



Centro Universitário de Brasília - Uniceub  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

JÉSSICA DAS VIRGENS MOURA

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL  
BRASILEIRO NO CASO RAFAEL BRAGA**

Brasília  
2018

JÉSSICA DAS VIRGENS MOURA

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL  
BRASILEIRO NO CASO RAFAEL BRAGA**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de Bacharelado em Direito  
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Camilla Magalhães  
Gomes

Brasília

2018

JÉSSICA DAS VIRGENS MOURA

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL  
BRASILEIRO NO CASO RAFAEL BRAGA**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de Bacharelado em Direito  
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Camilla Magalhães  
Gomes

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Orientadora: Camilla Magalhães Gomes

---

Prof. (a) examinador (a)

Dedico esse trabalho aos meus pais, por toda dedicação e amor. Aos meus queridos sobrinhos, por serem um dos meus maiores incentivos. Ao Rafael Braga, por sua trajetória de luta.

“Eu tenho um sonho que meus quatro pequenos filhos viverão um dia em uma nação onde não serão julgados pela cor de sua pele, mas pelo conteúdo de seu caráter. Tenho um sonho hoje.” (Martin Luther King)

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço à minha família, em especial aos meus pais e à minha irmã Rosimeire pelo suporte, torcida e incentivo de sempre.

Agradeço ao meu namorado, Pedro Vitor, pelo companheirismo, amor, incentivo e pela ajuda na correção deste trabalho.

Agradeço às minhas amigas Larissa Cywinski e Daiane Pereira, pela amizade, carinho e incentivo.

Agradeço aos meus colegas da faculdade, em especial à Raissa Medeiros e à Cristiane Cordeiro, pelo apoio e carinho durante o curso.

Agradeço a todos os meus professores pelos ensinamentos, por me ensinarem a pensar e por fazer valer cada minuto do curso.

Agradeço, também, a minha orientadora, Camilla Magalhães, pela paciência, dedicação e auxílio fundamental nesta pesquisa.

## RESUMO

Trata-se de uma monografia de conclusão de curso cujo o tema é: O Direito Penal do Inimigo e a seletividade do sistema penal brasileiro no caso Rafael Braga. A presente monografia busca analisar como a seletividade do sistema penal brasileiro se amolda ao Direito Penal do Inimigo. A polêmica envolvendo a pesquisa realizada está no fato do Brasil, apesar de ter uma constituição garantista (CF de 1988), ser um país extremamente racista. O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 aduz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Contudo, essa igualdade é meramente formal, ou seja, nem sempre é assegurada como igualdade material. O caso Rafael Braga evidencia uma seletividade racista do sistema penal brasileiro, que insiste em retirar direitos dos jovens pobres e negros, os quais são julgados não pelos atos que cometem, mas pelo seu tom de pele e bairro onde residem. Tal fato escancara uma estrutura racista, em que o crime nem sempre partirá de uma realidade empírica, mas de uma criação abstrata que foca nas camadas mais estigmatizadas da sociedade, atuando como uma ferramenta de higienização, segregação de direitos e oportunidades de pessoas como Rafael. O Direito Penal do Inimigo corrobora para com essa seletividade penal, uma vez que busca a separação dos indivíduos, e, ao se associar com o racismo e as práticas racistas do sistema de justiça criminal, produz histórias como a de Rafael. Por fim, para realizar esta pesquisa, além de fontes bibliográficas, foram consultadas matérias jornalísticas, em especial aquelas produzidas por sites/ órgãos e profissionais que denunciaram o caso e sua face seletista, racista e criminalizadora.

Palavras-chave: Caso Rafael Braga. Direito Penal do Inimigo. Garantismo penal. Racismo estrutural. Seletividade do sistema penal brasileiro.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 CASO RAFAEL BRAGA</b> .....	11
1.1 DA CONDENAÇÃO POR TERRORISMO.....	11
1.2 DA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS.....	14
1.3 A REPERCUSSÃO PÚBLICA DO CASO.....	18
<b>2 DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	25
2.1 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS PRINCIPAIS CRÍTICAS.....	25
2.2 DO GARANTISMO PENAL E DA CRÍTICA DE FERRAJOLI AO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	32
2.3 A DIGNIDADE HUMANA DO INIMIGO.....	35
<b>3 RAFAEL BRAGA COMO INIMIGO DO DIREITO PENAL</b> .....	38
3.1 RAFAEL BRAGA, O ROSTO DO INIMIGO.....	38
3.2 RACISMO E SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMIAL.....	44
<b>CONCLUSÃO</b> .....	50
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	52

## INTRODUÇÃO

O direito penal tem sido buscado como um instrumento de vingança em que a sociedade deposita seu ódio, mascarado de discurso contra impunidade, sobre aqueles que detém as características de inimigo. Essa busca se reflete no poder responsável pela elaboração das leis, resultando no endurecimento das normas e na relativização de garantias penais, configurando-se na verdadeira impunidade, dos atos que caracterizam o abuso punitivo.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que esse pensamento maximalista do direito penal tende a legitimar teorias como a do Direito Penal do Inimigo. Tal teoria milita pela supressão de garantias fundamentais como o contraditório, a ampla defesa, devido processo legal e de modo geral, defende um tratamento diferenciado aos cidadãos.

Para enxergar de forma concreta esse abuso estatal, o caso Rafael Braga foi escolhido para ser analisado, pois nele foi possível vislumbrar toda falha desse sistema não garantista. Isso porque Rafael, por duas vezes, viu sua liberdade sendo tirada de forma violenta e arbitrária. Além disso, o caso em comento escancara a realidade de um sistema penal racista que seleciona — em sua maioria — jovens negros de classe social desfavorecida, os quais compõem a maioria da massa carcerária brasileira.

No 1º capítulo, será apresentado o caso Rafael Braga, a forma como se deram as duas prisões (por terrorismo e por tráfico de drogas) e a repercussão pública do caso a partir de matérias jornalísticas produzidas por sites/órgãos e profissionais que denunciaram a seletividade penal e a arbitrariedade do caso. No 2º capítulo, será abordada a Teoria do Direito Penal do Inimigo, suas principais críticas e a Teoria do Garantismo Penal como uma alternativa racional e eficaz à primeira. No 3º capítulo, será discutida a materialização do Direito Penal do Inimigo na seletividade do sistema penal, o recorte de raça e classe social no caso Rafael Braga. Os principais autores utilizados são: Günter Jakobs, Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Aury Lopes Junior, pessoas como Djamila Ribeira e Nathália Oliveira que militam pela causa negra, movimentos negros como mães de maio que comumente

denunciam os abusos que a população negra sofre por parte do sistema penal, contribuíram para concretude do presente trabalho.

## 1 CASO RAFAEL BRAGA

Rafael Braga Vieira, jovem rapaz negro de família nordestina, pobre e numerosa. Nasceu na cidade do Rio de Janeiro, contudo, viveu parte de sua vida na cidade de Aracaju no estado de Sergipe. Ao retornar a sua cidade natal, com o sonho de ajudar no sustento de sua família, passou a exercer a função de catador de latinhas pelas ruas cariocas. (VIERA, 2017).

Tem o rosto de milhões de brasileiros que estão à mercê da falta de oportunidade, dos estigmas sociais e de um sistema penal seletista e racista. A sua história não se remete a um fato isolado, ela apenas escancara o cotidiano das pessoas de pele negra e classe social desfavorecida.

Rafael é a face que representa o descaso por parte do Poder Judiciário e por parte da sociedade brasileira quando se cala diante das injustiças promovidas por preconceitos raciais e econômicos. Assim como disse Martin Luther King: “o que é preocupante não é o grito dos maus. É o silêncio dos bons”. (AZEVEDO, 2017).

A dura trajetória de Rafael foi marcada em 2013, período em que milhares de brasileiros foram às ruas em protesto, devido à grande insatisfação mediante o aumento das passagens dos transportes públicos e com a priorização da realização de grandes eventos esportivos como a Copa do Mundo e as Olimpíadas em detrimento de serviços públicos mais relevantes. (VIEIRA, 2017)

Os ânimos estavam à flor da pele, tanto dos militantes que lutavam pelo seu direito à uma vida digna, quanto da polícia que repreendia os manifestantes com balas de borracha, gás lacrimogêneo e pancadaria. Diante desse cenário, os protestos passaram a ser criminalizados. A partir disso, os manifestantes passaram a lutar, também, por seus direitos de protesto e, assim, exercerem sua liberdade de expressão. (VIEIRA, 2017)

Ao final disso, Rafael passou a ser o principal personagem dessa trama, mesmo que não tenha levantado nenhuma bandeira ou reivindicado qualquer uma das exigências em pauta. A sua vida foi esfacelada desde então, escancarando a nós a seletividade e o racismo institucional do poder judiciário, em que seu único pecado foi ser negro e pobre.

### 1.1 DA CONDENAÇÃO POR TERRORISMO

No dia 20 de junho de 2013, época em que eclodiram as manifestações, Rafael Braga conta que retornou no fim daquela noite ao velho casarão abandonado onde depositava todos os materiais que conseguia garimpar

durante um dia de trabalho. Ele afirmou, ainda, que, ao chegar ao local, encontrou duas garrafas de plástico com conteúdos distintos, sendo uma de cloro e a outra de desinfetante. (RIBEIRO,2017).

Logo após deixar o local portando tais produtos em mãos, os quais levaria para sua tia, Rafael foi abordado por policiais da 5ª Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA) que fica em frente ao casarão em que o mesmo utilizava como depósito. Os referidos recolheram os produtos das mãos de Rafael, sem que o mesmo tenha oferecido resistência, deram-lhe um tapa em seu rosto e o levaram, posteriormente, à delegacia. (RIBEIRO, 2017).

Após ser conduzido, Rafael descreve que foi encaminhado a um pequeno quarto na delegacia. Enquanto era submetido ao processo de coleta de digitais, Rafael notou que uma das garrafas, anteriormente lacradas, estava com o conteúdo pela metade e com um pedaço de estopa em sua boca, formando um pavio. Os agentes o indagaram se o desinfetante (pinho sol) e o cloro (água sanitária) não seria utilizados para produção de coquetéis molotov, arma química inflamável normalmente utilizada em conflitos civis (protestos e guerrilhas urbanas) composta por gasolina, ácido sulfúrico e cloreto de potássio. (RIBEIRO, 2017).

Após a acusação, Rafael indagou que aquela situação era injusta, pois nem mesmo sabia o que era um coquetel molotov e afirmou que era inocente. Segundo ele, nenhum dos presentes acreditaram em sua afirmação. Afinal, quem ligaria para sua versão? O jovem era apenas mais um corpo negro e sem valor para aquelas pessoas. (RIBEIRO, 2017).

O Ministério Público e a Polícia Civil sustentaram que o material apreendido era inflamável e que Rafael tinha “desígnio” de utilizá-los para a fabricação de coquetel molotov. Porém, o laudo técnico do processo judicial emitido pelo Esquadrão antibombas da Polícia Civil chegou à conclusão de que a produção do coquetel, a partir dos produtos em questão, era quimicamente impossível — o que era óbvio. (RIBEIRO, 2017).

Mesmo sendo um rapaz trabalhador, Rafael foi condenado à prisão por porte de pinho sol e cloro, com base, tão somente, em depoimento policial que afirmava que o mesmo tinha a intenção de fabricar o referido coquetel para usar nas manifestações. Manifestações essas, das quais Rafael sequer participava.

Rafael Braga é o primeiro e único, das chamadas jornadas de junho, sentenciado e condenado a cinco anos de prisão por porte de artefatos explosivos enquanto outros manifestantes presos — em sua maioria, brancos e de classe média — foram soltos logo em seguida para responder o julgamento em liberdade. (VIEIRA,2017).

Vejamos a fundamentação do magistrado Guilherme Schilling Pollo Duarte, na sentença que condenou Rafael Braga:

Trata-se de ação penal na qual se imputa ao acusado a prática de porte de aparato incendiário ou explosivo, já que nos termos da denúncia foi detido em um dia de manifestações populares em prol das melhorias dos serviços públicos, na posse de dois artefatos incendiários em suas mãos, contendo substância inflamável com pedaços de panos presos em seu bocal, na forma de 'coquetel molotov'. Finda a instrução criminal, e diante do substrato probatório carreado nos autos, fiquei convencido de que a imputação veiculada na denúncia merece integral acolhimento. Com efeito, em se tratando de prisão em flagrante de características bastante comuns, a aferição da materialidade e autoria do delito não demandam maiores indagações. A materialidade restou comprovada de forma inequívoca pelo Registro de Ocorrência de fls. 05/05v., pelo auto de apreensão de fls. 21, pelo laudo técnico de exame do material acostado às fls. 70/72, e pelo relato das testemunhas, em Juízo, descrevendo e pormenorizando toda a dinâmica delitiva. A autoria, por sua vez, pôde ser haurida do seguro reconhecimento do acusado em Juízo, pelos dois policiais civis que efetuaram a prisão, bem como da versão apresentada pelo réu em seu interrogatório, indicando que era realmente ele quem portava as garrafas, não deixando a menor dúvida, em face da clareza e segurança das provas, de que foi o réu quem praticou o crime, nos termos da denúncia. Em princípio, ressalte-se que as testemunhas são pessoas idôneas, isentas e não têm qualquer interesse pessoal em incriminar o réu. Nessa perspectiva, o policial civil EDUARDO NOGUEIRA VIEITOS, narrou em Juízo (fls. 80/81), a dinâmica dos fatos de forma coesa e firme, tal como se extrai do excerto abaixo destacado: '(...) que são verdadeiros os fatos narrados; que o depoente é policial civil lotado na DECAV; que gostaria de retificar, apenas, que o local indicado na denúncia não era propriamente um estabelecimento comercial, e sim uma loja abandonada; que a porta do estabelecimento estava arrombada; que observou quando o réu ora presente entrou naquela loja com uma mochila e em seguida saiu com dois frascos em suas mãos; que em virtude das manifestações havia muita gente na rua, mas o réu era o único com frascos na mão; que naquela data a DECAV foi atingida por uma granada de gás lacrimogêneo lançada pela própria PMERJ; que dessa forma, fica claro que a Polícia Militar precisou intervir naquela manifestação; que o réu não soube explicar o que estava fazendo com os frascos em suas mãos; (...) que a loja indicada na denúncia já estava abandonada antes da data dos fatos e foi arrombada aproximadamente duas semanas antes dos fatos; que as duas garrafas encontradas com o réu tinham um estopim no gargalo, qual seja, um pano do tipo flanela, alaranjado; que ambas as garrafas eram de plástico; que em toda rua, e precisamente no local da prisão havia uma grande concentração de pessoas e um 'corre-corre'; que o incendiamento daqueles artefatos seria capaz de colocar em risco as demais pessoas; (...) Corroborando a narrativa em destaque, temos o depoimento do também policial civil ERICK DUARTE CORREIA (contido na mídia juntada às fls. 92). Esta testemunha narrou os fatos de forma idêntica a de seu colega da corporação [sic], acrescentando, ainda, que os aparatos encontrados com o réu aparentavam ser garrafas de 'coquetel molotov'. A negativa dos fatos, pelo acusado, quando de seu interrogatório (também na mídia de fls. 92), mostrou-se dissociada dos demais elementos de prova, e evidenciam unicamente uma tentativa desesperada de esquivar-se

das imputações formuladas pelo Parquet, numa clara manifestação do exercício da autodefesa. Atente-se que o réu declarou uma versão pueril e inverossímil, no sentido de que teria encontrado as duas garrafas lacradas - uma segundo ele contendo 'Pinho Sol' e a outra 'água sanitária' - ambas em uma loja abandonada, e resolveu tirá-las dali. Vale destacar que as circunstâncias em que ocorreu a prisão, ou seja, enquanto ocorria uma enorme manifestação popular, com concentração aproximada de 300 mil pessoas na Avenida Presidente Vargas, conforme amplamente divulgado na mídia, e no mesmo dia em que ocorreu confronto com as Forças Policiais, deixam claro que o intento do réu não seria outro senão o de proceder ao incêndio de qualquer objeto ou pessoas. O laudo técnico nº 267/13, tendo como objeto o exame do material (fls. 70/72) atesta que uma das garrafas tinha 'mínima aptidão para funcionar como coquetel molotov'. No mesmo documento o i. Perito prossegue informando em sua conclusão (item 04) que 'o etanol encontrado dentro de uma das garrafas pode ser utilizado como combustível em incêndios, com capacidade para causar danos materiais, lesões corporais e o evento morte', delineando assim a potencialidade lesiva de ao menos um dos artefatos. Assim, comprovados os fatos típicos, não havendo causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, impõe-se o decreto condenatório na forma da denúncia. CONCLUSÃO Isso posto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para CONDENAR o réu RAFAEL BRAGA VIEIRA, qualificado nos autos, como incurso nas penas do artigo 16, parágrafo único, inciso III da Lei 10.826/03. [sic].

Rafael permaneceu preso por mais de dois anos e foi liberado em dezembro de 2015 para cumprir o restante da pena em regime aberto. Após ser solto, o escritório de advocacia, responsável por sua defesa, o contratou para desempenhar a função de serviços gerais, dando-o a oportunidade de, assim, realizar seu sonho de menino que era auxiliar seus pais na manutenção da família. (VIEIRA, 2017).

É evidente a seleção de jovens negros por parte da polícia e do judiciário. A pergunta que deve ser feita acerca da prisão de Rafael por porte de pinho sol e cloro é: se fosse um jovem de pele branca, o mesmo seria abordado, preso pela polícia e condenado pelo Estado pelo simples fato de estar próximo a uma manifestação carregando consigo produtos de limpeza?

## 1.2 DA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS

Dizem que um raio não cai no mesmo lugar mais de uma vez, no caso do Rafael Braga não foi bem assim. Com menos de um mês fora do cárcere, sem ao menos ter respirado os ares da liberdade, foi preso novamente em 12 janeiro de 2016, por volta das nove horas, supostamente flagrado na posse de 0,6g de maconha, 9,3g de cocaína e um rojão. No momento da apreensão utilizava uma tornozeleira

eletrônica, pois estava em liberdade condicional. Ou seja, uma presa fácil para a etiqueta de traficante. (JUSTIFICANDO, 2017).

Rafael conta ter sido abordado de forma violenta pelos agentes da polícia enquanto ia da casa de sua mãe até uma padaria próxima — no interior da Comunidade Vila Cruzeiro, no bairro da Penha, cidade do Rio de Janeiro —, segundo ele, os policiais o ameaçaram e afirmaram que caso o mesmo não prestasse as devidas informações sobre os traficantes daquela localidade, seria submetido a um flagrante forjado e até mesmo violência sexual. (JUSTIFICANDO, 2017).

Evelyn Bárbara, vizinha de Rafael, durante testemunho dado à justiça, asseverou que viu o mesmo sendo abordado sozinho e sem objetos nas mãos. Garantiu, ainda, que Rafael foi agredido e arrastado até um local que dificultava sua visão. (JUSTIFICANDO, 2017).

Entretanto, segundo o magistrado Ricardo Coronha:

[...] as declarações da testemunha Evelyn Barbara, arrolada pela Defesa do réu, visavam tão somente eximir as responsabilidades criminais do acusado RAFAEL BRAGA em razão de seus laços com a família do mesmo e por conhecê-lo 'por muitos anos' como vizinho.

Rafael negou todas as acusações e afirmou que o material apreendido foi, na verdade, plantado pelos policiais com objetivo de servir como alicerce incriminatório. (JUSTIFICANDO, 2017).

Em abril de 2017, a sentença determinou que o depoimento de Rafael não era contundente e que a vizinha só queria livrá-lo da cadeia. Levando em conta, deste modo, somente o depoimento dos policiais. (JUSTIFICANDO, 2017).

De acordo com o site Justificando (2017), o policial militar Victor Hugo Lago, em depoimento, disse que:

Encontraram Rafael Braga Vieira segurando um saco plástico contendo material semelhante a entorpecente e um morteiro de fogos de artifício. Que Rafael, após perceber a aproximação dos policiais militares, ainda tentou se livrar do referido material que estava em sua posse, jogando-o no chão.

O magistrado Ricardo Coronha, responsável pela decisão que condenou Rafael Braga ao crime de tráfico, disse que:

[...] Nos depoimentos policiais acima mencionados, nada há que elida a veracidade das declarações feitas pelos agentes públicos que lograram prender o acusado em flagrante delito. Não há nos autos qualquer motivo para se olvidar da palavra dos policiais, eis que agentes devidamente investidos pelo Estado, cuja credibilidade de seus depoimentos é reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Os testemunhos dos policiais acima referidos foram apresentados de forma coerente, neles inexistindo qualquer contradição de valor, já estando superada a alegação de que uma sentença condenatória não pode se basear neste tipo de prova.

Veja-se o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Segundo a página Campanha pela Liberdade de Rafael Braga (2017), a Audiência de Instrução, que foi dividida em três dias, durante os meses de abril, maio e junho, contou com os depoimentos dos policiais envolvidos, testemunhas de defesa e o próprio Rafael. De acordo com a página, durante os depoimentos das testemunhas de acusação, os policiais entraram em contradição entre si e com o depoimento feito durante o momento do auto de prisão.

Ainda de acordo com a página Campanha pela liberdade de Rafael Braga, o Instituto de defensores dos Direitos Humanos (DDH) solicitou, no decorrer das audiências, cinco diligências: o GPS da tornozeleira (que Rafael usou durante o regime aberto); nomes do engenheiro e empresa de engenharia que fizeram a denúncia acerca de ponto de tráfico na região em que supostamente foi flagrado na posse de drogas; imagens da câmera externa da viatura; imagens da câmera interna da viatura; e imagens da câmera da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP). Contudo, o juiz negou todas as diligências não dando, assim, oportunidade à ampla defesa e contraditório (efetivo) para a defesa de Rafael. Além de, ter ignorado a testemunha Evelyn (testemunha de defesa) e condenando-o com base, apenas, no depoimento dos policiais.

Com isso, Rafael Braga foi então condenado a mais de 11 anos de prisão por tráfico e associação para o tráfico com base exclusivamente no depoimento dos policiais que o prenderam. Vejamos o dispositivo da sentença dada pelo magistrado Coronha:

Ex positis, julgo procedente a denúncia para condenar como ora CONDENO o réu RAFAEL BRAGA VIEIRA, como incurso nas sanções dos artigos art. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 69 do CP, às penas de 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 1.687 (um mil seiscentos e oitenta e sete) dias-multa, à razão unitária mínima.

Conforme o Instituto Humanitas Usinos (2017), a defesa de Rafael recorreu da sentença de 20 de abril, que foi confirmada no último dia 8 de agosto pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) com o indeferimento do habeas corpus (nº **0029991-26.2017.8.19.000**).

De acordo com o site Justificando (2017), no Habeas Corpus, os advogados pontuaram que Rafael Braga tem bons antecedentes, pois trabalhava de forma lícita como funcionário de auxílios gerais no escritório de advocacia João Tancredo, possuía residência fixa comprovada, negou a acusação sofrida insistindo que ocorrido se tratava de um flagrante forjado, foi acusado de associação para o tráfico de drogas, evidenciando — deste modo — uma grande contradição no testemunho acusatório, no momento em que foi preso não portava nenhuma espécie de arma, além, de possuir uma testemunha ocular, garantindo sua inocência, não foi aberto nenhum processo de apuração sobre a possível associação a que Rafael pudesse fazer parte, fora o fato da ínfima quantidade apreendida e atribuída a ele. Entretanto, mesmo com a série robusta de argumentos apresentados, a maioria dos desembargadores optaram, por dois votos, mantê-lo sob custódia do Estado.

No tempo em que o julgamento aguardava recurso, a defesa alegou que Rafael havia contraído tuberculose depois de passar um ano sem atendimento médico, reclamando de tosse. (LUCHETE, 2017).

De acordo com o site do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Rogério Schietti, ministro do STJ, concedeu o habeas corpus (nº **415.508**) a Rafael e o transferiu para prisão domiciliar. De acordo com o ministro, a tuberculose foi comprovada tendo em vista que o réu vivia em uma situação degradante no Instituto

Alfredo Tranjan, pertencente ao Complexo Penitenciário de Bangu. Schietti afirmou ainda que, de acordo com a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, o complexo registrou lotação de 350% de sua capacidade em fevereiro deste ano. O local tem, ainda, sujeira “expressiva” e apresenta carência de medicamentos simples.

O intenso quadro de superlotação carcerária, a falta de profissionais capacitados e as péssimas condições de higiene potencializam a propagação da tuberculose, em razão da sua transmissão, geralmente, ser por via aérea. (LUCHETE, 2017).

Ainda que a jurisprudência do STJ seja desfavorável à permissão de liminar em HC quando o pedido ainda não foi julgado por tribunal inferior, em órgão colegiado, o relator viu “coação ilegal” suficiente para afastar a regra. (LUCHETE, 2017).

De acordo com Luchete (2017), o ministro, para fundamentar sua decisão, aduziu:

O quadro grotesco de violações aos direitos e às garantias fundamentais alcança distinto patamar em hipóteses que, como a de Rafael Braga Vieira, tratam de indivíduos que satisfazem o perfil corriqueiro dos encarcerados no país: negros, jovens, de baixa renda e escolaridade. [...] indivíduos que, além do encarceramento em massa que cotidianamente desafia a batalha histórica contra o preconceito no País, enfrentam insalubres condições de sobrevivência

Utilizando como parâmetro o acórdão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, o ministro Rogério Schietti aduziu que a decisão vale durante o tratamento. (LUCHETE, 2017).

### 1.3 A REPERCUSSÃO PÚBLICA DO CASO

É importante ressaltar a opinião da sociedade sobre o caso, pois a visibilidade do debate sobre a igualdade racial em um país onde ainda existe a negação do racismo, se faz necessária. A repercussão do caso evidencia uma pequena evolução na luta contra o preconceito racial — uma questão a ser combatida, mas que para isso deve ser encarada de frente.

Diante de tais fatos, é imprescindível falar sobre o racismo estrutural, que é um dos principais problemas que assolam os jovens negros desse país, pois muitos deles acabam perdendo a vida em virtude desse câncer social.

Segundo os dados de 2014 do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), o Brasil possui a 4º maior população carcerária do mundo, com um número total de 622.202 presos, dois quais 61,6% são negros (pretos e pardos). O que elucida a seletividade do sistema penal, um instrumento utilizado como forma de segregação de direitos e extermínio da população negra.

É notório que o caso Rafael Braga gerou muita revolta. Muitos movimentos sociais em todo país se mobilizaram e denunciaram o racismo e a seletividade do sistema penal brasileiro. O caso é polêmico e bastante criticado e, sobre ele Djamila Ribeiro declarou que:

O caso de Rafael Braga é a prova do projeto ideológico do Estado brasileiro de super encarceramento e autoritarismo. A sentença demonstra que existe um tribunal racial com o objetivo de criminalizar pessoas negras, uma vez que palavras de policiais absolutamente questionáveis por todos os pontos de vista prevalecem sobre a de Rafael e da testemunha ocular. O que fundamenta essa diferença de credibilidade é o racismo. (JUSTIFICANDO, 2017)

Em suas redes sociais, pontuando como uma voz especialista e técnica, o Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e advogado criminalista Antônio Pedro Melchior asseverou que “a prática de tratar os agentes envolvidos na prisão como testemunhas do fato é errada sob todos os aspectos em que se analise”. (JUSTIFICANDO, 2017).

Ainda de acordo com o site Justificando (2017), Melchior esclarece que:

[...] conceitualmente, em português ligeiro, as testemunhas são, pessoas desinteressadas’ que, a priori, não estão comprometidas com o resultado do julgamento (ressalvas pessoais à parte). Policiais que prenderam o imputado [no caso, Rafael Braga] em flagrante ou atuaram na investigação tem interesse em defender a legalidade da própria atuação, o que é mais ou menos óbvio. Não são testemunhas por isto. [...] não possuem qualidade suficiente para oferecer um conhecimento seguro sobre os enunciados fáticos e, portanto, não servem ao objetivo de chegarmos em uma decisão em que seja justificável aceitar que determinado fato ocorreu. Não pode servir para condenar uma pessoa

Na fase de individualização da pena, o magistrado considerou de forma dupla a reincidência pela condenação por terrorismo. Em sentença, a reincidência foi aplicada tanto para aumentar a pena base, quanto para majorar a segunda fase. (JUSTIFICANDO, 2017).

De acordo com o site Justificando (2017), a professora Aline Passos ironizou nas suas redes sociais:

Se um aluno meu faz uma dosimetria da pena que cita reincidência na primeira fase e na segunda fase do cálculo, eu zero a questão, mas aparentemente, o juiz Ricardo Coronha Pinheiro, que fez a dosimetria da estúpida condenação do Rafael Braga, pulou Teoria da Pena na graduação.

Em nota, segundo o site Justificando (2017), o DDH, responsável pela defesa técnica de Rafael desde dezembro de 2013, demonstrou sua indignação quanto a sentença, pois de acordo com o Instituto a sentença viola a presunção de inocência, criminaliza a pobreza e corrobora com a estigmatização de um jovem sem recursos, negro e oriundo de favela.

Em decorrência do caso, quatro dias após a condenação por tráfico e associação ao tráfico de drogas, vários movimentos sociais, em especial setores do movimento negro de São Paulo e grupos que debatem questões pertinentes à segurança pública e sistema prisional, formaram em São Paulo uma manifestação para exigir a imediata liberação de Rafael Braga. Cerca de 500 pessoas marcharam até o escritório da Presidência da República em SP, que fica próximo da esquina da Avenida Paulista com a rua Augusta. A caminhada durou pouco mais de duas horas para ser efetivada. (SANZ, 2017).

Segundo Sanz (2017), Débora Silva, militante do grupo Mães de Maio — organização de mães que reivindica verdade e justiça para os assassinatos de seus filhos em uma chacina, no ano 2006, ocasionada por PM'S em São Paulo, diante do surgimento dos confrontos entre o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Estado — em relato acalorado, afirmou que:

Como podemos ver um avião com centenas de quilos de pasta base não ter dono e uma porçãozinha pequena de droga como a que implantaram no Rafael Braga fazer o juiz vê-lo como traficante? Só o racismo explica uma coisa dessa. Isso é inaceitável. [...]

De acordo com Sanz (2017), Débora relata, ainda, a atuação de sua organização em torno do caso Rafael Braga e as dificuldades de Adriana, mãe do mesmo:

Conheço a mãe do Rafael através da campanha pela liberdade dele, desde que foi preso nas manifestações de 2013. Estivemos na Cinelândia no Rio de Janeiro com ela e a dissemos que estamos lado a lado nessa luta. O filho dela também é meu filho. Ela se emocionou com isso e o pessoal do Rio está fazendo uma campanha para arrecadar doações para ela, pois está numa situação muito ruim, não consegue nem trabalhar devido ao que está acontecendo com o filho. Adriana é como se fosse uma irmã pra mim, é mais uma mãe vítima desse sistema opressor que é o judiciário. (*sic*).

Conforme Sanz (2017), Débora lastima a condição de confiabilidade e aval jurídico que gozam os agentes da Polícia Militar, em casos em que só exista o depoimento policial, e afere que tão somente uma mudança desse paradigma (encarceramento em massa) poderá trazer alguma saída para essa realidade enfrentada pela juventude negra. Vejamos o que diz Débora:

Se o Judiciário tivesse um outro olhar e não aceitasse que a PM fosse testemunha de si mesma não teríamos tantas cadeias e cemitérios abarrotados de jovens. A postura do Judiciário precisa mudar, a reforma do judiciário é necessária para o bem da nação, pois o judiciário não está cumprindo seu papel, está fazendo apenas o peso da balança; e a balança só pende para um lado, que é contra os pobres e negros das favelas e periferias.

Luka Franca, integrante da Marcha das Mulheres Negras de São Paulo, indagou que a sentença que condenou Rafael Braga ao crime de tráfico de drogas foi um “baque gigantesco”. (SANZ, 2017). Luka declarou ainda que:

O movimento já vinha acompanhando o caso do Rafael Braga desde 2013 e quando sai essa sentença e você olha para toda a história, pode ver o quanto isto é uma perseguição. Ele estava fora da cadeia, com um conselheiro, eles sabiam onde ele estava e montaram uma cilada para o Rafael. E nisso veio o juiz e lhe deu uma sentença de 11 anos sem lembrar que o crime que ele fora condenado pela primeira vez é um crime inexistente. Ou seja, é uma sequência de absurdos que só tem uma explicação: o sistema racista está nos dizendo aos negros onde é o nosso lugar se estivermos na hora errada no lugar errado ou se estivermos usando a nossa voz para falar alguma coisa que esse sistema não quer que seja dita. [...] tem uma coisa simbólica aí. Nessa semana que saiu a sentença do Rafael fazem algumas semanas que tivemos três mortes de meninas negras e periféricas no Rio de Janeiro, atingidas por balas perdidas que saíram de armas policiais. Isso diz muito sobre o Brasil. O nosso país ainda não soube

enfrentar com responsabilidade a questão do racismo, ficou refém do mito da democracia racial, e não vem enfrentando essa questão, apenas recrudescendo. É o plano da Casa Grande: nos prenderam e mataram lá atrás e continuam prendendo e matando hoje.

De acordo com Melo (2017), para a socióloga Nathalia Oliveira — coordenadora da Iniciativa Negra por Uma Nova Política sobre Drogas (INNPD) — em entrevista a Carta Capital, a Lei de Drogas brasileira é um máquina de controle social das periferias. De acordo com a mesma:

As pessoas são condenadas pelo CEP de onde moram, pela cor da pele e pelo testemunho do policial. Basta a cena: sujeito periférico, de cor preta. Se a polícia disser que ele é traficante com base em um objeto forjado, essa tese será facilmente aceita pela Justiça. É uma lei que dá muita liberdade para o policial e para o juiz.

Segundo Melo (2017), em resposta à Carta Capital sobre o que representa a condenação de Rafael a uma pena de mais de 11 anos de prisão, a socióloga Nathalia aduziu que:

Eu acho que é uma resposta simbólica de um campo conservador do Judiciário, como quem diz: ‘quanto mais vocês se mobilizarem para defender essas pessoas, mais dura será a nossa resposta’. Querem desencorajar a mobilização das organizações de direitos humanos em relação a este caso.

Nathalia, ainda, em resposta às perguntas: “De que forma a guerra às drogas atinge os moradores das periferias e os negros?” e “Você diria que o objetivo do sistema é exatamente esse, o de criminalizar os negros?”, feitas pela Carta Capital afirmou que:

Os crimes pelos quais os moradores das favelas respondem estão geralmente relacionados ao tráfico de drogas. É como se o tráfico estivesse restrito às regiões pobres do Brasil, quando na verdade a gente sabe que o consumo de drogas atinge todas as camadas sociais.

(...) É um instrumento de controle social das periferias. Aos olhos da sociedade e do Judiciário, qualquer periferia é uma região de tráfico, e é isso que está sendo reforçado todos os dias na televisão e nos meios de comunicação. A arbitrariedade da lei permite que todo mundo seja preso como traficante, inclusive quem não é sequer usuário.

(...) A Lei de Drogas também tem poucos critérios de diferenciação (*entre usuários e traficantes*), então se a pessoa é negra e pobre e está portando uma quantidade de droga, essa pessoa é traficante.

Difícilmente ela vai ser vista como usuário. Qualquer usuário na periferia tem medo de ser associado ao tráfico, porque isso é muito comum. É como se o olhar do juiz estivesse treinado para olhar para o sujeito que se encontra nessa situação como traficante. Está na periferia e tem droga? É traficante. É uma Justiça que reforça a segregação racial no Brasil. [...] Eu acho que existe uma parcela grande do Judiciário que acha que promover Justiça significa condenar pessoas ao regime fechado. Os juízes operam nessa lógica e proferem sentenças a cada 15 minutos, muitas vezes sem refletir sobre o caso, sem fazer uma análise. Os casos são pouco investigados, não há interesse em investigar, e as condenações são automáticas, mas ninguém problematiza a questão. Isso é omissão. Historicamente, o próprio sistema capitalista se estruturou nessa opressão dos corpos negros, que eram tratados como mercadoria. Enquanto a gente não tratar os negros como sujeitos de direitos em todos os países que utilizaram mão-de-obra escrava, eles automaticamente estarão vulneráveis à pobreza e à informalidade do trabalho e, por consequência, vulneráveis ao sistema de Justiça.

De acordo com Melo (2017), questionada sobre a influência da tornozeleira eletrônica usada por Rafael, no momento da prisão, a socióloga Nathalia, em resposta à Carta Capital, asseverou que:

A tornozeleira eletrônica tem servido para identificar quem a polícia pode abordar, e tudo isso reforça a narrativa de que um criminoso é irreversível. É a pena social perpétua. Mesmo antes da tornozeleira, quando os policiais abordavam alguém que já havia tido passagem pelo sistema de Justiça, a tendência era a pessoa reincidir, seja por um flagrante forjado ou outra coisa. O pensamento do policial é: 'você não é santo'. Então qualquer pessoa que tem passagem torce para nunca ser abordada pela polícia.

Conforme Melo (2017), ao ser questionada pela Carta Capital, sobre qual é a mudança mais urgente no Brasil (no que diz respeito às políticas de drogas e ao encarceramento em massa), a socióloga aduziu que:

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) divulgou recentemente um caderno com 16 medidas imediatas para reduzir o encarceramento no Brasil. Dessas 16 medidas, eu citaria como prioridade a proposta de não permitir condenações baseadas exclusivamente na palavra dos agentes de segurança, dos policiais, que são os responsáveis pela prisão do suspeito. Também é necessário que o tráfico de drogas não seja considerado crime hediondo. O fato de ser hediondo faz com que parte da pena tenha que ser cumprida em regime fechado, e isso faz com que muitos juízes já decidam pelas prisões provisórias.

De acordo com o site Justificando (2017), a libertação de Rafael Braga é uma exigência dos movimentos negros. O julgamento parcial tem sido intensamente criticado nas redes sociais e em vários seguimentos da sociedade.

Ainda segundo o site Justificando, durante o 23º Seminário Internacional de Ciências Criminais, que ocorreu em agosto deste ano, o ministro Rogério Schietti Machado Cruz disse estar preocupado com um regime que “contradiz sua função”, que não cumpre a “duração razoável da prisão preventiva” e transforma o garantismo penal em uma plena “utopia”. O mesmo diz se envergonhar por votar, sucessivas vezes, contra a concessão de HC.

Diante o exposto, cabe a indagação de qual seria a função do Processo Penal. De acordo com Neves (2014), o sistema processual penal que deve prevalecer em um Estado Democrático de Direito é aquele que está em harmonia com a Constituição Federal e busca salvaguardar os direitos fundamentais do acusado, que demonstra que o processo deve ser o equilíbrio do poder de punir do Estado.

Desse modo, conclui-se que a função do Processo Penal é assegurar os direitos e as garantias do acusado. Seria o Processo Penal um instrumento de proteção garantido ao cidadão em razão dos abusos punitivos do Estado? Rafael Braga se amolda como inimigo — de acordo com a teoria de Günther Jakobs — para o sistema penal brasileiro?

O caso em tela traz à tona várias reflexões necessárias, tais como: a seletividade do sistema penal brasileiro — em que o preconceito racial eclode como fator “X” para o etiquetamento em massa de jovens negros moradores de regiões periféricas — e a incompatibilidade do Código de Processo Penal com Constituição de 1988 (que parte do pressuposto garantista, que visa a efetivação dos direitos fundamentais).

## 2. DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo foi elaborada no ano de 1985 por Günter Jakobs. Essa, busca a separação dos indivíduos em cidadãos e não cidadãos, em que o primeiro tem suas garantias respeitadas e o segundo, por ser uma fonte de perigo ao Estado, tem suas garantias suprimidas e não é considerado como pessoa de direito. (JAKOBS, 2010).

Em sua primeira abordagem, Jakobs buscou tratar o tema de forma ampla e, apenas, descritiva, preocupando-se apenas em expor a ideia da teoria, trazendo, até mesmo, algumas críticas. Entretanto, posteriormente em 1999, passou a concentrá-la em função de crimes mais relevantes, como aqueles praticados contra os bens jurídicos individuais (atos de terrorismo). (MÉLIA, 2010; MORAES, 2010; PRITTWITZ, 2004).

### 2.1. DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS PRINCIPAIS CRÍTICAS

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria que valida a separação dos indivíduos em duas categorias. A primeira categoria seria a dos cidadãos — considerados como pessoas —, ou seja, os que oferecem garantias de cumprimento das leis. A segunda categoria seria a dos inimigos — considerados como “não pessoas” —, isto é, os que não guardam o ordenamento jurídico.

Em outras palavras, a Teoria em questão legitima a supressão das garantias dos “inimigos”, com o fundamento no contrato social de Rousseau. Logo, pelo fato de representarem uma ameaça constante ao Estado, deveriam ser neutralizados.

De acordo com Jakobs (2010), existem dois direitos penais: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. O primeiro seria destinado aos cidadãos (que são considerados como pessoas). Já o segundo, seria destinado aos inimigos (“não pessoas”). Isso porque, de acordo com o autor, os inimigos são indivíduos que não garantem, ao Estado, comportamento moral e adequado. Ou seja, garantias mínimas de comportamento aceitável, pois não respeitam o ordenamento

jurídico. Por esse motivo, são taxados como fontes de perigo para as sociedades, em virtude disso, devem ser combatidos.

Para Günter, a teoria é válida em virtude da manutenção do direito de segurança dos cidadãos e da necessidade de manter conservada a autoridade do Estado, que na maioria das vezes é posta à prova pelos inimigos. (JAKOBS, 2010).

Todavia, é imprescindível questionar-se se a construção teórica possui fundamento para ser introduzida na realidade de países democráticos, uma vez que, a mesma, entra em choque com o paradigma do Estado Democrático de Direito. (MÉLIA, 2010; MORAES, 2010; PRITTWITZ, 2004).

Jakobs entende que o Direito Penal do Inimigo é legítimo em um Estado Democrático de Direito, pois para ele, o ideal de igualdade deve ser suprimido em razão da segurança coletiva. É importante frisar que essa teoria surgiu em um contexto de Estado pós-moderno, em que os riscos atrelados a essa nova realidade poderiam ocasionar uma condição de vulnerabilidade social. (MORAES, 2010).

Jakobs (2010, p. 90) declara:

O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, contrata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva [...]. Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas [...]. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Para Jakobs (2010), o Direito Penal do Cidadão protege a efetividade da norma jurídica. Já o Direito Penal do Inimigo combate perigos. Ou seja, previne o dano à sociedade, afastando esse estado de insegurança trazido pelo inimigo.

Contudo, de acordo com Zaffaroni (2007), não é possível existir uma distinção entre cidadão (pessoa) e inimigo (não pessoa), porque o Estado não pode afastar os indivíduos de sua condição de pessoa, pois esta característica é uma qualidade intrínseca a todo ser humano.

Ainda de acordo com Zaffaroni (2007, p.18):

[...] a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o Direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é

considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoa) e inimigos (não pessoas) faz-se referência a seres humanos que são privados a certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas [...]

Para Zaffaroni (2007), o tratamento diferenciado empregado aos inimigos, que é defendido por Jakobs, não é legítimo. Isso porque a qualidade de pessoa independe da “graça” do Estado. Não é esse quem dita essa qualidade, pois o homem já nasce com ela (dignidade humana). Todo ser humano tem o direito a ter direitos. É impossível existir uma diferenciação entre cidadão (pessoa) e inimigo (não-pessoa), isso porque o Estado não pode privar os cidadãos à qualidade de ser pessoa, já que tal condição afronta a sua própria natureza de ser humano. Portanto, o direito em ser tratado como cidadão é um direito intrínseco e não um favor do Estado. Segundo Cabette (2012), um Estado que se auto intitule como Constitucional de Direitos Humanos não pode aceitar a existência e aplicabilidade de um mecanismo jurídico como o Direito penal do Inimigo, isso porque, tal estado, entraria em contradição com sua busca quanto ao desenvolvimento e plenitude da dignidade humana.

Entretanto, como justificção de sua teoria, Jakobs (2010) afirma que, em razão de ter burlado o contrato social e, conseqüentemente, não ser digno da confiança do Estado, o inimigo deve ter seus direitos e garantias reduzidos ou até mesmo suprimidos. Desta forma, o inimigo é, para Jakobs, todo aquele que reincida na prática de delitos ou que cometa crimes que ponham em risco a própria existência do Estado, ou seja, aquele que é considerado perigoso ou que não consegue provar ao Estado que sua liberdade não é um problema.

É importante ressaltar que o cidadão de Jakobs não é aquele que não comete crimes. Mas é aquele que, embora cometa crimes (com menor relevância social), ofereça garantias de obediência ao ordenamento jurídico, logo é caracterizado como alguém que praticou uma falha e que não delinque de modo reiterado. Ao contrário do inimigo que se auto excluiu, fazendo com que o Estado remova sua característica de pessoa, pois não garante à sociedade o comportamento do homem médio. (JAKOBS, 2010).

Sobre este apontamento, Jakobs (2010, p. 58) teoriza que:

Assim, a personalidade real, que rege a orientação, não é gerada pelo simples fato de ser postulada, mas sim, ao contrário, devem concorrer também determinadas condições. Por isso, a proposição “no Direito, todo ser humano tem o direito a ser tratado como pessoa” é incompleta. (...) Em consequência, a formulação correta da proposição é a seguinte: “todo aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade tem direito a ser tratado como pessoa”, e quem não aplicar esta proposição, será heteroadministrado, o que significa que não será tratado como pessoa. (*sic*).

De acordo com Jakobs (2003, p. 138), utilizando-se do contrato social de Rousseau, aduz que aquele que quer ser tratado como pessoa deve agir como pessoa (guardar as leis), e se o indivíduo não oferecer como garantia o cumprimento dos mandamentos legais, o direito penal passa a ser uma reação da sociedade ante o ato de um de seus membros para ser uma reação contra um inimigo. E, por essa razão, ações desmedidas — como supressão de garantias penais — são permitidas. De acordo com o que foi acima exposto, do ponto de vista de Jakobs (2003), pode-se concluir que o Estado é um acordo de pessoas (contrato) e a quebra desse se daria por determinadas transgressões contratuais, como, por exemplo, o delito. Ou seja, aqueles que cometem delitos estão transgredindo o acordo contratual, o que os torna inimigos e os fazem perder as garantias que possuíam.

Entretanto, segundo Cabette (2013), Rousseau designou o termo inimigo apenas para os adversários de guerra e não para o contexto amplo como fez Jakobs. Para Rousseau, a guerra é uma relação entre Estados e não entre homens, ou seja, a nomeação de um inimigo seria dada, restritamente, a um Estado.

Jakobs afirma que sua proposição possui um menor alcance em relação a proposta contratualista de Rousseau. Entretanto, Jakobs considera que o implemento de um direito penal diverso, fora dos limites do estado de guerra, é válido, levando em conta, apenas, o grau de perigo que o indivíduo possa representar. Ao contrário do contratualista que limita esse implemento de forma restrita ao contexto de guerra. (CABETTE, 2013).

Jakobs afirma que sua teoria tem um alcance menor do que a proposta do filósofo contratualista, entretanto, Jakobs admite a aplicação de um direito penal diverso até mesmo fora do estado de guerra, sendo necessária, apenas, a

periculosidade do indivíduo, ao passo que, Rousseau reduz esse alcance aos limites da guerra. (CABETTE, 2013).

Jakobs (2005, p. 45), prevendo as possíveis críticas, alude que demonizar o Direito penal do inimigo seria um ato incorreto. Isso porque tal atitude não contribuiria para a resolução do impasse em como tratar o não cidadão (o inimigo). O autor, ainda, utiliza uma ideia kantiana — de que deve existir a separação entre cidadãos com o objetivo de proteção frente aos inimigos — como forma de validar seu argumento.

De acordo com Zaffaroni (2007), Jakobs faz uso de sua teoria com o objetivo de tentar legitimar a forma de tratamento diferenciado ao inimigo deduzida por Hobbes e Kant (antiliberais). Porém, tal fato não é inerente a um Estado democrático de direito, pois, ao contrário do direito do inimigo, o real Estado democrático garante o direito a resistência diante da opressão.

É imprescindível pontuar que no meio jurídico essa teoria conta com um número muito menor de simpatizantes do que de críticos que a rejeitam por força de um Estado Constitucional de Direitos. No âmbito político, em contrapartida, há inúmeros admiradores que recorrem desses elementos do Direito Penal do Inimigo com o objetivo de obter aval em suas proposições políticas. Revestindo-se, dando nova aparência a teoria, de legitimidade ambígua. (CABETTE, 2013). O que nos revela a vulgarização da teoria do Direito Penal do Inimigo, uma vez que sua aplicação não alcança só a figura do terrorista — não que o terrorista deva perder suas garantias, ao contrário, seu valor humano é intrínseco, independe de suas condutas —, alcança, de igual forma, outros indivíduos que estão longe dessa perspectiva do terrorismo (Rafael Braga é um exemplo).

A segurança pública, em detrimento da remoção dos direitos individuais de um cidadão, não pode ser utilizada como mecanismo legitimador da causa, isso porque tal ação acarretaria na despersonalização da sociedade em geral, pois haveria uma discrepância nos tratamentos entre os indivíduos, além, de gerar um maior nível de repressão para aquele que for enquadrado como inimigo. (ZAFFARONI, 2007).

É indiscutível que, desde o surgimento do Direito Penal, o caráter punitivo sempre foi um ponto bastante questionável. E, tratando-se do século XXI, a teoria de Jakobs demonstra enorme retrocesso.

A ideia de Jakobs se tornou mais familiar aos estudiosos e profissionais do direito após os ataques terrorista às torres gêmeas em Nova York, EUA. Diante do cenário de medo e em decorrência do aumento das tragédias terroristas, várias pessoas passaram a aceitar a teoria de Jakobs. (MÉLIA, 2010; MORAES, 2010; PRITTWITZ, 2004).

O estado de medo e comoção, a qual se encontrava a sociedade mundial, acabou dando abertura para que a teoria de Jakobs ganhasse legitimação até mesmo em países democráticos, porque o cenário de insegurança se findou na construção do Direito Penal do Risco, o qual se adere aos mecanismos expansivos para o combate à criminalidade organizada, ao terrorismo, ao tráfico de entorpecentes e a corrupção. E com isso, nota-se que esse Direito Penal do Risco foi moldado a partir da ameaça à segurança pública, fazendo com que o ideal de segurança seja sobreposto ao de igualdade. Deste modo, a prevenção social positiva enrijece os valores sociais em prol da manutenção da harmonia social evitando, assim, que essa entre em colapso. (MORAES, 2010).

A ideia do Direito Penal do Inimigo foi concebida a partir da conjectura do funcionalismo sistêmico e a prevenção geral positiva, isto é, a segurança social é elevada ao topo, ao passo que os direitos individuais são colocados reduzidos de forma bastante significativa. (MORAES, 2010).

O funcionalismo é uma teoria demasiadamente pragmática, que afirma que o Direito Penal é uma estrutura que necessita proteger a aplicabilidade e efetividade do sistema social e subsistemas. De acordo com Jakobs, o fato de algumas pessoas descumprirem as leis demonstrando, assim, sua deslealdade ao ordenamento jurídico, acaba justificando a separação de indivíduos (cidadão e inimigo). (MORAES, 2010).

Jakobs adere a teoria do funcionalismo sistêmico. O referido aludi que a prevenção geral positiva opera de forma preventiva ao manter a força da aplicação da norma. Isso porque a pena tem missão de tornar válida a mesma. (JAKOBS, 2010).

A teoria de Jakobs coloca o indivíduo mais na seara das responsabilidades do que na seara de direitos. Ou seja, a pessoa para ele é um sujeito que tem responsabilidades para com o Estado. Isso significa que o conceito de pessoa é uma construção social e não algo intrínseco posto pela natureza. Logo, Jakobs aduz que nem todo ser humano é pessoa de direitos. (MORAES, 2010).

É importante ressaltar que, a partir do que foi exposto, a aplicação da política criminal punitiva (Direito Penal do Inimigo) não é capaz de diminuir os índices de criminalidade e, por essa razão, não deve ter credibilidade. (Amaral, 2010; MELIÁ, 2010; ZAFFARONI, 2007).

Infere-se que o Direito Penal do Inimigo se manifesta como uma medida de exceção e, por esse motivo, não possui validade para ser intitulada como Direito Penal. Da mesma forma que a utilização do título Direito Penal do Cidadão é desnecessária, pois todo direito penal é do cidadão, já que esse atua em prol do cidadão, garantindo-lhe a efetivação e proteção dos seus direitos. (MELIÁ, 2010).

Segundo Zaffaroni (2007), as Constituições democráticas preveem o Estado de Exceção em casos de crise, esse controle é limitado pela própria Constituição. Deste modo, não se faz necessário o Direito Penal do Inimigo, porque as Constituições Federais já antecipam instrumentos próprios para casos excepcionais, tais como o estado de sítio e a guerra. O referido autor demonstra a desnecessidade da teoria de Jakobs, em razão de ser uma medida extrema, não podendo ser usada em tempos normais.

Segundo Batista (2004), O Direito Penal é legislado para cumprir e exercer funções concretas dentro e para uma sociedade que se formou de forma determinada. Conforme o autor, não é possível legitimar a teoria do Direito Penal do Inimigo. Isso porque a teoria se baseia no risco, não podendo, desse modo, aferir a figura do inimigo. Ou seja, em razão da seleção do inimigo ser uma incógnita — não podendo ser aferida com clareza e segurança.

Ainda segundo o autor, o Direito Penal resultante da sociedade de risco pode ser delineado pela exarcebção da criminalização das condutas e por intermédio da multiplicação de novos bens jurídicos coletivos. Com o crescimento dos crimes de perigo — crimes de perigo abstrato que se sobrepõem aos crimes de perigo concreto — os problemas se concentram em como apontar com precisão quem é o

verdadeiro inimigo, em que irá taxar essa não pessoa e porque esse irá perder seu status de cidadão. Pois não se pode aferir que o objetivo dessa separação ser em prol da eficiência punitiva. Isso porque o Direito Penal do Risco não combate à criminalidade. (BATISTA, 2004).

Ante ao exposto, ficou clara a ilegitimidade da teoria do Direito Penal do Inimigo, uma vez que ela prega uma forma discrepante de tratamento para os cidadãos, se aproximando dos modelos utilizados por Estados Totalitários, já que há a perda de garantias constitucionais dos “não cidadãos”, o que contraria os ditames garantistas das constituições democráticas de direito, além, do ideal de efetivação dos direitos defendidos pela Democracia Moderna.

## 2.2. DO GARANTISMO PENAL E DA CRÍTICA DE FERRAJOLI AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O garantismo penal é uma teoria penal e processual penal desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli. Ela tem por escopo a limitação do poder punitivo estatal, a qual busca reduzir ao máximo este poder e garantir maior liberdade ao cidadão. Esse propósito baseia-se no pensamento iluminista. (NOVELLI, 2014).

Ferrajoli (2010, p. 785-786) conceituando sua teoria aduz:

Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

O garantismo penal constitui uma teoria jurídica de “validade” e da “efetividade” como espécies diversas não só entre si, mas, de igual modo, pela existência ou “vigor” das normas. Nessa perspectiva, a palavra garantismo indica uma proximidade teórica que mantém afastados o “ser” e o “dever ser” no direito. Também coloca como problemática teórica central a divergência existente nos ordenamentos

complexos entre modelos normativos e práticos operacionais. Essa desarmonia entre normas “válidas” e “vigentes” e “eficazes” foi chamada de “juspositivismo dogmático” (FERRAJOLI, 2010, P. 786).

Trazendo uma nova definição, a partir da filosofia do direito e da análise da política, Ferrajoli (2010, p. 787) diz:

Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo

Assim, o termo garantismo abarca três diferentes conceitos: o modelo normativo de direito (em que é garantista o sistema penal que garante um Estado de Direito), a teoria jurídica crítica (oposta ao positivismo dogmático que traz a distinção entre normatividade e realidade) e filosofia política (que ordena ao Direito e ao Estado o dever de justificação externa baseada na proteção dos bens e direitos individuais). (FERRAJOLI, 2010).

Diante de inúmeros conceitos acerca da teoria garantista, pode-se resumi-la como uma política criminal em que vigora a mínima intervenção estatal no processo normativo punitivo, fundamentando-se na validade da norma e na sua efetividade. Operando como uma filosofia política externa que confere ao Direito e ao Estado o dever de buscar a finalidade da norma penal. (NOVELLI, 2014).

É importante mencionar que Ferrajoli apresenta sua teoria como um freio ideológico para atuação violenta do Estado ao retirar do cidadão sua liberdade, pois, ao por essa limitação (freio), está buscando a aplicação do direito penal como uma última alternativa. Ou seja, o Estado deve exercer seu poder punitivo como uma *ultima ratio*. garantindo, desse modo, maximização das garantias e liberdades do cidadão. (NOVELLI, 2014).

O fundamento da teoria garantista se encontra no Estado Democrático de Direito. Essa definição garantista quer dizer: proteção naquilo que

está positivado (escrito no ordenamento jurídico), isto é, direitos e deveres conferidos aos cidadãos pelas constituições. (FERRAJOLI, 2010).

De acordo com Ferrajoli (2010), o Garantismo Penal é uma linha ideológica que diverge de teorias que são coniventes com a supressão de garantias penais. Para o autor, o direito penal é um instrumento de defesa contra os abusos do estado e, por essa razão, rejeita a teoria do Direito Penal do Inimigo. Uma vez que essa busca legitimar e ampliar as práticas violentas do Estado contra os indivíduos fugindo de toda a evolução do direito penal que tem por base evolutiva a ampliação das liberdades. Ou seja, o garantismo penal não busca apenas proteger os direitos dos cidadãos, mas, também, limitar o Estado com barreiras garantistas, em razão da estrutura dogmática tradicional do Estado, a qual consiste na faculdade de criar o Direito.

O garantismo penal se configura como uma forma equilibrada entre o poder de punir do Estado e os direitos individuais do cidadão. Caracteriza-se por um minimalismo penal, o qual compreende a necessidade do direito penal, mas, em contrapartida, entende que há uma relevância maior de impor freios nessa capacidade punitiva.

Esses freios (limitações) se dão a partir de técnicas (axiomas de minimização) que irão ser utilizadas para reduzir o poder estatal que garantirão equilíbrio. Esses axiomas são: Princípio da Retribuição (*nulla poene sine crimine*), o qual diz que não há pena sem crime; Princípio da Legalidade (*nullun crimen sine lege*), o qual pressupõe que não há crime sem lei; Princípio da Intervenção mínima (*nulla lex poenalis sine necessitate*), o qual diz que não há lei penal sem necessidade; Princípio da Ofensividade (*nulla necessitas sine injuria*), o qual diz que não há necessidade sem injúria, isso quer dizer que não há crime sem que haja uma lesão; Princípio da Materialização do Fato (*nulla injuria sine actione*) que diz, basicamente, que o direito penal é do fato e não do autor; Princípio da Culpabilidade (*nulla actione sine culpa*), o qual aduz que não há ação sem culpa, reprovação da conduta, que limita a pena a ser aplicada; Princípio da Jurisdicionalidade (*nulla culpa sine iudicio*), o qual aduz que não há culpa sem sentença, ou seja, um órgão imparcial, diferente do acusatório; Sistema Acusatório (*nullum iudicium sine accusatione*), o qual diz que não há sentença sem acusação, visa a separação do sistema de acusação, defesa e julgamento, o que

garante um julgamento imparcial e justo; Princípio do Ônus da Prova ( *nlla accusatio sine probatione*), o qual aduz que não há acusação sem provas e quem alega é quem tem que provar; Princípio da Ampla Defesa (*nulla probatio sine defensione*), o qual aduz que não há prova sem defesa. (FERRAJOLI, 2010).

Os 10 axiomas, acima citados, são uma forma de equilibrar o poder de punir do Estado por meio de limitações. Isso significa que o mesmo pode exercer seu poder estatal, mas deverá resguardar certas garantias do indivíduo. Ou seja, o cidadão poderá ter sua liberdade restringida. Contudo, antes disso, o Estado deverá zelar pelo cumprimento do devido Processo Legal.

Diante o exposto, é possível vislumbrar a incompatibilidade da teoria do Garantismo Penal com o Direito Penal do Inimigo, pois a primeira é contrária ao direito penal do risco, o qual busca o processo penal e direito penal como meios de proteção do Estado a despeito das garantias e dos direitos individuais. Já a segunda tem como pilar de sustentação o direito penal do risco, o que para Ferrajoli se configura como uma grande violação do Estado Democrático de Direito, uma vez que relativiza e/ou até mesmo retira as mais essenciais garantias, tais como: ampla defesa, contraditório e presunção de inocência. Ou seja, a garantia de um devido processo legal. (FERRAJOLI, 2010).

### 2.3 A DIGNIDADE HUMANA DO INIMIGO

O princípio da dignidade humana está disposto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, esse é o fundamento do Estado Democrático de Direito. Sobre esse princípio, Ingo Wolfgang SARLET (2002, p. 68) destaca:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

A dignidade humana é algo inerente ao homem, ou seja, é um atributo natural e intrínseco ao ser humano, sendo, apenas, garantido pelo Direito, uma vez que o Direito não cria o referido princípio, pois sua existência é anterior ao Estado. Isto é, a dignidade humana não é construída pela sociedade, nem é dependente das características do cidadão, é um elemento objetivo e indisponível desse. (BARROSO, 2010, p. 22).

De acordo com Barroso (2010, p. 22), a dignidade humana não pode ser suprimida e não deixa de ser garantida mesmo diante do comportamento indigno do indivíduo, independe, até mesmo, da razão.

Nesse sentido, Reale (1999, p. 210-2014) declara que o homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com sua valia. Todos os valores do Direito existem em função do homem e não o contrário. Além disso, o autor aduz que a dignidade da pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores e esse não compartilha da ideia de que a essa seja uma construção histórica da sociedade, como defendido por alguns autores. O valor humano é o norte desse princípio, é esse valor que torna os indivíduos dignos mesmo que não tenha uma sociedade organizada ou que o próprio indivíduo não tenha consciência de seu valor humano.

De acordo com Barroso (2010, p. 15-16), Kant discorre que o homem é o único ser dotado de razão e, por esse motivo, tem autonomia para discernir o que é certo e errado, devendo domar seus instintos e agir de forma correta e idônea. Essa dignidade, característica natural do homem, é fundamentada a partir da autonomia do homem.

Sobre essa premissa kantiana, Barroso (2010, p. 17-18) sustenta que o ser humano é livre e único, não podendo ser coisificado ou ser substituído por outra coisa equivalente. Ou seja, o homem existe como um fim em si mesmo, não como meio para garantir qualquer outra coisa e, por esse motivo, é uma pessoa e deve ser tratado como tal, isso limita todo arbítrio do Estado, o qual não poderá reduzir a dignidade humana com o fundamento no interesse público, como pregam as concepções utilitaristas.

Isso implica dizer que, por exemplo, não se pode suprimir garantias penais e processuais do Inimigo para dar uma resposta às pretensões sociais de maior rigor nas punições e redução da criminalidade. Pois o Inimigo, por ser pessoa humana, não pode ser tratado como meio de satisfação desses anseios, contudo, sempre deve ser tratado como fim em si mesmo, seja em face do Estado ou em face de outras pessoas.

Sobre isso podemos afirmar que, até mesmo, o inimigo tem valor intrínseco, devendo, por essa razão, sua condição de pessoa humana ser respeitada. Para que isso ocorra, o Estado Democrático de Direito deve, em sua essência, ser instrumento capaz de afastar qualquer tentativa de desvalorização e coisificação dos indivíduos, garantindo a todos direitos básicos e necessário como a vida, liberdade, integridade física, reduzindo ao máximo os abusos punitivos do Estado.

Diante do exposto, pode-se concluir que a Teoria do Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que o princípio da dignidade humana é o norte desse Estado de Direito e a referida teoria busca a relativização ou até mesmo a supressão desse princípio fundamental.

### 3 RAFAEL BRAGA COMO INIMIGO DO DIREITO PENAL

Quando se fala em inimigo do direito penal a primeira coisa que vem à cabeça é figura do terrorista, no entanto, o inimigo da perspectiva brasileira se afasta dessa figura e se aproxima da figura do jovem negro, pobre e residente de periferia.

#### 3.1 RAFAEL BRAGA, O ROSTO DO INIMIGO

O caso Rafael Braga é um exemplo real de que teorias como a do Direito Penal do inimigo podem levar a abusos punitivos. É importante ressaltar que a referida teoria não afeta somente as garantias do suposto inimigo, afeta, também, a de todos os outros cidadãos em razão da impossibilidade do Estado em identificar quem é o inimigo. Logo, pode ser utilizada por interesses próprios para crimes como genocídio. (ZAFFARONI, 2007). Por exemplo, os judeus foram vítimas de teorias como essa, em a obra “teologia política” de Carl Schmitt que justifica um Estado de exceção propriamente dito. Essa teoria é bastante polêmica em razão da classificação de amigo e inimigo, em que o amigo eram os alemães e o inimigo os judeus e outras minorias.

É importante esclarecer que o escopo dessa pesquisa não é apoiar a ideia de que a figura do terrorista merece um tratamento excepcional, desumano e privado das mais essenciais garantias. Tendo em vista que, até mesmo, o terrorista, sendo pessoa humana, possui direitos que são inerentes a ele e que não podem ser retirados por quaisquer argumentos.

Sobre isso, (CALLEGARI & DUTRA 2007, p. 439) aduz:

Por mais grave e desumana que tenham sido a conduta de um infrator, a ninguém, nem ao Estado é permitido tratá-lo como um ser desprovido dos mais elementares direitos. A partir do momento em que permitirmos essa violação com justificção excepcional estaremos abrindo perigoso precedente para que outras restrições venham a ser feitas, sempre com a justificativa de proteção dos cidadãos.

O caso Rafael Braga ficou em evidência em razão das absurdas tentativas do sistema em enquadrá-lo como inimigo. O drama de Rafael ganhou notoriedade quando militantes do movimento negro, especialistas processuais e

profissionais das mais diversas áreas, saíram em defesa do mesmo apontando falhas em suas prisões — por porte de “artefatos explosivos” (pinho sol e cloro) e por tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas —, em que constataram parcialidade no processo que o condenou.

A etiqueta de inimigo dada a Rafael Braga ficou clara em sua primeira condenação, pois o mesmo foi o primeiro e único das chamadas de junho sentenciado e condenado a cinco anos de prisão enquanto outras pessoas — em sua maioria, brancas de classe média — foram soltas em seguida para responder ao julgamento em liberdade, o que demonstra a aplicação de um direito penal diverso para Rafael, o qual seja, o direito penal do inimigo, enquanto para as outras pessoas (manifestantes) foi aplicado o direito penal do cidadão. Isso porque Rafael foi o único — mesmo não estando nas manifestações e portando apenas produtos de limpeza (que de acordo com o laudo definitivo da Polícia Civil tinha uma mínima potencialidade explosiva, para não falar zero) — a ser preso e condenado, configurando, assim, uma forma seletiva de tratamento. (VIEIRA,2017).

Mesmo tendo a presunção de inocência como garantia processual e a falta de justa causa a seu favor, Rafael se quer pôde responder ao julgamento em liberdade (o que foi garantido aos manifestantes). Aqui se traduz um direito penal do autor, pois Rafael não foi julgado pelos fatos que supostamente cometeu e sim por ser preto e pobre, uma das principais características para se tornar inimigo do direito penal brasileiro.

Para o Direito Penal do Inimigo é aceitável as garantias de Rafael serem suprimidas, pois o sistema penal brasileiro o vê como um inimigo — acredita que o mesmo não oferece garantias de comportamento moral, por ser uma “ameaça” constante ao Estado, não sendo confiável (por esse motivo não pôde responder ao processo em liberdade ao contrário dos manifestantes).

Veja-se o trecho da sentença que condenou Rafael por terrorismo:

Trata-se de ação penal na qual se imputa ao acusado a prática de porte de aparato incendiário ou explosivo, já que nos termos da denúncia foi detido em um dia de manifestações populares em prol das melhorias dos serviços públicos, na posse de dois artefatos incendiários em suas mãos, contendo substância inflamável com pedaços de panos presos em seu bocal, na forma de ‘coquetel molotov’.

Mesmo tendo o laudo da Polícia Civil ao seu favor, Rafael foi covardemente condenado, houve um processo ambíguo que não respeitou a veracidade dos fatos. Pois o argumento principal da condenação foi que ele utilizou os materiais de limpeza para fabricação de coquetel molotov, mesmo que o laudo apresentado trouxesse resultado diverso desse argumento. Ele foi etiquetado como inimigo pelo simples fato de ter as características criminalizantes que a polícia, eivada de preconceito, insiste em classificar as pessoas.

Não há justificativa processual cabível que possa explicar tal arbitrariedade do Estado, pois Rafael foi preso com produtos de limpeza (pinho sol e água sanitária) e tinha uma prova contundente ao seu favor (laudo da polícia civil). Além disso, declarava-se inocente a todo instante. Ou seja, tudo corroborava a favor do mesmo, o que não corroborou foi o fato de ele está no lugar errado e na hora errada.

De acordo com que foi exposto acima, Djamila Ribeiro aduz que: “O caso de Rafael Braga é a prova do projeto ideológico do Estado brasileiro de super encarceramento e autoritarismo”.

Para o sistema penal, a liberdade de Rafael Braga é um risco e por isso suas garantias são relativizadas. A sua periculosidade é medida pela sua cor e classe social. Caso fosse um rapaz branco, bem vestido e portando produtos de limpeza, a polícia enxergaria o óbvio. Mas, como é um rapaz negro e morador de rua, são criadas as mais mirabolantes destinações aos produtos de limpeza, mostrando, deste modo, o empenho em condena-lo, o apontando-o como inimigo.

Para o inimigo, a suspensão dos direitos, em especial o direito constitucional, já para o cidadão (de acordo com o caso em tela os manifestantes), principalmente se este for branco e de classe média, o tratamento é outro, o Estado é benevolente.

Nas duas condenações, Rafael foi condenado apenas com base em depoimento policial, o que é contrário a Constituição Federal de 1998, pois tal condenação é imparcial. Uma vez que se trata de prática inquisitorial em que tal depoimento é sujeito a vícios e, por essa razão, merecia cautela por parte dos juízes — o que não aconteceu no caso concreto. Vale ressaltar que avaliar somente os

depoimentos dos agentes, ocasionou em violação do direito ao princípio da inocência, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, já que Rafael é o elo mais fraco dessa relação e sua única forma de provar sua inocência foi suprimida.

De acordo com a revista Consultor Jurídico (2017):

Tanto o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) quanto o juiz da Vara de Execução Penal de Manaus, **Luís Carlos Valois**, em sua tese de doutorado na mesma instituição, verificaram o percentual de 74% de autos de prisão em flagrante sem a palavra de testemunhas que não os policiais envolvidos .

O mais intrigante é que desse número acima exposto, por volta de 91% dos processos decorrentes dessas detenções acabam em condenação, o que demonstra a vulnerabilidade daquele que está sendo acusado somente com base em depoimento policial e o uso desse tipo de prova como regra, que deveria ser a exceção da exceção, pelos magistrados sem o mínimo de cautela. (CONSULTOR JURÍDICO, 2017).

De acordo com o advogado Antonio Pedro Melchior (2017), apenas o depoimento policial para formar o *opinio delicti*:

viola o processo penal brasileiro, pois testemunhas precisam ser “pessoas desinteressadas com o mérito do julgamento”. Policiais que prendem ou atuam na investigação de alguém obviamente não se enquadram nessa definição, interessados que estão na defesa da legalidade e correção da própria ação. Mas essa violação é regra no Brasil, sempre que a repressão se dirige aos pretos e pobres, os marginalizados em geral.

Na condenação por tráfico de drogas, o encaixe do inimigo, também, foi fácil de vislumbrar, pois mais uma vez as garantias de Rafael foram suprimidas, tornando a absolvição do mesmo quase impossível. Com menos de um mês de liberdade, Rafael foi abordado violentamente pela polícia quando estava a caminho da casa de sua mãe até a padaria. Mesmo tendo sua vizinha como testemunha — a qual, em depoimento, afirmou que Rafael no momento da abordagem não estava com nada nas mãos —, foi condenado com base, apenas, no depoimento dos policiais, ainda tendo, em seu favor, uma testemunha ocular.

O depoimento da testemunha não foi levado em consideração, pois segundo o magistrado Ricardo Coronha:

[...] as declarações da testemunha Evelyn Barbara, arrolada pela Defesa do réu, visavam tão somente eximir as responsabilidades criminais do acusado RAFAEL BRAGA em razão de seus laços com a família do mesmo e por conhecê-lo 'por muitos anos' como vizinho.

O magistrado ainda completou: “[...] Nos depoimentos policiais acima mencionados, nada há que elida a veracidade das declarações feitas pelos agentes públicos que lograram prender o acusado em flagrante delito”.

Vejamos o que dispõe o artigo 155 do código de Processo Penal:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690.2008).

O magistrado aduziu que o depoimento policial pode ser usado de forma isolada, pois o posicionamento da jurisprudência e da doutrina é favorável. Porém, é importante ressaltar que quando há somente o depoimento policial, essa valoração deve ser em caráter excepcional e motivada.

A CF de 1988 contempla em seu artigo 93, IX, a exigência da fundamentação das decisões dos juízes. Veja-se:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

É importante questionar-se que se o depoimento dos agentes que prenderam Rafael Braga fosse suficiente para condená-lo, qual a razão de haver uma ação penal, se é apenas a palavra de Rafael contra dos agentes? Porquanto é nítido que esses são imparciais, já que são interessados em condenar Rafael e, por essa razão, o magistrado deveria, ao valorar a prova, ter a máxima cautela, o que

não restou frutífero, pois esse rejeitou a única prova que Rafael tinha a seu favor. É flagrante o desequilíbrio das armas, essa disparidade, em que o elo mais fraco sempre será o acusado, é causa violadora do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

De acordo com o professor Aury Lopes Junior “o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual.” (LOPES JUNIOR, 2010, p. 12).

Ainda de acordo com o professor Aury Lopes “o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.” (LOPES JUNIOR, 2010, P. 58).

Por que razão o magistrado não considerou a testemunha de defesa de Rafael? Djamila Ribeiro ajuda a responder esta indagação, quando afirma que:

[...] A sentença demonstra que existe um tribunal racial com o objetivo de criminalizar pessoas negras, uma vez que palavras de policiais absolutamente questionáveis por todos os pontos de vista prevalecem sobre a de Rafael e da testemunha ocular. O que fundamenta essa diferença de credibilidade é o racismo.

A desproporcionalidade na segunda condenação de Rafael é, também, vislumbrada, pois o mesmo foi condenado a mais de 11 anos de prisão por tráfico e associação para o tráfico por, supostamente, ter sido flagrado na posse de 0,6g de maconha, 9,3g de cocaína e um rojão — quantidade e circunstâncias desfavoráveis para aplicação do artigo 33 da Lei 11.343 (lei de drogas). A pena mínima do tráfico de drogas é de 5 (cinco) anos, as circunstâncias do fato permitiria à aplicação da pena no mínimo legal — a pequena quantidade de droga é circunstância favorável mais flagrante, sem contar a insuficiência de provas —, contudo, Rafael recebeu uma pena demasiadamente desproporcional.

Caso Rafael fosse filho de uma desembargadora, branco e de classe média, com uma grande probabilidade ele não seria condenado com uma pena desproporcional (mesmo sendo, a quantidade de drogas, relevante), podendo, inclusive, o crime de tráfico ser desclassificado para o crime de uso (disposto no artigo 28 da mesma Lei).

Caso Rafael Braga fosse reconhecido como cidadão, seria absolvido por falta de provas, O princípio do “*in dubio pro reo*” seria aplicado. Contudo, Rafael é visto como um inimigo, tido como um ser perigoso para o sistema e sua liberdade é uma afronta à garantia da ordem pública.

Em razão disso, Rafael sofreu todos os abusos do poder punitivo, sem que suas garantias constitucionais e processuais fossem observadas. Isso mostra que justificar posições como de Jakobs é perigoso, principalmente, para aqueles que estão submetidos aos estigmas sociais e morais. (ZAFFARONI,2007).

Rafael sofreu uma violência muito grande por parte do Estado. A sua liberdade foi retirada por meio de um processo dúbio, pois o mesmo foi condenado por ser pobre e negro, ou seja, não se tem outra explicação coerente para prender alguém por porte de cloro, pinho sol e algumas gramas de drogas (uma quantidade bem menor do que fora encontrada em um helicóptero no Espírito Santo, cujo o processo fora arquivado). Após a análise, o magistrado chegou à conclusão que Rafael cometera crime de associação para o tráfico simplesmente por ser oriundo de favela (ou seja, criminalização da pobreza).

O magistrado agravou a situação de Rafael simplesmente porque ele era morador de favela, e por essa razão, por simples convicção, entendeu que por isso fazia parte de uma associação para o tráfico.

A teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, como demonstrado, não se aplica somente em casos de terrorismos, podendo ser usada como uma ferramenta ideológica que justifica os processos criminalizantes eivados de ódio e preconceito.

### 3.2 RACISMO E SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Pela simples leitura do artigo 5º da Constituição Federal de 88, pode-se dizer que todos são iguais perante a lei. Ou seja, o tratamento é igualitário, independente de classe social, cor, credo, sexo e etc., entretanto, essa igualdade é simplesmente formal, o que nem sempre tem aplicação prática.

Vejam os que aduz o artigo 5º da Constituição Federal de 88:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte

Os processos de criminalização são altamente seletivos e discriminatórios, esse fato desconstrói a ideia de igualdade, uma vez que o sistema penal brasileiro utiliza como forma de controle social, desde a confecção das leis à sentença que condena, tais processos discriminatórios e seletivos.

No Brasil, as pessoas são condenadas não pelos atos que cometem, mas pelo que são, o que caracteriza um direito penal do autor, que legitima as mais absurdas violações de direitos humanos. Sobre isso lecionam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar:

além dessas formas tradicionais e puras, porém integrando-as e complementando-as com um conjunto de presunções, encontra-se o novo direito penal de autor que, sob forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento. Em algum sentido, tal direito tende a incorporar uma matriz de intervenção moral, análoga à legislação penal das origens da pena pública, com o acréscimo inconveniente de presumir dados subjetivos, a partir da afirmação de que a responsabilidade provém de processos de imputação objetiva baseados em expectativas normativas, e não em reais disposições intelectivas internas do sujeito que atua. Esta orientação culmina com o retorno à presunção do dolo, através da chamada normatização, que prescinde da vontade real. (2003, p.133).

O caso de Rafael Braga confirma essa narrativa, a qual seja o etiquetamento de bandido pelas características subjetivas, pois nas duas condenações, o conjunto probatório é deficiente e a única justificativa para sua prisão é o racismo, tendo em vista a falta de justa causa para justificar sua prisão e a desproporcionalidade da pena. Além disso, o magistrado Ricardo Coronha, condenou Rafael ao crime de associação para o tráfico de droga pelo simples fato do mesmo morar na favela e entender que se Rafael mora na favela, necessariamente, ele faz parte de alguma associação com fins de traficância. Ou seja, não poderia ser traficante na favela cruzeiro se não fosse por meio de alguma

associação criminosa como, por exemplo, o Comando Vermelho. O juiz não tinha provas, mas sim convicções e a lógica da etiqueta do policial que seleciona pelo CEP ou pelo tom de pele.

O lamentável é que uma pessoa foi condenada a mais de 11 anos de prisão, com uma quantidade ínfima de drogas, por causa da convicção do magistrado em entender que todo negro que traga consigo drogas é traficante associado ao tráfico, o que agravou, significativamente, sua pena.

O caso Rafael Braga traz vários questionamentos necessários, uma vez que vivemos na falsa democracia racial brasileira, que diz que os brasileiros vivem em pé de igualdade, o que não é verdade. Isso porque, a poluição negra é a que mais sofre com os processos discriminatórios (desigualdade social, encarceramento em massa da população, falta de oportunidades, racismo etc.).

De acordo com Flauzina (2006), para além da aplicação da pena, o foco do sistema está voltado, em primeiro plano, para o controle, a gerência do modo de vida dos segmentos mais vulneráveis.

Zaffaroni (2001, p. 22-23) explica:

Na realidade social, o verdadeiro e real poder do sistema penal não é o poder repressor que tem a mediação do órgão judicial. O poder não é mera repressão (não é algo negativo); pelo contrário, seu exercício mais importante é positivo, configurador, sendo, a repressão punitiva apenas um limite ao exercício do poder.

De acordo com o site Carta Capital (2018), segundo os dados atualizados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen), divulgados pelo Ministério da Justiça, a população carcerária negra é de 64%. Tais dados elucidam que o judiciário exerce uma forma de seleção penal prejudicial à população negra, a qual é o principal alvo, sofrendo, deste modo, com os processos criminalizantes. Essas informações foram baseadas nos dados de cerca de 493 mil presos em que 72 % da massa carcerária brasileira são negros.

Ainda de acordo com o site Carta Capital (2018), outras pesquisas indicaram a seletividade penal. No ano de 2014, a pesquisa “A aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil” do Ipea, mostrou que o endurecimento da Justiça Criminal com os negros é maior que com os brancos. Porquanto segundo a pesquisa, os brancos têm mais acesso a penas alternativas, já os negros têm maior

probabilidade de irem para prisão, não tendo essa “regalia” das medidas diversas da prisão.

Esse estado de exceção não suspende temporariamente os direitos e as garantias dessas pessoas, as violações acontecem o tempo todo e, o que era para ser um estado de exceção, torna-se regra.

De acordo com Flauzina (2006) Os dados da vitimização juvenil negra, evidenciam o caráter preciso da instrumentalização do sistema penal na produção do extermínio desse contingente populacional.

De acordo com Zaffaroni, em entrevista ao site Conjur (2009), questionado para que serve o direito penal respondeu:

A função do Direito Penal, hoje e sempre, é conter o poder punitivo. O poder punitivo não é seletivo do poder jurídico, e sim um fato político, exercido pelas agências do poder punitivo, especialmente a polícia. Não estou falando da Polícia Federal ou da que está na rua e sim de todas as agências policiais, campanhas de inteligência, arquivos secretos, polícia financeira, enfim, agências executivas. Essas agências têm uma contenção jurídica que é o Direito Penal.

O Estado se mantém inerte porque na periferia o que vigora é o estado de exceção, onde Constituição, com todo o ideal de igualdade pregada pelo artigo 5º, não chega. E, aquela mesma polícia, solícita em bairro de rico, chega na periferia com outra face, desconhecendo qualquer direito ou garantia, selecionando jovens, como Rafael, já bastante estigmatizados pela pobreza, pela falta de oportunidade e por todo racismo estrutural que os privam de viver com dignidade ou até mesmo de viver.

Segundo o site Carta Capital (2014):

Negros são maioria no país e, em disparada, a maior população carcerária. São vítimas de um genocídio perene e banalizado. Vivem em favelas e periferias em condições subumanas. O acesso ao serviço público é ruim. Diariamente, são agredidos pelo Estado de farda e por uma mídia fascista.

Negros e negras sofrem com ataques racistas há gerações. Já passou do momento de acontecer, no mínimo, uma reparação integral. A estigmatização é uma arma muito poderosa, pois fortalece o preconceito, baixa a auto-estima de um povo e minimiza os efeitos de uma diáspora.

Enquanto os efeitos colaterais do racismo institucional aumentam, práticas que transgridem leis e violam direitos humanos parecem não causar indignação e colocam em questão a atuação da justiça quando se trata de negro e pobre. Racistas não prendem racistas a não ser para salvar o próprio racismo.

De acordo com Djamila Ribeiro, em entrevista ao site Combate ao Racismo Ambiental (2016):

[...] A gente já nasce numa sociedade que tem uma hierarquia de humanidade em que, se você é negro, vai ser tratado de um jeito, se é branco, vai ser tratado de outro. A sociedade já estabelece essas construções para nós e vamos assimilando isso, internalizando e aceitando como verdade. Ninguém nasce odiando ninguém, a gente aprende a odiar. A [filósofa americana] Judith Butler [uma das principais teóricas do feminismo contemporâneo] fala que há vidas que foram construídas para não importar. A vida negra foi construída para não importar, tanto que o assassinato de cinco jovens negros no Rio de Janeiro com 111 tiros, o que é um absurdo, uma atitude terrorista, não causa tanta comoção quanto uma pessoa branca esfaqueada num bairro nobre, porque a vida negra não importa tanto quanto a branca.

Dizer que a poluição negra é a que mais sofre com o encarceramento em massa, não significa dizer que só os negros que cometem crimes no Brasil. Demonstra, tão somente, que há um foco da policial na população negra e, da mesma forma, em determinados crimes, como aqueles que atentam contra o patrimônio (roubos e furtos). O que nos revela o racismo institucional que atinge a população negra.

De acordo com o professor Silvio Almeida, o racismo institucional opera como um agente regulador na sociedade. O que segundo o mesmo a regulação não são agências que estabelecem regras pactuadas com o mercado. Essa regulação envolve as normas, o direito e, também, as regras ocultas de funcionamento do sistema. O que significa que o racismo é um modo de regulação desigual em uma sociedade de conflito. (REDE BRASIL ATUAL, 2017).

De acordo com o site Rede Brasil Atual, o professor Silvio Almeida esclarece:

As regras são fundamentais para dar conta de contradições. Notem, a questão não é mal caratismo, é a necessidade de produção de discursos para dar conta dos conflitos e das desigualdades. As pessoas não são iguais, são divididas em classes e grupos sociais. A igualdade só vale para a hora da troca mercantil. Então, precisamos de racionalidade para explicar o porquê. No século 19, falavam que o

negro era inferior biologicamente. A partir dos anos 1930, essa explicação começou a cair. Então vejam, surgiu um discurso mais bonito: o da meritocracia. Então, o que explica a desigualdade (na lógica do capitalismo)? A falta de empenho ou uma determinação cultural"

Silvio, ainda, esclarece que as falhas do sistema prisional, demonstradas por dados, não são resultado de um mal funcionamento do sistema prisional, muito pelo contrário, é o resultado de um ótimo funcionamento. (REDE BRASIL ATUAL, 2017).

O referido autor elucida que esse encarceramento em massa é um planejamento, cumprindo com seus objetivos de higienização da população negra e o alcance desses objetivos, só se dá por meio do sistema de justiça. Ou seja, corroborando para ideia de um poder judiciário racista e seletista.

Ainda sobre isso, Silvio a partir de um olhar crítico do sistema de justiça, que faz parte racismo como agente regulador, diz que:

Para resumir, não existe como implementar uma política de encarceramento em massa sem a participação de juristas, do poder Judiciário, do Ministério Público. Não existe violência estatal sem que os agentes da Justiça não reproduzam esses padrões que nós identificamos como problemáticos do ponto de vista ético (...) Não se enganem, não existe a possibilidade. Se quisermos retomar a defesa dos direitos humanos, precisamos defender até pessoas que aparentemente são indefensáveis.

[...]

O problema das prisões é sistêmico. Notem, as piores coisas, como golpes de estado e ditaduras não existem sem o juiz, promotor e advogado. Até hoje nenhum golpe no mundo foi isento do poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal participou de todos os golpes no Brasil, incluindo o do ano passado. (REDE BRASIL ATUAL, 2017).

Diante o exposto, é fácil concluir que o encarceramento em massa é um planejamento de sucesso do Estado e conta com aval do sistema de justiça, o qual insiste em dizer que a lei é igual para todos, enquanto jovens negros, assim como Rafael Braga, são presos sem ter o direito ao contraditório e a garantia do devido processo legal.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise sobre o Direito Penal do Inimigo e a seletividade do sistema penal brasileiro no caso Rafael Braga. Foi apresentado o caso, suas peculiaridades e a repercussão pública desse.

No 1º capítulo, foi apresentado o caso de Rafael Braga, a forma como se deram as duas prisões (por terrorismo e por tráfico de drogas) e a repercussão pública do caso a partir de matérias jornalísticas produzidas por sites/órgãos/ e profissionais que denunciaram a seletividade penal e arbitrariedade do caso. Desse capítulo destaca-se a fala da ativista da causa negra, Djamila Ribeiro:

O caso de Rafael Braga é a prova do projeto ideológico do Estado brasileiro de super encarceramento e autoritarismo. A sentença demonstra que existe um tribunal racial com o objetivo de criminalizar pessoas negras, uma vez que palavras de policiais absolutamente questionáveis por todos os pontos de vista prevalecem sobre a de Rafael e da testemunha ocular. O que fundamenta essa diferença de credibilidade é o racismo

No 2º capítulo, foi abordada a Teoria do Direito Penal do Inimigo, suas principais críticas e a Teoria do Garantismo Penal como uma alternativa à primeira. Sobre esse capítulo ressalta-se Zaffaroni (2007, p. 18):

[...] a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o Direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoa) e inimigos (não pessoas) faz-se referência a seres humanos que são privados a certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas [...]

O autor defende que o tratamento dado ao inimigo é ilegítimo, uma vez que o direito de ser tratado como pessoa humana é inerente ao cidadão, isto é, esse direito nasce com ele, independe de sua conduta e do Estado

No 3º capítulo, foi discutida a materialização do Direito Penal do Inimigo na seletividade do sistema penal, o recorte de raça e classe social no caso Rafael Braga. Destaca-se o trecho da revista Carta capital (2014), o qual demonstra a seletividade penal brasileira.

Negros são maioria no país e, em disparada, a maior população carcerária. São vítimas de um genocídio perene e banalizado. Vivem em favelas e periferias em condições subumanas. O acesso ao serviço

público é ruim. Diariamente, são agredidos pelo Estado de farda e por uma mídia fascista.

Negros e negras sofrem com ataques racistas há gerações. Já passou do momento de acontecer, no mínimo, uma reparação integral. A estigmatização é uma arma muito poderosa, pois fortalece o preconceito, baixa a auto-estima de um povo e minimiza os efeitos de uma diáspora.

Enquanto os efeitos colaterais do racismo institucional aumentam, práticas que transgridem leis e violam direitos humanos parecem não causar indignação e colocam em questão a atuação da justiça quando se trata de negro e pobre. Racistas não prendem racistas a não ser para salvar o próprio racismo.

O estudo do tema é muito importante porque o Brasil é um país extremamente racista e utiliza-se do sistema penal como uma máquina de produzir estigmas e retirar direitos, em que a população negra é a mais afetada por esses processos criminalizatórios.

Em virtude desse trabalho, foi possível concluir que o Direito Penal do Inimigo é uma teoria incompatível com o Estado Democrático de Direito e pode ser empregada para legitimar os mais absurdos abusos punitivos, os quais retiram dos cidadãos os mais essenciais direitos pregados pelas constituições garantistas.

Analisando o caso Rafael Braga, percebe-se que Rafael teve os mesmos tratamentos do inimigo da referida teoria, pois em suas duas condenações não foram respeitadas garantias como: contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e devido processo legal. Além disso, as duas circunstâncias do caso apontavam, em razão da falta de justificantes, para aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Contudo, Rafael foi condenado à uma pena desproporcionalmente desproporcional por duas vezes.

Dessa forma, restou-se concluir que o Brasil, apesar de ter uma constituição garantista, é um país racista e que adota o direito penal do inimigo, pois seus processos de criminalização são eivados de preconceitos, e atingem, em sua maioria, jovens negros. Esses jovens são as maiores vítimas desse processo de etiquetamento, que os julgam não pelos atos que cometem, mas pelo tom de sua pele e pelo CEP de sua residência. O que elucida que crime não parte, apenas, de uma realidade empírica, mas, de processos altamente seletivos.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Reinaldo. “O que me preocupa não é o grito dos maus, mas o silêncio dos bons”. Veja, 18 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-que-me-preocupa-nao-e-o-grito-dos-maus-mas-o-silencio-dos-bons/>>. Acesso em: 9 de set. 2017.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Editora Revan, 3ª ed. Rio de Janeiro, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. In: LUIS ROBERTO BARROSO. Sítio oficial do autor. Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)> acesso em abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 95, 201-225, 270-276, 300, 348-351, 392-397.

BOTELHO JÚNIOR, Falkner de Araújo. O direito penal do inimigo e o princípio da dignidade humana: (in)compatíveis?. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19506&revista\\_caderno=3](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19506&revista_caderno=3)>. Acesso em abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: Acesso em: 10 de set. 2017.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. *Direito penal do inimigo e direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 96, v. 862, p. 429 – 442, ago./2007.

CAMPANHA Libertem Rafael Braga, 2013. Disponível em: <<https://libertemrafaelbraga.wordpress.com/about/>>. Acesso em 5 de out. 2017.

CASTELO BRANCO, Sergio Zoghbi. Garantismo Penal. Jus Brasil, 2013. Disponível em: <<https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>>. Acesso em: 26 de out. 2017.

CONRADO, Hysabella. Emblemático, caso Rafael Braga não choca o Brasil. Justificando, Carta Captial 26 de abril de 2017. Disponível em:

<<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/26/emblematico-caso-rafael-braga-nao-choca-o-brasil/>>. Acesso em: 1 de out. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal del inimigo y la disolución del derecho penal*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, n. 19, ano 1. 2007. Disponível em: <<http://www.icipuebla.com/revista/IUS19/IUS%2019IND.pdf>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: 54gRevista dos Tribunais, 2010, p. 785-786.

FLAUZINA, Ana Luiza. *Corpo negro caído no chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. UNB, dissertação de mestrado, 2006.

G1. Ex- morador de rua preso em protesto de 2013 é condenado a 11 anos de prisão por tráfico. G1 Rio, 21 de abril de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/ex-morador-de-rua-presos-em-protesto-de-2013-e-condenado-a-11-anos-de-prisao-por-trafico.ghtml>>. Acesso em 3 de out. 2017.

GALLI, Marcelo. “É mentira dizer que a corrupção será derrotada com o Direito Penal”. Consultor Jurídico, 01, de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-01/entrevista-raul-zaffaroni-jurista-ministro-aposentado-argentino>>. Acesso em: 29 de out. 2017.

INSTITUTO HUMANITAS USINOS. Caso Rafael Braga: e o tal Estado de Direito? IHU, 24 de agosto de 2017. Disponível em : < <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/570977-caso-rafael-braga-e-o-tal-estado-de-direito> >. Acesso em 10 de set. 2017.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas* 6° ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

JAKOBS, Günther; *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo / terroristas como pessoas de direito?* In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org e trad.). *direito penal do Inimigo: noções e críticas*: Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010.

JUSTIFICANDO. Condenação de Rafael Braga gera revolta. Justificando, Carta Capital, 22 de abril de 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/22/condenacao-de-rafael-braga-gera-revolta/>>. Acesso em 4 de out. 2017.

JUSTIFICANDO. Leia a íntegra do Habeas Corpus de Rafael Braga que será julgado no TJRJ. Justificando, Carta Capital, 31 de julho de 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/31/leia-integra-do-habeas-corpus-de-rafael-braga-que-sera-julgado-no-tjrj/>>. Acesso em 2 de out. 2017.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUCHETE, Felipe. Tratamento adequado “Ministro liberta Rafael Braga e aponta quadro grotesco de violações de direitos”. Consultor Jurídico, 13 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-13/ministro-liberta-rafael-braga-aponta-quadro-grotesco-violacoes>>. Acesso em 6 de out. 2017.

MACEDO, Fernanda; MAGALI, Cabral. Racismo no Brasil: “O crime perfeito”. Entrevista com Djamilia Ribeiro. Combate Racismo Ambiental, 7 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2016/02/07/racismo-no-brasil-o-crime-perfeito-entrevista-com-djamila-ribeiro/>>. Acesso em: 23 de out. 2017

MELIÁ, Manuel Cancio. De novo: “Direito Penal” do Inimigo? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org e trad.). Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.71-118.

MELCHIOR, Antônio Pedro. Condenar Rafael Braga apenas com base na palavra viola o processo penal brasileiro. Justificando, Carta Capital, 22 de abril de 2017. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/22/condenar-rafael-braga- apenas-com-base-na-palavra-policial-viola-o-processo-penal-brasileiro/> >. Acesso em: 7 de out. 2017.

MELO, Débora. Condenado a 11 anos por tráfico, ex catador diz que flagrante foi forjado. Para socióloga Lei de Drogas é “instrumento de controle das periferias”. Carta Capital, Sociedade, 26 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/caso-rafael-braga-justica-reforca-a-segregacao-racial-no-brasil>>. Acesso em 28 de out. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira “População Carcerária Brasileira Chega a mais de 622 mil detentos”. Ministério da Justiça, Governo Federal, 24 junho de 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 18 de out. 2017.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal./ Alexandre Rocha Almeida de Moraes./ 1ª ed. (ano 2008), 1ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2010

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A Teoria do Garantismo Penal e o Princípio da Legalidade. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados-MS, 2014. Disponível em: <[http://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf)>. Acesso em: 20 de setembro de 2017.

NEVES, Luíz Gabriel Batista. A função do processo penal no Estado Democrático de Direito. DIREITO UNIFACS- Debate virtual, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2923>>. Acesso em 29 de out. 2017.

OLIVEIRA, Henrique. Rafael Braga com tuberculose: a contradição da lei antidrogas que zela pela saúde pública. Justificando, 5 de setembro de 2017. Disponível em:

<<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/05/rafael-braga-com-tuberculose-contradicao-da-lei-antidrogas-que-zela-pela-saude-publica/>>. Acesso em: 22 de set. 2017.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 31 – 45, mar. -abr., 2004.

RIBEIRO, Thaís. Entenda o caso “Rafael Braga”. *Zona Urbana*. 26 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.zonasuburbana.com.br/entenda-o-caso-rafael-braga/>>. Acesso em: 23 de set. 2017.

SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *In: Direito Público*. Porto Alegre, ano 5, n.19, p. 07-26, jan./fev. 2008.

SANZ, Raphael. Caso Rafael Braga: e o tal Estado de Direito?. *MTST*, 25 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.mtst.org/noticias/caso-rafael-braga-e-o-tal-estado-de-direito/>>. Acesso em 13 de out. 2017.

SILVA, Joseh. “O mito da democracia racial no Brasil”. *Carta Capital*, 29 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/speriferia/aranha-e-o-mito-de-que-nao-ha-racismo-no-brasil-4850.html>>. Acesso em 10 de out. 2017.

Tribunal de justiça. Rio de Janeiro. Ação Penal, procedimento ordinário nº 0008566-71.2016.8.19.0001 – Tráfico de drogas e condutas afins. Sentença. Autor: Ministério Público, acusado: Rafael Braga.

TJERJ. Sentença, processo nº 0212057-10.2013.8.19.0001, acusado: Rafael Braga. *Carta Capital*, 04 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/morador-de-rua-e-condenado-a-5-anos-de-prisao-por-carregar-pinho-sol-e-agua-sanitaria-7182.html/sentenca.pdf-9358.html>>. Acesso em 26 de set. 2017.

VALERY, Gabriel. ‘Encarceramento em massa é a continuidade da segregação racial’. *Rede Brasil Atual*, 28 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/05/encarceramento-em-massa-e-a-continuidade-da-segregacao-racial>>. Acesso em: 3 de dezembro de 2017.

VIEIRA, Sinara Gumieri. Rafael Braga é o símbolo da máquina racista que é o sistema penal. *Justificando, Carta Capital*, 27 de abril de 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/27/rafael-braga-e-simbolo-da-maquina-racista-que-e-o-sistema-penal/>>. Acesso em: 25 de set. 2017.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 281

ZAFFARONI, Eugênio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 660 p.