

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

BRUNA VAILATE FARIAS

**PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A SELETIVIDADE ECONÔMICA SOCIAL DO
SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Rio do Sul

2021

BRUNA VAILATE FARIAS

**PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A SELETIVIDADE ECONÔMICA
SOCIAL DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito,
pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento
do Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI

Orientador(a): Prof(a). Especialista em Direito
Penal e Processo Penal, Juliana Montibeller.

Rio do Sul

2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

A monografia intitulada **“TÍTULO DA MONOGRAFIA (E SUBTÍTULO, SE
HOUVER)”**, elaborada pelo(a) acadêmico(a) NOME COMPLETO, foi considerada

☐ APROVADA

☐ REPROVADA

por todos os membros da banca examinadora para a obtenção do título de
BACHAREL EM DIREITO, merecendo nota _____.

_____, ____ de _____ de _____.

Prof. Mickhael Erik Alexander Bachmann
Coordenador do Curso de Direito

Apresentação realizada na presença dos seguintes membros da banca:

Presidente: _____

Membro: _____

Membro: _____

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Rio do Sul, 24 de maio de 2021.

Bruna Vailate Farias

Acadêmico(a)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar se o sistema penal brasileiro fere o princípio constitucional da igualdade, demonstrando através de entendimentos doutrinários e também de perspectivas históricas e sociológicas se o sistema penal é seletivo e quais as consequências dessa seleção. Busca analisar a atuação do Estado no que pertine ao tratamento punitivo das classes mais baixas, bem como quanto ao viés aplicado aos autores dos crimes conhecidos como “colarinho branco”. As pesquisas realizadas confirmam totalmente a hipótese inicial, qual seja que o sistema penal brasileiro protege a classe dominante, ou os grupos mais favorecidos, punindo com mais rigor os indivíduos mais carentes, ferindo o princípio da igualdade. Que, os órgãos de controle (polícia, ministério público, judiciário), juntamente com a mídia e a sociedade, muitas vezes classificam indivíduos através de estereótipos, condição de vida e preconceitos. O método de pesquisa utilizado para a elaboração do presente trabalho foi o hipotético-dedutivo com a pesquisa bibliográfica. O método de procedimento foi usado o monográfico.

Palavras-chave: Princípio da igualdade. Sistema Penal. Seletivo.

ABSTRACT

The present work aims to verify if the Brazilian penal system violates the constitutional principle of equality, demonstrating through doctrinal understandings and also from historical and sociological perspectives if the penal system is selective and what are the consequences of this selection. It seeks to analyze the performance of the State in what concerns the punitive treatment of the lower classes, as well as the bias applied to the perpetrators of crimes known as "white collar". The research carried out fully confirms the initial hypothesis, namely that the Brazilian penal system protects the dominant class, or the most favored groups, punishing more severely the most needy individuals, hurting the principle of equality. That, the control bodies (police, prosecutors, judiciary), together with the media and society, often classify individuals through stereotypes, living conditions and prejudices. The research method used for the preparation of this work was hypothetical-deductive with bibliographic research. The method of procedure was used the monograph.

Palavras-chave: Principle of equality. Penal System. Selective.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	10
2.1 A FUNÇÃO E OS FINS DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	11
2.2 AS ESCOLAS PENAIS	14
2.3 TEORIAS DA PENA E LEGITIMAÇÃO DAS PRÁTICAS PUNITIVAS	16
2.4 A EXPANSÃO DA PRISÃO COMO PENA NA CONTEMPORANEIDADE	19
2.5 PERFIL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA	22
3 DA SELETIVIDADE	24
3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	24
3.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA	26
3.3 A CRIMINOLOGIA DA REAÇÃO SOCIAL	29
3.4 O PAPEL EXERCIDO PELA MÍDIA NA SELETIVIDADE	32
4 A PRISÃO COMO PENA: SELETIVIDADE E DESIGUALDADE NOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA	35
4.1 PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO	35
4.2 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA	37
4.3 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA	39
4.4 CRITÉRIOS DE CRIMINALIZAÇÃO: SELETIVIDADE E DESIGUALDADE	42
4.5 FUNÇÕES DA PRISÃO: DAS FUNÇÕES DECLARADAS ÀS REAIS	44
4.6 A FUNÇÃO PUNITIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente Trabalho de Curso é o cotejo entre o princípio da igualdade e a seletividade econômica social do sistema penal brasileiro.

O seu objetivo institucional é a produção do Trabalho de Curso como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI.

O objetivo geral deste trabalho de curso é investigar se o sistema penal brasileiro fere o princípio da igualdade.

Os objetivos específicos são: a) Analisar o sistema penal brasileiro, como ele funciona, qual sua finalidade, efetividade, averiguar quais os maiores problemas, estudar sua estrutura, o seu discurso, as suas funções e tratamento; b) discutir sobre a seletividade do direito penal, princípio constitucional da igualdade, princípio da legalidade, poder punitivo, classes dominantes, criminalização primária e secundária; c) demonstrar se o direito penal é seletivo através de investigação e pesquisa bibliográfica, bem como o estudo da legislação.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: o sistema penal brasileiro fere o princípio da igualdade? Para o equacionamento do problema, levanta-se a seguinte hipótese: supõe-se que o sistema penal brasileiro fere o princípio da igualdade, selecionando quem é o criminoso e sua pena, a partir de seu status e condição financeira como uma forma de controle social.

O método de abordagem a ser utilizado na elaboração deste trabalho de curso será o hipotético-dedutivo; o método de procedimento será o monográfico. O levantamento de dados será feito através da técnica da pesquisa bibliográfica.

O tema foi escolhido em virtude de sua relevante importância pois, trata-se não somente de avaliar a efetividade do sistema criminal, como também, verificar se ele trabalha em sincronia com o princípio da igualdade.

Vários autores já escreveram sobre o tema, têm-se como exemplo, Michel Foucault que fala a respeito da pena de prisão referindo-se aos objetivos ideológicos e os objetivos reais do sistema penitenciário.¹ Helton Fonseca Bernardes que faz uma crítica ao sistema jurídico, normas penais e processuais penais dizendo que,

¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 23. Ed. Petrópolis: RJ: Vozes, 2000, p. 228-239.

“ao invés de reafirmar o preceito constitucional da igualdade, ratificam as impunidades e privilégios aos detentores do poder”²

Inicia-se, no Capítulo 1, as noções introdutórias sobre o sistema processual penal brasileiro, a função e os fins da pena no Brasil, sobre as escolas penais, as teorias da pena e a legitimação das práticas punitivas, bem como a expansão da prisão como pena na contemporaneidade e o perfil da população carcerária brasileira.

O Capítulo 2 trata de abordar o princípio da legalidade e o princípio da isonomia, será apresentado também a criminologia da reação social e o papel exercido pela mídia na seletividade.

O Capítulo 3, dedica-se a explicar sobre o processo de criminalização, criminalização primária e secundária, os critérios de criminalização, as funções da prisão e a função punitiva no Estado Democrático de Direito.

O presente Trabalho de Curso encerrar-se-á com as Considerações Finais nas quais serão apresentados pontos essenciais destacados dos estudos e das reflexões realizadas sobre o princípio da igualdade e a seletividade econômica social do sistema penal brasileiro.

²BERNARDES, Helton Fonseca. **Estratégias punitivas e legitimação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 2005, p. 81.

2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O sistema processual penal “Trata-se de um controle social punitivo institucionalizado que atua desde a ocorrência (ou suspeita de ocorrência) de um delito até a execução da pena” ³.

Os sistemas processuais penais que existem no ordenamento jurídico são: sistema inquisitivo, sistema acusatório e sistema misto.

No sistema inquisitivo, é o juiz quem produz e conduz as provas.⁴ Ele é quem acusa, julga e defende o investigado, ou seja, uma reunião das funções. Neste sistema, o processo é sigiloso.

No sistema acusatório, o juiz é imparcial e somente julga, não produzindo provas e nem defendendo o réu.⁵ Há a separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Neste sistema, o processo é público, salvo determinações por lei e é garantido ao acusado a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e outros princípios limitadores do poder punitivo.

O sistema processual misto contém duas fases: a primeira, inquisitória e a segunda, acusatória. A primeira fase é a da investigação preliminar. Esse procedimento é feito pelo juiz, colhendo provas e indícios que possam fundamentar a acusação ao juízo competente. A segunda fase é a processual onde o acusador é o ministério público ou o particular.

Assim, o sistema processual penal brasileiro, conforme alguns doutrinadores, é misto em sentido amplo, pois nele coexistem os dois sistemas: inquisitivo e acusatório. Já para outros doutrinadores e conforme o Código de Processo Penal é acusatório, pois na fase processual propriamente dita, os princípios são diferentes.

Cabe mencionar aqui o artigo 156, incisos I e II do Código de processo Penal, que traz uma conotação inquisitiva:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1 : Parte Geral. 9. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, p.69.

⁴NAGIMA. Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais**.14 de abr. de 2020. Disponível em: <https://notasjudiciosas.wordpress.com/2020/04/14/sistemas-processuais-penais/>. Acesso em :21 de mai de 2021.

⁵NAGIMA. Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais**.14 de abr. de 2020. Disponível em: <https://notasjudiciosas.wordpress.com/2020/04/14/sistemas-processuais-penais/>. Acesso em :21 de mai de 2021.

relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.⁶

Em face da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esse dispositivo parece ferir o princípio da igualdade, do contraditório e da estrutura dialética do processo.

2.1 A FUNÇÃO E OS FINS DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

As funções da pena são: retribuir (*quia peccatum est*) ao infrator o mau injusto por ele realizado e prevenir (*ne peccetur*) crimes. Sobre a questão dos fins da pena o autor Jorge de Figueiredo Dias expõe o seguinte entendimento:

[...] É sabido como o problema dos fins (...) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal (...). A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo do tempo está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal.⁷

O Código Penal brasileiro adotou a chamada teoria unitária, que tem como finalidade a retribuição, prevenção (especial e geral) e a ressocialização. Segundo Rogério Greco:

[...] Nosso Código Penal, por intermédio do artigo 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprová-lo mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.⁸

Segundo o artigo 59 do Código Penal, a pena será estabelecida “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.⁹ Para

⁶ BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 07 de fev. de 2021.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.89.

⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 537.

⁹ BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

completar a teoria unitária, a Lei de Execução Penal em seu artigo 1º referencia a finalidade do processo de execução: “ a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”¹⁰

Ademais, a Lei 12.594 de 2012 que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas que destinam-se aos adolescentes que praticam atos infracionais, dispõe no seu artigo 1º, parágrafo 2º, que tal medida deverá punir, prevenir novas práticas e ressocializar o menor infrator.

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. § 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos: I – a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; II – a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e III – a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei”.¹¹

Mas será que por trás desses fundamentos manifestos sobre as funções da pena, não existe outra finalidade que não esteja expressa mas que interessam aquele indivíduo que está legislando, criando a norma penal? A pena como prevenção da violência é fundada no direito penal mínimo, defendendo que a penalização seria necessária somente em situações de altos riscos que podem atingir os interesses da coletividade. Vale registrar a seguinte posição de Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista a respeito da função da pena:

A atual criminalização não cumpre essa função, salvo em casos excepcionais. A teoria do direito penal mínimo reconhece isso e, portanto, propõe uma radical redução do poder punitivo. [...] Contudo, deve-se observar que essa proposta é totalmente contrária ao que acontece e implica a realização de um modelo de sociedade bem diverso. [...] Como, porém, nos modelos atuais de sociedade a pena só por exceção assume a função que o minimalismo penal imagina em uma sociedade

¹⁰BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Regula a Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 12 de abr. de 2021.

¹¹ BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Lei do sistema nacional de atendimento socioeducativo**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 16 de abr. de 2021.

futura, é inútil centrar a discussão em torno de um remanescente hipotético. Na verdade, centrar a discussão nesse tema conduz a um debate sem consequências (sic) práticas imediatas, voltado para as alternativas de supressão total ou radical redução do poder punitivo, quando as tendências atuais caminham na direção exatamente oposta. [...] O poder punitivo não é legitimado pela tese do minimalismo penal, de vez que *ela* não pode ser tratada como uma nova teoria da pena, mas sim como uma proposta política digna de ser discutida, voltada para o futuro. Por outro lado, torna-se duvidoso que uma coerção limitada à evitação de conflitos (vingança) ou a sua interrupção (defender a vítima) seja realmente uma pena: quando esses riscos existem, de modo efetivo e iminente, convém pensar em coerção direta atual ou diferida. [...] Apesar da existência do poder punitivo amplo, sabe-se que existem fatos cruéis de vingança, como também conhecem-se casos gravíssimos de impunidade, que não deram lugar a estas reações (a impunidade dos torturadores da ditadura militar, por exemplo).¹²

O objetivo da pena faz-se necessário não apenas como retribuição, mas também para mostrar à sociedade as consequências de praticar um delito, bem como conduzir o delinquente à conviver em sociedade, como forma de reduzir a criminalidade e a violência, resultando em segurança social.

Conforme a Lei de Execuções Penais nº 7.210 de 11 de julho de 1984, no seu artigo 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.¹³ Ou seja, busca-se um sistema socioeducativo, reinserindo o apenado no convívio social através de métodos.

Questiona-se se esse sistema realmente é efetivo... A grande maioria dos aparatos prisionais existentes no Brasil não são aptos para a concretização do objetivo primordial de ressocialização, pois reconhecidamente padecem com situações crônicas, tais como a superlotação, condições desumanas, baixo efetivo funcional, entre outros, o que aumenta a violência no cárcere, rebeliões e protestos.

Diante dessas dificuldades praticamente inerentes ao sistema prisional, é legítimo auferir que raramente ocorre a verdadeira ressocialização do indivíduo. Verifica-se que a maioria dos detentos são reincidentes. Dentro dessas condições de precariedade, ao invés de ressocializar, tornam-se parte de verdadeira escola do crime, já que a mera sobrevivência no sistema, muitas vezes lhe custa aderir a facções criminosas que cobrem necessidades, ao mesmo tempo que cobram ações. Impede reconhecer o flagelo que se abate sobre aqueles que, sob a guarda do

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, p. 129-130.

¹³ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Regula a Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 12 de abr. de 2021.

Estado, sob seu manto descem mais degraus na escada do crime, o que dificulta, se não impede, que com eventual saída da prisão, sejam introduzidos na sociedade; a um, por preconceito e estigma; a dois, por compromissos assumidos no cárcere, que os impossibilita a verdadeira liberdade. Verifica-se com isso, fracasso no objetivo maior do sistema penal brasileiro, a ressocialização, não sendo aceitos na sociedade por preconceito e estigma.

Para a teoria crítica, o direito penal serve para o controle social, dominando classes, mantendo a ordem econômica através de um gerenciamento diferenciado da criminalidade. Policiais geralmente abordam negros e maus vestidos de forma preconceituosa.¹⁴ A ideologia dominante está nitidamente impregnada nas instituições criminais.

2.2 AS ESCOLAS PENAIS

As escolas penais foram desenvolvidas para analisar a pena e o comportamento delituoso do agente, fornecendo embasamentos científicos mais detalhados sobre o direito penal. Elas se dividem em: escola clássica, escola positivista, correccionalismo penal, tecnicismo jurídico-penal e defesa social.

A escola clássica teve seu início entre o fim do século XVIII e a metade do século XIX. Foi constituída em reação ao totalitarismo do estado absolutista. Partia-se do estudo geral para o especial, seus professores utilizavam dos métodos racionalista e lógico-dedutivo.

Conforme essa escola, o homem possui livre-arbítrio e culpabilidade moral, atua conforme sua própria vontade, em virtude disso, é responsável por seus atos. Sendo assim, a pena deve incidir como retribuição ao agente, no sentido de vingança e castigo, fundamentada na concepção retribucionista. Conforme Carlos Fontán Balestra citado por José Frederico Marques:

Para a Escola Clássica, a pena é um conceito moral porquanto se apresenta como a retribuição do Estado ao delinquente pelo mal que este causou à sociedade. A pena tem que ser absolutamente proporcional, qualitativa e quantitativamente, ao mal causado, sendo ainda um meio de tutela jurídica.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal**; trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 166 e 177.

Os positivistas, entendendo que se deve partir do princípio de que se faz necessário antes de evitar o delito que reprimi-lo, vêem na pena uma providência de caráter preventivo para servir como instrumento de reeducação e readaptação do delinquente para a vida social.¹⁵

A escola positivista, também chamada de positivismo criminológico, surgiu nos séculos XIX e XX, afastou a ideia clássica de livre-arbítrio e a retribuição da pena como um mal causado pelo agente. Essa escola dedicou-se a estudar o determinismo biológico, determinismo sociológico e a conjunção dos determinismos biológico e sociológico.

Na escola positivista, refuta-se a noção de livre-arbítrio, na teoria de que o infrator ou apresenta uma patologia hereditária própria ou se sujeita a processos causais alheios, de forma que sua responsabilidade penal é determinada pela responsabilidade social. Por consequência disso, o infrator deve ser submetido à medida de segurança, por tempo indeterminado, enquanto durar a patologia. Nesta escola são usados os métodos experimental e indutivo.

O correccionalismo penal nasceu na Alemanha, em 1839, a partir das contribuições de Karl David Augusto Roeder. Para essa escola, o infrator é incapaz e dotado de debilidade, não tendo condições para conduzir sua vida em sociedade.

Desse modo, o Estado deve adotar uma política correccional ou pedagógica para tratar o crime, para buscar corrigir a cruel vontade do malfeitor, tendo a pena a função de prevenção especial. Conforme essa corrente, a sanção deve ser aplicada por tempo indeterminado, enquanto durar o estado de perigo do indivíduo. A repressão é utilizada como fim terapêutico, visando a regeneração do criminoso.¹⁶

O tecnicismo jurídico penal nasceu na Itália, nos idos de 1910, afastando as concepções da escola clássica como o jusnaturalismo e o livre-arbítrio. Esse movimento realizou uma análise técnica do direito penal, concebendo a pena como um mecanismo de defesa do Estado frente à periculosidade do agente.

Possui como fundamento o método dogmático ou técnico-jurídico. Num segundo momento, com novos adeptos, essa corrente apresentou um novo posicionamento, resgatando as ideias de livre-arbítrio e do jusnaturalismo para

¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal. V. III**. Campinas: Editora Millennium, 1999, p. 143 e 144 apud Carlos Fontán Balestra. Manual de derecho Penal, Parte General, 1949, p. 335 e 336.

¹⁶ RODRIGUEZ. Rúbia Masiero. **História do Direito Penal**. 26 de set. de 2019. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/70960409/roteiro-02-historia-direito-penal/6>. Acesso em: 20 de mai. de 2021.

fundamentar a retribuição da pena. Roberto Cesar Bitencourt aponta as principais características da escola técnico-jurídica:

Pode-se apontar como as principais características da Escola Técnico-Jurídica: a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena constitui uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; c) a medida de segurança — preventiva — deve ser aplicável aos inimputáveis; d) responsabilidade moral (vontade livre); e) método técnico-jurídico; e f) recusa o emprego da filosofia no campo pena.¹⁷

Filippo Gramatica foi o precursor da nova defesa social, propondo em 1945, em Gênova, Itália, no Centro Internacional de Estudos de Defesa Social, a abolição do direito penal e do sistema penitenciário. Para ele, o direito penal deve ser substituído por um direito de defesa social, para adaptar o indivíduo à ordem social.

Em 1948, a Sociedade Internacional de Defesa Social foi criada, tendo como defensores Franz Von Liszt, Van Hamel e Adolphe Prins.¹⁸ Conforme essa escola, o direito penal deve se destinar à defesa social sendo mais eficiente e integral possível, combatendo a criminalidade e levando em consideração os direitos e garantias individuais.

2.3 TEORIAS DA PENA E LEGITIMAÇÃO DAS PRÁTICAS PUNITIVAS

O principal objetivo das teorias das penas, é justificar a existência ao infrator da lei penal, ou seja, a função que a pena tem a realizar. As teorias da pena “podem ser resumidas em três conhecidas máximas: *punitur quia peccatum est*; *punitur ut ne peccetur*; *punitur quia peccatum est et ne peccetur*. Respectivamente: pune-se porque pecou (teoria absoluta); pune-se para que não se peque (teoria relativa); pune-se porque pecou e para que não se peque (teoria mista)”.¹⁹

Para as teorias absolutas, o simples fato de o agente cometer um crime, já traz em si, o dever da imposição de uma pena. O agente será punido porque pecou, conforme a frase *punitur, quia peccatum est*. O infrator deverá compensar o mal

¹⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 17 ed. rev, ampl. e atual. de acordo com a Lei 12.550, de 2011 - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43 e 44.

¹⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2008, p. 127 - 130.

¹⁹ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 9.

praticado cumprindo a pena integralmente. Nesta teoria, a pena é no sentido de retribuição ao crime cometido. Percebe-se traços da teoria absoluta, no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, onde o legislador dispõe que o juiz deve aplicar a pena, conforme necessário e suficiente para reprovação do crime.

A teoria da retribuição moral era defendida pelo filósofo Immanuel Kant. Para essa corrente, a pena possui finalidade em si mesma. A pena bastaria em si mesma para realizar a justiça, em meio a um sistema regido por princípios e ideais morais, vindos de Deus. Kant visualiza a pena como imperativo categórico e fundamenta a teoria da retribuição moral, apontando que o indivíduo que comete um crime deve ser punido, pois se indis põs com a vontade divina e com a moral.

A tese da retribuição jurídica é elaborada por Georg Wilhelm Friedrich Hegel, que contraria o que a corrente da retribuição moral diz. Conforme Hegel, a pena não se vincula a um ideal de justiça, mas uma exigência da razão, que tem como base o método dialético do pensamento.

As teorias relativas se contrapõem às teorias absolutas. Para os defensores dessa corrente, a pena não possui um fim em si mesma, ela é vista como um meio para atingir determinada finalidade, ela é considerada utilitarista, ou seja, é fundamentada por razões de utilidade social.

Von Feuerbach foi o maior idealizador da teoria da prevenção geral negativa. Conforme seu entendimento, todos os crimes possuem uma motivação psicológica, a sensualidade, interligada à ideia de prazer. Para ele, a função da pena seria a prevenção geral dos delitos. A pena era uma espécie de intimidação, serviria como uma forma de coação psicológica, exercendo medo, temor à coletividade.

Na visão de Von Feuerbach, a função da pena era fazer com que os infratores da lei não cometessem crime, pois sabiam que seriam punidos, caso cometessem. Em virtude disso, a função da pena para essa corrente era de intimidação geral, pois todos deveriam afastar-se de cometerem crimes e conter seus impulsos advindos da sensualidade. Para essa teoria, através da ameaça da pena, as pessoas seriam desestimuladas a cometerem crime.

A teoria da prevenção positiva defende que a pena tem a função de conscientizar toda a coletividade dos princípios e valores que condizem com o ordenamento jurídico e com a ordem social. Deste modo, colaboram com o equilíbrio e a paz na sociedade. Interessa a essa teoria reafirmar os valores éticos e a virtude e somente após isso, preocupar-se com o ilícito cometido, tendo mais relevância a

ação que foi praticada, que deveria ter sido evitada, considerando os valores éticos. Assim, a pena tem função preventiva, visando o equilíbrio e a organização na sociedade. Observa-se aqui, a pena como algo positivo, tendo a finalidade de manter a norma como projeto de orientação de condutas.

A prevenção especial (individual) é uma corrente que prevaleceu durante o século XIX e XX no ordenamento penal. Para os adeptos desta corrente, a finalidade da pena é agir sobre o delinquente de forma concreta e efetiva, objetivando evitar que este pratique crimes no futuro. A base da prevenção especial é a periculosidade individual, visando eliminar ou restringir.

O objetivo primário dessa teoria seria evitar a reincidência. Caso atingida essa finalidade, o ordenamento jurídico manter-se-ia íntegro com relação a um determinado agente infrator. Atualmente, a teoria da prevenção especial é observada no tratamento do delinquente durante a execução penal, por métodos curativos como o auxílio de médicos e psicólogos, métodos educativos com ensino básico e oficinas técnicas, com o objetivo de ressocializar e reintegrar o condenado.

As teorias unitárias são também conhecidas como mistas ou ecléticas, são as teorias que predominam na atualidade e buscam convergir as ideias da teoria absoluta (retribuição jurídica) com os fundamentos da teoria relativa (prevenção geral e especial). A fundamentação dessa teoria é a de que a pena somente será legítima, se for na exata medida em que for justa e útil. Sendo assim, se a pena for desnecessária (inútil), será ilegítima embora seja justa, bem como a pena seja injusta, mesmo sendo necessária.

A pena deve funcionar como um princípio limitativo, não ultrapassando os limites do fato praticado pelo autor, ela deve ser proporcional ao grau de culpabilidade do autor e à extensão do injusto. Conforme essa teoria, a pena possui três finalidades: retribuir ao infrator o injusto praticado, prevenir corrigindo o autor através da pena, de forma pedagógica, neutralizando o agente que estaria preso, gerando segurança social e mantendo a relação de confiança de toda sociedade com o sistema jurídico.

O garantismo penal é uma teoria normativa do direito e seu objetivo é respeitar a estrita legalidade, visa limitar a violência e impor limites ao direito de punir, que pertence ao Estado. É o equilíbrio entre o abolicionismo penal e a máxima influência do poder punitivo do Estado. O garantismo seria um modelo de equilíbrio de aplicação da pena, aplicando-se a pena para as infrações mais graves, não

necessitando da punição estatal nos casos de infração de menor potencial ofensivo, respeitando sempre os princípios constitucionais e o devido processo legal.

Para os defensores do garantismo penal, o direito penal somente pode interferir quando realmente é necessário, quando os bens jurídicos forem considerados de suma importância e essenciais. Caso o fato praticado for de menor relevância para a ordem social, basta o direito intervir através de outro ramo, pois o direito não pode ocupar-se de meras práticas imorais. Conforme a culpabilidade do agente, a pena deve ser proporcional e quando for executada, cumpre-se a ressocialização, reintegrando o preso à coletividade. É importante observar os princípios constitucionais no sentido de que, o preso deve ser tratado com dignidade, preservando a estrutura da personalidade do agente.

2.4 A EXPANSÃO DA PRISÃO COMO PENA NA CONTEMPORANEIDADE

Conforme Zygmunt Bauman o que se busca na comunidade equivale a um abrigo nuclear, um ambiente seguro, sem contraventores e protegida de invasões externas. Deste modo, a comunidade significa isolamento, a separação por meio de muros e portões vigiados. Contudo, a ideia de proteção e segurança se deteriora quando as comunicações entre os de dentro e fora do muro acontecem. Essas comunicações arruinam a ideia de proteção através de muros sólidos, quando são mais intensas que a comunicação interna.²⁰

A busca pela segurança é a procura pelo erguimento das muralhas da comunidade. Contudo, no sistema em que vivemos, em meados do século XXI, esses muros estão longe de serem rígidos; eles são móveis, o que possibilita que sejam reposicionados conforme as mudanças de necessidade ou desejo.²¹ Sabe-se que a construção de prisões, a elaboração de leis mais severas, aumentam o índice de popularidade dos governos. Os mecanismos de comunicação produzem insegurança, no sentido de que presos comunicam-se com ex-detentos do lado de fora.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 103.

²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 45.

Zygmunt Bauman descreve em *O mal-estar da pós-modernidade*, que a partir da década de 1970, houve um elevado aumento da população carcerária, bem como dos funcionários que trabalham nas instituições penitenciárias. O autor fala que o Estado usava de manobras políticas do bem-estar para reabilitar os inaptos e influenciar os que já se encontravam habilitados. Porém, atualmente, diante de uma enorme população que nunca reingressará na produção, não há mais o interesse dos políticos e gestores. Conforme o discurso: não é mais possível custear as providências do bem-estar.²²

Com o Código Penal de 1940, coroou-se no Brasil o movimento reformador da justiça criminal, ligado à forma republicana de responsabilidade criminal, onde todas as virtudes de uma justiça criminal estariam alicerçadas antes sobre hipótese de recuperação do sentenciado do que na simples punição à ofensa criminal. Contudo, o Código Penal de 1940 não se desligou do padrão clássico do direito penal. Ao contrário, o legislador tentou conciliar hipóteses contrárias. A aplicação do tratamento individualizado da pena não abriu mão da ideia de punição da sanção criminal-judiciária.

Existem contrastes entre os códigos e as realidades carcerárias, que são propositais introduzidos nas políticas públicas penitenciárias e nas práticas institucionais.²³ Com a necessidade de criação de novas vagas e diminuição/racionalização da carga punitiva, preenchem uma retórica presente desde há muito tempo. Tem-se como exemplo, um modelo de justiça criminal estabelecida pela lei nº 9.099, de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), o resultado foi no sentido de expandir a justiça penal no contexto social, como uma recriminalização de delitos, mediados até então por braços institucionais antecedentes ao Estado judicial²⁴ Não passando de um crescimento da violência institucional através da violência simbólica.

Nessa mesma direção, outras propostas de política criminal foram lançadas. O exemplo atual que mais é notável dessa contradição, está na lei das prisões processuais e medidas cautelares (Lei 12.403, de 2011). Entrou em vigor em 4 de

²² BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 51.

²³ FISCHER, Rosa Maria; ADORNO, Sergio. **Políticas penitenciárias, um fracasso?** Lua Nova, vol. 3 no. 4 São Paulo, junho 1987, p. 74.

²⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre**. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 198.

julho de 2011. Sua principal característica é a criação de medidas cautelares diferentes da prisão.

A partir da vigência desta lei, a prisão processual deve ser utilizada apenas quando não for possível adotar outra medida cautelar menos gravosa, é o que estava disposto no artigo 282, parágrafo 6º do Código de Processo Penal:²⁵ “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Em 2011, o percentual de pessoas presas sem condenação era de aproximadamente mais de 30%. Depois de cinco anos de vigência da lei, esse percentual aumentou cerca de 10%, não logrando êxito no objetivo que a lei pretendia. No ano de 2010, a Lei de Execução Penal foi reformada pela Lei nº 12.313, condicionando as Unidades da Federação a criarem serviços para a assistência judiciária, integral e gratuita através da Defensoria Pública, dentro e fora da prisão. Desde então, a Defensoria Pública tornou-se um órgão da execução penal no Brasil. Há poucos anos, a Defensoria Pública era uma instituição recém se estruturando como órgão de apoio aos socioeconomicamente vulneráveis e em alguns estados do Brasil nem havia Defensoria Pública. Diante disso, nada faz pensar que a prisão tenha sido um projeto de execução de pena.

Para o autor David Garland, o direito penal é um complexo industrial que comunica uma rede de interesses comerciais e capitalistas que circunda o sistema penal contemporâneo e alimenta-se dele. Por fim, a retórica das percepções e emoções invocadas pela tática punitiva tem o efeito de eliminar qualquer plano preventivo, caso pretendesse.²⁶

Conforme escreve Jock Young sobre a transição da modernidade à modernidade, ao longo das décadas de 1980 e 1990, formou-se um processo social de exclusão, o que provocou a separação dos mercados de trabalho, aumento do desemprego estrutural, a exclusão consequente das tentativas de controlar o crime decorrente das circunstâncias modificadas e da natureza excludente do comportamento social. A prisão passa a ser contemplada como um mecanismo de exclusão e de controle.²⁷

²⁵ BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

²⁶ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 80.

²⁷ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 22-23.

Todos esses elementos, observados de um mesmo plano, é direcionado para uma constatação em comum: a identificação do crime com os desclassificados, ou a criminalização da pobreza.²⁸ Para a maioria das pessoas, os delinquentes mais comuns são os que vem dos guetos/favelas, considerados como áreas produtoras de crime e criminosos.²⁹

Com isso, a sociedade aponta para os crimes e os criminosos por meio da própria política de exclusão social. A expansão do sistema penal se liga a um tipo de malevolência estatal, em que as classes perigosas são redefinidas como classes de delinquentes, sendo a prisão o espaço destinado a elas.

2.5 PERFIL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

Com a implantação do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), houve o cadastramento individual de 602 mil presos, quase a totalidade das pessoas privadas de liberdade no país. Conforme o balanço do Cadastro Nacional de Presos, foi extraído um perfil da população carcerária nacional. Os dados são de 8 de agosto de 2018, que traz a informação de que mais da metade dos presos brasileiros têm até 29 anos de idade, a segunda faixa etária mais populosa do sistema é a de 25 a 29 anos. Somados o total de presos até 29 anos de idade, totalizam 54% da população carcerária.³⁰

Conforme dados do Sistema Integrado de Informação Penitenciária (InfoPen), sobre cor/raça foi verificado que, entre 2005 a 2012 existiram mais negros presos no Brasil do que brancos. Os jovens representam mais da metade da população carcerária brasileira. Com isso, verifica-se dois grupos vulneráveis até o momento: jovens e negros.³¹

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 134.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 134.

³⁰ CNJ: BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**. Rio de Janeiro. 09 de ago. de 2018. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/portal/cnj-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 11 abr. de 2021.

³¹ CNJ: BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**. Rio de Janeiro. 09 de ago. de 2018. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/portal/cnj-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 11 abr. de 2021.

Em Santa Catarina, pessoas declaradas negras e pardas correspondem a 15.72% da população do estado, enquanto a população carcerária negra é de 36.76%, mais de um terço da população carcerária.

Sobre o grau de escolaridade dos presidiários brasileiros, o levantamento realizado pela InfoPen é extremamente baixo: 75.08% dos presos têm até o ensino fundamental completo, 53% destes possuem o ensino fundamental incompleto e 6% são analfabetos.

Através destes dados, acredita-se que manter os jovens na escola pode ser uma estratégia de redução da criminalidade. Observa-se a correlação entre a pobreza e o nível de escolaridade e também as possibilidades de ascender dos estratos sociais menos favorecidos.

Mesmo que o estudo seja um direito do preso, as ofertas para tanto são muito baixas. Desse modo, é possível verificar um ciclo onde a falta de escolaridade facilitou o aprisionamento do indivíduo, bem como na instituição penitenciária as possibilidades de alteração de tal condição pela educação são poucas, o que acarreta para a baixa empregabilidade dos egressos, causando consequentemente a reincidência.

A população carcerária brasileira cresce cerca de 7% ao ano, o que não reduziu os índices de violência. Mesmo aumentando os encarceramentos, a população ainda se sente insegura, ou seja, só a prisão não é um instrumento suficiente para combater a criminalidade

Sabe-se que os presídios brasileiros em geral possuem um ambiente degradante ao preso. Para alguns autores, esse cenário é fundamentado pela superlotação, precariedade na alimentação, ausência de assistência médica, falta de higiene, o que resulta em diversas doenças, ao contrário do que é estabelecido na Constituição Federal.

Para os autores Felipe Mattos Monteiro e Gabriela Ribeiro Cardoso a pressão da sociedade e da mídia por mais segurança é a base para uma política que privilegia o encarceramento, mas isso será explanado melhor nos próximos capítulos do presente trabalho.³²

³² MONTEIRO, F. M.; CARDOSO, G. R. **A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária: um debate oportuno**. CIVITAS. v. 113. nº 1. Porto Alegre. 2013, p. 93-117.

3 DA SELETIVIDADE

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é um princípio de fundamental importância em todas as áreas do direito. Este princípio encontra-se expresso no Código Penal, no artigo 1º, bem como na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II: “Art. 1º – Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”³³

Art. 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, nos termos seguintes:[...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”³⁴

O princípio da legalidade deve ser analisado de forma ampla e não uma interpretação literal, para que seja alcançada a efetivação deste tão importante princípio. O professor Guilherme de Souza Nucci define este princípio da seguinte forma:

O princípio da legalidade advém da Magna Carta (ano de 1215), com a finalidade de coibir os abusos do soberano. Estabelece somente constituir delito a conduta consagrada pela lei da terra (by the law of the land), vale dizer, os costumes, tão importantes para o direito consuetudinário. Com o passar do tempo a expressão transmutou-se para o devido processo legal (due process of law), porém seu significado não se alterou. Aliás, ampliou-se para abranger, além da vedação de punição sem prévia lei, outros princípios fundamentais, como a presunção de inocência, ampla defesa, o contraditório, dentre outros preceitos, enfim, sem os quais a justiça não atingiria seu status de dignidade e imparcialidade.³⁵

A Constituição Federal consagrou este princípio nos direitos e garantias fundamentais em virtude de alguns documentos históricos que mencionaram uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais. Entre estes documentos, os principais são o Convênio para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais de 1950; Convenção Americana de Direitos

³³BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

³⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

³⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal Parte Geral. Vol. 1** esquemas & sistemas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 23.

Humanos (pacto de San José da Costa Rica) de 1969 e o Estatuto de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional em 1998.

O princípio da legalidade foi desenvolvido entre os séculos XVIII e XIX, pode-se observar que as execuções das normas não ofereciam à sociedade a resolução dos conflitos de forma imparcial. E isso pode ser verificado até hoje, pois as punições judiciais muitas vezes não são efetivas, quando mesmo o órgão do judiciário não pune, quem é protegido, quem é acolhido por alguns grupos detentores do poder.

Dois fatores compõem a legalidade, sendo o primeiro efeito o da reserva legal e o segundo da anterioridade. Em se tratando do princípio da reserva legal, uma infração só pode ser criada por lei, utilizando-se de lei ordinária e excepcionalmente de lei complementar. Com isso, pode-se concluir que medidas de segurança não podem criar penas, pois não é lei.

A medida de segurança possui força normativa e é um ato do executivo, consequentemente, não cria crime e nem comina pena. A doutrina moderna possui dúvida a respeito do artigo 62, § 1º, inciso I, letra b da Constituição Federal, se o direito penal é apenas o incriminador ou também o não incriminador. O artigo expõe o seguinte:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: [...] b) direito penal, processual penal e processual civil;³⁶

Assim, é vedado ao poder executivo tratar de questões relativas ao direito penal por meio de medida provisória, pois caso isso ocorresse, a órbita de competência do poder legislativo seria invadida, ocorrendo a violação ao princípio da separação dos poderes.

A corrente que prevalece entre os doutrinadores e constitucionalistas é de que com o advento da emenda constitucional 32, ficou explícito que a medida provisória não pode versar sobre direito penal (incriminador ou não). Há uma segunda corrente que reforça que é proibido a medida provisória versar sobre direito penal

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

incriminador, permitindo que se verse sobre matéria de direito penal não incriminador.

O segundo fator é pautado na afirmação de que não há crime ou pena sem lei anterior. Esse ponto de raciocínio desdobra-se no princípio da anterioridade que impede a retroatividade em prejuízo ao réu da lei penal, a retroatividade que for para beneficiar é garantia constitucional do cidadão.

Há uma importante diferenciação para o real entendimento deste princípio que é dividi-lo em legalidade material e legalidade formal. A legalidade formal é a que obedece ao devido processo legislativo, portanto é uma lei vigente. A legalidade material é a que seu conteúdo respeita os direitos e garantias individuais, essa legalidade garante a validade da lei.

Dessa forma, pode-se ter uma situação na qual uma lei está vigente porque respeitou os trâmites legislativos, no entanto, não é válida por desrespeitar algum direito ou garantia individual.

Pode ser citado como exemplo o artigo 2º, parágrafo 1º da lei 8.072 de 1990, que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que vedava a progressão de regime para os crimes hediondos. Mesmo esse artigo atendendo à legalidade formal, ele afrontava a legalidade material em virtude de violar a individualização da pena e a dignidade da pessoa humana.

O princípio da legalidade é um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro e o resultado deste princípio é a limitação do poder punitivo do estado, protegendo o cidadão contra os poderes constituídos, defendendo os direitos individuais e a autonomia de vontade das pessoas que integram o Estado.

3.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia consiste em assegurar às pessoas oportunidades iguais, considerando suas condições diferentes. Para representar este princípio, há uma frase muito usada: “tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Este princípio é importante porque ajuda o direito a aproximar-se da ideia de justiça que a sociedade cultiva, ao invés de ser um mero conjunto de normas.

O princípio da isonomia passou a servir de alicerce do Estado moderno através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada na França, colaborando assim a todas as constituições modernas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas determina em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.³⁷

A isonomia trata-se de igualdade material. Para melhor entendimento, tem-se como exemplo a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que cria dispositivos para proteger a mulher em razão da situação de sua vulnerabilidade em relação ao homem, é estabelecida então, a isonomia, igualdade material entre homens e mulheres. Essa igualdade também é reforçada na Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso III: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.³⁸

Já a igualdade formal é aquela em que o direito não diferencia ninguém. Por exemplo, no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal determina que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, ou seja, determina a igualdade formal entre homens e mulheres.

Outro exemplo de isonomia é o dever de contratar pessoas com deficiência nas empresas, pois em um processo seletivo regular normalmente essas pessoas não seriam contratadas. Em virtude disso, o direito gera oportunidades para que essas pessoas possam ter possibilidade de trabalhar, do mesmo modo que alguém sem deficiência.

O tratamento desigual tem como finalidade reduzir as desproporcionalidades na sociedade e não discriminar negativamente. As regras do ordenamento jurídico podem ajudar a reduzir as desigualdades. Através deste princípio, os operadores do direito podem conseguir mudanças verdadeiras e combater problemas estruturais, como o preconceito. O autor Fernando Capez faz menção ao princípio da isonomia, comentando que:

³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

As partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades. Na execução penal e no processo penal, o princípio sofre alguma atenuação pelo, também constitucional, princípio *favor rei*, postulado segundo o qual o interesse do acusado goza de alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva.³⁹

Conforme esse raciocínio, determinadas situações devem receber um tratamento desigual entre os indivíduos mesmo que tenham praticado um fato semelhante, considerando suas desigualdades. É possível verificar que, no que diz respeito à aplicação da lei penal, este princípio muitas vezes é violado, gerando na sociedade um sentimento de revolta e impunidade. Alessandro Baratta leciona o seguinte:

O Direito Penal, como instrumento do discurso de (re)produção de poder, tende a privilegiar os interesses das classes sociais 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 alijados e marginalizados.⁴⁰

Questiona-se se a lei é aplicada às camadas sociais mais elevadas com a mesma rigidez que as camadas sociais mais baixas, o tratamento é o mesmo? Os políticos, empresários e detentores de grande poder cometem crimes chamados de “colarinho branco”, sonegam impostos, abusam do poder que lhes foi conferido, superfaturam obras públicas. Os autores destes crimes realmente são penalizados e levados à prisão?

O princípio da isonomia precisa ser aplicado de forma que sua precisão seja realmente alcançada perante todo o direito e perante a justiça. No âmbito do direito penal, existem diversas circunstâncias que devem ser levadas em consideração no momento da aplicação da pena estabelecida, que revelam o princípio da individualização da pena, por isso, não significa que todos tenham que receber a mesma pena diante de um mesmo crime.

A respeito desse assunto, o jurista e magistrado Eugênio Raúl Zaffaroni afirma que “reprovar com a mesma intensidade as pessoas que ocupam situações de privilégio e a outras que se acham em situação de extrema pecúnia é uma clara

³⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

⁴⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

violação do princípio da igualdade corretamente entendido.”⁴¹ Sobre a crítica de que o direito penal é seletivo, o autor Alessandro Baratta conclui que:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.⁴²

Nas instituições sociais em que vivemos como a escola, igreja, universidades, na própria justiça, nas legislações e também no sistema penal, existe uma sociedade desigual, discriminatória e estigmatizada. Tais instituições reproduzem as desigualdades, propagando estigmas sociais para tentar manter a estrutura vigente que está dividida em duas partes: de um lado os “normais”, do outro os estigmatizados.

3.3 A CRIMINOLOGIA DA REAÇÃO SOCIAL

A criminologia da reação social é composta por duas principais correntes: o Labeling Approach, enfatizando a psicologia social e a Criminologia Crítica, enfatizando a ciência política. É o movimento criminológico que surgiu por volta da década de sessenta, nos Estados Unidos e que se preocupa com as instâncias de controle da criminalidade, em especial, para a prisão.

Essa corrente, como o próprio nome diz, entende que a maneira pela qual se dá a relação entre o indivíduo e a sociedade é que definirá o conceito desviante, ocorrendo esse processo através da formação da identidade social, a socialização dos indivíduos através dessa identidade e aos valores que representa e da materialização de tais valores na lei.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Política criminal latinoamericana**. Buenos Aires: ed. Hammurabi, 1982, p. 161.

⁴² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 162.

A teoria da relação social trabalha em seus fundamentos com os paradigmas de comportamento e consequências da rotulação, entendem que o binômio criminalidade e criminoso surge de uma realidade social preexistente ao próprio indivíduo.

A própria sociedade por meio de seus mecanismos de rotulação e etiquetamento, cria o desvio e o desviante, bem como através da reação social à prática do ato rotulado acaba gerando uma nova criminalidade, e interfere nas razões da punição a ser imposta pelo sistema. Da ideia de que o desvio e o desviante formam-se exclusivamente da lei, as escolas norte-americana e alemã do Labelling Approach fazem uma diferenciação.

A escola interacionista divide-se em duas correntes, quais sejam a norte-americana e a alemã. Para os interacionistas a lei serve para dividir os homens em dois gêneros: os delinquentes e os não delinquentes, por meio de comportamentos não aceitos pelo ente social.

Para a escola norte-americana, os níveis do processo de criminalização resumem-se em criminalização do ato, do indivíduo e do desviante, todos decorrentes da incidência da lei sobre o indivíduo. E que o rótulo sobre o indivíduo gera efeitos de destruição da identidade social.

A escola alemã, por seu lado, foca na criminalização diferencial de indivíduos, com fulcro na classificação social dos mesmos. Para os alemães, a interação social surge da interação entre classes sociais. Na ótica do interacionismo alemão, o delinquente é vítima de uma sociedade dividida em classes.

Primeiramente, ocorre uma reação social ao fato e ao indivíduo e depois, ocorre o processo de rotulação/etiquetamento do mesmo. Para que se verifique o processo de etiquetamento, o reflexo desses dois fatores frente à sociedade determinará a reação, resultando no etiquetamento. Nessa linha de pensamento, a lei é um reflexo e modo de controle exercido pelo poder político e econômico. Os dois pontos fundamentais da tese do paradigma da reação social são a conduta desviada e a reação social. A autora Vera Regina Pereira de Andrade escreve:

A criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída 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 e seleção.⁴³

A mesma autora afirma que a clientela do direito penal é constituída basicamente por pobres, sendo os mesmos criminalizados e etiquetados com maior frequência e que o sistema se dirige a determinadas pessoas.

As condutas sociais de maior gravidade como danos econômicos, ecológicos, criminalidade organizada e desvio estatal, geralmente são imunizadas através da intervenção estatal. Já os crimes de danos menores à sociedade, mas de maior visibilidade como crimes contra o patrimônio, os agentes são criminalizados. Diante disso, a reação social acontece a partir do dever do Estado em garantir a segurança jurídica e conseqüentemente à paz pública diante da opressão da sociedade provocada por indivíduos tidos como contrários ao convívio social, razão pela qual o mesmo é selecionado e afastado do corpo social.

A partir da corrente da reação social, pode-se verificar que o direito penal cumpre sua função de forma simbólica, que sustenta uma falsa satisfação de punição igualitária, ao mesmo tempo em que controla a sociedade como mecanismo de prevenção. O sistema penal não se reduz ao complexo estático das normas penais, mas é projetado para o processo de criminalização a qual contribuem todas as agências de controle social, desde o legislador, passando pela polícia e a justiça até o sistema penitenciário e os mecanismos do controle social informal.

O estereótipo faz com que as classes sociais dominadas sejam o alvo de maior observação das instituições legais, tornando-se assim, mais vulneráveis à ação do processo crimínogeno. O autor Alessandro Baratta acrescenta:

a função seletiva do sistema penal em face dos interesses específicos dos grupos sociais, a função de sustentação que tal sistema exerce em face dos outros mecanismos de repressão e de marginalização dos grupos sociais subalternos, em benefício dos grupos sociais dominantes -hipóteses sobre as quais o 'labelling approach' já havia chamado nossa atenção – parece, portanto, colocar-se como motivo central para uma crítica da ideologia penal, também no interior desta recente reflexão.⁴⁴

⁴³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão da Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 215.

⁴⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 114.

Observando o processo de criminalização, tal viés acaba destruindo mitos fundados no direito liberal, surgido no modernismo. Como, por exemplo, o princípio da igualdade das pessoas frente à lei, que é negado através da criminalidade do colarinho branco, fornecendo uma falsa percepção da distribuição do fenômeno criminógeno junto às classes sociais.

Os indivíduos que cometem esse tipo de crime chamado de colarinho branco, não são atingidos pelo processo de criminalização, pois seus integrantes não se enquadram no estereótipo social desviante. O princípio da legalidade também acaba sendo negado, pois não é a lei que faz nascer o crime, mas sim, a interpretação e valoração do ato feita pelas instâncias oficiais, em acordo com o estereótipo predeterminado.

A criminalidade não é mais encarada como um fato natural, mas como uma construção social determinada por meio da interação entre os indivíduos/classes sociais. Desse modo, a reação social traz a crítica ao direito penal, que lhe deve ser inerente pois, demonstrada a contraposição entre sua real atuação e os fins que o legitimam, deve se repensar sua legitimidade e reformulá-lo em acordo com estes últimos.

3.4 O PAPEL EXERCIDO PELA MÍDIA NA SELETIVIDADE

Com o advento da globalização, aumentou consideravelmente a busca por informações por parte da população em geral, potencializou-se o acesso aos meios de comunicação em massa. Nesse cenário, as notícias que mais causam curiosidade na população, são as ligadas aos crimes. A mídia, no que lhe diz respeito, transmite o que mais atrai a atenção do público, não ponderando que exerce um influente papel difuso de ideias, pensamentos e estereótipos.

Ao analisar os processos de criminalização, verifica-se claramente a influência da mídia, que como formadora de opinião, não exerce essa atividade com a devida responsabilidade. Por outro lado, para não desagradar à população, os agentes políticos cedem aos apelos midiáticos adotando medidas mais coercitivas e rígidas para punir aqueles que cometem delitos.

Além disso, assim como o sistema penal, é possível verificar que a mídia é altamente seletiva pois as notícias transmitidas têm intenção de manipular a opinião

pública. Por exemplo, pessoas que foram apontadas como autoras de certo crime, após serem submetidas ao devido processo legal, são declaradas inocentes. Acontece que, tais notícias já causaram desconforto e mal extremo à pessoa acusada injustamente, no entanto, noticiar sua absolvição não gerará audiência. A autora Vera Regina Pereira de Andrade escreve:

A mídia construindo, seletiva e sensacionalistamente a notícia sobre a criminalidade, cumpre um papel fundamental na construção social do perigo e do medo. Centrando a atenção na “violência” da rua e do campo, que ela e a polícia podem acessar, divulgando estatísticas alarmantes e sem fundamentação científica de seu aumento assustador, ela é a mais poderosa agência do controle social informal que, em simbiose com o sistema penal, sustenta o paradigma de guerra.⁴⁵

O alvoroço da mídia, em alguns casos, escolhidos pela busca de grande audiência, acaba influenciando testemunhas e até mesmo futuros jurados, além de atrapalhar as investigações.

Além disso, existem notícias equivocadas que causam efeitos degradantes no sentimento de justiça da população. A mídia acaba alimentando sentimentos como de impunidade e insegurança, fazendo com que a população busque por leis mais rígidas e prisões mais eminentes possível.

Nesse contexto, a liberdade de informação se choca com o princípio da presunção de inocência, em virtude da divulgação de casos de forma extravagante, o que acaba criando certezas aos olhos dos cidadãos, contribuindo para o pensamento de que os suspeitos devem ser presos a qualquer custo e que não possuem direitos. A respeito dos efeitos degradantes da exposição da mídia, o autor Julio Fabbrini Mirabete menciona:

Prejudicial tanto para o preso como para a sociedade é o sensacionalismo que marca a atividade de certos meios de comunicação de massa (jornais, revistas, rádio, televisão, etc). Noticiários e entrevistas que visam não a simples informação, mas que tem caráter espetaculoso, não só atentam para a condição da dignidade humana do preso como também podem dificultar a sua ressocialização após o cumprimento da pena.⁴⁶

O Estado pressionado pela população começa a se movimentar, através de leis, encarceramento e penas mais rígidas a acalmar o clamor popular. E por fim,

⁴⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 144.

⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas. 2006. p. 154.

esse clamor potencializado pela mídia, alcança o poder judiciário, que, muitas vezes determina prisões ilegais, indefere pedidos de prova, violando os tipos de garantias processuais do acusado e o suspeito já está julgado, sem antes ter se submetido ao devido processo legal.

A criminologia crítica defende que as causas da criminalidade procedem dos mecanismos institucionais e sociais, através dos quais é construída a realidade social do desvio. Neste espaço, a mídia surge como forma de controle social difuso, ressoando nas fases dos processos de criminalização e também contribuindo grandemente com a seletividade do sistema penal. O autor Alessandro Baratta explica:

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é “um bem negativo” distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.⁴⁷

No direito penal com suas funções dinâmicas de produzir as leis, aplicar as leis e executar a pena ou as medidas de segurança, é possível identificar a influência dos meios de comunicação, visto que a mídia apresenta uma imagem estereotipada da criminalidade e do criminoso, o que contribui para ideias punitivistas. No momento da investigação, a pressão da mídia aliada ao desespero de vítimas e familiares, exigem uma atuação incongruente da polícia, buscando prender o suspeito a qualquer custo, a sociedade busca por uma resposta imediata.

A criminologia crítica buscou compreender as causas da criminalidade, aprofundou seus estudos nas formas de controle social e chegou à conclusão que a operação do sistema penal é seletiva, começando na própria seleção dos bens jurídicos a serem tutelados, chegando na atuação das agências formais de aplicação das leis, que seleciona pessoas e condutas a serem criminalizadas e ao mesmo tempo cria imunidade à elite.

⁴⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 161.

Não se pode deixar de considerar que através dos meios de comunicação são selecionadas quais pessoas e quais condutas serão criminalizadas, sendo que a posição ou status social da vítima também possui grande importância nessa atuação seletiva e punitivista.

É notável a atuação seletiva e manipuladora da mídia, impondo à população um sentimento de vingança e de impunidade, além de retratar o acusado como um inimigo que deve ser eliminado e a criminalidade apenas das classes mais baixas.

O processo de criminalização, na questão das drogas, por ser um comportamento criminalizado bastante difundido socialmente, atravessando praticamente todas as classes, raças, gêneros e idades, o fato de haver mais jovens, negros, e pobres presos não é indicador de maior criminalidade nesse grupo mas sim de maior vulnerabilidade à criminalização.

4. A PRISÃO COMO PENA: SELETIVIDADE E DESIGUALDADE NOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

4.1 PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO

A interação social é um processo complexo onde surgem comportamentos caracterizados pela sociedade como adequados ou não, ou seja, uma conduta desviante do sujeito pode provocar uma reação social considerável, resultando na criminalização do referido ato. A conduta desviante é aquela que contraria princípios morais, regras sociais de convivência e normas jurídicas. Quando ocorre tal comportamento que promove indignação moral e revolta da coletividade, tem-se uma reação social que, dependendo da gravidade do fato, pode influenciar grandemente na punição do criminoso.

Primeiramente, a criminalização é realizada por meio de um mecanismo onde o comportamento é identificado como desviante. Após isso, a sociedade interpreta o caso, definindo aquele indivíduo como parte da categoria desviante e por fim, põe em prática uma punição apropriada para essa pessoa.

No senso comum, é frequente associar o criminoso a pessoas que se vestem ou se comportam de uma determinada forma, ou que usam tatuagens, ou roupas

rasgadas. Com isso, é então criada a imagem do delinquente que já está pronto para cometer crimes.

Mesmo após a aplicação da pena, a criminalização traz suas consequências de tal forma, que o indivíduo encontra muitos problemas para se reinserir novamente no meio social, em virtude do preconceito de ser ex-detento, pelo estigma que advém da própria criminalização, limitando seu retorno. Resulta então no isolamento, que é um dos efeitos mais comuns da pena.

Desse modo, a sociedade contribui tanto para o processo de criminalização primária quanto para a conduta desviante secundária. A criminalidade relaciona-se à prática de atos tipificados em lei como delituosos, atitudes que contrariam valores e regras sociais. Contudo, a criminalização corresponde ao processo de identificação do indivíduo como delinquente a partir de quando pratica uma conduta desvirtuada. Nesse sentido, Eugênio Raúl Zaffaroni escreve:

Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o sistema penal.⁴⁸

A respeito das agências do sistema penal, a intenção é de se referir aos seus elementos formadores, os quais são responsáveis por administrar a criminalização. É importante lembrar que nem toda conduta criminosa será criminalizada, pois tal processo ocorre de forma seletiva, ou seja, o fato de alguém cometer um delito não o torna passível de punição até que a coletividade o perceba como criminoso. O autor Alessandro Baratta escreve a respeito desse assunto que:

[...] o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito das atividades das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias.⁴⁹

O ponto de reflexão a respeito desse panorama é entender que a criminalidade e a criminalização são práticas sociais que são problemas tanto da

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro - Teoria Geral**. 4º ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015, p. 43.

⁴⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 86

coletividade quanto do Estado. E esse problema social afeta a segurança pública, bem como a situação econômica e financeira do país, influenciando na ordem política e social.

O controle social formal é aquele que é exercido pelo sistema de justiça criminal, composto pela polícia, ministério público, judiciário e sistema penitenciário, já o controle social informal é aquele que é exercido pela família, igreja, amigos, etc. Analisando o sistema penal, como um sistema de direito desigual, mostra-se o nexos funcional entre os mecanismos seletivos do processo de criminalização com a lei de desenvolvimento da formação econômica e com as condições estruturais presentes em nossa sociedade.

Primeiro, há uma seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a esses bens, descritos nos tipos penais. Em sequência, na seleção dos indivíduos criminalizados entre todos os que praticaram tais comportamentos. Essas formas de criminalização serão mencionadas com mais profundidade nos próximos tópicos.

4.2 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

O direito penal subjetivo é dividido em direito penal subjetivo positivo, que consiste na capacidade conferida ao Estado de criar e executar normas penais e direito penal subjetivo negativo, que é a faculdade de derogar preceitos penais ou restringir o alcance das figuras delitivas. É no direito penal subjetivo positivo que se inserem as criminalizações primária e secundária.

A criminalização primária encontra-se no momento da criação das leis, tipificando determinada conduta. Este é o primeiro passo para que o indivíduo seja rotulado como criminoso conforme conceitos históricos e culturais da sociedade. Há um processo de criminalização primária ao criar leis, que é resultado da intolerância legislativa em relação à conduta dos sujeitos mais pobres e necessitados da sociedade. Sabe-se que quem compõe o poder legislativo é a classe dominante e que esse poder não trabalha em proveito do povo, buscando o bem da coletividade, mas trabalha para proteger a classe dominante. A autora Ana Lucia Sabadell menciona:

Estes grupos apresentam a proteção de seus interesses particulares como uma reação legítima de “toda a sociedade” contra o “mal” encarnado na figura do criminoso. Em outras palavras, os referidos grupos possuem o poder de definição dos comportamentos desviantes e conseguem, também, controlar a aplicação das normas jurídicas. Assim sendo, o direito penal protege os interesses dos mais fortes, que são apresentados, ideologicamente, como interesses gerais.⁵⁰

Através de pesquisas realizadas pela Infopen, é possível verificar que o perfil da população carcerária brasileira é composta, regularmente, por homens adultos, jovens, que pertencem aos baixos níveis sociais e não brancos. O que se leva a acreditar que a impunidade e a criminalização são instruídas por meio de uma seleção desigual de pessoas através de um estigma social presente no senso comum, bem como nos operadores do controle penal.

Em virtude das escolhas de condutas consideradas criminosas pelo legislador e devido aos fatores sociais e culturais, que são estabelecidos pelos impactos psicológicos que esses mesmos fatores produzem no sujeito, na criminalização primária, o sujeito tachado de delinquente começa a ser visto dessa forma.

A criminalização primária faz parte do processo de criminalização, estereotipando o indivíduo conforme as etiquetas determinadas mediante os processos de interação em sociedade.

Os valores da classe dominante na sociedade, que são dispostos na criminalização primária, relacionam-se com a doutrina econômica neoliberal. Essa doutrina tem como finalidade a expansão do mercado consumidor e isso transforma os cidadãos em consumidores, deixando de lado todos os que não ostentarem esta condição.

Para Eugênio Raúl Zaffaroni, a sociedade de consumo volta-se a criar em países como o Brasil um grupo que “não responde à dialética explorador/explorado, senão a uma relação de excluído e incluído. O explorado contava, era tido em conta e estava dentro do sistema; o excluído não conta, está sobrando, é um descartável que não serve, só atrapalha”.⁵¹

Com isso, aqueles que não puderem consumir conforme as leis do mercado, serão marginalizados e deverão ser contidos, com o objetivo de que não atrapalhem o poder de consumo dos demais privilegiados da sociedade.

⁵⁰ SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 175.

⁵¹ ZAFFARONI, E. Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 35-36.

Assim, os não consumidores acabam sendo impulsionados para tal comportamento e quem não deseja andar conforme as leis do mercado? O patrimônio na sociedade atual é extremamente valorizado, contudo, o Brasil nasceu desigual e um dos maiores problemas sociais é a falta de distribuição de renda.

Para melhor entendimento sobre a criminalização primária, o autor Alessandro Baratta comenta que existem:

(...) importantes zonas de nocividade social ainda amplamente deixadas imunes do processo de criminalização e de efetiva penalização (pense-se na criminalidade econômica, na poluição ambiental, na criminalidade política dos detentores do poder, na máfia, etc.), mas socialmente muito mais danosas, em muitos casos, do que o desvio criminalizado e perseguido. Realmente, as classes subalternas são aquelas selecionadas negativamente pelos mecanismos de criminalização.⁵²

O doutrinador Juarez Cirino dos Santos afirma que:

Crimes próprios de classes economicamente dominantes como os crimes do colarinho branco, crimes tributários e etc, muitas vezes nem chegam a ser entendidos como condutas criminosas e quando o são, as penas para tais condutas são praticamente insignificantes.⁵³

Essa seleção criminalizadora ocorre já no momento da formulação técnica dos tipos penais, que quando se dirigem a condutas típicas dos sujeitos pertencentes das classes inferiores e que são confrontantes com as relações de produção capitalistas, eles formam uma rede muito fina.

Ao mesmo tempo, a rede é muito larga quando os tipos penais têm por finalidade a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típicas dos sujeitos que pertencem às classes no poder.

4.3 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

A criminalização secundária consiste na efetiva aplicação da pena prevista em lei, ou seja, diz respeito ao poder que o Estado possui para aplicar a lei penal introduzida no ordenamento jurídico com o objetivo de coibir determinados

⁵² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal**; trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 198.

⁵³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 12.

comportamentos antissociais. Refere-se à ação das instâncias oficiais, como polícia, ministério público e judiciário. Neste processo o sujeito já sofreu a criminalização primária e agora passará a ser apreciada sua conduta pelas instituições do sistema penal. O problema é que os indivíduos mais vulneráveis são os que ficam à mercê do poder punitivo. É como se os ricos criminosos não fossem realmente criminosos, porém os pobres criminosos, sim. É nítido que setores mais frágeis da sociedade são bem mais vulneráveis à atuação da polícia e demais agentes de controle. O autor Baratta descreve acerca da criminalização secundária o seguinte:

[...] sobre o desvio secundário e sobre carreiras criminosas, põem-se em dúvida o princípio do fim ou da prevenção e, em particular, a concepção reeducativa da pena. Na verdade, esses resultados mostram que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa. (...) pode-se observar, as teorias do labelling baseadas sobre a distinção entre desvio primário e desvio secundário, não deixaram de considerar a estigmatização ocasionada pelo desvio primário também como uma causa, que tem seus efeitos específicos na identidade social e na autodefinição das pessoas objeto de reação social [...]⁵⁴

É importante mencionar um processo que é apontado por Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, o qual revela que ao passo que o sistema penal se mostra seletivo para determinados indivíduos, os outros que criam, aplicam ou interpretam a lei penal o fazem de forma a se auto-imunizar deste sistema.

[...] os sistemas penais selecionam um grupo de pessoas dos setores mais humildes e marginalizados, os criminaliza e os mostra ao resto dos setores marginalizados como limites do seu 'espaço social'. Ao mesmo tempo também parece que os setores que na estrutura do poder têm a decisão geral de determinar o sentido da criminalização têm também o poder de subtrair-se à mesma (de fazer-se a si mesmos menos vulneráveis ou invulneráveis ao próprio sistema de criminalização que criam).⁵⁵

Dentro de uma sociedade marcada por imensas desigualdades, não se pode esperar outra coisa senão o reflexo destas em suas instituições, assim também é o sistema penal que se mostra um sistema, ao mesmo tempo, discriminatório e estigmatizante.

⁵⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal**; trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.90-91.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: pane geral**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 74.

Para os autores Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, se já era possível verificar a atuação seletiva no processo de criminalização primária, por ser a lei penal uma orientadora, acredita-se que “tenha mais importância seletiva a função da atividade policial que a do legislador penal”.⁵⁶ É possível afirmar que a seletividade penal encontra-se entrelaçada com esse processo de criminalização, pois é aqui que o Estado atuará de forma mais seletiva. Nesse sentido, Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli acrescentam que:

a criminalização que produz o funcionamento do sistema penal nunca coincide com a orientação e medida que determina abstratamente a lei penal, a ponto de nem sequer sabermos se é desejável que assim seja, porque se houvesse uma perfeita harmonia, quase ninguém deixaria de ser criminalizado, embora fosse por fatos secundários ou de escassa importância.⁵⁷

Sérgio Salomão Shecaira escreve sobre dois momentos distintos na criminalização, o da desviação primária e secundária:

Aquela pode ser entendida, em contraste com esta, como poligenética advinda de uma grande variedade social, cultural, econômica e racial (ou desses fatores todos cominados). Embora possa ser socialmente reconhecida e mesmo definida como indesejável, a desviação primária somente terá implicações com a marginalização do indivíduo no que concerne às implicações na sua estrutura psíquica. A desviação secundária, por sua vez, refere-se a uma especial classe de pessoas cujos problemas são criados pela reação social à desviação.⁵⁸

Na criminalização secundária, ao investigarem prioritariamente às pessoas portadoras de grande índice de marginalização, acabam encontrando um maior número de condutas criminosas entre elas.

Como exemplo tem-se os agentes políticos corruptos que desviam milhões dos cofres públicos, muito além do que o crime de furto cometido contra um particular, estão soltos e não são vistos como criminosos.

Assim, a criminalização secundária ocorre, muito provavelmente, quando o sujeito é etiquetado formalmente como delinquente, quando é detido pela polícia, julgado pelo judiciário e preso. Contudo, nem sempre quem está preso são os que

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1 : Parte Geral. 9. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1 : Parte Geral. 9. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

⁵⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 297.

cometem crimes de maior potencial ofensivo, muitas vezes, a mídia divulga imagem que não condiz com a realidade. Fatores estigmatizantes, aumento da população carcerária, políticas desiguais do país, são aspectos da seletividade penal.

4.4 CRITÉRIOS DE CRIMINALIZAÇÃO: SELETIVIDADE E DESIGUALDADE

O Brasil está enfrentando uma grande crise econômica em virtude da pandemia que afeta o mundo todo e essa falta de recursos atinge também a esfera jurídica, que na prática não se têm aplicação das garantias e direitos fundamentais que são prometidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contamos no Brasil com a Defensoria Pública, no entanto estão sobrecarregados pela alta demanda, não conseguindo conciliar todos os detalhes instrumentais de defesa e atender a agenda de audiências.

Percebe-se a seletividade na aplicação da lei penal, pois no que diz respeito à visibilidade do delito, o crime será muito mais visível em comunidades e favelas, onde a polícia dispõe de facilidade de acesso, do que nas residências de luxo, que são bem mais fechadas e muitas vezes não estão ao alcance da visão de terceiros.

Sendo assim, a criminalidade é mais acentuada na população de classe baixa, do que as de classe alta, que tem suas residências bem mais protegidas de ser violada. Fatores étnicos e culturais, desigualdades sociais, falta de acesso a emprego e boa renda, são fatores que fazem com que cresça o lastro da seletividade. Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista explicam:

Na sociedade há um adestramento diferencial, de acordo com o grupo de pertencimento, o qual desenvolve habilidades diferentes, segundo a respectiva camada e posição social (classe, profissão, nacionalidade, origem étnica, local de moradia, escolaridade etc.) Quando uma pessoa comete um delito, ela utiliza seus recursos de adestramento ao qual foi submetida lhe proporciona. Quando estes recursos são elementares ou primitivos, o delito só pode ser, no mínimo, grosseiro (obra tosca). O estereótipo criminal se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa e, por conseguinte, com educação primitiva, cujos eventuais delitos, em geral, apenas podem ser obras toscas, o que só faz reforçar mais os preconceitos racistas e de classes, à medida em que a comunicação oculta o resto dos ilícitos cometidos por outras pessoas de uma maneira menos grosseira e mostra as obras toscas como os únicos delitos.⁵⁹

⁵⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 48.

A Constituição brasileira adota um modelo de Estado Democrático de Direito, onde a fundamentação desse princípio é de que todos os seres humanos nascem iguais e devem ter as mesmas oportunidades de tratamento.

Embora o princípio da igualdade encontra-se de forma expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, verifica-se que tal fundamento não é observado em sua totalidade pelo direito penal brasileiro, em virtude do caráter seletivo presente desde a criação da norma que rotula determinadas condutas como criminosas, até a aplicação da norma a determinadas classes sociais.

Tem-se o exemplo de Mirtes Renata, trabalhadora doméstica que deixou seu filho Miguel, de 5 anos de idade aos cuidados da patroa. O menino caiu de uma altura de 35 metros de um edifício de luxo. Mirtes, estudante de Direito, demonstra indignação com a corrupção e fala que quando precisou entrar na delegacia para depor, já sofreu preconceito. “Se eu tivesse do outro lado da história, se eu tivesse deixado o filho da patroa dentro do elevador, talvez eu fosse presa logo após a audiência de custódia”, afirma.⁶⁰ A ex-patroa de Mirtes foi denunciada por abandono de incapaz com resultado morte, por deixar a criança no elevador intencionalmente, conforme inquérito policial. Ela pode ser penalizada de 4 a 12 anos de prisão. Contudo, conforme dados, Sari Corte Real (ex-patroa) pagou o valor de R\$20.000,00 em fiança para responder o processo em liberdade, o que uma pessoa pobre não teria condições de pagar.

Existem muitas pessoas que não têm condições de graduar-se em algum curso, que não tiveram a chance de se acoplarem às classes dominantes. Seria justo então a diferenciação de cela para aquele indivíduo que teve essa oportunidade? Seria a lei moldada aos próprios interesses de quem as cria?

A lei deve ser neutra e imparcial, sendo imposta a todos os indivíduos que vivem na mesma sociedade. Quem está no poder geralmente são pessoas de alto poder aquisitivo, ou seja, os legisladores, juristas, etc. Sendo assim, as normas são

⁶⁰ ANDRADE, H. Marcelo. Mãe de Miguel faz curso de direito: Justiça é classista e preconceituosa. **Tab Uol: Repórteres na rua em busca da realidade**. 05 de mai. de 2021. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2021/05/05/mirtes-renata-souza-mae-de-miguel-estuda-direito-para-fazer-justica>. Acesso em 08 de mai. de 2021.

voltadas para seu interesse, não os punindo como deveria, mas com diferentes punições e regras.

O direito penal tende a privilegiar os interesses da classe dominante e imunizar os comportamentos socialmente reprováveis. No sistema penal há a seleção de bens a serem protegidos, mas também há a seleção de indivíduos a serem etiquetados.

Alessandro Baratta defende que o controle exercido pelo sistema penal “revela a contradição fundamental entre a igualdade formal dos sujeitos de direito e a desigualdade substancial dos indivíduos, que, nesse caso, se manifesta em relação às chances de serem definidos e controlados como desviantes”.⁶¹

Conforme Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, fica evidente que as pessoas não são igualmente suscetíveis a sanções penais, “visto que o sistema costuma orientar-se por estereótipos que possuem as características dos setores marginalizados e humildes, e que a criminalização gera fenômeno de rejeição de etiquetado de forma que a segregação se mantém na sociedade livre”⁶²

Esse estudo à crítica do sistema penal, traz-nos a certeza de que o sistema atual precisa ser alterado, atualizado. Os criminosos ricos também devem ser devidamente punidos por seus delitos, sem distinção ou diferença dos demais indivíduos criminosos.

4.5 FUNÇÕES DA PRISÃO: DAS FUNÇÕES DECLARADAS ÀS FUNÇÕES REAIS

O direito penal é utilizado para manter a ordem e o controle social e esse sistema funciona a partir da reprovação de algumas condutas tipificadas e para cada conduta há uma sanção que aparece como resposta à violação de um bem jurídico.

Na tentativa de compreender o fenômeno da punição a respeito de sua finalidade, surgiram algumas teorias: retributiva, preventiva e mista. O discurso oficial aderiu à teoria unificada, defendendo que a pena possui dupla função, quais sejam para reprovar o crime atual e prevenir futuros delitos.

⁶¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2000, p. 164.

⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**. 8 ed. São Paulo: Editora ABDP, 2010. p. 69.

A lei de Execução Penal prevê que, além do caráter retributivo, punitivo, a pena deve também preparar o criminoso para voltar a viver em sociedade, proporcionando ao condenado condições para a harmônica integração social. Entende-se que a pena possui a função de ressocializar o preso, objetivando reintegrá-lo na sociedade.

Desse modo, a finalidade da pena privativa de liberdade é ressocializar o preso afastando-o temporariamente do convívio social. No entanto, a pena privativa de liberdade perde seu caráter ressocializador em virtude de que o atual sistema carcerário não reabilita o preso, pois nas prisões são violentados, humilhados e seus direitos não são preservados, o que resulta na volta do indivíduo para a delinquência. A retribuição visa somente retribuir ao autor do crime o mal por ele praticado, portanto, não há uma função social da pena pois possui apenas caráter compensatório.

A função preventiva serve para a prevenção de novos delitos cometidos pelo mesmo infrator e tem como função também a intimidação de potenciais delinquentes. A estrutura do sistema carcerário brasileiro faz com que a pena de prisão seja um instituto desacreditado. Na prática, ocorre a violação de vários princípios constitucionais, a prisão tem sido ineficiente diante da realidade atual e constitucional pois existe a privação da dignidade da pessoa.

A sociedade com sua impressão de impunidade almeja que as penas sejam aumentadas, rígidas, porém, não observam o essencial: as leis realmente são eficazes? A partir da visão de que o direito penal é simbólico, sua função é de criar na sociedade uma falsa sensação de resposta punitiva, de que o crime está sendo combatido pelas autoridades, não sendo a real intenção, proteger os bens jurídicos atingidos pelo delito. Dando à sociedade o que ela quer ouvir, mesmo que isso não surta efeito na diminuição dos crimes.

A função primordial da lei é definir o tipo penal incriminador e a sanção punitiva, porém, se o Estado não agir para a aplicação da norma, será ineficaz. Problemas estruturais contribuem para a ineficácia do sistema penal, como órgãos policiais que carecem de recursos, o sistema carcerário encontra-se defasado.

Para a teoria crítica, o objetivo do sistema penal é manter a ordem econômica através da gestão diferencial da criminalidade. Ele atua como um mecanismo estatal de dominação de classe e a pena serve como um instrumento para assegurar a existência e continuidade desse sistema, trazendo assim a função real de controle

social do direito penal. O autor Juarez Cirino dos Santos escreve sobre as segundas intenções da função da pena:

O objetivo real mais geral do sistema de justiça criminal (além da aparência ideológica e da consciência honesta de seus agentes) é a moralização da classe trabalhadora, através da inculcação de uma 'legalidade de base': o aprendizado das regras da propriedade, a disciplina no trabalho produtivo, a estabilidade no emprego, na família, etc. A utilidade complementar da constituição de uma 'criminalidade de repressão' (localizada nas camadas oprimidas da sociedade e objeto de reprodução institucional) é camuflar a criminalidade dos opressores (abuso de poder político e econômico), com a tolerância das leis, a indulgência dos tribunais e a discrição da imprensa.⁶³

Nessa visão, a real função da pena é garantir as desigualdades sociais da formação econômica capitalista, que tem por base a relação capital/trabalho assalariado, através de uma gestão diferencial da criminalidade, definida pela imunização legal das elites de poder econômico e político e pela repressão penal dos marginalizados do mercado de trabalho e de oprimidos sociais, em geral.

Para Alessandro Baratta, a prisão é usada como medida essencial ao objetivo da distância entre as classes sociais:

O estudo das funções latentes da prisão e, em geral, da justiça penal, bem como as análises históricas dos sistemas de punição, mostram as relações que subsistem entre tal estudo e a reprodução do *status quo* nas relações sociais. Desde seu início, a instituição carcerária moderna, nas formas em que ela ainda não se distinguia das casas de trabalho ou dos asilos para pobres e marginais, tem sido sempre uma instituição de disciplina dos grupos marginalizados na sociedade.⁶⁴

A polícia utiliza de seu poder em prol de uma suposta segurança, uma vez que estaria protegendo o interesse de todos no combate ao crime. Contudo, essa segurança perde sua base quando é praticada de forma a garantir a ordem social rica e branca e evitar que negros e pobres não façam parte do convívio social, ou seja, há também a implementação do controle de cultura por parte das instituições.

⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 4. ed. Tirant Lo Blanch Brasil, 2018. p. 58.

⁶⁴ BARATTA, Alessandro. **Direitos humanos: Entre a violência estrutural e a violência penal**. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre. 1993, p.44-61.

4.6 A FUNÇÃO PUNITIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para que a sociedade viva harmonicamente entre seus membros é necessário que haja regras de comportamento e o objetivo dessas regras é trazer o mínimo de respeito entre as pessoas, visando evitar conflitos. Num Estado Democrático de Direito, essas regras possuem o dever de preservar ao máximo a liberdade de cada um, que são livres para fazer o que bem entenderem, desde que sejam respeitados os limites das outras pessoas.

Essas regras são estipuladas através dos instrumentos de controle social e esse controle diz respeito ao comportamento das pessoas realizado por meio da imposição de normas que começam na família, escola, trabalho, igreja, etc. Quando o Estado é responsável pelas normas através das leis, pode-se dizer que há o exercício do controle social formal.

O direito penal encontra-se dentre os instrumentos de controle social formal e é considerado como o mais repressor e rigoroso de todos, pois as leis penais ditam sanções que podem privar um indivíduo de sua liberdade e muitas vezes, causa estigma ao condenado. Por mais que a pena seja branda, como a pena de multa ou prestação de serviços à comunidade, o condenado ficará estigmatizado como um criminoso. Com isso, é possível concluir que quanto mais comportamentos criminalizados, menor a liberdade das pessoas.

Por mais reprovável que for uma conduta, caso não haja um mínimo de ofensividade o conflito deve ser resolvido através de outros meios de controle social. Pode-se dizer que a função do direito penal é proteger os bens jurídicos mais relevantes contra ataques lesivos de terceiros, mas também limitar o poder punitivo do Estado, evitando que seja arbitrário e autoritário, estabelecendo um padrão de comportamento contrário à vontade das pessoas, restringindo sua liberdade de agir.

É importante que exista harmonia entre o poder de punir do Estado e o *jus libertatis* do indivíduo, de modo que sejam respeitados os princípios constitucionais consagrados. É perceptível através de toda a história, o desrespeito aos direitos humanos dos condenados, inclusive no cenário atual pelas condições da pena privativa de liberdade e das penitenciárias brasileiras. Com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto na Constituição Federal de 1988, não tem sido efetivado de maneira satisfatória em relação ao condenado.

Conforme o autor Fábio Roque Sbardelotto, essa característica histórica da situação social vivida pela população brasileira, é devido à existência de uma classe dominante, mantendo uma sociedade dividida. Para o autor, o direito penal do país:

[...] permanece vinculado quase que exclusivamente a semente liberal, patrimonialista e individualista, assim como representa o fruto e o produto das classes dominantes que fomentam a formação do estado brasileiro, indiscutivelmente privilegiando camadas sociais abastadas e detentoras do poder, político e econômico, em detrimento da população submissa [...] apresenta-se como uma estampa que contém todos os matizes, igualitário, abstrato e geral, mas que é envolto em uma névoa formada por teias protetoras das camadas da criminalidade graduada, incrustada grande parte nas elites que acentuadamente estão impregnadas ao poder político e econômico.⁶⁵

Contudo, a Constituição Federal de 1988, difunde a renovação, trazendo esperança, fundamentada no regime Democrático de Direito. Porém, instalou-se o modelo neoliberal, “com a responsabilidade de prover as necessidades sociais que não são cumpridas através do Estado Providência”.⁶⁶ Surge então uma massa de pessoas que se submete ao poder econômico das corporações neoliberais. Assim, os interesses econômicos operam “[...] em detrimento do desenvolvimento dos cidadãos, e representam a razão de ser da economia[...]”.⁶⁷

O processo penal não pode ser manuseado apenas sob a ótica técnica, mas observando o fim social a que se destina, assegurando um julgamento baseado em pilares harmônicos com o Estado Democrático de Direito, e não se deixando levar pelos desejos vingativos, envoltos sob a forma de medidas urgentes, através do apelo por parte do corpo social.

A sociedade tem interpretado erroneamente a eficácia do direito penal junto com a atuação do Estado, pois este, querendo mostrar celeridade no combate à violência, acaba muitas vezes violando direitos morais, a dignidade, para causar a sensação de que a justiça está sendo feita.

É possível observar que o sistema carcerário brasileiro não é um instrumento hábil a controlar a criminalidade, tampouco reinsere o sujeito no convívio social. Conforme o autor Nilo Batista: “(...) vivemos a contradição entre um texto

⁶⁵ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no estado democrático de direito** - perspectivas (re) legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.46.

⁶⁶ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no estado democrático de direito** - perspectivas (re) legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.51 -52.

⁶⁷ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no estado democrático de direito** - perspectivas (re) legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.55.

constitucional democrático formal e procedimentos reais que respiram a cultura discriminatória, racista e exterminadora da característica de nossa formação social.”⁶⁸

O interesse da coletividade é pautado no não cometimento de crimes e também na aplicação de punições proporcionais que realmente cumpram a função social da pena. O Estado deve ser um instrumento que garanta a exata correspondência entre o delito e sua consequência penal.

⁶⁸ BATISTA, Nilo. Apresentação In: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2 ed. 2001, p. 11-13.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existem duas problemáticas que escondem-se por de trás do aparente sucesso do Estado no combate à criminalidade: fatores socioeconômicos que contribuíram para que um indivíduo praticasse um delito penal, e as mazelas das prisões nacionais que, além da pressão psicológica inculcada nos presidiários em virtude da experiência dessa condição, resultam na maioria das vezes no aumento da reincidência delituosa.

A sociedade muitas vezes vê os direitos e garantias fundamentais como obstáculos à eficiência punitiva do estado. Existe uma tipificação do indivíduo e do crime dentro da sociedade, além de uma seletividade dentro do sistema penal, presente na criação e aplicação das leis. É possível observar através de dados da população carcerária, que são utilizadas características físicas, sociais, psíquicas e econômicas para estereotipar e selecionar os indivíduos de forma preconceituosa e desigual.

Determinada porcentagem de presos não foram condenados ainda, pois não existem defensores públicos o suficiente. Quem não tem dinheiro para pagar advogado acaba ficando mais tempo que deveria na prisão. Através da realidade do sistema penal brasileiro, surgem questionamentos a respeito da real função da pena, que não tem sido efetiva na ressocialização do indivíduo.

Na prática, as ações policiais se direcionam para um tipo específico de crime praticado por um tipo específico de criminoso, privilegiando aqueles praticados nos espaços públicos, das ruas, que são mais visíveis, e poderiam ser alvos da ação ostensiva policial.

Já os crimes em espaços privados, envolvendo maior prestígio social e sofisticação criminal, nas empresas e em bairros residenciais nobres, como lavagem de dinheiro ou coordenação internacional do tráfico, não contribuem ou contribuem em pequena medida para a construção do suspeito policial. Por se criminalizar mais esse grupo de moradores da periferia e favelas, pobres e negros, se cria o estereótipo que eles são mais criminosos que a população branca de classe média e alta.

O crime de corrupção, crime da macrocriminalidade, o crime organizado, a infiltração da pessoa dentro do órgão estatal, aquela pessoa que ocupa um cargo público alto e dele se utiliza para a prática do crime, são crimes que causam maior

impacto social, porém, a representação que a sociedade tem é que o grande perigo é do jovem de 17 anos que furta algum objeto enquanto uma câmera de segurança está filmando.

No primeiro momento, abordou-se sobre o sistema processual penal brasileiro, a função e os fins da pena, para melhor entendimento foi estudado sobre as escolas penais, abordou-se também a respeito do perfil da população carcerária brasileira através dos dados informados pela Infopen. Depois, analisou-se dois princípios do direito penal, quais sejam o princípio da legalidade e isonomia.

Em relação à criminologia da reação social, observa-se como o senso comum vê o efeito estigmatizante que é causado no indivíduo rotulado, efeitos estes que muitas vezes perduram por muito tempo. Compara-se o que o direito penal representa para a sociedade, para os políticos, e o que ele realmente é. Além disso, observa-se a grande influência da mídia na seletividade, atuando ativamente em todo esse contexto criminal, expondo notícias de grande comoção social, influenciando no desfecho de alguns casos, gerando na população o sentimento de punição por vingança, afastando assim, sua real finalidade.

Por fim, analisa-se a criminalização primária, que ocorre na edição de leis específicas e determinadas para específica classe social, percebe-se também a concretização da criminalização secundária, onde cidadãos com poder aquisitivo ficam a salvo do sistema penal, e impunes aos crimes que cometem, enquanto aqueles que são pobres, acabam sendo alvos da seleção criminalizante, sendo processados, apenados e frequentemente enviados ao cárcere. Foram observados também os critérios de criminalização e a função punitiva no Estado Democrático de Direito.

Com o presente estudo, a hipótese inicial apresentada, é totalmente comprovada, constata-se que o sistema penal brasileiro é seletivo, usando de estereótipos, ferindo não somente o princípio constitucional da igualdade como também a essência do ser humano. Em virtude de as classes dominantes estarem no poder, o sistema se torna seletivo, tendo como base o poder econômico e isso reflete na aplicação da pena. O principal objetivo da pena deveria ser a ressocialização do indivíduo e não uma forma de controle social.

O Código Penal brasileiro é de 1940, ou seja, urge por uma modificação ordenada, necessitando de alterações principalmente quanto à essa questão de seletividade. Pois, alterando essa falha estrutural, configurada em um Estado

corrupto, é que se consegue descriminalizar a pobreza, lutando por uma sociedade menos desigual e excludente. É interessante preconizar a punição tanto dos crimes comuns como dos crimes chamados de “colarinho branco”.

O direito penal deve garantir a segurança do cidadão, de não ser assaltado, direito de que as licitações não sejam fraudulentas, que os governantes sejam honestos, que os impostos não sejam sonegados. O princípio da igualdade deve ser aplicado perante a lei, o direito e à justiça, observando o direito penal à luz deste princípio, para que a justiça seja efetivamente atingida, tratando de forma igualitária todos os cidadãos que devem se submeter ao sistema penal brasileiro, com o intuito de reduzir as desigualdades sociais. Deve-se repensar o sistema de justiça criminal e a sua atuação processual. Encerra-se o presente trabalho com a fala do ministro Luíz Roberto Barroso feita na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira: “Nós criamos um direito penal perverso e seletivo, feito para prender menino pobre por 100 gramas de maconha e que não consegue pegar quem desvia R\$ 10 milhões”.⁶⁹

⁶⁹MARIANO, Beto. Direito penal seletivo criou país de ricos e delinquentes. **A voz das cidades**. 02 de dez. de 2017. Disponível em: <https://www.avozdascidades.com.br/noticia/direito-penal-seletivo-criou-pais-de-ricos-delinquentes>. Acesso em: 21 de mai. de 2021.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, H. Marcelo. Mãe de Miguel faz curso de direito: Justiça é classista e preconceituosa. **Tab Uol: Repórteres na rua em busca da realidade**. 05 de mai. de 2021. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2021/05/05/mirtes-renata-souza-mae-de-miguel-estuda-direito-para-fazer-justica>. Acesso em 08 de mai. de 2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão da Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Direitos humanos: Entre a violência estrutural e a violência penal. Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre. 1993.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2000.

BATISTA, Nilo. Apresentação In: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2 ed. 2001.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal**; trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BERNARDES, Helton Fonseca. **Estratégias punitivas e legitimação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 2005.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 17 ed. rev, ampl. e atual. de acordo com a Lei 12.550, de 2011 - São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Regula a Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em 12 de abr. de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 19 de abr. de 2021.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 07 de fev. de 2021.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Lei do sistema nacional de atendimento socioeducativo**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CNJ:BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**. Rio de Janeiro. 09 de ago. de 2018. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/portal/cnj-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 11 abr. de 2021.

DIAS, Jorge de Figueredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FISCHER, Rosa Maria; ADORNO, Sergio. **Políticas penitenciárias, um fracasso?** Lua Nova, vol. 3 no. 4 São Paulo, junho 1987.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 23. Ed. Petrópolis: RJ: Vozes, 2000.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MARIANO, Beto. Direito penal seletivo criou país de ricos e delinquentes. **A voz das cidades**. 02 de dez. de 2017. Disponível em: <https://www.avozdascidades.com.br/noticia/direito-penal-seletivo-criou-pais-de-ricos-delinquentes>. Acesso em: 21 de mai. de 2021.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal. V. III**. Campinas: Editora Millennium, 1999 apud C. Fontán Balestra. Manual de derecho Penal, Parte General, 1949.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas. 2006.

MONTEIRO, F. M.; CARDOSO, G. R. **A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária: um debate oportuno**. CIVITAS. v. 13. nº1. Porto Alegre. 2013.

NAGIMA. Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais**. 14 de abr. de 2020. Disponível em: <https://notasjudiciosas.wordpress.com/2020/04/14/sistemas-processuais-penais/>. Acesso em :21 de mai de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal Parte Geral. Vol. 1** esquemas & sistemas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 abr. 2021.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUEZ. Rúbia Masiero. **História do Direito Penal**. 26 de set. de 2019. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/70960409/roteiro-02-historia-direito-penal/6>. Acesso em: 20 de mai. de 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 4. ed. Tirant Lo Blanch Brasil, 2018.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no estado democrático de direito - perspectivas (re) legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Política criminal latinoamericana**. Buenos Aires: ed. Hammurabi, 1982.

ZAFFARONI, E. Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Pena Brasileiro: pane geral**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**. 8 ed. São Paulo: Editora ABDR, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1 : Parte Geral. 9. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro - Teoria Geral**. 4º ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.