



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

THIAGO PEREIRA FERNANDES

SISTEMA PENAL BRASILEIRO E DISCRIMINAÇÃO SOCIAL

**Assis/SP
2018**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

THIAGO PEREIRA FERNANDES

SISTEMA PENAL BRASILEIRO E DISCRIMINAÇÃO SOCIAL

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Thiago Pereira Fernandes
Orientador(a): Prof. Ms. João Henrique Dos Santos**

**Assis/SP
2018**

FICHA CATALOGRÁFICA

F363s FERNANDES, Thiago Pereira.
Sistema penal brasileiro e discriminação social / Thiago Pereira
Fernandes. – Assis, 2018.

41p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educa-
cional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. João Henrique dos Santos

1. Sistema penal 2. Seletividade social

CDD341.2723

SISTEMA PENAL E DISCRIMINAÇÃO SOCIAL

THIAGO PEREIRA FERNANDES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Professor Ms. João Henrique dos Santos

Examinador: _____
Professora Dra. Elizete Mello da Silva

Assis/SP
2018

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, meus maiores exemplos, minha base, minha inspiração. Esta conquista é de vocês!

AGRADECIMENTOS

Agradeço 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.

Serei eternamente grato à minha amada mãe Rosely, pelos incansáveis conselhos que sempre buscaram abrir meus olhos com profundo amor e apoio incondicional, por todas às vezes em que se limitou e se anulou por mim, por tudo o que fez para eu ser melhor a cada dia, por sempre acreditar em mim mais do que eu mesmo e principalmente por ter me ensinado o caminho da salvação.

Não sou capaz de descrever a gratidão que sinto pelo meu querido pai João Carlos, pelo seu exemplo diário de intensa determinação e luta para que eu pudesse ter todas as oportunidades e possibilidades de um futuro brilhante, por sempre ter sido meu melhor professor de matemática, por nunca ter duvidado que eu seria capaz de alcançar qualquer coisa que desejasse.

Ao meu avô Eduino, meu segundo pai, por me ensinar quase tudo com muita sabedoria, e principalmente ter me feito torcedor do maior time do mundo, o São Paulo Futebol Clube;

À minha avó Tereza, uma pessoa iluminada e detentora de um coração gigantesco que me inclui em todas as suas orações pedindo a minha proteção;

Pelo lar cristão;

Ao orientador João Henrique dos Santos, pela troca de ideias fundamental que me encaminharam para o crescimento;

À faculdade de direito da FEMA, e a todos os professores e funcionários que estão contribuindo para a minha formação, pelo excelente curso oferecido;

E por fim, agradeço a todos que de alguma forma, cooperaram para a realização desta etapa tão especial da minha vida;

Porque Eu, o Senhor teu Deus, te tomo pela mão direita. E te digo: não temas, eu te ajudo.

Isaías 41:13

Ainda que eu fale as línguas dos homens e dos anjos, se não tiver amor, serei como o bronze que soa ou como o címbalo que retine. Ainda que eu tenha o 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 13:1, 2

Tudo posso naquele que me fortalece.

Filipenses 4:13

RESUMO

O trabalho aborda o tema do sistema de justiça criminal do ponto de vista de sua seletividade sobre os indivíduos. A problemática acerca de como o Sistema penal é operado, é um tema complexo e polêmico, e o modo como aplica sua finalidade é caracterizada como estigmatizante, discriminadora e seletiva. As instâncias atuam empregando meios de seleção, escolhendo, assim, determinados grupos de indivíduos e tipos penais, indivíduos esses que poderão sofrer perseguições ou impunidade. Ratifica que o poder punitivo faz diferenciação no tratamento de certas categorias sociais. Visa a desconstrução do mito do direito penal igualitário, que apenas abrange de forma indistinta indivíduos que não pertencem a um estrato social determinado. Procurou demonstrar-se através do trabalho, por meio de pesquisas sobre a política criminal e o funcionamento do sistema penal, que a seletividade existe, porque o Estado se excede no tratamento punitivo para os pertencentes às camadas sociais mais baixas, tratando-os com discriminação, distintivamente dos que pertencem ao topo da pirâmide social.

Palavras-chave: Seletividade Penal. Discriminação. Seleção criminalizante.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of criminal justice system from the point of view of its selectivity over individuals. The problematic about how the Criminal System is operated, is a complex and controversial subject, and the way in which it applies its purpose is characterized as stigmatizing, discriminating and selective. Instances act by means of selection, thus choosing certain groups of individuals and criminal types, individuals who may suffer persecution or impunity. It ratifies that punitive power differentiates in the treatment of certain social categories. It aims at deconstructing the myth of equal criminal law, which only indistinctly covers individuals who do not belong to a particular social stratum. It was tried to demonstrate through the work, through research on the criminal policy and the functioning of the penal system, that the selectivity exists, because the State exceeds in the punitive treatment for those belonging to the lower social strata, treating them with discrimination, distinctly from those at the top of the social pyramid.

Keywords: Penal selectivity. Discrimination. Criminalizing selection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 SISTEMA PENAL BRASILEIRO E DISCRIMINAÇÃO SOCIAL.....	12
1.1 “Todos são iguais perante a lei”- O princípio da igualdade	12
1.1.1 O princípio da igualdade em relação à justiça penal	14
1.2 A dogmática do sistema penal	15
1.3 Seleção criminalizante primária, secundária e terciária.....	19
2 SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL	28
2.1 O mito do direito penal igualitário.....	28
2.2 A teoria do etiquetamento.....	31
2.3 O perfil dos criminalizados.....	34
3 AS CIFRAS E A SELETIVIDADE	36
3.1 A cifra negra e a criminalidade de colarinho branco.	36
3.2 Seletividade qualitativa e quantitativa do sistema penal	38
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

A Constituição, no caput do seu artigo 5º, estabelece: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Determina assim, que a igualdade formal seja para todos. Porém esta igualdade está distante na realidade. Em face a esse paradoxo entre a teoria constitucional e a prática penal, comprova-se uma seleção criminalizante estereotipada e estigmatizante, fazendo com que se afaste o preceito mais simples de uma democracia: a igualdade.

O estereótipo mencionado pode ser visto desde a abordagem policial até a sentença, e também no sistema prisional. Tratar de maneira igual aqueles que cometem delitos, não existe na prática. A polícia quando está em áreas desabastadas, apresenta uma ferocidade que não é vista em áreas nobres, como se só existisse criminalidade em áreas pobres. Ser negro ou pobre, já transforma o indivíduo em um potencial criminoso.

Objetiva-se, assim, destacar que a igualdade é teórica e a realidade é discriminatória, ao observar a divergência entre o constitucional e a prática penal. Busca-se a comprovação de que a seletividade não só parte dos 3 poderes, mas como também cresce gradativamente.

Assim, além da igualdade perante a lei, importa perquirir acerca da igualdade na própria lei. A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.

1 SISTEMA PENAL BRASILEIRO E DISCRIMINAÇÃO SOCIAL

1.1 “Todos são iguais perante a lei”- O princípio da igualde

É de grande importância que se comece este trabalho pela delimitação acerca do que é o princípio da igualdade, também nominado princípio da isonomia, para que se compreenda a sua importância e seus efeitos na nossa sociedade, uma vez que é um dos princípios mais importantes do direito, que objetiva garantir a igualdade de todas as pessoas perante a lei. Este princípio é fundamental para basear e reger toda e qualquer sociedade democrática. Devendo, ser considerado como um meio para se materializar a justiça.

A concepção de igualdade remete-se à democracia ateniense. Atualmente, após milhares de anos, ainda é difícil instrumentalizar essa tão desejada igualdade. Possuindo origem na igualdade formal, o pensamento de que todos eram semelhantes e, desta forma, tinham o dever de ser tratados com igualdade por todos, inclusive pelas normas.

Conforme os anos foram o passando, notou-se que a igualdade formal era insuficiente, comparada à finalidade de atingir a igualdade real de todos. Foi compreendido que uma única regra não poderia ter incidência sobre todos, já que todos não eram iguais. E, devido a essas diferenças entre os homens, a igualdade passaria a ser material, ou seja, a lei deveria ser aplicada de forma igual para os iguais, mas de forma desigual para os desiguais. Apenas desta maneira seria possível atingir verdadeira igualdade, abrangendo todos de forma imparcial.

No artigo 5º da constituição Federal brasileira de 1988 encontra-se expresso o princípio da igualdade, segundo o qual: “Todos são iguais perante a lei, não se permitindo distinção de qualquer natureza [...]”. O presente artigo tem como principal objetivo, mostrar que, perante a lei, todos são iguais. Apesar de na prática termos cenários de desigualdades e discriminações por todo o Brasil, o princípio da isonomia busca garantir que a legislação nunca seja fonte de desigualdade entre os cidadãos.

O conceito de isonomia está ligado ao sentimento de justiça. E esse princípio pode ser examinado sob duas vertentes ligadas entre si. Uma igualdade compreendida como formal e outra como material, muitos doutrinadores fazem a diferenciação do princípio da isonomia

entre a igualdade material e a formal. A igualdade formal é aquela prevista no artigo 5º da Constituição Federal, é a igualdade da lei vigente, da lei a ser elaborada, que impede privilégios a qualquer grupo. A igualdade material é aquela que deve ser praticada na sociedade, isto é, presume que indivíduos inseridos em circunstâncias desiguais sejam tratados de forma desigual, tratando de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais de acordo com suas desigualdades. Sendo útil como meio de efetivação da igualdade em sentido formal, para que seja aplicada ao mundo prático.

Sendo assim, ao tratar-se de indivíduos iguais, há a necessidade de garantir e preservar direitos, deveres e oportunidades iguais. Contudo, em situações contrárias, deve-se tratá-las com meios diferentes. Esse tratamento com meios distintos representam um aspecto de proteção e de preservação do princípio da isonomia. Essa desigualdade é importante, com o intuito de obter uma resultância mais justa, visto que as divergências que existem entre os cidadãos não podem ser ignoradas. O tratamento com forma desigual não possui a finalidade discriminar de forma negativa, mas sim de reduzir as desproporcionalidades na sociedade.

Assim afirma, Pedro Lenza:

O art. 5º, caput, consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdade. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei (2009, p. 679).

É necessário destacar que em decorrência desse princípio seja realizável o ajuizamento de “ações afirmativas”. Trata-se de políticas públicas ou programas sociais que visam diminuir as desigualdades em relacionadas às pessoas ou grupos menos favorecidos e marginalizadas. Pretendendo, equipará-las com as demais que não sofreram os mesmos tipos de restrições.

1.1.1 O princípio da igualdade em relação à justiça penal

No que se refere à justiça penal, é visível que esse princípio é um dos menos observados, no que refere-se à aplicação da lei penal, sofrendo inúmeras violações. É evidente que a aplicação da lei penal, no nosso país, é direcionada a um público alvo, aos pobres e necessitados.

Para Fernando Capez¹:

As partes devem ter em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualdades, na proporção de suas desigualdades. Na execução penal, o princípio sofre alguma atenuação pelo, também constitucional, princípio favor rei, postulado segundo o qual interesse do acusado goza de alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva.

A seletividade penal, evidencia que o princípio da isonomia não está sendo observado. A todo momento, este princípio acaba sofrendo violação e por consequência gera na sociedade um sentimento de revolta e impunidade. Apesar de na prática nossa sociedade ser repleta de desigualdades, este princípio valida e obriga a lei a se esforçar, para que todos sejam mantidos em condições de igualdade.

Assim leciona Alessandro Baratta:

O Direito Penal, como instrumento de discurso de (re)produção de poder, tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, imunizando de sua intervenção condutas características de seus integrantes, e dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas, dos socialmente aliados e marginalizados (BARATTA, ALESSADRO, 2002, p.165).

Em conformidade com o que foi dito acima, nascem os questionamentos. Será que todos são realmente iguais perante a lei? Quantos indivíduos pertencentes à classe média, média alta, ou alta estão presas no sistema penitenciário? Daí surge a pergunta “de que adiantam normas?” Sem querer entrar no mérito, poder-se-ia dizer que é para regular, para

¹ (CAPEZ, 2008, P.19).

disciplinar o convívio entre seres humanos, com o intuito de fazer prevalecer a diferença entre o certo e o errado, entre o bem e o mal.

Mas por qual razão uns são mais privilegiados e outros não, sendo que todos deveriam estar sob um mesmo manto? Uns “podem” mais que outros? Para os desafortunados a lei é rígida. São aqueles cidadãos desprovidos de “recursos”. De fato, alguns possuem mais igualdades que outros. Não por acaso ouvimos de forma constante que a cadeia é para os segmentos denominados popularmente de três “P’s”, aí não computado o “P” da palavra político. Esses dizeres de cunho popular que gostaríamos haver sido extintos, ainda prevalece atualmente, muito embora estejamos em pleno século XXI. É o homem pelo homem e contra o homem, na difícil tarefa de alcançar a igualdade, uma utopia. A desigualdade é histórica, e está na natureza íntima do homem.

Por consequência, quando se viola este princípio, não está se ofendendo apenas a Constituição, mas sim a própria essência do homem. Essas desigualdades causadas pela dominação entre classes sociais, ou até mesmo raciais uma sobre as outras faz com que o sistema penal, como resultado, se torne seletivo, baseado no poder econômico e consequentemente tendo reflexos na aplicação da pena.

Desta forma, o princípio da isonomia deverá ser aplicado para alcançar a idealização de igualdade não só ante a lei, mas todo o Direito e perante a justiça. Destacando, a necessidade de observância do direito penal ao enfoque do princípio da isonomia, e de um Estado Democrático de Direito. Apenas desta maneira, será possível alcançar uma real e efetiva igualdade e a verdadeira justiça.

1.2 A dogmática penal

Previamente, é necessário um parêntese a respeito do direito penal, antes de tratar da seletividade propriamente dita.

O direito penal, objeto deste trabalho, tem como grande desafio, ainda atualmente, tratar da igualdade formal e material. Isto porque é determinado pelo princípio da legalidade

que se faça seguir a leis com rigor, já que lida com o bem mais precioso de qualquer pessoa depois da vida: a liberdade.

A igualdade formal pode ser encontrada na lei, porém a igualdade material ainda é uma incógnita em face à realidade. Os sistema prisional está lotado de indivíduos, que em sua maioria pertencem a uma mesma classe social, dando assim a ideia de que a delinquência está presente apenas na parte necessitada da sociedade.

Em 1876, um perfil infrator já era descrito por Cesare Lombroso, ele entendia que pessoas que apresentavam certas características, demonstravam desde o nascimento, tendências a contravir. Hoje essa tese ficou no passado, ou pelo menos deveria estar, não sendo perfilhada pelo dogma penal, mas a realidade nos prova que as concepções lombrosianas não aparentam ser tão distantes quanto se fazia supor.

Os primeiros rastros do direito penal, nos primórdios do homem, encontram-se presentes na vingança privada, que castigava atos considerados difusos do que um grupo social estabelecia como adequado. Não existia o Estado, como autor e coator de normas, então os padrões eram empíricos, e nada norminativos. Em certos núcleos, uma ação poderia ser aceita por aquela sociedade, mas em outras, não, resultando a chamada vingança privada, presente no Código de Hamurabi e na Lei das XII Tábuas.

A etapa seguinte foi a da vingança divina, embasada em satisfazer os deuses, os quais eram contrariados ao cometer-se o crime, critério usado para a aplicação da pena pelos priores. O Código de Manu (Índia), é um exemplo aplicar o direito penal voltado ao critério divino.

Até este momento, não existia nenhum rascunho da sociedade que atualmente conhecemos, até que veio posteriormente a etapa da vingança pública. O que marcou este período foi a desumanidade das penas, como o sepultamento com o indivíduo ainda vivo. Neste período concebeu-se o “punir para prevenir”, que está em uso até o presente momento, o qual é bastante criticado.

Em conformidade com esse severo modelo, entretanto, aquele que era inocente não tinha necessidade de ser defendido, então, não sabia sequer por qual crime estava

respondendo, devido ao sigilo dos processos. Por sua vez, o culpado, não tinha direito à qualquer defesa. Observa-se, através disso, que o direito penal esteve sempre marcado por uma ideia de hegemonia, uma vez que quem detivesse o poder ditava as regras e as punições, desta forma até os dias de hoje. As punições foram moderadas com o fim da época da barbárie, mas podemos dizer que essa revolução de entendimento ocorreu apenas no campo teórico, porque, na prática, ainda é possível ver que os menos favorecidos continuam à mercê das classes dominantes, sendo vítimas até mesmo de poderes paralelos aos estatais.

Hoje, o direito penal é regido por uma ideia de ampla defesa, contraditório – constitucionalmente instituídos. Contudo, a prática revela que a igualdade ainda é muito mais formal do que material, porque continuam fixadas na sociedade, concepções discriminatórias e marginalizantes, que se tornam verdadeiros obstáculos à igualdade material.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 diz, em seu artigo 5º:

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

Neste sentido, Heleno Fragoso:

No Estado Liberal proclamam-se numerosos princípios de garantia sobre a elaboração do sistema punitivo e sobre seu funcionamento. Diz-se que a justiça é independente e imparcial e que se faz em nome do povo, fonte originária de todo poder. Diz-se que todos são iguais perante a lei e que se presume a inocência do acusado, até que os tribunais o declarem culpado. Diz-se que todos têm o direito a um processo justo e equitativo e que ninguém pode ser submetido à tortura ou a tratamento cruel, desumano ou degradante. Afirma-se que ninguém pode ser arbitrariamente preso ou detido e também que todos têm direito à defesa efetiva, com todos os recursos a ela inerentes, em igualdade de condições com a acusação. Proclama-se ainda que o regime penitenciário consistirá de tratamento, cuja finalidade essencial será a reforma e a readaptação social dos condenados. Essas afirmações peremptórias constam em geral das leis e aparecem na Declaração Universal dos Direitos do Homem (arts. V, IX, X e XI) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (arts. 10 e 14) (...) A igualdade de todos perante a lei é apenas um mito. A justiça toda é desigual. Tem-se afirmado, ironicamente, que as portas da justiça estão abertas para todos, como as dos hotéis de luxo. O Direito Penal, no entanto, é o direito desigual por excelência. A experiência demonstra que as classes sociais mais favorecidas são praticamente imunes ao sistema repressivo, de que se livram pela influência, pelo prestígio, pela corrupção ou pela defesa através de bons advogados. A identificação do criminoso com o marginal decorre do fato de atingir a justiça particularmente os pobres e desfavorecidos, que constituem a clientela do sistema. O mecanismo repressivo do Estado tende a atacar os desviantes

das normas sociais que estão mais expostos e sem defesa. A desigualdade da justiça criminal apresenta, na América Latina, aspectos dramáticos².

Em face da realidade, fica visível que a igualdade material é algo constitucionalmente previsto, mas distante de se concretizar. Os dados mostram que houve distanciamento da barbárie, foi adotado um sistema codificado de condutas esperadas, com punições preestabelecidas, mas na realidade, a subversão dos atos praticados é, em verdade, a regra contra os menos favorecidos. A classe hegemônica tem o privilégio da lei, enquanto os marginalizados têm o privilégio de continuarem marginalizados, à mercê dos mandos e desmandos que ocorrem nos bastidores reais do crime. A polícia, as leis e a prisão continuam sendo para os menos favorecidos, não havendo nenhum tipo de evolução nesse sentido. A classe hegemônica continua no poder, determinando quem faz parte ou não do grupo dos favorecidos, que passam longe do rigor das leis.

No sistema penal brasileiro, o Estado é o detentor do monopólio da violência, o monopólio da coação legítima é uma de suas características, podendo fazer o uso da força, da ação coercitiva, e até mesmo da violência, possuindo autorização dada pelo direito com o objetivo de regulamentar a ação humana. O controle realizado pelo governo que, em tese, deveria estar a serviço do bem comum, tem como principal ferramenta o Sistema Penal.

O elemento precursor do Sistema Penal, segundo o princípio da legalidade³, é a Norma Penal, determinando quais condutas devem sofrer punição, para que a sociedade possa viver de forma harmônica. Condutas que ameacem essa convivência harmônica devem ser eliminadas da sociedade, sendo assim, punidas pela forma mais drástica de punição dentre os controles existentes – a norma penal. A existência de uma norma punindo uma conduta e um indivíduo realizando a conduta proibida, são o prenúncio para o Sistema Penal agir. O Estado

² FRAGOSO, Heleno. *Direitos Humanos e Justiça Criminal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, Boletim 150, maio de 2005.

³ 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.

age ao detectar alguém realizando uma conduta punível, quando um integrante da sociedade ameace a integridade da sociedade como um todo. Todavia, como o Sistema Penal faz uso de medidas punitivas extremas (a privação da liberdade), apenas condutas muito prejudiciais a essa comunidade poderiam alegar uma punição tão severa (ZAFFARONI, 1991, P.15).

1.3 Seleção criminalizante primária, secundária e terciária

Nosso Sistema Penal se compõe pela polícia, Poder Judiciário e sistema penitenciário. Em resumo, podemos dizer que a polícia tem a incumbência de apurar e prender indivíduos que cometam delitos. de entrar em ação. Já a incumbência do Poder Judiciário é processar e julgar ocorrências chegadas por meio de denúncia ou queixa-crime. E por fim, o sistema penitenciário executa a sanção proferida pelo judiciário. Tudo ocorrendo conforme as normas estabelecidas pelo Poder Legislativo.

Ainda que essas instituições do sistema penal tenham suas ocupações divididas e definidas, não são completamente vedadas, em algum momento haverá uma interdependência entre elas. Como por exemplo, o Juiz determinar uma prisão, e essa prisão será executada pela polícia. Ou então nas penitenciárias, haverá o cumprimento de uma sanção imposta pela decisão do Juiz, havendo agentes penitenciários ou policiais para garantir esse cumprimento e também a segurança dos que trabalham ali.

A verdade é que, regidos pela igualdade formal e material, determinadas pela Constituição de 1988, essas três perspectivas do nosso sistema penal, deveriam, sempre, agir de acordo com a isonomia, e não com discriminações, que muito ocorrem.

A realidade revela que o nosso sistema penal é fortemente marcado pela seletividade, isto é, os indivíduos não são abordados de uma mesma forma; os indivíduos não são penalizados pelo Judiciário de uma mesma forma, independentemente da classe social; os indivíduos não possuem igual tratamento nas penitenciárias, se não houver destaque na condição social que dispunham. Com isso, paira sobre o sistema penal uma seletividade que impossibilita alcançar a igualdade.

Eu faço aqui claramente uma generalização, mas sempre existem exceções daqueles que realizam o seu melhor para tratar todos indiscriminadamente, regendo-se pelos mesmos

padrões, ao investigar, aplicar e executar a sanção. Porém, a prática mostra uma realidade na qual essas exceções são apenas confirmações da regra: o sistema penal brasileiro é seletivo.

Nesse sentido, Nilo Batista:

Com propriedade, Cirino dos Santos observa que o sistema penal, segundo ele “constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais, pretende afirmar-se como “sistema garantidor de uma ordem social justa”, mas seu desempenho real contradiz essa aparência. 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 (As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para a reafirmação do caráter igualitário).⁴

É necessário evidenciar a teoria da igualdade no nosso ordenamento jurídico para que os juristas possam assim compreender quais as normas pilares e o que acontece na prática, para não só se analisar a realidade como ela é, mas que através dessa observação, os juristas se esforcem em aproximar-se de um padrão mais igualitário.

John Rawls esboçou o “véu da ignorância”, no qual os soberanos, ao emitir as regras que iriam reger uma sociedade, não fariam isso visando suas posições tempos depois, com o intuito de, ao criar as regras, se preocupassem em criar leis igualitárias. Isto porque, ao criar a lei, o indivíduo, de forma consciente ou inconsciente, tende a projetar naquela regra algo que eventualmente o beneficie. Através do “véu da ignorância”, o legislador, não possuiria condições de notar se aquela regra seria ou não favorável a ele, possibilitando, através disso, maior dedicação na criação de regras mais igualitárias.

É certo que John Rawls tenha idealizado um modelo ideal, mas de aplicação prática inviável, uma vez que quem cria as leis, acaba de alguma maneira se projetando nelas. Porém, já é de grande valia a compreensão do mecanismo. Rawls almejava, na verdade, que a igualdade regesse as relações, ainda que considerando o inconveniente de não se imaginar naquela situação, uma lei que fosse favorável para todos, para a maioria, e não somente para uma minoria hegemônica.

⁴BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.25.

E é o mesmo que o sistema penal tenta idealizar, se baseando na Constituição Federal, mas que não alcança efetividade por parte das leis infraconstitucionais e das práticas rotineiras da Polícia, do Judiciário e das Penitenciárias. Não é difícil assimilar-se de que os desfavorecidos são tidos como suspeitos por morarem em lugares carentes, ou por estarem em certos locais. Não é difícil a assimilação que a pena de um indivíduo desabastado que pratica um crime patrimonial seja mais severa que a de um indivíduo abastado que se apropria de verba pública. Do mesmo modo que não é difícil a assimilação de notar que, nas penitenciárias, existem regalias para quem tem condições financeiras e poder, enquanto, os que não possuem condições financeiras dependam de sua própria sorte.

Nesse sentido, Nilo Batista

Seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro. Não pode o jurista encerrar-se no estudo – necessário, importante e específico, sem dúvida – de um mundo normativo, ignorando a contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam.⁵

A seletividade do sistema penal é vista ao observar-se as camadas inferiores da sociedade. Agindo em conformidade com a falaz ideia de que quem comete mais crimes são os desfavorecidos, as instituições estatais dão um maior enfoque nesses menos favorecidos, causando assim, estatisticamente, uma verdade mentirosa. Havendo enfoque nas classes menos abastadas faz sim com que as estatísticas ressaltem uma maior criminalidade nessa camada social. Contudo, não podemos omitir é que estas estatísticas são fundamentadas em um olhar voltado aos desfavorecidos, havendo um olhar e uma análise superficial e mais benevolente com relação às classes altas

A seleção criminalizante primária acaba ocorrendo ao editar-se as leis. Tipos penais protegem inúmeros bens jurídicos, ao estabelecerem penas que dependem da reprovabilidade da conduta posta. Todavia, é visível que a legislação penal distingue um indivíduo do outro, ponderando, muitas vezes com injustiça e desigualdade situações semelhantes.

Temos com exemplo o crime de sonegação fiscal, previsto na lei n. 4.729/65, “o qual determina pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa de cinco vezes o valor do tributo, em seu artigo 1º”:

⁵ Ibid. p. 26.

Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal.

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

Este crime em destaque trata da omissão do cidadão, no que diz respeito ao pagamento de tributos, isto é, acaba violando não somente um patrimônio particular, mas sim do próprio Estado, que regula a sociedade. Em tese, este crime deveria ter a pena maior que a do furto, o qual, apesar de também ser reprovável, acaba afetando somente o particular do indivíduo⁶:

Isso não acontece. O furto, que lesiona somente o particular da vítima, tem como mínimo a pena de um ano de reclusão, em contrapartida a sonegação, que lesiona toda a coletividade, tem como pena mínima, seis meses de detenção.

E isso é o que John Rawls tentou evitar ao elaborar o “véu da ignorância”, mencionado anteriormente. Porém, nossos legisladores, parecem ter pouco evoluído nessa perspectiva.

A seleção criminalizante secundária pode ser vista quando a polícia e poder judiciário aplicam as penas. A respeito à classe policial, é possível dizer, primeiramente, que é óbvio que o cometimento de crimes acontece em qualquer lugar, porém, as autoridades policiais acabam focando suas investigações em áreas mais carentes das cidades. É notável que a maneira com que a polícia atua favorece a perpetuação dessas estatísticas, basta olhar que na prática, a aplicação policial é muito maior em tentar capturar criminoso menor, do que tentar capturar o criminoso de alto escalão que controla o crime da parte nobre da cidade onde vive.

⁶ Artigo 155 do Código Penal: subtrair para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos e multa

O tráfico de drogas exercido pelas grandes organizações criminosas é um crime que, para sua subsistência, tem que se aliar, irremediavelmente, a outros tipos de violação de bens jurídicos penalmente protegidos, como roubo, lavagem de dinheiro, corrupção, contrabando de armas, dentre outros. Entretanto, a concentração da atuação policial contra o tráfico ainda se dá nas favelas e, em geral, contra o pequeno tráfico – chamado tráfico de varejo. Fica caracterizado, segundo Mariana Raupp, que, ‘ao contrário do que faz imaginar os noticiários sobre a apreensão de toneladas de drogas, o cotidiano dos tribunais parece ser preenchido pelas pequenas apreensões de drogas. (...) É contra o tráfico dessa monta que a polícia usualmente se insurge, além de ensejar a estigma da favela, uma vez que ali é o local onde há uma maior concentração policial no intento de coibir esse tipo de crime. (...) Isso leva a sociedade como um todo – e principalmente os agentes que atuam diretamente na problemática – a ignorar o tráfico de grande porte – chamado tráfico de atacado – que é o grande responsável por movimentar a indústria da corrupção e da lavagem de dinheiro em maior escala. (...) Dessa forma, cria-se o estereótipo do inimigo a ser combatido: o homem que mora na favela, pobre e desempregado – sendo esse o perfil largamente difundido no inconsciente coletivo do verdadeiro traficante. (...) Reflete-se se não seria a Polícia a primeira entidade que enseja essa visão, pois é quem observa pessoas, considera-as suspeitas, aborda-as, prende-as ou não e colhe as provas. Além disso, seu testemunho tem grande força no Judiciário, uma vez que, em muitos casos, não há testemunhas para depor e o relato policial é a única fonte dos fatos.’⁷

Através deste olhar imerso em zonas e classes sociais carentes financeiramente, a polícia acaba selecionando indivíduos com esses padrões, causando assim, uma super lotação de indivíduos com as mesmas características em nossos presídios. Reiterando uma estatística como verdadeira – classes inferiores aspiram a praticar mais crimes – quando, em verdade, é ilusória.

A mídia infla a todo momento o noticiário com sensacionalismos relacionados à pobreza, trazendo a tona as dificuldades dos desfavorecidos. Todos conhecem a existência de programas televisivos, que quase exclusivamente apenas exploram fatos ilícitos praticados em regiões pobres; de jornais que favorecem a leitura simplificada do que há de ruim nas classes desfavorecidas. Não possuem o objetivo de destacar os crimes chamados de “colarinho branco” ou qualquer outro cometido por indivíduos de classe média e alta, mas sim, os ocorridos nos subúrbios, criando a ideia de que áreas mais pobres do Brasil são um verdadeiro “Deus nos acuda”, diversamente do que ocorre em zonas ditas como nobres.

É sempre um ciclo se auto alimentando. O policial focando suas averiguações e abordagens em áreas e pessoas sem condições financeiras, persuadido pela mídia e pelas

⁷ ALVES, Raquel, *Mulher, Monografia Crime e Tráfico de Drogas*. Rio de Janeiro, 2011.

estatísticas policiais, causando aumento nessas estatísticas e fazendo com que a mídia divulgue – instigada pelo lucro que o sensacionalismo gera – , fazendo nascer em quem lê ou assiste a impressão de que determinadas zonas e pessoas possuem tendências delinquis, instituindo assim, que o foco policial sempre continue sobre determinados locais e pessoas, fazendo assim, com que esse ciclo nunca termine.

Por isso é tão importante que se desmitifique que a carência influencia de alguma forma a delinquência. Chega a ser um clichê o diagnóstico de que há quem escolha delinquir, independente de qual classe social pertença, mas há o olvidamento de que os crimes são cometidos devido às escolhas e não às circunstâncias. Não é pretendido através dessas afirmações, desconsiderar que frente à certas situações, indivíduos são colocados à prova e assim cometem crimes por diversas razões, sendo elas altruístas ou por necessidades.

Em relação ao Poder Judiciário, a seletividade revela-se mais delicada ainda. Isto porque a seleção criminalizante acaba ocorrendo, sem que o magistrado note, uma vez que seu julgamento é proferido em conformidade com a sua concepção jurídica e moral, o que pode acabar gerando uma complacência para com seus iguais socialmente, e uma intolerância com os diferentes.

É conhecido que o jurisdicional busca sempre ser imparcial, dado que a neutralidade é impossível, uma vez que qualquer magistrado é um ser humano e, conseqüentemente, dotado de valor próprio, valor com o qual admite pouca tergiversação ou maior flexibilidade, dependendo da situação.

Nesse sentido, Alexandre Câmara:

Não se deve achar, porém, que a exigência de imparcialidade esteja ligada a uma suposta exigência de neutralidade do juiz. Em primeiro lugar, tal neutralidade é absolutamente impossível, uma vez que o juiz, como qualquer ser humano, exerce seu trabalho embasado em razão e emoção. O raciocínio do juiz tem necessariamente premissas que só ele conhece inteiramente, as quais têm índole ideológica, cultural, econômica, religiosa etc. Além disso, o juiz, como qualquer ser humano, pode ser tentado a favorecer aquele que se mostra mais simpático, ou mais fraco. (...) Em segundo lugar, a neutralidade poderá levar o juiz a uma posição passiva, de mero espectador do processo, esperando que as partes se digladiassem

para, só após, e com base estritamente nos elementos trazidos ao processo pelas partes, proferir sua decisão [...].⁸

Face a esse critério de julgamento, constata-se que comumente, os magistrados são pertencentes às mais altas classes da nossa sociedade, o que faz com que estejam fora do contexto em que os mais necessitados vivem, o que justifica maior rigor nos crimes por eles cometidos, uma vez que há pouca identificação. O ser humano possui a facilidade de compreender e se sintonizar com ocorrências com as quais pode se imaginar produzindo. Diferentemente do que ocorre em contextos distintos, com os quais existe pouca identificação, propendendo, o ser humano, a julgar de forma mais árdua.

Mas vale ressaltar, podemos ver mudanças quanto à essa realidade. Podemos destacar o complexo julgamento da Ação Penal 470, que envolveu acusados de participarem de esquemas de compras de votos que ficou conhecida como “Mensalão”, um julgamento pioneiro relacionado à condenação de políticos e poderosos. Apesar de haver sido insuficiente o e a população se dizer descontente pela demora e pelas sanções exigidas, não se pode negar que foi um julgamento histórico, e foi apenas o prenúncio de julgamentos de crimes de alto poder aquisitivo.

No cumprimento da pena é onde podemos encontrar a seleção criminalizante terciária, isto é, os presídios são símbolos de um dos meios da seletividade do sistema penal.

Ao remontarmos os primórdios da prisão, remontamos às prisões nas quais o condenado era proibido de se comunicar com outros condenados ou com os guardas, deveria haver silêncio total. Os condenados tinham por obrigação a leitura da bíblia e a pena era regida pela expiação, à vista disso a palavra “penitenciária” é originária da palavra “penitência”, existindo toda essa “religiosidade” por trás das execuções das penas.

Posteriormente, o sistema alburiano rompeu as celas, obrigando o réu trabalhar ao longo do dia e se recolher durante a noite, sendo ainda mantida, o requisito do silêncio.

Atualmente, utilizamos o sistema irlandês, conhecido como progressão de pena, o qual é um direito garantido aos condenados, que será ou não concedida por um juiz, que levará em

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 45.

conta o mérito do condenado. Grande parte dos países democráticos fazem uso desse sistema, nos qual os condenados podem se comunicar e são beneficiados ao cumprirem de forma disciplinada a pena. Certamente um enorme avanço no direito, que também influenciou o sistema prisional brasileiro.

A lei de execução penal concede vários direitos ao condenado, esses direitos estão elencados no artigo 41 da Lei nº 7.210⁹ de 11 de julho de 1984 e na Constituição Federal.

Todavia, é visível no presente, o capitalismo tomando as rédeas também no interior das penitenciárias. Aquele que possui mais recursos financeiros tem acesso a benefícios maiores, assim como ocorre do lado de fora das penitenciárias.

Ao observar-se a população carcerária, percebe-se certo padrão. Isto acontece pois a maioria tem um mesmo perfil em comum, seja ele etário, econômico ou étnico. O que marca a seletividade criminalizante terciária é o fato de a fragilidade e a insegurança serem o símbolo da massa carcerária, e ainda não existe nenhuma esperança de alteração dessa realidade – Ao menos não através do que foi realizado pelas políticas públicas nas últimas décadas.

⁹ **Art. 41** - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

É fundamental salientar que após a condenação, o réu passa a estar sob as responsabilidades do Estado, mas pouco se realizou para proporcionar condições melhores para o cumprimento da sentença, visando assim uma real chance de ressocialização e reinserção.

Da mesma maneira, o pouco preparo e a pouca remuneração dos agentes penitenciários responsáveis pela segurança, favorece na criação de uma esfera facilmente corrompível. É inegável reconhecer que a maioria dos agentes exerce sua função de modo digno e íntegro, porém não são raras notícias a respeito do que a corrupção assegura aos detentos, muito além daquilo estabelecido e permitido pela legislação, como por exemplo, ar-condicionado, frigobares e até mesmo espelhos no teto da cela.

2 SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

2.1 O mito do direito penal igualitário

Para que seja avaliado o mito do direito penal igualitário, de acordo com Juarez Cirino dos Santos, é necessário valer-se das teorias da pena:

1. A pena como retribuição de culpabilidade: a pena como retribuição do crime no 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, é atribuição legal dos sujeitos da aplicação e da execução penal: primeiro, o programa de prevenção especial é definido pelo juiz ao aplicar a pena, através da sentença; segundo, o programa de prevenção especial definido na sentença é realizado pelos técnicos da execução da pena (SANTOS, 2005, p.6).
3. A pena como prevenção geral: a função da prevenção geral atribuída à pena tem por objetivo evitar crimes futuros através de uma forma negativa antiga e uma positiva pós-moderna, a forma tradicional de incriminação penal, expressa na teoria da coação psicológica de FEUERBACH (1775-1833), representa a dimensão negativa da prevenção geral: o Estado pretende desestimular pessoas de praticarem crimes através da ameaça da pena (SANTOS, 2005, p.9).
4. As teorias unificadas: a pena como retribuição e prevenção. Finalmente, as modernas teorias unificadas da pena representam uma combinação das teorias isoladas, criada com o objetivo de superar as deficiências individuais de cada teoria, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal (SANTOS, 2005, p.12).

Desta forma, a pena representaria (a) retribuição do injusto praticado mediante expiação da culpabilidade; (b) prevenção especial positiva mediante correção do autor, e também prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor; e, finalmente (c) prevenção geral negativa mediante intimidação de criminosos pela ameaça penal e prevenção geral positiva como enaltecimento 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).

Adotar as teorias unificadas é um fato na literatura penal, apesar do destaque incidir ora sobre uma, ora sobre outra: por exemplo, JESCHEK e WEIGEND deram destaque na retribuição, onde as funções repressivas e preventivas cumprem o objetivo de prevenir futuras violações do direito. ROXIN adota as teorias preventivas unidas, 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 artigo¹⁰ 5º, onde estão previstos os direitos e garantias fundamentais diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Mas como explanado anteriormente, nosso sistema penal atua de maneira contrária a essa garantia constitucional de isonomia. O motivo para essa desigualdade é perpetuar a opressão de uma classe social mais forte sobre uma mais fraca. De forma histórica, o intuito é manter a dominação daqueles que detém o poder econômico e, etiquetar aqueles que cometem delitos para subsistir, ao invés se conformar com a política capitalista de concentração de renda.

¹⁰ 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;

Assim, para ter o funcionamento esperado dessa lógica punitiva, é preciso construir discursos como por exemplo o da “defesa social”, da “ressocialização”, entre outros sustentados pela dogmática jurídica.

Ao analisarmos de forma minuciosa o nosso sistema punitivo e os resultados de pesquisas empíricas sobre mecanismos de criminalização, estes podem ser condensados em três proposições que constituem uma negação do “mito do direito como¹¹ penal igualitário” que se encontra na base ideológica da defesa social:

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).

Como uma fé, a crença na igualdade do direito penal acabou contribuindo no sentido de mistificar o mecanismo de uma seleção/estigmatização daqueles que “frequentam” o 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).

Nesse sentido, Andrade (2003, p.270):

¹¹ DEC. N° 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.

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

A chamada teoria do etiquetamento, é uma teoria que parte da ideia de que certos indivíduos são “etiquetados” como malfeitores, como, por exemplos, aqueles que vêm da base da pirâmide da sociedade, como se fossem os únicos que cometessem delitos. Grande quantia de modelos de processos de rotulação podem ser encontrados na criminologia positivista, que em grande parte é adotada pelo sistema penal do nosso país.

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). Aqueles que cometem delitos para subsistir, ao invés se conformar com a política capitalista de concentração de renda.

Com a mesma definição, Andrade (2003, p. 2005), coloca que o *labeling*,

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.

Teorias sociológicas combatem progressivamente os princípios que integram a ideologia da defesa social, utilizando uma nova perspectiva, a assim chamada perspectiva do etiquetamento ou da reação social (*labelling approach*).

A teoria do *labelling approach* deixa de perguntar quem é o criminoso para perguntar quem é o desviado, com isso, o foco deixa de ser o “delinquente” e passa a ser a instância que cria e administra a delinquência no sistema penal. Assim, os desviados se relacionam aos delinquentes, que depois de praticarem crimes sofrem a exclusão do grupo social, e acabam por serem “etiquetados” devido ao seu desvio e sofrem preconceitos dentro do sistema penal que vai além do cumprimento da pena.

Aqui, faz-se referência às teorias psicanalíticas da criminalidade, onde é possível a distinção de ao menos dois grandes ramos de pensamento, embora não muito ligados entre si. O primeiro, e o que possui mais importância dentre os dois, é referente à explicação do comportamento delituoso, o qual muito desenvolveu à partir de Freud para chegar até os recentes feitos de Tilman Moser. Estas teorias têm base na doutrina freudiana da neurose, que Freud criou para a explicação de determinados comportamentos criminosos. Segundo o próprio Freud, a repressão de instintos delituosos não extingue esses instintos, mas faz com que estes se armazenem no inconsciente. Estes instintos são seguidos de perto, no inconsciente, por um sentimento de culpa, uma predisposição à confissão. Desta perspectiva de observação e entendimento, a teoria psicanalista do comportamento criminoso acaba representando uma radical negação do habitual conceito de culpabilidade e, portanto, também de todo direito penal, com base no princípio de culpabilidade.

Sobre o sistema penal, podemos dizer que “as chances” ou “riscos” de ser etiquetado como delinquente não acabam dependendo tanto da conduta realizada (crime), senão da posição do indivíduo na sociedade”. (BARATTA, 2002 p.171). Segundo Baratta a escola é como o primeiro passo para a seleção e marginalização. Indagações sobre o sistema escolar permite-se a atribuição ao novo sistema global de controle social, por meio da socialização

institucional¹², similar função de seleção e marginalização que fora atribuída ao sistema penal, por quem repercute 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).

Os indivíduos advindos das camadas sociais mais baixas, quando necessitam de defesa em processos criminais, são discriminados pelo Estado, pelo fato de que o Estado não oferece defensores suficientes para atender as determinações da lei. Segundo CALAMANDREI, o Estado deve garantir a justiça gratuita, deve também garantir à quem necessite a possibilidade de ser representado e defendido nos processos de modo tão eficaz e acurado, como aquele propiciado às pessoas que possuem condições para custear um defensor qualificado (TUCCI, 2004, p.93).

A teoria do etiquetamento tem por consequência um sistema penal com atuação dessemelhante e seletiva, onde o indivíduo etiquetado acaba tendo mais importância 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).

¹² 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.

2.3 O perfil dos criminalizados

O Brasil atingiu a “marca” de 726 mil presos, e com isso possui a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e China. O montante de encarcerados no Brasil chegou a 726.712 em julho de 2016. Em dezembro do ano de 2014, esse número era de 622.202. Crescimento de mais de 104 mil pessoas em apenas dois anos. Ao menos 40% são provisórios, não possuem condenação judicial. Mais da metade dessa massa carcerária é de jovens de 18 a 29 anos e 64% são negros.

Ao todo, nosso sistema prisional comporta 368.049 presos. Existem dois presos para cada vaga no sistema prisional. Insuficiente para abrigar a massa carcerária que aumenta a cada ano no Brasil. O Brasil, está na terceira colocação com o maior número de pessoas presas, atrás de Estados Unidos e China. Em quarta colocação está a Rússia. A taxa de encarcerados para cada 100 mil habitantes subiu para 352,6 em junho de 2016. No ano de 2014, essa taxa era de 306,22 indivíduos para cada 100 mil habitantes.

De todo o montante de presos no Brasil, 55% têm entre 18 e 29 anos. Ao se observar o critério por Estado, os maiores detentores de presos jovens, com menos de 25 anos, são registrados no Acre (45%), Amazonas (40%) e Tocantins (39%).

Ao se levar em conta a cor de pele, o levantamento revela que 64% da população carcerária é composta por pessoas negras. O maior percentual de negros entre a população prisional é vista no Acre (95%), Amapá (91%) e Bahia (89%).

No que diz respeito à escolaridade, 75% da população prisional do Brasil, não passaram pelo ensino médio. Menos de 1% dos presos são graduados.

Ao todo, há 45.989 mulheres encarceradas no Brasil, cerca de 5% segundo o Infopen. Destas prisões, 62% têm relação com o tráfico de drogas. Ao levar-se em consideração apenas o de sexo masculino presos, o percentual é de 26%.

De acordo com dados do ministério da Saúde, indivíduos encarcerados têm, em média, 28 vezes mais chance do que a população em geral de contrair tuberculose. A taxa de contaminação com HIV/Aids entre a massa carcerária era de 1,3% em 2014, enquanto entre a população em geral era de 0,4%.

Todo o exposto acima, revela uma triste e infeliz realidade, a população carcerária do Brasil, é composta por jovens, pobres, sem estudo e negros. Algo que mancha toda a grandeza e soberania da nossa nação, será os únicos que cometem crimes?

3 AS CIFRAS E A SELETIVIDADE

3.1 A cifra negra e a criminalidade de colarinho branco

É sabível que nem todo crime realizado é tipificado ou investigado pela polícia judiciária, ou, denunciado, julgado e o seu autor condenado. Nesta linha, o termo cifra negra faz referência à porcentagem de crimes que não sofreram solução ou punição, à existência de inúmeras infrações desconhecidas “de forma oficial”. Isto acaba trazendo como resultado um tipo de “eleição de ocorrências e transgressores”. O sistema penal, desta forma, acaba “movimentando-se” apenas em deliberados casos, conforme a classe social a que pertença o autor da infração penal.

Tratando-se de forma específica da criminalidade das classes com maiores privilégios, surge a chamada cifra dourada. São os crimes denominados de “colarinho branco”, como por exemplo as infrações contra o meio ambiente, contra a ordem tributaria, o sistema financeiro, entre inúmeros outros, que acabam por se contrapor aos considerados “crimes de rua” (furto, roubo, etc.). Hodiernamente, a criminologia moderna admite outros dois tipos de cifras, a cifra cinza, que são as ocorrências policiais que se solucionam na própria delegacia, onde por meio de conciliação, não se chega até o processo ou ação penal, e também admite a cifra amarela, que são as que em indivíduos vítimas de violência policial não fazem denúncia do fato na corregedoria por medo de sofrerem represália.

Robert Merton, na elaboração de sua teoria, insiste a respeito da característica exposição das camadas inferiores à delinquências. Ele adverte no decorrer de sua obra, a proposta decorrente de duas concepções criminológicas contemporâneas, convenientes para integrar ou corrigir sua primordial construção. De um lado, das pesquisas sobre criminalidade do colarinho branco e das teorias de E.H Sutherland. De outro lado, das pesquisas e teorias de A.K Cohen (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 se baseava, ao contrário, especificamente da sua tese sobre o desvio inovador: a classe dos homens que fazem negócio, a qual faz parte da população amplamente desviante, mas escassamente perseguida, está ligada ao tipo qualificado pela proposta inovadora. Esses indivíduos aderem-se e personificam o fim social dominante norte-americano, sem terem interiorizado as normas institucionais, cujas determinam as modalidades e os meios para obter-se os fins culturais (BARATTA, 2002, p.65 e 66).

Distante dos problemas teóricos e metodológicos relacionados ao que se define criminalidade e ao conceito de realidade social, que influenciaram o *labelling approach* na sociedade criminal, influenciaram não somente sobre o comportamento desviante para a seleção da população criminosa, mas influenciaram também dois novos campos de investigações; a) a criminalidade do colarinho branco; b) a cifra negra da criminalidade e a crítica das estatísticas criminais oficiais (BARATTA, 2002, p.101).

De acordo com o que Paulo Queiroz afirma a respeito de uma concepção idealista e a crítica da justiça, acaba fazendo desconsideração do conhecimento criminológico sobre a 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).

3.2 Seletividade qualitativa e quantitativa do sistema penal

Pode-se dizer que o crime é um acontecimento democrático. Um dono de um banco “assalta” um indivíduo de forma distinta daquele que o faz ao entrar pela porta da frente fortemente armado. Contudo, existe uma conduta criminoso nos dois exemplos. Essas demonstrações podem ser realizadas quando se muda o enfoque no estudo dos fenômenos criminais e seus atores, segundo BARATTA.

A principal maneira de uma política criminal alternativa, poderia ser baseada ao se diferenciar a criminalidade pela posição social do autor: contravenções das classes subalternas, como por exemplo os crimes patrimoniais, expressam contradição das relações de produção e distribuição; contravenções penais das classes superiores, como por exemplo a criminalidade econômica, exprimiria a relação funcional entre processos políticos e meios 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).

De forma habitual, os criminólogos esmiúçam problemas como: como alguém se torna criminoso, o que ele fez para se desviar; como um condenado se torna reincidente; como controlar um criminoso. Contrariamente, os interacionistas, como aqueles autores que inspiram-se no *labelling approach*, esmiúçam problemas como: a definição do desviante; o que esta definição resulta sobre o indivíduo; como esse indivíduo se torna objeto de uma definição. Por último, quem define, é uma pergunta relacionada à natureza do indivíduo e do objeto na definição da conduta, orientou a pesquisa do *labelling approach* em dois ramos: um em direção a compreender como se forma a identidade desviante e do que é definido como desvio secundário, isto é, o impacto em aplicar sobre alguém a etiqueta de criminoso; e o outro ramo leva ao obstáculo de como se constitui o desvio, atribuído a comportamentos e indivíduos, e assim, acaba conduzindo ao estudo sobre as agências de controle social. O comportamento desviante como comportamento rotulado (BARATTA, 2002, p.88-89).

CONCLUSÃO

No nosso ordenamento jurídico, o Estado assume a responsabilidade de resolver conflitos, servindo como um meio de manutenção. Seu maior propósito é a defesa social, o que era esperado por parte do sistema penal, portanto, na sua responsabilidade por uma ordem social justa e igual, esperava-se uma atuação em favor da sociedade como um todo, de forma que todos tivessem direito a um tratamento igualitário.

Vale destacar que nossa Constituição, trata de normas que protegem de forma essencial os direitos fundamentais da sociedade. Segundo o princípio da isonomia, disposto no caput do artigo 5º da Constituição, todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza. Se trata de um direito fundamental no Estado democrático de direito.

No entanto, fazemos parte de uma sociedade cuja desigualdade social é escancarada, cujo sistema penal funciona de maneira adversa da função, que se supõe ser defender a sociedade. Assim, o sistema penal, é visto como apenas mais um meio de perpetuar e prevalecer a desigualdade. Age, erroneamente, de forma seletiva contra aqueles localizados nas camadas inferiores da população.

Segundo fontes de informação, estatísticas oficiais, e a própria mídia, certifica-se que a criminalidade não é restrita às camadas inferiores, ela está presente em todas as classes sociais. Porém, a prática revela um sistema penal atuando de forma quase exclusiva contra os típicos crimes das classes desabastadas. E a mídia sensacionalista, por sua vez, sempre espantando à todos com o medo e a insegurança.

Nota-se que grande parte da nossa população carcerária foi incursa devido à prática de crimes contra o patrimônio particular, na maioria das vezes sem nenhum tipo de relevância social; enquanto que muitos privilegiados de forma social, cometem crimes políticos e econômicos, com assombrosos impactos sociais, acabam saindo impunes. Vale lembrar aqueles crimes cometidos por pessoas que não se enquadram no modelo de delinquente, e que são ignorados pelo sistema penal, como os da cifra negra e do colarinho branco.

Não se pode dizer que o ordenamento jurídico seja falho, pois possui todos os ingredientes necessários para um novo ideal, como a Lei de Execução Penal, que garante diversos direitos que, contudo, não são reconhecidos. A legislação não aparenta ser a solução, não será o aumento ou rigor penal que solucionará a criminalidade, se fosse simples assim, países que dispõem da prisão perpétua e da pena de morte teriam sua criminalidade bem diferente do que observa-se no resto do planeta, o que não ocorre.

Assim, esclarece-se que a mudança não deveria ser pautada nas leis, e sim na prática. O legislador precisa diminuir seu empenho sobre severizar as leis, e focar mais em instrumentalizar aquilo que é estabelecido. Por sua vez, o Judiciário, o sistema carcerário e a polícia deveriam atuar de uma maneira que os distanciasse dos estereótipos existentes e que, mesmo que sem querer, acabam de alguma maneira os perpetuando.

O desenvolvimento deste trabalho, procurou reforçar a afirmação do estigma que é dirigido às camadas mais baixas, por parte da atuação do Estado na política criminal contra grupos de indivíduos estereotipados.

É de incumbência dos que atuam pelo sistema penal trabalhar por um novo modelo onde a seletividade se torne histórica e longínqua, contando com o constante esforço daqueles que rigorosamente atuam com igualdade e com respeito aos direitos fundamentais. E se for depender desses esforços, teremos grandes mudanças, uma vez que graças a eles, políticos do alto escalão e até ex-presidentes estão sendo condenados.

REFERÊNCIAS

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. "Novas tendências do direito penal." Rio de Janeiro: Revan(2004).

E. Raul ZAFFARONI, Nilo BATISTA , Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR. Direito penal brasileiro: primeiro volume – 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003

FOUCAULT,Michel.Vigiar e punir: nascimento da prisão. 39 ed.Petrópolis,RJ Vozes, 2011.

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. "Teoria da pena." Curitiba: ICPC Lumen Juris (2005).

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.

INFOPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Disponível em <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>> Acesso em 18/07/2018

KERDINA. *Princípio da isonomia*. Disponível em <<http://principios-constitucionais.info/principio-da-isonomia.html>> Acesso em 05/03/2018