

## EXCLUSÃO SOCIAL E CRIMINALIZAÇÃO DO EXCLUÍDO: UMA REFLEXÃO SOBRE A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

THE SOCIAL EXCLUSION AND THE CRIMINALIZATION OF THE EXCLUDED: A REFLECTION ABOUT THE SELECTIVITY OF BRAZILIAN PENAL SYSTEM

*Gilberto GIACOIA \**  
*Lucas Soares e SILVA \*\**

### RESUMO

Este estudo pretende identificar as raízes da exclusão social, do processo de criminalização do excluído e, conseqüentemente, as características fundamentais da seletividade do sistema penal brasileiro. A pretensa genealogia dos fenômenos apontados, entretanto, tem caráter sugestivo, demonstrando-se alguns dos fatores que deram causa e que persistem quando analisada a problemática. Assim, pode-se afirmar que o Brasil fundou-se sobre o regime e a econômica escravocrata, bem como pela ocupação territorial balconizada, constituindo-se um Estado excludente e segregacionista. Além disso, outra constante é a utilização do aparato repressivo institucional para o controle e a criminalização do cidadão marginalizado, de forma que o cidadão inicialmente subjugado pela elite dominante de origem indo-europeia – negros, mestiços e indígenas – tornaram-se a principal clientela do sistema punitivo. Diante disso, analisa-se o processo penal brasileiro como fator de criminalização, abordando-se a questão da prisão cautelar, tendo-a rótulo definitivo do estigma do criminoso.

**Palavras-chave:** exclusão social; criminalização; seletividade penal; prisão cautelar.

### ABSTRACT

This study aims to identify the roots of social exclusion, the process of criminalization of the excluded and, consequently, the fundamental characteristics of the selectivity of the criminal justice system. The genealogy of the alleged phenomena, however, has suggestiveness, demonstrating some of the factors that gave rise to and persist when analyzing the problem. Thus, it can be said that Brazil was founded on the regime and economic slavery, as well as the territorial occupation *balkanized*, becoming a state exclusionary and segregationist. In addition, another constant is the use of repressive institutional apparatus for the control and criminalization of marginalized citizens, thus, the citizen initially overwhelmed by the ruling elite Indo-European - blacks, mestizos and indigenous - have become the main clientele of the punitive system. Given this, it analyzes the Brazilian penal process as a factor of criminalization, addressing the question of preventive prison, having this as the final label of the stigma of the criminal.

\* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (1995) e pós-doutor pela Universidade de Coimbra e Universidade de Barcelona. Atualmente é professor associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná e Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Lidera o grupo de pesquisa inscrito no Cnpq “Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas”.

\*\* Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado. Pesquisador do grupo “Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas”, inscrito no Cnpq, sob a liderança do prof. Dr. Gilberto Giacoia.

**Keywords:** social exclusion; criminalization; selectivity of the criminal system; preventive prison.

## INTRODUÇÃO

Uma genealogia deve ser capaz de identificar a raiz e a evolução de um fenômeno em determinado objeto de estudo. Longe da pretensão de desmistificar teses ou esclarecer definitivamente os temas da exclusão social, da criminalização do excluído e da seletividade do sistema penal brasileiro, aqui se intenta demonstrar alguns dos fatores que provavelmente deram causa aos fenômenos e perduram por toda história brasileira. Daí a ideia de se registrar “uma” genealogia e não “a” genealogia da exclusão e da seletividade.

Portanto, pode-se dizer que o Brasil se constitui um Estado segregacionista e eminentemente excludente, visto que se alicerçou sobre o regime e a economia escravocratas, bem como por uma ocupação territorial balcanizada, de forma que o revanchismo social, a criminalidade de classe e a seletividade do sistema penal são reflexos dessa estrutura.

Tal estrutura perdurou por meio da utilização sistemática do aparato repressivo estatal que tratou de assimilar o processo de criminalização do excluído, oriundo do senso comum, assegurando reiteradamente ao longo dos séculos os privilégios de uma classe dominante de matiz indo-europeia, em detrimento de negros, mestiços e indígenas.

Recentes pesquisas demonstram que os historicamente marginalizados, excluídos socialmente, os quais são facilmente tidos como sujeitos perigosos, são também a maioria dos moradores de favelas brasileiras, são as maiores vítimas da violência urbana e representam a grande massa da população carcerária do Brasil.

Diante da genealogia proposta e tendo em conta a perversidade criminalização do excluído e da seletividade do sistema penal, o qual funciona por meio da eleição de determinadas condutas e pessoas como clientes preferenciais, analisa-se, ao final, o processo penal brasileiro como fator de criminalização e, especificamente o instituto da prisão cautelar (em virtude do surgimento da Lei nº 12.403 de 2011), constatando não só o reconhecido avanço da lei em relação ao regramento anterior das medidas cautelares, mas a necessidade urgente de uma aplicação que não ignore a perniciosa estrutura excludente ainda presente nos dias atuais.

# 1 EXCLUSÃO SOCIAL E SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: UMA GENEALOGIA

Essa discussão inspira-se em dois principais momentos da história do Brasil, os quais teriam delineado os padrões da exclusão social, bem como da seletividade do sistema penal: a Colônia e o Império escravocratas e a República das insurreições.

Num primeiro momento que compreende o Brasil Colônia e o Brasil Imperial desenhou-se uma sociedade de cunho caracteristicamente excludente e segregacionista, dividindo-se em uma classe abastada e dominante de origem indo-europeia e, antagonicamente, outra categoria da população radicalmente marginalizada, constituída por negros, mestiços e indígenas.

Assim, desde a divisão deste país e seu loteamento em capitâncias hereditárias, distribuídas pelo critério de títulos nobiliárquicos, é que se tem caracterizada a história de sua formação social sempre vinculada à ideia da exclusão, das desigualdades, da concentração do poder e da riqueza e, em consequência, da privação de bens e direitos a um expressivo segmento do composto social, justamente o situado em seus escalões inferiores.

Por isso mesmo é que se costuma atribuir a uma certa *sociologia da história lenta*, expressão sugerida por José de Souza Martins, uma espécie de mediação que freia o processo histórico de modo a torná-lo lento, permitindo descobrir e integrar na interpretação, estruturas, instituições, concepções, e valores enraizados em relações sociais que tinham pleno sentido no passado, e que, de certo modo, e só de certo modo, ganharam vida própria.<sup>1</sup>

O segundo momento destacado é o Brasil da República Velha, quando o aparato estatal repressivo se fez sistematicamente utilizado na contenção de insurreições populares, podendo-se identificar ali a origem do que se poderia considerar um recorrente método de contenção e controle social do excluído.

## 1.1 A Colônia escravocrata e o Império das elites: a origem da exclusão social brasileira

<sup>1</sup> Bem explica o autor: “Quando se reconhece que a sociedade brasileira, como outras sociedades de origem colonial, com problemas similares, é uma **sociedade de história lenta** e se toma essa constatação como perspectiva de interpretação da realidade social, os resultados são diferentes dos que se consegue por outro meio. A perspectiva do que posso chamar de uma **sociologia da história lenta** permite fazer uma leitura dos fatos e acontecimentos orientada pela necessidade de distinguir no contemporâneo a presença viva e ativa de estruturas fundamentais do passado”. MARTINS, José de Souza: *O poder do atraso: ensaios de sociologia da história lenta*. Editora Hucitec, SP, 1994, p. 14.

A colonização brasileira ocorreu sobre alicerces bem peculiares e marcantes, dentre os quais se destacam dois: o regime e a economia escravocrata, bem como, no termo utilizado por Luís Mir (2004), a ocupação balcanizada,<sup>2</sup> ou seja, uma ocupação que dividiu o país em facções, segundo o interesse de uma pequena elite rural, por meio do modelo das capitânicas hereditárias.

Assim, a montagem do Estado brasileiro, a partir mesmo de sua forma embrionária, como colônia portuguesa, foi fortemente caracterizada pelo extremo separatismo social, tendo em vista que a posse do território e o controle dos instrumentos de poder se restringiram a poucos indivíduos de origem indo-europeia.

Do mesmo modo, o Brasil como Império, portanto oficialmente Estado independente, estruturou-se preponderantemente a partir de sua identidade geográfica, ou seja, fundou-se um novo Estado com a preocupação de resguardar a integridade territorial, em detrimento da cooperação interétnica. Com a ressalva já feita, nas palavras de Luís Mir (2004, p. 34): “a imaginação de construção da nação brasileira ficou restrita à terra, à sua posse, à sua distribuição e ao seu usufruto por um etnia dominante”.<sup>3</sup>

Ocorre que o núcleo do país, legado da cultura escravocrata, de opressão e humilhação dos povos de origem africana, indígena e mestiça, não se alterou mesmo com a institucionalização e desenvolvimento sobre a base iluminista refletida em seu texto constitucional de 1824.

Diante disso, uma situação paradoxal caracterizou (curiosamente repetida, com a Constituição de 1988) pelo texto que assegurava direitos fundamentais a todos os

---

<sup>2</sup> Segundo o mencionado historiador, o termo balcanização tornou-se expressão comum para designar o caos, o diapasão e a guerra, em detrimento radical à ideia de cooperação pacífica entre várias regiões. Diz: “Balcanização é um termo cunhado pelos socialistas alemães do século XIX, em represália à ação do czar da Rússia nos Bálcãs, quando este apoiou a constituição de uma pluralidade de unidades políticas, pequenas, separadas e hostis. Passou a denotar o projeto estabelecido por uma potência hegemônica numa determinada zona, para que esta pudesse influenciar decisivamente; de acordo com o aforismo, dividir para reinar. A expressão vai ser retomada em 1918, ao qualificar o modelo de divisão estadual consagrado pelo Tratado de Brest-Litovsk. Voltou a ser aproveitada para a divisão africana posterior à descolonização. Uma variante da balcanização é a libanização, expressão dos anos oitenta, nada mais que a divisão em muitas facções armadas hostis” (2004, p. 42).

<sup>3</sup> Em outra passagem o autor destaca (MIR, 2004, p. 45): “Arquitetado a partir do cume da elite, surge o Estado Imperial, legitimado para indicar os tempos e os pactos forçosos para selar as dimensões da relação das etnias e a que graus devem ser realizados. O novo poder conglobera e abriga os setores que menos temeridades resultem ao novo poder. Removem-se as maiorias e coloca-se na direção o grupo étnica e economicamente dominador, mesmo em minoria, para evitar que a etnia indo-européia na nova composição política tenha que abrir mão de um pouco de poder em favor de alguns setores aliados”.

cidadãos, mas que, imune à realidade excludente, tratava de assegurar também o *status quo* da elite dominante.

Para o professor Reinéro Antonio Lérias (2008, p. 200):

O art. 179 da Constituição discorria sobre os chamados direitos fundamentais, conquanto em se mantendo a escravidão, negava-se dois dos principais deles: o direito à vida e à liberdade. Mas no plano do discurso e do papel, à guisa de alguns exemplos, lá estavam eles registrando: nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; todo cidadão tem em sua casa um lugar inviolável, ninguém pode ser preso sem culpa, exceto nos casos declarados pela lei [...].

Mesmo na questão da cidadania propriamente dita, o que se pode afirmar é que a parcela privilegiada da população utilizou-se do poder jurídico-administrativo, constituindo-se cidadãos de direito ante a ordem recém-criada para resguardar seus interesses. Sem que isso represente, necessariamente, uma identificação patriótica ou um compromisso de cooperação. Vale destacar a síntese de Fernando de Brito Alves (2003, p. 278):

A história da cidadania no Brasil é um construto teórico-pragmático que se inicia na primeira metade do século XIX, com a proclamação da emancipação política e sua independência de Portugal. Na contramão do que ocorreu nos Estados Unidos – que refletia as conjunturas históricas das conquistas de direitos e da derrocada do *antigo regime* – no Brasil não houve nenhuma Carta de Direitos que limitasse a atuação do Estado, impondo-lhe prestações negativas para salvaguardar as liberdades individuais e os direitos fundamentais. Tal circunstância era reflexo de séculos de colonização: não havia, como bem diz José Murilo de CARVALHO, à época da independência, nem cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira.

O modelo socioeconômico persistente (levando-se em consideração que a escravidão perdurou por quase todo período imperial) consolidou e reproduziu a ideia de uma superioridade racial e uma atuação violenta e discriminatória por parte dos detentores do poder, aos quais coube delinear a estrutura e os mecanismos de controle estatal, inclusive penal. Para Mir (2004, p. 35), “o saldo dos três séculos de colonização e quase dois como país livre” é senão as cidades balcanizadas em guetos irreconciliáveis.

A história da escravidão, da abolição e pós-libertação foi uma luta contínua pela etnia dominante para evitar, em qualquer grau ou acordo, a reconciliação com as etnias subjugadas. Ela sempre temeu cair na armadilha de uma redistribuição étnica e econômica das riquezas do país ou de quaisquer outras formas de dominação, inclusive a intelectual; o questionamento sobre a permanência do jugo reducionista (isto é, reduzir a escravatura a um simples conjunto de respostas puramente bárbaras); e, por último, a ideia e prática escravocratas pressupunham um universo onde não havia lugar para o outro, não havia lugar para semelhante que possuísse uma “vontade”, no sentido que mais tarde adquiriria esta palavra (MIR, 2004, p. 39).

O desafio dos pais fundadores do Brasil Imperial era conciliar os ideais modernos da *Ilustração* – de uma sociedade formada por cidadãos iguais em direitos – com o regime excludente de exploração escravocrata, restringindo os direitos à etnia dominante. Para tanto, o mecanismo utilizado é o mais perverso possível: o abandono da população oprimida à violência e à guerra civil.<sup>4</sup>

Como destaca José Murilo de Carvalho (2002, p. 50), “a escravidão era considerada obstáculo à formação de uma verdadeira nação, pois mantinha parcela da população subjugada a outra parcela, como inimigas entre si.” Neste passo, segundo o teórico, a *Guerra do Paraguai* (1864-1870), por exemplo, teria servido para evidenciar que “a escravidão impedia a integração social e política do país e a formação de forças armadas poderosas” (CARVALHO, 2002, p. 50).

Todavia, na prática, a população recém-liberta não ingressaria na ordem social como cidadãos de plenos direitos e iguais privilégios em relação à população dominante, para realizar, assim, a esperada integração social e política. O que houve, na verdade, foi a transição da sociedade escravocrata e disciplinadora colonial e imperial para a sociedade de controle e coerção étnica descompromissada com a rala que se perenizava no cenário brasileiro (MIR, 2004, p. 46).

Por tudo isto, afastou-se a possibilidade de formação de um país multiétnico e multicultural, tendo em vista que o novo Estado seria “geneticamente totalitário”, inclusive caracterizado pelo excessivo poder nas mãos do Executivo e por um parlamento de matiz nobiliárquica, e que assumiria em seu poder as “formas de coação e genocídio herdadas da metrópole, reciclando a máquina filosófica e intelectual colonial que lhe permitirá manter a escravatura e reproduzi-la” (MIR, 2004, p. 46).

Pode-se afirmar, então, que o Brasil se fundou sob um projeto de cidadania etnicamente excludente, cuja exterioridade revela que os grupos dominados – africanos, índios e mestiços – ainda que fossem maioria, foram impedidos de ascender social e economicamente, de representar ou participar da estruturação do novo país. Entregues à violência urbana, eram tidos como pessoas violentas e, por consequência, sujeitas ao controle repressivo-penal.

---

<sup>4</sup> “Para manter a marginalização definitiva das etnias que já eram mantidas à margem durante o período colonial, adotou-se como norma e prática a guerra civil. Significa a incapacidade ou a falta de intenção de alguns pensadores políticos do século XIX de elaborar, em termos teóricos e realizar na prática, um plano de bom governo, capaz de instituir políticas que levassem a uma transformação real, não fictícia, da sociedade brasileira colonial, escravocrata e diferencialista” (MIR, 2004, p. 70).

Na ausência de uma cidadania ativa, a fragmentação territorial e social da população e a ausência do que poderia ser um sentimento nacional criaram o fenômeno constante de violência para manter a união territorial e a segregação, agora neocolonialista (MIR, 2004, p. 48).

Assim, em termos *foucaultianos*, a “sociedade disciplinar” brasileira se modelaria muito mais calcada na violência e na repressão institucionais do que por qualquer outro instrumento de normalização.<sup>5</sup> Como se verá a seguir, o período da República caracterizou-se por ostensiva ação do Estado (composto pela elite rica do país) sobre a população excluída.

## 1.2 A República das insurreições

Do Império à República o quadro pouco se alterou, tendo em vista a perniciosa estratégia de controle das revoluções e reformas que se anunciavam. O sistema escravocrata, completamente desgastado, foi substituído por uma espécie de *apartheid* econômico embasado nos ideais civilizatórios do Ocidente, quais sejam: liberdade, democracia, direitos fundamentais, combate aos preconceitos étnicos, religiosos, econômicos, etc.

Com a abolição da escravatura, negros, índios e mestiços tornaram-se mão de obra excedente no regime econômico brasileiro. Como um país de economia eminentemente rural, e que buscava a consolidação e de uma nação branca de matiz indo-europeia, tratou-se de incentivar a política de imigração. Reinéro Antonio Lérias (2008, p. 208) acrescenta que o fim da escravidão representava o início de uma luta:

A verdade é que o estatuto da escravidão não se sustentava mais no Brasil. Veio o 13.05.1888 e com ele o fim das maiores bestialidades feitas pelo homem desde tempos imemoráveis. Mas também o início de uma luta contra

---

<sup>5</sup> A ressalva é de Luciano Oliveira, para quem o Brasil não pode ser considerado uma sociedade disciplinar nos termos de Michel Foucault. Para o autor, a sociedade disciplinar se caracterizaria pela difusão de técnicas mais sutis e medicalizadas de dominação em detrimento da repressão violenta direta pura e simples. Assim, destaca: “em resumo, na sociedade escravocrata que continuamos sendo século XX adentro, as práticas punitivas oficiais, emanadas de um estado muito pouco eficiente nos mais variados domínios, continuaram, quando ocorriam, repercutindo simplesmente a brutalidade dos controles sociais e domésticos típicos de uma sociedade hierarquizada e autoritária. (...) Ainda assim, vale a pena realçar certos traços da realidade brasileira que só robustecem tal evidência. Um deles – certamente o mais perverso – é o fato de que a adoção de princípios modernos pela cultura jurídica e mesmo pelo legislador brasileiro foi – e em boa medida continua sendo – algo irrelevante frente aos usos e costumes vigentes no mundo da repressão penal no nosso país, onde a violência escancarada sempre foi o método por excelência de investigação policial e de punição”. OLIVEIRA, Leonardo. *Relendo “Vigiar e punir”*. In DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 4, n. 2, 2011, p. 322 e 323.

a segregação, o racismo e a marginalidade a ser enfrentadas pelos egressos da escravidão. Luta que se trava ainda nos dias de hoje, nas favelas, nos baixos salários, nas cidades e penitenciárias.

A chegada dos imigrantes europeus ao Brasil – em sua maioria agricultores e trabalhadores braçais – significava ao país passo certo e necessário à modernização. Já aos negros recém-libertos restou a punição, na lógica percebida por Rusche (2004), citado na síntese de Juarez Cirino dos Santos (1981, p. 42):

A teoria do projeto [...] afirma que o mercado de trabalho é o determinante fundamental do sistema de justiça criminal, e a categoria principal para explicar o sistema penal. Esse conceito se desdobra em duas hipóteses: se a força de trabalho é insuficiente para as necessidades do mercado, a punição assume a forma de trabalho forçado, com finalidades produtivas e preservativas da mão-de-obra; se a forma de trabalho é excedente das necessidades do mercado, a punição assume a forma de penas corporais, com destruição ou extermínio da mão-de-obra: a abundância torna desnecessária a preservação.

O caráter elitista da nova República se sustentaria porque a condição de marginalizado de boa parte da população já estava consolidada. O “*outro*”, o que não era tão igual, teria sua condição sustentada por argumentos constantemente renovados. Como argumenta o historiador Luís Mir (2004, p. 54), “os primeiros a passar a essa outra categoria [de não-cidadãos] foram os escravos, depois os loucos, as mulheres, etc”.<sup>6</sup>

Tidos historicamente como intelectualmente inferiores, aos negros a liberdade não significou reparação, pelo contrário, assumiram o papel do patologicamente criminoso, ideia essa importada do pensamento positivista eugenista em vigor na Europa da época.

Conforme outrora apontado: (SILVA, HANSEN, 2010, p. 174):

Fortemente associado à doutrina do positivismo de Comte, o pensamento político brasileiro do fim do século XIX, início do século XX enxergava no evolucionismo social a resposta ao atraso brasileiro, e todas as forças que fossem contra a maré da evolução estariam fadando toda a sociedade ao eterno subdesenvolvimento. (...) Assim sendo, os “cientistas” buscavam entender quais eram os atores que impediam uma evolução mais rápida ao positivo (sociedade burguesa industrial), e a resposta veio contundente: os mestiços. Uma política de eugenia racial instaurava-se no Brasil.

As insurreições contra o governo da época foram abafadas ou controladas de forma insistentemente sangrenta (como exemplo: *Canudos*, *Contestado*, *Revolução*

---

<sup>6</sup> “A argumentação para essas anomalias era única: aos escravos se lhes negava a capacidade de reflexão necessária para atuar como cidadãos. Todos eles, que não eram independentes economicamente, não estariam, por consequência, em condições de decidir livremente. Era preciso determinar quem seria igual o suficiente para ser governado por seus iguais” (MIR, 2004, p. 54).

*Federalista e Revolta da Vacina*) e por meio de perversa estratégia. Uma vez que boa parte da população já possuía um consolidado status de marginalidade, a opressão, via de regra, se dava contra um objeto unificado por algum padrão abstrato (sob o estigma de criminosos e desordeiros) que retira a humanidade das vítimas (SEVCENKO, 2010, p. 11).

A *Revolta da Vacina*, tomando-a como exemplo, conforme destaca Nicolau Sevcenko (2010, p. 12), “nos fornece uma visão particularmente esclarecedora de alguns elementos estruturais que preponderam em nosso passado recente – repercutindo até mesmo nos dias atuais”. Talvez o elemento mais consistente seja a reiterada utilização da violência institucional como meio de controle da parcela marginalizada da população, inibindo qualquer tipo de revolução social. Outro elemento seria o re-mapeamento da exclusão, a qual não se caracterizaria tão-somente pelo abandono, mas também por uma sólida exclusão territorial.<sup>7</sup>

Aqui, cabe um parêntese, talvez, para um vínculo com a origem ou inspiração republicana do país. Num viés crítico, uma nova ordem das coisas, não raras vezes instalada no regime de lutas, quando derivada de envolvimento real do povo na sua implantação, e não por meio de uma mobilização meramente simbólica, como às vezes se dá no Brasil, reclama heróis. Neste sentido, pontua José Murilo de Carvalho (2009, p. 55):

A luta em torno do mito de origem da República mostrou a dificuldade de construir um herói para o novo regime. Heróis são símbolos poderosos, encarnações de idéias e aspirações, pontos de referência, fulcros de identificação coletiva. São, por isso, instrumentos eficazes para atingir a cabeça e o coração dos cidadãos a serviço da legitimação de regimes políticos. Não há regime que não promova o culto de seus heróis e não possua seu panteão cívico.

E nada mais artificial que tentar associar a base ética que inspirou o levante político, duramente reprimido à época, à gênese da história de nossa formação cultural, ligada às desigualdades sociais, sempre estigmatizadas pelos poderosos instrumentos de controle.

As revoltas do período da *Primeira República* consagraram o modelo de controle e coerção social que seria paradigma inquestionável dali em diante e característica fundamental da exclusão social brasileira. Seja no centro do Rio de Janeiro do início do século XX, seja na “*Cracolândia*” ou no Bairro do Pinheirinho de São Paulo de 2012, a cena

---

<sup>7</sup> No caso da referida revolta, destaca Sevcenko: “Pode-se deduzir, portanto, que a transformação do desenho urbano da capital obedeceu a uma diretriz claramente política, que consistia em deslocar aquela massa temível do Centro da cidade, eliminar os becos e vielas perigosos, abrir amplas avenidas e asfaltar as ruas. E, com efeito, a medida mostrou-se adequada: a Revolta da Vacina foi o último motim urbano clássico do Rio de Janeiro. Se o remédio foi eficaz, o diagnóstico foi exemplar” (SEVCENKO, 2010, p. 81).

é a mesma: o uso indiscriminado da violência institucional contra grupos generalizados (“viciados” e “invasores”) e já marginalizados.

Na descrição de Sevcenko (2010, p. 82):

As vítimas são fáceis de identificar: toda a multidão de humildes, dos mais variados matizes étnicos, que constituíam a massa trabalhadora, os desempregados, os subempregados e os aflitos de toda espécie. A ação do governo não se fez somente contra os seus alojamentos: suas roupas, seus pertences, sua família, suas relações vicinais, seu cotidiano, seus hábitos, seus animais, suas formas de subsistência e de sobrevivência, sua cultura. Tudo, enfim, é atingido pela nova disciplina espacial, física, social, ética e cultural imposta pelo gesto reformador. Gesto oficial, autoritário e inelutável, que se fazia, como já vimos, ao abrigo de leis de exceção que bloqueavam quaisquer direitos ou garantias das pessoas atingidas. Gesto brutal, disciplinador e discriminador, que separava claramente o espaço do privilégio e as fronteiras da exclusão e da opressão.

Libertos, os escravos não passaram a ser cidadãos, assim como população pobre não o era, mas sim o grande entrave à homogeneização cultural do Brasil. Com a sólida exclusão justificada politicamente, as massas foram abandonadas ao latente revanchismo social permanente, cujo efeito é uma realidade de intensa criminalidade e informalidade, justificando-se assim, a seletividade do sistema penal. O aparato estatal representaria o escudo dos “cidadãos de bem” contra os “cidadãos do mal”. O resultado disso pode ser visto na síntese de MIR (2004, p. 56-57):

O edifício filosófico e ideológico que produziu o extremismo étnico, matriz hegemônica do predomínio indo-europeu nos séculos passados e que se prolonga até o presente, tão densamente enraizado ainda dentro do Estado, ruiu definitiva e contemporaneamente sem estrondo ou aviso. O resultado é calamitoso – uma realimentação da luta encarniçada, renovada por novas formas de disputa econômica entre as etnias segregadas – pode ser o roubo generalizado e possível do patrimônio dos dominadores até uma economia informal e criminosa à sombra do Estado. O debate sobre as culpas e os responsáveis por essa implosão não consentida e lenta continuará a alimentar as seduções pelo uso da guerra como instrumento de normalização e retrocesso à velha ordem.

A semente da discriminação, da segregação e do separatismo entre parcelas da população, já bem cultivada e desenvolvida, deu origem a uma exclusão social que seria crônica e cronológica, sustentada também por meio da repressão institucional, por intermédio de um sistema penal seletivo que, uma vez modelado, se manteria praticamente intacto.

Disso tudo, pode-se concluir que a exclusão social e a seletividade do sistema penal mantêm um gene em comum e persistente, o qual, em termos de evolução, se mostrou muito bem sucedido, já que se fez presente em todos os momentos da história

brasileira. Mesmo hoje, por mais sofisticados que sejam os argumentos e os fundamentos teóricos a justificarem os dois fenômenos, há sempre a remissão ao passado sangrento.

## 2 EXCLUSÃO SOCIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DO EXCLUÍDO

Nessas alturas do presente estudo, pensa-se que já se pode concluir que a sociedade brasileira constituiu-se geneticamente excludente. E que a exclusão social, em si, ultrapassa o preconceito, a discriminação e a opressão exercidos pela parcela poderosa e privilegiada da população em detrimento daquela historicamente vulnerável. Trata-se, primeiramente, no modelo brasileiro, de um *apartheid* social estratificado subsistente à cultura escravocrata.

À primeira vista, pode-se dizer que a exclusão social no século XXI liga-se, principalmente, à incapacidade do sistema capitalista de dividir a riqueza econômica para que todos possam participar da lógica do consumo, bem como à incapacidade do Estado de prover toda a população dos serviços sociais básicos para a subsistência. Portanto, tudo parece fortemente ligado à pobreza no sentido material.

Entretanto, se possível uma genealogia da exclusão social brasileira, deve-se remeter sua raiz fundamentalmente à inadmissibilidade da elite privilegiada em aceitar os negros, índios e mestiços como iguais. A exclusão social também reflete a ostentação de privilégios e a utilização sistemática da máquina repressiva de maneira ilegítima para assegurar o modelo estratificado da sociedade brasileira.<sup>8</sup>

De uma maneira genérica, trata-se da privação crônica de direitos na ordem social. Das senzalas para os morros, na periferia, os excluídos estariam primeiramente

---

<sup>8</sup> Obviamente, questões sociológicas influenciarão na definição de exclusão social por cada sociedade. Em verdade, a definição de exclusão não prescinde de especificidades locais, além de que se deve levar em conta também o que cada grupo social entende por integração ou inclusão social. Gilberto Dupas, tratando da exclusão social e do fenômeno da globalização, apresenta como aspecto subjacente ao surgimento do conceito de exclusão: “a elevação das aspirações de consumo de grande parte da população mundial”. E segue explicando que: “o encurtamento das distâncias entre os diversos países do mundo e a exacerbação da mídia global fizeram com que o modo de vida das sociedades de consumo ocidentais, apesar de não estar acessível a todos nem nos países ricos, fosse tomado como padrão”. Para o autor em questão, a amplitude de dimensões do conceito faz com que “em termos individuais podemos estar excluídos em algumas delas e não em outras”. Como exemplo cita-se a exclusão do mercado de trabalho, mas não da possibilidade de garantir a sobrevivência, já que esta pode ser suprida por ações do *welfare state*. Por esta razão, prefere-se utilizar o termo genericamente no sentido de que a exclusão social representa a privação crônica de direitos na ordem social. DUPAS, Gilberto. *Economia Global e Exclusão Social: pobreza, emprego, estado e o futuro*. 3ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 20.

privados da cidade. No mercado de trabalho só seriam aceitos nas posições mais subalternas. Ademais, teriam de arcar com a presunção de suspeitos, sempre tidos como perigosos e inimigos da ordem.

O desenho de Gilberto Freyre, inalterado, reflete a atual conjuntura da exclusão social. As favelas, os guetos e os bairros pobres em geral estão apartados do “mundo civilizado”, e são tidos culturalmente como locais propícios à contumaz criminalidade. No senso comum, são locais onde, de fato, a atuação de controle e vigilância deve ser mais rigorosa e rotineira.

Mesmo não se levando em consideração a proliferação das favelas nas megacidades ao redor do mundo, o que se caracteriza como paradigma urbanístico do século XXI,<sup>9</sup> cuja responsabilidade deve-se, em muito, às políticas neoliberais extremadas no final do século XX, nota-se que a favela sempre foi considerada local de declínio moral. Fato, este, sintetizado por Mike Davis (2006, p. 33):

É claro que, para os liberais do século XIX, a dimensão moral era decisiva e a favela era vista, acima de tudo, como um lugar onde um “resíduo” social incorrigível e feroz apodrecia em um esplendor imoral e quase sempre turbulento; na verdade, uma vasta literatura excitava a classe média vitoriana com histórias chocantes do lado negro da cidade.

No Brasil, seja privando os pobres do centro da cidade, seja abandonando-os em áreas desprovidas de serviços funcionais, a exclusão territorial reveste-se de caráter segregacionista, ainda que o movimento dê-se ao contrário, isto é, quando o privilegiado se retira aos condomínios fechados. Como exemplifica Davis (2006, p. 23):

Muitas vezes, como no antigo bairro elegante de Campos Elísios em São Paulo ou em partes da paisagem colonial de Lima, bairros burgueses inteiros transformaram-se em favelas. No famoso bairro à beira-mar de Bab-el-Qued, em Argel, pelo contrário, os nativos pobres substituíram os operários estrangeiros. Embora o padrão dominante global seja a expulsão dos pobres do centro, algumas cidades do Terceiro Mundo reproduzem a segregação urbana à moda dos Estados Unidos.

Segundo dados do Censo 2010,<sup>10</sup> realizado pelo *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)*, 11,4 milhões de brasileiros vivem em aglomerados subnormais.<sup>11</sup> Pode-se dizer que negros são maioria nas favelas brasileiras,<sup>12</sup> tendo em vista

---

<sup>9</sup> A constatação é do arquiteto e teórico alemão Thomas Sieverts, para quem o urbanismo difuso (*Zwischenstadt* – “cidade intermédia”), está se tornando a paisagem que define o século XXI, tanto nos países ricos quanto nos pobres. DAVIS, Mike. *Planeta Favela*. Tradução de Beatriz Medina, São Paulo: Boitempo, 2006, p. 20.

<sup>10</sup> IBGE, *Censo 2010*. Disponível em: <www.ibge.gov.br>, acesso em 15 de dezembro de 2011.

<sup>11</sup> Davis alerta sobre a dificuldade de se conseguir estatísticas exatas, “pois é comum a população pobre e favelada ser subcalculada, de forma deliberada e às vezes maciça, pelos órgãos públicos” (2006, p. 36).

que, segundo pesquisa divulgada pelo IPEA (PINHEIRO, 2011), em 2008, 40,1% dos domicílios urbanos em favelas eram chefiados por homens negros e 26% por mulheres negras, enquanto 21,3% eram chefiados por homens brancos e 11,7% por mulheres brancas. São os negros e mestiços também as maiores vítimas da violência. No ano de 2007, 30.193 (trinta mil, cento e noventa e três) pessoas negras foram vítimas de homicídio, enquanto o número de mortos da cor branca foi de 14.308 (quatorze mil, trezentos e oito).<sup>13</sup>

Entretanto, a condição de marginalizado, do ponto de vista sociológico, por si só, não pode ser tida como causa direta da criminalidade. Pelo contrário, não há uma comprovação lógica da ligação entre pobreza e crime,<sup>14</sup> no entanto, a exclusão crônica pode levar à revolta, à revanche e, aí sim, ao crime. O excluído está sujeito a uma malha de informalidade e ilegalidade, sujeito aos rearranjos do poder, à aquisição de segurança por meio de propinas, sobrevivendo em um contexto fundamentalmente conflituoso e, não raro, tem suas condutas usuais criminalizadas.

Conforme destaca Luiz Fernando Kazmierczak (2010, p. 23):

É evidente que nem todo crime nasce da exclusão social, inclusive nem se pretende justificar esta tese neste capítulo. No entanto, hoje, os excluídos são tratados como se criminosos fossem, sendo a miséria criminalizada pelas agências estatais de controle.

Enfim, dentro de realidades locais diversas, pois sabe-se que este fenômeno não é exclusivo de países pobres, nota-se que algumas pessoas são excluídas da lógica global, ou seja, da lógica do consumo. O padrão de normalidade aceito nesta época (aquele medido pelo poder de consumir e de manter-se produtivo) está muito aquém do que o próprio

---

<sup>12</sup> A referida pesquisa utiliza a expressão “negros” para referir-se à parcela da população constituída por pretos e pardos.

<sup>13</sup> WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2010: anatomia dos homicídios no Brasil*. Instituto Sangari. Disponível em < <http://www.sangari.com/midias/pdfs/MapaViolencia2010.pdf>>. Acesso em 15 de dezembro de 2011.

<sup>14</sup> O sociólogo Michel Misse analisa: “O fato de que, historicamente e até hoje, as penitenciárias e cadeias brasileiras tenham uma população carcerária quase totalmente constituída de *pobres* (as taxas variam entre 90% e 95%) *não* significa: a) que a maioria dos criminosos brasileiros seja de pobres; b) que a pobreza é a principal causa da criminalidade em geral. *Mas também não significa*: a) que a maioria dos incriminados *não seja* de pobres; b) que a privação relativa *não seja* uma causa importante da criminalidade; c) que a relação pobreza-crime seja *apenas* um estereótipo social; d) que a reprodução desse estereótipo seja a *principal causa* da associação pobreza-crime. *Porque pode significar*: a) que os aparelhos de resposta ao crime selecionam mais certos tipos de ação e de agente, do que outros; b) que os crimes selecionados são também os que provocam maior reação moral e social; c) que os crimes que provocam maior reação moral e social são os chamados *crimes violentos*, i. é, aqueles cujos agentes, dispendo ou não de outros meios de poder, utilizam-se da coação física imediata (ou sua ameaça), ou que executam o aniquilamento físico do outro em seu desenvolvimento; d) que os agentes “pobres” (ou com poucos recursos alternativos) que operam diretamente a ação criminosa, por *limitação social* na escala de seleção de meios e de preferências criminais, mas também por outras razões, tendem a estar mais sujeitos ao emprego da violência com meio criminal.” MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 23.

capitalismo permite, aliás, pode-se dizer que a exclusão constitui característica deste modelo. O sistema capitalista, por sua natureza, é eminentemente excludente, além disso, o processo de globalização serviu para maximizar este efeito.

Portanto, não se pode ligar a prática de crimes unicamente à condição econômica (pobre ou rico). Sabe-se que o crime é difuso, todavia, prisões de todo mundo estão preenchidas por marginalizados e excluídos socialmente. Este fenômeno ocorre porque os delitos cometidos por esta massa são aqueles correspondentes à dita criminalidade urbana (furtos, roubos, dentre outros) e são, portanto, crimes a respeito dos quais a elite dominante, assim como a mídia, e por fim até mesmo o Estado, pedem a severa punição, com a maior rapidez possível.

Como observa Michel Misse (2006, p. 22):

O crime pode ocorrer em qualquer classe, estrato ou fração estamental, mas existem diferenciais históricos de designação e perseguição de certas ações como criminais, como também da orientação dos aparelhos que cuidam de sua detecção e resposta punitiva, que podem ser determinados, numa medida significativa, em correlação com as posições de classes, estrato ou de frações estamentais.

Estas pessoas, desprovidas de poder econômico, chegam mais facilmente ao sistema penal, já que quase sempre não têm serventia na lógica do capital (argumento já destacado na crítica de Rusche e Kirchheimer). Por isso mesmo, suas garantias são facilmente quebradas e as injustiças ocultadas pelo discurso repressivo.

A explicação, segundo a Criminologia Crítica, encontra-se no fato de que a própria atuação das instâncias oficiais, bem como a mídia formadora do senso comum, constituem-se elementos criminalizantes. Dessa forma, a realidade social é representada pela percepção seletiva dos fenômenos, refletindo assim os interesses hegemônicos. Segundo o mecanismo de ação de tais instâncias (BARATTA, 2002, p. 179):

[...] se traduz no recrutamento de uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que comentem ações previstas na lei penal e que, compreendendo todas as camadas sociais, representa não a minoria, mas a maioria da população. Tal distribuição desigual, em desvantagem dos indivíduos socialmente mais débeis, isto é, que têm uma relação subprivilegiada ou precária com o mundo do trabalho e da população, ocorre segundo as leis de um código social (*second code*) que regula a aplicação das normas abstratas por parte das instâncias oficiais. A hipótese da existência deste *second code* significa a refutação do caráter fortuito da desigual distribuição das definições criminais, e fornece um novo princípio condutor, que já tem dado ótimos frutos, para a pesquisa sociológico-jurídica. Esta é chamada a evidenciar o papel desenvolvido pelo direito, e em particular pelo direito penal, através da norma e da sua

aplicação, na reprodução das relações sociais, especialmente na circunscrição e marginalização de uma população criminosa recrutada nos setores socialmente mais débil do proletariado.

Teresa Pires do Rio Caldeira (2000, p. 09) alerta que o discurso do medo “com frequência, diz respeito ao crime e especialmente ao crime violento. Mas eles também incorporam preocupações raciais e étnicas, preconceitos de classe e referências negativas aos pobres e marginalizados”. Desta forma, o “*combate ao crime*” não representa necessariamente a perseguição pelo cometimento do fato típico, mas sim pelo controle de uma população específica e de suas condutas estereotipadas.

A autora em questão (2000, p. 79-83), ao diagnosticar o crime e a segregação que ocorre na cidade de São Paulo, por meio de entrevistas com moradores de diversas classes sociais, concluiu que:

O crime e os criminosos são associados aos espaços que supostamente lhes dão origem, isto é, as favelas e os cortiços, vistos como os principais espaços do crime. [...] Como seria de esperar, os habitantes desses espaços são tidos como marginais. A lista de preconceitos contra eles é infinita. São considerados intrusos, [...] são também considerados socialmente marginais, [...] condena-se seu comportamento [...] e assim por diante. De certo modo, tudo o que quebra os padrões do que se considera boa conduta pode ser associado a criminosos, ao crime e a seus espaços. O que pertence ao crime é tudo o que a sociedade considera impróprio.

A passagem acima demonstra bem quem são os criminosos de hoje. Contudo, estas pessoas, em situação de exclusão social e muitas vezes sofrendo também segregação espacial, são úteis ao sistema de produção global enquanto estão normalizadas. Se fora dos padrões de conduta, estes serão os primeiros receptores das estratégias de controle, inclusive do sistema penal.

Boa parte do aparato de controle social, bem como do sistema penal está direcionado a estas pessoas que, além de sofrerem os efeitos da exclusão, são também tidas como propensas à criminalidade, portanto criminalizadas. Na perversa lógica percebida por Alessandro Baratta (2002, p. 179), “a constituição de uma população criminosa como minoria marginalizada pressupõe a real assunção, em nível de comportamento, de papéis criminosos por parte de um certo número de indivíduos, e a sua consolidação em verdadeiras e próprias carreiras criminosas”.

Observando os dados do *InfoPen*<sup>15</sup> (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias), do Ministério da Justiça, nota-se gritante diferença de encarcerados com ensino fundamental incompleto (212.216) em 2011, e o número de presos com ensino superior completo (579). Outro dado importante é a quantidade de crimes contra o patrimônio (furto simples e qualificado, roubo simples e qualificado), cometidos pela chamada criminalidade pobre, que chegam a uma condenação, em comparação aos crimes contra o sistema financeiro e fiscal. Aqueles são responsáveis por quase metade das condenações (233.926), estes, sequer aparecem nos cálculos.

Assim, pode-se assegurar que há preferência ao combate de determinados tipos penais, além disso, a ação repressiva tende a reafirmar um processo de criminalização bem delineado pelas demais instâncias oficiais, bem como pelo senso comum. A atuação da agência judicial, propriamente dita, figura tão-somente como a última das instâncias, a quem cabe decidir pela suspensão da ação criminalizante ou pelo sacramento do processo.

Como afirma Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 246):

O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha, como sabemos, é feita em função da pessoa (o “bom candidato” é escolhido a partir de um estereótipo), mas à agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, segundo certo *critério objetivo próprio e diverso* do que rege a ação seletiva do restante exercício de poder do sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência (somente se “explicaria” funcionalmente).

Neste contexto, cabe avaliar o processo penal brasileiro a partir da lógica da exclusão social e da criminalização do excluído e, em especial, o instituto da prisão, principalmente em seu caráter cautelar, já que cárcere representa o carimbo definitivo de criminoso. Diante de uma novíssima legislação acerca do tema (Lei nº 12.403/11), da qual se espera a capacidade de dotar de maior legitimidade o regimento das medidas cautelares, verifica-se que o rompimento definitivo com o malvisto processo talvez ainda não se tenha anunciado. É o que se verá a seguir.

### **3 O PROCESSO COMO FATOR DE CRIMINALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA PRISÃO CAUTELAR NA LEI Nº 12.403/2011**

---

<sup>15</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, Referência 06/2011. Disponível em: <portal.mj.gov.br>. Acesso em 15 de dezembro de 2011.

Nesse ponto já é possível afirmar a existência de um pernicioso e dissimulado movimento de criminalização do excluído. Isso se dá não só por questões de preconceito e discriminação de uma elite privilegiada economicamente para com a parte pobre da população, mas por meio da ação repressiva do Estado, que prefere controlar prioritariamente os comportamentos de pessoas já estereotipadas.

Nesse contexto, o processo penal pode representar o ingresso definitivo do sujeito criminalizado no rol dos irreparáveis. Esta é a faceta oculta do processo penal, em que se observa a tendência de prevalecer e de confirmar a lógica excludente que antecede esta punição procedimental. Ao adentrar oficialmente no sistema punitivo estatal por meio do processo penal, os cidadãos, muitas vezes já excluídos, levarão para sempre, e com uma carga maior de preconceito, o estigma de criminoso. Para os já estigmatizados socialmente, uma primeira entrada no sistema penal significa total perda de credibilidade como cidadão.

Maria Lúcia Karam (2004, p. 348) sintetiza o que aqui se argumenta:

Da mesma forma que criara o delito no primeiro momento do processo de criminalização, ao assim qualificar determinadas situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, o sistema penal cria o delinqüente, neste outro momento daquele processo, com a interiorização por aquele que é condenado – ou, antes disso, desde o primeiro contato com o sistema penal e social [...] com o prolongamento deste tratamento no tempo, a pessoa acaba por se comportar conforme o papel que lhe foi dado, isto é, como se fosse aquela determinada coisa, com o que termina efetivamente sendo.

Portanto, considerando essa realidade, não se pode admitir que toda e qualquer ação seja levada ao sistema penal e que, uma vez iniciada, sejam respeitadas rigorosamente as garantias processuais, como última forma de se legitimar o poder punitivo e evitar, na medida do possível, a estigmatização definitiva do sujeito previamente criminalizado.

Em contrapartida, cumpre ressaltar que há pelo menos duas décadas vem se expandindo o ideal descarcerizador, seja pela constatação da inefetividade da proposta ressocializadora do cárcere, seja para se evitar ao máximo o estigma da prisão.

Explicou-se outrora (GIACOIA, 2012, p. 105):

El descrédito de la pena privativa de libertad ha preocupado a los criminólogos y penalistas, según las varias referencias relatadas, que sugieren su substitución por sanciones alternativas y hay muchos ordenamientos jurídico-penales – para no decir todos -, que, en la actualidad, adoptan tales medidas como preferenciales. Por otro lado, hay en algunos

países, en ámbito procesal penal, clara tendencia de substituir la prisión preventiva por otras medidas restrictivas de libertad o de derechos.

Nesse contexto, atitude relevante, sem dúvidas, é a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, que dispõe sobre as novas medidas cautelares no processo penal. Refletindo a tendência de se evitar o cárcere, a nova lei pretende dotar a sistemática processual penal de mais lógica, razoabilidade e humanidade.

Entretanto, não só os aspectos benéficos devem ser apontados, mas também alguns outros, que, a depender do ponto de vista, podem representar retrocesso quanto ao tema e, por isso, figurar como mais um fator de manutenção do processo penal estigmatizante e excludente, sob a ótica exposta até então.

Uma das primeiras ressalvas foi destacada por Fernando Carnelutti em *As misérias do processo penal* (Editora Minelli, 2006). Carnelutti reflete no sentido de que o processo penal figura como verdadeiro espetáculo de diversão e abstração da opinião pública (daí o grande sucesso das páginas policiais):

O mau é que assiste-se ao processo da mesma maneira que se goza do espetáculo cinematográfico, o qual, no demais, finge com muita frequência tanto o delito como o processo correspondente; mas posto que atitude do público acerca dos protagonistas do drama penal é a mesma que tinha em um tempo a multidão frente aos gladiadores que combatiam no circo, e tem, todavia, em certos países do mundo, frente às corridas de touros, o processo penal não é, infelizmente, outra coisa além de uma escola de incivilidade. (2006, p. 8).

Nesse sentido, como já sustentado anteriormente, percebe-se que o problema é ainda mais intenso, visto que com a sua atual estrutura prática, o processo penal mostra-se também como um exímio mantenedor das relações de desigualdade social e afirmação dos interesses da elite dominante.

O referido autor ressalta que aquele que se coloca a assistir ao processo penal como espetáculo não se considera um indivíduo como aquele que enfrenta a persecução criminal. Tal qual o gladiador era considerado coisa, e por isso se justificava a ausência de qualquer civilidade para com sua pessoa, o acusado também é encarado com o mesmo grau de dessubjetivação, o que ocorre, como acima demonstrado, com o excluído socialmente.

Sobre isso, observe-se:

Considerar ao homem como uma coisa: pode haver uma fórmula mais expressiva de incivilidade? No entanto, é o que ocorre, infelizmente, nove de cada dez vezes no processo penal. Na melhor das hipóteses, os que se vão a ver, cerrados na jaula como animais no jardim zoológico, parecem homens

fictícios mais que homens de verdade. E se algum se dá conta de que são homens de verdade, lhe parece que se trata de homens de raça ou, poderíamos dizer, de outro mundo. Este que assim pensa não se lembra, quando assim sente, a parábola do publicano e do fariseu,<sup>16</sup> e não suspeita que sua mentalidade seja propriamente a do fariseu: eu não sou como este (CARNELUTTI, 2006, p. 10).

E continua Carnelutti com a seguinte observação: “o que é necessário, ao contrário, para merecer o título de homem civil, é inverter tal atitude, somente quando chegemos a dizer, sinceramente, eu sou como este, então seremos verdadeiros dignos de civilidade” (2006, p. 10).

Trata-se, dessa forma, de um sério equívoco equiparar a figura do preso à do delincente. O delincente como tal, solto, é um ser capturável pelo sistema penal, mas que, uma vez capturado, retoma seu status de homem e como tal deve ser tratado.

Todavia, como já mencionado inicialmente, a prisão (e a conseqüente instauração de um processo penal) em si representa a consagração última de uma estrutura de perseguição social excludente já bem desenvolvida, de forma que, evitar o cárcere (principalmente tratando-se de medidas cautelares) significa evitar a marca definitiva que qualifica o cidadão como criminoso, sendo, portanto, tarefa imprescindível.

Nesse sentido, argumenta Alessandro Baratta (2002, p. 166):

O aprofundamento da relação entre direito penal e desigualdade conduz, em certo sentido, a inverter os termos em que esta relação aparece na superfície do fenômeno descrito. Ou seja: não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade.

Dessa forma, pode-se dizer que o direito e o processo penal, em regra, coincidem com um movimento externo a eles. Movimento tal que uma Constituição de cunho democrático e de conteúdo transformador intenta aniquilar. Conclui Baratta (2002, p. 167):

---

<sup>16</sup> Em Lucas cap 18: 9: Propôs Jesus esta parábola a uns que confiavam em si mesmos, como se fossem justos, e desprezavam os outros. Subiram dois homens ao templo para orar: - um fariseu, e outro publicano. O fariseu orava de pé, e dizia assim: Graças te dou, ó meu Deus, por não ser como os outros homens, que são ladrões, injustos e adúlteros. E não ser também como é aquele publicano. Eu, por mim, jejuo duas vezes por semana e pago o dízimo de tudo quanto possuo. Apartado a um canto, o publicano nem sequer ousava erguer os olhos para o céu; batia no peito, e exclamava: Meus Deus apiedai-vos de mim, pecador. Digo-vos, acrescentou Jesus, que este voltou justificado para sua casa, e o outro não, porque todo aquele que se exalta será humilhado, e todo aquele que se humilha será exaltado.

O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.

Note-se que, o legislador, sob esse aspecto específico, lançou mão do princípio da homogeneidade, de forma que a medida cautelar passou a manter coerência com a pena de prisão. Ao passo que se não se espera pena de prisão com o fim do processo, não há razão para que o indivíduo seja preso cautelarmente. Dessa forma, percebe-se que a margem de quatro anos é coincidente com as hipóteses de cumprimento de pena em regime aberto, bem como as de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Para além da difícil coexistência entre a presunção de inocência e as prisões cautelares, há problemas de ordem teórica em relação à regulação desta modalidade de encarceramento. Destaca-se o fato de as prisões cautelares descenderem de fundamentos e conceitos importados do processo civil, superados, presume-se, muito recentemente.

Grande parte da doutrina identificava como requisitos da prisão cautelar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o que não poderia ser mais equivocado. Quanto ao equívoco, assim se manifestou Aury Lopes Jr. (2006, p. 200):

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o **requisito** para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Já em relação ao *periculum in mora*, e neste ponto o referido autor se reporta a Calamandrei, tem-se, preliminarmente, que não se trata de segundo requisito das cautelares, mas de seu verdadeiro fundamento. Seria errôneo focá-lo na demora, uma vez que o risco não se relaciona ao fator temporal.

Tal raciocínio é acertado em se tratando da tutela cautelar cível, visto que a efetivação do direito pode comprometer-se com o exagerado decurso de tempo na prestação jurisdicional, ocorrendo, por exemplo, a dilapidação do patrimônio do réu. Em contrapartida, quando se trata do processo penal o sentido é outro:

Aqui o **fator determinante não é o tempo**, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da

ausência do acusado, ou risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta de prova). (LOPES JR., 2006, p. 201).

Está-se, dessa maneira, diante de verdadeiro *periculum libertatis*, uma vez que o perigo está diretamente ligado ao estado de liberdade do imputado. Portanto, sendo este o fundamento e não o requisito das prisões cautelares, inexistindo perigo de fuga, destruição de provas ou demais riscos (garantia da ordem pública ou da ordem econômica), não há razão para que o acusado seja privado de sua liberdade, independentemente de a pena em abstrato do delito ultrapassar ou não quatro anos ou de o réu ser reincidente. A prisão cautelar não deve ser instrumento de “antecipação de tutela” em prol do viciado clamor público. Saliente-se que tanto a nova quanto a antiga regulação das prisões cautelares colidem com esse pensamento, embora a margem de quatro anos guarde coerência sistêmica. Nesse sentido:

Para a decretação de uma prisão cautelar, diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de **probabilidade**, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o preço do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do acusado (LOPES JR., 2006, p. 202).

As medidas cautelares têm por finalidade o resguardo do processo, na medida em que “buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar” (LOPES JR., 2006, p. 199). Daí o posicionamento de parte da doutrina processualista no sentido de que a prisão cautelar fundamentada na garantia da ordem pública ou ordem econômica seria substancialmente inconstitucional.

De fato, tais fundamentos se distanciam da finalidade imediata da medida cautelar (instrumento do instrumento), entretanto, estão intimamente ligados a outros interesses constitucionais, aos quais o processo penal também serve. O processo em si é meio de apaziguamento social, portanto, a serviço da ordem pública.

A medida de prisão nunca perderá, entretanto, a natureza excepcional, reforçada pela introdução de novas medidas cautelares no sistema processual brasileiro, devendo sempre ser decidida com fulcro na razoabilidade e proporcionalidade e muito bem fundamentada, independentemente do intento de tutelar a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Ressalta-se que, qualquer que seja a medida cautelar exigida ou imposta, determinados princípios devem ser respeitados. São eles: jurisdicionalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade (LOPES JR., 2006, p. 206).

Interessante é o posicionamento de Cláudia Marlisse Alberton (2006, p. 184), em estudo anterior à Lei nº 12.403/11:

Diante dos exíguos mecanismos disponibilizados pela lei, o Juiz criminal, em muitas hipóteses, se vê diante da dicotomia do “prender” ou “não prender”, o que, como consequência, ou o leva a decretar prisões cautelares desarrazoadas ou, ao contrário, a assistir, passivamente, o esvaziamento do processo, não obstante estar diante de real necessidade de garantir a aplicação da lei penal, a instrução criminal ou mesmo a ordem pública.

Nota-se que o sistema antigo era conhecido como sistema binário, por meio do qual ou era cabível a prisão cautelar (temporária ou preventiva) ou o réu permaneceria solto no decorrer do processo sem qualquer medida cautelar. O sistema novo é o multicautelar. O juiz, antes da prisão cautelar, tem que examinar se as alternativas são cabíveis (previstas no art. 319 do Código de Processo Penal).

Dentre as razões do surgimento da nova lei está o fato de que 44% dos reclusos brasileiros estarem presos cautelarmente, bem como a intenção de cumprir a Constituição Federal, fazendo da pena de prisão medida extremamente excepcional.

Por fim, cabe dizer que houve a supressão da possibilidade de se fundamentar a preventiva na vadiagem do imputado (art. 313 do Código de Processo Penal), modificação que visa, seguramente, inibir a racionalidade preconceituosa e a atuação seletiva do sistema penal.

O art. 311 do Código de Processo Penal prevê as hipóteses de prisão preventiva e enumera os legitimados para requerê-la. O juiz ainda pode decretar preventiva de ofício, porém, agora somente na fase judicial. Não significa, todavia, a insubsistência da conversão do flagrante em preventiva de ofício, o que de fato continua sendo o procedimento normal. A intenção da mudança é a de manter o juiz equidistante.

Diante de tão drásticas inovações e de sua recente vigência, seria pretensiosamente temeroso um diagnóstico definitivo quanto às novas medidas cautelares. Todavia, há de se adiantar que o alargamento do poder estatal sob o réu que se presume inocente não pode ser visto como avanço inquestionável da legislação.

O estado de inocência, bem respeitado, é aquele sob o qual não incida qualquer restrição de liberdade do acusado. Assim, aqui se aponta a grande vantagem da nova lei: o respeito, em maior grau, à inocência do réu que, ao invés de responder ao processo preventivamente preso, receberá, em substituição, uma das outras medidas cautelares.

No entanto, espera-se um cuidado em relação à não banalização das medidas cautelares, posto que, não raro, o réu figurava solto sem qualquer pesar. O novo regramento da fiança, bem como do monitoramento eletrônico, por exemplo, deve ser encarado com o máximo bom senso.

A exclusão social e a lógica da seletividade do sistema penal antecedem a ação da agência judicial. Entretanto, ainda que o Judiciário não disponha de suficiente poder para eliminar totalmente a violência na fase seletiva (ZAFFARONI, 2001, p. 246), cabe-lhes como órgão competente, não só para autorizar o poder de punir estatal, mas também para determinar a justiça no caso concreto, dirimir os efeitos da perversa estrutura legada pela história de nossa formação cultural.

Para tanto, torna-se imprescindível o respeito à equidade e à razoabilidade na utilização do aparato repressivo, e tanto mais na utilização nos institutos processuais penais estigmatizantes. O cárcere, rótulo definitivo ao sujeito criminalizado, deve ser evitado ao máximo possível e ser sempre legitimamente aplicado. No caso da prisão cautelar, vigora a total excepcionalidade, devendo, também na medida do possível, prevalecer a presunção de inocência.

## **CONCLUSÃO**

Como visto, a tentativa de registrar uma genealogia da exclusão social e da seletividade do sistema penal nos remeteu à fundação do Estado e da sociedade brasileira, cujas raízes são marcadas pelo regime e a economia escravocrata, bem como pela ocupação balcanizada, termo cunhado pelo historiador Luís Mir (Guerra Civil, 2004).

A estrutura segregacionista e eminentemente excludente cunhada durante o período de formação se reproduziu independentemente do regime político adotado e do período da história do Brasil, uma vez que se preservou um núcleo comum em todas as fases: o asseguramento dos privilégios de uma classe dominadora de matiz indo-europeia em detrimento de outra parcela da população representada por negros, mestiços e indígenas.

Mesmo no século XXI, o processo não se altera, as classes marginalizadas sempre foram controladas pelo aparato repressivo particular ou estatal, tendo seus comportamentos e estereótipos criminalizados pelo senso comum e assimilados facilmente pelo sistema penal.

Em tempos de aceitação dos limites do sistema penal e de ampliação do ideal descarcerizador, mostrou-se imperioso o olhar para o atual processo penal, tendo como plano de fundo a perversa estrutura praticamente inalterada. Especificamente na seara da prisão, rótulo final do processo de criminalização do excluído, aqui estudada em seu viés cautelar, o alerta é no sentido de que mesmo a recente legislação, mais coerente, pode ser completamente ineficaz caso não se pretenda também a superação da exclusão e da manutenção do controle do excluído por meio de sua criminalização e captação pelo sistema penal.

## REFERÊNCIAS

ALBERTON, Cláudia Marlise. *Tutelas de urgência, emergência e evidência: a questão da sumarização frente ao processo penal garantista*. In CARVALHO, Salo de (org). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

ALVES, Fernando de Brito. *História da cidadania no Brasil: uma abordagem político-jurídica*. In ARGUMENTA, Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, n. 3. Jacarezinho, 2003.

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

BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, Referência 06/2011. Disponível em: <portal.mj.gov.br>. Acesso em 15 de dezembro de 2011.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34/ Edusp, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Sorocaba, SP: Editora Minelli, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

\_\_\_\_\_. *A formação das almas – imaginário da República do Brasil*, Companhia das Letras, 2009.

DAVIS, Mike. *Planeta favela*. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006.

GIACOIA, Gilberto. *Investigación Pos-Doctoral: Historico Hispano-Luso-Brasileño y perspectivas criminológica de la reacción penal*. Facultad de Derecho, Universitat de Barcelona, 2011.

IBGE, *Censo 2010*. Disponível em: <[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)>, acesso em 15 de dezembro de 2011.

KARAM, Maria Lúcia. *Pela abolição do sistema penal*. In PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. *As Constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania*. In CAMBI, Eduardo. KLOCK, Andrea Bulgakov. ALVES, Fernando de Brito. *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 191-264.

LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MARTINS, José de Souza. *O poder do atraso: ensaios de sociologia da história lenta*. Editora Hucitec, SP, 1994.

MIR, Luís. *Guerra civil: estado e trauma*. São Paulo: Geração Editorial, 2004.

MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Leonardo. *Relendo "Vigiar e punir"*. In DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 4, n. 2, 2011, pp. 309-338.

PINHEIRO, Luana [et. al.]. *Retrato das Desigualdades de gênero e raça*. 3. ed. Brasília: Ipea: SPM: UNIFEM, 2008. Disponível em: <[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)>. Acesso em: 15 de dezembro de 2011.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SILVA, Lucas Soares e. HANSEN, Thiago Freitas. *Heranças da "Era da Sciencia": a seletividade penal disfarçada (1870-1938)*. In ARGUMENTA, Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, n.13 (julho/dezembro), Jacarezinho, 2010.

SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2010: anatomia dos homicídios no Brasil*. Instituto Sangari. Disponível em <<http://www.sangari.com/midias/pdfs/MapaViolencia2010.pdf>>. Acesso em 15 de dezembro de 2011.