as possíveis autorizações para o ingresso alheio.

6.1. Nos Estados Unidos, por exemplo, a par da necessidade do exame da causa provável para a entrada de policiais em domicílio de suspeitos de crimes, não pode haver dúvidas sobre a voluntariedade da autorização do morador (in dubio libertas). O consentimento "deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção ("consent, to be valid, 'must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion"). (United States v McCaleb, 552 F.2d 717, 721 (6th Cir 1977), citando Simmons v Bomar, 349 F.2d 365, 366 (6th Cir 1965). Além disso, ao Estado cabe o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado, isento de qualquer forma, direta ou indireta, de coação, o que é aferível pelo teste da totalidade das circunstâncias (totality of circumstances).

6.2. No direito espanhol, por sua vez, o Tribunal Supremo destaca, entre outros, os seguintes requisitos para o consentimento do morador: a) deve ser prestado por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos; b) deve ser consciente e livre; c) deve ser documentado; d) deve ser expresso, não servindo o silêncio como consentimento tácito.

6.3. Outrossim, a documentação comprobatória do assentimento do morador é exigida, na França, de modo expresso e mediante declaração escrita à mão do morador, conforme norma positivada no art. 76 do Código de Processo Penal; nos EUA, também é usual a necessidade de assinatura de um formulário pela pessoa que consentiu com o ingresso em seu domicílio (North Carolina v Butler (1979) 441 U.S. 369, 373; People v. Ramirez (1997) 59 Cal. App.4th 1548, 1558; U.S. v. Castillo (9a Cir. 1989) 866 F.2d 1071, 1082), declaração que, todavia, será desconsiderada se as circunstâncias indicarem ter sido obtida de forma coercitiva ou houver dúvidas sobre a voluntariedade do consentimento (Haley v. Ohio (1947) 332 U.S. 596, 601; People v. Andersen (1980) 101 Cal. App.3d 563, 579).

6.4. Se para simplesmente algemar uma pessoa, já presa - ostentando, portanto, alguma verossimilhança do fato delituoso que deu origem a sua detenção -, exige-se a indicação, por escrito, da justificativa para o uso de tal medida acautelatória, seria então, no tocante ao ingresso domiciliar, "necessário que nós estabeleçamos, desde logo, como fizemos na Súmula 11, alguma formalidade para que essa razão excepcional seja justificada por escrito, sob pena das sanções cabíveis" (voto do Min. Ricardo Lewandowski, no RE n. 603.616/TO).

6.5. Tal providência, aliás, já é determinada pelo art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal - analogicamente aplicável para busca e apreensão também sem mandado judicial - ao dispor que, "[f]inda a diligência, os executores lavrarão auto

circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º.

7. São frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos. É, portanto, ingenuidade, academicismo e desconexão com a realidade conferir, em tais situações, valor absoluto ao depoimento daqueles que são, precisamente, os apontados responsáveis pelos atos abusivos. E, em um país conhecido por suas práticas autoritárias - não apenas históricas, mas atuais -, a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça.

7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu no caso ora em julgamento - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.

7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral - pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro - e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.

8. Ao Poder Judiciário, ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema, cabe responder, na moldura do Direito, às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E, especialmente, ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares.

8.1. As decisões do Poder Judiciário - mormente dos Tribunais incumbidos de interpretar, em última instância, as leis federais e a Constituição - servem para dar resposta ao pedido no caso concreto e também para "enriquecer o estoque das regras jurídicas" (Melvin Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 4) e assegurar, no plano concreto, a realização dos valores, princípios e objetivos definidos na Constituição de cada país. Para tanto, não podem, em nome da maior eficiência punitiva, tolerar práticas que se divorciam do modelo civilizatório que deve orientar a construção de uma sociedade mais igualitária, fraterna, pluralista e sem preconceitos.

8.2. Como assentado em conhecido debate na Suprema Corte dos EUA sobre a admissibilidade das provas ilícitas (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914), se os tribunais permitem o uso de provas obtidas em buscas ilegais, tal procedimento representa uma afirmação judicial de manifesta negligência, se não um aberto desafio, às proibições da Constituição, direcionadas à proteção das pessoas contra esse tipo de ação não autorizada ("such proceeding would be to affirm by judicial decision a manifest neglect, if not an open defiance, of the prohibitions of the Constitution, intended for the protection of the people against such unauthorized action").

8.3. A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam a esta Corte Superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da

população que, por sua topografia e status social e econômico, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança.

9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoa realizada em via pública.

10. A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor.

11. Assim, como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita - no caso, a apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha -, pois evidente o nexó causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

12. Habeas Corpus concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e conseqüente absolvição do paciente, dando-se ciência do inteiro teor do acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital.

13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal. (HC n. 598.051/SP, relator Ministro **Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma**, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021, grifo nosso)

Nesse importante precedente, no qual o paciente era um jovem negro abordado na periferia da capital paulista em suposta “atitude suspeita”, o Superior Tribunal de Justiça delimitou de forma mais específica os procedimentos a serem observados pela polícia no exercício da sua função com vistas ao ingresso regular em domicílio, donde se afere a preferência na adoção de diligências investigatórias prévias para subsidiar a expedição de mandado judicial de busca e apreensão domiciliar sendo que, em caso de urgência demonstrada por meio de critérios objetivos e possíveis de posterior controle judicial, é possível o ingresso domiciliar com a existência de fundadas razões que demonstrem a possibilidade de prática de crime no interior do domicílio.

Além disso, o consentimento do morador ou proprietário deve ser feito por escrito e/ou vídeo, de forma a restar cabalmente comprovada a voluntariedade de tal consentimento, que na

prática é obtida de forma coercitiva, seja por policiais militares, seja por policiais civis, a respeito do qual o Tribunal Superior enfatizou que seria ingenuidade crer na afirmação de que os responsáveis pela prática de abusos de autoridade procederam à diligência com observância das garantias constitucionais que regem a incolumidade do domicílio – art. 5º, inc. XI, da CF/88 –, cuja interpretação deve ser restritiva, notadamente porque, como bem enfatizado pelo Superior Tribunal de Justiça, a referida prática policial é voltada em sua grande maioria à população mais vulnerável socialmente.

Ademais, foi determinada aos Estados da Federação a aquisição e instalação no fardamento dos policiais de equipamento para filmagem e gravação da diligência policial, medida posteriormente afastada pelo Pretório Excelso ao argumento de que não caberia ao Poder Judiciário determinar a referida aquisição aos poderes executivos estaduais sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, além de argumentos de ordem orçamentária.

Contudo, de forma paradoxal, o mesmo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido de liminar na chamada ADPF das Favelas (n. 635), referente às operações policiais no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, marcadas por alta letalidade da população residente – em sua maioria negra e parda – e por poucos resultados contra o crime organizado, determinou medida idêntica ao referido estado, que será melhor estudada nesta parte do trabalho, o que contribui significativamente para a redução da letalidade policial, bem como a regularidade de suas diligências investigativas, trazendo mais segurança aos policiais na sua atividade, eis que obstam o reconhecimento de alegações infundadas de abuso de autoridade.

Com efeito, segundo dados divulgados pela PMESP,

o uso de câmeras, aliado a outras medidas adotadas desde maio de 2020 pelo comando da Polícia Militar, levou a redução de 45,1% na quantidade de mortes em confronto policial. A retração interrompeu e reverteu sequência de alta no número de óbitos. Conforme dados da PM, a média de janeiro de 2019 a maio de 2020 foi de 65 mortes por mês. Já no período de junho de 2020 a janeiro de 2022, a média mensal foi de 35,7 óbitos”⁷¹

Tal fenômeno é igualmente observado em diversos outros estados que têm adotado o uso de câmeras fixadas no fardamento dos policiais, como os estados de Santa Catarina e Rondônia.

⁷¹ Informação obtida no sítio www.istoedinheiro.com.br/uso-de-cameras-em-aco-es-policiais-reduz-letalidade/. Acesso em 01/07/2023.

Outrossim, superou-se o entendimento então consolidado no sentido de que o tráfico de drogas, por ser crime permanente, ao se prostrar no tempo, permitiria o ingresso forçado no domicílio a qualquer momento e sem necessidade de mandado judicial ou consentimento do morador, sob o pálio de que se trataria da exceção constitucional concernente a “flagrante delito” que, hoje, não sustenta por si só a legitimidade do ingresso policial, como vêm reiterando tanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como a da Corte Suprema.

Por outro lado, será abordado também como elemento caracterizador do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário o alto índice de prisões cautelares em nosso país que, conforme noticiado anteriormente, equivale à quase totalidade do déficit de vagas no sistema carcerário, não obstante as mudanças implementadas pelas Leis n. 12.403/2011 e 13.964/2019, que enfatizaram a natureza fragmentária da custódia preventiva, a ser imposta como *ultima ratio* em consonância com o princípio da não culpabilidade, notadamente quando se verifica que grande parte dos custodiados, quando não é absolvido, é condenado a pena a ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, incompatíveis com a medida extrema, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal⁷².

Nesse diapasão, verifica-se que a atuação do Poder Judiciário, na interpretação da Lei n. 11.343/2006 e de outras normas penais e processuais penais, tem contribuído sobremaneira no aumento de pessoas privadas de sua liberdade em virtude do cometimento dos diversos delitos previstos naquele normativo, notadamente o tráfico de drogas, previsto no art. 33 da referida lei, paradigma que vem sendo mitigado pelas instâncias superiores daquele Poder, bem como do Supremo Tribunal Federal, que atualmente analisa a ADPF n. 347, que visa à adoção de medidas para mitigação desse quadro massivo de violações a direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro.

Assim, buscaremos neste trabalho demonstrar de que forma a interpretação judicial das Leis n. 11.343/25006 e 13.964/2019, entre outras normas penais, tem contribuído para o aumento exponencial da massa carcerária em nosso país, notadamente em virtude da condenação a penas que, não obstante muitas vezes inferiores a quatro anos de reclusão, são cumpridas em regime inicialmente fechado, além de grande resistência à substituição da pena

⁷² Nesse sentido: HC n. 196.288, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 27/5/2021; HC n. 211.383, Segunda Turma, Rel. Min. André Mendonça, DJe 17/3/2023; HC n. 198.912, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 05/05/2021.

privativa de liberdade por restritiva de direitos, em que pese muitas vezes se verificar a presença dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Buscar-se-á, outrossim, sugerir algumas medidas que poderiam ser determinadas pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do mérito da ADPF n. 347 visando, ao menos, à redução de pessoas encarceradas e que poderiam, de forma satisfatória, cumprir penas alternativas ou, no decorrer do processo, serem submetidas a outras medidas menos gravosas que a prisão cautelar, conforme rol previsto no art. 319 do CPP.

Por outro lado, abordaremos o papel do Judiciário, Ministério Público e polícias em seus diversos órgãos na aplicação e/ou interpretação das Leis n. 11.343/2006 e 13.964/2019, porquanto, muito mais que meros expectadores das políticas públicas criadas no âmbito do Poder Legislativo implementadas pelo Executivo, cabe a eles a efetiva adoção de posturas compatíveis com nossa Lei Maior, e seus princípios fundamentais, dentre os quais o da dignidade da pessoa, diuturnamente violada pelos órgãos de repressão ao tráfico de drogas, além do objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e a marginalização. E quando nos deparamos com notícias da repressão ao tráfico de drogas em estados como o Rio de Janeiro, entre tantos outros, tais princípios parecem ser algo muito distante, sendo imperativa a adoção de políticas públicas para a implementação concreta desses valores constitucionais.

3.2. Origem, conceito, elementos e evolução histórica do instituto do ECI.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁷³, o Estado de Coisas Inconstitucional foi primeiramente reconhecido na América do Sul na Colômbia, onde a Corte Suprema, nos autos do processo “Sentencia SU- 559”, de 6/11/1997, traçou algumas providências que deveriam ser implementadas pelo Poder Público com relação à violação de direitos previdenciários de vários professores. A partir desse caso, quando instada a se manifestar com relação ao sistema carcerário, a Corte Constitucional da Colômbia também reconheceu a massiva e generalizada violação a direitos fundamentais àqueles que eram condenados ao cumprimento de pena privativa de liberdade naquele país.

Contudo, verifica-se que o reconhecimento pela Corte Colombiana quanto ao estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário não produziu os resultados almejados, tanto que há argumentos de peso que consideram inadequada a importação do referido instituto para a realidade brasileira. Não obstante, filio-me àqueles que consideram possível a melhoria, ainda que parcial, do sistema carcerário brasileiro por meio de medidas que serão determinadas pelo Supremo Tribunal Federal no seio da ADPF n. 347, sendo imperativo que foquemos nas razões por meio das quais a experiência colombiana não foi tão efetiva, notadamente em virtude da ausência de uma fiscalização ou diálogo com as demais esferas de poder, fatores essenciais na implementação efetiva de um processo de tomada de decisão estrutural.

Na realidade colombiana, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário ocorreu por meio da *Sentencia de Tutela* n. 153, em que a Corte Suprema reconheceu que a superlotação e o império da violência no sistema carcerário eram um problema nacional, na medida em que exigiriam a adoção de providências por uma série de autoridades com vistas à retomada, ao menos teórica, do papel ressocializador da pena, o que não ocorreu, em face da ausência de um necessário diálogo entre o Poder Judiciário e aqueles que iriam implementar as ações determinadas em sede jurisdicional. Tal erro não foi observado por ocasião do reconhecimento da violação estrutural em relação ao deslocamento forçado de pessoas naquele país onde, efetivamente, houve uma postura mais dialógica da Corte Suprema colombiana, adotando-se precipuamente mecanismos de monitoramento das determinações judiciais emanadas, o que resultou na implementação de ações estatais que melhoraram

⁷³ In artigo “O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural”, publicado em 1/9/2015, na revista Jurídica Conjur, Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>). Acesso em 02/07/2023.

consideravelmente a situação dos cidadãos que tinham que se deslocar impelidos pela violência experimentada naquela Nação⁷⁴.

A partir disso, podemos afirmar que a caracterização do estado de coisas inconstitucional tem como pressupostos:

- i) A violação generalizada, sistemática e massiva de direitos fundamentais, que não se confunde com a mera proteção deficiente de determinado bem jurídico, caso em que se torna inviável o reconhecimento do quadro em estudo;
- ii) A ausência de ações de ordem legislativa, administrativa, orçamentária e até judicial, caracterizando uma falha na estrutura do sistema carcerário, que vai se agravando cada vez mais e se tornando permanente;
- iii) A superação desse quadro de estado de coisas inconstitucional exige mais que uma simples implementação de determinada política pública, mas de uma série de medidas a serem determinadas e observadas por diversos órgãos, inclusive do próprio Poder Judiciário⁷⁵.

Traçados os pressupostos para a configuração do instituto ora estudado, podemos afirmar que ele pode ser conceituado como uma realidade na qual se verificam violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais, por diversos órgãos estatais, que somente poderá ser resolvido por meio da implantação de soluções estruturais igualmente amplas, para a solução dos problemas e supressão da inércia estatal⁷⁶ que, ainda que de forma omissiva, decorre do racismo estrutural experimentado em nossa sociedade, iniciada a partir da seletividade penal a cargos dos órgãos responsáveis pela persecução penal e termina na continuidade do cerceamento aos direitos fundamentais da população marginalizada.

Para Marcio Scarpim de Souza⁷⁷, o ECI é uma técnica decisória estrutural para o enfrentamento de uma situação de crise de forma proporcional à gravidade, à amplitude, à generalidade e à persistência do problema enfrentado, bem como de forma conectada com o

⁷⁴ Ver, a respeito do tema, o interessante artigo: BARROSO, Aléssia; SANTOS, Ana Borges.; GRAÇA, Felipe Meneses. A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília: UNICEUB, vol. 9, nº 2, 2019. Acesso em 02/07/2023.

⁷⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. In artigo “O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural”, publicado em 1/9/2015, na revista Jurídica Conjur, Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>). Acesso em 03/07/2023

⁷⁶ Conceito extraído do sítio www.dicasconcursos.com/estado-de-coisas-inconstitucional. Acesso em 12/10/2021.

⁷⁷ In artigo “Estado de Coisas Inconstitucional: Da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347”, publicado na Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 111, ano 27, p. 117-147. São Paulo: Ed. RT, jan-fev.2019. Acesso em 03/07/2023.

extremo grau de omissão inconstitucional estrutural que marca tais cenários de quase falência do Estado na promoção dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Na realidade brasileira, verifica-se uma inércia do Poder Executivo na adoção de políticas públicas que têm como foco a efetiva concretização do caráter ressocializador da pena que, em nosso país, é impingida somente com seu caráter retributivo, olvidando-se que, em determinado momento, aquele que foi privado de sua liberdade, em resposta à prática de um fato típico, antijurídico e culpável, retornará ao seio da sociedade, por mais grave que tenha sido o crime cometido, dada a feliz vedação no texto constitucional de penas com caráter perpétuo. Assim, urge que sejam adotadas, no sistema de execução da pena, medidas que irão promover a preparação do indivíduo para o retorno gradativo ao seio da sociedade.

Isso somente evidencia a não observância dos direitos humanos fundamentais da população mais vulnerável economicamente, privada do acesso universal à educação de qualidade, moradia, oportunidades profissionais de qualidade que asseguram um padrão remuneratório digno e suficiente à sua manutenção e à de sua família, fator que acaba influenciando no cometimento da mais variada gama de delitos, como o tráfico de drogas e crimes patrimoniais.

Muito se fala quanto a fatores como limitações orçamentárias, considerando, em especial, a ausência de um serviço público adequado aos cidadãos que não cometeram qualquer crime, notadamente nas áreas de educação, saúde e segurança pública. Contudo, há vários fatores que levam a essa prestação deficiente de serviços essenciais, em especial a corrupção generalizada, entre tantos outros que, se enfrentados de forma correta, poderiam resultar na melhoria substancial dos mais diversos serviços públicos de responsabilidade estatal.

Com efeito, segundo a Transparência Internacional, entre 180 países analisados, o Brasil ocupou a 96ª posição no índice de percepção da corrupção (IPC) em 2021⁷⁸, gerando um prejuízo social estimado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação da ordem de R\$ 160 bilhões a cada ano, sendo que para tal problema não se verifica qualquer mobilização por parte da classe política para a diminuição desse grave problema social, tanto que as denominadas “10 medidas contra a corrupção”, formuladas pelo Ministério Público Federal, que receberam o apoio de milhões de brasileiros em 2015, não chegaram em sua essência à

⁷⁸ Artigo “Brasil piora duas posições em ranking de corrupção”, disponível em www.g1.globo.com/mundo/noticia/2022/01/36/brasil-piora-duas-posicoes-em-ranking-de-corrupcao. Acesso em 07/07/2023

aprovação por meio de lei, sendo ainda o projeto inicial totalmente desconfigurado pelo Parlamento nacional que, por motivos conhecidos por toda a sociedade, ainda compactua com a corrupção política em nossa nação.

Em síntese, as referidas medidas previam o seguinte:

- 1) Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação, como medidas para tornar mais transparente a tramitação de processos na Justiça, com a criação de um “gatilho de eficiência” por meio do qual se delimitaria um prazo máximo de tramitação em cada instância do Poder Judiciário, evitando a ocorrência de prescrição, entre outros pontos, como a destinação de parte do dinheiro recuperado para publicidade com o escopo de formar uma cultura de intolerância à corrupção;
- 2) Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, quando a conduta não configurar delitos como o peculato, com pena de três a cinco anos de reclusão;
- 3) Aumento das penas e a corrupção de altos valores ser considerada como crime hediondo, na qual o *Parquet* propôs uma pena de quatro a doze anos de reclusão, de acordo com os valores desviados, cominando a pecha de hediondo quando fosse superior a cem salários-mínimos;
- 4) Maior eficiência dos recursos no processo penal, com o escopo na conhecida prática advocatícia de interposição de recursos protelatórios, quando o Tribunal poderia declarar a definitividade da decisão prolatada, além de outras medidas que iriam simplificar e agilizar a tramitação dos processos;
- 5) Maior celeridade nas ações de improbidade administrativa, com a criação de varas exclusivas especializadas no tema no âmbito do Poder Judiciário, além da possibilidade de recorrer de acordos de leniência de improbidade administrativa;
- 6) Reforma do sistema de prescrição penal, com a extinção da chamada prescrição intercorrente, que leva em consideração o período entre o recebimento da denúncia e a prolação de sentença ou acórdão condenatório;
- 7) Alteração do sistema de nulidades penais, por meio do qual seria possível a utilização de uma prova ilícita em casos de corrupção, desde que obtidas de forma comprovadamente de boa-fé, obstando o reconhecimento de nulidade pela inobservância de uma formalidade;
- 8) Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do chamado caixa 2, com imposição de multas e pena de quatro a cinco anos de reclusão às pessoas físicas

diretamente envolvidas na movimentação e utilização do dinheiro obtido sem declaração à Justiça eleitoral;

- 9) Possibilidade de prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado, transformando o delito de ocultação de dinheiro desviado como crime permanente, além da possibilidade de aplicação de multa a bancos que não colaborarem com o esclarecimento dos fatos e/ou dificultarem a recuperação dos ativos desviados;
- 10) Recuperação integral do lucro derivado do crime, por meio do qual seria criado mecanismo que tornaria possível a declaração de perda da diferença entre o patrimônio obtido de forma lícita, anterior aos delitos cometidos, e o patrimônio total de uma pessoa condenada por delitos graves, inclusive no caso de falecimento do agente ou reconhecimento da prescrição penal.⁷⁹

Outro gargalo de dinheiro público consiste no refinanciamento da dívida pública, que só vem aumentando a cada exercício em nossa nação, em que pese a determinação constitucional de realização de auditoria da referida dívida, constante do art. 26 do ADCT, que poderia resultar na redução do importe bilionário para a referida rubrica, destinada ao sistema financeiro que já lucra consideravelmente no País com a alta taxa de juros praticada em face da população brasileira, que assegura a essa privilegiada classe, constituída em sua imensa maioria por pessoas brancas, lucros da ordem de bilhões de reais a cada ano a custo do empobrecimento e permanência da miséria de grande parte da população.

Com efeito, analisando as leis orçamentárias anuais compreendidas no período de 2000 a 2023, verifica-se um aumento da ordem de quase o quádruplo do valor custeado no primeiro exercício, passando de R\$ 644 bilhões em 2000 para a exorbitante quantia de R\$ 2 trilhões e 10 bilhões no exercício de 2023, o que é injustificável, ainda que considerados os efeitos nefastos decorrente da pandemia de Covid e medidas emergenciais adotadas pelo Governo Federal, como a criação de auxílios, sendo imperativo o cumprimento do mandamento constitucional previsto no ato das disposições constitucionais transitórias, entre outras medidas, como a redução dos chamados “penduricalhos” pelas mais variadas autoridades públicas em todas as esferas de governo, entre outras medidas já propostas por economistas e juristas como a redução do tamanho do Estado brasileiro, que demanda grande quantidade de recursos financeiros para a sua manutenção.

⁷⁹ Informação obtida no sítio www.dezmedidas.mpf.mo.br. Acesso em 05/07/2023

Por certo que, diante de eventuais limitações de ordem financeira, há outras medidas que podem ser tomadas de forma a se resgatar a dignidade daqueles que cometeram algum crime, não podendo ser relegados a segundo plano por isso, ainda mais porque se verifica que a grande massa carcerária em nosso país é constituída pelo segmento mais vulnerável de nossa sociedade, geralmente com baixa escolaridade, o que evidencia não se tratar de um problema do direito penal, mas sim social, por meio do qual se priva grande parte da população do acesso ao sistema público de qualidade com relação a transporte, saúde, educação.

Tal fato leva a uma realidade em que os melhores postos de trabalho são quase que totalmente inacessíveis a grande parte da população negra e pobre, quadro que, aos poucos, vem sendo mitigado pela política de cotas que, no meu entender, deveria ser algo transitório mas que, diante da inércia estatal na melhoria do ensino público e acesso universal às melhores carreiras de trabalho, tem se perpetuado.

Cita-se o exemplo de presídios onde a administração é privatizada⁸⁰, por meio de Parcerias Público-Privadas ou cogestão do estabelecimento penal, em que se verifica a melhoria na execução da pena imposta, que em muitos casos é acompanhada de uma grande redução da reincidência por aqueles que são reinseridos na sociedade. Podem se diferenciar as formas supracitas em relação a três aspectos: responsabilidade pelas obras de construção, a segurança no estabelecimento e a gestão da unidade. Nas parcerias público-privadas, a empresa contratada fica responsável por construir os presídios, sendo que o Estado paga pelas obras ao longo do contrato, que, em regra, possui trinta anos, em parcelas, e, ao final do contrato, todo o patrimônio fica para o Estado. Por outro lado, no modelo de cogestão, a empresa que vence a licitação assume um presídio já construído e fica responsável pelas obras de manutenção.

Com relação à segurança, nas PPP, a segurança no interior das unidades é feita por funcionários contratados da empresa privada, sendo de responsabilidade estatal a segurança fora do perímetro do presídio, possibilitada a intervenção interna em caso de grave subversão da ordem que não tenha sido contida pelos funcionários da empresa privada, os quais são proibidos de portar armas de fogo. Já no modelo de cogestão, verifica-se uma dicotomia nos mais diversos estados, sendo que em alguns o desempenho das funções do agente penitenciário é feito por contratados da iniciativa privada, ao passo que em outros se verifica que os serviços

⁸⁰ Por exemplo, os Presídios localizados nos Estados do Amazonas (8), Tocantins (2), Bahia (8), Minas Gerais (5), Santa Catarina (4), entre outros estados que tem adotado esse sistema como forma de descentralizar a administração do sistema carcerário, dada a limitação orçamentária que é comum a todos os Estados Brasileiros. Dados obtidos no sítio <http://especiais.gazetadopovo.com.br/politica/presidios-privados-no-brasil>. Acesso em 06/07/2023.

de vigilância, atendimento aos presos e alimentação ficam a cargo da empresa contratada, e o poder público responsável pelos agentes de segurança.

Por fim, no que se refere à gestão, verifica-se um compartilhamento das responsabilidades entre o poder público e a empresa privada, com uma estrutura espelhada, na qual determinada função pública é desempenhada por empregado da empresa contratada, com relação às parcerias público-privadas. Já no modelo da cogestão, o comando da unidade, como o cargo de direção e outros postos estratégicos são ocupados pelo poder público, que também mantém fiscais para monitorar o cumprimento das obrigações de contrato.

Contudo, ainda que se invistam milhões de reais na melhoria da estrutura dos presídios existentes em nosso país, isso, por si só, nunca será suficiente para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, sendo necessária a tomada de diversas providências que possibilitem a ascensão da hoje marginalizada população negra e parda aos bens primários de que a sociedade dispõe, de forma igualitária à privilegiada população branca, como demonstrado na primeira parte deste trabalho.

Como bem ressaltado pelos autores Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, na clássica obra “O custo dos direitos”, “um direito só existe se e quando tem um custo orçamentário”⁸¹, assim como “os direitos não tem somente um custo orçamentário, mas também um custo social”⁸², uma vez que, a partir do momento em que os direitos assegurados pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais são negligenciados, haverá necessariamente um custo elevado com as consequências disso, seja pela morte de cidadãos ainda jovens que poderiam ainda produzir muito para a sociedade, o que, no meu entender, é inestimável, seja pelo volume de recursos necessários à manutenção de uma grande massa carcerária.

Com efeito, em que pese não haver uma estimativa oficial do custo mensal de cada detento preso no regime fechado e no semiaberto, estima-se que seja da ordem de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) no sistema penitenciário federal, construído para custodiar pessoas com alto grau de periculosidade, como líderes de organizações criminosas como Fernandinho Beira-Mar, Nem da Rocinha, Marcola e Marcinho VP, entre outros

Além disso, 82% (oitenta e dois por cento) desse valor se refere aos salários dos agentes penitenciários, sendo tal quantia superior em quase o quádruplo do valor de cada detento

⁸¹ HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. R. Livro: O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos. Editora Martins Fontes, p. 9.

⁸² Idem, p. 10

custodiado no sistema penitenciário estadual, que gira em torno de uma média de quase R\$ 2.000,00 (dois mil reais), variando muito de estado para estado.

Tal valor, multiplicado por uma massa carcerária de quase 700 mil detentos, resulta num valor acima de 1 milhão de reais por mês para o cumprimento de penas cujo caráter ressocializador é totalmente inviabilizado pelas condições desumanas e cruéis que não atentam ao mínimo existencial de que faria jus um apenado como um sujeito de direitos humanos⁸³, gerando um custo oneroso para o Estado que, ainda, tem que lidar com um alto índice de reincidência criminal e novo reingresso no sistema penitenciário, configurando um ciclo que nunca tem fim, evidenciando uma péssima gestão de recursos públicos escassos.

Nesse ponto, cumpre ressaltar a possibilidade de ampliação de sistema alternativo ao modelo tradicional de cumprimento de pena que, entre outros estados, tem sido objeto de grande impacto na reincidência dos apenados no estado de Minas Gerais que, por meio das autoridades constituídas, em especial do Poder Judiciário, inovaram no sistema de execução pena por meio da chamada APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), na qual verdadeiramente os princípios constitucionais que regem a aplicação da pena são observados, resguardada a dignidade da pessoa humana na pessoa do apenado que, não obstante ter cometido um crime, é acolhido nessa instituição como um sujeito de direitos e obrigações.

Ao ver disse discente, trata-se de metodologia de trabalho totalmente revolucionária e que parece, se comparado ao modelo tradicional, a melhor solução a um custo reduzido para o grande problema do sistema de execuções penais brasileiro. Isso ocorre porque, ao contrário do sistema tradicional, marcado pelo ócio, superlotação, entre tantas outras violações da Lei de Execução penal, as vezes perpetradas por agentes estatais imbuídos da fiscalização da execução penal, no método APAC, criado pelo advogado Mário Ottoboni, com reconhecimento nacional e internacional, se verifica a efetiva ressocialização da grande maioria dos apenados que, desde o início do cumprimento da pena, são recebidos por outros ex-detentos no referido estabelecimento, que se tornam posteriormente voluntários para servir e cuidar dos novos apenados que, diante de uma rotina de trabalho, estudo, capacitação profissional e acolhimento médico, jurídico etc, cumprem a sua pena com base no senso de autorresponsabilidade conscientes de que serão reinseridos na sociedade da qual participam.

⁸³ Informação obtida no artigo “Gasto com cada preso em penitenciarias federais ultrapassa os R\$ 35 mil”. Disponível em g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/11/30/gasto-com-cada-presos-em-penitenciarias-federais-ultrapassa-os-r-35-mil.ghtml. Acesso em 17/7/2023.

Destaca-se nesse modelo a inexistência de agentes estatais responsáveis pela fiscalização da pena, o que de per si já reduz consideravelmente o custo estatal para a administração de referidos estabelecimentos pois, como já salientado, a fiscalização ocorre a partir do próprio detento e demais apenados bem como dos voluntários que, numa atitude de amor, se colocam a disposição para servir e encaminhar, com base em fundamentos cristãos, os apenados a uma nova vida por meio de trabalho e educação.

Como discorre o autor Matheus Hernandes:

“É o método APACA que veio trazer condições ao condenado de se recuperar e ressocializar-se, tornando aquilo que parecia impossível de ser alcançado em realidade” (GUIMARÃES JÚNIOR, 2005), ou seja, efetivando direitos e garantias constitucionais do condenado que antes não era visto. Sendo assim, segundo a FBAC (2016), a APAC tem dupla finalidade, APAC Jurídica sendo administradora, auxiliar, e a APAC Espiritual, como pastoral penitenciária dando a assistência religiosa, uma amparando a outra para se alcançar o mesmo fim”⁸⁴

Nesse método de trabalho, o cumprimento da pena imposta em decorrência de condenação criminal, visando precipuamente o esquecido caráter ressocializador da pena, são tidas por essenciais as características de participação da comunidade, com a ruptura da estigmatização experimentada no sistema tradicional, por meio do qual há participação do corpo social, seja através de voluntários para auxiliar diretamente os apenados, seja através de convênios com empresas nas quais aqueles prestaram serviços.

Cumprido ressaltar, neste ponto, que o recuperando, na metodologia em tela, é ensinado por meio dos voluntários a cultivar o companheirismo com o próximo, viver em harmonia, se doar quando necessário, entre outras condutas com inspiração cristã, que estimula a compaixão e amor entre os seres humanos.

Outro fator de grande importância é o trabalho que, desde o início do cumprimento da pena, é assegurado aos detentos, na forma da garantia estabelecida pela LEP, mesmo no regime fechado, no qual, de forma geral, os apenados realizam trabalhos laboroterápicos, como a

⁸⁴ HERNANDES, Matheus. Artigo: O sistema prisional em foco: o método APAC como sua humanização. Publicado no sítio <https://jus.com.br/artigos/63339>, Acesso em 27/3/2024.

produção de obras artesanais e, a medida que vão progredindo de regime, desenvolvem outros tipos de trabalho compatíveis com a maior liberdade e responsabilidade de que são imbuídos, sem prejuízo da necessária qualificação por meio da almejada educação porquanto, como demonstrado no presente trabalho, a grande maioria dos apenados é constituída por pessoas com baixa ou nenhuma escolaridade.

A religião também é estimulada no referido método, na medida em que a APAC considera essencial o relacionamento de Deus com seus filhos, praticando o amor ao próximo, sendo curado de feridas na alma, e com isso buscando a convivência harmônica em sociedade, começando com os demais apenados e voluntários que são essenciais no papel de aproximar cada recuperando do pai celestial.

Outro diferencial nesse método se refere à assistência jurídica e a saúde dos recuperandos, prestada por meio de voluntários com conhecimento em direito a fim de que todos os direitos assegurados na LEP sejam efetivamente assegurados, assim como na presença de médicos, dentistas, psicólogos, nutricionistas entre outros profissionais da saúde, também voluntários, que auxiliam na melhoria das condições de cumprimento da pena conforme a sua especialidade, entre outras características como a participação da família, serviço voluntário como forma de valorização pela sociedade, centro de reintegração social em que avaliado o mérito do apenado no cumprimento de suas obrigações e estímulo a caminhada com Cristo.

Dessa forma, resta evidente a valorização do ser humano por meio deste método inovador que repercute diretamente na baixa reincidência dos apenados. Com efeito, enquanto no sistema tradicional a reincidência delitiva gira em torno de 70 %, nos estabelecimentos penais que adotam o modelo APAC esse índice cai para algo que varia entre 10 a, no máximo, 30 por cento, ou sejam menos da metade do percentual experimentado na grande maioria dos presídios existentes no País.⁸⁵

⁸⁵ TOMAZ, Rosimayre. Artigo: O método APAC: estratégia humana e eficaz de reinserção do preso no convívio social. Disponível <https://jus.com.br/artigo/51336>. Acesso em 02/04/2024.

3.3. Das Leis n. 11.343/2006 e 13.964/2019 e agravamento do quadro de encarceramento em massa no sistema prisional brasileiro.

Mesmo antes da aprovação da lei vigente de combate ao uso e tráfico de drogas, já se verificava um preocupante aumento da massa carcerária, em especial por ocasião da aprovação da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), que previa, na sua redação original constante do art. 2º, § 1º, o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, dispositivo que, apesar de ser objeto de diversas impugnações perante o STF⁸⁶, teve sua constitucionalidade reconhecida por muitos anos, especificamente até 2007, quando foi aprovada a Lei n. 11.464/2007, que alterou o referido dispositivo para prever que os condenados por crimes hediondos ou equiparados cumpririam a pena em regime **inicialmente** fechado.

Não obstante, em meio ainda a diversas alegações de ofensa aos princípios constitucionais, a Corte Suprema de nosso país, analisando o HC n. 111.840/ES, julgado em 27/6/2012, reconheceu a incompatibilidade da referida previsão com o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inc. XLVI, da nossa Carta Política.

Colhe-se da ementa do referido julgado⁸⁷ que a ordem foi concedida

tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

A partir desse importante julgado, restaurou-se, ao menos teoricamente, a necessidade de fundamentação do regime de cumprimento da pena imposta de acordo com os parâmetros fixados no art. 33 do CP, notadamente a primariedade ou reincidência do apenado, tempo da pena a ser cumprida e existências de circunstâncias judiciais negativas, na forma do art. 59 do CP ou, em se tratando de crimes arrolados na Lei n. 11.343/2006, em seu art. 42, ao estabelecer que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59

⁸⁶ Vide, por exemplo: RTJ n. 147/598, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Francisco Resek; RTJ n. 146/611, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Paulo Brossard; HC n. 82.638, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Redator para acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJ 12/3/2004; HC n. 85.692, Segunda Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 2/9/2005; HC n. 83988, Primeira Turma, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJ 18/4/2008, entre tantos outros, disponíveis no sítio do STF.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05/07/2023.

do CP, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.⁸⁸

Contudo, o que se observa na prática é que grande parte das instâncias ordinárias do Poder Judiciário, notadamente o TJSP, ainda se mostram bastante refratárias à observância da jurisprudência estabelecida pelo Excelso Pretório, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive fazendo referências de que as decisões que reconheceram a incompatibilidade da referida norma legal com o ordenamento constitucional vigente não têm caráter vinculante, porquanto esposados em julgamentos de *habeas corpus*, o que leva ao aumento substancial de remédios heroicos interpostos simplesmente para fazer valer a interpretação das Cortes Superiores⁸⁹.

Especificamente com relação ao Superior Tribunal de Justiça⁹⁰, foi realizada pesquisa interna pela Coordenadoria de Gestão da Informação, compreendido o período de 1º/9/2015 a 31/8/2017, em sede de *habeas corpus* e respectivo recurso ordinário, em que se mediu o percentual de decisões favoráveis à absolvição, alteração de regime prisional, diminuição da pena privativa de liberdade e de multa, anulação do processo e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Foram consideradas, nessa pesquisa, um total de 47.057 (quarenta e sete mil e cinquenta e sete) decisões monocráticas e colegiadas, prolatadas pelos dez Ministros integrantes da Terceira Seção e seus órgãos fracionários (Quinta e Sexta Turmas), de onde se colheu que, das decisões concessivas, variou de 6,56% para os casos do Estado da Bahia e 31,77%, de São Paulo, o que revela um quadro preocupante, que coopera ainda mais para a manutenção de um quadro de hiper encarceramento, notadamente no Estado com maior população carcerária no País⁹¹.

Assim, em meio a toda a insegurança jurídica decorrente da interpretação da lei, verifica-se que a população carcerária cresceu seis vezes (511%) em 22 anos, compreendidos entre 1990 (data da aprovação da Lei dos Crimes Hediondos) e 2012 (ano em que o STF afastou

⁸⁸ BRASIL. Lei n. 11.343/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 05/07/2023.

⁸⁹ Somente durante a pandemia do novo coronavírus, o STJ reformou 65% das decisões do TJSP sobre tráfico privilegiado. Disponível em [http:// politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/durante-a-pandemia-stj-reformou-65-das-decisoes-do-tribunal-de-justica-de-sp-sobre-traffic-privilegiado-aponta-defensoria](http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/durante-a-pandemia-stj-reformou-65-das-decisoes-do-tribunal-de-justica-de-sp-sobre-traffic-privilegiado-aponta-defensoria). Acesso em 05/07/2023, entre diversos outros temas que são objeto de constante conflito entre as duas esferas do Poder Judiciário, como dosimetria da pena, regime de cumprimento da pena, concessão de benefícios durante a execução penal.

⁹⁰ BRASIL. Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-stj-hcs.pdf>. Acesso em 05/07/2023.

⁹¹ BRASIL. Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-stj-hcs.pdf>. Acesso em 05/07/2023

por completo a exigência de regime inicial fechado a condenados por crimes hediondos e equiparados, como o tráfico de drogas), sem que para tal aumento exponencial tenha ocorrido massivo investimento no sistema carcerário, cuja quantidade de vagas não acompanhou esse grande crescimento da massa carcerária, em sua grande maioria constituída pelos segmentos mais pobres da sociedade (negros e pardos em especial), evidenciando que está se querendo resolver um problema social com o direito penal, o que, por óbvio, não ocorrerá, ensejando o aumento da violência dentro e fora dos presídios, expansão do crime organizado, entre outras mazelas vivenciadas na sociedade.⁹²

Mais recentemente, em 2019, o Departamento Penitenciário Nacional- DEPEN realizou uma atualização dos dados do sistema prisional⁹³, considerando os anos de 2016 e 2017 (primeiro semestre), em que se verificou a presença de 726.354 presos, dos quais apenas 10,5% participam de atividades educativas e 17,54% de toda a população carcerária desempenham algum tipo de trabalho que pode resultar na remição da pena, diminuindo o seu tempo em regime mais gravoso, o que melhoraria a grave situação de déficit de vagas.

Além de colocar o Brasil no terceiro lugar em termos de população carcerária no ano de 2021, cujo aumento se apresenta como tendência, notadamente diante do agravamento de penas cominadas a crimes patrimoniais – especialmente o roubo majorado com uso de arma de fogo – além do aumento de trinta para quarenta anos do tempo máximo a ser cumprido por um apenado em decorrência da Lei n. 13.964/2019, que, não obstante, não trouxe qualquer medida com o escopo de otimizar o combate à corrupção praticada em larga escala em nosso País e que gera prejuízos muito maiores à sociedade se comparada a delitos patrimoniais.

Ademais, a situação vivenciada pela grande maioria dos apenados coopera para o alto índice de reincidência que, considerada aquela prevista no art. 63 do CP, gira em torno de 21% no primeiro mês de soltura até 41% em até cinco anos a contar da saída⁹⁴, o que evidencia a necessidade de políticas públicas mais efetivas a fim de que esses egressos, ainda mais marginalizados que antes do cumprimento da pena, possam ser reinseridos na sociedade.

⁹² Dados obtidos em <http://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/populacao-carceraria-cresce-seis-vezes-em-22-anos>. Acesso em 05/07/2023.

⁹³ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/departamento-penitenciario-nacional-realiza-esforco-para-atualizacao-dos-dados-do-sistema-prisional>. Acesso em 17/10/2021.

⁹⁴ BRASIL, Secretaria Nacional de Políticas Públicas: Relatório de reincidência criminal no Brasil em 2022. Acesso em 07/07/2023

Outro fator preocupante em nossa realidade, é a quantidade de presos provisórios (sem condenação definitiva), que representam simplesmente 40,1% dos presos, segundo os dados levantados em 2014⁹⁵, sendo que 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados à pena privativa de liberdade, demonstrando uma mentalidade de que o super encarceramento irá resolver o problema social da criminalidade, o que não passa de uma falácia, além de privá-los de um bem jurídico relevante como a liberdade; pessoas que, ao final do processo, acabam sendo absolvidas ou condenadas a pena em regime diverso do fechado.

Em que pese a redução desse percentual a partir da realização de audiências de custódia na forma determinada pela cautelar deferida pelo STF na ADPF n. 347, ainda se verifica grande resistência à imposição de outras medidas alternativas à prisão por diversos juízes de todos os estados da Federação, em especial o de São Paulo, o que acaba por sobrecarregar o Superior Tribunal de Justiça que, em sede de *habeas corpus*, concede a ordem em grande parte deles, fenômeno também observado no reconhecimento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), alteração do regime inicial do cumprimento de pena – em São Paulo há ainda magistrados que fixam o regime fechado a condenado por tráfico privilegiado a pena de um ano e oito meses de reclusão, o que destoa do entendimento do STJ e do STF –, além de alto percentual de concessão em casos que tratam sobre a execução penal.

Com efeito, os ministros da Terceira Seção do STJ acolhem pedidos de *habeas corpus* em até 44,6% dos casos relacionados à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas⁹⁶, que exige que o acusado seja primário, com bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, que não é mais considerado como hediondo pelo Supremo Tribunal Federal, que recentemente aprovou a Súmula Vinculante n. 59 pela qual,

é impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c e do art. 44, ambos do CP.

Além disso, há a necessidade de adoção de medidas legislativas e interpretativas que reforcem o sistema de precedentes previsto no vigente CPC, visando a melhor segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade na interpretação do direito federal, além de reduzir a massa carcerária existente em nosso país.

⁹⁵ Dados obtidos em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6774>. Acesso em 07/07/2023.

⁹⁶ Informação obtida no sítio www.canalcienciascriminais.com.br. Acesso em 07/07/2023.

Assim, em que pese o esforço legislativo por meio da aprovação de leis que buscaram a redução das prisões provisórias, em especial a preventiva, que passariam a ter cabimento em último caso, quando demonstrada a insuficiência de outras medidas cautelares diversas da prisão, consoante a Lei n. 12.403/2011, e alterada com a recente edição da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que é expressa ao afirmar que

a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes no caso concreto, de forma individualizada,

o que se verifica é que a mentalidade dos juízes ainda está alinhada à política de encarceramento em massa, em especial por tráfico de drogas e crimes patrimoniais, que hoje representa o maior percentual dos presos provisórios e definitivos como um processo de *deja vu* da privação de liberdade dos escravos nas antigas senzalas para a atual realidade das penitenciárias

Com efeito, de acordo com levantamento realizado pelo Depen no Infopen/2021, período de julho a dezembro de 2020, a quantidade de presos provisórios – sem condenação definitiva – em muitos estados da Federação chega a ser próximo do números de apenados com condenação transitada em julgado, o que, em nosso ver, evidencia a necessidade de adoção de norma legislativa que limite a quantidade de presos provisórios a determinado percentual das vagas de determinado estabelecimento penitenciário, ao menos até a superação do Estado de Coisas Inconstitucional experimentado no Brasil, priorizando a prisão domiciliar mediante monitoramento eletrônico, que, na realidade de muitos estados, é um equipamento inexistente ou em número insuficiente à demanda, o que leva muitos magistrados a optarem pelo encarceramento.

Vejamos a tabela formada por este mestrando a partir dos dados obtidos no relatório Infopen/2021, período de julho a dezembro de 2020:

Estado	Presos definitivos em celas físicas⁹⁷	Presos provisórios
AC	3.956	1.976
AL	1.782	2.939
AM	2.973	2.900
AP	1.461	806

⁹⁷ Considerada a informação de apenados em regime fechado e semiaberto. Optou-se por não se considerar o regime aberto, dada a quase inexistência de estabelecimentos deste tipo na realidade brasileira, o que acaba resultando na colocação em regime domiciliar quando da progressão a este regime.

BA	6.780	6.547
CE	11.402	11.366
DF	12.239	3.109
ES	15.348	7.718
GO	12.498	9.065
MA	6.802	4.398
MG	35.928	25.859
MS	12.450	4.092
MT	6.594	5.376
PA	11.302	4.782
PB	7.135	3.080
PE	16.791	16.040
PI	2.094	2.179
PR	20.656	6.101
RJ	30.326	25.192
RN	4.517	2.613
RO	6.531	2.180
RR	1950	940
RS	21.057	12.338
SC	17.566	5.352
SE	1.567	3.454
SP	168.168	43.336
TO	2.168	1.517

Assim, de um total de 667.541 encarcerados naquele período, verifica-se que 50,22% correspondem a apenados em regime fechado – 335.242 presos; 16% correspondem a apenados em regime intermediário –106.826 presos; e, pasmem, **32,25% correspondem a presos provisórios, da ordem de 215.255 apenados**, o que demonstra que a prisão cautelar tem sido usada como a primeira medida, não obstante o clamor do Pretório Excelso a fim de que fosse considerada pelos magistrados do País a situação calamitosa do sistema carcerário, reconhecido como um estado de coisas constitucional, gerando um déficit de 217.584 (duzentos e dezessete mil e quinhentos e oitenta e quatro) vagas no sistema carcerário, que poderia ser eliminado ou ao menos reduzido caso se adotassem medidas alternativas à prisão, o que, aliás, foi a intenção

do legislador ao aprovar, entre outras medidas, a Lei n. 12.403/2011, além da necessária construção de mais estabelecimentos penais⁹⁸.

Cumpra ressaltar que, de acordo com o Relatório de informações penais- RELIPEN referente ao primeiro semestre de 2023 (jan./junho), não obstante o decréscimo da massa carcerária custodiada no sistema tradicional, da ordem de 644.305 encarcerados, decorrente da ampliação do cumprimento da pena em regime domiciliar com ou sem monitoramento eletrônico, ainda é alta a quantidade de presos provisórios, em torno de 180.167 presos, equivalente a quase 28% do total, para uma capacidade total de vagas da ordem de 481.835 em 30/6/2023, demonstrando que ainda não foi superado o quadro de superlotação, com déficit da ordem de 162.470 vagas, o que reforça ainda mais a necessidade de mudança da mentalidade judicial quanto á imposição em larga escala de prisões cautelares, ainda mais em São Paulo, que conta com a quantidade de 36.143 presos provisórios, embora muitas vezes não se fazem presentes os requisitos legais previstos no art. 312 do CPP, como diuturnamente reconhece o Superior Tribunal de Justiça, Não obstante, é motivo de celebração a redução do percentual de presos provisórias que, em anos anteriores, era muito superior, o que demonstra ser possível a superação da superlotação carcerária.

Outro dado que se destaca e que demonstra a existência de um racismo estrutural é a grande maioria de apenados negros e pardos, condenados quase que totalmente pela prática dos crimes de roubo (159.087), furto (66.927), tráfico de drogas e correlatos (193.542) e outros delitos patrimoniais como estelionato, receptação e apropriação indébita (44.291), assim como homicídios em especial em sua forma qualificada (48.525). Com efeito, de uma massa carcerária total de 644.305 encarcerado, aqueles que se identificam naquela cor de pele constituem a quantidade de 397.427 detentos, ou seja, quase 62% da massa carcerária, sendo ainda pequena a quantidade de apenados que trabalham interna ou externamente (154.531), ou estudam (134.689)⁹⁹

De nada adianta a mudança das leis se esta não é acompanhada de uma mudança de mentalidade pelo seu aplicador, cujo papel em nossa realidade é do Poder Judiciário, que, de forma consciente e deliberada, continua tratando a população pobre, jovem, negra e analfabeta

⁹⁸ Informações obtidas no relatório realizado pelo DEPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depn-lanca-atualizacao-do-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-apos-melhorias-no-sistema-de-captacao-de-dados. Acesso em 07/07/2023.

⁹⁹ Dados extraídos do Relatório de informações penais – RELIPEN, elaborado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais, 1º semestre de 2023 (janeiro a junho). Disponível em <https://www.gov.br/senappen>. Acesso em 01/04/2024.

(que ocupa o percentual de 95% dos apenados) como se ainda estivéssemos na época do Brasil Colônia, havendo simplesmente uma mudança das antigas senzalas para as periferias das áreas urbanas e cadeias do nosso sistema carcerário que, como reconheceu certo Ministro da Justiça, são como “masmorras medievais”.

Embora o Poder Judiciário seja também responsável por esse quadro de violações massivas dos direitos humanos fundamentais, não é o único a ser merecedor de críticas em sua atuação, na medida em que é destinatário final da persecução penal que se inicia por meio da polícia supostamente fiscalizada pelo Ministério Público, uma vez que a praxe demonstra que a atuação policial recai em sua grande maioria sobre a população pobre constituída de forma majoritária por negros e pardos.

Com efeito,

os enquadros se dirigem desproporcionalmente aos rapazes negros moradores de favelas dos bairros pobres de periferias. Dados similares quanto à sobre-representação desse perfil entre os suspeitos da polícia são apontados por diversas pesquisas desde os anos 1960 até hoje e em diferentes países do mundo. Trata-se de um padrão consideravelmente antigo e que ainda hoje se mantém, de modo que, ao menos entre os estudiosos da polícia, não existe mais dúvida de que o racismo é reproduzido e reforçado através da maior vigilância policial a que é submetida a população negra. [mais do que isso], os policiais tendem a enquadrar mais pessoas jovens, do sexo masculino e de cor negra não apenas como um fruto da dinâmica da criminalidade, como resposta a ações criminosas, mas como um enviesamento no exercício do seu poder contra esse grupo social, independentemente do seu efetivo engajamento com condutas ilegais, por um direcionamento prévio do controle social na sua direção¹⁰⁰, [dinâmica que se reproduz em diversas outras capitais do país].

Felizmente, essa seletividade penal não tem passado despercebida aos olhos do Superior Tribunal de Justiça que, entre diversos outros julgados, vem construindo jurisprudência com o escopo de mitigar esse viés racista na aplicação da lei penal o que, de forma alguma, resulta em fechar os olhos à criminalidade, mas sim adequar os procedimentos dos órgãos responsáveis pela persecução penal à Constituição Federal, que garante a igualdade de todos perante a lei. Nesse sentido:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ALEGAÇÃO VAGA DE "ATITUDE SUSPEITA". INSUFICIÊNCIA. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO.

1. Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

¹⁰⁰MATA, Jéssica da. A política do quadro, São Paulo: RT, 2021, p. 150 e 156.

2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à "posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.

3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de "fundada suspeita" exigido pelo art. 244 do CPP.

4. O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos - independentemente da quantidade - após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento "fundada suspeita de posse de corpo de delito" seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida, droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida.

5. A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

6. Há três razões principais para que se exijam elementos sólidos, objetivos e concretos para a realização de busca pessoal - vulgarmente conhecida como "dura", "geral", "revista", "enquadro" ou "baculejo" -, além da intuição baseada no tirocínio policial:

a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, caput, e X, da Constituição Federal), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora - mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre -, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes;

b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada a posteriori por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis;

c) evitar a repetição - ainda que nem sempre consciente - de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial, reflexo direto do racismo estrutural.

7. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos -- diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas - pode fragilizar e tornar írritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade.

8. "Os enquadros se dirigem desproporcionalmente aos rapazes negros moradores de favelas dos bairros pobres das periferias. Dados similares quanto à sobre-representação desse perfil entre os suspeitos da polícia são apontados por diversas pesquisas desde os anos 1960 até hoje e em diferentes países do mundo. Trata-se de um padrão consideravelmente antigo e que ainda hoje se mantém, de modo que, ao menos entre os estudiosos da polícia, não existe mais dúvida de que o racismo é reproduzido e reforçado através da maior vigilância policial a que é submetida a população negra". Mais do que isso, "os policiais tendem a enquadrar mais pessoas jovens, do sexo masculino e de cor negra não apenas como um fruto da dinâmica da criminalidade, como resposta a ações criminosas, mas como um enviesamento no exercício do seu poder contra esse grupo social, independentemente do seu efetivo engajamento com condutas ilegais, por um direcionamento prévio do controle social na sua direção" (DA MATA, Jéssica, A Política do Enquadro, São Paulo: RT, 2021, p. 150 e 156).

9. A pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais - em verdadeiros "tribunais de rua" - cotidianamente constroem os famigerados "elementos suspeitos" com base em preconceitos estruturais, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam-lhes graves traumas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da própria instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela.

10. Daí a importância, como se tem insistido desde o julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 15/3/2021), do uso de câmeras pelos agentes de segurança, a fim de que se possa aprimorar o controle sobre a atividade policial, tanto para coibir práticas ilegais, quanto para preservar os bons policiais de injustas e levianas acusações de abuso. Sobre a gravação audiovisual, aliás, é pertinente destacar o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 ("ADPF das Favelas", finalizado em 3/2/2022), oportunidade na qual o Pretório Excelso - em sua composição plena e em consonância com o decidido por este Superior Tribunal no HC n. 598.051/SP - reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros pontos, que "o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos".

11. Mesmo que se considere que todos os flagrantes decorrem de busca pessoal - o que por certo não é verdade -, as estatísticas oficiais das Secretarias de Segurança Pública apontam que o índice de eficiência no encontro de objetos ilícitos em abordagens policiais é de apenas 1%; isto é, de cada 100 pessoas revistadas pelas polícias brasileiras, apenas uma é autuada por alguma ilegalidade. É oportuno lembrar, nesse sentido, que, em Nova Iorque, o percentual de "eficiência" das stop and frisks era de 12%, isto é, 12 vezes a porcentagem de acerto da polícia brasileira, e, mesmo assim, foi considerado baixo e inconstitucional em 2013, no julgamento da class action Floyd, et al. v. City of New York, et al. pela juíza federal Shira Scheindlin.

12. Conquanto as instituições policiais hajam figurado no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal façam uma reflexão conjunta sobre o papel que ocupam na manutenção da seletividade racial. Por se tratar da "porta de entrada" no sistema, o padrão discriminatório salta aos olhos, à primeira vista, nas abordagens policiais, efetuadas principalmente pela Polícia Militar. No entanto, práticas como a evidenciada no processo objeto deste recurso só se perpetuam porque, a pretexto de combater a criminalidade, encontram respaldo e chancela, tanto de delegados de polícia, quanto de representantes do Ministério Público - a quem compete, por excelência, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição Federal) e o papel de custos iuris -, como também, em especial, de segmentos do Poder Judiciário, ao validarem medidas ilegais e abusivas perpetradas pelas agências de segurança.

13. Nessa direção, o Manual do Conselho Nacional de Justiça para Tomada de Decisão na Audiência de Custódia orienta a que:

"Reconhecendo o perfilamento racial nas abordagens policiais e, conseqüentemente, nos flagrantes lavrados pela polícia, cabe então ao Poder Judiciário assumir um papel ativo para interromper e reverter esse quadro, diferenciando-se dos atores que o antecedem no fluxo do sistema de justiça criminal".

14. Em paráfrase ao mote dos movimentos antirracistas, é preciso que sejamos mais efetivos ante as práticas autoritárias e violentas do Estado brasileiro, pois enquanto não houver um alinhamento pleno, por parte de todos nós, entre o discurso humanizante e ações verdadeiramente transformadoras de certas práticas institucionais e individuais, continuaremos a assistir, apenas com lamentos, a morte do presente e do futuro, de nosso país e de sua população mais invisível e vulnerável. E não realizaremos o programa anunciado logo no preâmbulo de nossa Constituição, de construção de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

15. Na espécie, a guarnição policial "deparou com um indivíduo desconhecido em atitude suspeita" e, ao abordá-lo e revistar sua mochila, encontrou porções de maconha e cocaína em seu interior, do que resultou a prisão em flagrante do recorrente. Não foi apresentada nenhuma justificativa concreta para a revista no recorrente além da vaga menção a uma suposta "atitude suspeita", algo insuficiente para tal medida invasiva, conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal, do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

16. Recurso provido para determinar o trancamento do processo. (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022.)

Por meio desse precedente e de outros emanados do Superior Tribunal de Justiça vem-se buscando construir o significado de “fundadas suspeitas”, para a busca pessoal, e “fundadas razões”, para o ingresso forçado em domicílio que, muitas vezes, é legitimado pela autoridade policial com base em critérios totalmente subjetivos, como uma suposta “atitude suspeita”, fuga para o interior da residência que, *de per se*, não alcançam o denominado *standard* probatório necessário à realização legítima das referidas medidas investigatórias, notadamente em um país marcado pelo perfilamento racial por parte dos órgãos da persecução penal.

Nesse sentido, invoca o eminente relator, Ministro Rogério Schietti Cruz no precedente supracitado, a lição doutrinária de que:

É necessário, pois, que ela (a suspeita) seja fundada em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade do indivíduo (art. 5º, X, da Constituição Federal), razão pela qual “não satisfazem a exigência legal meras conjecturas ou impressões subjetivas (tino policial, por exemplo), mas elementos e circunstâncias concretas, objetivas, capazes e suficientes para motivar a conduta policial. (OLIVEIRA, Alessandro José Fernandes de. Estudos avançados de direito aplicado à atividade policial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 55).

E prossegue o relator, após traçar uma profunda dinâmica da atividade policial em diversos locais do País, asseverando que,

deveras, o que se constata é que, em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos — diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas — pode fragilizar e tornar irritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade. **Infelizmente, ter pele preta ou parda, no Brasil, é estar permanentemente sob suspeita.**¹⁰¹

Nesse diapasão, em que pese o fato de que a realidade supracitada se refira ao Estado da Bahia, há diversos outros estudos realizados em outros estados da Nação que demonstram a mesma realidade com relação à atuação da polícia sobre as camadas sociais mais vulneráveis. Nesse sentido, pesquisando sobre a seletividade penal da Lei de Drogas na Grande Vitória/ES, o professor Élcio Cardozo Miguel acentua que o fenômeno do combate às drogas

tem sido evidenciado por toda uma vasta literatura científica, que inclusive foi utilizada parcialmente nessa pesquisa, constatando que a instrumentalização da “guerra às drogas” produziu um processo de criminalização dos pobres, resultando em um encarceramento em massa sem precedentes na história.¹⁰²

No mesmo sentido, acentua a pesquisadora Jéssica da Mata, fazendo pesquisa equivalente na realidade da capital paulista, que resultou na publicação do livro “A política do enquadro”:

[...] demonstra que o modo como opera a vigilância policial nas periferias e favelas, marcado pelo uso acentuado de estratégias segregacionistas e táticas intrusivas de policiamento, faz parte de um processo mais amplo e complexo de acumulação de desvantagens sociais que concorrem para a construção de um estereótipo do “suspeito”, o rapaz negro morador da favela, principal alvo dos enquadros.¹⁰³

Tal fato demonstra a violação de direitos fundamentais dessa parcela da população, além da realização de busca pessoal e/ou domiciliar sem a necessária observância dos requisitos legais, na medida em que a própria cor é o fundamento para abordagem que, em sua grande maioria, não resulta na apreensão de qualquer material ilícito, sendo certo que, apesar da pequena eficiência do referido procedimento, continua sendo usado em larga escala pela polícia.

Embora o racismo estrutural seja largamente praticado em relação ao combate às drogas, facilmente se constata a mesma atitude também nos crimes patrimoniais pois, como já demonstrado neste trabalho, a população negra já é vista como suspeita pelas autoridades

¹⁰¹ Trecho do Voto proferido no RHC 158.580/BA, pág. 30.

¹⁰² MIGUEL, Elcio Cardozo. Livro: A lei não é para todos: A seletividade penal da Lei de Drogas na Grande Vitória/ES. Disponível em www.amazon.com.br. Acesso em 31/07/2023.

¹⁰³ MATA, Jéssica da. Ebook: A política do enquadro. Disponível em www.amazon.com.br. Acesso em 31/07/2023.

policiais, ministeriais e judiciais, como ficou comprovado no julgamento do HC n. 769.783/RJ, em que um jovem negro teve suas fotos nas redes sociais colocadas na delegacia de polícia como sendo suspeito do cometimento de mais de cinquenta crimes de roubo.

Em que pese a primariedade do acusado, que até aquele momento de sua vida não tinha qualquer registro criminal sequer, ele foi preso preventivamente em decorrência de diversos processos e, após instrução criminal, condenado pelo delito pelo qual foi acusado, em que pese a existência de flagrantes contradições das provas, notadamente o reconhecimento pessoal realizado, que não observou os ditames do art. 226 do CPP, conforme entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, que, ao analisar o caso, verificou a existência de diversas ilegalidades iniciadas pela autoridade policial, com o aval do Ministério Público, que ofertou a denúncia, não obstante a fragilidade dos elementos probatórios, que, de forma absurda, ainda lastrearam a prolação de sentenças condenatórias em alguns processos e absolutória em outros.

Felizmente, ao chegar no Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da eminente Ministra Laurita Vaz, referidas ilegalidades não passaram despercebidas, sendo que no decorrer do julgamento do *writ*, no âmbito da Terceira Seção foram ditas expressões como “máquina de moer gente que se tornou o sistema judiciário do RJ”, “caso de seletividade penal”, “falência do sistema processual penal”, “a questão do racismo, ele existe, não há como contestar essa realidade”, demonstrando o quão arraigado no sistema de justiça criminal é o racismo estrutural e institucional de nossa sociedade, contrariando as ideias de Rawls no sentido de que, em uma sociedade justa e bem ordenada, as instituições devem pautar suas condutas de forma que promovam o bem comum de todos os membros da sociedade.

Com a ousadia que lhe é peculiar, o Ministro Rogério Schietti, no supracitado julgamento, com acerto, pontificou tratar-se de “situação vergonhosa, desprezo ao ser humano”. Disse, ainda, que “todos os roubos não apurados pela polícia civil foram atribuídos a este paciente”, que “estamos diante de um caso que a mim particularmente me envergonha, pois é um sistema de moer gente, uma roda vida de crueldades”, e que “estamos diante de um erro judiciário gravíssimo”, o que, *de per se*, já constitui um importante avanço, na medida em que a invisibilidade que perpetuava o racismo em nossa sociedade está a cada dia se tornando mais e mais objeto de discussão perante as esferas governamentais.

3.4. ADFP 347/DF

Em meio a toda essa situação do sistema carcerário degradante e violadora dos mais salutares princípios previstos na Constituição Federal, notadamente o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), da vedação e penais cruéis (art. 5º, inc. XLVII), entre outros, um partido político com representação no Congresso Nacional¹⁰⁴ interpôs em 2015 perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, distribuída sob o n. 347, que visava à internalização em nosso sistema jurídico de instituto criado pela Corte Suprema da Colômbia, como já explicitado neste trabalho, consistente no reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

Foi formulado pedido de cautelar na referida ação, em que se buscava a determinação das seguintes providências¹⁰⁵:

a) Determinar a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal;

b) Reconhecer a aplicabilidade imediata dos art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de noventa dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão;

c) Determinar aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

d) Reconhecer que, como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão;

¹⁰⁴ Consoante exigência do texto constitucional. Art. 103, inc. VII, da CF/1988.

¹⁰⁵ Informação extraída do artigo: LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE. Cylviane Maria C. de Pinheiro. O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro: Análise da decisão Judicial da MC-ADPF Nº 347 a partir da teoria do Transconstitucionalismo. Publicada na Revista Direitos Fundamentais & Justiça. Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 285-312, jul./dez. 2016.

e) Afirmar que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção;

f) Reconhecer que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção;

g) Determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no País que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas "e" e "f" acima;

h) Impor o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN e vedar à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Em que pese a gravidade do problema enfrentado no âmbito do sistema carcerário, somente os pedidos elencados nas alíneas *b* e *h* foram deferidas, por maioria e nos termos do voto do então relator, Ministro Marco Aurélio, que, em seu relatório, acentuou o cabimento da medida cautelar, haja vista a situação degradante das penitenciárias no Brasil, estando configurado, portanto, o Estado de Coisas Constitucional das penitenciárias brasileiras gerado pela permanente inércia do Poder Público. Ainda, conforme a decisão prolatada, essa situação é majorada pela denominada “cultura do encarceramento”, cuja resolução depende da ação conjunta de todas as esferas do Poder Público e da adoção de “medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Informação extraída do artigo: LOPES, Ana Maria D’Ávila; FREIRE. Cylviane Maria C. de Pinheiro. O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro: Análise da decisão Judicial da MC-ADPF Nº 347 a partir da teoria do Transconstitucionalismo. Publicada na Revista Direitos Fundamentais & Justiça. Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 285-312, jul./dez. 2016, p. 289-292.

Não obstante a importância do reconhecido pela Corte responsável pela guarda e preservação da Lei Maior de nosso País, tenho que esse reconhecimento não teve o condão, como era de se esperar, na mudança da mentalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal da chamada cultura do encarceramento vivenciada em nosso país, o que evidencia, no meu entender, a necessidade de implementação de alterações de cunho legislativo de forma a reservar a possibilidade de prisão preventiva aos crimes de maior gravidade, reduzindo, por conseguinte, a massa de presos provisórios em nosso país, além da definição, entre tantas outras mudanças possíveis, de critérios mais objetivos para, no caso da Lei n. 11.343/2006, diferenciar a figura do traficante do usuário, na medida em que a atual redação do art. 28, § 2º, da referida lei tem acarretado ainda maior marginalização do população mais vulnerável da sociedade. Diz a referida norma jurídica:

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

Com efeito, se determinada quantidade de droga, ainda que pequena, é apreendida na posse de uma pessoa branca em local privilegiado, como Lago Sul ou Plano Piloto, em Brasília, ela terá muito maior chance de ser condenada pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 do que aquele que, sendo negro ou pardo, for preso com quantidade semelhante de drogas, em cidade satélite como a Ceilândia, conhecida em todo o Distrito Federal como ponto conhecido do tráfico de drogas, ainda mais se este último tiver qualquer tipo de antecedente, mesmo quando era menor de idade, o que, pela atual jurisprudência do STJ¹⁰⁷, permite aferir a habitualidade delitiva e legitimar a privação cautelar do indivíduo, bem como se, em caso de condenação, não ser beneficiado com a causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o que, no meu entender, vai de encontro ao princípio fundamental da integral proteção estatal que deve ser deferida, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente, ainda que tenha prevalecido uma posição intermediária na qual a prática pretérita de atos infracionais pode, aliada a outras circunstâncias excepcionais, embasar o decote da supracitada minorante.

Assim, verifica-se que, mesmo no âmbito dos Tribunais Superiores, ainda que em menor grau se comparado às instâncias inferiores do Poder Judiciário brasileiro, há uma mentalidade

¹⁰⁷ Ver, entre outros, os seguintes: EREsp n. 1916596/SP, **Terceira Seção**, Relator Ministro **Joel Ilan Paciornik**, Relatora para acórdão Ministra **Laurita Vaz**, DJe 8/9/2021; AgRg no HC n. 682146/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, DJe 8/10/2021; RHC n. 107.238/GO, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Antônio Saldanha Palheiro**, DJe 12/3/2019; AgRg no HC n. 656877/CE, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 23/8/2021; AgRg no HC n. 678534/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jesuino Rissato**, DJe 5/10/2021;

interpretativa que contribui para a manutenção do reconhecido ECI em relação ao sistema penitenciário brasileiro.

Diante da quase inefetividade das propostas implementadas, ainda se verifica a grande quantidade de presos provisórios, bem como de pessoas que poderiam cumprir pena em regime menos gravoso que o fechado e que, contudo, são mantidos nesse regime unicamente em virtude da gravidade abstrata do delito pelo qual foram condenados, notadamente o tráfico de drogas, o qual, apesar de não envolver violência ou grave ameaça, hoje é o crime com grande participação na massa carcerária, inclusive com relação àqueles que estão privados de sua liberdade por força de uma prisão cautelar.

Urge, no meu entender, ao menos até que resolva esse quadro de estados de coisas inconstitucional, que sejam criados mecanismos legais com vistas à limitação da quantidade de presos provisórios, até, por exemplo, 10% (dez por cento) da capacidade de determinado local (delegacias e presídios), de forma que, a partir do atingimento desse limite, seria obrigatória a imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão, pois, assim, os magistrados, ao menos teoricamente, reservariam para os casos realmente necessários a imposição de prisão preventiva, ao passo que naqueles em que se deparassem com presos primários, pequena quantidade de drogas, entre outros fatores interpretativos, seriam caso de restrição de suas liberdades por outras medidas menos gravosas, consoante o rol estabelecido no art. 319 do CPP.

Nesse ponto, torna-se imperativo, outrossim, investimento estatal com o escopo na efetiva fiscalização das medidas cautelares diversas da prisão (como prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, entre outras) na medida em que a ausência de fiscalização, facilitando a burla pelo réu da ação penal, cotidianamente é invocada pelos magistrados como causa para a não aplicação da medida, ensejando a expedição de milhares de mandados de prisão que, se cumpridos, inviabilizariam por completo o já abarrotado sistema penitenciário pátrio.

Poder-se-ia pensar, no cerne da ADPF n. 347, na imposição de regime menos gravoso que o fechado a condenados pelo delito de tráfico de drogas privilegiado, na medida em que a pena pode chegar a 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, o que não se compatibiliza com a imposição do regime fechado, que, entretanto, ainda é aplicado por diversos Tribunais em nosso País e que, inclusive, já foi objeto de concessão de *habeas corpus* coletivo pelo STJ¹⁰⁸.

¹⁰⁸ HC 596.603/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe 22/9/2020; AgRg no REsp n. 189607/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 12/11/2020;

Assim, para a superação desse quadro de violações massivas a direitos fundamentais, não basta o mero reconhecimento formal de um estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sem que isso resulte na implantação de um processo de tomada de decisão estrutural, nos quais os demais Poderes serão convocados para a proposição de resoluções, o que, inclusive, se percebe no voto de mérito do então relator, Ministro Marco Aurélio, proferido pouco antes de sua aposentadoria, em que a ação de descumprimento de preceito fundamental foi acolhida parcialmente nos diversos itens pleiteados pelo partido político requerente.

Colhe-se do voto do eminente Ministro um apelo ao pensamento da magistratura para considerar o precário estado do sistema prisional na tomada de decisões que impliquem a restrição à liberdade, bem como a elaboração de Plano Nacional pelo Governo Federal para superação do ECI em até três anos, sem que esse plano tenha que ser encaminhado ao STF, para fins de fiscalização e acompanhamento (diante do indeferimento da alínea c), entre outros pedidos que também foram indeferidos, levando-nos a pensar se o referido reconhecimento do ECI, como ocorreu na experiência colombiana (em que foi reconhecido em três oportunidades o ECI), não estará fadado ao fracasso, diante da ausência de uma via dialógica entre os Poderes Constituídos, o que somente será possível após a prolação dos demais votos dos eminentes integrantes da mais alta Corte de Justiça de nosso país, e que se mostra urgente, dada a distribuição da referida ADPF estar completando em breve uma década, demonstrando a pouca importância política do tema aos olhos daqueles que deveriam assegurar de forma célere e efetiva as garantias e direitos previstos na Constituição.

Outrossim, consoante já explanado neste trabalho, urge a tomada urgente de medidas como a celebração de Parcerias Públicos Privadas para a construção de mais estabelecimentos penais, de forma a não exigir uma alocação exclusiva de recursos públicos para essa finalidade que, na prática, não ocorreria, na medida em que vivemos em uma sociedade em que tantos outros direitos fundamentais básicos como saúde e educação são negligenciados à população que nunca cometeu qualquer crime, quanto mais àqueles que enveredaram para o mundo do crime, que são relegados a cidadãos de segunda linha, em que pese estes também terem seus direitos protegidos na Lei Maior de nossa República, sem prejuízo de adoção de um mecanismo legal que impeça a decretação de prisão cautelar quando ultrapassado determinado percentual (10% ou 20% da quantidade de vagas disponíveis), pois haveria uma maior seletividade na imposição dessa medida extrema que, não obstante os apelos dos mais diversos órgãos (CNJ, STF e STJ), ainda continuam sendo impostas em muitos casos nos quais se poderia perfeitamente optar por outras medidas alternativas à prisão *ante tempus*.

Cumpra ressaltar ainda a discussão travada no âmbito do Pretório Excelso nos autos do RE n. 635.659 quanto a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, que tipifica como crime o porte de drogas para uso pessoal, além de estabelecer critérios mais objetivos para diferenciar as figuras do traficante e do usuário de drogas, eis que a redação do § 2º da norma em tela tem conduzido à uma criminalização da pobreza.

Até a última vez em que foi colocado em pauta para julgamento, a declaração de inconstitucionalidade da norma contava com cinco votos favoráveis, que permitiria a posse de pequenas quantidades de maconha – com possibilidade de ampliação de outras drogas – não seria mais crime, além de estabelecer critérios mais objetivos que os previstos no art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, que teria potencial impacto no quadro de encarceramento em massa vivenciado em nosso país, eis que a criminalização da posse de pequena quantidade de drogas, a nosso ver, somente colabora para a marginalização dos segmentos mais vulneráveis da sociedade que, em possíveis condições em que atua como mero usuário, é preso, indiciado e denunciado como traficante de drogas, diante do caráter despenalizador do ainda vigente art. 28 da Lei n. 11.343/2006, que veda entre as suas sanções a pena privativa de liberdade, que era permitida pela revogada Lei n. 6.368/1976, cujo art. 16 previa a possibilidade de pena de detenção de até 2 (dois) anos, além de multa.

Por fim, imperativo, como bem explanado pela professora Aléssia Barroso *et all*¹⁰⁹, que se implementem, por ocasião do julgamento do mérito da ADPF n. 347, mecanismos essenciais ao controle e monitoramento das medidas judiciais, legais e administrativas a serem observadas, notadamente dos Planos Nacional e Estaduais que serão elaborados por ocasião do julgamento do mérito da referida ação, em caso do seu acolhimento, com vistas à superação desse quadro de violação massiva a direitos fundamentais.

Com efeito, após profunda análise dos aspectos históricos e casos que ensejaram o reconhecimento do ECI pela Corte Constitucional Colombiana, asseveram os autores do referido artigo:

O ECI não é uma espécie de chave mágica para a solução de graves problemas político-sociais, mas serve como meio importante para a promoção de mudanças pela via da jurisdição constitucional colombiana. A atuação da Corte no caso T-153/1998, relativa aos presídios colombianos, gerou resultados duvidosos, uma vez que a ausência de mecanismos de monitoramento das ordens proferidas limitou os efeitos da decisão. Já no caso T-025/2004, relativo às vítimas do deslocamento forçado, a Corte manteve a jurisdição sobre as ordens proferidas. As ordens proferidas no caso

¹⁰⁹ BARROSO, Aléssia; SANTOS, Ana Borges; GRAÇA, Felipe Meneses. A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília: UNICEUB, vol. 9, nº 2, 2019. Acesso em 15/7/2023.

T-025/2004 foram monitoradas por meio do sistema conhecido como “sentença em movimento”. As políticas públicas desenvolvidas em razão desse sistema implicaram melhorias significativas no tratamento dos direitos fundamentais de indivíduos deslocados. O sucesso desse sistema dependeu, fundamentalmente, de dois instrumentos disponíveis na Corte: as audiências públicas e os autos de seguimento. A experiência colombiana pode ser útil para o Brasil, no que diz respeito ao julgamento da ADPF 347. O intervalo de tempo entre o julgamento das medidas cautelares da ADPF 347 — ocasião em que foi declarado o ECI — e o julgamento do mérito da ação pode ser utilizado de modo estratégico pelo STF, como forma de captar ideias úteis ao amadurecimento do instituto. É urgente a necessidade de se pensar em como será feito o monitoramento das ordens contidas na decisão da ADPF 347, para que o ECI não incorra em falhas de efetividade. De acordo com a experiência de sucesso da Corte Constitucional da Colômbia, apresentada no caso T-025/2004, é desejável que o STF estruture um sistema de monitoramento pautado em audiências públicas e em processos de acompanhamento (inspirados nos autos de seguimento).¹¹⁰

Assim, acreditamos que os ideais de justiça propostos por Rawls em suas obras seria objeto de efetiva concretização em nossa sociedade, na medida em que os dois princípios de justiça consistentes na garantia das mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos, em especial de não ser tratado de forma discriminatória em razão da cor de sua pele ou do local onde mora, assim como a liberdade de expressão e religião, orientação sexual etc. e que necessariamente teria precedência sobre considerações quanto a utilidade social e bem-estar geral.

Outrossim o segundo princípio destinado à equidade social e econômica, permitida pela teoria rawlsiana a existência de desigualdades econômicas que, contudo, deveriam necessariamente beneficiar os membros menos favorecidos da sociedade seria obtida por meio de mudança do paradigma de tributação, aumentando a isenção para os mais pobres que necessariamente seria compensada com aumento da tributação sobre os mais abastados que, como demonstrado neste trabalho, pagam menos proporcionalmente àqueles que, literalmente, levam nas costas um Estado demasiadamente grande, super endividado e conhecido mundialmente pela corrupção endêmica que desvia recursos públicos destinados à melhoria da saúde e educação que, inevitavelmente, implicaria a ascensão de grande parte da sociedade hoje alijada do que Rawls entende como bens primários.

¹¹⁰ Artigo: A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. CHEVITARESE, Aléssia Barroso L. B. C.; SANTOS, Ana Borges C.; GRAÇA, Felipe M. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 9, n. 2, Ago/2019. UNICEUB, p. 218-231.

4. Conclusões.

Por tudo que abordamos no presente trabalho, temos que a luta ao racismo em suas diversas modalidades (individual, institucional e estrutural) deve prosseguir a cada dia, promovendo a inclusão dos menos favorecidos, em sua grande maioria negros, e o acesso equitativo à educação e a melhores oportunidades de emprego, com tratamento igualitário e isonômico a todos, conforme previsão constitucional, que hoje não passa de uma previsão formal e não substancial.

Nessa luta, iniciada há séculos pelos ascendentes que criaram os quilombos, é necessário que a sociedade como um todo se empenhe na redução das desigualdades experimentadas por injustiças perpetradas por séculos e que repercutem até os dias de hoje, como resta evidente na gritante desigualdade social, econômica e jurídica entre brancos e negros, público preferencial da persecução penal, ainda com acesso restrito à educação de qualidade e, por conseguinte, às melhores oportunidades de emprego.

Nesse ponto, poder-se-ia pensar em promover o maior acesso ao ensino universitários mediante política pública semelhante à praticada nos Estados Unidos da América, em que o alto custo do ensino universitário – não há por lá universidades públicas como aqui- é mitigado por meio de concessão de bolsas de estudo integrais ou parciais a estudantes participantes de algum esporte, o que proporcionaria a ascensão de muitos jovens negros moradores das favelas de nosso país, além de aumentar consideravelmente a participação destes em eventos esportivos internacionais como as Olimpíadas, Campeonatos mundiais em que tem-se visto a ascensão de pessoas como Aínda dos Santos, Formiga, Vinícios Jr. e Rebeca de Andrade, entre tantos outros nomes que poderiam ser citados.

Não obstante, a aprovação de importantes normas, como a Lei n. 7.716/1989, que criminalizou a prática de racismo, bem como a Lei n. 12.288/2010, que traz avanços para a promoção da igualdade racial em nossa sociedade, entre diversas outras normas que foram objeto de proposição e/ou aprovação perante o Parlamento Nacional, demonstram que estamos caminhando, ainda que lentamente, para a criação de uma sociedade justa e bem ordenada, em que todos os cidadãos terão acesso equitativo aos bens primários necessários ao usufruto de uma vida com dignidade, em que serão julgados não por sua cor de pele, mas sim pelas suas posturas perante o corpo social.

Outrossim, é necessário que referidas disposições saiam do plano teórico/formal para o substancial, e isso nunca será possível se não repensarmos as políticas públicas de inclusão da

população vulnerável com vistas a priorizar a primeira infância, os jovens e adolescentes, que serão os futuros políticos, empresários, profissionais liberais, servidores públicos etc., a fim de que, a cada ano, a desigualdade social e econômica seja reduzida por meio de reformas no sistema de tributação, combate à corrupção que mina o erário público sarrupando verbas que deveriam chegar para a melhoria da saúde, educação e segurança pública, entre tantas outras medidas de cunho econômico que deverão ser tomadas para a redução da disparidade entre os mais ricos, que monopolizam grande parte da riqueza nacional, em que pese serem um pequeno percentual da população, e os mais pobres que estão na base da pirâmide, lutando para que se realize o sonho de Martin Luther King, Nelson Mandela, Zumbi dos Palmares, entre tantos outros guerreiros que se insurgiram e continuam combatendo contra um sistema opressivo que insiste em se perpetuar para benefício de poucos.

Nesse cenário, importante que se leve a discussão e a aprovação pelo Parlamento das medidas legislativas sugeridas pela Comissão de juristas destinada ao aperfeiçoamento da legislação de combate ao racismo estrutural e institucional no Brasil, que conta com 610 folhas com proposições para o aumento de receitas com o escopo na criação de um Fundo Constitucional específico para o combate ao racismo, mudança de mentalidade da sociedade a fim de que essa questão não seja mais invisível, o que facilita e favorece sua perpetuação, entre outras proposições a nível infraconstitucional para adoção e universalização de ações afirmativas para a redução das disparidades em todas as áreas da sociedade (cultura, questão fundiária, mídias, trabalho no setor público e privado, saúde, assistência social e segurança alimentar, etc.).

Outro importante ponto tratado no referido relatório se destina à mudança do sistema de justiça criminal que, como abordado neste trabalho, tem como público preferencial o jovem negro, pobre e marginalizado unicamente em decorrência de sua cor, passando pela desmilitarização da polícia, que é treinada para ver a sociedade como o inimigo, o que se mostra de todo incompatível com um Estado Democrático de Direito. Além de mudanças legislativas que positivam o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto aos procedimentos de busca pessoal e domiciliar, palco constante de arbitrariedades policiais em todo o país sempre em face da população hipossuficiente, passando também pela questão do reconhecimento pessoal e fotográfico, campo fértil para a condenação de pessoas inocentes unicamente por sua cor, bem como aumento, por meio de cotas, do percentual de participação no Ministério Público e Magistratura de pessoas negras.

No que se refere às políticas públicas para obtenção do caráter ressocializador da pena, à vista do que foi dito sobre a metodologia APAC, seria bom a ampliação desse método a todas as unidades federativas a ser coordenada pelo Conselho Nacional de Justiça, na medida em que possibilitaria a drástica redução do índice de reincidência criminal a um custo muito menor que o atual que, apesar de alto, não gera os resultados desejados pelo Poder Público assim como pela sociedade.

Continuemos a luta, até que um dia possamos, como Rawls, ter a satisfação de viver em uma sociedade que, embora nunca vá atingir a perfeição, será mais justa e bem ordenada, promovendo o bem de todos, assegurando a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, com a erradicação da miséria, da marginalização, notadamente da decorrente da cor da pele, conforme previsão da Carta Política aprovada em 1988.

5. Referências

ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós? **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 172, p. 149-168, out./dez. 2006.

ADORNO, Sérgio. Discriminação Racial e Justiça criminal em São Paulo. **Revista Novos Estudos da CEBRAP**, n. 43, p. 45-63, nov. 1995.

ARANTES, Paulo de Tarso Lugon. O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 31, p. 127-149, jul/dez 2007.

ARRUDA, Daniel Péricles de. Dimensões subjetivas do racismo estrutural. **Revista da Associação Brasileira de pesquisadores negros (ABPN)**, v. 13, n. 35, p. 493-520, dez. 2020 a fev. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório Comissão Câmara dos Deputados sobre combate ao Racismo Estrutural**. Congresso Nacional. Brasília, nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**, jun. 2019. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/imagens/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em: 27 out 2023.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 7 set 2023.

BRASIL. **Decreto- Lei n. 2848/1940** – Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 jul 2023.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015b. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez2014.pdf. Acesso em: 27 set 2023.

BRASIL. **Lei n. 7.210/1984** – Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 7 ago 2023.

BRASIL. **Lei n. 7.716/1985**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 out 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.343/2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 out 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.288/2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 out 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.964/2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 out 2021. BUENO, Roberto. Dialogando com a teoria de Rawls - Elementos fundacionais para uma filosofia da sociedade aberta e bem-organizada. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 19, n. 74, jan./mar. 2011.

CAMARGO, Rosemeire Alves de. **A lei de drogas (lei 11.343/2006), o aumento da população carcerária e o caminho reverso.** Acesso em: 10 out 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural, publicado em 1/9/2015, **Revista Jurídica Conjur.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>). Acesso em: 10 out 2023.

CEZARIO, Priscila Freire da Silva. Entre o racismo estrutural e o racismo reverso: notas sobre um processo seletivo orientado ao favorecimento de um segmento específico da população brasileira. **Revista eletrônica do TRT da 9ª Região**, Curitiba, v. 10, n. 101, p. 75-90, jul. 2021.

CHEVITARESE, Aléssia Barroso L. B. C.; SANTOS, Ana Borges C.; GRAÇA, Felipe M. A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas do UNICEUB**, v. 9, n. 2, ago. 2019.

CONCEIÇÃO, Ísis Aparecida. Racismo e Pandemia uma análise jurídica: Dimensões de Justiça e suas interseções. **Revista Eletrônica do TRT da 9ª Região**, Paraná, v. 10, n. 101, jul.21, p. 24-50.

DIAS, Jean Carlos. **A crítica comunitária a Teoria da Justiça de John Rawls - O individualismo.** Disponível em www.pt.scribd.com. Acesso em 25 ago 2023.

DUTRA, Franklin Vinícius Marques. **Ações Afirmativas e a Teoria da Justiça de John Rawls.** Dissertação (Mestrado em Direito). UFMG, Belo Horizonte. 2019.

FABRÍCIO, Matheus di Filippo. A (des) contribuição do Direito Tributário para a Justiça Social: Uma breve análise do Impacto de Políticas Públicas e Reformas Públicas na Perpetuação do Racismo Estrutural. **Revista de Direito Tributário Atual.** São Paulo, n. 51, ano 40, p. 298-313, 2º quadrimestre de 2022.

FARIA, Adriana Ancona de; ALMEIDA, Eloisa Machado de. Responsabilidade do Estado frente às condições de detenção: Estudos de caso no STF. **Revista de Direito Contemporâneo.** Vol. 25. Ano 4, p. 141-159. São Paulo: Ed. RT, jul-ago.2016.

FERREIRA, Renato. **A abolição Inconclusa e o Apartheid que nos coube.** Disponível em www.plamares.gov.br. Acesso em: 27 set 2023.

FORTES, Renivaldo Oliveira. **A justiça como equidade de John Rawls e as suas implicações para a política de ações afirmativas.** Editora FI, ISBN 978-85-5695-558-5, Porto Alegre, 2022.

LIMA, Newton de Oliveira; DANTAS, Carlos. **A justiça política em John Rawls.** Editora Revista dos Tribunais, publicado na RT, São Paulo, v. 101, n. 920, p. 169-180, jun. 2012.

FARIA, David Francisco de. A justiça sob a ótica de Aristóteles e John Rawls. Juruá Editora. **Revista Teoria da Justiça – novas perplexidades e velhos temas.** Curitiba, p. 211-224.

LEITE, Geraldo. Racismo Estrutural e representação Política. **Revista Agenda Brasileira**, n. 5 – Eleições, p. 86-105.

LIMA, José Maurício de. A teoria da Justiça de John Rawls: do idealismo moral ao realismo político. Guerra Editora. **Revista Temas contemporâneos do direito**, Brasília, 2011.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; DIANA, Bruno. Artigo: Crimes de racismo e atipicidade das respectivas condutas contra pessoas brancas. Editora Magister, **Revista Lex de Criminologia e Vitimologia**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 73-88, jan./abr. 2022.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE, Cylviane Maria C. de Pinheiro. O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro: Análise da decisão Judicial da MC-ADPF Nº 347 a partir da teoria do Transconstitucionalismo. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 285-312, jul./dez. 2016.

MACHADO, Bruno Amaral. Justiça criminal, organizações e sistemas de interação: discursos sobre o inquérito policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 21, n. 104, p. 205-234, set./out. 2013.

MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, maio-ago de 2019.

MATA, Jéssica da. **A política do enquadro**. Editora Revista dos Tribunais (*Ebook*). São Paulo: RT, 2021. Acesso em: 5 out 2023.

MIGUEL, Elcio Cardozo. **A lei não é para todos**: A seletividade penal da Lei de Drogas na Grande Vitória/ES. Disponível em www.amazon.com.br. Acesso em: 31 jul 2023.

MOLINARO, Carlos Alberto. Teoria da Justiça em John Rawls (uma metódica procedimental – posição original e véu da ignorância – desde um confronto com as instituições morais, viabiliza o desenho de uma “justiça substancial” dotada de princípios razoáveis e consagrada de uma estrutura social básica estável) – brevíssimo esboço de uma leitura. **Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS**, Porto Alegre, ano XXXVIII, v. 38, n. 124, dez. 2011, p. 53-68.

NICOLODI, Muriel Cleve; CLEVE, Ana Carolina de Camargo. Assistência social e democracia: um olhar a partir de John Rawls. **Revista Direito Constitucional Brasileiro**, São Paulo, p. 394-417.

OLIVEIRA, Carolina Rossi Mendes de. NECROBIOPODER: a chaga do trabalho infantil e a hiper vulnerabilidade de crianças negras agravada pela pandemia da Covid-19. **Revista do TRT da 15ª Região**, Campinas, n. 60, p. 117-139, jan./jun. 2022.

OLIVEIRA, Huston Daranny. A caracterização do sistema penitenciário brasileiro como “Estado de Coisas Inconstitucional”: Como criticar o que nunca existiu? **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. V. 19, n. 34 (jan/jun.2020). Belo Horizonte: 2019. Disponível em <https://dejure.mpmg.mp.br/dejure/article/view/372>. Acesso em: 23 set 2023.

OLIVEIRA, Willian Coelho de. Justiça como equidade em John Rawls: uma leitura acerca do seu status de teoria alternativa. **Revista Direito e Liberdade – ESMARN**, Mossoró, v. 1, n. 1, p. 483-492, jul./dez 2005.

OLSEN, Ana Carolina L.; KOZICKI, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de Enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. Suprema Editora. **Revista de Estudos constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-118, jan/jun. 2021.

PINTO, Nalayne Mendonça. **A Construção do inimigo**: Um estudo sobre as representações do mal nos discursos de política penal. Trabalho apresentado na 26ª Reunião Brasileira de Antropologia. Realizada entre os dias 01 e 04 de junho, Porto Seguro. Bahia, Brasil.

PIRES, Mixilini Chemin; FREITAS, Riva Sobrado de. **A (re) construção do direito a partir de um ideal de Justiça**. Parte 3. Disponível em [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f3ee5b43d930a54](http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f3ee5b43d930a54) **HYPERLINK** ["http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f3ee5b43d930a54"](http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f3ee5b43d930a54) **HYPERLINK** ["http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f3ee5b43d930a54"](http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f3ee5b43d930a54)=6f3ee5b43d930a54. Acesso em: 1º set 2023.

PRUDENTE, Eunice. **Racismo Estrutural**. Palestra proferida no Seminário “Racismo Estrutural” no Plenário do TRT da 15ª Região, Campinas-SP, em parceria com o Ministério Público do Trabalho (Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho) e a Ordem dos Advogados do Brasil, 3ª Subseção Campinas (Comissão da Verdade sobre a Escravidão Negra no Brasil), em 28 de junho de 2019

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; FILHO, Jorge Luís Ribeiro. O ideal de justiça política e constituição em John Rawls – Análise dos pontos principais da “teoria da justiça como equidade”. **Revista de Informação Legislativa do Senado**. Brasília, v. 48, n. 189. p. 211-225, jan/março de 2011.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma concepção política e não metafísica. Lua Nova Editora: Revista de Cultura e Política, p. 25-59.

_____. **Uma teoria da Justiça**. Editora Martins Fontes.

_____. **Liberalismo Político**. Editora Martins Fontes.

RIBEIRO, Djamila & ALMEIDA, Sílvio. **Racismo estrutural feminismos plurais**. Editora Sueli Carneiro, São Paulo, 2022.

ROCHA, Bruno Anunciação; GALUPPO, Marcelo Campos. **Ações afirmativas e Libertarismo: um estudo das ações afirmativas a partir da teoria libertária de Robert Nozick**. Disponível em www.publicarodireito.com.br/artigos. Acesso em: 27 ago 2023.

ROSENDA, Kamila Rodrigues. **Princípio da Separação dos Poderes**. Monografia apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público para conclusão do Curso de especialização em Direito Constitucional. Brasília. 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça, o que é fazer a coisa certa**. Editora Civilização Brasileira.

SANT’ANNA, Wania de; MENEZES, Maria José. **Porque nossas vidas importam: enquanto houver racismo, não haverá democracia**. Disponível em www.diplomatique.org.br. Acesso em 7 ago 2023.

SANTOS, Fernando Nascimento dos. **Direito Penal criptografado: a humanidade das penas e estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.** Editora Revista dos Tribunais- RT, São Paulo, v. 106, n. 981, p. 213-238, jul. 2017.

SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e Estado de Exceção: o julgamento da ADPF 347 Editora Revista dos Tribunais, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 25, n. 136, p. 267-291, out. 2017.

SCARPA, Antônio Osvaldo. A justiça Social ou distributiva: a teoria da justiça de John Rawls. Editora D'Plácido. **Revista da Justiça Federal: estudos em homenagem ao desembargador federal Leomar Amorim.** Belo Horizonte, p. 91-102.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Editora Companhia das Letras.

SILVA, Marina Lacerda. **Punindo as diferenças: Gênero, Raça e Geração no sentenciamento de tráfico de drogas na cidade de São Paulo.** Dissertação (Mestrado em Direito). UNB, Brasília, 2019.

SILVA, Ricardo P. M. da. Teoria da Justiça de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 138, abr/jun 1998. p. 193-212.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. Os direitos sociais e a Teoria da Justiça de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 203, julho/setembro 2014.

SOUZA, Marcio Scarpim de. Estado de Coisas Inconstitucional: Da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 111, ano 27, p. 117-147. São Paulo: Ed. RT, jan-fev.2019. Acesso em: 12 out 2023.

SUNSTEIN, Cass R. & HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos.** Editora Martins Fontes.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Filtragem racial na abordagem policial: a “estratégia de suspeição generalizada” e o (des) controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos. Editora Revista dos Tribunais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 135, p. 189-29, set. 2017.

WEBER, Thadeu. Autonomia Política e justiça em Rawls. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, ano 5, n. 16, p. 221-248, jul./set. 2011.

ZANIN, Fabrício Carlos; MIZUTA, Alessandra. A teoria da justiça de John Rawls e as contradições do liberalismo: a difícil ação de despir-se das vestes metafísicas. Uruá Editora. **Revista Princípios fundamentais de justiça**, Curitiba, 2015, p. 95-115.

ZVIERBLIS, Alberto A. Uma teoria da Justiça e Justiça como equidade – Análise das obras de John Rawls. **Revista Cadernos Jurídicos.** São Paulo, n. 31, ano 9, p. 91-99, jan-abril de 2008.