



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A seletividade do sistema penal: a expressão máxima do direito penal do inimigo

Janayme Vieira de Moraes

Rio de Janeiro

2014

JANAYME VIEIRA DE MORAES

A seletividade do sistema penal: a expressão máxima do direito penal do inimigo

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2014

A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: A EXPRESSÃO MÁXIMA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Janayme Vieira de Moraes

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Advogada. Pós-graduanda Lato Sensu pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O Sistema Carcerário Brasileiro vem se apresentando, ao longo do tempo, cada vez mais seletivo, o que se constata facilmente pela presença de determinados segmentos da sociedade nos presídios brasileiros, e pela punição de determinados tipos penais. Tal realidade possui como pano de fundo a aplicação do que se convencionou chamar de Direito Penal do inimigo, que vem calcado em fortes ideais de “lei e ordem” que emergem de determinados setores da sociedade brasileira. Assim, a essência do trabalho é abordar a seletividade do sistema penal brasileiro, demonstrando como a atuação concreta, tanto da criminalização primária, quanto da secundária, é capaz de gerar o encarceramento de determinados tipos penais e parcelas específicas da população brasileira.

Palavras-chave: Penal. Seletividade. Sistema Penal. Direito Penal do Inimigo. Criminalização Primária. Criminalização Secundária.

Sumário: Introdução. 1. Sistema Penal Brasileiro. 2. Discursos da seletividade do sistema penal brasileiro. 3. Função social da seletividade do sistema penal brasileiro. 4. Selecionar e punir. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto enfoca a temática da seletividade que está presente no sistema penal, e a forma como ela opera, o que será possível com a análise pormenorizada do sistema carcerário brasileiro, em que se percebe a presença de determinados estereótipos.

O que se pode perceber é que esta seletividade da criminalização secundária acaba “selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social do

delinquente”, gerando a punição apenas daqueles que se enquadram no estereótipo criminoso, que cometem crimes grosseiros e que causem menos problemas á sociedade quando presos.

Assim sendo, essa característica marcante do Sistema Penal se mostra contrária ao Estado Democrático de Direito, preconizado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, caput, além de, flagrantemente, violar os direitos fundamentais de isonomia e dignidade da pessoa humana, resultando numa aplicação arbitrária da lei.

Além de seletivo, o sistema também se mostra repressivo e estigmatizante. Ao operar desta maneira, o Sistema Penal acaba criando no imaginário da população e das agências de controle um estereótipo de criminoso, que deve ser combatido a todo custo, já que será este o inimigo da sociedade, devendo, portanto ser extirpado do seio social.

Com isso, o que se verifica é a presença do que Jakobs chama de “Direito Penal do Inimigo” emergindo no controle punitivo, que busca a punição do indivíduo pela que ele representa e não pelo crime que efetivamente comete, o que se mostra diametralmente oposto ao “Direito Penal do Fato”, que é o que deve vigorar no Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, é perceptível que o tema se justifica pela existência da seletividade no Sistema Penal brasileiro como forma de controle social de práticas indesejadas, mas que acaba por desrespeitar direitos fundamentais dos indivíduos a ele submetidos, sendo pouco questionado pela doutrina pátria.

Para tal problema, há diversas soluções apresentadas ao longo dos anos, que podem ser: a substituição deste atual sistema por uma estrutura não-marginalizante; transformação em um sistema puramente preventivo, com base no terror; substituição parcial das estruturas do sistema; e a necessidade da adoção de uma postura eminentemente crítica da realidade do sistema, realizando confrontos diários com a preservação dos direitos humanos.

Desta forma, o sistema carcerário brasileiro, composto predominantemente por determinados estereótipos de criminosos acaba por comprovar faticamente a existência real da

seletividade no sistema penal brasileiro.

Tendo em vista o já exposto, o presente trabalho objetiva, especificamente, ao longo de seu desenvolvimento, demonstrar que a seletividade está presente no Sistema Penal Brasileiro, comprovando que a mesma exterioriza um Direito Penal do autor, característica essa que se mostra ilegal e ilegítima segundo o sistema vigente de Estado Democrático de Direito.

Para tanto, como já foi explicitado, será analisado de que forma o sistema carcerário brasileiro, com sua composição, é capaz de exteriorizar e comprovar a existência da seletividade.

Haverá, portanto, a investigação do que é o Sistema Penal Brasileiro, com suas características, através de pesquisas jurídica, criminológica e histórica, relacionando-o com a seletividade do Sistema Penal Brasileiro, no que tange à literatura. Portanto, o estudo assume as características de um estudo exploratório do tipo levantamento.

Assim, procurar-se-á fomentar as discussões acerca do tema, esclarecendo se existe, de fato, algum vínculo entre os objetos de estudo supracitados; as razões jurídicas, históricas, psicológicas e sociológicas de sua existência; suas finalidades; e consequências e impactos na sociedade.

1. SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Para a análise do sistema penal brasileiro é necessária a elucidação do histórico, bem como do conceito e das características para a melhor compreensão acerca do tema.

1.1 HISTÓRICO DO SURGIMENTO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

O Sistema Penal é o espelho das representações e relações sociais, de políticas públicas, dos discursos do poder e também da lei, que é a sua própria configuração linguística.¹

Ao longo do tempo, o que se percebe na sociedade brasileira é que há a progressão histórica da existência de três sistemas penais até que se possa chegar ao atual. São eles: colonial-mercantilista; imperial-escravista; e republicano positivista.²

O sistema colonial-mercantilista, que tem como base formal as Ordenações Manuelinas e Filipinas, era baseado em resquícios inquisitoriais, sendo controlado pelos donatários e não pelo rei, que delegava a estes o poder de punir.³

Durante esse período histórico, que vai desde 1500 até 1822, o poder punitivo do sistema penal era exercido sobre o corpo dos selecionados, o que se coaduna com a ideia do suplício narrada por Foucault⁴.

Ainda seguindo esta tradição ibérica, “a diferenciação penal resulta na aplicação de penas distintas, ou pelo menos em distinta quantificação da mesma pena, segundo a classe social do autor ou da vítima”⁵, o que desde então o sistema não se mostra igualitário como seu discurso pretende passar.

Avançando na linha do tempo, esse sistema é substituído pelo imperial-escravista, que tem como base a ideia de que o encarceramento é a pena com a qual se obtém os melhores resultados disciplinadores.⁶

¹ BATISTA, Nilo. *Os sistemas penais brasileiros*. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). Verso e reverso do controle penal. v. 1. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2002, p. 1.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 13.

⁵ BATISTA, op. cit., p. 7.

⁶ Ibid.

Este período, marcado pela imposição do princípio da legalidade devido à revolução burguesa, marcou a substituição do sistema penal vigente no Antigo Regime por um outro, em que nasciam as teorias preventivas da pena, e a teoria do disciplinamento que teve seu auge com o panóptico de Bentham.⁷

Mas é com a República que surge o terceiro sistema penal brasileiro, o republicano-positivista que, como o próprio nome já diz, é resultado de uma lógica positivista criminológica que era preciso punir segundo uma ideia de periculosidade do sujeito, mesmo que não houve um crime efetivo.⁸

É nesse contexto que o princípio da legalidade se torna um obstáculo para o controle social, o que é facilmente contornado pela inserção no Código Penal de 1940 desta noção de periculosidade da pessoa, que servirá como base para a aplicação de medidas de segurança.⁹

Nas palavras de Nilo Batista,

O terceiro sistema penal brasileiro nutriu-se do positivismo criminológico, que produzia o discurso racista legitimador da hegemonia, e do positivismo jurídico, que confinava o olhar à articulação lógica de parágrafos e incisos. A privação de liberdade, como em toda a sociedade industrial, é a pena por excelência, e o mito da ressocialização para o trabalho edifica colônias agrícolas e estabelecimentos penais industriais. Finalmente, haviam chegado os tempos modernos.¹⁰

É a partir desses três sistemas penais que surge o atual sistema penal brasileiro, marcado pela hipercriminalização, que tem base principalmente nos projetos de “lei e ordem” e “tolerância zero”; mudança nas finalidades da prisão, que passa a ser uma pena de neutralização do condenado; importância da mídia, que passou a atribuir a si o papel de prolatora do discurso de controle social penal; e duplicidade da face do sistema, que age de formas diferentes conforme a sua clientela.¹¹

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

1.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Analisado o momento de surgimento, passar-se-á à análise do conceito e das características do sistema penal brasileiro.

1.2.1 CONCEITO DE SISTEMA PENAL

Na visão de Nilo Batista, o sistema penal é formado pelo conjunto das agências política, criminalização primária; policial; comunicativa; de reprodução ideológica; judicial e penitenciária, estas cinco formando a criminalização secundária, sendo responsável por tornar possível a operacionalização da criminalização¹².

Tais agências não realizam suas funções como um conjunto harmônico, visto que há apenas um equilíbrio inconstante entre elas, sendo “regidas por relações de concorrência entre si e dentro de suas próprias estruturas”¹³, se enquadrando como compartimentos estanques dentro de um todo que se diz unitário.

Essa desunião das agências de criminalização é facilmente percebida pelo hiato entre a realidade social e a abstração¹⁴, o que acaba por gerar uma disputa entre as agências, ocasionando leis mais punitivas, processos mais repressivos e opiniões públicas mais desinformadas e distorcidas¹⁵, na tentativa de cada uma se sobrepor às outras.

As agências de criminalização primária, que são as agências políticas, se responsabilizam por sancionar as leis que incriminam determinadas condutas, operando de maneira abstrata.

¹² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p.25.

¹³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 60.

¹⁴ ASSAIANTE, Marcus Alexandre Marinho; ASSIS, Isabella Bogéa de. *O sistema penal subterrâneo sob a ótica da criminologia crítica*. O suplício dos excluídos nos cárceres brasileiros. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2132, 3 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12677>>. Acesso em: 12 set. 2014.

¹⁵ VASCONCELLOS, Mercia Miranda. *Sistema penal seletivo*. Reflexo de uma sociedade excludente. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1596, 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10652>>. Acesso em: 11 set. 2014.

Por outro lado, as agências de criminalização secundária, policial; comunicativa; de reprodução ideológica; judicial e penitenciária, exercem a ação punitiva sobre quem praticar as condutas proibidas determinadas pela lei, operando concretamente, eis que a polícia investiga, juiz/reprodução ideológica/comunicativa legitimam a punição e a penitenciária pune efetivamente.¹⁶

Já Zaffaroni entende ser “o controle social punitivo institucionalizado”¹⁷, dando, desta forma, uma definição mais profunda, que abarca tanto os casos legais do controle efetuado pelas agências supracitadas quanto os que há a marca flagrante da ilegalidade.

De acordo com esta visão, “o direito penal ocupa uma somente um lugar limitado, de modo que sua importância,..., não é tão absoluta,..., especialmente quando dimensionamos o enorme campo de controle social que cai fora de seus estreitos limites”¹⁸.

Tais pensamentos são corroborados por Michel Foucault, pois, de acordo com ele, o sistema penal foi concebido como um instrumento que deveria gerir de forma diferenciada as ilegalidades, e não para suprimi-las.¹⁹

Portanto, o que se pode perceber a partir desses dois conceitos complementares, é que o sistema penal brasileiro é formado por agências de criminalização que são responsáveis por institucionalizar e legitimar o controle social e o poder punitivo do Estado.

Além disso, pode-se inferir que o sistema penal brasileiro apenas reflete as relações sociais e os valores selecionados como necessários para a garantia da ordem social²⁰, espelhando o poder do Estado, que nada mais é do que um estado de polícia enclausurado num Estado Democrático de Direito.

¹⁶ Ibid., p. 43.

¹⁷ ZAFFARONI apud BATISTA, op. cit., 2005, p.25.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V. 1. 7. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.

¹⁹ FOUCAULT, op. cit., p. 86.

²⁰ VASCONCELLOS, Mercia Miranda. *Sistema penal seletivo*. Reflexo de uma sociedade excludente. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1596, 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10652>>. Acesso em: 11 set. 2014.

Então, o que realmente o sistema penal objetiva é a disciplina dos cidadãos, delimitando os espaços sociais que cada um pertence, o que garante que a estratificação permaneça da forma que foi estabelecida pela classe dominante²¹.

1.2.2 CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

As características do sistema penal brasileiro explicitadas abaixo serão as seguintes: seletividade e vulnerabilidade, repressividade e estigmatização.

1.2.2.1 SELETIVIDADE E VULNERABILIDADE

O sistema penal é apresentado à sociedade como sendo igualitário, ou seja, atinge igualmente todas as pessoas, em razão de sua conduta. Porém, o que se verifica é que o seu funcionamento é, na verdade, seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas.²²

A seletividade é a característica estrutural do exercício do poder do sistema penal²³ mais importante, que pode ser definida como a escolha realizada pelas agências de criminalização daqueles que serão punidos, tanto no nível abstrato, da edição de leis e cominação de penas, quanto no concreto, aqueles efetivamente escolhidos no grupo social para sofrerem as sanções penais.

Ela está mais presente nas sociedades em que há uma maior polarização da riqueza, que guardam preconceitos internos históricos ou que se formaram a partir de intensos

²¹ Ibid.

²² BATISTA, op. cit., 2005, p.25 e 26.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 15.

movimentos migratórios, por isso se diz que é estrutural e não conjuntural, já que está presente na estrutura social.²⁴

A lei é responsável por conferir ao sistema penal o poder de atuar contra aqueles que infringirem os seus mandamentos, mas o que se percebe é que apenas há efetiva ação contra determinadas pessoas, escolhidas arbitrariamente²⁵, a partir de estereótipos, ou seja, aqueles que ostentem um perfil criminoso.

Essa característica é a causa do etiquetamento e segregação, que agem segundo uma lógica maniqueísta, dividindo a sociedade entre os bons, que são os que não cometem crimes, e os maus, que são aqueles selecionados.

A seletividade é orientada, sobretudo pelos empresários morais, que estão presentes tanto na criminalização primária quanto na secundária, sendo representados pelos comunicadores sociais, políticos que buscam ascensão, grupos sociais etc.²⁶

Na criminalização primária, o legislador materializa tal característica quando seleciona os bens jurídicos que serão protegidos e que condutas serão criminalizadas a nível abstrato, sendo uma decisão política, pois apenas estabelece os parâmetros que deverão ser seguidos pelas demais agências criminalizantes.

Já através das agências de criminalização secundária é que se percebe concretamente a atuação da seletividade, na medida em que inicialmente as agências policiais, com o auxílio das agências de comunicação e de reprodução ideológica, escolhem que condutas serão investigadas, para que posteriormente a agência judicial analise se realmente se faz necessária a punição e em qual medida e, em seguida, a agência penitenciária apenas se atém à punição determinada pelo juiz.

²⁴ BATISTA, op. cit., 2005, p.50.

²⁵ VASCONCELLOS, Mercia Miranda. *Sistema penal seletivo*. Reflexo de uma sociedade excludente. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1596, 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10652>>. Acesso em: 11 set. 2014.

²⁶ BATISTA; ZAFFARONI, op.cit., p. 45.

Esta etapa da criminalização representa grave violação ao princípio da isonomia, na medida em que há uma aplicação arbitrária da lei, que seleciona aqueles que pertencem ao estereótipo, realizam crimes grosseiros ou os que, por não possuírem cobertura, causem menos problemas socialmente.²⁷

Observando esse mecanismo de funcionamento do sistema penal, pode-se deduzir que as agências policiais, ao lado das comunicativas, são as que detém maior poder se selecionar aqueles que sofrerão a punição após encerrado um processo penal, apenas podendo o juiz reduzir tal poder, com a ajuda das agências de reprodução ideológica, que acabam por defender a deslegitimação de tais condutas.

Como detém maior poder, também se observa que mais abusos são cometidos, pois na tentativa de se manter no poder, as agências acabam muitas vezes por atuar à margem da legalidade, de forma discricionária, gerando o que se chama de Sistema Penal Subterrâneo.

A vulnerabilidade, nesta etapa, se mostrará maior ou menor de acordo com a correspondência do cidadão ao figurino social de delinquente, já que tal característica espelha “a posição concreta de risco criminalizante em que a pessoa se coloca”²⁸.

Ao operar desta maneira, o Sistema Penal acaba criando no imaginário da população e das agências de controle um estereótipo de criminoso, que deve ser combatido a todo custo, já que será este o inimigo da sociedade, devendo, portanto ser extirpado do seio social.

Por ser reconhecido como inimigo, na medida em que ao violar o contrato social, que é a lei, perde o seu status de cidadão, e conseqüentemente seus direitos, se justifica que seja ele seja submetido a um procedimento típico de épocas de guerra, não havendo respeito ao devido processo legal.²⁹

Então, o que se vê é que o objetivo aqui não é o respeito à norma penal, mas sim a

²⁷ Ibid., p. 43 a 47.

²⁸ Ibid., p. 49.

²⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do Inimigo* (ou inimigos do Direito Penal). Revista Jurídica Eletrônica Unicoc. Disponível em: < http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 23 set. 2014.

eliminação do que se considera um perigo social, baseando-se para tanto nos interesses predominantes da sociedade, e punindo o cidadão pelo que ele representa, e não pelo crime que cometeu³⁰.

Essa esterotipização tem como base principalmente a teoria do *labelling approach* ou teoria do etiquetamento. Tal teoria sofreu influência direta do que se chama interacionismo simbólico, que acredita que a realidade humana não é composta de fatos, mas sim da interpretação que a sociedade realiza deles, o que justificaria a punição de alguém pelo que a coletividade acredita que ele representa e não pelo que fez.³¹

Ao atribuir rótulos aos indivíduos, o que o sistema penal é flagrantemente inconstitucional, já que há desrespeito direto ao princípio da presunção de inocência, havendo uma verdadeira inversão no ônus da prova, que passa a ser do cidadão, quando deveria ser do Estado que o acusa.³²

Com isso, o que se verifica é a presença do que Jakobs chama de “Direito Penal do Inimigo”³³ emergindo no controle punitivo, que busca a punição do indivíduo pela que ele representa e não pelo crime que efetivamente comete, como forma de conter um perigo à sociedade, o que se mostra diametralmente oposto ao “Direito Penal do Fato”, que é o que deve vigorar no Estado Democrático de Direito, eis que se baseia não mais na imagem simbólica de criminoso, mas sim na imagem real.

Por isso mesmo é que tal postura é duramente criticada principalmente por Cancio Meliá, 2003³⁴, que tece os seguintes argumentos: tal concepção de Direito Penal vai de

³⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal do inimigo*. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

³¹ SELL, Sandro César. *A etiqueta do crime: considerações sobre o "labelling approach"*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10290>>. Acesso em: 13 set. 2014.

³² Ibid.

³³ JAKOBS, Günter e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005 in JESUS, Damásio E. de. *Direito penal do inimigo*. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 13 set. 2014.

³⁴ Ibid.

encontro direto à Constituição da República, pois retira da pessoa a sua condição de sujeito de direitos, tornando-o mero objeto de coação; não há o cumprimento de sua promessa de eficácia de contenção da criminalidade, já que o aumento de leis não é proporcional a sua redução; produz inimigos simbólicos, que passam a ser vistos como inimigos do Estado, o que é necessário para sustentar permanentemente o sistema penal; contraria o princípio-base do Direito Penal, segundo o qual não se pune o pensamento do autor e nem a sua representação simbólica, mas sim o ato por ele realizado.

Por fim, segundo Zaffaroni, citado por Luiz Flávio Gomes³⁵ o sistema penal da era da globalização vem cumprindo sua função essencial através da seletividade, que é de retirar do convívio social os indesejáveis, como se pode perceber pela passagem abaixo:

Como o sistema penal funciona seletivamente (teoria do *labelling approach*), consegue-se facilmente alimentar os cárceres com esse ‘exército’ de excluídos. Em lugar de ficarem jogados pelas calçadas e ruas, economicamente, tornou-se útil o encarceramento deles. Com isso também se alcança o efeito colateral de suavizar a feiura das cidades latino-americanas, cujo ambiente arquitetônico-urbanístico está repleto de esfarrapados e maltrapilhos. Atenua-se o mal-estar que eles ‘causam’ e transmite-se a sensação de ‘limpeza’ e ‘segurança’. O movimento ‘tolerância zero’,..., é a manifestação fidedigna desse sistema penal seletivo.³⁶

Portanto, o que se pode perceber é que tanto a seletividade quanto a vulnerabilidade fazem parte da estrutura do sistema penal, servindo também como alicerce para a sua sustentação, na medida em que ausente a busca por um inimigo, perde a sua razão de ser, que é o controle social punitivo.

1.2.2.2 REPRESSIVIDADE

Da mesma forma que o sistema penal se apresenta como igualitário, também quer se mostrar ser justo, na medida em que objetiva prevenir os delitos, impondo assim apenas penas necessárias e justas. Mas, o que se verifica é que, na realidade, é o mesmo extremamente

³⁵ ZAFFARONI apud GOMES. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/Arqui voID_47.pdf>. Acesso: 23 abr. 2014

³⁶ Ibid.

repressivo, pois há uma “incapacidade de regular a intensidade das respostas penais”³⁷, havendo a frustração do seu dito objetivo.

Em razão da repressividade, aparece no sistema penal o que se costuma chamar de campanhas de lei e ordem, que, em nome de uma maior segurança e paz sociais, pregam o aumento da repressão dos delitos, afirmando que a punição atual não é suficiente³⁸.

Nesta linha de pensamento, as agências de criminalização primárias se veem obrigadas a criar leis cada vez mais absurdas e punitivas, sob o discurso de preservação da sociedade e garantia da prevenção dos delitos.

Já as agências judiciais, por pressões verticais, dos membros superiores do Poder Judiciário, e horizontais, das outras agências de criminalização, acabam por não dosar corretamente a pena a ser aplicada, incorrendo em ofensa tanto ao princípio da legalidade estrita, quando ao princípio constituição da proibição da imposição de penas cruéis, art. 5º, XLVIII da CRFB.³⁹

Buscam com tais sentenças exemplarizantes, dar uma resposta à sociedade e impedir que novos crimes sejam cometidos, numa lógica puramente preventiva, o que já se comprovou não corresponder à realizada, eis que o cometimento de crimes não segue esta lógica determinista.

Neste contexto, também se fazem presentes as agências comunicativas que, a pretexto de prevenir o acontecimento dos crimes, acabam por pregar uma maior repressão, gerando uma opinião pública cada vez mais desinformada e confusa, que termina por pressionar os outros setores do sistema penal pela contenção de uma suposta onda de crimes.⁴⁰

³⁷ BATISTA, op.cit., 2005, p.26.

³⁸ BATISTA; ZAFFARONI, op. cit., p. 63.

³⁹ Ibid., p. 61.

⁴⁰ Ibid.

E, na última etapa desse processo se encontram as agências penitenciárias que, como receptoras finais sofrem pressões de todo o sistema penal, além de enfrentarem diversas rebeliões, motins e fugas, o que acaba por macular a imagem do sistema penal.

Assim sendo, se aproveitam de tais acontecimentos para que, sob novamente um discurso de prevenção, aumentem a repressão, impondo aos condenados penas realmente cruéis e tratamentos desumanos, o que acaba por criar um verdadeiro sistema penal subterrâneo nas penitenciárias do país.⁴¹

Então, o que se pode concluir aqui é que o sistema penal se mostra extremamente repressivo, sob o discurso de uma campanha que visa a preservação da lei e da ordem social numa lógica puramente preventiva. Como tal tentativa se mostra fracassada, a resposta que se dá é que isso ocorreu porque a repressão empregada não foi suficiente, devendo ser intensificada até que se atinja tais objetivos.

1.2.2.3 ESTIGMATIZAÇÃO

E, por fim, o sistema penal se apresenta como comprometido com a preservação da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil, art. 1º, III da CRFB, e direito fundamental de todos, quando, em verdade, é estigmatizante, eis que produz completa degradação da imagem dos selecionados pelas agências de criminalização secundária.⁴²

Após ingressar no mecanismo do sistema penal pelas mãos das agências de criminalização secundária, o que se percebe é que o selecionado passa a ostentar esta marca,

⁴¹ ASSAIANTE, Marcus Alexandre Marinho; ASSIS, Isabella Bogéa de. *O sistema penal subterrâneo sob a ótica da criminologia crítica*. O suplício dos excluídos nos cárceres brasileiros. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2132, 3 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12677>>. Acesso em: 12 set. 2014.

⁴² BATISTA, op.cit., 2005, p.26.

este estigma para o resto de sua vida, o que se dá até mesmo antes de eventual sentença penal condenatória.

Nesta esteira de pensamento, grande responsável por implantar essa marca no cidadão é a agência comunicativa, já que, mesmo na etapa investigatória, já atribui o rótulo de criminoso e perigoso aos selecionados, não importando se realmente o são.

E após sentença penal condenatória, o que se verifica é a manutenção do estigma mesmo após o cumprimento de sua pena, o que o segue até o fim de seus dias, e dificulta imensamente o seu retorno à sociedade, pois o rótulo que ostenta causa aversão da coletividade.

Dessa maneira, o que se pode deduzir é que um sistema penal que se diz comprometido com a dignidade da pessoa humana em verdade vai de encontro a ela, porque causa a degradação da imagem de quem por ele passa.

2. DISCURSOS DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Os discursos da seletividade do sistema penal brasileiro são o legitimante e o deslegitimante, e serão ambos analisados no presente capítulo, como forma de explicar a forma como o Sistema Penal se sustenta principalmente.

2.1 DISCURSO LEGITIMANTE

Os discursos legitimantes da seletividade do Sistema Penal Brasileiro, desde a sua origem, se basearam em uma estratégia segregadora, excludente e repressiva, que objetivava a discriminação de alguns setores da sociedade. Através dele, os que detinham o poder,

solidificaram a ideologia de que apenas o Sistema Penal seria capaz de resolver os conflitos sociais.⁴³

A partir de 1970, o que se verificou é que os detentores do poder passaram a empenhar seus esforços para que os indivíduos que frequentassem os espaços públicos obedecessem aos padrões de normalidade por eles impostos. Conseqüentemente, se verifica uma desestruturação das relações sociais, que faz emergir o Sistema Penal como principal instrumento de controle social, responsável por excluir os pobres.⁴⁴

É segundo esta lógica que aparece o discurso preventivista, que se baseia na idéia do movimento “lei e ordem”, segundo o qual o Sistema Penal seguiria duas óticas preventivistas: a geral, da criminalização primária, e a específica, da criminalização secundária.⁴⁵

De acordo com a prevenção geral, ao realizar a tipificação de uma conduta, automaticamente, o Sistema Penal está impedindo que se cometam crimes, o que se torna incontroverso com o discurso.⁴⁶

Já as agências de criminalização secundária atuam sob uma lógica de prevenção específica, que é responsável por transmitir a ideia de que a função da pena que deve ser imposta ao indivíduo transgressor tem realmente uma função ressocializadora, e não ocorre uma deterioração psíquica do indivíduo com a sua privação da liberdade por longos períodos.⁴⁷

Há também, por parte deste discurso legitimante uma espécie de “satanização” das críticas a ele como sendo marxistas, na medida em que elas se revelam como um “contrapoder para a verticalização militarizada de nossas sociedades periféricas”.⁴⁸

⁴³ EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10-11.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 17-20.

⁴⁵ ZAFFARONI; PIERANGELI, *op. cit.*, p. 68-70.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 69.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 70.

⁴⁸ ZAFFARONI, *op.cit.*, 2010, p. 36.

Ao legitimizar todo esse poder punitivo sob o argumento de que o que se faz é a prevenção e preservação da lei e da ordem social, o que ocorre, em verdade, é a progressiva redução do próprio poder jurídico, que fica nas mãos daquele poder.⁴⁹

De acordo com Foucault⁵⁰, o controle social se dá através do disciplinamento, que é inspirado no panóptico de Bentham, tendo a prisão a função de exclusão daqueles que estão habituados a sua condição de excluídos sociais.⁵¹

Outro fator importante para a legitimação do discurso de “lei e ordem” adotado pelo nosso Sistema Penal é o espetáculo que se realiza nos meios de comunicação quando se trata dos temas de violência e insegurança, que objetivam, nada mais, que legitimar as políticas de segurança que se mostram cada vez mais repressivas e militarizadas⁵², como ocorre no filme “Tropa de Elite”.

Assim, o que se verifica com esse discurso legitimante é a desestruturação do Estado prestacional e o conseqüente fortalecimento de um Estado máximo, sendo garantida aos excluídos apenas uma cidadania negativa, já que apenas são reconhecidos pelo Estado através das agências de criminalização.⁵³

Pelo que foi dito, pode-se inferir que o Sistema Penal falha, ao tentar cumprir os falsos objetivos de pacificação social, ressocialização e instrumento de justiça, se transmutando em verdadeiro instrumento de dominação e controle social.⁵⁴

⁴⁹ BATISTA; ZAFFARONI, op. cit., p. 73.

⁵⁰ FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 206-210

⁵¹ EMMERICK, op. cit., p. 20.

⁵² Ibid., p. 21.

⁵³ Ibid., p. 23-24.

⁵⁴ Ibid., 28.

2.2 DISCURSO DESLEGITIMANTE

De acordo com Zaffaroni⁵⁵, sempre se soube que o discurso jurídico-penal é falso, utópico e atemporal, estabelecendo dois níveis de verdade social: abstrato, em que a planificação criminalizante é um meio adequado para a obtenção dos objetivos propostos; e concreto, segundo o qual os grupos sociais devem operar sobre a realizada de acordo com o que assinala o discurso jurídico-penal.⁵⁶

Analisando concretamente a ação do Sistema Penal sobre a sociedade, o que se percebe é que o mesmo não age de acordo com a legalidade processual e nem com a legalidade penal.⁵⁷

Há o desrespeito à legalidade penal na medida em que exercício do poder punitivo não ocorre dentro dos limites pré-estabelecidos pela legislação penal, o que acaba por gerar um controle cada vez mais verticalizado e militarizado.⁵⁸

Já a violação à legalidade processual pode ser verificada na própria seletividade característica do Sistema Penal, pois a mesma não permite que haja uma distribuição uniforme do poder de criminalizar os autores dos crimes, fazendo incidir o mesmo apenas sobre a parcela da população que já é vulnerável a ele. É devido a essa “seletividade letal” que o exercício do poder do Sistema Penal dirige-se apenas à contenção de determinados indivíduos e não à contenção de delitos.⁵⁹

O que se percebe é que como esta estrutura já se encontra enraizada na sociedade, não existe uma teoria que, por si só, seja capaz de vencê-la, necessitando vir acompanhada de um fato que opere um choque sobre a realidade. E é isso que tem se tentado fazer ao longo do

⁵⁵ ZAFFARONI, op.cit., 2010, p. 16-19.

⁵⁶ Ibid., p. 16-19.

⁵⁷ Ibid., p. 21.

⁵⁸ Ibid., p. 23-24.

⁵⁹ Ibid., p. 27 e 40.

tempo com a criminologia da reação social, em suas vertentes interacionista, fenomenológica e marxista.⁶⁰

De acordo com essa teoria,

Cada um de nós se torna aquilo que os outros veem em nós, e de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, compondo-se de acordo com o mesmo. Todo o aparato do Sistema Penal está preparado para esta rotulação e para o reforço desses papéis.⁶¹

A criminologia da reação social está inserida dentro da Criminologia crítica, que busca analisar a sociologia do Direito Penal, a etiologia dos comportamentos delitivo e desviante⁶², e a reação social, não se contentando em aceitar o Código Penal tal como é apresentado, mas investigando a forma, os motivos e os destinatários dele, inserindo o Sistema Penal “na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada”, investigando “no discurso penal as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática”, ou seja, busca “fazer aparecer o invisível”.⁶³

Assim sendo, se mostram completamente falsas as premissas da prevenção, tanto geral quando específica, defendida pelas teorias que legitimam a ação do Sistema Penal, e da eficácia da pena privativa de liberdade, exteriorizando-se que o Sistema Penal não passa de um instrumento de dominação e controle social.⁶⁴

Como caminhos para a superação do Sistema Penal são apontadas duas teorias, que apesar de reconhecerem que é o mesmo fragmentário e seletivo, não conseguem dar uma resposta efetiva ao problema. São elas: Direito Penal Mínimo e Abolicionismo Penal.

⁶⁰ BATISTA; ZAFFARONI, op. cit., p. 60 e 68-69.

⁶¹ Ibid., p. 60.

⁶² BATISTA, op.cit., 2005, p.29.

⁶³ Ibid., p. 32-33.

⁶⁴ EMMERICK, op. cit., p. 28.

Para a teoria do Direito Penal Mínimo, o Direito Penal não é a fonte de solução dos conflitos sociais, devendo intervir minimamente para resolvê-los, o que se dará através da descriminalização da maioria das condutas e redução da pena privativa de liberdade.⁶⁵

Já a teoria Abolicionista acredita que a solução encontra-se com a extinção do Sistema Penal e das penas privativas de liberdade, substituindo-os por outras formas de resolução de conflitos sociais. E mais do que isso, ele também “problematiza a sociabilidade autoritária que funda e atravessa o ocidente como pedagogia do castigo em que, sob diversas conformações históricas, atribui-se a um superior o mando sobre o outro”⁶⁶.

3. FUNÇÃO SOCIAL DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

A seletividade, como característica principal do Sistema Penal Brasileiro, cumpre uma função puramente simbólica ao se utilizar do poder punitivo para realizar os fins a que serve, que serão explicitados a seguir⁶⁷.

Primeiramente, tem como objetivo selecionar os mais vulneráveis socialmente, criminalizando-os para que saibam e que sirvam de exemplo para que os outros também saibam qual é o seu lugar no espaço social.⁶⁸

Em segundo lugar, serve para sustentar a estrutura de poder social existente na sociedade, o que é uma das formas mais violentas de sustentação, já que envolve a privação de liberdade do indivíduo, além de uma estigmatização que o mesmo carregará pelo resto de sua vida.⁶⁹

E, por último, a seletividade também se presta ao papel de levar uma tranquilidade aos setores hegemônicos, o que se certa forma complementa as funções anteriores, já que para

⁶⁵ Ibid., p. 31.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ ZAFFARONI, op.cit., 2010, p. 72-74.

⁶⁸ Ibid., p. 72.

⁶⁹ Ibid.

manter seu poder e estabelecer o espaço social de cada um, a classe dominante necessita se sentir segura para tanto.⁷⁰

Assim, sendo, como foi dito inicialmente, a função social da seletividade do Sistema Penal Brasileiro serve apenas como forma de assegurar a estrutura social, por meio de um poder punitivo essencialmente simbólico⁷¹.

CONCLUSÃO

Diante do exposto neste trabalho, é possível concluir que a seletividade está presente no Sistema Penal Brasileiro, sendo a sua característica estrutural mais importante, já que é através dela que se faz possível a escolha de quais condutas, nos níveis abstrato e concreto serão punidas.

Em nível abstrato, será chamada de seletividade primária, ficando evidente quando o legislador seleciona as condutas sociais que não serão aceitas e as tipifica como crime. Já a nível concreto, a seletividade secundária, é percebida quando as agências policiais, com auxílio e grande influência das agências comunicativas, decidem que acontecimentos devem ser investigados para que, posteriormente, a agência judicial decida a respeito da necessidade ou não da punição.

Ao selecionar determinados indivíduos, o que o Sistema Penal acaba por fazer é a criação de um figurino social do criminoso que, como tal, deve ser combatido a todo custo e excluído do meio social, já que, ao violar o contrato social com o cometimento de um crime, ele perde o seu status de cidadão, o que acarreta a possibilidade de supressão de suas garantias constitucionais e processuais, como o direito à isonomia e à presunção de inocência.

Quando atribui rótulos, o Sistema Penal age segundo o que Jakobs chamou de

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

“Direito Penal do Inimigo”, já que o indivíduo é punido pelo que ele representa e não pelo crime que eventualmente possa ter cometido, atentando flagrantemente contra o princípio da presunção de inocência e gerando uma inversão completa do ônus da prova, já que o acusado é que passa a ter que provar que não cometeu crime, e não o oposto, como deveria ser.

Como se viu, o único mérito da criminalização é a punição de determinado perfil de pessoas, o que acaba por gerar uma descriminalização por estratificação social.

Assim sendo, diante da realidade, a solução mais adequada ao problema é a adoção de um Direito Penal Mínimo. Para esta corrente doutrinária, o Direito e o Sistema Penais não são legitimados para resolver conflitos sociais, pois não é através de uma punição que uma conduta socialmente aceita será controlada e impedida.

O que se deve é fazer com que tanto o Direito quanto os Sistemas Penais intervenham minimamente nas questões sociais, o que se realizaria com a descriminalização de determinadas condutas.

REFERÊNCIAS

ASSAIANTE, Marcus Alexandre Marinho; ASSIS, Isabella Bogéa de. *O sistema penal subterrâneo sob a ótica da criminologia crítica*. O suplício dos excluídos nos cárceres brasileiros. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2132, 3 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12677>>. Acesso em: 12 set. 2014.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. *Os sistemas penais brasileiros*. in ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). Verso e reverso do controle penal. V. 1. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2002.

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

EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Revista Jurídica Eletrônica Unicoc. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 23 set. 2014.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005 in JESUS, Damásio E. de. Direito penal do inimigo. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 13 set. 2014.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal do inimigo*. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

SELL, Sandro César. *A etiqueta do crime: considerações sobre o "labelling approach"*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10290>>. Acesso em: 13 set. 2014.

VASCONCELLOS, Mercia Miranda. *Sistema penal seletivo*. Reflexo de uma sociedade excludente. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1596, 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10652>>. Acesso em: 11 set. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. apud BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. ; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V. 1. 7. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. apud GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do Inimigo* (ou inimigos do Direito Penal). Revista Jurídica Eletrônica Unicoc. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 23 set. 2014.