

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

João Anilton Santos Amaral

SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Porto Alegre

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

João Anilton Santos Amaral
SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora:

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves

Porto Alegre

2013

SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

JOÃO ANILTON SANTOS AMARAL

Aprovado em: 18 de Dezembro de 2013

Conceito Final:

Banca examinadora:

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves
Orientadora
Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS

Professora Doutora Ana Paula Motta Costa
Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade
Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS

AGRADECIMENTOS

A DEUS, amável e poderoso, por sua infinita bondade e misericórdia, que deu seu único filho, JESUS CRISTO, por amor a cada um de nós para nos salvar e oferecer a vida eterna, seja dada toda a honra e a glória.

À minha mãe, ALVANARIA Santos Amaral (in memoriam).

À minha esposa SIRLEI da Silva Amaral e aos nossos queridos filhos, TALITA da Silva Amaral (in memoriam), DAIANE da Silva Amaral, EBER da Silva Amaral e FERNANDO da Silva Amaral; ao genro ANDERSON Ferreira dos Santos e à nora ANGELUCI Santos Amaral e à minha neta AMANDA Amaral Santos pelo amor, incentivo, paciência e apoio incondicional.

Agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na pessoa do Reitor Carlos Alexandre Neto, pelo apoio institucional dispensado em prol dos alunos oriundos das AÇÕES AFIRMATIVAS, e ao SAE, pelo esforço imensurável dedicado a minha pessoa. Quando solicitei apoio nas dificuldades enfrentadas, fui atendido com muito carinho pelos profissionais que ali atuam, para ouvir e dialogar sobre a vida acadêmica.

A todos os colegas da turma A de 2008 que se formaram em 2012, principalmente à turma do café, onde todos os dias de aula, nós saboreávamos o café da arquitetura. E também agradeço à turma de 2009 que me acolheu para fazer parte dos formandos em 2013/2, ano em que concluirei o curso de direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

À minha orientadora Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves, em agradecimento por sua missão de educar e pelo exemplo maior de dedicação.

À Faculdade de Direito da UFRGS, e a todos os professores e funcionários que contribuíram para minha formação pelo excelente curso oferecido e a todos os que me ajudaram.

Ainda que eu fale as línguas dos homens e dos anjos, se não tiver amor, serei como bronze que soa ou como címbalo que retine. Ainda que eu tenha dom de profetizar e conheça todos os mistérios e toda a ciência; ainda que eu tenha tamanha fé, a ponto de transportar montes, se não tiver amor, nada serei.

Coríntios 13 v, 1 e 2.

Nossa maior fraqueza está em desistir.
O caminho mais certo de vencer é tentar mais uma vez.

THOMAS EDISON

RESUMO

O trabalho aborda o tema do sistema de justiça criminal do ponto de vista de sua seletividade sobre os indivíduos. É importante utilizar a lógica punitiva moderna para compreender o funcionamento seletivo do sistema penal moderno. Discute as origens do modelo de política criminal para confrontar as funções declaradas desse sistema, tais como a ressocialização, com as suas funções reais, como a estigmatização. Procura desconstruir o mito do direito penal igualitário, que contempla a todos indistintamente da sua pertença a um estrato social determinado, ou às características étnicas. Adotou-se como marco teórico do trabalho a criminologia crítica, mediante pesquisa bibliográfica sobre política criminal e o funcionamento do sistema penal moderno, que demonstra que a seletividade existe, porque o Estado firmado na defesa social se excede no tratamento punitivo para aqueles advindos dos estratos sociais mais baixos, tratando de forma discriminatória os que pertencem a essa classe social, diferentemente daqueles que cometem crime de colarinho branco.

Palavras-chave: Criminologia Crítica. Sociologia Jurídica. Direito Penal.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of criminal justice system from the point of view of its selectivity over individuals. It is important to use the modern punitive logic to understand the operation of the selective modern penal system. The work discusses the origins of the model criminal policy to confront functions declared of that system, such as ressocialization, with their actual functions such as stigmatization. It attempts to deconstruct the myth of egalitarian penal law, which includes all indifferently of their belonging to a particular social stratum, or ethnic characteristics. It was adopted as theoretical framework for this critical criminology, bibliographic research on criminal policy and modern penal system functioning, where one sought the fundamentals of this paper in order to show that selectivity exists in practice, in which the State signed in social defense is exceeded in punitive treatment for those coming from lower social classes and treats selectively for those who belong to those classes. Differently from those who commit white-collar-crime.

Keywords: Critical Criminology. Legal Sociology. Criminal Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. LÓGICA PUNITIVA MODERNA	11
1.1 SISTEMA PENAL.....	11
1.1.1 Conceito	11
1.1.2 Segmento do Sistema Penal	19
1.1.3 Legitimação do Sistema Penal	22
1.1.4 A Função do Sistema Penal no Estado Moderno	25
1.2 POLÍTICA CRIMINAL	32
2. SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL	40
2.1 O MITO DO DIREITO PENAL IGUALITÁRIO	40
2.2 A TEORIA DO ETIQUETAMENTO	44
2.3 A CIFRA NEGRA E A CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO	46
2.4 SELETIVIDADE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DO SISTEMA PENAL	48
3 . CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

A constituição, no caput do seu artigo 5º, diz: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Porém essa igualdade está distante na prática, porque o tratamento dado pelo Estado, através das forças policiais, é diferente, dependendo da região, da cidade onde a abordagem é realizada. Nas incursões em favelas à busca de criminosos, ou para prendê-los, os policiais apresentam uma truculência, que não se vê em bairros nobres, como se toda criminalidade estivesse restrita a regiões carentes. A seletividade começa tomar forma a partir da ótica de que o fato de ser pobre, negro ou índio, já o faz possuir o potencial para o crime.

O estereótipo mencionado está presente desde a abordagem policial até as sentenças proferidas pelo judiciário, e também na punição através do sistema prisional, que trata de maneira seletiva os hipossuficientes. A igualdade no tratamento para quem comete delitos é uma utopia na prática.

Nosso sistema possui um ordenamento jurídico no qual todos devem ser tratados de maneira igual, sem distinção. Mas o que a mídia reproduz todos os dias sobre o tratamento dado aos que cometem crimes não reflete o que alude o ordenamento jurídico, porém a seletividade se confirma na prática.

Este trabalho de pesquisa que se propõe à problemática, às mazelas do sistema, será desenvolvido com o método indutivo, mas quando necessário será utilizado o método dedutivo com base na legislação vigente e análise de dados estatísticos. A abordagem será desenvolvida em dois capítulos.

Desse modo, o capítulo I trata da lógica punitiva moderna, faz uma breve análise de dados estatísticos referentes ao sistema prisional brasileiro e a confrontação desses dados com as teorias da seletividade do sistema penal. No Capítulo II, realiza-se uma abordagem sobre a seletividade do sistema penal e sobre a execução penal. Desenvolve-se a análise conjunta dos temas abordados no trabalho com a apresentação dos principais elementos que caracterizam a discussão atual da seletividade do sistema penal.

Por meio dos sistemas de informação, das estatísticas oficiais e da influência da mídia, verifica-se que a criminalidade não é um fenômeno em que os atores se restringem aos estratos mais baixos da sociedade, estão eles distribuídos em todas as classes sociais. No entanto, na realidade depara-se com um sistema penal atuando quase que exclusivamente contra indivíduos dos estratos sociais inferiores e marginalizados. Os estereótipos e a estigmatização tornaram-se signos. Cabe mencionar que os grupos “sem-teto”, “sem-terra” e outros movimentos sociais

são, muitas vezes, considerados como criminosos, pela mídia, que exerce forte influência no meio social, econômico, político, influenciando nas decisões do poder legislativo e na criação de leis.

1. LÓGICA PUNITIVA MODERNA

1.1 SISTEMA PENAL

1.1.1 Conceito

No nosso sistema penal brasileiro, o Estado detém o monopólio da violência, aliás, o monopólio da coação legítima é uma de suas características. O Estado pode fazer uso da força da violência e uso da ação coercitiva, o qual é autorizado pelo direito a fim de regulamentar a ação humana.

Para Eugenio Zaffaroni, o nível abstrato do requisito de verdade social poderia chamar-se adequação de meio e fim, ao passo que o nível concreto poderia denominar-se adequação operativa mínima conforme planificação. O discurso jurídico penal que não satisfaz estes dois níveis é socialmente falso. O controle feito pelo governo que, em tese, e somente em tese, deveria estar a serviço do bem comum, do bem da comunidade em geral, tem como principal ferramenta o Sistema Penal. Para compreender-se o que vem a ser Sistema Penal, socorre-se no mesmo autor, que ensina ser o controle punitivo institucionalizado; por essa razão, o que abarca a parcela estatal e impõe uma punição a uma pessoa que infringe as regras de uma sociedade. Dos sistemas de controle social citados, este último, o Sistema Penal, será tratado neste trabalho. As interpretações do sistema penal que, por insuficiente base empírica, perdem de vista a compartimentalização e a diferença entre funções manifestas e latentes, correm o risco de desviar suas conclusões por confundir níveis discursivos com dados da realidade se as mesmas forem conservadoras ou tradicionais, assim como de acabar em versões conspiratórias, se forem críticas (ZAFFARONI, 2003, p.60).

O elemento fundante do Sistema Penal, segundo o princípio da legalidade¹, é a Norma Penal, que determina quais condutas deverão ser punidas para que a sociedade possa viver harmonicamente. As condutas que ameaçam essa convivência harmônica devem ser extirpadas da sociedade e, portanto, punidas pela forma mais drástica de punição dos controles existentes – a norma penal. A quebra da racionalidade do discurso jurídico penal arrasta consigo, como sombra inseparável, – a pretendida legitimidade do exercício de poder dos órgãos de nossos

¹ Legitimidade e Legalidade

A utópica legitimidade do sistema penal. O sistema penal é uma complexa manifestação do poder social. Por legitimidade do sistema penal entendemos a característica outorgada por sua racionalidade. O poder social não é algo estático, que se tem mas algo que se exerce - um exercício-, e o sistema penal quis mostrar-se como um exercício de poder planejado racionalmente. Op.cit. p.16 Zaffaroni, 1991.

sistemas penais. A existência de uma norma punindo uma determinada conduta e um indivíduo realizando a conduta proibida, são o sinal verde para o Sistema Penal entrar em ação. O estado age quando detectar um indivíduo realizando a conduta punível, quando algum integrante da comunidade ameace a integridade da comunidade como um todo. Mas como o sistema penal utiliza-se de medidas punitivas extremas (a privação da liberdade), somente condutas muito caras a essa comunidade poderiam justificar uma punição tão severa (ZAFFARONI, 1991, p.15).

Juarez Cirino dos Santos refere que no Brasil, no que concerne às funções da pena o Código Penal, consagram-se as teorias unificadas ao determinar a aplicação da pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (art. 59, CP): a reprovação exprime a ideia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime abrange as modalidades de prevenção geral² (intimidação e manutenção/ reforço da confiança na ordem jurídica (SANTOS, 2005, p.13).

Quanto às teorias reais da pena, despontam a teoria agnóstica e a teoria materialista. A crítica negativa/agnóstica da pena criminal tem por fundamento:

a) O modelo ideal de estado de direito se caracteriza pelo exercício de poder horizontal/democrático e pela distribuição Modelos idéias de estado de polícia e de estado de direito, coexistente no interior do Estado moderno em relação de exclusão recíproca, assim sintetizados: a) O modelo ideal de estado de polícia se caracteriza pelo exercício de poder vertical e autoritário e pela distribuição de justiça substancialista de grupos ou classes sociais, expressiva de direitos meta-humanos paternalistas, que suprime os conflitos humanos mediante as funções manifestas positivas de retribuição e de prevenção da pena criminal, conforme a vontade hegemônica do grupo ou classe social no poder; b) de justiça procedimental da maioria, expressiva de direitos humanos fraternos, que resolve os conflitos humanos conforme regras democráticas polícia. (SANTOS, 2005, p.15).

² 1. A pesquisa criminológica admite que a prevenção negativa da ameaça penal poderia ter feito desestimulante em crimes de reflexão (crimes econômicos, ecológicos, tributários etc), características do Direito penal simbólico, mas não teria qualquer efeito em crimes impulsivos (violência pessoal ou sexual, por exemplo), próprios da criminalidade comum estampada diariamente nos meios de comunicação de massa. Logo, a inibição de impulsos anti-sociais pela ameaça penal/somente seria relevante no Direito penal simbólico, destruído de eficácia instrumental e instituído para legitimação retórica do poder punitivo do Estado – mediante criação/difusão de imagens ilusórias de eficiência repressiva na psicologia do povo –, mas é absolutamente irrelevante no direito penal instrumental, cujo objeto é delimitado pela criminalidade comum, área de incidência exclusiva da repressão penal seletiva. (SANTOS, 2005, p.29-30)

Já, a crítica materialista/dialética da pena criminal pretende revelar a natureza real ou latente da retribuição penal nas sociedades contemporâneas (Santos2005, p.19). Nesse sentido,

Ao contrário, a teoria criminológica materialista/dialética mostra a emergência histórica da retribuição equivalente como fenômeno sócio-cultural específico das sociedades capitalistas: a função de retribuição equivalente da pena criminal corresponde aos fundamentos materiais e ideológicos das sociedades fundadas na relação capital/trabalho assalariado, porque existe como forma de equivalência jurídica fundada nas relações de produção das sociedades capitalistas contemporâneas.(SANTOS, 2005, p.19)

O mesmo autor, partindo da criminologia crítica, faz uma síntese sobre o sistema, afirmando que a desigualdade atua em todos os níveis:

Em síntese, a criminologia crítica define o direito penal como sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções: a) ao nível da definição de crimes constitui proteção seletiva de bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas: b) ao nível da aplicação de penas constitui estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e

de poder político da formação social: c) ao nível da execução penal constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade real nas relações de produção/distribuição material, mas com utilidade simbólica no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo.(SANTOS, 2005,P35)

Em uma análise crítica da prevenção geral positiva, devem-se distinguir posições liberais representadas por ROXIN e outros de posições autoritárias representadas por JAKOBS, por exemplo, a teoria da prevenção geral positiva de ROXIN é liberal, porque define crime como lesão de bens jurídicos e, assim, atribui à pena o objeto de proteção de bens jurídicos (contra lesões dolosas ou imprudentes), definidos pela lei penal com base na constituição – o documento fundamental das democracias modernas. A teoria da prevenção geral positiva de JAKOBS é autoritária, conforme defende ZAFFARONI e também próprio autor Rui Cirino dos Santos, por várias razões: primeiro, porque definir crime como violação da norma significa reduzir crime à lesão da vontade do poder, que prescindem da lesão de bens jurídicos como fundamento de punibilidade; segundo, porque define pena como reação contra a violação da norma; terceiro, se a punição do criminoso aumenta a confiança do direito reforçando a fidelidade jurídica do povo, então a tarefa do Direito Penal seria satisfazer os impulsos punitivos da população, – um objetivo irracional substantivo da proteção de bens jurídicos que atrela o Direito Penal à barbárie primitiva – ; em quarto lugar, a definição de crime como

frustração das expectativas normativas e, da pena, como demonstração da validade da norma, concentra todas as funções da pena criminal: pressupõe a ameaça penal, implica a aplicação e execução da pena para neutralizar e corrigir o condenado, e existe, de fato, como exercício comunitário de retribuição, definida como sendo necessária para restabelecer a confiança na norma e reforçar a fidelidade jurídica do cidadão, sendo assim, a norma realizar a expiação. (SANTOS, 2005, p.30e 31)

Na verdade, a função de prevenção geral positiva é fenômeno contemporâneo ao Direito Penal simbólico, produzido pela pressão corporativista de sindicatos. Associações de classes, partidos políticos, organizações não-governamentais etc, representado pela criminalização de situações sociais problemáticas nas áreas da economia, da ecologia, da genética e outras, em que o Estado não parece interessado em soluções sociais reais, mas em soluções penais simbólicas. (SANTOS, 2005, p.31).

O direito Penal realiza funções instrumentais de efetiva aplicação prática e funções simbólicas, e projeta imagens na psicologia popular, mas o segmento legal conhecido como Direito Penal simbólico, caracterizado pela criminalização do risco em áreas cada vez mais distantes do bem jurídico após moderna criminalização do perigo abstrato; não tem função instrumental, apenas função simbólica de legitimação do poder político. Considerando as áreas das situações sociais problemáticas, o Direito Penal parece reduzido ao papel ideológico de criação de símbolos no imaginário popular, com o objetivo oculto de legitimar o poder político do Estado e o próprio Direito Penal como instrumento de política social. A legitimação do poder político do Estado ocorre pela criação de uma aparência de eficiência repressiva na chamada luta contra o crime definido como inimigo comum, que garante a lealdade do eleitorado e, de quebra, reproduz o poder político. Por exemplo, o lastimável apoio de partidos populares a projetos de leis repressivas no Brasil influenciadas pela mídia, exclusivamente por sua conversibilidade em votos, ou seja, por seus efeitos políticos de conservação e manutenção de interesses políticos partidários (SANTOS, 2005 p.32).

A legitimação do Direito Penal pelo papel ideológico de criação simbólica, mas com determinado efeito instrumental, é simbólica porque a penalização das chamadas situações problemáticas não significa solução social do problema, mas simples solução penal produzida para efeito de satisfação retórica instrumental, porque legitima o Direito Penal como programa desigual de controle social; agora revigorado para a repressão seletiva contra favelas e bairros pobres das periferias urbanas, especialmente contra a força de trabalho excluída do mercado de

trabalho, sem função na multiplicação do capital porque, pelo menos em nível simbólico, o Direito Penal seria igualitário, abrangendo a todos.

Aliás, o discurso eficientista da prevenção geral positiva permite justificar a redução ou exclusão de garantias constitucionais de liberdade, igualdade, presunção de inocência e outras garantias do processo penal civilizado – cuja sistemática supressão ameaça reduzir o Estado de direito no estado de polícia contido em seu interior, conforme a teoria de ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR – ALÉM DE ESCAMOTEAR OU DISFARÇAR A RELAÇÃO DA CRIMINALIDADE COM A ESTRUTURA DE DESIGUALDADE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, instituída pelo direito e garantia pelo poder do estado.(SANTOS, 2005 p.33).

Neste sentido, a função declarada ou manifesta de prevenção geral negativa mediante intimidação pela ameaça penal, ou de prevenção geral positiva mediante proteção dos valores sociais fundamentais ou afirmação da validade da norma, atribuída pela ideologia do sistema penal à pena criminal, funciona como garantia da ordem social capitalista, fundada na separação – força de trabalho e meios de produção –, que institui e reproduz relações sociais desiguais e opressivas em nosso sistema penal (SANTOS, 2005,p.33 e 34).

As teorias que se esgotam na legalidade formal permanecem; no entanto, como que suspensas ao vazio, ao requererem um ponto de apoio legitimador do próprio processo de produção normativa, apoio que se tem procurado, quer na ideia de soberano, quer na pressuposta e inquestionável legitimidade da norma fundamental ou ainda na regra última de reconhecimento. Para se definir se há realmente seletividade na escolha dessas condutas, cumpre-se primeiramente identificar alguns caracteres de sua constituição e função, para, e somente a partir daí, analisar o modo como é utilizada na prática, vislumbrando então, com maior clareza, se o discurso teórico que institui o direito penal é o mesmo visto na sua aplicação. Um discurso desta natureza somente poderia pretender omitir a pergunta sobre a legalidade do sistema penal – ou desacreditá-lo. No entanto, é importante lembrar que, embora não existam construções acabadas de discursos que pretendam suprir a legitimidade do sistema penal com a legalidade deste, na parte relativa ao legislador, de uma forma geral, a norma estatuída no Código Penal deve ser dirigida a todos os cidadãos, independentemente de classe social, etnia, cor da pele, condição econômica ou qualquer outro fator que indique uma escolha prévia de grupos ou pessoas. A punição estatal se justifica teoricamente com esse discurso, o discurso da segurança jurídica, da pacificação social e o princípio da igualdade, ou isonomia, este último posto pela Carta Magna de 1988 (ZAFFARONI, 1991 p.20).

Ao criticar a tese da prevenção geral, ZAFFARONI refere:

O meio pelo qual se pretende alcançar a prevenção geral é o exemplo e, seguindo a via exemplificativa, se chegará a repressão intimidatória, e, por último, a vingança. A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que o outro não reprimiu; que se privou do que outro não se privou, e experimente como inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança[...] (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2011, p.99).

Do sistema de controle feito pelo governo que, em tese deveria estar a serviço do bem comum, do bem da comunidade em geral, a principal ferramenta é o Sistema Penal. Para compreender-se o que vem a ser Sistema Penal, socorre-se à lição dos mestres ZAFFARONI e PIERANGELI[1], que afirmam ser o controle punitivo institucionalizado, portanto, o que abarca a parcela estatal e impõe uma punição a uma pessoa que infringe as regras de uma sociedade.

A necessidade da fundamentação antropológica faz duas perguntas: “– Para onde?”, “– Até onde?”

Em outras palavras: o sentido e o limite da atividade penal socialmente institucionalizada. As respostas a elas dependerão do para quê? Do direito penal, e a interdependência do para quê? E do quê? Dele é iniludível. O quê? Do direito penal não poderá ser resolvido senão mediante o que? Da sociedade, o que implica o quê?” do homem, isto é, a pergunta antropológica. A resposta às perguntas fundamentadoras não pode estar na lei nem se darem por respondidas com alei, porque a lei penal não pode criar o homem, e sim reconhecê-lo como é, em maior ou menor medida. Se a lei penal quer regular ações do homem, não pode inventar o homem. Daí ser necessário, quando se trata da aplicação da lei penal, fundamentar o jurídico no antropológico na tarefa de explicitação para a aplicação – que é a dogmática –, mas carece de sentido buscar o antropológico a partir do texto legal.(ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p.320).

Conforme ZAFFARONI e PIERANGELI, o direito penal necessita de uma argumentação antropológica. Em nossa cultura, o direito penal existe para o homem e não o homem para o direito penal, ele serve ao homem para alguma coisa, se não for descoberto para

o que serve (a sua significação), se retirará do direito penal a sua característica de fato humano(ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p.321).

Nesse sentido, afirma Batista que “A função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social, à qual estamos nos referindo, é habitualmente chamada de ‘função conservadora’ ou de ‘controle social’” (BATISTA, 1990, p.21).

O controle social, por sua vez:

Não passa da predisposição de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante”. É fácil perceber o importante papel que o direito penal desempenha no controle social. (CASTRO, 1987 *apud* BATISTA, 1990, p.22).

Batista (1990, p.25) afirma que, ao “grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbem de realizar o direito penal, chamamos sistema penal”. Para Zaffaroni (2007, p.65-66):

[...]dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de “sistema penal” em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários e da execução Chamamos ‘sistema penal’ ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação penal. (ZAFFARONI (2007, p.65-66).

Considerando-se tais conceitos, é possível incluir procedimentos rotineiros de controle de setores marginalizados da população, muito conhecidos e até mesmo tolerados, como os esquadrões da morte, torturas para obtenção de confissão, espancamentos disciplinares, penas e execuções sem processo, no qual quem comete crime não tem oportunidade de provar sua inocência e também o contraditório, e ampla defesa. (ZAFFARONI, 2007, p.66).

A partir do momento em que o Estado avoca para si a competência exclusiva para resolução dos conflitos entre particulares e, por conseguinte, o monopólio da violência, faz-se necessária a utilização de uma série de instrumentos que possibilitarão a perpetuação desse monopólio do controle social, dentre os quais se pode citar o sistema penal propriamente dito e suas instâncias de atuação, onde o Estado, através do poder coator, age para garantir a defesa social, desde que “[...] como se pode ver, a pena privativa de liberdade é o centro de gravidade da nova política penal brasileira, como ponto de convergência repressiva e núcleo de irradiação

da eficácia coativa das penas restritivas de direitos.” (SANTOS, 2005, p.60).

Para Rui Cirino dos Santos, a prisão é o aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista, constituído para exercício do poder de punir mediante privação de liberdade: o tempo é o critério geral e abstrato do valor da mercadoria na economia. Portanto, este dispositivo do poder de disciplinar funciona como aparelho jurídico-econômico, que cobra a dívida do crime em tempo de liberdade suprimida, e como aparelho técnico disciplinar, programado para transformar o condenado. O método de transformação individual da prisão é a disciplina, a política de coerção exercida para dissociar a energia do corpo da vontade pessoal do condenado, com o objetivo de construir indivíduos dóceis e úteis que produzem. Os recursos de adestramento do poder disciplinar são a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame, conforme a célebre formulação de FOUCAULT: a vigilância hierárquica, pela qual técnicas de ver produzem efeitos de poder, é exercida por dispositivos que obrigam pelo olhar, representados por redes verticais de relações de controle; a sanção normalizadora é constituída por uma ordem artificial de punições e recompensas disciplinares (SANTOS, 2005,p.39 e 40).

Não é mais possível explicar a pena criminal pelo comportamento criminoso, porque exprime a criminalização seletiva de marginalizados sociais, excluídos dos processos de trabalho e de consumo social, realizada pelo sistema de justiça criminal (polícia, justiça e prisão); enfim, também não é possível explicar o crime pela simples lesão de bens jurídicos, porque exprime a proteção seletiva de valores do sistema de poder econômico e político da formação social. (SANTOS, 2005, p.42).

O autor apresenta dois modelos de penitenciária dos Estados Unidos da América. O primeiro, o Modelo Filadelfiano do final do século XVIII, inspirado na concepção religiosa Quaker, foi a alternativa para o trabalho carcerário no período da produção manufatureira: de um lado, o panótico de Bentham como arquitetura disciplinar da instituição penal. De outro lado, o confinamento em celas individuais para oração e trabalho como a nova pedagogia da correção. A funcionalidade do panótico para instituições de controle, logo também para escolas, hospitais e fábricas, e a redução de custos administrativos explicam a rápida difusão do Modelo Filadelfiano de prisão no capitalismo primitivo, de pequeno capital fixo e reduzida produtividade (SANTOS, 2005, p.46 e 47).

O segundo, o Modelo Auburiano. A solução dos problemas econômicos do Modelo de Filadélfia surge com o Modelo de Auburn, baseado no isolamento celular durante a noite e no trabalho comum durante o dia, sob o sistema do silêncio. O Modelo Auburiano de penitenciária, conhecido como o sistema penal americano, introduz a exploração capitalista da

força do trabalho encarcerada e organiza o trabalho na prisão igual ao trabalho na fábrica: durante o dia, o trabalho coletivo em máquinas na prisão, com a lei do silêncio para garantir a disciplina do trabalho em comum; durante a noite, confinamento celular. A dependência do sistema penitenciário em relação aos processos econômicos do mercado de trabalho determina novos parâmetros de execução penal, que orientam o Modelo de Auburn menos para correção pessoal e mais para o trabalho produtivo. Assim, se a manufatura determina o confinamento solitário do Modelo de Filadélfia, a indústria produz o trabalho comum do Modelo de Auburn, com o *silent system* garantindo a disciplina da fábrica dentro do cárcere e permitindo a introdução de máquinas para o trabalho coletivo na prisão. Este modelo abre novas possibilidades de exploração do trabalho carcerário por empresários privados, diferentemente do Modelo de Filadélfia, que determina o confinamento solitário (SANTOS, 2005, p.48 e 49).

1.1.2 – SEGMENTO DO SISTEMA PENAL

Nosso sistema penal é visto como instrumento de dominação social, não é único e indivisível, mas sim um agrupamento de vários órgãos, entidades. Em qualquer sistema penal pode-se distinguir uma série de segmentos, sendo que em nossos sistemas penais atuais, os segmentos básicos são o policial, o judicial e executivo. À polícia judiciária incumbe investigar determinado crime, sujeitando-se às regras impostas pelo Código de Processo Penal (CPP). O réu condenado à pena privativa de liberdade sob regime fechado será recolhido a uma penitenciária e será submetido aos ditames da lei de execuções penais (LEP). Neste sentido, refere Salo de Carvalho:

Embora os direitos do preso tenham atingido status constitucional, a estrutura processual (inquisitiva) inviabiliza sua plenitude. A natureza mista (híbrida) representada pela tensão entre jurisdição e administração, aliada ao modelo jurisdicionalizado autoritário normatizado na LEP possibilitou diagnosticar o sistema de execução penal brasileiro como inquisitorial. **A inquisitorialidade encontra-se fundamentalmente no processo de submissão do direito** processual penal, genealogicamente garantista e acusatória, às regras e aos procedimentos administrativizados, ou seja, na colisão entre os direitos do apenado e os pressupostos de disciplina e segurança que justificam a ação administrativa.(CARVALHO, 2008, p.175).

Conforme o mesmo autor, nas palavras do idealizador do movimento, uma política criminal de luta contra o crime é antes de tudo, em se tratando de medidas a serem adotadas em relação ao delinquente, orientada visando à prevenção da reincidência. É sob este ponto de vista

que a política criminal pretende inspirar e desenvolver uma ação de luta eficaz contra o crime, tanto no plano legislativo, como judiciário e penitenciário,

Desde esta perspectiva, como titular de direitos públicos no plano individual (estatuto negativo) e social (estatuto positivo), o apenado apresenta-se como sujeito de direitos, em uma situação processual com o estado-punição. (CARVALHO, 2008, p.176 e 177).

Na perspectiva da negativa de tal status jurídico, através da lesão sistemática aos direitos fundamentais (individuais e sociais) do apenado, ela é legitimada pelos pressupostos da disciplina e segurança. Frise-se, no entanto, que tais violações não são apenas perceptíveis na realidade fenomenológica. Igualmente, no plano normativo, estão presentes regras violadoras da dignidade do condenado (CARVALHO, 2008, p.176).

O poder legislativo é, de qualquer modo, a fonte básica da programação do sistema, enquanto as principais agências de sua operacionalização são a Polícia, a Justiça e o sistema de execução de penas e medidas de segurança, no qual a prisão ocupa o lugar central. O sistema penal existe, pois, como a articulação funcional sincronizada da Lei Penal-Policial-Justiça-Prisão e órgãos acessórios. (ANDRADE, 2003, p.175).

A legislação penal faz parte da dimensão programadora do sistema penal, mas tem um caráter meramente programático, pois só enuncia um “dever-ser”, o que não tira dela um lugar central no sistema (ANDRADE, 2003, p.175).

Enfim, não se pode excluir do sistema penal o público, que, na condição de denunciante, tem o poder de operacionalizar o próprio sistema e na condição de opinião pública e “senso comum” interage ativamente com ele. A opinião pública figura na “periferia” do sistema. (ZAFFARONI, 1987, p.33; HULSMAN, 1993 *apud* ANDRADE, 2003, p.175-176).

Nesse mesmo sentido, refere-se Salo de Carvalho sobre a crise do estado social:

A perspectiva disciplinar, legitimada pelo discurso ressocializador, ingressa na esfera jurídico-penal com a crise do Estado liberal e sua gradual transmutação em estado social. A negação do absentismo liberal e o incremento do intervencionismo social invadem, inclusive as doutrinas do controle social. Lembra Zygmunt que o estado de bem-estar foi originalmente concebido como um instrumento manejado pelo estado a fim de reabilitar os temporariamente inaptos e estimular os que estavam aptos a se empenharem mais, protegendo-os do medo de perder a aptidão no meio do processo (...). O estado de bem-estar não era concebido como uma caridade, mas como um direito do cidadão, e não como fornecimento de donativos individuais, mas como uma forma de seguro coletivo. E, portanto, na iminência e consolidação do Estado social

que nascem as noções de segurança e prevenção que balizarão as formas jurídicas do século XX. Prevenção será entendida como uma atitude coletiva, racional e voluntária que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco. (CARVALHO, 2008, p.213).

É muito difícil afirmar-se qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A criminologia e a sociologia ao lado do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as para indicar aos demais limites do espaço social (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011 P, 75-76). Nesse sentido,

É possível que esta sustentação simbólica possa se realizar mediante outro meio, menos violento que o sistema penal? Pode-se pensar num modelo de sociedade com uma estrutura de poder tão repartido e igualitário, que não exija o sistema penal. Ou melhor, pode-se pensar em uma estrutura democrática do poder, ainda que não tão longe das características atuais que não obstante mantenham um certo grau de tal racionalidade para sua solução. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2001, p.76).

Esta política criminal hegemônica tem sua pauta. A questão das drogas ilícitas, cujas virtualidades no campo das relações internacionais apareceram mais claramente após o fim da guerra fria e reinaram absolutamente até o 11 de setembro, é certamente um dos itens mais complexos dessa pauta, projetando-se na geopolítica, que, das versões mais simplórias (países exportadores “agressores” x países consumidores “vítimas”) encontrou na criminalização de guerras civis e estados internos de beligerância o álibi perfeito.

A criminalização da imigração ilegal, a lavagem de dinheiro e a responsabilidade fiscal são outros itens importantes dessa pauta. A rápida recepção e circulação de um conceito tão polêmico, tão essencialmente problemático quanto o de *crime organizado* – intensa e alegremente difundido pela mídia – torna-o suspeito de integrar o léxico desta política criminal, que também pretende globalizar o jargão criminológico. É o que se deu com o termo *narcotráfico*, maciçamente difundido desde o hemisfério norte: aqui ficamos nós a repeti-lo como papagaios, embora nem maconha nem cocaína sejam narcóticos. *Crime organizado*, conceitualmente e no campo de aplicação pragmática, é algo que, como a bruxaria, pode ser aquilo que o juiz quiser que seja, do comércio local, de rua, de drogas ilícitas, até o que se costuma chamar de *crime as business*. É uma situação parecida com a do legislador ordinário perante o conceito de *crime hediondo*, que, ao contrário daquele dos *juros reais*, não se considerou devesse ser primeiro explicitamente construído antes de aplicado. Silva Sanchez se detém sobre estes ensaios de compatibilização dos sistemas penais nacionais, para evitar o que ele chama de “paraísos jurídico-penais”; bem, não conheço nada mais parecido com um “paraíso jurídico-penal” do que o campo de concentração de presos de Guantánamo. (BATISTA, 2004. artigo Novas tendências do direito penal p.16)

Nos crimes de lavagem de dinheiro, imigração ilegal e narcotráfico difundidos pela mídia, que pretende globalizar o jargão criminológico, por exemplo, o narcotráfico difundido desde o hemisfério norte, e como papagaios fica-se a repetir o que a mídia impõe,

O sistema penal do empreendimento neoliberal tem características que o distinguem do sistema penal do capitalismo industrial, que no caso brasileiro correspondeu

historicamente ao estado de bem estar. Apenas mencionarei algumas dessas diferenças: 1ª) sua dualidade: para consumidores ativos, penas alternativas à privação da liberdade, suspensão do processo, *sursis*, transação penal; para consumidores falhos, encarceramento prolongado neutralizante. O símbolo da primeira face é a legislação dos Juizados Especiais; da segunda face, a legislação dos crimes hediondos. 2ª) O abandono da utopia preventivo-especial, própria do estado de bem-estar, em favor de uma pena privativa de liberdade de segurança; 3ª) o vigilantismo (corta-se na carne da privacidade, altera-se o estatuto ético da delação, espiona-se com câmeras e com prêmios); 4ª) os novos papéis da mídia. Antes de apreciar, para concluir, estes papéis da mídia, cabe frisar que a esta política criminal correspondem estilos legislativos e doutrinários que têm a mesma dinâmica de expansão – e não de contenção – do poder punitivo. Isso vai ocorrer frequentemente nos tipos de perigo, em especial abstrato (com ofensa ao princípio da lesividade), no abuso frequente de criar responsabilidade dilargando arbitrariamente deveres ou círculos dos garantidores na omissão imprópria, na transigência com o emprego de dolo eventual em supostos culposos; na introdução de uma espécie de “responsabilidade penal pela administração”. (Delitos Societários, BATISTA, 2004. artigo Novas tendências do direito penal. p.16-17-18).

1.3 LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

Para garantir-lhe a existência e completar seus fins, houve a necessidade de que outras ciências viessem em socorro ao Direito Penal. Tendo em vista que o nosso sistema penal é uma complexa manifestação do poder social, é necessário que se entenda “legitimidade do sistema penal” como uma característica outorgada por sua racionalidade normativa em nosso ordenamento jurídico (ZAFFARONI, 1991, p.16).

O nosso sistema penal mostra-se como “um exercício de poder planejado racionalmente”, e é através do discurso jurídico-penal, ou “ciência penal” que se pretende explicar esse planejamento do Estado. Todavia, caso a ciência penal fosse racional e agisse no sistema penal em conformidade com a programação legal, só então haveria efetiva legitimidade e garantia aos direitos fundamentais (ZAFFARONI, 1991, p.16).

No sistema penal o poder de punir, atualmente, é marcado por dois discursos legitimadores – o da legalidade –, já que seu exercício está enquadrado dentro da previsão legal e normativa, – e o utilitarista –, segundo o qual o sistema penal busca conectar-se com a finalidade expressa na defesa da sociedade. No mesmo sentido, o Estado moderno se coloca como Estado de Direito, e seu poder de punir é apresentado como direito de punir para garantir a defesa social (ANDRADE, 1997, p.178).

Em se tratando de uma “produção ideológica legitimadora do poder penal, baseada no princípio da legalidade, acompanha desde o começo a história do Direito Penal firmado na legalidade.” ANDRADE, (1997, p.178). Desta forma,

No campo da racionalidade do Direito, não pode se fundamentar unicamente sobre seus caracteres formais, mas requer sobretudo a instrumentalidade do conteúdo com respeito a fins socialmente úteis, a legalidade, representando um limite negativo e formal do poder de punir, não esgota seu discurso legitimador no estado de direito. (ANDRADE, 1997, p.179).

Com base no campo da razão, além de atribuir ao sistema uma função de “proteção de bens jurídicos”, é necessário atribuir, também, à pena, funções socialmente úteis, tais como prevenção e ressocialização das pessoas que cometem crime (ANDRADE, 1997, p.179).
Porque,

O sistema penal requer a legitimidade, desta forma, uma congruência da sua dimensão operacional em relação à sua dimensão programadora em nome da qual pretende justificá-lo; ou seja, requer não apenas sua operacionalização no marco da programação normativa (exercício racionalizado de poder), mas também o cumprimento dos fins socialmente úteis atribuídos ao Direito Penal e à pena (programação teleológica) do sistema para garantir sua efetivação. (ANDRADE, 1997, p.181).

Conforme Salo de Carvalho, o garantismo penal³ é inserido nas tendências da crítica jurídica excessiva e punição desproporcional, mas igualmente apresenta alternativas à perspectiva da abolição do sistema penal (CARVALHO, 2007 p.12).

Assim, na perspectiva de Alessandro Baratta, o abolicionismo atua como utopia orientadora de extrema importância heurística. É também manifesta a confusão entre direito e moral, como assinala FERRAJOLI. Tais teorias só são explicáveis como o resultado mais ou menos consciente de uma total confusão entre direito e moral, entre validade e justiça, entre legitimação interna e justificação interna (QUEIROZ, 2008, p.30). Para FELDENS, a

³ A constituição da república federativa do Brasil (1988), em seu artigo 5 inc.XXXIX, dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, recepcionando, pois, a redação semelhante do art. 1 do código penal brasileiro, decreto- lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 com as modificações introduzidas pela lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984.

Conhecido por princípio da legalidade, princípio da estrita legalidade, princípio da reserva legal ou princípio da intervenção legalizada, este comando adstringe a existência de uma infração penal e de uma pena à previsão legal específica, e dele são extraídas inúmeras consequências (conteúdo destinatários, eficácia etc.). Mas antes de enfrentarmos tais problemas, impõe-se destacar que o princípio da legalidade, com os contornos hoje admitidos, encontra-se arraigado ao pensamento iluminista oriundo, principalmente, do século XVII, Nessa época é que surge a ideia de expressão determinante da lei contra a arbitrariedade estatal irracional, assim como o postulado dos direitos naturais e invioláveis da pessoa em relação à sua liberdade, limitando-se, em decorrência disso, a tarefa do estado à proteção do direito e na exigência de dar segurança a certeza ao direito em benefício de uma burguesia que ganhava progressivamente influência. Com a teoria do contrato social nasce o estado garantidor dos direitos do homem, vinculando-se a sua atuação à proteção destes. Foi principalmente John Locke o idealizador da sujeição não só da sociedade, mas também do estado, aos ditames da lei, e, posteriormente, Beccaria (1764) estabeleceu, de forma definitiva, que só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. CARVALHO, Andrei Zenkner Schmidt.2007. p.29 e 30

constituição e o direito penal colocam o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de punir.

O discurso sobre legitimação do direito penal é antes de qualquer coisa, o discurso sobre sua adaptação material à constituição. Ambos compartilham, entre si, uma relação axiológica-normativa por meio da qual a constituição, ao tempo em que garante o desenvolvimento dogmático do direito penal a partir de estruturas valorativas que lhe sejam próprias, estabelece, em contrapartida, limites materiais inultrapassáveis pelo legislador penal. E o faz com exclusividade, portanto em ordenamentos jurídicos a exemplo do nosso, onde se adota, a partir de uma constituição normativa, um conceito formal de lei, apenas da constituição haveriam de provir restrições previamente dadas ao legislador, uma vez certo que apenas o poder constituinte está habilitado a condicionar a atividade de um poder constituído como poder legislativo. (FELDENS, 2005, p.38).

Na constituição de 1988, os direitos e garantias fundamentais foram alocados no título II, onde trata da igualdade perante a lei (FELDENS, 2012,p.37).

Art. 5 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (FELDENS, 2012, p.37).

Em uma análise, o que se vê é existir um descompasso muito grande entre o que o sistema penal almeja e o que ele realiza. Na criminologia dos dias atuais, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que eles atuem. Afirma, ZAFFARONI, que a programação legal baseia-se em uma realidade inexistente. Da mesma forma, os órgãos incumbidos de operacionalizar essa programação atuam de forma completamente diferente (ZAFFARONI, 1991, p.12).

ZAFFARONI (1991, p.13) continua: “é bastante claro que, enquanto o discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos – por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas –, os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa”.

1.1.4 A FUNÇÃO DO SISTEMA PENAL NO ESTADO MODERNO

Na ótica de Foucault as funções declaradas como justificadoras da atuação do sistema penal, em regra, são a defesa social, a intimidação (prevenção geral negativa) e a ressocialização (prevenção especial positiva). Por intimidação, pode-se entender que, ao atuar implacavelmente e indistintamente em defesa da sociedade, os delinquentes sentir-se-iam amedrontados de praticar qualquer ilícito, pois, por certo, seriam capturados na fina malha da justiça. Quanto à ressocialização, segundo o discurso oficial, a pena notadamente de prisão aplicada ao delinquente não é um castigo, mas sim um processo pelo qual o Estado irá ressocializá-lo, fazendo-o compreender que o crime não compensa. Tais discursos são muito alentadores, levando muitos a crer no discurso oficial de que o sistema penal é o garantidor de uma ordem social justa; contudo, seu desempenho real não se confirma. (FOUCAULT, 1977, p.234).

Conforme Foucault,

Não há uma justiça penal destinada a punir todas as práticas ilegais e que, para isso, utilize a polícia como auxiliar, e a prisão como instrumento punitivo, podendo deixar no rastro de sua ação o resíduo inassimilável da “delinquência”. Deve-se ver nessa justiça um instrumento para o controle diferencial das desigualdades [...] Os juízes são os empregados, que quase não se rebelam, desse mecanismo. Ajudam na medida de suas possibilidades a constituição da delinquência, ou seja, a diferenciação das ilegalidades, o controle, a colonização e a utilização de algumas delas pela ilegalidade da classe dominante.(FOUCAULT, 1977 p.234-235).

O sistema penal não pode eliminar as ilegalidades, mas sim geri-las de forma desigual, aplicando o poder punitivo de forma seletiva a certos indivíduos, que se encaixam em determinado estereótipo (FOUCAULT, 1977, p.75). Assim,

O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. (BATISTA, 1990, p.26).

Ao que se possa pensar ao contrário, a lógica, que desde a fundação do sistema penal orienta o seu funcionamento, não é a do tratamento igualitário, mas sim um tratamento desigual, diferenciando, selecionado, que inclui determinadas pessoas, de acordo com suas características sociais. O sistema também é colocado como justo, já que buscaria prevenir o delito, restringindo sua atuação aos limites da necessidade. Todavia, o que se vê, é que sua

atuação é repressiva, seja pela frustração de sua atividade preventiva, seja pela incapacidade de se regular a intensidade das respostas penais que o sistema busca (BATISTA, 1990, p.26).

Nos tradicionais discursos jurídicos, criminológico, policial, penitenciário, judicial e político proclamam o fim e a função preventiva do sistema penal. Isto pode ser entendido em dois sentidos: o sistema penal teria uma função preventiva tanto “especial” como “geral”, isto é, por um lado daria lugar à “ressocialização” do apenado e por outro advertiria ao resto sobre a inconveniência de imitar o delinquente. No que diz respeito ao primeiro, nos últimos anos se tem posto de manifesto que os sistemas penais, em lugar de “prevenir” futuras condutas delitivas, se convertem em condicionantes de ditas condutas, ou seja, de verdadeiras “carreiras criminais”. (ZAFFARONI, 2007, p.68-69).

Considerando a apregoada “ressocialização”, principalmente mediante tratamento nas instituições em que o sujeito passa prolongado período de tempo, estudos têm revelado os efeitos dessas instituições sobre a personalidade do apenado, notadamente a deterioração psíquica, muitas vezes irreversível, culminando na franca crise da ideologia do tratamento e na ideia geral de fracasso do sistema prisional (ZAFFARONI,2007,p.70).

Na mesma direção, apresenta-se o sistema penal como comprometido com a proteção da dignidade humana, mas a pena é estigmatizante e seletiva, promove uma degradação da figura social daqueles que cometem crime (BATISTA, 1990, p.26).

Desse modo,

Tudo isso demonstra que, ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza a certas pessoas segundo sua classe e posição social. [...] Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma conduzir-se por “estereótipos” que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades como permanentes suspeitos incrementa a estigmatização social do criminalizado. (ZAFFARONI, 2007, p.69).

Conforme Batista, a seletividade, repressividade e estigmatização são as características definidoras de sistemas penais como o nosso. Considerando essa ocorrência, o nosso sistema penal é reflexo de nosso sistema social, sendo que a estigmatização e a marginalização integram sua função política de perpetuação do atual modelo, em que o capital escraviza através da exploração das pessoas dos estratos sociais mais baixos. Para um olhar com amplitude, não se pode apegar-se somente à letra fria da lei, sem considerar a contradição que existe entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que executam nosso sistema penal (BATISTA, 1990, p.26).

“ Em definitivo, em um nível mais alto de abstração, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global; ou seja, das relações de poder e propriedade existentes, mais do que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos. (BARATTA, 1987, p.625 *apud* ANDRADE, 2003, p.56).

Em se tratando de uma última instância, da recondução do sistema penal a um sistema seletivo classista e de violência institucional como expressão e reprodução da violência estrutural, remete-se a uma injustiça social praticada pelo Estado (ANDRADE, 2003, p.56).

Dentre os objetivos ideológicos do aparelho penal, se resumem em duas metas: a repressão da criminalidade e o controle (e redução) do crime. No qual os objetivos reais do sistema carcerário aparecem em uma dupla reprodução: reprodução da criminalidade (recortando formas de criminalidade das classes dominadas e excluindo a criminalidade do colarinho branco) e reprodução das relações sociais (a repressão da criminalidade das classes dominadas funciona como tática de submissão ao poder econômico. (SANTOS, J. C., 1981, p.57).

Na mesma direção, Juarez Cirino dos Santos (1981, p.42) entende que isso ocorre, pois a atuação do sistema penal está atrelada ao sistema de produção e, por conseguinte, ao mercado de trabalho:

Está dividido em duas hipóteses: se a força de trabalho é insuficiente para as necessidades do mercado, a punição assume a forma de trabalho forçado, com finalidades produtivas e preservativas da mão-de-obra; se a força de trabalho é excedente das necessidades do mercado, a punição assume a forma de penas corporais, com destruição ou extermínio da mão-de-obra: a abundância torna desnecessária a preservação. (SANTOS, J. C., 1981, p.42).

Considerando essa teoria, ela exemplifica a relação existente entre o funcionamento e a evolução do sistema penal e as relações de classes, pois, são:

As relações do mercado de trabalho, no período capitalista, que explicam a generalização da prisão como método de controle e disciplina das relações de produção (fábrica) e de distribuição (mercado), com o objetivo de formar um novo tipo humano: a força de trabalho necessária e adequada ao aparelho produtivo Nacional. (SANTOS, J. C., 1981, p.43).

Foucault (1977, p.195) afirma o que chamou de a produção de “indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo” para objetivos econômicos específicos. O que se pretende com o encarceramento de determinado sujeito não é sua “ressocialização”, mas sua reconstituição como “sujeito obediente” às ordens, às regras, à autoridade, bem como sua adequação aos processos produtivos “com o aprendizado das regras da propriedade, a disciplina no trabalho produtivo, a estabilidade no emprego, na família, e no convívio social.”

(SANTOS, J. C.,1981, p.53, 58).

A estratégia de poder que o sistema penal representa (definida nas instituições jurídico-políticas do Estado), explicável como política das classes dominantes, para produção permanente de uma “ideologia de submissão” em todos os vigiados, corrigidos e utilizados na produção material de nosso sistema. (SANTOS, J. C., 1981, p . 44).

Em vez da ressocialização do prisioneiro, o que o sistema penal objetiva é a sua “domesticação” e reintegração à lógica do trabalho capitalista no mercado.

Conforme Andrade (1997, p.196), trata-se de aumentar a eficácia produtiva do homem e diminuir sua força política, garantindo e reproduzindo as relações de poder dentro da sociedade, em que os submissos são neutralizados politicamente e sofrem com a lógica do sistema.

Portanto, a apregoada busca pela “defesa social” por meio do sistema penal deve ser entendida como “defesa das condições morais materiais e ideológicas da sociedade capitalista em nosso sistema” (SANTOS, J. C., 1981, p.52, 64). O sistema penal é, então, o instrumento do qual as classes dominantes se valem para perpetuarem sua opressão sobre as classes dominadas e exploradas.

Infelizmente, não obstante o sempre crescente aumento da delinquência, a indução da reincidência, com a transformação do infrator ocasional em delinquente habitual, características mais marcantes do nosso aparelho penal, essa lógica fracassada de funcionamento vem garantido, há anos, a manutenção do sistema, onde quem comete crime, tem um signo, está marcado (SANTOS, J. C., 1981, p.56).

Na mesma direção, afirma Andrade,

Em definitivo, pois a matéria-prima do discurso dogmático racionalizador/garantidor é a dicotomia liberal Estado(poder punitivo) x indivíduo (liberdade individual), sob o signo dos limites, pois a questão central que condiciona é como e racionalizar, em concreto, o poder punitivo (violência física) face aos direitos individuais. (ANDRADE, 2003, p.123).

Aqui a moderna sociologia criminal não se limita, diferentemente das concepções sociológicas até aqui examinadas, a ressaltar a importância do meio ou entorno na gênese da criminalidade, senão que contempla o fato delitivo como fenômeno social e pretende explicá-lo em função de um determinado marco teórico (GOMES, 2010, p.281). Deste modo,

A sociologia criminal contemporânea tem um duplo entroncamento, o europeu e o norte-americano. O europeu está vinculado a Durkheim e é de tipo academicista (teoria da anomia). O norte-americano identifica-se com uma célebre escola: a Escola de Chicago, a partir da qual nasceram, progressivamente, os diversos esquemas teóricos (teorias ecológicas, sub-culturais, da aprendizagem, da reação social ou do etiquetamento etc). (GOMES, 2010, p.281).

Para FERRAJOLI, a expressão “autopoiesis” é utilizada por Niklas Luhmann para designar a característica autorreferencial que ele associa aos sistemas políticos: pode-se chamar “autopoieticas” as doutrinas do primeiro tipo e “heteropoieticas” as doutrinas do segundo. Para as doutrinas “autopoieticas”, o Estado é um fim, e encarna valores ético-políticos de característica suprassocial e supraindividual cuja conservação e reforço para o direito e os direitos não de ser funcionalizados. Para as doutrinas heteropoieticas, em vez disso, o estado é um meio legitimado, unicamente, pelo fim de garantir os direitos fundamentais⁴ do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola. Portanto,

O ponto de vista das doutrinas do primeiro tipo é unicamente aquele interno do estado, que enquanto fim ou valor, subordina a si mesmo seja a sociedade, sejam os indivíduos, e o ponto de vista das doutrinas do segundo tipo é sobretudo aquele externo da sociedade e das pessoas que a compõem, consideradas essas mesmas com fins e valores relativamente aos quais é o estado um meio instituído para sua tutela.(FERRAJOLI,2002, p.706).

Deste modo,

Não se buscaram as causas da criminalidade, a não ser partindo do pressuposto do livre-arbítrio. Dessa Forma, o grande protagonista do delito não ganhara a devida importância. Somente com o surgimento da criminologia (período científico), consequência de investigações, de que são ilustração a Psiquiatria de Pinel (1745-1826), a tese da loucura moral do criminoso Pichard e Despine, a Antropologia de Broce e Thompson, com referência obrigatória aos trabalhos de Darwin (1809-1882), Coube à escola Positiva estimular a busca das causas da criminalidade, realçando-se, dentre outras obras de Lombroso, Ferri e Di Túlio. Enquanto a Escola Clássica se preocupava em realçar quem é criminoso, a Escola positiva voltava atenção para explicar porque alguém comete delito. (SANTOS,2001 p.167- 168).

Para SANTOS, a sanção penal conjuga-se com o interesse da sociedade, mas na sanção civil dimensiona o dano moral ou material e a sanção disciplinar estabelece limite. Conforme Código Penal as sanções do direito administrativo sancionador, tanto para pessoas físicas como jurídicas, já podem iniciar com rol exposto nos arts. 43, 91 e 92 do CP e na lei de crimes

⁴ BIANCHINI, Edegar Hrycylo. J

ambientais com restrição àqueles que necessitam de atividade do agente-prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, dando primazia à interdição temporária de direitos como: passaporte, direitos políticos, perda de cargo, confisco de bens obtidos com a sonegação e restrições de créditos, – para desestimular o agente público a cometer falta. A infração penal tem como pressuposto a necessidade de realizar o interesse público de um lado que não haja delitos e de outro a sanção corresponder também o interesse social (SANTOS, 2001, p.168).

O direito alternativo (denominação imprópria), portanto, é preocupação com o Direito. Entre nós, impõe-se utilizar o pleonismo “direito justo”. Como se o Direito pudesse afastar-se da justiça. A solução alternativa rompe com o conservadorismo acomodado, enseja o tratamento jurídico correto, confere, sem dúvida, eficácia à vigência da norma jurídica (SANTOS, 2001, p.178).

Conforme FOUCAULT, os métodos permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e impõem uma relação de docilidade-utilidade (FOUCAULT, 2011, p.133).

Muitos processos disciplinares existiam há muito tempo: nos conventos, nos exércitos, nas oficinas também. Mas as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas gerais de dominação. Diferentes da escravidão, pois não se fundamentam numa relação de apropriação dos corpos; é até a elegância da disciplina dispensar essa relação custosa e violenta obtendo efeitos de utilidade pelo menos igualmente grandes. Diferentes também da domesticidade, que é uma relação de dominação constante, global, maciça, não analítica, ilimitada e estabelecida sob a forma da vontade singular do patrão, seu capricho. Diferente da vassalada que é uma relação de submissão altamente codificada, mas longínqua, e que se realiza menos sobre as operações do corpo que sobre os produtos do trabalho e as marcas rituais da obediência. (FOUCAULT, 2011, p.133).

Seletividade, estigmatização e repressividade são as características mais marcantes de sistemas penais como o nosso. Essa ocorrência é o reflexo, do nosso sistema penal e do nosso sistema social, sendo que a estigmatização e a marginalização integram sua função política de perpetuação do atual modelo de sociedade. O jurista não pode apegar-se somente à letra fria da lei sem considerar a contradição que existe entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam (BATISTA, 1990, p.26).

Porém, mais importante do que isto, estávamos paralelamente, como já frisado, recebendo a grande concepção da ciência criminal “total”, e ao lado da organização propedêutica que articulava o direito penal à política criminal e à criminologia, chegava também a racionalidade final, cujo manifesto fora a aula magna de 1882, quando Von Liszt assumia a cátedra em Marburgo. Ao romper com as fundações metafísicas da pena, decretando o “naufrágio” do empreendimento kantiano a respeito; ao derivar a pena, quanto a conteúdo, extensão, espécie e quantidade, diretamente da ideia de fim, Von Liszt construía a mais consistente versão de combate

do relativismo penal. Sua frase lapidar – “só a pena necessária é justa” – orientaria inúmeras formulações preventivistas, e constitui o antecedente doutrinário da polêmica quarta categoria do delito: a necessidade preventiva, que poderia excluir a pena ainda que afirmada a culpabilidade. O memorável ornejo de Manzini, considerando a filosofia “de todo supérflua”. Aníbal Bruno afirmava, em 1956, que “todos estão acordes em que o método no direito penal deve ser o técnico-jurídico”. Mas foi o neokantismo de Baden, com a divisão irremissível entre o mundo – e as ciências – do ser e do dever-ser, que consumaria a edificação de uma muralha entre os saberes jurídico e criminológico ou político-criminal. O penalismo neo-kantiano chegaria à América Latina não pelos trabalhos de Max Ernst Mayer ou de Gustavo Radbruch, e sim pela tradução do Tratado de Mezger, por Rodriguez Muñoz, em 1935. Heleno Fragoso afirmava que o direito penal se incluía “entre as ciências culturais, conforme a classificação que provém da filosofia dos valores”, e frisava que “não é missão do jurista estudar a realidade social para estabelecimento de conceitos”. O penalista seria, assim, meio parecido com o personagem da anedota, aquele paciente que, após três lustros de psicanálise, recebe alta e, encontrando na rua um amigo que lhe pergunta como vai, responde com um esgar: eu vou muito bem, a realidade é que é insuportável.

Que o assunto mais emocionante para penalistas, lecionando entre os escombros fumacentos do pós-guerra, fosse a polêmica causalismo-finalismo, é verdadeiramente de estarrecer. Tantas violações de velhos e bons princípios liberais; tantos oportunismos teóricos, com tantas adesões; tantas criminalizações do ser e do pensar; tantas sentenças e tantos assassinatos sem elas; tanta privação de liberdade, tanta vigilância; tantos campos, tantas mortes, tanta violência; quando, anteriormente, houve tanta pena, tanta pena, com todos os seus adereços institucionais e teóricos, intervindo num projeto político imperialista? E, não obstante, o melhor a fazer era discutir causalismo. (BATISTA, 2004 p.7-8-9).

Conforme Muñoz Conde apresentou em seu estudo sobre Mezger, há bons indícios de que o grande sucesso da polêmica causalismo-finalismo ajudou a manter a reflexão penalística longe do debate sobre a trágica experiência penal nazista, retirado para o ambiente mais rarefeito da filosofia do direito. O certo é que a polêmica entre uma teoria do delito – sucessora daquela de Von Liszt, e ainda causal-naturalista, mas que buscara na filosofia dos valores o expediente metodológico da normativização – e outra, nova, que se chamou “da ação final” ou “finalista”, dominaria o interesse dos penalistas na América Latina, até a década de oitenta (BATISTA, 2004, p.9).

Olhando-se de certo ângulo, nem polêmica havia, verdadeiramente. Quando Welzel elabora o primeiro finalismo, aquele da finalidade potencial, nos meados dos trinta, o princípio causal estava já completamente desacreditado no âmbito das ciências físicas. Como diz Prigogine, a física do não-equilíbrio e os sistemas dinâmicos instáveis significaram um abandono da visão científica clássica, que “privilegiava a ordem e a estabilidade”, questionada pelo reconhecimento, “em todos os níveis de observação”, do “papel primordial das flutuações e da instabilidade”. Na década anterior, Wittgenstein escrevera em seu *Tractatus Logico-philosophicus* essas palavras incisivas: “Da existência de uma situação qualquer não se pode, de maneira nenhuma, inferir a existência de uma situação completamente diferente dela. Um nexos causal que justificasse uma tal inferência não existe. Os eventos do futuro, não podemos derivá-los dos presentes. A crença no nexos causal é a superstição”. (BATISTA, (2004 p.7-8-9).

1.2 POLÍTICA CRIMINAL

Nesse mesmo sentido, pode-se conceituar, ainda, política criminal conforme JESUS, como o direito penal regula as relações do indivíduo com a sociedade. Por isso não pertence ao direito privado, mas sim ao público (JESUS, 2002, p.5).

As noções de direito objetivo e subjetivo decorrem do fato de o direito, através da determinação de normas, regular as condutas humanas e outorgar a alguém o poder de exercê-lo.

Como vimos, o direito penal tem na sanção o seu meio de ação. Com a abolição da vingança privada, só o Estado tem o direito de aplicar sanções. Só o estado é o titular do jus puniendi, que é o direito penal subjetivo. Mesmo nos casos de legítima defesa e de ação penal privada, o exercício desses direitos não é transferido ao particular, pois o Estado conserva o monopólio do direito de punir.

O direito penal objetivo é o próprio ordenamento jurídico-penal, correspondendo à sua definição.

De notar que o direito penal subjetivo – o direito de punir do estado tem limites no próprio direito penal objetivo. Não se compreende um jus puniendi ilimitado. A norma penal não cria direitos subjetivos somente para o estado, mas também para o cidadão. Se o Estado tem o jus puniendi, o cidadão tem o direito subjetivo de liberdade, que consiste em não ser punido senão de acordo com as normas ditadas pelo próprio estado. (JESUS, 2002, p.7).

Salo de Carvalho traz a teoria agnóstica da pena entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. O estudo das doutrinas da pena tradicionalmente principiam com a clássica dicotomia entre teorias absolutas (retributivas) e relativas (preventivas), conceituando modelos explicativos tidos como capazes de responder à indagação considerada como uma das mais importantes, não só do direito penal mas também da teoria política – Por quê punir (CARVALHO, 2007, p.3).

A estratégia do autor é baseada em formas de redução ou imposição mínima de sofrimento, buscando opções aos castigos e não castigos opcionais como as sanções alternativas e/ou substitutivas. Para o autor, os modelos punitivos se sustentam sobre falsas imagens do homem, da sociedade e das formas de controle da violência. Afirma também que um dos grandes problemas do sistema penal seria a aplicação de modelos classificatórios binários entre atos corretos ou incorretos, pessoas culpadas ou inocentes, produziria a destruição de laços societários horizontais. Defende como alternativa viável do sistema penal a construção de formas de justiça participativa e comunitária mais próximas das relações privadas e distantes do modelo processual sancionatório. O autor apresenta um novo processo de composição do conflito, seria a abdicação da privação e/ou restrição da liberdade pela

reparação ou indenização pelo dano causado, com isso direciona sua perspectiva à construção de espaços informais de manejo do conflito (CARVALHO, 2007, p.8).

Prevalece a tendência a considerar a pena detentiva como mais adequada, no seu caso, porque é menos comprometedora para o seu status social já baixo, e porque entra na imagem normal do que frequentemente acontece a indivíduos pertencentes a tais grupos sociais [...] Assim, as sanções que mais incidem sobre o status social são usadas, com preferência, contra aqueles cujo status social é mais baixo. (BARATTA, 2002, p.178).

No campo da criminologia crítica, a ação do Estado, não só no âmbito penal, reflete os interesses dos grupos sociais que detêm o poder econômico.

Nesse mesmo sentido, Ferrajoli contrapõe os modelos garantista e autoritário no direito penal, entendendo que a verdade substancial ou material. A que se aspira pelo modelo autoritário, é uma verdade absoluta, privada de limites legais procedimentais. Já a verdade formal ou processual, perseguida pelo modelo garantista ou formalístico, é alcançada com respeito aos estritos limites das regras procedimentais e das garantias de ampla defesa, restringindo-se somente aos fatos penalmente relevantes. O juízo penal, portanto, é um saber-poder, que é uma combinação de conhecimento (veritas) e de decisão (auctoritas) uma vez a justiça penal, do mesmo modo não se pautar inteiramente pela verdade. Também não pode abandoná-la, pois isso equivaleria ao arbítrio. Por isso mesmo autor afirma que, quanto maior for o saber, menor será o poder manifesto e vice-versa de modo que” as garantias penais e processuais, além de garantias de liberdade, são, também garantias de verdade; saber e poder contribuem em graus variados para a formação do juízo, de acordo com a circunstância de serem mais ou menos satisfatórias.

Gonçalves, Vanessa Chiari. A tortura como violência instituída e instrumento para a simulação do réu confesso. [] por Vanessa Chiari Gonçalves. (2011. p.61).

Conforme dados do Infopen, relatório mais recente, realizado em dezembro de 2012, o total de apenados no Brasil, incluindo-se todos os tipos de regimes, é de 548 003; considerando-se que o Brasil atualmente conta com a população de 201 milhões de habitantes, a população carcerária por 100 mil habitantes é de 287,31 presos. Em relação ao grau de escolaridade, observa-se no relatório, que apenas 4 335 dos apenados possuem ensino superior incompleto ou completo. O restante dos encarcerados, por sua vez, possuem pouca ou nenhuma escolaridade. A maioria é de jovens apenados com idade entre 18 e 29 anos, cumprindo algum tipo de pena. Com relação à etnia ou cor de pele, na maioria são considerados como pardos e negros, em segundo lugar os brancos, e os demais, amarelos, índios e outros. Acesso 11/04/2013 <http://portal.mj.gov.br/depen>

Conforme dados estatísticos, o que se conclui é que a população carcerária brasileira é formada majoritariamente por jovens pardos e negros com baixa escolaridade e que a grande maioria pertence aos estratos marginalizados da sociedade. Em uma perspectiva

da criminologia positivista, a delinquência é um sintoma revelador da personalidade socialmente perigosa de determinado indivíduo. A característica de periculosidade social é identificada pelos positivistas como uma anormalidade, e é usada como medida na captação do sujeito e aplicação de pena pelo sistema penal brasileiro. Essa tese é amplamente utilizada, é contraposta pela criminologia crítica, para quem o sistema penal age de forma seletiva sobre determinados indivíduos, além de considerar que a prática delituosa não é uma exceção, mas sim o comportamento da maioria dos indivíduos.

Com base na afirmação de que a maior parte da população carcerária no Brasil é formada por jovens “pardos e negros vindos dos estratos mais baixos da sociedade, faz-se necessário ponderar: serão esses mais propensos a práticas delituosas por razões físico-psíquicas que os diferenciam do homem médio? Ou será que é o sistema que produz a delinquência?” questiona Michel Foucault.

Assim comenta Batista (2004),

Tomei demasiadamente o tempo de todos, e me surpreendo ao constatar quantas linhas relevantes sobre estes movimentos deixei de desenvolver ou mesmo enunciar. Penso naqueles juízes brasileiros que, já lá se vão trinta anos, redescobriam Von Liszt de um modo intuitivo, chamando o argumento da política criminal para conter poder punitivo irracional perante situações nas quais faltava um dispositivo dogmático escusante, e o campo dos princípios constitucionais não estava desenvolvido como hoje. Penso nesses companheiros de minha geração, para concluir com um voto de esperança na superação do quadro preocupante dessas novas tendências do direito penal. (Batista,2004, p.21).

A prática de crimes contra o patrimônio, os furtos e roubos são praticados, em sua grande maioria, por indivíduos advindos da base da pirâmide social. Enquanto que os demais crimes que lesam o erário público e que refletem negativamente na sociedade, são praticados pelos detentores do poder político e econômico. No campo do discurso da “defesa social” não passa de mero instrumento legitimador dessa lógica do funcionamento do Sistema Penal, onde quem é condenado e preso é aquele indivíduo etiquetado como criminoso, oriundo dos estratos sociais mais baixos, em sua grande maioria e que, mesmo sem saber, se rebela contra a lógica do sistema. Em contrapartida, aqueles que de fato cometem crimes com reflexos socialmente negativos são ignorados pelo sistema penal, por exemplo, os crimes de colarinho branco (BARATTA, 2002, p.65).

O Poder Judiciário brasileiro recebe todos os impactos dessa política criminal e de seus fundamentos econômicos. No processo de minimização do Estado, está o Judiciário, imobilizado na camisa de força orçamentária tão cara ao FMI, sujeito a perdas e reduções, seja para soluções arbitrais, seja para jurisdições internacionais ou regionais. Perante o desmerecimento do espaço público, qualquer procedimento que possa envolver a responsabilização de um magistrado terá divulgação similar à de uma

catástrofe: hoje, no Brasil, aqueles que têm a responsabilidade funcional de velar pelo princípio da presunção de inocência dos cidadãos não desfrutam dessa garantia. Definitivamente, pretende-se que o Judiciário abandone sua missão, insubstituível para o estado de direito democrático, de conter todo o poder punitivo exercido inconstitucional, ilegal ou irracionalmente, para policizar-se, para ser um complacente espectador da criminalização secundária; para ser, numa palavra, uma espécie de capitão-do-mato dos foragidos da nova economia. Isto seria a ruína do Judiciário, seguida da ruína do estado de direito, com a implantação de um estado policial submisso à nova ditadura financeiro-virtual planetária.

O refinamento que o finalismo trouxe à teoria do delito chegou ao direito brasileiro – à parte os trabalhos precursores de Luiz Luisi e João Mestieri – na reforma da Parte Geral de 1984. Claro está que não chegou de modo ortodoxo: se a paixão de Assis Toledo pela intrincada questão do erro conduziu a uma disciplina enxuta e avançada, no tema da autoria e participação – que sofreu indiscutível aprimoramento – alguns passos adiante poderiam ter sido dados. A febre da imputação objetiva não cancela esses merecimentos, e será fácil, quando ultrapassada a tolice consumista de atirar-se ao último modelo, constatar que a novidade é pouca; ou o princípio da confiança, do risco permitido, e até da realização do risco no resultado – neste último caso, sob a designação de “determinação específica” – já não estavam, todos, na disciplina dos crimes culposos?(BATISTA, 2004, P, 20).

Pelo estado⁵ se mantêm os interesses, que são institucionalizados e instrumentalizados na hora de decidir quais são os bens e direitos que devem ser tutelados pelo direito penal, e, por

⁵ O fenômeno da globalização trouxe para o âmbito do controle penal uma série de transformações na forma de regulação legal erigida na modernidade. Diante da insegurança gerada pelo processo de globalização, nota-se um aumento na sua utilização, tanto simbólica quanto instrumental. No entanto, como alertam Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2002:19), é preciso distinguir as tendências político-criminais na era da globalização das transformações no âmbito da legislação penal.

Segundo estes autores, as principais tendências de política criminal no contexto contemporâneo seriam a descriminalização dos chamados crimes antiglobalização (descaminho, evasão de divisas, etc.); globalização da política criminal, especialmente no que tange à criminalidade transnacional; globalização da cooperação policial e judicial, mediante tratados ou acordos de cooperação bilaterais ou multilaterais; globalização da justiça criminal, com a criação do Tribunal Penal Internacional pelo Tratado de Roma. (Gomes; Bianchini, 2002:19-22).

Já no que diz respeito às transformações do direito penal, a globalização traria as seguintes consequências: a globalização dos crimes e dos criminosos, em razão das facilidades da globalização — livre circulação financeira, informatização — fazendo com que os crimes se globalizem (narcotráfico, tráfico de armas, de órgãos humanos, corrupção internacional); a globalização dos bens jurídicos, traduzindo a idéia da sociedade de risco, como a ecologia, genética, segurança nas comunicações; a globalização das vítimas, no sentido de que da vítima individual passou-se a ter a vítima coletiva, e, em alguns casos, a vítima planetária (como nos casos de delitos ambientais, vírus na informática, etc.); a globalização da explosão carcerária; a globalização da desformalização da justiça penal, reduzindo garantias penais e processuais, para que o sistema seja mais eficiente; a hipertrofia do Direito Penal, pela inflação legislativa (Gomes; Bianchini, 2002:22-26).

A "distorcionante" instrumentalização do direito penal (Gomes; Bianchini, 2002) está vinculada a vários fatores, podendo destacar-se, entre eles, as influências políticas e da mídia. Dadas as condições da realidade social, o Estado contemporâneo, que reduz a intervenção em matéria social, endurece a legislação penal, transformando o direito penal de forma de intervenção subsidiária em principal forma de combate aos problemas sociais. Analisando aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, o criminólogo espanhol Jesus-María Silva Sanchez constata a existência de uma tendência dominante na grande maioria dos países no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento das penas para os já existentes, fato que o leva a caracterizar o momento atual como de expansão do direito penal (Silva Sánchez, 2002:21). Rejeitando uma explicação simplista para este fato, como a daqueles que afirmam que o mesmo se deve à perversidade dos

consequente, quem são os sujeitos que deverão ser perseguidos criminalmente, as diferentes taxas de criminalidade apresentadas pelos diversos estratos sociais, em particular, a alta taxa de criminalidade apresentada pelos estratos sociais mais débeis (BARATTA, 2002, p.135-136).

A pena criminal, seus regimes de execução e substitutivos penais, explicam a teoria do direito penal e, conseqüentemente, a dogmática penal: como a existência da pena pressupõe a existência do crime, segundo as definições do poder constituído em determinada sociedade, é necessário saber se existe crime para decidir quando e contra quem aplicar pena: inversamente, a aplicação da pena no caso concreto pressupõe a existência de uma teoria de crime capaz de definir as situações reais de aplicação de pena, e de uma teoria da lei penal/fundada nos princípios constitucionais sobre crime e pena do estado democrático de direito (SANTOS, 2005, p.57).

[1] Preconiza a lei e ordem como um movimento de nome adequado, porém inadequado em sua formação, que se vulgarizou no terreno de Políticas Criminais para designar o gigante punitivo, preconizando o fortalecimento da punição e da prisão, violando o ideal constitucional do Estado Democrático de Direito).

gestores do aparato estatal e dos legisladores, na busca permanente de uma solução fácil e simbólica aos problemas sociais mediante a legislação penal, Silva Sánchez reconhece que a questão é mais complexa, e, na linha de David Garland (2001), procura relacionar o fenômeno com causas mais profundas e múltiplas, que têm suas raízes no modelo social que vem se configurando no decorrer das últimas décadas.

Por um lado, há que reconhecer a existência de uma verdadeira demanda social por mais proteção frente ao incremento da criminalidade, canalizada de modo mais ou menos irracional como demanda de punição. Para Silva Sánchez, "a profundidade e a extensão das bases sociais da atual tendência expansiva do direito penal não têm nada a ver com as que na década de 70 — e posteriores — respaldavam o movimento, inicialmente norte-americano, de *law and order*" (Silva Sánchez, 2002:224). Naquele momento, enquanto alguns setores apoiavam propostas de reação legal, judicial e policial mais contundentes contra a criminalidade urbana violenta, outros — os excluídos, os intelectuais e os movimentos de direitos humanos — opunham-se a elas. A atual tendência expansiva, ao contrário, mostra uma ampla unanimidade, um consenso quase geral, sobre as virtudes do direito penal como instrumento de proteção dos cidadãos.

A partir desta matriz explicativa, é possível compreender a complexidade do processo de transformação do controle penal nas sociedades contemporâneas, em que convivem mudanças no sentido de um abrandamento dos mecanismos de controle, especialmente por mecanismos terapêuticos ou compensatórios, com a tendência a optar pela alternativa repressiva ou carcerária para a tutela de um número cada vez maior de interesses e para a solução de conflitos sociais.

O resultado de todo este conjunto de mudanças no âmbito do controle penal ainda não está de todo claro, e é muitas vezes paradoxal e ambíguo. De um lado, não se pode negar uma ampliação das possibilidades de controle por parte do Estado. De outro, a complexidade do contexto social em que operam os mecanismos de controle, e as dificuldades de gerenciamento do próprio aparato punitivo, são de tal ordem que cada vez mais se torna fictícia a idéia de um monopólio dos meios de violência legítima por parte do mesmo, assim como se reforçam as características de seletividade do sistema e a impunidade para a maioria dos delitos. Budó, Marília Denardin. "O Espetáculo do crime no jornal: da construção social da criminalidade à relegitimação do sistema penal." *Congresso Latino-americano de Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico*. 2008.

[2] Tal pensamento é reforçado por BARATTA em seu livro *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal*, que afirma que a criminalização secundária incide sobre o sujeito e a criminalização primária orienta-se para a conduta desviada.

[3] Os autores deste *paper* acreditam que, apesar da complexidade e boa explanação de Alessandro Baratta a respeito da estigmatização acerca do perfil do criminoso, ela peca por não explicitar quais são as condutas elencadas como criminosas, e nem o porquê de umas serem consideradas assim e outras não.

[4] A respeito disso, Vera de Andrade cita Baratta (2003, p.56) “em um nível mais alto de abstração, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global; ou seja, das relações de poder e propriedade existentes, mais do que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos” Miranda, Jéssica Gaspar. "A SELETIVIDADE PENAL EA MÍDIA COMO LEGISLADORA."
<http://www.webartigos.com/artigos/a-seletividade-penal-e-a-midia-como-legisladora/100151/#ixzz2VrzsDYdy>

Batista (2002, p.273) salienta:

O compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendimento neoliberal é a chave de compreensão dessa especial vinculação mídia-sistema penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam. O novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena; antes de mais nada, crêem na pena como ritmo sagrado de solução de conflitos.

A televisão como meio da mídia mais efetivo acaba por funcionar como fator estruturador fundamental para o exercício do sistema penal, seja por, exibir programas (desenhos, novelas, séries) onde sempre há a figura do bem lutando para extirpar o mau, acabando desta forma marcando o tipo criminoso na sociedade.

Para Galeano (1996, p.15):

Ao se apoderarem dos fetiches que oferecem existência às pessoas, cada assaltante quer ser como sua vítima. A televisão oferece o serviço completo: não apenas ensina a confundir a qualidade de vida com quantidade de coisas, como oferece cotidianos cursos audiovisuais, que os videogames completam. O crime é espetáculo de maior êxito na telinha.

A mídia cria na sociedade um sentimento de total tranquilidade, onde o medo contagia a todos de tal forma que o cidadão tem na sua segurança sua principal preocupação. O medo e a insegurança viraram, por consequência do noticiário, o tema central do século XXI. (GUIMARÃES, 2006, p.270).

Esta doutrina é instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e problemas no espaço público, alimentando assim um sentimento difuso de insegurança ou mesmo simplesmente de tenaz incomodo e de inconveniência. Facilitando a amálgama com a imigração, os delinquentes (reais ou imaginários), os sem-teto, os mendigos e outros marginais são assimilados como invasores estrangeiros, elementos alógenos que devem ser

expurgados do corpo social, o que acaba trazendo resultantes eleitorais positivos nos países varridos por fortes correntes xenófobas.

Diante do que fora exposto, podemos concluir que sistemas informais, como a mídia, exercem forte influência no meio social, político, participando de forma incisiva do legislativo. Os meios de comunicação são uma forma de quarto poder, pois, têm uma influência quase tão grande (se não a mesma) dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário). Miranda, Jéssica Gaspar. "A SELETIVIDADE PENAL EA MÍDIA COMO LEGISLADORA."

Conforme MIRANDA cita em seu artigo sobre a mídia que exerce forte influência no meio social, participando de forma incisiva no poder legislativo, afirma também que a mídia é o quarto poder.

A seletividade na execução penal se confirma com dados, de posição do MP sobre quem comete crimes, uma prova do etiquetamento.

No caso apontado como objeto de análise, entendo que se existem pessoas, nas instituições, que agem desta forma, isto se torna (também) um problema institucional. Posso estar totalmente equivocado, mas tenho a impressão que não. E penso que a crítica também deva ser dirigida à instituição quando (1º) o prolator do discurso se identifica como membro da instituição; e quando (2º) o prolator do discurso atua no exercício de suas funções institucionais. Conforme afirma Salo de Carvalho, sobre o promotor do caso do Ministério Público de São Paulo, sobre acusação de policial militar onde o promotor afirma quem dá tiro tem que levar tiro. Conforme afirma Salo de Carvalho em seu blog.

A criminologia crítica insere o sistema penal em sua base normativa, o direito penal na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e trata de investigar o discurso penal as funções ideológicas a proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática, fazer aparecer o invisível (BATISTA, 1990, p32-33).

Conforme Batista (1990, p.34),

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal.

Conforme DIAS e ANDRADE, Manuel da Costa, nessa mesma direção, conceitua,, ainda, política criminal como:

Conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos das penas, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas. (DIAS e ANDRADE,Manuel da Costa, 1992, p.93).

E o seu propósito de garantia dos direitos fundamentais: mas que se move, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e realização de todas as condições (sociais, culturais e econômicas de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem (DIAS e ANDRADE,Manuel da Costa, p.95).

2. SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

2.1 O MITO DO DIREITO PENAL IGUALITÁRIO

Para avaliar o mito do direito penal igualitário, conforme Juarez Cirino dos Santos, deve-se valer das teorias da pena.

1. A pena como retribuição de culpabilidade: a pena como retribuição do crime no sentido religioso de expiação ou sentido jurídico de compensação da culpabilidade, característica do direito penal clássico, representa a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessária para realizar justiça ou restabelecer o direito (SANTOS, 2005 p.3).

2. A pena como prevenção especial: a função de prevenção da pena criminal, dominante no direito penal dos séculos XIX e XX, é atribuição legal dos sujeitos da aplicação e da execução penal: primeiro, o programa de prevenção especial é definido pelo juiz no momento de aplicação da pena, através da sentença criminal, individualizada conforme necessário e suficiente para prevenir o crime (art. 59 CP); segundo, o programa de prevenção especial definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da execução da pena criminal (SANTOS, 2005 p.6).

3. A pena como prevenção geral: a função da prevenção geral atribuída à pena criminal igualmente tem por objetivo evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga e uma forma positiva pós-moderna, a forma tradicional de incriminação penal, expressa na célebre teoria da coação psicológica de FEUERBACH (1775-1833), representa a dimensão negativa da prevenção geral: o estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena (SANTOS, 2005, p.9).

4. As teorias unificadas: a pena como retribuição e prevenção. Finalmente, as modernas teorias unificadas da pena criminal representam uma combinação das teorias isoladas, realizada com o objetivo de superar as deficiências individuais de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas ou manifestas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal (SANTOS, 2005, p.12).

Assim, a pena representaria (a) retribuição do injusto realizado mediante compensação ou expiação da culpabilidade; (b) prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor; e, finalmente, (c) prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica (SANTOS, 2005, p.12).

No Brasil, o código penal consagra as teorias unificadas ao determinar a aplicação da pena” conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (art. 59, CP): a reprovação exprime a ideia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime abrange as modalidades de prevenção especial (neutralização e correção do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal.(SANTOS, 2005, p.13).

A adoção das teorias unificadas é dominante na literatura penal, apesar da ênfase incidir ora sobre uma, ora sobre outra teoria particular: por exemplo, JESCHEK e WEIGEND colocaram a ênfase na retribuição, onde as funções repressivas e preventivas cumprem o objetivo de prevenir futuras violações do direito. ROXIN adota as teorias preventivas unidas – porque as normas penais protegem a liberdade individual e a ordem social –, mas integradas pelo princípio da culpabilidade da teoria da retribuição como critério limitador da pena (SANTOS 2005, p.13).

A constituição Federal de 1988, no caput. do artigo⁶ 5º, onde trata dos direitos e garantias fundamentais diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Conforme já explanado no capítulo anterior deste trabalho, o funcionamento do nosso sistema penal atua em sentido contrário a essa garantia constitucional de isonomia de tratamento perante a lei. A razão desse tratamento desigual é perpetuar a opressão de uma

⁶ Artigo 5º CF/88 Incisos

XXXIX não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

classe social mais forte sobre outra mais fraca. Historicamente, o objetivo é manter o domínio daqueles que possuem o poder econômico e, subsidiariamente, estigmatizar, etiquetar aqueles que furtam a propriedade dos opressores para subsistir, ao invés de se conformar com a lógica da política capitalista de concentração da renda.

Nesse sentido, para que essa lógica punitiva funcione como esperado, e sem criar alarde, é necessário construir discursos legitimadores como o da “defesa social”, da “ressocialização”, entre outros sustentados pelo discurso jurídico-penal e pela dogmática jurídica.

Em uma análise minuciosa do nosso sistema punitivo e dos resultados de pesquisas empíricas sobre os mecanismos de criminalização, estes podem ser condensados em três proposições que constituem uma negação radical do “mito do direito penal como⁷ igualitário” que está na base ideológica da defesa social:

⁷ DEC. Nº 678, DE 6 /11/ 1992 Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos(Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

ARTIGO 7

Direito à Liberdade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo

a) o direito penal não defende a todos e somente os bens essenciais nos quais todos os cidadãos estão igualmente interessados e quando castiga as ofensas aos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo parcial (fragmentário); b) a lei penal não é igual para todos. O status criminal é desigualmente distribuído entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e da distribuição do status de criminal é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, pois estas não constituem as principais variáveis da reação criminalizadora e de sua intensidade. (ANDRADE, 2003, p.282).

Com uma fé, a crença cega na igualdade do direito penal contribui no sentido de mistificar os mecanismos de uma seleção e estigmatização dos “clientes” do nosso sistema penal.

[...] uma aparência de racionalidade aos mesmos processos de estigmatização que no Antigo Regime tiveram lugar sobre a base de crenças ou adesões de fé. A verdade da ciência substitui a verdade da fé em sua justificação da discriminação e desigualdade perante a lei penal. Não é necessário acudir aos planteamentos da mais-valia para concluir que a questão criminal não é congênita a um determinado grupo social. (RAMIREZ, 1987, p.18 *apud* ANDRADE, 2003, p.271).

razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação pena formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos. g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

ARTIGO 9

Princípio da Legalidade e da Retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

Precisamente no mesmo sentido, Andrade (2003, p.270) coloca que:

A clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham uma maior tendência de para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes. As possibilidades (chances) de resultar etiquetado, com as graves consequências que isto implica, se encontram desigualmente distribuídas.

2.2 A TEORIA DO ETIQUETAMENTO

É uma teoria que parte da premissa que determinados indivíduos são “etiquetados” como criminosos, como, por exemplo, aqueles advindos da base da pirâmide social, como se somente eles fossem capazes de praticar delitos. Exemplos de processo de rotulação de pessoas com fortes traços estigmatizantes são encontrados na criminologia positivista, amplamente adotada pelo sistema penal brasileiro:

A criminalidade é o atributo de uma minoria de indivíduos socialmente perigosos que, seja devida a anomalias físicas (biopsicológicas) ou fatores ambientais e sociais, possuem uma maior tendência de delinquir. Sendo um sintoma revelador da personalidade mais ou menos perigosa (anti-social) de seu autor, para a qual se deve dirigir uma adequada defesa social, a criminalidade constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais. (FERRI, 1931 apud ANDRADE, 2003, p.263-264).

Trata-se da reprodução do mal e da culpa na figura do “bode expiatório”, substituindo as funções preventivas e éticas nas quais se baseia a ideologia penal tradicional (ANDRADE, 2003, p.201).

Em uma mesma definição, Andrade (2003, p.205), coloca que o *labelling*,

Parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição ou seleção.

A teoria Freudiana do delito por sentimento de culpa e as teorias psicanalíticas da sociedade punitiva partem da ideia de que o crime não é uma qualidade ontológica da ação criminosa, distingue do homem normal devido à estigmatização que sofre. Daí que o tema

central desta perspectiva criminológica seja precisamente o estudo do processo de interação, no termo do qual um indivíduo é estigmatizado como delinquente (BARATTA, 2002 p.48, 49).

As teorias sociológicas destroçaram progressivamente os princípios singulares integrantes da ideologia da defesa social, até os atingir, utilizando um novo enfoque, – o assim chamado enfoque do etiquetamento ou da reação social (*labelling approach*). De fato, as teorias criminológicas da reação social e as compreendidas no movimento da criminologia crítica – como se verá – deslocaram o foco de análise do fenômeno criminal, do sujeito criminalizado para o sistema penal e os processos de criminalização que dele fazem parte, e, mais em geral, para todo o sistema da reação social ao desvio.

Aqui se refere às teorias psicanalíticas da criminalidade, no âmbito onde se pode distinguir pelo menos dois grandes filões de pensamento, embora estreitamente ligados entre si. O primeiro, e o mais importante destes dois filões, se refere à explicação do comportamento criminoso, e teve um riquíssimo desenvolvimento a partir de Freud para chegar – na literatura de língua alemã – até os recentes trabalhos de Tilman Moser. Tais teorias têm a sua riqueza na doutrina freudiana da neurose e na aplicação dela, que o próprio Freud fez para explicar certas formas de comportamento delituoso. Segundo Freud, a repressão de instintos delituosos pela ação do superego não destrói estes instintos, mas deixa que estes se sedimentem no inconsciente. Esses instintos são acompanhados, no inconsciente, por um sentimento de culpa, uma tendência à confissão. Deste ponto de vista, a teoria psicanalista do comportamento criminoso representa uma radical negação do tradicional conceito de culpabilidade e, portanto, também de todo direito penal, baseado no princípio de culpabilidade (BARATTA, 2002 p.49-50).

Sobre o sistema penal e reprodução da realidade social, pode-se dizer que " as "chances" ou "riscos" de ser etiquetado como delinquente não dependem tanto da conduta executada (delito), senão da posição do indivíduo na pirâmide social". (BARATTA, 2002 p, 171). Conforme Baratta, o sistema escolar é como o primeiro segmento do aparato de seleção e de marginalização na sociedade. Pesquisas sobre o sistema escolar faz permitir atribuir-se ao novo sistema global de controle social, através da socialização institucional⁸, a mesma função de

⁸ A instituição do direito penal pode ser considerada, ao lado das instituições de socialização, como a instância de asseguramento da realidade social. O direito penal realiza, no extremo inferior do continuum, o que a escola realiza na zona média e superior dele: a separação do joio do trigo, cujo efeito ao mesmo tempo constitui e legítima a escala social existente e, desse modo, assegura uma parte essencial da realidade social. Baratta, 2002 p.171 e 172.

seleção e de marginalização que era atribuída ao sistema penal, por quem repercorre a história sem idealizá-la (BARATTA, 2002, p.171).

A história do sistema punitivo – escreve Rusche – é mais que a história de um suposto desenvolvimento autônomo de algumas instituições jurídicas. É a história das relações das duas nações como chamava Disraeli, das quais são compostos os povos: os ricos e os pobres. A complementaridade das funções exercidas pelo sistema escolar e pelo penal responde à exigência de reproduzir e assegurar as relações sociais existentes, isto é, de conservar a realidade social. A realidade se manifesta com uma desigual distribuição dos recursos e dos benefícios, correspondentes a uma estratificação em cujo fundo a sociedade capitalista desenvolve zonas consistentes de subdesenvolvimento e de marginalização. (BARATTA, 2002, p.171).

As pessoas oriundas dos estratos sociais mais baixos, quando precisam de defesa em processo criminal, são discriminadas pelo Estado, pelo fato de o Estado não oferecer defensores suficientes para atender o que a lei determina. Conforme CALAMANDREI, o Estado deve oferecer o patrocínio gratuito –“o caráter” de uma função pública exigida no interesse da justiça. O Estado tem o dever de garantir também aos necessitados a possibilidade de serem gratuitamente representados e defendidos nos processos civis e penais de modo tão eficaz e acurado (o que seria ao menos desejável) como aquele propiciado às pessoas que possuem meios para estipendiar um defensor qualificado (TUCCI, 2004 p.93).

A consequência da teoria do etiquetamento é resultado de um sistema penal de atuação desigual e seletiva, onde a pessoa do etiquetado é mais importante do que seu comportamento.

[...] os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais (estranhos). Desde este ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um “ofensor”. O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta); a conduta desviante é a conduta assim chamada pela gente.(BECKER, 1971, p.19 *apud* ANDRADE, 2003, p.206).

2.3 A CIFRA NEGRA E A CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO

Merton, nas diversas elaborações de sua teoria, continua a insistir sobre a particular exposição dos estratos sociais inferiores à delinquência inovadora. Ele adverte no curso de sua obra, cada vez mais, a sugestão proveniente de duas perspectivas criminológicas contemporâneas, adequadas para integrar ou corrigir a sua primitiva construção, das quais, para os fins deste discurso, ocupar-se-á adiante. Trata-se, de um lado, das pesquisas sobre criminalidade do colarinho branco e das teorias respectivas de E.H. Sutherland. Por outro lado,

das pesquisas e teorias de A.K. Cohen entre outros, sobre subculturas criminosas (BARATTA, 2002, p.65).

As primeiras mostravam quão grande era a discrepância entre estatísticas oficiais da criminalidade e a criminalidade oculta, especialmente no caso da criminalidade, predominantemente econômica, de pessoas ocupantes de posições sociais de prestígio. Por isso, na teoria da maior exposição dos estratos sociais inferiores a delinquência era integrada com estes dados, e o princípio da específica exposição das classes pobres ao desvio inovador encontra um terreno fecundo de controle, devendo-se verificar até que ponto a criminalidade de colarinho branco podia explicar-se com a discrepância entre fins culturais e acesso aos meios institucionais. Sutherland, no seu fundamental ensaio de 1940, se servia precisamente de dados por ele analisados sobre a cifra negra da criminalidade de colarinho branco, para projetar, em alternativa à teoria funcionalista, a sua teoria da associação diferencial. Segundo esta teoria como será exposto em seguida, a criminalidade, como qualquer outro modelo de comportamento, se aprende (aprendizagem de fins e de técnicas) conforme contatos específicos aos quais está exposto o sujeito, no seu ambiente social e profissional. (BARATTA, 2002, p.65-66).

Para Merton, a análise da criminalidade de colarinho branco constituía, ao contrário, principalmente um esforço da sua tese sobre o desvio inovador: a classe dos homens de negócio, da qual se recruta grande parte dessa população amplamente desviante, mas escassamente perseguida, corresponde, de fato, ao tipo caracterizado pela proposta inovadora. Estes sujeitos, observa Merton, aderem e personificam decididamente o fim social dominante na sociedade norte-americana (o sucesso econômico) sem ter interiorizado as normas institucionais, através das quais são determinadas as modalidades e os meios para a obtenção dos fins culturais (BARATTA, 2002 p.65 e 66).

Além dos problemas teóricos e metodológicos relativos à definição de criminalidade e ao conceito de realidade social, que influenciaram o surgimento do *labelling approach* na sociedade criminal, não só do interior da literatura específica, mas também de outros setores da moderna sociologia, influenciaram não pouco sobre o deslocamento do ponto de partida, do comportamento desviante para os mecanismos de reação e de seleção da população criminosa, as aquisições da sociologia criminal dos últimos decênios, relativas a dois novos campos de investigação; a) a criminalidade de colarinho branco; b) a cifra negra da criminalidade e a crítica das estatísticas criminais oficiais (BARATTA, 2002 p.101).

Conforme Paulo Queiroz afirma sobre uma concepção idealista e a crítica de direito ou justiça, desconsidera todo conhecimento criminológico acerca da realidade operativa dos sistemas penais (QUEIROZ, 2008, p.32):

Assim, por exemplo, desconhecem as limitações estruturais da intervenção penal, como as cifras ocultas da criminalidade, isto é a circunstância de que o direito penal intervém em casos isolados e excepcionais uma vez que a maior parte dos passíveis de intervenção penal não são apurados ou castigados, ficando impunes. Ignoram ainda que o direito penal é um sistema injusto e desigual, vez que seleciona sua clientela invariavelmente entre os setores mais vulneráveis e pobres da população. Além disso, a pretexto de combater a criminalidade, comete-se toda sorte de injustiças (violação sistemática dos mais elementares direitos humanos).(QUEIROZ,2008 p.32).

2.4 SELETIVIDADE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DO SISTEMA PENAL

O fenômeno do crime, ou delito, como se queira dizer, é bastante democrático. O dono do banco assalta o indivíduo de forma diferente daquela que outro indivíduo o faz ao entrar pela porta da frente com uma arma na mão. Entretanto, há a perpetração de uma conduta delituosa nos dois exemplos. Essas constatações são possíveis graças à mudança de enfoque no estudo dos fenômenos criminais e seus atores, como afirma BARATTA.

A linha principal de uma política criminal alternativa se basearia na diferenciação da criminalidade pela posição social do autor: ações criminosas das classes subalternas, como os crimes patrimoniais, por exemplo, expressariam contradições das relações de produção e distribuição, como respostas individuais inadequadas de sujeitos em condições sociais adversas; ações criminosas das classes superiores, como criminalidade econômica, dos detentores do poder, ou crime organizado, exprimiriam a relação funcional entre processos políticos e mecanismos legais e ilegais de acumulação de capital.

Essa diferenciação fundamentaria orientações divergentes: por um lado, redução do sistema punitivo mediante despenalização da criminalidade comum e substituição de sanções penais por controles sociais não-estigmatizantes; por outro lado, ampliação do sistema punitivo para proteger interesses individuais e comunitários em áreas de saúde, ecologia e segurança do trabalho, revigorando a repressão da criminalidade econômica, do poder político e do crime organizado. (BARATTA,2002p.19).

Conforme Baratta, as teorias baseadas sobre as características biológicas e psicológicas são o que diferencia os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais”, e sobre a negação do livre arbítrio mediante um rígido determinismo. Essas teorias eram próprias da criminologia positivista que inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista; predominou entre o final do século passado e princípios deste (BARATTA, 2002 p.29).

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo – quem é criminoso; como alguém se torna desviante; em quais condições um condenado se torna reincidente; com que

meios se pode exercer controle sobre o criminoso. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labelling approach*, se perguntam: quem é definido como desviante; que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo; em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição. Enfim, quem define quem, a pergunta relativa à natureza do sujeito e do objeto na definição do comportamento desviante orientou a pesquisa do *labelling approach* em duas direções: uma direção ao estudo da formação da identidade desviante e do que se define como desvio secundário, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de criminoso (ou também de doente mental) sobre a pessoa em que se aplica a etiqueta; a outra direção conduz ao problema de definição da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamentos e a indivíduos no curso da interação e, por isso, conduz também para o problema da distribuição do poder de definição para o estudo dos que detêm, em maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, para o estudo das agências de controle social. O comportamento desviante como comportamento rotulado (BARATTA, 2002 p.88 - 89).

CONCLUSÃO

De acordo com a abordagem Positivista, a função teleológica da pena e a prevenção especial ressocializariam e neutralizariam o criminoso; contudo, a sociedade encontra-se em uma condição indefesa diante de criminosos cujo perfil é de alta periculosidade. Nas esferas do modelo da defesa social, a abordagem humanista oscila entre o filantropismo e o controle social intenso dentro da sociedade, cujo discurso tem um viés reformista no tratamento do delinquente, considerando sua história biológica e bagagem psicológica; duplicidade de abstração explicada como característica intelectual da filosofia. Destarte, a reação penal se aplica de modo igualitário aos autores de delitos, e essa reação tem como base a ideologia de um sistema penal baseado na defesa social.

Em nosso ordenamento jurídico-penal, o Estado moderno avoca para si a responsabilidade de resolver conflitos entre os particulares, atuando como um instrumento de manutenção desse monopólio da violência pelo Estado. Sua premissa maior é a defesa social. O que se esperava do sistema penal, então, em sua busca pela manutenção de uma ordem social justa e igualitária, é que atuasse em favor da sociedade em sua amplitude de modo que a todos fosse assegurado o direito de um tratamento igualitário.

Importante ressaltar, nossa Constituição Federal, em seu texto, trata das normas que buscam essencialmente proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos e a limitação do poder repressivo do Estado. Em seu princípio da isonomia, todos são iguais perante a lei independentemente de qualquer fator, consagrado no caput do art. 5º da nossa Constituição. Este constitui direito fundamental do indivíduo no Estado democrático de direito.

Contudo, vive-se em uma sociedade cuja desigualdade social é dos seus signos mais proeminentes, e cujo sistema penal tem em seu efetivo funcionamento uma realidade destoante da função – que supõe e declara ser – de defensor da sociedade. Desta forma, o sistema penal vê-se considerado como apenas mais um dos instrumentos de perpetuação desse modelo, onde reina e prevalece a desigualdade social. Age, ao invés, de forma seletiva contra indivíduos que se encontram nos estratos sociais mais baixos da população.

A partir dos sistemas fontes de informação, estatísticas oficiais e influência da mídia, constata-se que a criminalidade não é um fenômeno cujos atores se restringem às origens dos estratos mais baixos da sociedade, estão, eles, distribuídos em todas as classes sociais, com tipicidades diferentes de crimes. No entanto, na realidade, depara-se com um sistema penal atuando quase que exclusivamente contra aqueles indivíduos e contra os crimes típicos dos estratos sociais inferiores e marginalizados.

Por sua vez, a mídia incita na sociedade a sensação e o sentimento de total intranquilidade, e traz como manchetes principais de seus noticiários – o medo e a insegurança –, o tema central do século.

Relevante mencionar que os grupos “sem-teto”, “sem-terra”, e outros movimentos sociais são muitas vezes considerados como criminosos, dependendo da ótica com que a mídia os aborda. Mídia, esta, que exerce forte influência no meio social, econômico, político – que inclusive influencia de forma incisiva nas decisões do poder legislativo. Os meios de comunicação são uma forma de quarto poder.

Cabe ponderar que a enorme maioria da população carcerária brasileira foi incursa na prática de crimes contra o patrimônio particular, muitas vezes sem relevância social alguma; enquanto que aqueles socialmente privilegiados, que cometeram crimes econômicos e políticos, com terríveis reflexos sociais, em sua enorme maioria, senão em sua totalidade, “escapam” impunes. Há também que ser mencionadas as condutas delituosas cometidas diariamente por pessoas que não se encaixam no estereótipo de delinquente, e que são sistematicamente ignoradas pelo sistema penal, por exemplo, os da “cifra negra” e do “colarinho branco”.

O desenvolvimento da explanação em tela vem a reforçar a afirmação do estigma que os estratos sociais mais baixos sofrem diante da atuação do aparato estatal na política criminal contra o determinado grupo dos indivíduos estereotipados.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora,2003.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução a sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia,2002.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro : Revan, 1990.
- BATISTA, Nilo. "Novas tendências do direito penal." *Rio de Janeiro: Revan*(2004).
- BIANCHINI, Edegar Hrycylo. *Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica- Campinas São Paulo: Servanda Editora, 2012.*
- BUDÓ, Marília Denardin. "O Espetáculo do crime no jornal: da construção social da criminalidade à relegitimação do sistema penal." *Congresso Latino-americano de Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico*. 2008.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia- 4 ed*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2011.
- CARVALHO, Salo de. *Crítica À Execução Penal*. 2 Ed. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3 ed. Revista atualizada. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro,2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra : Coimbra Ed, 1992.
- E. Raul ZAFFARONI, Nilo BATISTA , Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – 3 ed*. Rio de Janeiro: Revan, 2003
- FELDENS, Luciano: *a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais/ Porto Alegre: livraria do advogado ed. 2005.*
- FELDENS,Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: : a constituição penal/ 2 ed*. Ver. e ampl. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.*
- FOUCAULT,Michel.*Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 39 ed.Petrópolis,RJ Vozes, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir : nascimento da prisão*. Petrópolis : Vozes, 1977

GOMES, Luiz Flávio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais Luiz Flavio Gomes, Antonio Garcia – Pablos de Molina. 7 ed. Reform. Atual. E ampl.- São Paulo Editora revista dos tribunais, 2010.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. A tortura como violência instituída e instrumento para a simulação do réu confesso [manuscrito] / por Vanessa Chiari Gonçalves. – 2011.272 f.

JAKOBS, Guinther. Direito penal do inimigo: noções e críticas. 4 ed. atual. E ampl. 2 tir.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

JESUS, Damásio E. de, 1935- Direito penal – São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRANDA, Jéssica Gaspar."A SELETIVIDADE PENAL E A MÍDIA COMO LEGISLADORA."

QUEIROZ, Paulo. Funções do direito penal:legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3 ed. rev. E atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro : Forense, 1981

SANTOS, Juarez Cirino dos. "Teoria da pena."Curitiba:*ICPC Lumen Juris* (2005).

SANTOS, André Leonardo Copetti. Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi/ Ada Pelegrini Grinover...[et al]; org. André Copetti – Porto Alegre: livraria do Advogado, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria.Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro- 2 ed. Ver. E atual- São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro:Revan, 1991..

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral.7. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral.9ª ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011

Artigo apresentado como *Paper* da disciplina Direito Processual Penal, ministrada pelo Prof. José Claudio Almada Cabral Marques na Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

_Acesso 11/04/2013 <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRIE.htm>

__Acesso em 10/06/2013 : <http://www.webartigos.com/artigos/a-seletividade-penal-e-a-midia-como-legisladora/100151/#ixzz2VrzsDYdy>

__Acesso11/06/2013 <http://antiblogdecriminologia.blogspot.com.br/2013/06/sobre-o-papel-do-ministerio-publico-no.html>