



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A seletividade do sistema penal

Raquel Alves Rosa da Silva

Rio de Janeiro  
2014

RAQUEL ALVES ROSA DA SILVA

A seletividade do sistema penal

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof. Artur Gomes

Prof. Guilherme Sandoval

Prof. Mônica Areal

Prof. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro  
2014

## A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Raquel Alves Rosa da Silva

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

**Resumo:** Na história do direito penal e da criminologia, houve a sedimentação de visões estigmatizantes sobre os indivíduos, que foram perpetuadas e que ainda são usadas, mesmo sem perceber, pelos agentes políticos brasileiros. O entendimento sobre essa construção faz-se necessário para que se possa desconstruir esses estereótipos, de forma que a evolução constitucional-legislativa, construída ao longo dos anos, na teoria, possa ser experimentada definitivamente na prática.

**Palavras-chave:** Seletividade penal. Construção histórica. Brasil. Sociedade. Seleção criminalizante. Figuras estigmatizadas. Evolução constitucional-legislativa. Prática.

**Sumário:** Introdução. 1. Construção histórica. 2. Seleção criminalizante primária, secundária e terciária. 3. Prática dissociada da evolução constitucional-legislativa. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho trata da seletividade do sistema penal brasileiro, analisando sua presença nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) estabelece, em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Determina, então, que a igualdade formal seja observada por todos.

A prática, entretanto, apresenta um sistema penal permeado por um enfoque criminalizante sobre indivíduos vulneráveis, o que reforça a realidade discriminatória brasileira.

Diante, então, desse panorama paradoxal entre a teoria constitucional e a prática penal, evidencia-se uma seleção criminalizante estereotipada e estigmatizante, que se afasta completamente do preceito constitucional mais básico de uma democracia: a igualdade.

Dessa forma, busca-se despertar a atenção para a seletividade do sistema penal, viva e propagada, de forma até inconsciente, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pretendendo mostrar que essa visão sedimenta a logística discriminatória e, por isso inconstitucional, do sistema penal brasileiro.

Busca-se entender de que maneira a igualdade formal, estabelecida na CRFB/88, é de fato eficaz; se a legislação penal infraconstitucional é norteadada pela igualdade formal; e até que ponto a prática penal se mostra dissociada da visão constitucional de igualdade formal do artigo 5º da CRFB/88, ao analisar a visão seletiva dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Objetiva-se, então, trazer à tona essa discussão, suscitando uma igualdade meramente teórica e uma realidade discriminatória, ao analisar a discrepância entre a teoria constitucional e a prática penal. Quer-se, ainda, comprovar que a seletividade penal está sim presente nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. E, por fim, pretende-se mostrar as evoluções teóricas e os retrocessos práticos, comprovando-se que a seletividade do sistema penal não apenas existe, como também é crescente nos Poderes da República brasileira.

Para isso, utiliza-se a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória.

## **1. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA**

A ideia de igualdade remonta à democracia ateniense. Até hoje, entretanto, a prática encontra dificuldade em operacionalizar essa tão propalada e desejada igualdade.

Tendo seu início na igualdade formal, era suficiente o entendimento de que todos eram iguais e, por isso, deveriam ser tratados de forma igualitária por todos, principalmente pela lei.

Com o passar do tempo e o avanço dos entendimentos, passou-se a se verificar que a igualdade formal era insuficiente, em comparação ao objetivo maior da igualdade real de todos. Passou-se a se entender que apenas uma regra não poderia incidir sobre todos, porque não eram todos iguais. E, justamente por haver diferença entre os seres humanos, a igualdade deveria ser material, ou seja, a lei deveria incidir de forma igual sobre os iguais, mas de forma desigual sobre os desiguais. Só assim se atingiria a verdadeira igualdade, abarcando-se todos de forma justa.

Diante dessa concepção, criou-se a divisão entre igualdade formal e material, atingindo-se, pelo menos no plano teórico, uma situação de isonomia entre todos. Rui Barbosa deixou clara essa necessidade:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.<sup>1</sup>

E nem poderia ser diferente, uma vez que a razoabilidade mostra que, diante de uma mesma situação, pode haver desfechos jurídicos diferentes a depender de quem seja o sujeito, já que a condição social daquela pessoa tem influência decisiva sobre qualquer conclusão. Não se trata de diferenciar as pessoas, pois diferentes já são em sua essência, mas de reconhecer essas diferenças no plano jurídico, atingindo-se a verdadeira isonomia, que é aquela que não se basta no discurso, mas sim se revela na realidade.

---

<sup>1</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa Rui Barbosa, 1999.

Ignorar o fato de que a condição de cada indivíduo é importante para uma solução jurídica é, em verdade, obstaculizar qualquer solução justa ao caso concreto.

Joaquim Barbosa explicitou sua defesa pela igualdade material:

Como se vê, em lugar da concepção “estática” da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “limitante” de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variante das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas (Seminário Internacional – As Minorias e do Direito).<sup>2</sup>

Reconhecida a importância da igualdade formal e material no plano teórico-jurídico, o desafio se mostra na sua implementação. Não é raro ver-se soluções jurídicas distintas para casos nem tão diferentes, mas a verdade é que a prática forense mostra que os deslindes nem sempre consideram o ser humano em sua plena individualidade, adotando-se fórmulas prontas, muitas vezes sem nem se perceber.

O direito penal, que é o objeto deste artigo, tem como desafio, ainda nos dias de hoje, lidar com a igualdade formal e material. Isso porque o princípio da legalidade determina que a lei seja seguida com rigor – já que lida com o bem mais precioso do ser humano depois da vida: a liberdade, tratando a todos igualmente.

A igualdade formal está estabelecida na lei, mas a igualdade material é ainda uma incógnita diante da realidade. Os presídios estão abarrotados de indivíduos, em sua maioria, da mesma classe social, passando-se uma ideia deturpada de que a delinquência permeia fortemente apenas os setores mais pobres da sociedade brasileira.

---

<sup>2</sup> As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO – 2001: BRASÍLIA. *As minorias e o direito*. Brasília: Conselho da Justiça Federal; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council, 2003. p. 95-132.

Cesare Lombroso, em 1876, já descrevia um perfil criminoso, entendendo que pessoas com determinadas características mostravam, desde o nascimento, tendências à criminalidade. Essa tese hoje é histórica – ou pelo menos deveria ser, não sendo adotada pela dogmática penal, mas a realidade demonstra que os pensamentos lombrosianos não se mostram tão distantes quanto a teoria criminal faz supor.

Antes de adentrar na seletividade do sistema penal propriamente dita, faz-se necessária uma digressão sobre o direito penal em si.

As primeiras marcas do direito penal, na história da humanidade, estão na vingança privada, que punia atos desviantes do que determinado grupo social entendia ser o correto. Até então não havia o Estado, como formador e impositor de regras, então os paradigmas eram totalmente empíricos, e nem um pouco normativos. Em determinados núcleos, uma atitude seria socialmente aceita, mas em outros, não, causando a vingança privada, calcada na lei de talião, que foi formalizada no Código de Hamurabi e na Lei das XII Tábuas.

A segunda etapa foi a da vingança divina, permeada pela necessidade de satisfação dos deuses, que restavam contrariados quando do cometimento do crime, o que era fundamento para a aplicação das penas pelos sacerdotes. O Código de Manu, na Índia, é um dos exemplos desse pensamento voltado ao fundamento divino da aplicação do direito penal.

Até então, não havia nenhum esboço da sociedade que hodiernamente conhecemos, até a fase posterior, a da vingança pública. O marco dessa época foi a crueldade das penas – a exemplo do sepultamento em vida – em prol da segurança do monarca, visando, sempre, o fortalecimento do Estado. Foi nessa época que surgiu a ideia de punir para prevenir, que vigora até hoje – o que é objeto de bastante crítica.

De acordo com esse radical modelo, entretanto, aquele que era inocente não precisava de defesa, então não sabia nem a imputação pela qual respondia, uma vez que os processos eram sigilosos. Já o culpado, não tinha direito a qualquer defesa.

Observa-se, com isso, que o direito penal sempre foi marcado por uma ideia de hegemonia, porque quem detinha o poder ditava as regras e as punições, sendo assim até hoje. As punições foram abrandadas, pois acabou a época da barbárie formalmente aceita, mas pode-se dizer que essa revolução de entendimento ocorreu meramente no campo teórico, porque, na prática, ainda se vê que os menos favorecidos continuam à mercê da classe dominante, sendo vítimas, muitas vezes, inclusive de poderes paralelos aos estatais.

Hoje, formalmente, o direito penal é permeado por uma ideia de ampla defesa, contraditório – constitucionalmente instituídos. Entretanto, a prática mostra que a igualdade ainda é muito mais formal do que material, porque continuam arraigados, na sociedade, pensamentos discriminatórios e marginalizantes, que se tornam verdadeiros óbices à igualdade material.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 diz, em seu artigo 5º que “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”.

Nesse sentido, Heleno Fragoso:

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

fato de atingir a justiça particularmente os pobres e desfavorecidos, que constituem a clientela do sistema. O mecanismo repressivo do Estado tende a atacar os desviantes das normas sociais que estão mais expostos e sem defesa. A desigualdade da justiça criminal apresenta, na América Latina, aspectos dramáticos.<sup>3</sup>

Diante da realidade que se começa a escancarar, fica claro que a igualdade material é algo constitucionalmente previsto, mas verdadeiramente longe de ocorrer. Os dados históricos mostram que houve distanciamento formal da barbárie, adotando-se um sistema codificado de condutas esperadas e rechaçadas, com punições igualmente preestabelecidas, mas na realidade, a subversão das práticas é, em verdade, a regra contra os menos favorecidos. A classe hegemônica tem o privilégio da lei, enquanto os marginalizados têm o privilégio de continuarem marginalizados, à mercê dos desmandos que comumente ocorrem nos bastidores reais do crime. A polícia, as leis e a prisão continuam sendo para os pobres, não havendo nenhuma evolução nesse sentido. A classe hegemônica continua no poder, determinando quem faz parte ou não do grupo dos favorecidos, que passam ao largo do rigor da lei.

## **2. SELEÇÃO CRIMINALIZANTE PRIMÁRIA, SECUNDÁRIA E TERCIÁRIA**

O sistema penal é composto pela Polícia, pelo Poder Judiciário e pelo sistema penitenciário.

Em síntese, pode-se dizer que a polícia é quem tem a função de investigar indivíduos suspeitos de cometer crimes e prendê-los. Já o Poder Judiciário tem a função de processar e julgar fatos chegados a ele por meio de uma denúncia ou queixa-crime. E o sistema penitenciário executa a pena imposta pelo Judiciário. Tudo isso ocorre, entretanto, à luz das leis penais, estabelecidas pelo Poder Legislativo.

---

<sup>3</sup> FRAGOSO, Heleno. *Direitos Humanos e Justiça Criminal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, Boletim 150, maio de 2005.

Mesmo tendo funções muito bem definidas, essas três instituições do sistema penal não são estanques. Há uma interdependência em algum nível, uma vez que, por exemplo, o magistrado determina a prisão de um indivíduo, que será executada pela Polícia. Já, nas penitenciárias, há o cumprimento de uma pena imposta aos moldes da decisão do magistrado da Vara de Execução Penal (VEP), havendo, para tanto, agentes penitenciários – policiais – que salvaguardam a ordem e a segurança dos que estão ali a trabalho ou para o cumprimento de pena.

O fato é que, sob a égide da igualdade formal e material, determinadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, essas três vertentes do sistema penal deveriam, a todo tempo, trabalhar sob a luz da isonomia, e não de forma descriminalizante, como ocorre muitas vezes.

A prática mostra que o sistema penal é marcado pela seletividade, ou seja, os indivíduos não são abordados pela polícia de forma indiscriminada; os indivíduos não são punidos pelo Judiciário da mesma forma, independentemente de sua classe social; os indivíduos não têm tratamento igualitário nas penitenciárias, sem haver importância na condição social da qual dispõem ou dispunham. Reside, aí, a seletividade que permeia o sistema penal, impossibilitando a visualização prática da igualdade.

Faz-se aqui, é claro, uma generalização. Há as exceções daqueles que fazem o seu melhor para tratar todos os indivíduos indiscriminadamente, pautando-se pelos mesmos parâmetros, ao investigar, aplicar e executar a pena, mas a prática mostra uma realidade em que essas exceções são apenas mera confirmação da regra: o sistema penal brasileiro é seletivo.

Nesse sentido, Nilo Batista:

Com propriedade, Cirino dos Santos observa que o sistema penal, segundo ele “constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos

limites das matrizes legais, pretende afirmar-se como “sistema garantidor de uma ordem social justa”, mas seu desempenho real contradiz essa aparência. Assim, o sistema penal é apresentado como *igualitário*, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é *seletivo*, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas (As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para a reafirmação do caráter igualitário).<sup>4</sup>

É preciso descortinar a teoria da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro para que o jurista compreenda exatamente quais são as normas pilares do sistema e o que ocorre na prática, para que, não só se analise a realidade como ela é, mas para que, com essa observação, os juristas se empenhem em se aproximar de um modelo mais igualitário e menos marginalizante.

John Rawls idealizou o “véu da ignorância”, com o qual os soberanos, ao editar as regras que regeriam determinada sociedade, não enxergariam suas próprias posições tempos depois, a fim de que, ao fazer as regras, preocupassem-se em editar leis igualitárias. Isso porque as leis são feitas por indivíduos que, consciente ou inconscientemente, tendem a se projetar naquela regra de forma que perfaça algo que eventualmente os beneficie. Com o “véu da ignorância”, o legislador – em sua teoria, o soberano – não teria condições de perceber se a regra seria ou não favorável a ele, ensejando, com isso, maior empenho na edição de regras mais igualitárias.

Obviamente John Rawls criou um modelo ideal, mas que não tem aplicação prática, pois todos aqueles que editam leis se projetam de alguma forma naquelas regras. Entretanto, é válido o entendimento do mecanismo. O que Rawls queria, em verdade, é que a igualdade regesse as relações, devendo-se buscar, mesmo que a despeito da dificuldade prática de não se imaginar naquela situação, uma regra que fosse benéfica para todos, senão para a maioria, e não apenas para uma minoria hegemônica.

---

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

E é isso que o regramento penal tenta fazer, baseado na Constituição da República Federativa do Brasil, mas que não encontra efetividade quando da observância das leis infraconstitucionais e das práticas cotidianas da Polícia, do Judiciário e das penitenciárias. Não é pouco usual a percepção de que os menos favorecidos são tidos já como suspeitos por morarem na periferia, ou mesmo por estarem em determinado local. Não é pouco usual que a pena de um indivíduo menos abastado que praticou crime patrimonial seja mais rigorosa que a de um indivíduo de classe mais abastada que se apropriou de verba pública, por exemplo. Da mesma forma, não é pouco usual perceber que, nas penitenciárias, há, ainda hoje, regalias para quem tem dinheiro, enquanto os menos abastados continuam à mercê da própria sorte – ou azar. É a lógica capitalista imperando na edição das leis e na busca, na condenação e na execução da pena dos criminosos.

Nesse sentido, Nilo Batista:

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

A seletividade do sistema penal é enxergada na concentração de olhares nas camadas mais vulneráveis da sociedade. Atuando de acordo com a falsa ideia de que os menos favorecidos cometem mais crimes, as instituições estatais acabam por trabalhar com mais enfoque neles, fazendo com que, estatisticamente, isso se torne uma verdade falaciosa. O fato de haver maior foco nas classes mais economicamente desprivilegiadas faz sim com que os números apontem uma maior delinquência nessa camada da sociedade brasileira. Entretanto, o que não se pode jamais esquecer é que essas estatísticas são baseadas em um olhar de procura

---

<sup>5</sup> Ibid. p. 26.

diretamente nos desfavorecidos, havendo, em verdade, uma análise mais benevolente e superficial com relação à classe média e alta da sociedade brasileira.

A seleção criminalizante primária ocorre já na edição das leis penais. Os tipos penais protegem bens jurídicos diversos, ao estabelecer sanções de acordo com a reprovabilidade da conduta genericamente posta. Entretanto, observa-se que a legislação penal faz clara distinção entre os indivíduos, valorando, de forma desigual e injusta, situações bastante parecidas.

Exemplo disso é o crime de sonegação fiscal, regulado pela lei n. 4.729/65, que estabelece pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa de cinco vezes o valor do tributo, no seu art. 1º:

Constitui crime de sonegação fiscal:

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

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

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

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

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

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

O crime em tela trata da omissão, por parte do contribuinte, quanto ao pagamento do tributo devido, ou seja, viola não o patrimônio de um indivíduo, mas do Estado, que atende a toda a sociedade. Deveria, em tese, ter sanção mais grave do que a de um furto, que, embora seja também reprovável – e por essa razão é crime – afeta apenas a esfera pessoal do indivíduo: “artigo 155 do Código Penal – subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

Não é o que se visualiza, entretanto. O furto simples, que atinge apenas a esfera individual da vítima, tem pena mínima de um ano de reclusão, enquanto a sonegação fiscal, que atinge a esfera coletiva, tem pena mínima de seis meses de detenção.

Cabe aqui mais uma atenção a essa diferenciação do legislador: o sistema tributário é pautado pelo princípio da capacidade contributiva. Dessa forma, os tributos são cobrados daqueles que praticaram ato que, de alguma forma, demonstrou riqueza – a exemplo da compra um de imóvel, na qual o comprador deve pagar o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), porque demonstrou ter condições financeiras para tanto. Quando alguém comete o crime de sonegação fiscal é porque praticou fato gerador de tributo, tendo demonstrado ter capacidade contributiva – em algum nível – para que fosse sujeito passivo do tributo, ou seja, demonstrou que tem condições financeiras para ser sujeito passivo da cobrança de um tributo. Muito diferentemente ocorre com o indivíduo que comete furto simples, que pode fazê-lo por diversos motivos, não tendo demonstrado – aliás, muito pelo contrário na maioria dos casos – condições financeiras.

Há outro dado que não pode ser ignorado: o legislador, ao editar uma regra, pauta-se em seus próprios valores e nos valores que julga serem corretos e aceitos pela sociedade. Dessa forma, usa uma razoabilidade própria para determinar que o crime “x” tenha uma pena e o crime “y” tenha pena mais grave. O que ocorre, entretanto, é que essa valoração é feita de acordo com o poder de identificação pessoal do legislador. Isso porque é muito mais comum que um indivíduo de classe média, por exemplo, sonegue tributos do que furte algo de alguém. Dessa forma, há certa condescendência com crimes mais próximos e possíveis à realidade do legislador e dos que estão à sua volta, ou seja, daqueles que não são marginalizados. Com essa mentalidade é que se estabelece uma maior reprovabilidade para o crime de furto simples, e não para o crime de sonegação fiscal, embora a abrangência do prejuízo deste seja bem maior do que o daquele.

Esse é exatamente o tipo de valoração que Rawls tentou afastar ao criar o “véu da ignorância”, citado anteriormente. O legislador brasileiro, entretanto, parece não ter evoluído quase nada nesse sentido.

A seleção criminalizante secundária é visualizada na aplicação das sanções penais pela atuação da Polícia e do Poder Judiciário.

Quanto à classe policial, cumpre-se dizer, inicialmente, que é evidente que o cometimento de crimes ocorre em todos os lugares, mas as autoridades policiais focam suas investigações em áreas mais desfavorecidas das cidades, procurando, por exemplo, o tráfico de drogas nas comunidades, os furtos operados por menores desfavorecidos nas praias e os roubos de carros em determinadas zonas urbanas estigmatizadas por esse tipo de crime. Observa-se que a atuação policial está voltada para a perpetuação dessa estatística quando se vê que, na prática, os esforços engendrados são em procurar o pequeno criminoso, e não o criminoso de alto escalão que mora em rua de zona privilegiada da cidade e, de lá, comanda o crime.

O tráfico de drogas exercido pelas grandes organizações criminosas é um crime que, para sua subsistência, tem que se aliar, irremediavelmente, a outros tipos de violação de bens jurídicos penalmente protegidos, como roubo, lavagem de dinheiro, corrupção, contrabando de armas, dentre outros.

Entretanto, a concentração da atuação policial contra o tráfico ainda se dá nas favelas e, em geral, contra o pequeno tráfico – chamado tráfico de varejo.

Fica caracterizado, segundo Mariana Raupp, que, ‘ao contrário do que faz imaginar os noticiários sobre a apreensão de toneladas de drogas, o cotidiano dos tribunais parece ser preenchido pelas pequenas apreensões de drogas. (...) É contra o tráfico dessa monta que a polícia usualmente se insurge, além de ensejar a estigma da favela, uma vez que ali é o local onde há uma maior concentração policial no intento de coibir esse tipo de crime. (...) Isso leva a sociedade como um todo – e principalmente os agentes que atuam diretamente na problemática – a ignorar o tráfico de grande porte – chamado tráfico de atacado – que é o grande responsável por movimentar a indústria da corrupção e da lavagem de dinheiro em maior escala. (...) Dessa forma, cria-se o estereótipo do inimigo a ser combatido: o homem que mora na favela, pobre e desempregado – sendo esse o perfil largamente difundido no inconsciente coletivo do verdadeiro traficante. (...) Reflete-se se não seria a Polícia a primeira entidade que enseja essa visão, pois é quem observa pessoas, considera-as suspeitas, aborda-as, prende-as ou não e colhe as provas. Além disso, seu testemunho tem grande força no Judiciário, uma vez que, em muitos casos, não há testemunhas para depor e o relato policial é a única fonte dos fatos.’<sup>6</sup>

<sup>6</sup> ALVES, Raquel. *Mulher, Monografia Crime e Tráfico de Drogas*. Rio de Janeiro, 2011.

Com esse olhar focado em regiões e classes sociais menos abastadas financeiramente, a polícia seleciona indivíduos de acordo com esses parâmetros, fazendo com que as penitenciárias estejam abarrotadas de indivíduos com essas características, ratificando uma estatística que se vende como verdadeira – classes mais baixas tendem a delinquir – quando, na verdade, é falaciosa, porque só reafirmada pelo olhar condicionado da peneira policial.

A curiosidade vem do fato de que a classe policial, em geral, é bastante marginalizada, recebendo salários baixos, vivendo em permanente necessidade de trabalhos alternativos para suprir uma renda muito aquém dos riscos que corre para proteger a sociedade. É essa classe, que, impregnada pela lógica da procura do crime nos menos favorecidos, acaba por reafirmar que a classe pobre tende a delinquir.

Não há que se inferir, entretanto, que haja uma espécie de culpa histórica por parte dos policiais ao trabalharem sob essa lógica. A mídia está, a todo tempo, a bombardear o noticiário com o sensacionalismo da pobreza, trazendo a lume as intempéries dos menos favorecidos. É de conhecimento público a existência, por exemplo, de programas, em canais televisivos, que vivem de explorar fatos ilícitos cometidos em regiões predominantemente pobres; de jornais que foram criados com intuito de favorecer leitura fácil e dinâmica das desgraças da classe menos favorecida. Não objetivam noticiar os crimes chamados de “colarinho branco” ou de qualquer outra espécie cometidos por pessoas de classe média e alta, mas sim a exploração de fatos ocorridos nos subúrbios, criando-se, ainda que subliminarmente, a ideia de que as zonas mais pobres do país são permeadas por crimes e contravenções, ao contrário do que ocorreria em locais ditos mais abastados financeiramente.

É uma situação que se autoalimenta. O policial foca investigações e abordagens em regiões e pessoas mais pobres, influenciado pela mídia e pela própria história das estatísticas policiais, fazendo com que as próprias estatísticas aumentem e que a mídia noticie – movida pelo lucro gerado pelo sensacionalismo de atos ilícitos –, gerando nas pessoas a impressão de

que determinados lugares e pessoas são marcados por uma tendência a delinquir, o que faz o foco policial continue em determinados lugares e pessoas e assim por diante.

Só a análise e o entendimento profundo da sociedade e dos processos de seleção criminalizante podem demonstrar o quanto as leis, as estatísticas, a mídia, a polícia, o Judiciário e os sistemas prisionais podem fazer com que a mola da discriminação esteja sempre em funcionamento, ensejando a criação de perfis estigmatizados. Por isso a importância de se desmistificar que a pobreza tenha influência direta na delinquência. É quase um clichê a análise de que há pessoas que escolhem a delinquência, independentemente de a qual classe social pertençam, mas o esquecimento de que o cometimento de atos ilícitos reside muito mais na escolha do que na imposição das circunstâncias é uma constante.

Não se pretende, por essas afirmações, ignorar que, diante de determinadas situações, indivíduos são postos à prova e acabam por cometer atos ilícitos por diferentes razões, até mesmo altruístas ou por necessidades financeiras. Mas, para essas hipóteses, a lei e a jurisprudência enumeram situações de ponderação, como ocorre com a criação do princípio da insignificância, consagrado, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que exclui a tipicidade quando presentes seus quatro requisitos: 1) mínima ofensividade da conduta do agente; 2) nenhuma periculosidade da ação; 3) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ainda na seleção criminalizante secundária, observa-se a atuação por vezes seletiva do Poder Judiciário. Os indivíduos que incidiram no tipo penal e passaram pela autoridade policial por meio de flagrante, ou não, mas que tenha culminado em queixa ou denúncia, são, em momento posterior, processados e julgados pelo Poder Judiciário, garantindo-se, a eles, o devido processo legal – artigo 5º, inciso LIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No caso do Poder Judiciário, a questão da seletividade se mostra ainda mais sensível. Isso porque a seleção criminalizante se dá, muitas vezes, sem que o próprio magistrado perceba, uma vez que julga de acordo com seus entendimentos jurídicos e morais, o que acaba por gerar maior condescendência para com seus pares sociais, e menor tolerância com os diferentes.

Sabe-se que a atividade jurisdicional visa a imparcialidade, uma vez que a neutralidade se mostra impossível, já que todos os magistrados são seres humanos e, por isso, dotados de valores próprios, com os quais admitem pouca tergiversação, enquanto são mais flexíveis com erros que, diante da percepção de sua natureza humana, entendem ser mais comuns.

Nesse sentido, Alexandre Câmara:

Não se deve achar, porém, que a exigência de imparcialidade esteja ligada a uma suposta exigência de neutralidade do juiz. Em primeiro lugar, tal neutralidade é absolutamente impossível, uma vez que o juiz, como qualquer ser humano, exerce seu trabalho embasado em razão e emoção. O raciocínio do juiz tem necessariamente premissas que só ele conhece inteiramente, as quais têm índole ideológica, cultural, econômica, religiosa etc. Além disso, o juiz, como qualquer ser humano, pode ser tentado a favorecer aquele que se mostra mais simpático, ou mais fraco. (...) Em segundo lugar, a neutralidade poderá levar o juiz a uma posição passiva, de mero espectador do processo, esperando que as partes se digladiassem para, só após, e com base estritamente nos elementos trazidos ao processo pelas partes, proferir sua decisão [...].<sup>7</sup>

Diante desse inexorável parâmetro de julgamento, deve-se observar que, em regra, os magistrados pertencem à classe média ou alta da sociedade brasileira, razão pela qual os mais vulneráveis se mostram mais distantes do contexto social em que vivem, o que naturalmente enseja maior rigor nos crimes cometidos por eles, já que há pouca identificação. O ser humano naturalmente tem mais facilidade de entender e ter empatia com situações com as quais consegue se relacionar, ou seja, aquelas que têm a capacidade de se pensar fazendo.

---

<sup>7</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.45.

Diferentemente ocorre com fatos em contextos completamente diferentes, com os quais a identificação é difícil, tendendo, o ser humano, a julgar mais arduamente.

Se é essa a natureza humana, acaba por ser assim também no difícil labor da atividade jurisdicional. É claro que muitos magistrados se atentam a essas tendências naturais do rigor com o diferente e da condescendência com o palpável, mas a prática penal demonstra que o país tem muito ainda a caminhar, quando se analisar as estatísticas dramáticas do número de furtos e roubos julgados com penas severas e crimes de apropriação indébita, operacionalizados por pessoas de alto escalão, que são julgados menores arduamente.

Cabe dizer, entretanto, que o Brasil tem trabalhado no sentido de mudar essa realidade. Recentemente o julgamento da Ação Penal 470, que ficou conhecida como “Mensalão”, foi precursor no sentido de condenar políticos e indivíduos de alto poder aquisitivo. Embora ainda seja muito pouco e a população se diga insatisfeita pela demora do processo e pelas penas impostas, não há como se negar que tratou-se de julgamento histórico, que deve ser apenas o início de um atraso centenário no julgamento dos crimes de alto poder aquisitivo.

Quando do julgamento do réu, o artigo 59 do Código Penal determina que o juiz “(...) estabelecerá (a pena) conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, ou seja, a decisão judicial no processo de conhecimento criminal é baseada em juízo de reprovabilidade e prevenção. É isso que permeia a atividade jurisdicional do magistrado quando da absolvição ou condenação e, neste caso, da fixação da pena.

Atualmente, a pena tem caráter de retribuição no sentido da limitação, porque o injusto culpável limita a pena, de acordo com Luiz Regis Prado. Já o caráter preventivo geral se mostra na aplicação do direito penal respeitando a dignidade da pessoa humana e das garantias constitucionais; enquanto o caráter preventivo especial se evidencia na culpabilidade do agente.

Já na execução penal, que se compõe de atividades jurisdicionais – juiz da vara de execução penal – mas também de atividades administrativas – penitenciárias –, é permeada pela ideia de reintegração social, que consta do artigo 1º da Lei de Execução Penal (lei 7.210/90).

Na execução da pena é que reside a seleção criminalizante terciária, ou seja, os estabelecimentos prisionais são símbolo de uma das formas da seletividade do sistema penal.

A história da prisão remonta às prisões onde o condenado não podia falar com outro apenado nem com os guardas, havendo silêncio absoluto. Os presos eram obrigados a ler a bíblia e o que regia a pena era a expiação, o que fica claro quando se percebe que “penitenciária” vem de “penitência”, havendo todo esse contexto religioso por trás da execução da pena.

Tempos depois, o sistema alburniano abriu as celas, concedendo a prerrogativa de o réu trabalhar durante o dia e se recolher durante a noite, havendo, ainda, a exigência do silêncio.

Hodiernamente usamos o sistema irlandês, baseado na progressão meritória da pena. A maior parte dos países democráticos usa esse sistema, no qual os presos podem falar e adquirem benefícios com o cumprimento disciplinado da pena. Foi um grande avanço no direito comparado, que influenciou sobremaneira o sistema penitenciário brasileiro.

A Lei de Execução Penal estabelece diversos direitos ao condenado, como por exemplo o direito à alimentação suficiente e vestiário; o direito à atribuição de trabalho e sua remuneração; a previdência social; a constituição de pecúlio; a proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; o exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o

advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal e outros direitos elencados no artigo 41 e dispersos na lei de execução penal e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Entretanto, vê-se, ainda hoje, a lógica do capitalismo imperando mesmo dentro do sistema carcerário. Quem tem mais recursos financeiros consegue mais benefícios, tal como ocorre no mundo exterior às grades estatais.

Ao analisar a massa carcerária, entretanto, observa-se certa homogeneização. Isso porque a maioria pertence a um perfil econômico, etário e étnico. A penitenciária é o último e mais alarmante sinal do estereótipo criado quando da feitura das leis e da sua aplicação por meio da atividade policial e judicial, uma vez que se encontram, no cárcere, indivíduos de semelhanças tão grandes em vários níveis, que uma teoria neolombrosiana poderia ser criada, a partir das características basais do sistema carcerário brasileiro atual. Entretanto, essa nova teoria teria apenas uma sinalização central: o fato de que a classe menos favorecida e, por isso, mais vulnerável da sociedade é o foco das instituições do sistema criminal, ensejando uma massa carcerária pobre, desprovida de alto nível escolar etc. É o marco da seletividade criminalizante terciária o fato de que a vulnerabilidade é o símbolo da população carcerária, e não há um prognóstico de mudança dessa realidade – pelo menos não diante das mesmas políticas públicas que vêm sendo desenvolvidas nas últimas décadas.

Dentro das penitenciárias, o cenário dos direitos estabelecidos na lei de execuções penais (lei 7.210/84) é sobremaneira ignorado. Recentemente, no final de 2013, a população brasileira se indignou ao tomar notícia, novamente, de que o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís do Maranhão, foi palco de barbáries – em 2010, a sociedade brasileira se chocara com uma sangrenta rebelião no mesmo complexo. Para além do excesso de violência, não é novidade, entretanto, que a situação das penitenciárias brasileiras é precária, mas a negligência e a violência do referido complexo chocou a sociedade brasileira. Contudo,

sabe-se que insalubridade, superlotação e péssima qualidade da alimentação e da condição de saúde são realidades constantes.

É importante salientar que quando um réu é condenado, o Estado passa a ter responsabilidade pelo apenado, mas pouco se tem feito para dar melhores condições carcerárias de forma a possibilitar um cenário de verdadeira possibilidade de ressocialização e reinserção, que são os vetores da lei de execuções penais.

O vetor da seletividade é flagrante, uma vez que os poucos – já que a seleção criminalizante enseja uma massa carcerária quase homogênea quanto a condições econômicas – presos que têm uma situação financeira melhor se valem de recursos não rotineiros no sistema carcerário, como o acompanhamento por advogado próprio, qualidade na alimentação, objetos pessoais e até regalias proporcionadas pela corrupção que geralmente acompanha o sistema carcerário.

Da mesma forma, a falta de preparo e os baixos vencimentos dos agentes penitenciários que trabalham na segurança dos presídios ajudam a criar um ambiente facilmente corrompível. Não se pode afirmar que a maioria dos agentes penitenciários não engendre esforços para exercer sua atividade profissional de forma idônea e legal, mas igualmente não é raro ler-se notícias sobre o que a corrupção proporciona aos presos, a despeito dos limites estabelecidos pela lei.

### **3. PRÁTICA DISSOCIADA DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL-LEGISLATIVA**

As penitenciárias brasileiras são um dos maiores símbolos da seletividade do sistema penal, já que é o lugar final do caminho da seleção criminalizante que as instituições penais brasileiras perpetuam. As penitenciárias são o ápice da análise dessa cadeia criminalizante, uma vez que nelas pode-se observar que os crimes mais investigados e condenados são os do

pobre, já que poucos são os que cumprem pena privativa de liberdade por crimes tributários, por exemplo.

Há quem entenda que os “crimes dos ricos” sejam menos investigados, condenados e executados, por uma dificuldade de pinçá-los, já que se acobertam por uma aparência de legalidade em suas transações. Entretanto, esse argumento reducionista nada mais faz do que perpetuar a ideia de que o “crime do pobre” é mais numeroso, mais escancarado, por isso mais fácil, fazendo com que a máquina pública se concentre neles para que dê uma resposta à população.

Não se nega que os crimes de furto e de roubo, por exemplo, devam ser perseguidos, investigados e, por ventura, condenados e executados, de acordo com um processo criminal justo, com ampla defesa e contraditório, mas não se pode coadunar com a ideia de que há uma dificuldade de se penetrar nos “crimes dos ricos” a tal ponto que as estatísticas sobre a massa carcerária simplesmente quase não tenham nota de que existam.

Há muitas leis brasileiras que se preocupam com, por exemplo, os crimes contra a ordem econômica, mais especificamente com relação a tributos, contribuições sociais da Previdência Social; crimes de responsabilidade, pelos quais respondem os agentes políticos eleitos pela população brasileira; crimes de improbidade administrativa; e outros. Entretanto, não há muitos esforços ou interesse em perseguir esses crimes tidos como menos perigosos.

Entretanto, cabe aqui uma análise. Esses delitos atingem a sociedade como um todo, em um âmbito supra individual, que é a ótica mais moderna do sistema penal, descolando-se dos interesses meramente individuais para focar também em interesses difusos. Dessa forma, é inconcebível que sejam marginalizados pela persecução penal, uma vez que atingem alguns dos bens jurídicos mais importantes, quais sejam a moralidade administrativa (artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e o equilíbrio econômico financeiro do sistema brasileiro.

Há inúmeros discursos no sentido de criminalizar o pobre, aumentar as penas, endurecê-las, prevendo-se, por exemplo, a pena de morte ou a pena perpétua, mas esse clamor midiático e social se volta, em geral, contra os “crimes dos pobres”.

É não é tão óbvia a constatação de que os crimes menos investigados, praticados por uma classe social menos marginalizada, possa prejudicar tanto ou talvez até mais do que o crime engendrado pelo pequeno criminoso, mas essa percepção é necessária.

O sistema penal existe para tipificar condutas e puni-las, de acordo com a legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Entretanto, a prática mostra que as evoluções trazidas pelos direitos fundamentais da Constituição da República Federativa de 1988 e pela Lei de Execuções Penais de 1992, já na exegese da nossa Carga Magna garantidora desses direitos, são, em muito, mera teoria.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe, em seu artigo 5º, diversos princípios norteadores do sistema processual penal, como a inafastabilidade do Poder Judiciário (inciso XXXV); a intranscendência da pena (inciso XLV); a vedação a pena de morte – salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX, de pena perpétua, de pena de trabalho forçado, e de pena de banimento e de penas cruéis (inciso XLVII); o respeito à integridade física e moral do preso (inciso XLIX); o devido processo legal (inciso LIV); o contraditório e a ampla defesa (inciso LV); a inadmissibilidade de provas ilícitas (inciso LVI); a presunção da inocência (inciso LVII); e outros.

Neste ano de 2014, comemoram-se os 50 anos do golpe militar, não exaltação ao modelo ditatorial, mas sim como forma de lembrar as atrocidades que o regime trouxe à realidade brasileira, de desrespeito aos direitos mais básicos dos seres humanos, como o de se expressar, o de ter respeitada sua integridade física e muitos outros.

Lembra-se da data como marco importante da história brasileira, recordando-se das torturas engendradas, das perseguições, das imposições, do fanatismo e de todo o radicalismo que suprimiu vontades individuais em prol de um regime antidemocrático.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tida por muitos como extremamente extensa e minuciosa, é nada mais que um reflexo do medo e da instabilidade que postulações genéricas poderiam ensejar. Não havia mais espaço para lacunas que possibilitassem qualquer tratamento que não se coadunasse com o pensamento democrático contemporâneo.

Foi nesse cenário que o artigo 5º da Carta Magna trouxe todas essas garantias ao acusado e ao condenado, não se podendo tergiversar com um dos bens mais preciosos do ser humano: a liberdade.

Até hoje há profundas marcas do regime militar em discursos e medos que permeiam a história nacional. Com a comemoração dos 50 anos do golpe militar, os ânimos voltaram a se exaltar, com uma profusão de pessoas ainda indignadas com a lei da anistia, entendendo que as barbáries cometidas e abalizadas pelo governo ditatorial não poderiam ser simplesmente anistiadas. Ano de 2014 e as marcas do regime militar ainda são vívidas. Com isso, observa-se que não poderia ser outra a resposta da Carta Constitucional de 1988, ao se preocupar em não deixar lacunas e dar peso de cláusula pétrea aos direitos fundamentais.

Como dito, a prática do sistema penal não acompanhou os novos ditames constitucionais, havendo, em verdade, práticas degradantes no sistema penitenciário, por violação da integridade física dos apenados, pela baixa quantidade de defensores públicos para acompanhar toda a demanda; assim como uma dificuldade prática ainda na fase anterior à condenação, uma vez que a alta demanda de acusados pobres faz com que a Defensoria Pública não seja capaz de prestar a assistência jurídica ideal. Ademais, quanto ao momento investigativo, salienta-se que um dos pilares da Carta Magna de 1988, qual seja a igualdade

formal e material, é desrespeitada em sua essência, já que a Polícia perpetua a seleção dos criminosos, tal como debatido anteriormente.

Além de a ordem constitucional ter mudado, a lei de execuções penais (LEP) também sofreu alterações desde sua entrada em vigor em 1984. O artigo 126 da LEP prevê, hoje, a remição não só pelo trabalho, como também pelo estudo. Essa mudança foi implementada pela lei 12.433/11, que não tinha correspondente na redação original da LEP, quando era possível remir somente por meio do trabalho.

Ademais, originariamente, a remição produzia efeitos meramente para o livramento condicional e o indulto. Entretanto, com as alterações da lei de 2011, houve a determinação de que o tempo de remição é contado para todos os efeitos, e não apenas para aqueles dois inicialmente considerados, como determina o atual artigo 128 da LEP.

Entretanto, essa previsão ficou quase apenas como marco teórico, porque, na prática, a maioria dos presos não tem como remir a pena pelo trabalho, porque não há trabalho suficiente para todos os presos, e muito menos pelo estudo, pois a prática não acompanhou a expansão da remição.

## **CONCLUSÃO**

Como exposto, são vários os exemplos de evolução constitucional legislativa no sentido da igualdade não apenas formal, mas fundamentalmente material no que tange ao sistema criminal. Entretanto, a prática revela que, a despeito do empenho teórico, a seletividade do sistema penal é uma constante.

Seja por meio da seletividade primária, secundária ou terciária, a sociedade brasileira ainda é marcada pelo reforço de estereótipos, ainda que de forma velada. Os discursos

democráticos de liberdade e igualdade não conseguiram transpor totalmente a barreira do papel, sendo, muitas vezes, verdadeiras falácias.

Apenas com o reconhecimento desse cenário prático dissociado das idealizações e dos direitos teóricos é que se poderá construir uma realidade social que se coadune com a exegese do ordenamento jurídico brasileiro.

Muitas batalhas são travadas diariamente nesse sentido. A população se insurge cada vez mais contra as arbitrariedades e desmandos dos que detêm poder e não o honram nesse sentido. Há um evidente cansaço com relação à tacahez daquele que discursa a igualdade e o respeito, mas atua de forma discricionária.

O ordenamento jurídico brasileiro não é falho, pois traz quase todos os elementos necessários para criar uma nova realidade, a exemplo da lei de execuções penais, que estabelece diversos direitos e objetivos que, entretanto, não são respeitados.

A solução não parece estar na legislação. Não é o aumento da quantidade ou do rigor das penas que parece ser a solução da criminalidade, uma vez que, se dessa forma fosse, países com penas de morte ou perpétua teriam seus índices criminais bem aquém do que se observa no resto do mundo, o que não acontece. Essa visão preventiva do direito penal não se sustenta quando se analisa para além da superficialidade do problema.

A solução parece estar muito mais no empenho prático da igualdade e dos direitos do que em um amontoado de leis que visa perpetuar essa visão retributiva e preventiva ao extremo. O Código Penal brasileiro é regido por esses anseios, mas a sistemática criminal não pode se dar meramente nesse teor. Exemplo dessa ponderação acontece na lei de execuções penais, que destoa desse objetivo ao buscar a ressocialização dos apenados.

Dessa forma, fica claro que a busca não deve se pautar pelas leis, mas sim na prática. O legislador não precisa se empenhar em buscar maior rigor às leis penais, mas sim em instrumentalizar o que já foi estabelecido. Sem uma possibilidade fática de representação real

do que o texto legislativo diz, este resta vazio e inócuo. Seu foco deveria ser muito mais, por isso, a procura de meios de articulação para fazer cumprir a lei do que pela criação de mais preceitos penais primários e secundários. Já a Polícia, o Judiciário e o sistema carcerário devem se voltar a atuar de forma a se distanciar dos estereótipos criados e que, mesmo que inconscientemente, acabam por, de alguma forma, perpetuar. É tarefa dos que lidam com a liberdade do ser humano atuar de forma igualitária e sempre na exegese da lei, buscando uma realidade que tenha por base o escopo da Constituição da República Federativa do Brasil, que trouxe direitos fundamentais que devem sair do texto e exsurgir na realidade.

Cabe, portanto, a todos os atores do sistema penal trabalhar por uma realidade na qual a seletividade se torne um momento longínquo e histórico, suplantado pelos esforços diários daqueles que atuam no rigor da igualdade e do respeito aos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: a história das violências nas prisões*. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.