

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THYAGO VARGAS FERREIRA

**O PODER PUNITIVO DISCRIMINATÓRIO RESULTANTE DE UM
PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO SELETIVO**

CURITIBA

2012

THYAGO VARGAS FERREIRA

**O PODER PUNITIVO DISCRIMINATÓRIO RESULTANTE DE UM
PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO SELETIVO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. André R. Giamberardino

CURITIBA

2012

Aos meus pais, Antonio e Olga,
indizível o amor que sinto por vocês.

RESUMO

Análise do processo de criminalização como elemento estruturante de um poder punitivo arbitrário e desigual. Definição do poder punitivo como forma de controle social, sendo a marca de um estado de polícia ainda presente, entretanto encoberta pelas premissas de um estado de direito. Apresentação da dicotomia entre objetivos declarados e objetivos reais do Direito Penal, como forma de exemplificação das finalidades, legitimadas e reais, que são buscadas via poder punitivo. Análise crítica de cada um dos mecanismos referentes ao processo de criminalização: criminalização primária, criminalização secundária e execução penal. Compreensão destes mecanismos como momentos distintos, em razão de suas especificidades determinadas, que, em conjunto, definem o poder punitivo como instrumento de manutenção da ordem social vigente, caracterizada pela divisão de classes e opressão das classes hegemônicas - as quais se aproveitam da seletividade do processo de criminalização - frente às classes marginalizadas.

Palavras-chave: Poder punitivo. Discursos de legitimação. Processo de criminalização. Controle social.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	06
2. O PODER PUNITIVO	08
2.1 OS PRINCÍPIOS DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL COMO LEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO	14
3. OBJETIVOS DO DIREITO PENAL	17
3.1 OBJETIVOS DECLARADOS	17
3.2 OBJETIVOS REAIS	21
4. PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO.....	26
4.1 A CIFRA NEGRA DO DIREITO PENAL	26
4.2 CRIMINOLOGIA INTERACIONISTA – <i>LABELING APPROACH</i>	29
4.3 PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	35
4.4 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA.....	37
4.4.1 Hipertrofia penal.....	42
4.5 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA	45
4.5.1 Vulnerabilidade ao processo de criminalização: a estereotipação do delinquente.....	50
4.6 A PRISÃO COMO ÚLTIMO ESTÁGIO DA SELETIVIDADE CRIMINAL	54
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa teve como escopo caracterizar o processo de criminalização, identificando e analisando as especificidades de cada uma de suas etapas, como a marca de um poder punitivo exercido, na sua essência, de forma arbitrária e desigual.

O poder punitivo como marca remanescente do estado de polícia, foi exemplificado como forma, pesada, de controle social, ou seja, de manutenção e fomento da realidade social existente, através de diversas especificidades descritas dentro da sua forma de atuação, definida pelo processo de criminalização seletivo.

Para tanto foi necessário explicitar o significado de poder punitivo, demarcando o seu caráter essencialmente discriminatório, bem como as premissas que o legitimam perante à sociedade, demonstrando os princípios da ideologia da defesa social, ainda tão presentes nos discursos do cotidiano a respeito do Direito Penal e de sua forma de exteriorização social.

Ainda, na sequência, foram abordados os objetivos, declarados e reais, do Direito Penal, como forma de exemplificar qual é o fim que se pretende alcançar através do exercício do poder punitivo, levando em conta a dicotomia entre o fim real e o fim declarado que se pretende atingir, ou seja, demonstrando claramente o reflexo social real do Direito Penal, representado pela desigualdade, verticalidade e ineficácia, o qual é “encoberto” por um discurso legitimador que o define como algo igualitário, justo e eficaz.

E, por fim, após as abordagens introdutórias, trouxe-se a tona o processo de criminalização, objeto principal da pesquisa, destacando o surgimento de sua concepção, bem como os diversos mecanismos que lhe dão concretude e que o caracterizam como fortemente seletivo.

Desta forma, a pesquisa foi dividida em três capítulos. O primeiro que trata especificamente do poder punitivo e de sua ideologia legitimadora. O segundo que explicita os objetivos declarados e reais do Direito Penal. E, por fim, o terceiro, que abrange os mais diferentes aspectos concernentes ao processo de criminalização, desde a concepção da “cifra negra” do Direito Penal, passando pela Criminologia Interacionista, marcada pela teoria do *labeling approach*, até a caracterização dos três mecanismos que definem o processo de criminalização, os quais são: a criminalização primária, exemplificando, dentro desta, a ideia de hipertrofia penal; a criminalização secundária, com destaque para a sua atuação mediante a vulnerabilidade do indivíduo

criminalizado; e, por último, a execução penal, marcada pela pena de prisão, como forma de estigmatização e degradação do sujeito.

Através da referida divisão, buscou-se uma linha lógica de construção do tema, deixando claro, já nos capítulos introdutórios, a concepção crítica que delimitaria toda a pesquisa, bem como a dicotomia entre realidade e discurso legitimador que permearia toda a narrativa.

Desta forma, o objetivo principal da pesquisa está por conta da exploração do conteúdo referente especificamente ao processo de criminalização, buscando-se apresentar diversos pontos acerca do assunto, de forma crítica e objetiva, os quais definem o Direito Penal como instrumento predatório e incapaz de tutelar a sociedade, sendo operacionalizado como forma de opressão de determinados nichos sociais e de acentuação das diferenças resultantes de um contexto social desigual por essência, no qual poucos se beneficiam da exploração e da subjugação de muitos.

2. O PODER PUNITIVO

Em uma definição bastante simples o Direito Penal significa, em sentido subjetivo, o direito de punir do Estado, correspondente à sua exclusiva faculdade de impor sanção criminal diante da prática do delito.¹ Esta coação estatal, exclusiva, caracterizada pelas penas, é o que caracteriza o poder punitivo.

É hoje quase unânime a delimitação do horizonte de projeção do direito penal centrada na explicação de complexos normativos que habilitam uma forma de coação estatal, que é o poder punitivo, caracterizada por sanções diferentes daquelas empregadas pelos demais ramos do saber jurídico: as penas.²

A marca principal do poder punitivo é a monopolização do conflito. O Estado assume o papel de “vítima” nas relações abrangidas pelo Direito Penal, transformando as lesões por mais individualizáveis que sejam, com raríssimas exceções conforme o contexto que esteja em análise, em “problemas para toda a sociedade”, a qual representa. Assim é o entendimento de ZAFFARONI:

A característica diferenciada do poder punitivo é o confisco do conflito, ou seja, a usurpação do lugar de quem sofre o dano ou é vítima por parte do senhor (poder público), degradando a pessoa lesada ou vítima à condição de puro dado para a criminalização.³

O papel da vítima, quando não inexistente, é de pouquíssima importância no que concerne à organização e funcionamento da justiça criminal. Assim corrobora Hulsman ao afirmar que “a primeira característica da organização social da justiça criminal é a posição extremamente débil ocupada pelas “vítimas” neste modelo de referência”⁴. Desta forma, é possível afirmar que “o poder punitivo não resolve os conflitos porque

¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.26-27.

² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 39.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 30.

⁴ HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.46.

deixa uma parte (a vítima) fora de seu modelo. No máximo pode aspirar a suspendê-los [...]”⁵.

Entretanto, a partir do momento em que o Estado passa a assumir a resolução dos conflitos sociais (mesmo, no fim, não os solucionando), tornando-se, simbolicamente, vítima, acaba estruturando um instrumento importante no que tange ao controle social, ou seja, de manutenção de determinada realidade econômica e social vigente⁶, o qual é o Direito Penal caracterizado pelo poder punitivo.⁷

As agências⁸ executivas e políticas do Estado são as que levam a cabo o exercício do poder punitivo: “o exercício real do poder punitivo é obra das agências executivas do Estado encarregadas da coerção [...]”⁹; são elas, através das suas diferentes concepções, formas de funcionamento e funções específicas, que cumprem, de forma bastante complexa e conjunta, sob a ótica do “controle social”, a tarefa, exclusiva do Estado, de punir.

O poder punitivo, como instrumento formal de controle social, tenta afirmar-se como garantidor de uma realidade social justa, entretanto:

[...] 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.¹⁰

⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 41.

⁶ Para BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.21, “a função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social” é a função que se pode compreender como “controle social”.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 31

⁸ Seguindo a linha de ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.43: “A referência aos entes gestores da criminalização como agências tem como objetivo evitar outros substantivos mais valorados, equívocos ou inclusive pejorativos (tais como corporações, burocracias, instituições etc. Agência (do latim *Agnes*, participio do verbo *agere*, fazer) é empregada aqui no sentido amplo e dentro do possível neutro de *entes ativos* (que atuam).”

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 27.

¹⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.25.

O problema específico¹¹ do poder punitivo é a forma que as agências, as quais o operacionalizam, direcionam e realizam, conforme determinados interesses, sua atuação, aspecto este que caracteriza o processo de criminalização seletivo.

Um simples exame empírico mostra a natureza classista da definição legal de crime e da atividade dos aparelhos de controle e repressão social, com a polícia, a justiça e a prisão, concentradas sobre os pobres, os membros das classes e categorias sociais marginalizadas e miserabilizadas pelo capitalismo.¹²

O poder punitivo não se concretiza de igual forma perante a sociedade; alguns são os escolhidos (e os demais “beneficiados”).

O certo é que, desde o momento da confiscação da vítima, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) nos conflitos, e também, conseqüentemente, de arbitrariedade, **uma vez que não apenas seleciona livremente as poucas pessoas sobre as quais, em casos contados, quer exercer o poder, bem como a medida e a forma em que decide fazê-lo.**¹³ (grifo nosso)

O processo de criminalização, que seleciona apenas alguns, é a marca real do poder punitivo, é a comprovação que afasta o poder punitivo de suas ideias tradicionais e legitimadoras ligadas às premissas de um estado de direito, igualitário e que funciona única e exclusivamente sob os limites estabelecidos em lei.

O poder punitivo, pautado numa ideia abstrata e legítima de existência de um inimigo social, age de forma discriminatória, parcial e abusiva em desfavor de determinados nichos sociais, o que caracteriza uma atuação própria dos Estados de Polícia. Assim corrobora ZAFFARONI ao afirmar que:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas

¹¹ Aqui não se pretende adentrar na discussão da própria existência do poder punitivo, que, por si só, já é uma grande problema e um excelente objeto de análise e questionamentos, mas, somente, na forma como este é manejado.

¹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.11-12.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 31.

infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.¹⁴

Portanto, o poder punitivo viola claramente os princípios norteadores de um estado de direito¹⁵, marcado pela submissão do Estado frente à lei, bem como o dever de tratamento igualitário de todos os indivíduos, sem repreensões de caráter vertical e parcial, devendo agir conforme as disposições legais, jamais as excedendo.

Desta forma, é evidente que a seleção realizada pelo poder punitivo desrespeita (no mínimo) o princípio da isonomia, basilar de qualquer estado de direito. O referido princípio é violado não só quando a lei diferencia indivíduos, mas, essencialmente, quando a atuação do Estado, ao “aplicar” as leis, o faz de forma distinta, portanto, arbitrária, conforme o sujeito passivo.¹⁶ Ambas as violações atentatórias ao princípio da igualdade são assim explicitadas por BARATTA:

[...] b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo da tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da razão criminalizante e da sua intensidade. [...] o direito penal [...] é o direito desigual por excelência.¹⁷

A concepção de que a face punitiva do Estado é intimamente ligada ao seu viés de polícia é corroborada por KARAM ao afirmar que:

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11.

¹⁵ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 112, aponta as características básicas de um Estado de Direito, as quais são: “(a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada com ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito [...]”

¹⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 46.

¹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 162.

O Estado de Direito, que traz em sua essência a submissão à lei, não só de seus habitantes, mas, principalmente, dos que exercem o poder com vista a garantir os direitos e a dignidade de cada indivíduo, contrapõe-se ao Estado Policial, em que seus habitantes se subordinam ao poder. **O poder punitivo, por suas violências, seletividade e irracionalidade intrínsecas, situa-se no campo do Estado policial, constituindo uma de suas manifestações que maiores riscos traz ao pleno desenvolvimento do Estado de Direito.**¹⁸ (grifo nosso)

Em relação ao tema, ZAFFARONI acredita que os Estados de Polícia jamais desapareceram, as premissas concernentes aos Estados de Direito serviram apenas como contenção, mas não como fim. Para o autor, no interior de todo o Estado de Direito existe um Poder Executivo que por vezes escapa dos controles que lhe são impostos, principalmente no que se refere à atuação das agências ligadas diretamente à execução do poder punitivo.¹⁹ E segue, ao afirmar que:

Não há nenhum estado de direito puro; o estado de direito não passa de uma barreira a represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior. Por isso, a função de contenção e redução do direito penal é um componente dialético indispensável à sua subsistência e progresso.²⁰

Deste modo, é possível compreender que o poder punitivo exercido, conforme já mencionado, pelas agências executivas, as quais estão ligadas diretamente ao Poder Executivo, reserva às agências judiciais (Poder Judiciário) o papel de limitar a atuação destas agências. Essa função é destacada por ZAFFARONI e BATISTA, os quais afirmam que “sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao

¹⁸ KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p.72.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 169: “Os Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto. Os Estados de direito parlamentares surgiram como resultado das lutas contra o poder absoluto do sobreano até chegar a monarquias parlamentares; alguns suprimiram a figura do monarca e passaram a ser repúblicas parlamentares. Nos sistema presidencialistas a transferência do poder ao Parlamento não se consuma: um presidente substitui o monarca e conserva, em boa medida, suas funções, ainda que limitadas pela Constituição e controladas pelo Legislativo. Porém, estas couraças (ou corsés) de contenção que foram sendo construídas através dos tempos não eliminaram o Estado de polícia, apenas o encapsularam. No interior de todo Estado de direito histórico, quem detém o Poder Executivo ou suas agências tenta livrar-se, com demasiada frequência, de todos os controles e limitações e, dependendo do vigor da contenção, é, em maior ou menor medida, bem sucedido.”

²⁰ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 41.

puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república.”²¹

No entanto, mesmo com a função de contenção do poder punitivo, é inconcebível imaginar as agências judiciais como neutras no que se refere ao contexto social em que estão inseridas. Portanto, não se pode pensar numa atuação com base em princípios igualitário por parte destas instituições; pelo contrário, muitas vezes estas apenas acentuam o viés desigual do poder punitivo, legitimando-o com as seus posicionamentos e suas decisões nada imparciais.²²

Ademais, sob outro prisma, pode-se constatar que o poder punitivo, marcadamente seletivo, pretende exercer uma pressão geral, através das suas diversas agências, fundamentalmente às classes marginalizadas, criando uma sensação de vigilância constante, seguindo a lógica de: “[...] um poder que vigia os muitos porque sabe exatamente onde e quando observar; os muitos se atêm minuciosamente à norma porque não sabem exatamente de onde e quando serão observados.”²³ Assim também corrobora ZAFFARONI, quando afirma que “[...] o poder público... exerce um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos para a hierarquização social”.²⁴

Tal direcionamento em relação à “vigilância”, como já destacado, é caracterizado, sobretudo, pela execução do poder punitivo através de um processo de criminalização claramente seletivo exercido pelas agências de criminalização.

Todavia, para que um poder claramente discriminatório “sobreviva” e seja dotado de respaldo social, mesmo por aqueles que sofrem mediante a sua atuação, é importante que esteja sustentado por um discurso legitimador bastante contundente. A ideologia da defesa social realiza bem esse papel ao camuflar uma realidade marcada pela “seletividade, repressividade e estigmatização”²⁵, através de um discurso que

²¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 40.

²² Sobre o tema MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.49 e ss.

²³ GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 92-93.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 31.

²⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.26.

estabelece ao poder punitivo uma pretensa legitimidade, igualdade e justiça, marcada pelo predomínio do interesse social perante o interesse privado, concebido como algo natural para a existência e coesão social.

2.1 OS PRINCÍPIOS DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL COMO LEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO²⁶

O poder punitivo do Estado ainda se sustenta, no cotidiano popular, na ideologia moderna da defesa social, a qual para BARATTA é o liame entre a Escola Clássica e as Escolas Positivistas do Direito Penal.²⁷

A ideologia da defesa social (ou do “fim”) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela **assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal.**²⁸ (grifo nosso)

Para o autor a ideia de defesa social se sustenta em seis princípios basilares, os quais são: o princípio de legitimidade, o princípio do bem e do mal, o princípio de culpabilidade, o princípio da finalidade ou da prevenção, o princípio de igualdade e o princípio do interesse social e do delito natural.

O princípio de legitimidade é o que justifica a monopolização do sistema penal por parte do Estado, o qual, segundo tal princípio, representa toda a sociedade na função de combater a criminalidade, servindo-se para isso das suas agências de controle. A ação do Estado nesta seara, ao combater os comportamentos contrários às disposições penais, representa a força social para manutenção de seus valores e normas.

Por sua vez, o princípio do bem e do mal, baseia-se na concepção de sociedade boa, a qual é manchada pelos desvios sociais, neste caso, representados pelos crimes,

²⁶ Tópico que será abordado a partir de BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.** Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.41 e ss.

²⁷ Aspecto que não será objeto da presente análise, interessando apenas a descrição dos princípios norteadores da ideologia da defesa social, deixando evidente a sua perpetuação nas “teorias cotidianas” como justificação do poder punitivo e da maneira que é aplicado.

²⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.** Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 41.

que configurariam o mal – estigmatizando desta forma, por consequência, seus autores. Deste modo, a sociedade “que sofre os males dos desvios sociais” é o bem e os responsáveis por estes desvios sociais, bem como os próprios desvios são o mal.

Já o princípio de culpabilidade se relaciona a ideia de crime natural, ou seja, atitudes reprováveis pela sociedade, independente da existência de normas positivadas. Desta maneira, o ato desviante é uma atitude previamente reprovável; o autor antes de praticar o ato sabe que aquela ação é contrária à sociedade.

O princípio da finalidade ou prevenção está intimamente ligado às funções da pena, através deste princípio tenta-se demonstrar, de forma a legitimar, uma possível razão positiva da pena, como forma, primeiro, de prevenção do crime e, segundo, de reinserção do infrator.

O penúltimo princípio elencado é o princípio de igualdade, que tem como premissa demonstrar a neutralidade e imparcialidade da lei penal, ou seja, ela é a mesma para todos e para todos é igualmente aplicada, justificando a infração como uma exceção comportamental de não respeito às disposições legais.

Por fim, BARATTA traz o princípio do interesse social e do delito natural, o qual tem como escopo legitimar a figura das condutas tipificadas pelas legislações penais, tratando-as como desvios que prejudicam toda a sociedade, bem como suas condições fundamentais de existência. Novamente o direito penal é tratado como algo neutro e instrumento igualitário de proteção de todos os nichos sociais. Os delitos já são previamente conhecidos e reprovados pela sociedade, portanto, naturais; o direito penal tem a função de proteger todos os cidadãos, de maneira equânime, destas ações.

A ideologia da defesa social é bastante “reconfortante” no que concerne à justificação do Direito Penal. Se for observada de forma acrítica é capaz de facilmente explicar e dar razão para as ações atinentes ao poder punitivo como sendo as ações corretas e melhores para o benefício de toda a sociedade. Assim entende BARATTA ao afirmar que:

De fato, por ser muito raramente objeto de análise, ou mesmo em virtude desta sua aceitação acrítica, o seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado justo, contra mitos e concepções mistificantes e superados, a favor de uma ciência e de uma práxis penal racional.²⁹

²⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43-44.

O poder punitivo, portanto, através da concepção de defesa social, é explicitado como algo simples, necessário e justo. Ideia até hoje legitimada no seio social, no que BARATTA chama de “teoria de todos os dias”.

A defesa social possui duas formas de construção e alcance social. A primeira de caráter positivo, ou seja, concernente a um programa de ação, uma ideia “real” de defesa da sociedade e combate aos desvios e aos desviantes. A segunda de caráter negativo, a qual tem como premissa “camuflar” as reais funções do Direito Penal, criando uma falsa concepção dos institutos criminais, dotando-os de um caráter mais sutil ou mesmo com funções completamente opostas das quais realmente exerce.

Ambas são sustentadas pela ideia de prevalência do interesse social ao interesse individual, com a premissa de que os valores e interesses sociais, tidos como naturais, devem ser tutelados e respeitados, devendo-se reprimir quem a eles ofende.

Portanto, “o conceito de defesa social corresponde a uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata e aistórica de sociedade, entendida como uma concepção abstrata de valores e interesses.”³⁰.

Toda e qualquer legitimação atribuída ao poder punitivo e as suas agências de exteriorização estará relacionada basicamente, ainda hoje, a um destes seis princípios discriminados. A base dos estudos provenientes das mais diversas teorias concernentes à Criminologia Crítica visa desmistificar estes princípios. Entretanto, ainda não há um novo modelo formatado de ideologia penal capaz de superar, no que se refere ao reflexo social, a ideologia da defesa social.

³⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.47.

3. OBJETIVOS DO DIREITO PENAL

Os objetivos do Direito Penal podem ser observados a partir de duas perspectivas, a primeira, a qual advém do discurso oficial da teoria da pena, correspondente ao caráter ilusório e legitimador do discurso penal, concernente aos “objetivos declarados”; e a segunda, a qual advém do discurso crítico da teoria criminológica da pena, correspondente ao caráter real do discurso penal, referente aos “objetivos reais”.³¹

3.1 OBJETIVOS DECLARADOS

Os objetivos declarados do Direito Penal, também chamados por MEROLLI de objetivos aparentes, confessados ou anunciados,³² “nas sociedades contemporâneas consistem na proteção de bens jurídicos – ou seja, na proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena.”³³

Os bens jurídicos selecionados para a tutela penal, em razão de sua característica manifesta de subsidiariedade e fragmentariedade³⁴, são aqueles fundamentais para o desenvolvimento humano, tanto na sua vida individual, quanto social. Diversos são os exemplos apontados por CIRINO DOS SANTOS, tais como: “a vida, a integridade e saúde corporais, a honra, a liberdade individual, o patrimônio, a sexualidade, a família,

³¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.4.

³² MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.34.

³³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.5.

³⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.5-6: “[...] por um lado, proteção subsidiária porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sociopolítico e jurídico do Estado; por outro lado, proteção fragmentária porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República e protege apenas parcialmente os bens jurídicos selecionados para proteção penal.” Ver também: MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.15 e ss.

a incolumidade, a paz, a fé e administração públicas”³⁵, todos selecionados através da lógica Constitucional, a qual é primordial para um Estado Democrático de Direito.

Assim corrobora PRADO, quando define a função principal do Direito Penal:

A função primordial desse ramo da ordem jurídica radica na proteção de bens jurídicos-penais – bens do Direito – essenciais aos indivíduos e à comunidade. Para cumprir tal desiderato, em Estado de Direito democrático, o legislador seleciona os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores de tutela penal.³⁶

Vale destacar que os bens jurídicos merecedores da tutela estatal modificam-se conforme cada momento histórico. Cada sociedade tem uma concepção do que merece ou não ser tratado pelo Direito Penal. Portanto, o Direito Penal não é anacrônico, mas sim, produto da história, inclusive no que se refere a seus objetivos declarados.

A legitimação do Direito Penal como fenômeno universal de fomento da liberdade, igualdade e justiça, que visa proteger o indivíduo, bem como a coesão social, passa pelos seus objetivos declarados. O Direito Penal é exposto como proteção e garantia, o qual visa propiciar, através da tutela das relações sociais (caracterizadas pelos bens-jurídicos), a paz pública, garantindo a manutenção da ordem jurídica.³⁷

A fonte formal, ou seja, a lei penal é o objeto de análise principal no que concerne aos objetivos declarados do Direito Penal. O estudo centrado unicamente na lei faz como que a tutela penal seja provida de uma aparente neutralidade, tendo em vista representar algo universal, capaz de proteger e ao mesmo tempo atingir toda a sociedade, sem qualquer distinção material³⁸. Ademais, como a lei é elaborada através de uma lógica democrática de representação social, acaba sendo dotada de grande credibilidade e legitimação.

A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. **A lei penal é igual para**

³⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.5.

³⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.26.

³⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.26.

³⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.7-8.

todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos. (grifo nosso)³⁹

Para MEROLLI “o direito possui uma ‘dimensão ideológica’”⁴⁰, a qual está estritamente relacionada a determinada sociedade, portanto, uma ideologia específica para cada realidade histórica, que tem como função legitimar a formação cultural e social existente, bem como servir de instrumento para manutenção de suas práticas⁴¹, ou seja:

[...] reproduzir as relações sociais vigentes, o teórico substitui a ordem social real por uma “ordem social imaginária”, e passa a justificar aquela a partir das relações ideais que, falsamente, vislumbra nesta. Ou seja, o discurso científico apresenta relações sociais reais (que são relações de opressão, de desigualdade e de injustiça) como o oposto do que efetivamente são (como se fossem relações de liberdade, de igualdade e de justiça), com o único intuito de reproduzir – e referendar cientificamente – as relações de poder e de propriedade já existentes na sociedade (a ideologia funciona, assim, como uma espécie de “cortina de fumaça” em relação à realidade social).⁴²

Neste contexto ideológico legitimador é que se pronunciam os objetivos declarados do Direito Penal; objetivos ótimos no que tange a organização social, a qual, através da tutela penal, e só através dela, consegue o respeito mútuo entre os indivíduos, de maneira igualitária e imparcial.

Por trás deste discurso está a realidade. O Direito Penal é historicamente uma construção vertical, correspondente à estrutura econômica da sociedade, servindo como um dos mecanismos de controle exercido pelas classes dominantes, principalmente no que tange à manutenção do *status quo*. Realidade esta, escondida pela “cortina de fumaça”, ou seja, por discursos legitimadores elaborados por um “saber científico”

³⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 42: tal afirmação é exposta pelo autor como o “princípio de igualdade”, o qual, juntamente com uma série de outros princípios, dotam de legitimidade a ideologia de defesa social, que, por sua vez, sustenta, ainda hoje, a forma de operacionalização do Direito Penal, através do poder punitivo.

⁴⁰ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.36.

⁴¹ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.36.

⁴² MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.36-37.

ideologicamente preparado, que expõe o Direito Penal como ferramenta de solução e de paz, neutra e eficaz no que concerne ao cumprimento de suas funções.

Desta forma, fica claro que os objetivos declarados do Direito Penal, construídos e multiplicados por um discurso ideológico legitimador, característico de cada período histórico, têm como principais funções camuflar os objetivos reais e dotar de credibilidade uma justiça penal vertical, opressora e parcial.

O sistema penal representa uma estratégia de poder, definida nas instituições jurídico-políticas do Estado, explicável como política das classes dominantes para produção permanente de uma “ideologia de submissão” em todos os vigiados, corrigidos e utilizados na produção material. O *poder* político e o *saber* científico aparecem como fenômenos interligados: o poder produz o saber adequado ao seu domínio (ideologia) e o saber reproduz o poder que o produz, nas relações entre classes e grupos sociais.⁴³

Com relação à manutenção do discurso obviamente falso do Direito Penal em razão da formação vertical do Estado e dos interesses relacionados ao centro de poder diverge ZAFFARONI⁴⁴. Para o autor,

o discurso jurídico-penal falso não é nem um produto de má fé nem de simples conveniência, nem o resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso[...].⁴⁵

Tanto é assim, que mesmo os grupos tidos como progressistas acabam bebendo deste discurso falso do Direito Penal com objetivo de tutelarem seus determinados interesses,⁴⁶ como, por exemplo, interesse na criminalização das condutas contra homossexuais, contra as mulheres (lei Maria da Penha), entre outros. Buscam, pois, sua defesa, num sistema essencialmente de ataque. A mesma ideia é adotada por KARAM:

⁴³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.64.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.13.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.14.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.13-14.

O quadro de desequilíbrio econômico e social, aliado ao **abandono de ideais transformadores**, constitui campo extremamente fértil para a intensificação do controle social, a reavivar as premissas ideológicas de afirmação da autoridade e da ordem, fazendo surgir, **à direita e à esquerda**, uma opção preferencial pela reação punitiva, que abre espaço para uma desmedida ampliação do poder do Estado de punir. (grifo nosso)⁴⁷

Para ZAFFARONI, conforme será possível observar na sequência, explicar as mazelas do Direito Penal através de um discurso literalmente formatado por uma classe social localizada no centro de poder, a qual, de caso pensado, utiliza todo o Sistema Penal em prol de seus interesses, que são a manutenção de seu poder e o afastamento das classes marginalizadas, é uma visão muito simplista. Uma ideia de bem contra o mal, que não existe na realidade. Na verdade, o Direito Penal e sua operacionalização são decorrentes de uma conjuntura muito mais complexa de fatores, que acabam por beneficiar, sem premeditação, porém com razões históricas e lógicas explicáveis, as classes dominantes.

3.2 OBJETIVOS REAIS

Os objetivos reais do Direito Penal, interpretados por MEROLLI como “objetivos ocultos, silenciados e latentes”⁴⁸, estão relacionados ao seu significado político dentro da estrutura social, para CIRINO DOS SANTOS, “como centro da estratégia de controle social”⁴⁹.

Controle social no sentido de manutenção da conjuntura existente, ou seja, fomentar a verticalização social, fortalecendo a desigualdade social. O Direito Penal, com o seu caráter de opressão direcionada, cumpre a função de dar suporte para

⁴⁷ KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p.71.

⁴⁸ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.34.

⁴⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.6.

manutenção da hegemonia exercida pelos setores sociais dominantes perante a massa de excluídos.⁵⁰

Vale ressaltar, que tal lógica serve e sempre serviu para todos os tipos de organização social, ou seja, a elite hegemônica que se encontra mais próxima do centro de poder tem no Direito Penal uma ferramenta eficaz para, com o uso da força estatal, manter-se na posição que se encontra, bem como excluir ou manter em constante vigilância as classes “opositoras”, ou os “indesejáveis”, as quais, potencialmente, ameaçam e atrapalham o poder vigente.

CIRINO DOS SANTOS elabora a sua análise acerca dos objetivos reais do Direito Penal usando como objeto o modelo de sociedade capitalista, desta forma, a partir de uma perspectiva marxista, na qual a luta de classes – “proprietários do capital” e “possuidores de força de trabalho” – é a base de todos os fenômenos sociais econômicos, jurídicos e políticos,

[...]o Direito Penal garante as estruturas materiais em que se baseia a existência das classes sociais – o capital (como propriedade privada dos meios de produção e de circulação da riqueza) e o trabalho assalariado (como energia produtora de valor superior ao seu preço de mercado) -, assim como protege as formas jurídicas e políticas que disciplinam a luta de classes e instituem o domínio de uma classe sobre a outra.⁵¹

Desta forma, por garantir e sustentar uma sociedade estruturalmente desigual, através, principalmente, de seus sistemas de seleção, o Direito Penal é, claramente, uma das ferramentas garantidoras da desigualdade social.⁵²

Assim corroboram PAVARINI e GIAMBERARDINO ao afirmarem que:

Na parcela mais baixa da escala social, a função de seleção do sistema se transforma em função marginalizadora: assim, as normas do direito penal não apenas são aplicadas seletivamente, refletindo as relações desiguais existentes, mas o próprio sistema penal exercita também uma função ativa de produção e reprodução da desigualdade, constituindo e mantendo uma “ralé estrutural” própria do caráter

⁵⁰ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.37.

⁵¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.7.

⁵² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.7.

peculiar assumido pela desigualdade nas sociedades periféricas. A aplicação seletiva das penas legais, por sua natureza estigmatizante no processo de criminalização, é o momento essencial na manutenção de uma sociedade verticalizada.⁵³

No entanto, para ZAFFARONI e PIERANGELI, apesar de reconhecerem que a estrutura de poder social tende a sustentar-se através do controle social exercido substancialmente pelo sistema penal, afirmar simplesmente que a função do Direito Penal é fomentar a força de um setor hegemônico em relação a outro marginalizado é, nas palavras dos autores, “por demais genérica”.⁵⁴ Para os referidos autores, “[...] o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica.”⁵⁵

No entanto, independente do entendimento, o que todos concordam é que o Direito e, em particular, o Direito Penal é criado conforme determinada realidade histórica, tendo objetivos definidos de reprodução de determinada conjuntura social e cultural, seja através de sua atuação efetiva, seja através da sua representação simbólica, aproveitado, dentro de uma complexidade maior de fatores, para tal fim. Conforme leciona BATISTA, “o direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira.”⁵⁶

Sendo assim, o Direito Penal visa o cumprimento de determinados interesses sociais, sendo clara a prioridade de atendimento dos interesses daqueles que estão próximos dos centros de decisões e poder⁵⁷, o que acaba por acarretar a “apropriação” das instituições ligadas ao sistema penal, principalmente as relacionadas diretamente ao

⁵³ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.119.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1: Parte Geral**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pg. 70.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1: Parte Geral**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pg. 71.

⁵⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.19.

⁵⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.116.

processo de criminalização seletivo, pelas classes sociais hegemônicas. Como consequência, a tutela penal obviamente não abarca e nunca abarcará, caso não seja por razões escusas das classes dominantes, como, por exemplo, a corrida eleitoral, as necessidades sociais das classes excluídas.

Os sistemas jurídicos e políticos de controle social dos Estados – as formas jurídicas e os órgãos de poder do Estado – instituem e garantem as condições materiais fundamentais da vida social, protegendo interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados.⁵⁸

O Direito Penal, pois, possui um inegável viés político, com finalidades determinadas, as quais estão relacionadas claramente ao contexto social em que se insere.⁵⁹ “Afirmamos, portanto, que o direito penal é disposto pelo estado para a concreta realização de fins; toca-lhe, portanto, uma missão política [...]”⁶⁰.

A principal razão em analisar e trazer a tona os objetivos reais do Direito Penal é fugir do conformismo, confortável, que a visão ilusória dos objetivos declarados expõe, a qual seja, mostrar uma realidade na qual todos participam e são tratados como iguais, sem qualquer interesse pessoal; objetivos e razões de atuação e existência pautados no bem do todo social, justificando a repressão e o tratamento desumano – os quais também são, através de discursos legitimadores, mitigados no que tange à sua “crueldade” - exercidos sobre alguns.

Os objetivos reais quando escancarados demonstram clara e objetivamente o viés político do Direito Penal:

[...] como instituição de garantia e de reprodução da estrutura de classes da sociedade, da desigualdade entre as classes sociais, da

⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.7.

⁵⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.20 e ss.

⁶⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.20 e 21.

exploração e da opressão das classes sociais subalternas pelas classes sociais hegemônicas nas sociedades contemporâneas [...] ⁶¹

O Direito Penal é sustentado, deste modo, por um discurso de legitimação do poder punitivo, o qual, de acordo com a forma que é exposto, principalmente no que tange aos seus objetivos declarados, atinge a todos de maneira uniforme, sempre seguindo o disposto em lei, ideia básica ao Estado de Direito. ⁶² Discurso que esconde o real viés do Direito Penal, como um dos suportes de uma política desigual de controle e repreensão social, comum ao Estado de Polícia.

É evidente que o Sistema de Justiça Criminal não cumpre esse papel de garantidor e fomentador da desigualdade social legitimada sozinho, todas as demais instituições sociais, tais como a igreja, a escola, meios de comunicação, também, extrínseca ou intrinsecamente, possuem, de forma conjunta, complexa e não racional, essa incumbência. No entanto, é notório que a forma mais “dura e pesada” de realizar essa função é via Direito Penal, através da pena criminal, contemporaneamente caracterizada, principalmente, pela prisão.

⁶¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.8.

⁶² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 71.

4. PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

4.1 A CIFRA NEGRA DO DIREITO PENAL

“O” delito não existe. A parte especial de qualquer código penal elenca uma quantidade de ações conflitivas totalmente heterogêneas quanto ao seu significado social. Se observarmos como opera o sistema penal nessas hipóteses conflitivas, veremos que na imensa maioria dos casos este não intervém (furtos, subornos, estupro, etc., que somente em número ridiculamente ínfimo chegam à agência judicial), em outros intervém somente em alguns casos e contra determinadas pessoas (homicídios, ou seja, nos casos em que historicamente o maior número foi cometido pelo próprio Estado, e quase nunca chegam ao conhecimento das agências judiciais), em outros tantos casos nunca intervém, apesar da grande frequência com que ocorrem [...]”⁶³

Todos estes casos, os quais não chegam ao conhecimento das agências judiciais estão situados na chamada cifra negra, ou cifra oculta, do Direito Penal.

Deste modo, a cifra negra estabelece a distinção entre a realidade, caracterizada por todas as condutas tidas como criminais, aquelas que efetivamente ocorrem no seio social, independente de não terem sido identificadas, denunciadas ou investigadas; e a aparência, que seria os dados oficiais da criminalidade, determinados, principalmente, pelas condutas que sofrem algum tipo de condenação dentro do sistema penal.⁶⁴

A identificação da cifra negra se iniciou na observação de que muitos casos comunicados à polícia, por vários motivos, não eram recepcionados pelos tribunais, portanto, a primeira ideia de cifra negra estava relacionada aos casos comunicados à polícia em relação aos casos que efetivamente eram julgados pelos tribunais. Posteriormente, constatou-se, através de técnicas de observação e pesquisa, que o abismo entre os fatos concretos e aqueles efetivamente comunicados à polícia era enorme, dando um novo viés para o conceito de cifra negra, aumentando sua perspectiva, retirando a ligação direta de criminalidade com as agências de controle.⁶⁵

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução: Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.246-247.

⁶⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical.** 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.13.

⁶⁵ HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.48-49.

Assim, tomando como base esse novo cenário da criminalidade, enquanto para HASSEMER e CONDE a cifra negra faria duplicar a criminalidade exposta nas estatísticas criminais⁶⁶, para CIRINO DOS SANTOS⁶⁷, para BATISTA⁶⁸ e para HULSMAN⁶⁹ a criminalidade estatisticamente demonstrada seria a exceção das condutas criminais existentes: “a esmagadora maioria de fatos passíveis de criminalização (‘grave’ e ‘menos grave’) pertence, pois, a cifra obscura.”⁷⁰.

Basicamente boa parte das “condutas criminais”, ou seja, boa parte das condutas que infringem alguma das disposições da legislação penal, não se refletem, por vários fatores, nas estatísticas criminais. Somente conhecendo estes dados é que seria possível alcançar a cifra real da criminalidade.⁷¹

Para HULSMAN o principal fator para que fatos não sejam criminalizados é a não comunicação do crime à polícia por parte da vítima⁷², mas outros fatores também merecem destaque, para CIRINO DOS SANTOS o interesse e o desinteresse da polícia conforme pressão política e econômica, ou mesmo pela insignificância do fato, bem como a limitação de recursos dos órgãos de controle em geral⁷³, são aspectos

⁶⁶ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 139.

⁶⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.13.

⁶⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.21.

⁶⁹ HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.49.

⁷⁰ HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.49.

⁷¹ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 139.

⁷² HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.49.

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.26, também confirma esse entendimento em relação à insuficiência estrutural dos órgãos responsáveis pela efetivação das leis penais, entendendo isto com um alento, conforme se pode observar: “A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.”

fundamentais no que tange à definição das condutas que permaneceram na cifra negra e aquelas que serão efetivamente tratadas dentro do sistema penal.⁷⁴

A constatação da existência desta mancha nas estatísticas criminais, a qual não é abarcada pelo Direito Penal elimina qualquer ideia que trata o criminoso, levando em conta suas características específicas (biológicas, psicológicas, sociais, etc.), próprias das teorias positivistas do Direito Penal, como um sujeito diferente do restante dos indivíduos⁷⁵, tendo em vista que tais observações eram realizadas fundamentalmente em relação aos sujeitos que já haviam adentrado no sistema penal, ou seja, os sujeitos selecionados, e não em relação a todos os perpetradores de uma conduta tida como criminosa, “camuflados” pela cifra negra.

As teorias tradicionais que se pautavam no autor, bem como nas estatísticas criminais, principalmente no que concerne aos criminosos condenados, para justificar e dotar de razão a criminalidade e suas causas perdem sua validade, assim corrobora CIRINO DOS SANTOS:

A insistência de teóricos liberais e conservadores sobre estatísticas, como indicação da extensão do crime na sociedade, ou de que criminosos condenados são a maior aproximação possível da quantidade real de violadores da lei, decorre da explicação da criminalidade por fatores pessoais (biológicos, genéticos, psicológicos etc.) ou sociais (ambiente, família, educação etc.), que seriam responsáveis pela super-representação das classes dominadas e pela sub-representação das classes dominantes nas estatísticas criminais. **Mas a confiabilidade das “evidências” (no caso, o dado estatístico) e a validade das teorias da criminologia tradicional são destruídas pela relatividade do crime e pelas chamadas cifras negras e dourada⁷⁶ da criminalidade [...] ⁷⁷. (grifo nosso)**

Fica evidente, assim, que as teorias tradicionais, além de colaborarem para legitimação, tiveram papel decisivo em relação à própria definição (processo de criminalização) de quem seria taxado como “criminoso”.

⁷⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.13.

⁷⁵ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 137 e ss.

⁷⁶ A cifra dourada na concepção de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.13, “representa a criminalidade do ‘colarinho branco’, definida como práticas anti-sociais impunes do poder político e econômico (a nível nacional e internacional), em prejuízo da coletividade e dos cidadãos e em proveito das oligarquias econômico-financeiras [...]”.

⁷⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.12.

[...] si la criminalidad es normal y se extiende por igual entre todas las capas de la población, la gente que es condenada y que se encuentra, por ejemplo, en la institución penitenciarias no lo estaría por su condición real de delincuentes, sino simplemente como consecuencia de una definición; es decir, porque, por diversas razones, se les han imputado dicha condición.⁷⁸

A cifra negra comprova que não há qualquer diferença entre criminosos e não criminosos a não ser o fato de aqueles terem sofrido a intervenção do sistema penal e esses não. Até porque a própria definição de crime varia conforme cada realidade social, não existindo, pois, crimes tidos como naturais e, por consequência, diferenças pré-determinadas entre “criminosos” e “não-criminosos”, esta diferença é estabelecida posteriormente pelo processo de criminalização e seu fim na condenação criminal.⁷⁹ Portanto, conforme ressalta HASSEMER e CONDE, “[...] los criminales ‘no existen’ sino que se hacen.”⁸⁰

Desta forma, como não era mais possível sustentar os estudos do Direito Penal em questões objetivas concernentes, principalmente, aos indivíduos “criminosos” e à ideia de crime como algo natural, era necessária uma nova forma de pensar o Direito Penal, a qual tivesse como objeto demonstrar a existência deste complexo processo de definição das condutas e autores que seriam abrangidos pelo sistema penal.

4.2 CRIMINOLOGIA INTERACIONISTA – *LABELING APPROACH*

O direcionamento da análise do Direito Penal tomando como base o pressuposto de não existência de uma criminalidade ontológica, mas sim como resultado da atuação do próprio sistema penal é o que estrutura a Teoria do *Labeling Approach*. Assim afirma MEROLLI:

De acordo com este novo horizonte criminológico, portanto, não há que se falar numa criminalidade ontológica, apreendida única e

⁷⁸ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 138.

⁷⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.12-13.

⁸⁰ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 137.

exclusivamente no mundo dos fatos. Nesta nova ordem de ideias, não se vislumbra mais a criminalidade como uma realidade natural anterior à atuação dos órgãos do sistema de justiça criminal; antes o contrário: afirma-se ser a criminalidade o resultado mesmo do exercício desta atuação.⁸¹

Portanto, a criminalidade é uma construção social proveniente tanto na definição, determinada conforme dado contexto histórico, de quais condutas serão rotuladas como desvios, bem como no que tange à seleção de determinadas pessoas as quais receberam o estigma de desviantes. O desvio e o desviante são determinações provenientes de interações sociais dentro de um grupo, havendo comportamentos e pessoas que recebem essas etiquetas, bem como pessoas que definem os etiquetados⁸², ou seja, “a teoria da rotulação constrói uma ‘concepção de mundo’ numa dupla perspectiva: das pessoas definidas (por outras) como desviantes e das pessoas que definem (os outros) como desviantes.”⁸³

O objeto desta teoria não é o “criminoso” ou o “crime”, mas sim o complexo processo de seleção proveniente do sistema penal, que seleciona, dentre os muitos autores de uma conduta tida como delituosa, quem será “etiquetado” como criminoso, “mediante um processo de definição ativado por mecanismos formais e informais de reação social ao desvio, dentre os quais se destacam, à toda evidência, aquelas instâncias que detêm o poder de elaborar e de aplicar as leis penais.”⁸⁴. Conforme aponta ZAFFARONI e PIERANGELI, houve a ruptura ideológica da Criminologia, “[...] que até então se havia centrado na conduta dos criminalizados, e que passa a abarcar o mecanismo próprio da criminalização, e o funcionamento de todo o sistema penal como parte do controle social.”⁸⁵

A concepção de que não há uma diferença natural entre o delinquente e o não delinquente se mostra como um grande avanço da Criminologia Interacionista; a

⁸¹ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.167.

⁸² MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.168 e ss.

⁸³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.18.

⁸⁴ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.168.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1: Parte Geral**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.139.

delinquência é uma criação social, proveniente da atuação das agências de controle social, ligadas diretamente ao poder punitivo. Assim compreendem HASSEMER e CONDE:

Como uno de los grandes aciertos de la teoría del etiquetamiento debe valorarse el que definitivamente haya superado la consideración de “los” delincuentes como una especie de categoría separada del resto de los ciudadanos. El que una persona se convierta en autor de um delito no es algo que dependa sólo de sus condiciones de vida personales o de su situación social, sino también de las instancias formales de control social.⁸⁶

Portanto, conforme aponta BARATTA:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de **que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela**, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.⁸⁷ (grifo nosso)

Basicamente, são duas as principais correntes que tratam do *labeling approach*, ambas provenientes da sociologia americana: a primeira ligada ao chamado “interacionismo simbólico” e a segunda a “etnometodologia”. Esta trabalha a sociedade como uma “construção social”, ou seja, é necessário para sua compreensão, entender e analisar os processos individuais e coletivos de definições que a constituem; já aquela, diz que a realidade social é constituída por diversas interações reais entre indivíduos, as

⁸⁶ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 162.

⁸⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 86.

quais, através de um processo de definição, “saem” do plano real e são multiplicadas pelo seu significado abstrato através da linguagem.⁸⁸

E, por consequência, segundo o interacionismo e a etnometodologia, estudar a realidade social (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social.⁸⁹

A referida teoria trata os conceitos de “comportamento” e “ação” como conceitos distintos: a ação seria o comportamento dotado de um significado social. Tal passagem – o comportamento tornando-se ação – dar-se-ia através de normas. Estas, por sua vez, são divididas em normas sociais gerais e normas interpretativas. As normas interpretativas seriam aquelas que direcionam a utilização das normas gerais no caso concreto, determinando a característica e o significado de determinada relação social.⁹⁰ Trazendo para realidade do Direito Penal, enquanto as normas gerais seriam as leis penais, as normas interpretativas seriam as que definem como e para quem estas leis seriam aplicadas; dão concretude, em casos específicos, às normas gerais.

Desta forma, enquanto os estudos tradicionais se preocupam com a definição de quem é o criminoso, ou como seria possível combater a criminalidade, os estudos pautados na Teoria do *Labeling approach* visam analisar os processos de definição e construção social da figura do desviante, ou seja, como ocorre essa definição, quem define, quais as consequência da definição etc.⁹¹

A partir de la teoría del etiquetamiento, el delincuente ya no puede seguir siendo el objeto de investigación de las teorías criminológicas. En su lugar aparecen las instancias de control social, consideradas em cierto modo como “delicuentes”, como las recién descubiertas fuentes de la criminalidad. El interés de la investigación se desplaza desde el desviado y su medio hacia lós que ló definen como desviado, y se analizan los procesos de control y la génesis de las normas em vez de

⁸⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.** Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 87.

⁸⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.** Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 87.

⁹⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.** Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 88.

⁹¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.** Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 88-89

los déficits de socialización. Las carencias no se buscan en los controlados sino en los controladores. **Em vez de explicar la criminalidad, de lo que se trata es de explicar la criminalización, y el “autor” del delito pasa ser la “víctima” de los procesos de definición.**⁹² (grifo nosso)

Desta forma, o enfoque sai do conceito de criminalidade, conforme os estudos tradicionais do Direito Penal, e passa para a ideia de criminalização; “[...] a ciência criminológica termina por abandonar a sua feição de uma ‘teoria da criminalidade’, transformando-se, subitamente, numa inflamante ‘teoria da criminalização’.”⁹³. Portanto, reconhece-se “que sem criminalização não há ‘crime’”⁹⁴, ou, nas palavras de CIRINO DOS SANTOS, “não é o crime que ‘produz o controle social’, mas (frequentemente) o controle social que ‘produz o crime’⁹⁵.”

Em síntese: a Ciência Criminológica abandona o paradigma etiológico pelo qual se voltava para o estudo das causas e dos fatores da delinquência mediante um método da observação e da experimentação; e se direciona, decisivamente, para os mecanismos sociais e institucionais mediante os quais é construída a realidade social do desvio (para a ‘reação social’, em última análise), **cuidando, especialmente, dos ‘processos de criminalização’** levados a cabo pelas instâncias formais e informais que compõem o sistema penal.⁹⁶ (grifo nosso)

Entretanto, é importante para análise adequada do processo de criminalização, expor e compreender as críticas, em que pese o profundo avanço, principalmente no que tange ao objeto de análise e a posição da Criminologia frente ao Direito Penal⁹⁷, à

⁹² HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 161.

⁹³ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.175.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1: Parte Geral**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.139.

⁹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.19.

⁹⁶ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.175.

⁹⁷ Conforme destaca ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1: Parte Geral**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.139: “Nesse momento, a história da criminologia passa a confundir-se com a do direito penal e a da política criminal, pois, ao revelar-se o seu conteúdo ideológico, abrange a discussão e a justificação da atividade repressiva penal [...]”.

Criminologia Interacionista. A principal delas pode ser resumida na seguinte frase: “o interacionismo negligencia que tanto o comportamento desviante quanto o processo de criminalização se produzem dentro de uma da estrutura de poder e de dominação.”⁹⁸

Portanto, a Criminologia Interacionista constrói seus estudos a margem da sociedade, ou seja, identifica o fato, porém não se preocupa em entender suas razões e como estes estão situados dentro do contexto social. O processo de criminalização é demonstrado e evidenciado, todavia o que não é apresentado são os motivos das suas escolhas seletivas, em determinado contexto, em detrimento de outras possíveis.⁹⁹

[...] os interacionistas e os etnometodólogos indicam quais são as regras gerais, as regras bases, a cultura comum que determinam, na interação não oficial, a atribuição da qualidade criminal a certas ações e a certos indivíduos, mas não pesquisam as condições que dão a estas regras, a esta cultura comum, um conteúdo determinado, e não um outro. É neste seu caráter formalista que reside o maior defeito da teoria da produção da criminalidade, desenvolvida pelo interacionistas.¹⁰⁰

Desta forma, os elementos básicos que faltam à Criminologia Interacionista, e que são os elementos de passagem à Criminologia Crítica por essência¹⁰¹, são a análise da “distribuição do poder de definição e de reação em uma sociedade, à desigual distribuição deste poder e aos conflitos de interesse que estão na origem deste processo.”¹⁰², bem como os aspectos atinentes ao comportamento concreto do autor e a

⁹⁸ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.177.

⁹⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 114 e ss.

¹⁰⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 115.

¹⁰¹ Vale destacar a concepção de MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.179, ao afirma que a Criminologia Crítica não pode ser entendida como uma sequência linear da Criminologia Interacionista, nas palavras do autor: “Não nos parece acertada, assim, a embocadura científica que procura situar o *labeling approach* dentro das fileiras teóricas da ‘Criminologia Crítica’, sob o falacioso argumento de que esta ‘Nova Criminologia’ deveria congrega toda uma ‘frente ampla’ de teorias que partilhassem, como denominador comum, de uma severa oposição aos postulados positivistas – mesmo porque, como bem ressalta ELENA LARRAURI, ‘ a crítica materialista à perspectiva do etiquetamento, realizada pela Nova Criminologia, foi determinante. [...] Por isso, a Nova Criminologia ficou conhecida como a Criminologia Crítica, apesar dos esforços de integração’.” LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. 2. Ed. Cidade do México: Siglo XXI, 1992, p.140.

¹⁰² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 211.

característica material de seu desvio.¹⁰³ Aspectos, estes, fundamentais para compreensão real do processo de criminalização exercido pelo sistema penal.

4.3 PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.¹⁰⁴

Tal perspectiva apontada por BARATTA resume o que se entende por processo de criminalização.

Como visto, quando abordado os objetivos reais do Direito Penal, a imposição de penas é exercida sobre um grupo selecionado de pessoas. Ratificando o já exposto, esta seleção, chamada de criminalização, é resultado do funcionamento de um rol de agências formadoras do sistema penal. As agências de criminalização são as responsáveis pela “seleção” executada pelo sistema penal, a qual acontece, primordialmente, em dois momentos: a criminalização primária e secundária.¹⁰⁵

Para CIRINO DOS SANTOS são os processos de criminalização que garantem o efetivo cumprimento dos objetivos reais do Direito Penal:

[...] a criminalização primária realizada pelo Direito Penal (definição legal de crimes e penas) e a criminalização secundária realizada pelo Sistema de Justiça Criminal constituído pela polícia, justiça e prisão (aplicação e execução de penas criminais) garantem a existência e a

¹⁰³ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.180.

¹⁰⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 161.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas.¹⁰⁶

BARATTA trata cada etapa da criminalização como mecanismos, os quais refletem funções específicas, no caso, a criminalização primária é caracterizada como o “mecanismo da produção das normas”, já a criminalização secundária é entendida como o “mecanismo da aplicação das normas”, representado pelo processo penal. O autor destaca ainda um terceiro mecanismo que seria da execução do direito penal, representada pelas penas e medidas de segurança.¹⁰⁷

Este terceiro mecanismo, o qual ocorre no efetivo cumprimento da pena, principalmente nos selecionáveis ao cumprimento da pena de prisão, já é considerado parte integrante do processo de criminalização, devendo ser tratado de forma separada, deslocada do processo de criminalização secundária, tendo em vista todas as peculiaridades e consequências sociais e pessoais negativas provenientes desta “solução” penal.

Em suma, conforme apontam ZAFFARONI e BATISTA:

Enquanto a **criminalização primária (elaboração de leis penais)** é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a **criminalização secundária** é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de provação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (**prisonização**).¹⁰⁸ (grifo nosso)

¹⁰⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.10.

¹⁰⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 161.

¹⁰⁸ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

Desta forma, para a real compreensão do processo criminalização é importante analisar cada um destes três mecanismos de forma separada, conforme suas especificidades e influências na formatação e no exercício do poder punitivo.

4.4 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

Segundo definição de ZAFFARONI e BATISTA a “criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas.”¹⁰⁹

A criminalização primária é realizada pelas agências políticas, ou seja, órgãos de poder do Estado, podendo, dependendo de cada contexto, ser o parlamento ou o próprio poder executivo. Resumidamente, a criminalização primária é o ato de elaboração de leis penais; a definição das condutas que serão objeto de “proteção” por parte do Direito Penal.¹¹⁰

Desta maneira, é evidente, como já demonstrado, que não há uma realidade ontológica de crime.¹¹¹ Além do mais, fora o fato de ser uma construção institucional, é difícil conceber uma naturalização de um conceito que abarque condutas tão distintas entre si, não há qualquer relação plausível, por exemplo, entre um homicídio e um furto, ou entre um estupro e um delito de trânsito, a não ser pelo fato de todas estas condutas serem consideradas condutas criminosas¹¹².¹¹³ “A criminalização primária abarca

¹⁰⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

¹¹⁰ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

¹¹¹ HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.44.

¹¹² HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.43.

¹¹³ Em relação à construção de conceito unitário – crime - para condutas tão diversas é que trata ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.247, ao afirmar que: “Resulta bastante evidente que esta disparidade de hipóteses e de reações ao sistema penal não podem dar lugar a nada unitário. Entretanto, o discurso jurídico-penal parece desprezar estes dados, oferecendo um ‘conceito unitário’ de delito, mediante uma complexa elaboração teórica denominada, usualmente, ‘teoria do delito’, que afirma (com algumas variações, conforme seu autor) que ‘delito é uma ação típica, antijurídica e culpável’. É claro que este “conceito jurídico de delito” nada mais é que a síntese dos requisitos que devem estar presentes em qualquer ação conflituosa de um autor selecionado

conflitos que, socialmente, nada têm em comum”¹¹⁴. Assim também entende KARAM, para qual:

[...] crimes são meras criações da lei penal, não existindo um conceito natural que os possa genericamente definir. O que é crime em um determinado lugar, pode não ser em outro; o que hoje é crime, amanhã poderá não ser.¹¹⁵

É crime o que o Estado, através de suas instituições de poder, diz que é crime. Não é possível o entendimento do conceito como algo natural, tendo o mesmo significado em todo o tempo e espaço.¹¹⁶

Deste modo, a definição das condutas criminais visa, mesmo que intrinsecamente, cumprir com determinados objetivos, conforme determinada realidade social. A definição de quais condutas serão englobadas pelo estigma de crime é uma definição puramente política, que nada tem a ver com a preocupação do Estado em proteger a sociedade; tem a ver sim, com uma forma eficaz de controle social, a qual visa a manutenção das estruturas sociais da realidade que se insere.¹¹⁷ Nas palavras de KARAM:

O que dita esta decisão política não é, como se divulga, a proteção dos indivíduos, mas sim a instrumentalização do exercício do poder, em sua expressão punitiva, de forma a proporcionar uma disciplina social que resulte funcional para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global de uma formação social historicamente determinada.¹¹⁸

pelo poder do sistema penal, para que a agência judicial responda afirmativamente quanto ao prosseguimento do processo de criminalização já em curso. Parece-nos claro que um conjunto de requisitos não chega a constituir um conceito [...]”

¹¹⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 73.

¹¹⁵ KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p.73.

¹¹⁶ KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p.73.

¹¹⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.20 e ss.

¹¹⁸ KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p.75.

Conforme visão tradicional e legitimante do Direito Penal, já abordada quando tratado dos objetivos declarados do direito penal, uma conduta é tida como criminosa, basicamente, por violar um bem jurídico essencial. Esta definição de bem jurídico essencial é formatada conforme “visão de dada sociedade”. Desta forma, os bens jurídicos mercedores da tutela estatal modificam-se conforme cada momento histórico. Cada sociedade tem uma concepção do que merece ou não ser tratado pelo Direito Penal.

Entretanto, o que se observa é que esta visão é determinada por uma minoria dominante, criando um Direito Penal extremamente autoritário e voraz para a grande massa de excluídos sociais. “Definitivamente é inegável que numa sociedade dividida, o bem jurídico, que opera nos lindes entre a política criminal e o direito penal, tem caráter de classe.”¹¹⁹, o que, por conseguinte, demonstra uma “natureza classista da definição legal de crime”¹²⁰. Da mesma forma entende MEROLLI quando expõe que:

Há que se reconhecer, portanto, a existência de um fenômeno dual de hegemonia-marginalização no interior de toda e qualquer formação social, pelo qual se entende que somente certos segmentos sociais estarão mais próximos do centro das decisões do poder político, incluindo aí, por óbvio, **a influência que se possa exercer sobre o processo legislativo de seleção dos bens jurídicos e de definição dos fatos puníveis.**¹²¹ (grifo nosso)

Deste modo, não se tutela, por muitas vezes, condutas extremamente gravosas e que efetivamente afetam bens jurídicos fundamentais (de classes marginalizadas), conforme afirma CIRINO DOS SANTOS:

Crime é o que a lei [...] determina como crime, excluindo comportamentos não definidos legalmente como crimes, por mais danosos que sejam (o imperialismo, a exploração do trabalho, o racismo, o genocídio etc.) [...]¹²².

O Direito Penal, no que diz respeito à definição das condutas as quais abrangerá,

¹¹⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.116.

¹²⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.11.

¹²¹ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.38-39.

¹²² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.11.

nitidamente escolhe seus “clientes”, ou seja, a própria definição de quais condutas são consideradas crimes já define, também, qual será o perfil das pessoas que serão consideradas “criminosas”. O crime possui em si uma lógica discriminatória legitimada, a qual corrobora com as instituições de poder do Estado. A própria concepção de quem é o “criminoso” passa, fundamentalmente, pelas definições trazidas pela legislação penal, desde as definições das condutas criminosas, até a forma pelas quais serão “manejadas” dentro da esfera penal.

Tal concepção discriminatória da legislação penal tem a ver, conforme aponta BARATTA, além dos conteúdos normatizados, com os “‘não conteúdos’ da lei penal”. Ou seja, os valores embutidos nas normas penais são predominantemente aqueles que merecem maior zelo pelas classes hegemônicas e que, em contrapartida, são mais comumente violados pelos grupos marginalizados.¹²³ Por exemplo, segundo o mesmo autor, 80% dos delitos perseguidos pela esfera penal nos países de capitalismo mais avançado são de delitos contra a propriedade¹²⁴, “ou seja, os crimes que atacam a lógica interna de acumulação e distribuição de riquezas e bens no interior de uma sociedade capitalista.”¹²⁵

Em contrapartida, conforme denuncia CIRINO DOS SANTOS, as condutas relacionadas substancialmente aos grupos próximos ao centro de poder, as quais, na sua maioria, afetam toda a sociedade, ou são negligenciadas pelo legislador, ou, quando definidas como crime, o são de forma vaga e imprecisa, dificultando sobremaneira sua efetividade.¹²⁶ Assim corrobora BARATTA ao afirmar que “estes delitos, também do ponto de vista da previsão abstrata, têm uma maior possibilidade de permanecerem imunes.[...] Cria-se, assim, zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas.”¹²⁷ Contudo, a criminalização de tais condutas acaba por gerar uma ideia, claramente falsa e simbólica,

¹²³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 176.

¹²⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 198.

¹²⁵ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.40.

¹²⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.12.

¹²⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 176.

de imparcialidade e universalidade da “tutela” exercida pelo Direito Penal.

A criminalização dessas condutas constitui o moderno Direito Penal simbólico (crimes contra a ordem econômica, a ordem tributária, as relações de consumo, o mercado de capitais, o meio ambiente e outras formas de criminalidade das elites econômicas e políticas da formação social) produzido para satisfação retórica da opinião pública, como discurso encobridor das responsabilidades do capital financeiro internacional e das elites conservadoras dos países do Terceiro Mundo pela criação das condições criminogênicas estruturais do capitalismo neoliberal contemporâneo.¹²⁸

Claro que, conforme poderá se verificar mais a frente, muito desta “perseguição direcionada” tem a ver com a criminalização secundária, realizada pelas agências de execução. No entanto, a criminalização primária, apesar do seu inchaço, que faz com que condutas comuns a todas as classes sejam criminalizadas, conforme visto, dá especial atenção às condutas socialmente ligadas as esferas mais afastadas do centro de poder, até mesmo no que diz respeito à facilidade de interpretação, aplicação e severidade das penas destas leis direcionadas aos grupos marginalizados em comparação com as leis que preveem condutas relacionadas aos grupos hegemônicos.¹²⁹

Sendo assim, a definição da legislação penal já molda o “criminoso”. É o primeiro passo, de característica totalmente parcial, da formatação de um poder punitivo discriminatório.

Ademais, em outro prisma, conforme o já exposto, é possível afirmar que a determinação interna do sujeito não qualifica a sua ação. Ou seja, independente da maneira que o sujeito pretende se colocar socialmente através de suas ações, o que define se estas são “certas ou erradas” é o que está disposto em lei. A lei é o que qualifica um comportamento e não os valores pessoais ou sociais:

A distinção entre os dois tipos de comportamento depende menos de uma atitude interior intrinsecamente boa ou má, social ou antissocial, valorável positiva ou negativamente pelos indivíduos, do que da definição legal que, em um dado momento distingue, em determinada sociedade, o comportamento criminoso do comportamento lícito.¹³⁰

¹²⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.12-13.

¹²⁹ Vide a chamada “cifra dourada” do direito penal, já tratada anteriormente: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.13.

¹³⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 85-86.

Outro ponto importante relacionado à criminalização primária é a chamada hipertrofia penal. Em razão da quantidade absurda de condutas sociais inseridas, via processo de criminalização primária, na esfera de atuação do Direito Penal, fica impossível para as agências secundárias de criminalização identificarem e atuarem em relação a todos os atos criminais ocorridos. Fato este que se configura como um dos fatores primordiais na formação e aumento da cifra negra do Direito Penal, conforme demonstrado. Muitas são as condutas tidas como crime, porém poucas são as tratadas como tal.

Em razão da quantidade de condutas criminalizáveis, é difícil que alguma pessoa tenha passado ilesa, nunca tendo cometido uma conduta criminosa, resta saber, quem serão, dentre todos os autores, os escolhidos pela repreensão penal. Desta forma, fica mais evidente enxergar que realmente “[...]a efetiva criminalização é um fato raro e excepcional”¹³¹, realizada de forma seletiva e discriminatória; a maioria das condutas criminalizáveis está “escondida” na cifra negra do Direito Penal. Sendo assim “[...] a sociedade sem castigos existe... porque é impossível ao sistema penal punir todos aqueles que cometem uma infração à lei.”¹³².

4.4.1 Hipertrofia Penal

O caráter subsidiário do Direito Penal, o qual, nas palavras de MEROLLI “indica [...] que se outras formas de controle social se mostrarem suficientes para a tutela do bem jurídico, a criminalização de uma conduta não é recomendável”¹³³, definitivamente não é uma realidade prática; muito pelo contrário, quando, através de uma cultura de medo fomentada principalmente pelos meios de comunicação, problemas sociais são evidenciados e destacados, a primeira solução apresentada e colocada em prática é a criminalização das condutas entendidas como as causadoras do

¹³¹ HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.49.

¹³² PASSETTI, Edson. A Atualidade do Abolicionismo Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p.21.

¹³³ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.18.

problema. Solução mais rápida e evidente, que gera uma sensação ilusória, entretanto, legitimada, de segurança social.

Como o mais simples é reformar a lei para aumentar as penas e criminalizar mais, as pessoas foram levadas a acreditar que a Lei serve para transformar a sociedade. O honesto seria explicar que a sociedade muda por outras razões, e que a lei tem um peso mais que limitado na produção e na contenção de condutas nocivas.¹³⁴

Tal fenômeno, que tem no Direito Penal a solução de todas as mazelas sociais, aumentando-o de forma desenfreada, é chamado de hipertrofia penal, “também conhecido como ‘inflação legislativa’, ‘esquizofrenia legislativa’, ‘crescimento patológico do direito penal ou ‘nomorréia penal’”.¹³⁵

Assim entende MEROLLI, ao destacar a vontade do legislador em buscar as soluções de grande parte dos problemas sociais via Direito Penal:

[...] a hipertrofia penal representa a cristalização da ideia de que o Direito Penal pode ser a panaceia para todos os males. Ora, mediante a sua deflagração, detecta-se a volúpia do legislador em querer resolver simplesmente tudo pela via criminal. Nesse contexto, o Direito Penal deixa de ser a ‘ultima ratio’ da política social do legislador e se transforma, subitamente, na ‘prima ratio’ ou, então, na ‘sola ratio’ de solução dos conflitos sociais – em franca oposição, portanto, à concepção do Direito Penal enquanto um instrumento subsidiário de controle social.¹³⁶

O Direito Penal deixa de ser exceção para tornar-se regra. Tal fato reforça a ideia já exposta de que o Direito Penal possui uma função estritamente simbólica¹³⁷, visão corroborada por PRADO ao afirmar que “o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens, ao contrário, condena o sistema penal a

¹³⁴ CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes”. In: SEMINÁRIO DEPOIS DO GRANDE ENCARCERAMENTO, 2008, Rio de Janeiro. **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.93.

¹³⁵ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.21.

¹³⁶ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.21.

¹³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1: Parte Geral**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

uma função meramente simbólica e negativa”¹³⁸, tendo em vista ser impossível que o sistema penal, com tantas condutas pelas quais deve zelar, possa efetivamente refletir na prática tudo o que está disposto na legislação penal.¹³⁹

A criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável.¹⁴⁰

A hipertrofia penal serve única e exclusivamente para comprovar a ineficácia e a falácia dos objetivos trazidos pelo discurso legitimador do Direito Penal, no entanto, também confirma a eficiência, no que tange ao olhar social, deste discurso, comprovado, conforme aponta MEROLLI, pelos processos eleitorais, nos quais se refletem constantemente a importância dada pela sociedade ao recrudescimento do Direito Penal.¹⁴¹ Assim também pensa MARTINEZ, ao afirmar que:

[...] nos tempos atuais o manejo do delito, perante o fracasso do sistema penal para combatê-lo, está mais dirigido a conseguir réditos de governabilidade e sucessos eleitorais.¹⁴²

Ademais, em razão da abundante legislação penal, é difícil imaginar, conforme já apontado, que algum sujeito não tenha cometido nenhuma conduta tida como criminosa. Em suma, todos somos “criminosos”, muito embora poucos sejam criminalizados¹⁴³, cabendo a escolha às agências concernentes ao processo de

¹³⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.81.

¹³⁹ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.22.

¹⁴⁰ ZAFFARONI, E. RAÚL; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 44.

¹⁴¹ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.21.

¹⁴² MARTINEZ, Maurício. Populismo punitivo, maiorias e vítimas. In: SEMINÁRIO DEPOIS DO GRANDE ENCARCERAMENTO, 2008, Rio de Janeiro. **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.325.

¹⁴³ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.22.

criminalização secundária, que atuará, em razão do que fora contextualizado, sobre “uma parte ínfima do programa primário”.¹⁴⁴

4.5 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

A criminalização primária evidentemente, como demonstrado, já inicia a seleção da “clientela” do sistema penal, entretanto, a concreta seleção acontece realmente na criminalização secundária. Diferente do caráter abstrato da primeira, esta efetivamente, dentre todos os indivíduos que realizam uma conduta criminoso, escolhe aquele que receberá o “tratamento” do sistema penal.¹⁴⁵ Assim corrobora BARATTA ao afirmar que “os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato”.¹⁴⁶

Como já afirmado, muitas são as condutas tidas como crime, porém poucas são as selecionadas pelo sistema penal para serem tratadas como tal. A seleção secundária realizada pela justiça criminal, através de seus meios de exteriorização, os quais podem ser caracterizados, principalmente, pelas agências policiais, é ainda maior que a seleção primária.

A legislação penal direciona o sistema de efetivação penal, o disposto da lei funciona como demarcação e orientação para o sistema penal. Entretanto, constantemente esta demarcação é superada pelas instituições de criminalização, as quais muitas vezes atuam conforme orientação própria, sendo tanto para não cumprir o determinado em lei – problema decorrente, principalmente, da hipertrofia penal -, quanto para ultrapassá-la.¹⁴⁷

A ideia básica da criminalização secundária é, através de agências específicas, como as agências policiais, judiciais, penitenciárias etc., executar o programa

¹⁴⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 44.

¹⁴⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 44.

¹⁴⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 176.

¹⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1: Parte Geral**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.73.

estabelecido pelas agências primárias.¹⁴⁸ Todavia, tal missão se demonstra impossível, “[...]a capacidade operativa do sistema penal jamais conseguirá “dar conta” de todo exercício legislativamente planejado [...]”¹⁴⁹, o que, em parte, justifica a sua operacionalização de forma seletiva, conforme apontam ZAFFARONI e BATISTA ao afirmar que:

[...] ninguém possa conceber seriamente que todas as relações sociais se subordinem a um programa de criminalização faraônico (que paralisasse a vida social e convertesse a sociedade em um caos na busca da realização de um programa irrealizável), a muita limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo.¹⁵⁰

Portanto, é impraticável para as instituições que levam a cabo o programa penal agirem efetivamente em relação a todas as condutas criminalizadas, isto pela absurda quantidade de crimes dispostos, como também pela precária estrutura das agências de execução. Desta forma, não resta alternativa, senão agir de forma seletiva, ou seja, escolhendo as pessoas e condutas, as quais serão criminalizadas efetivamente.¹⁵¹ ZAFFARONI e PIERANGELI chegam a afirmar que nunca o funcionamento do sistema penal coincide com a orientação abstrata decorrente da lei penal.¹⁵²

Diversos são os fatores que influenciam nesta seleção, como por exemplo: a não realização da denúncia por parte da vítima, a própria legislação, como analisado, a maneira como o crime é exposto à sociedade – papel fundamental das agências de comunicação –, entre outros.

Todavia, em hipótese alguma, justifica-se a forma que ocorre essa seleção, ou seja, a direção parcial da seletividade do processo de criminalização secundária, bem como os casos em que se extrapola o disposto em lei (se não é possível executar tudo o

¹⁴⁸ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

¹⁴⁹ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.171.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 44.

¹⁵¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 44.

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1: Parte Geral**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.73.

que nela está disposto, não faz nenhum sentido excedê-la), desrespeitando claramente as premissas de um Estado de Direito.¹⁵³ No momento de definir quais serão as condutas efetivamente levadas para dentro da justiça criminal os autores já socialmente excluídos, “os indesejáveis”¹⁵⁴, são os alvos principais desta seleção, eles são as grandes presas do direito penal.

Em síntese, apesar do disposto na legislação penal, o sistema penal age segundo seus próprios limites e interesses (determinados internamente ou externamente).

A lei penal fixa um âmbito dentro do qual o sistema penal de que faz parte pode selecionar e criminalizar pessoas. Sem embargo, o sistema penal ultrapassa o marco penal deste âmbito, na realidade social [...]. Ou seja, a lei penal deve determinar um âmbito orientador, mas o sistema penal atua em grande parte com uma orientação que é própria e diferente, excedendo a orientação em um sentido e, em outro, desinteressando-se do espaço demarcado, reprimindo o que o direito penal não o autoriza e deixando de reprimir o que o direito penal lhe ordena.¹⁵⁵

As escolhas relacionadas às agências secundárias de criminalização também se referem às vítimas, as quais “merecem” a tutela penal, portanto, mais do que a existência dos clientes oprimidos, o Direito Penal também possui a sua “clientela” de protegidos, conforme a lógica já demonstrada de figuras marginalizadas e figuras próximas ao núcleo de poder, com suas necessidades e interesses.

Deste modo, além de decidirem concretamente quem serão os indivíduos que receberão a etiqueta de “criminosos”, o processo de criminalização secundária, assim

¹⁵³ Sobre o tema trata ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.28-29, abordando a atuação a margem das disposições legais realizada pelas agências executivas dos sistemas penais latino-americanos: “verifica-se na operacionalidade social dos sistemas penais latino-americanos um violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade. Neste sentido, basta rever qualquer informe sério de organismos regionais ou mundiais de direitos humanos para comprovar o incrível número de sequestros, homicídios, torturas e corrupção cometidos por agências executivas do sistema penal ou por seus funcionários.” Tal fenômeno também é objeto de análise na obra ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 52-53, identificando-o como o “sistema penal subterrâneo”.

¹⁵⁴ Termo utilizado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, para identificar a parcela de pessoas, proveniente da classe marginalizada da sociedade, que, devido a sua conduta, “desafiavam a férrea ordem vertical e se distinguiam dos simplesmente inferiores – destinados à exploração pura e simples” (p.37), hoje entendidos como “pequenos delinquentes comuns” (p.67).

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1: Parte Geral**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.73.

como o processo de criminalização primária, porém com muito mais destaque, também define as “vítimas” que merecem a efetiva “tutela” penal. “A seleção não só opera sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimizados.”¹⁵⁶ Segundo ZAFFARONI, “são numerosas as investigações que constataam que os índices de vitimização se distribuem com tão pouca igualdade como os de criminalização”.¹⁵⁷

A seleção criminalizante secundária, conforme apontam ZAFFARONI e BATISTA é direcionada pelos chamados “empresários morais”, ou seja, grupos ou indivíduos determinados que, por interesses próprios, acabam por exigir a criminalização efetiva de certos “desvios” e de certos “desviantes”.¹⁵⁸ Tais exigências são mais bem atendidas quanto maior for a pressão exercida, a qual esta diretamente relacionada a forma de comunicação utilizada pelas “empresas morais”. “Os legisladores, as agências executivas e os responsáveis políticos por estas e, inclusive, os Poderes Executivos respondem ao fato na forma como este é projetado pela comunicação, porque é esta a exigência da chamada opinião pública.”¹⁵⁹

Vários são os exemplos de “empresários morais”:

[...] pode ser tanto um comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quanto um chefe de polícia à cata de poder ou uma organização que reivindica os direitos de minorias etc.¹⁶⁰

A lógica é simples, há a pressão dos “empresários morais” no que concerne à efetiva repreensão de determinada conduta, refletida através das agências de

¹⁵⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 44.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Delinquência Urbana e Vitimização das Vítimas. In: SEMINÁRIO DEPOIS DO GRANDE ENCARCERAMENTO, 2008, Rio de Janeiro. **Depois do Grande Encarceramento.** Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.41. O autor, no presente artigo, analisa e expõe a construção e seleção da “vítima” exercidas, principalmente, pelas agências de comunicação, bem como as consequência políticas desta construção, as quais se refletem diretamente no Direito Penal, sobremaneira na sua execução.

¹⁵⁸ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 45.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Delinquência Urbana e Vitimização das Vítimas. In: SEMINÁRIO DEPOIS DO GRANDE ENCARCERAMENTO, 2008, Rio de Janeiro. **Depois do Grande Encarceramento.** Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.39.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 45.

comunicação, as quais, por sua vez, representam a chamada “opinião pública”, como consequência, as agências de execução direcionam seu foco de atuação, com medidas punitivas de urgências, ao tema objeto da pressão, até que tais reclamações sejam mitigadas ou sobrepostas.¹⁶¹

A principal agência de execução da seleção secundária é a agência policial, apesar de o discurso jurídico sempre tratá-la em uma segunda escala de importância, dando maior ênfase às agências judiciais. Todavia, esquecem que estas só decidem os poucos casos que aquela seleciona e faz chegar ao seu conhecimento.

Entretanto, com certeza, a agência policial não realiza essa função sozinha, nem mesmo pode ser tratada como a principal agência no que diz respeito à ideologia refletida na sua seleção. A visão direcional da criminalização secundária é proveniente da mistura de discursos e interesses de diversas agências, como já demonstrado, as quais fazem parte de uma conjuntura social extremamente complexa, como por exemplo, as agências políticas, as agências de comunicação social, agências religiosas.¹⁶²

Assim, a agência policial não age apenas conforme interesses próprios, mas, sobretudo, conforme interesses advindos de esferas superiores do Estado, as quais também são direcionadas por outros interesses advindos, fundamentalmente, de fora dos órgãos estatais. Portanto, a atuação policial é o fim no que tange à realização de uma complexidade de interesses “encobertos” por uma lógica legitimada de controle social. O que forma a cultura complexa de seletividade criminal existente.

De maneira geral, a seleção da criminalização secundária se dá em desfavor de três tipos de autores criminais, os quais são: aqueles perpetradores de crimes grosseiros, cujo clamor popular, direcionado pela mídia apelativa, exige a resposta imediata do Estado, estes autores ficam vulneráveis à aplicação do Direito Penal em decorrência da grande reprovação concernente ao fato cometido; a esfera de pessoas efetivamente marginalizadas socialmente, “os indesejáveis”, principais alvos do processo de criminalização, tendo em vista não possuírem qualquer condição de defesa contra a aplicação do Direito Penal, vulneráveis segundo, pois, a sua posição social e a perseguição estereotipada do poder punitivo - aqui passa longe a criminalização em razão da gravidade do delito, a maioria é condenada por fatos burdos; e, por fim, muito

¹⁶¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 45-51.

¹⁶² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 45-46.

raramente, indivíduos, que apesar de se encontrarem numa posição praticamente inalcançada pelo Direito Penal, acabam perdendo uma disputa na luta pela hegemonia do poder e, por conta disso, tornam-se vulneráveis ao sistema.¹⁶³

Desta forma, é possível constatar que a criminalização está intimamente ligada a maior ou menor vulnerabilidade do agente, não sendo causa fundamental a lesividade social da conduta, ou seja:

O grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizada e da sua intensidade.¹⁶⁴

ZAFFARONI e BATISTA definem essas três formas de criminalização por, respectivamente, “criminalização por comportamento grotesco ou trágico”, “criminalização conforme o estereótipo” e “criminalização devido à falta de cobertura”. Sendo a “criminalização conforme o estereótipo” a predominante.¹⁶⁵

4.5.1 Vulnerabilidade ao processo de criminalização: a estereotipação do delinquente

A vulnerabilidade do agente, caracterizada, essencialmente, pelo afastamento (de indivíduos, ou nichos sociais) do centro de decisão e poder, parece ser o critério determinante na seleção exercida pelo processo de criminalização, primordialmente quando se fala na sua fase secundária.

[...] no processo de criminalização que a posição social dos sujeitos criminalizáveis revela sua função determinante do resultado de condenação/absolvição criminal: a variável decisiva da criminalização secundária é a posição social do autor, **integrada por indivíduos vulneráveis selecionados por estereótipos, preconceitos e outros**

¹⁶³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 49.

¹⁶⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 162.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 49.

mecanismos ideológicos dos agentes de controle social – e não pela gravidade do crime ou pela extensão social do dano.¹⁶⁶ (grifo nosso)

“O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária”¹⁶⁷, sendo que as agências de comunicação são um dos fatores principais da criação dos estereótipos criminais, é através delas que os delitos cometidos pelas classes excluídas socialmente ganham destaque e se multiplicam no imaginário social como os únicos delitos existentes. As agências de comunicação pintam essas pessoas como o verdadeiro problema social, “o ‘bode expiatório’ útil para esconder (e justificar) problemas sociais reais”¹⁶⁸.

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos.¹⁶⁹

A criminalidade parece, na visão exposta pelas agências de comunicação, pertencente única e exclusivamente às esferas subalternas da sociedade, justificando, inclusive, a própria criminalidade como consequência das condições de vida de determinados grupos sociais, os quais, devido à falta de condições financeiras e de educação, acabariam por cometer delitos; sem dúvida estas são razões (não exclusivas) para os cometimentos de fatos tidos como criminais por esses determinados nichos sociais, no entanto, o que realmente traz esses grupos para dentro do Direito Penal é o processo de criminalização, direcionado ao combate direto das classes marginalizadas,

¹⁶⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.13.

¹⁶⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 46.

¹⁶⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.17.

¹⁶⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 46.

deixando impune diversas condutas, muitas vezes imensamente mais gravosas para sociedade, cometidas pelos demais grupos sociais.¹⁷⁰

A mesma visão é compartilhada por BARATTA, o qual afirma que:

[...] o comportamento criminoso se distribui por todos os grupos sociais, que a nocividade social das formas de criminalidade próprias das classes dominantes e, portanto, amplamente imunes, é muito mais grave do que a de toda a criminalidade realmente perseguida. Por outro lado, o sistema de imunidades e da criminalização seletiva incide em medida correspondente sobre o estado das relações de poder entre as classes, de modo a oferecer um salvo-conduto mais ou menos amplo para as práticas ilegais dos grupos dominantes, no ataque aos interesses e aos direitos das classes subalternas [...]¹⁷¹

A distribuição seletiva proveniente da criminalização secundária é, por analogia, como uma doença que atinge os mais vulneráveis, ou seja, aqueles que têm poucas defesas, no caso, em relação ao poder punitivo. As características pessoais, bem como seus ilícitos “grosseiros”, sem qualquer requinte de “camuflagem”, é que fazem diminuir a defesa do indivíduo.

A lógica é simples, a pessoa que possui mais características condizentes com o estereótipo de delinquente está mais suscetível ao poder punitivo, porque possui uma “situação de vulnerabilidade maior”, devendo, pois, cuidar-se mais para que não seja criminalizada, tendo em vista qualquer mínimo ato desviante já ser razão suficiente para que se torne “cliente” do sistema penal; e, ao contrário, as pessoas que não se enquadram no estereótipo padrão da perseguição penal, por possuir um estado de vulnerabilidade baixo, precisam cometer um ato muito evidente e de “alta reprovação social” para que sejam criminalizadas.¹⁷²

As próprias agências de criminalização são tão voltadas à repreensão criminal conforme o estereótipo do infrator, que, quando delas se “necessita” a atuação perante indivíduos, os quais são somente excepcionalmente trazidos ao campo do Direito Penal (conforme visto, casos em que há um aumento inesperado da vulnerabilidade, principalmente, ou por cometimento de um ato grotesco, de alta reprobabilidade, ou por

¹⁷⁰ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 46-48.

¹⁷¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 198-199.

¹⁷² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 46-50.

ter perdido uma disputa no centro do poder)¹⁷³, elas não sabem como agir, acabando por adotar uma postura totalmente diversa daquela destinada aos “clientes habituais” do sistema. Deste modo, é possível constatar que a rotina operativa do processo de criminalização secundária também é fator basilar da maior ou menor vulnerabilidade de um indivíduo.

Portanto, conforme aponta CIRINO DOS SANTOS, as agências de criminalização secundária operam segundo, como já abordado, a posição social do indivíduo a ser selecionado, ou seja, há a concentração das imputações criminais sobre as classes sociais marginais e, por outro lado, há a “dulcificação” ou inexistência de imputações criminais às classe pertencentes as elites econômicas.¹⁷⁴

ZAFFARONI e BATISTA apesar de acreditarem que o sistema penal funciona claramente de modo a agravar uma situação de desigualdade social, acreditam que esta não é uma definição pré-formatada, mas sim, consequência de uma conjuntura de interesses, na sua maioria divergentes, concernentes a cada uma das agências de criminalização, que agem, no fim das contas, guiadas pela vulnerabilidade de seus alvos, o que acaba sendo aproveitado por alguns, os quais, na realidade empírica, são os pertencentes as classes hegemônicas. Não há, portanto, pessoas determinadas ou determináveis, de posição social determinada ou determinável, que exerce a função exclusiva de direcionamento do processo seletivo; há sim aquelas classes mais atingidas e, por outro lado, aquelas mais beneficiadas por todo esse complexo processo. Os autores confirmam tal concepção, ao afirmarem que se caso todo o poder punitivo fosse organizado e gerido por determinados grupos, a solução para resolução deste grave problema social concernente à seletividade, seria suprimir os beneficiários. Entretanto, segundo os autores, a história demonstra que isto é uma falácia, pois, mesmo quando há uma ruptura de poder, “o poder punitivo continua funcionando do mesmo modo e, às vezes, mais violenta e seletivamente ainda”.¹⁷⁵

Desta forma, é possível constatar que não há uma linearidade no que se refere às ideologias que voltam o processo de criminalização às camadas marginalizadas da

¹⁷³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.49.

¹⁷⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.452.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 48-49.

sociedade. No entanto, como qualquer outra forma de controle social, o direito penal, por diversos fatores históricos e sociais, utiliza-se da via seletiva, marca do processo de criminalização, para manutenção da realidade social vigente, ou seja, reprimir, através das agências de criminalização, os já oprimidos, como forma de, seguindo uma lógica da sociedade capitalista, afastar e separar cada vez mais as classes hegemônicas das classes marginais.

4.6 A PRISÃO COMO ÚLTIMO ESTÁGIO DA SELETIVIDADE CRIMINAL

Segundo BARATTA, “as estatísticas indicam que, nos países de capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de extração proletária, em particular, de setores do subproletariados e, portanto, das zonas sociais já socialmente marginalizadas [...]”.¹⁷⁶

Conforme aponta PAVARINI e GIAMBERARDINO, “[...] o sistema de penas legais é estruturalmente essencial à conservação da realidade existente.”¹⁷⁷ O Direito Penal, através das penas criminais, ferramenta, como já demonstrado, de controle social, cumpre seu papel de aumentar ainda mais a distância entre as classes sociais. A prisão é uma instituição extremamente eficaz e útil para tal mister, tendo em vista que neutraliza os sujeitos “excedentes”, os “indesejáveis”, facilitando a manutenção da estrutura econômica e social.

O encarceramento [...] é capaz de desempenhar um papel essencial no funcionamento das sociedades pós-modernas, neoliberais: a de instrumento “civilizado” e “constitucional” de segregação das populações problemáticas criadas pela economia e pelos arranjos sociais atuais. [...] A prisão reinventada da atualidade é uma solução pronta e acabada para um novo problema de exclusão social e econômica.¹⁷⁸

¹⁷⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 198.

¹⁷⁷ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.120.

¹⁷⁸ GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução: André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.422.

Desta forma, marginalizados socialmente, os quais definitivamente não fazem parte dos planos do sistema, ou que contra ele poderiam atentar, são, via processo de criminalização, alvos principais do sistema criminal, acabando por formar a grande clientela das instituições prisionais.

O cárcere, como segmento terminal e essencial do processo seletivo de produção e reprodução das distâncias sociais levadas adiante pelo sistema penal, cumpre sua função de abarcar a marginalidade econômica, social e cultural.¹⁷⁹

As penas, principalmente a pena de prisão, são a forma de controle social, ou seja, de manutenção da realidade social vigente, mais drástica, incisiva e contundente existente, ela estigmatiza o sujeito para o resto de sua vida, independente de qual seja o motivo que tenha levado o indivíduo a fazer parte da população carcerária.

A pena tem a “importante” função dentro do sistema criminal de estabelecer, em definitivo, este estigma, ou seja, transformar transgressores em criminosos, sendo esta capacidade a que estabelece o sistema penal como importante instrumento de controle social.¹⁸⁰ No entendimento de PAVARINI e GIAMBERARDINO:

A aplicação seletiva das penas legais, por sua natureza estigmatizante no processo de criminalização, é o momento essencial na manutenção de uma sociedade verticalizada. Ao incidir negativamente sobre o status social dos indivíduos, a sanção penal atua bloqueando a mobilidade social.¹⁸¹

A prisão é o ápice da rotulação de um indivíduo como criminoso. Este rótulo, por sua vez, é absorvido pelo próprio rotulado, fazendo com que este, já que é “apontado” por toda sociedade como um agente desviante, não lhe sendo proporcionada qualquer perspectiva de reintegração social livre da etiqueta que lhe fora imposta, assuma essa atribuição e continue, por conseguinte, a cometer atos delituosos. CIRINO DOS SANTOS expõe as consequências da rotulação criminal da seguinte forma:

¹⁷⁹ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.120.

¹⁸⁰ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.162.

¹⁸¹ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.119.

O rótulo criminal, principal elemento de identificação do criminoso, produz as seguintes consequências: assimilação das características do rótulo pelo rotulado, expectativa social de comportamento do rotulado conforme as características do rótulo, perpetuação do comportamento criminoso mediante formação de carreiras criminosas e criação de subculturas criminais através de aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados.¹⁸²

A rotulação por si só exclui e obriga aos indivíduos rotulados a buscarem outras formas de inserção e sobrevivência social, levando-os a criar e a identificar-se com as subculturas existentes neste “espaço de excluídos”, nos quais todos tendem a se comportar conforme a rotulação que lhes foi imposta, ou seja, assumem a função de indivíduos inimigos da sociedade dita do “bem”.

Assim também acredita KARAM, ao afirmar que:

A estigmatização e culpabilização produzidas pela imposição da pena, especialmente a visível e simbólica pena privativa da liberdade, **provocam a interiorização do papel do “criminoso”**. As definições legais e a rejeição social por elas produzida frequentemente determinam a percepção do eu como efetivamente desviante, **assim conduzindo a pessoa a viver marginalmente, conforme esta imagem interiorizada.**¹⁸³ (grifo nosso)

Ademais, a construção midiática de que as pessoas presas estão lá por terem cometido fatos socialmente graves é um dos aspectos principais de legitimação do cárcere e da criação do estigma de aversão às pessoas que estão ou que passaram pelo sistema prisional. Todavia, a realidade prisional é bastante diferente, sendo uma comprovação da concepção parcial da seleção do delinquente; assim corroboram ZAFFARONI e BATISTA:

A comunicação social divulga uma imagem particular da consequência mais notória da criminalização secundária – a prisonização – ensejando a suposição coletiva de que as prisões seriam povoadas por autores de fatos graves (“delitos naturais”) tais como homicídios, estupros etc., quando, na verdade, a grande maioria dos prisionados o são por delitos grosseiros cometidos com fins lucrativos

¹⁸² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.64.

¹⁸³ KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p.98.

(delitos burdos contra a propriedade e pequeno tráfico de tóxicos, ou seja, a obra tosca da criminalidade).¹⁸⁴

Para KARAM, talvez essa seja a função principal da pena prisional, qual seja, construir uma imagem aversiva e afastada do “criminoso”:

[...] a mais relevante função real desempenhada pela pena privativa de liberdade, a permear toda a história, está na construção e propagação da imagem do criminoso – visto como o outro, o perigoso, o inimigo, o mau -, com o que se facilita a minimização de condutas e fatos não criminalizados ou não criminalizáveis socialmente mais danosos, com o que se ocultam os desvios estruturais, encobertos pela crença nos desvios pessoais, dos quais se nutre a reação punitiva.¹⁸⁵

A afirmação da autora traz a tona outra função concernente à seletividade estabelecida através das reais condenações, a qual seja, encobrir os demais comportamentos sociais desviantes, os quais não são atingidos pelo Direito Penal. Ou seja, “encoberta-se outros comportamentos socialmente danosos, fazendo com que a seletividade guarde, como inevitável efeito colateral, o encobrimento de uma ampla ilegalidade criminal que resta impunida.”¹⁸⁶

Além do mais, a fácil identificação do “indivíduo criminoso” proporcionada pela pena de prisão produz uma sensação de segurança social e mental – segurança do indivíduo ao crer-se como cidadão de bem, um inocente social. A pena aos selecionáveis tem o poder de produzir uma dicotomia social, dividindo a sociedade entre pessoas “boas” e “más”, a pena, pois, mais do que punir alguns, absolve a maioria. Fato este que corrobora fortemente para a manutenção do Direito Penal da forma que é, tendo em vista que as suas verdadeiras vítimas, os criminalizados, além de se encontrarem isolados, também carregam todo esse fardo de serem as figuras de autoafirmação de todo o restante da sociedade.

A identificação do “criminoso” em indivíduos isolados e facilmente reconhecíveis produz uma sensação de alívio. O “criminoso” é o

¹⁸⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 47.

¹⁸⁵ KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p.84.

¹⁸⁶ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.141.

outro. Quem não é processado ou condenado vive uma conseqüente sensação de inocência. A imposição da pena a um apontado responsável pela prática de um crime funciona como a “absolvição” de todos os não selecionados pelo sistema penal, que, assim, podem comodamente se autointitular “cidadãos de bem”, diferentes e contrapostos ao “criminoso”, ao “delinquente”, ao mau.¹⁸⁷

Esta ideia é expressa por BARATTA como o “princípio do bem e do mal”, um dos quais é base da ideologia tradicional da defesa social, ou seja, “o delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.”¹⁸⁸. Isso gera uma suposta coesão social, tendo em vista que todos (da “sociedade do bem”) entendem estar, juntos, do mesmo lado, sendo os verdadeiros respeitadores e representantes da sociedade. “É apenas na prática da exclusão social de alguns que o sistema de justiça penal pode produzir uma maior inclusão da maioria.”¹⁸⁹

[...] para a real eficácia do sistema penal é imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, sendo exemplarmente identificados como “criminosos”, possam emprestar sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso, e, assim, possibilitar, simultânea e convenientemente, o reconhecimento dos “cidadãos de bem” e a ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder.¹⁹⁰

A prisão é a resposta principal, contemporaneamente, do Estado frente aos “indesejáveis”, alvo principal, como visto, do processo de criminalização, além de ser um dos pilares para manutenção de uma estrutura de exploração, como forma de controle daqueles que não “servem” ou não conseguem fazer parte desta estrutura predatória.

O encarceramento ainda é a estratégia central de um sistema que exerce hoje, mais do que nunca, a função de garantia da

¹⁸⁷ KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p.89.

¹⁸⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 42.

¹⁸⁹ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.48.

¹⁹⁰ KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p.90.

operacionalização de uma estrutura política e econômica fundada na exploração da maioria dos seres humanos.¹⁹¹

Os defeitos sociais como, por exemplo, problemas gerais de socialização, baixa escolaridade, desemprego, aspectos marcadamente presentes quando se observa o perfil carcerário, são tidos, numa visão legitimante, como causas da criminalidade, justificando, assim, o maior encarceramento das classes sociais que sofrem destas mazelas (o que por si só já é um discurso extremamente cruel), o que não é a realidade, essas não são as causas decisivas e únicas da criminalidade, mas sim, as causas fundamentais da criminalização.¹⁹²

A mesma visão é explicitada por ZAFFARONI e BATISTA:

Isto leva à conclusão pública de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade, e este conceito acaba sendo assumido por equivocados pensamentos humanistas que afirmam serem a pobreza, a educação deficiente etc., as causas do delito, quando na realidade, são estas, junto ao próprio sistema penal, fatores condicionantes dos ilícitos desses segmentos sociais, mas, sobretudo, de sua criminalização, ao lado da qual se espalha, impune, todo o imenso oceano de ilícitos dos outros segmentos, que os cometem com menor rudeza ou mesmo com refinamento.¹⁹³

Ademais, além de selecionar sua “clientela” nos nichos sociais, os quais mais sofrem com os problemas decorrentes dos defeitos sociais, ocasionados por uma política de exploração e divisão social extrema, o encarceramento também funciona como forma de “esconder” estes problemas sociais, ou seja, isolam-se os problemas, representados pelos indivíduos que vivem marginalizados socialmente.

A etapa do processo de criminalização exercida pelo sistema penal, sobremaneira na imposição de penas, capaz de objetivamente separar a “classe criminosa” do restante da sociedade, é o que legitima todo o processo efetivamente e, por sua vez, o poder punitivo discriminatório. O processo de criminalização, pois, é tido como suficiente para separar “as boas das más pessoas”, conforme a lógica de que só

¹⁹¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 167.

¹⁹² KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p.94 e ss.

¹⁹³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 48.

está lá quem efetivamente merece, concebendo, desta forma, a rotulação negativa de um lado, mas positiva e acalentadora de outro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder punitivo exercido de forma parcial e vertical, características próprias de um estado de polícia, é a essência do sistema penal como instância de controle social, ou seja, de manutenção e resguardo da ordem social vigente, com suas discrepâncias e discriminações peculiares. O estado de polícia, representado pela forma arbitrária e direcional adotada no exercício do poder de punitivo, jamais desapareceu, estando “escondido” por trás das premissas que desenham o estado de direito.

Por sua vez, o processo de criminalização seletivo é a expressão e exteriorização que marca e define este poder punitivo estabelecido de forma desigual; é o processo de criminalização que lhe dá aplicabilidade e, por conseguinte, contorno.

A análise específica das diferentes etapas do processo de criminalização – criminalização primária, expressa na elaboração da legislação penal; criminalização secundária, configurada pela forma em que a referida legislação é aplicada (ou não) e interpretada, refletindo-se concretamente na sociedade; e a execução penal, a qual pode ser compreendida como a etapa terciária da criminalização, caracterizada pela seletividade e, principalmente, pela estigmatização e degradação dos sujeitos que dela sofre – é o que torna palpável e claro os verdadeiros objetivos do poder punitivo, bem como seu caráter discriminatório.

A etapa primária da criminalização já, em que pese o exagero legislativo no que tange a criação de disposições legais, o qual tem como principal razão atender interesses específicos e emergenciais, acalentando reivindicações e trazendo, embora falsas, soluções para problemas sociais determinados, como forma de concretização de interesse particulares, marca a construção abstrata de um poder punitivo claramente discriminatório, ao dotar as condutas ligadas essencialmente aos grupos marginais de uma forma mais simples de compreensão e mais dura de aplicação, bem como delimitando toda a legislação penal, no que tange ao seu “não-conteúdo”, de um viés claramente protetor a uma classe social específica, detentora do poderio econômico e, por consequência possuidora de patrimônio, e de ataque as classes que, por diversas deficiências sociais, têm maior chance de atentar contra os bens patrimoniais.

A criminalização secundária, que define realmente quem adentrará no sistema penal e será rotulado como criminoso, corrobora com o controle social através de sua seleção direcionada aos grupos marginais, tendo em vista pressões políticas e econômicas que o estruturam conforme essa lógica. As agências de criminalização

secundária são formatadas para combater os mais vulneráveis, os quais são incapazes de defender-se contra a forma arbitrária e seletiva que atuam. Ademais, as agências que efetivamente exercem a seleção sofrem inúmeras pressões dos mais diversos grupos sociais, tendo mais força as pressões provenientes dos grupos hegemônicos e daqueles que possuem uma maior representatividade social, pressões essas, as quais, em conjunto, e de forma bastante complexa, definem o caráter ideológico concernente aos critérios de seleção das agências responsáveis pela criminalização secundária.

Por último, o processo final, que se refere à execução penal, tem o papel fundamental de separar de forma contundente os “criminosos”, escolhidos pelo processo de criminalização, da “sociedade de bem”. A execução penal cria e estigmatiza a figura do criminoso, transformando-o em um inimigo social, criando uma sensação de inocência, acalentadora, a todo o restante da sociedade, bem como camuflando os problemas sociais que corroboram o caráter predatório das relações sociais vigentes. Além do mais, é através da execução penal que o poder punitivo demonstra sua eficiência, mesmo que simbólica, fomentando um caráter de efetiva segurança (irreal) e um caráter de solução (não verdadeiro) dos problemas sociais ao sistema penal.

Esse direcionamento específico do poder punitivo em desfavor de determinados nichos sociais é o que demarca o Direito Penal como um instrumento desigual, fomentador da manutenção de uma sociedade separada em exploradores, classes hegemônicas situadas próximas ao centro de decisão e poder, e explorados, classes marginais, afastas dos centros de decisão e poder, que sustentam e ao mesmo tempo, quando “desnecessárias”, ou quando “perigosas” ao sistema, são afastadas e selecionadas ou pressionadas pelos mecanismos que levam a cabo o processo de criminalização.

Em outras palavras, o sistema penal mostra-se como importante ferramenta de controle social, este por sua vez entendido como o controle sobre camadas populacionais marcadamente excluídas, como forma de manutenção da lógica social vigente. Dessa forma, o cidadão marginalizado deve ser controlado, dulcificado, de modo a não representar um perigo ao estado ou à sociedade.

Dentre as formas de controle, o direito penal surge como um dos principais, atuando principalmente no combate a crimes relacionados às classes marginalizadas, como furtos e roubos, bem como externalizando o ideal de uma sociedade moral puritanista, que busca demarcar e contrapor de forma clara “as pessoas boas e as pessoas más”.

Assim, o poder punitivo, através do processo de criminalização, gera sua “clientela” específica, muito bem definida pelo perfil populacional dos encarcerados, bastante distinto, ou ao menos nem um pouco proporcional, à “sociedade” ou aos “cidadãos de bem”.

A realidade predatória do Direito Penal é constantemente “encoberta” e legitimada por discursos racionais que preconizam o sistema e sua aplicação como algo coerente, justo e, principalmente, fundamental para existência e coesão social. A realidade predatória e o discurso legitimador (falso) é a dicotomia que marca todo o Direito Penal, vide a diferença entre os objetivos declarados, exaltados socialmente, e os objetivos reais, camuflados à sociedade, do Direito Penal.

Desta forma, a realidade marcada por um poder punitivo opressor, desigual e mantenedor de uma estrutura exploratória, é legitimada por um discurso que o define como algo justo, igualitário e fundamental para manutenção de uma sociedade equilibrada.

As ideologias que transportam esse discurso falacioso do Direito Penal à sociedade, através de suas características de racionalidade e contundência, são estabelecidas como verdades absolutas, em razão de serem defendidas por instituições de larga representatividade social, como as agências de comunicação, agências religiosas, agências educacionais etc., sendo facilmente incutidas e refletidas nas “teorias de todo dia”, ou seja, a “sociedade” acaba por encarar como algo natural, o que, em verdade, é algo construído, conforme cada contexto social e histórico, para manutenção da sociedade como está concebida, configurando-se, deste modo, como uma ferramenta, talvez a mais contundente no que diz respeito às suas características de repreensão e violência, de controle social. Instrumento que corrobora, pois, uma sociedade de exploração e configurada pela desigualdade.

O poder punitivo desigual, sob a ótica de aplicação conforme a vulnerabilidade do agente, é, volta e meia, marcado pela punição de indivíduos não habituais, os quais por fatores específicos perdem a sua baixa vulnerabilidade ao sistema. Tais punições, também fazem parte do processo de criminalização, o qual, através delas, legitima-se ainda mais, principalmente no que se refere a seu pseudo valor de justiça. Portanto, estas são apenas exceções que nada mais fazem do que comprovar a regra, apesar de simbolicamente, dotarem o sistema de credibilidade.

Desta forma, a real faceta do poder punitivo, não é uma realidade fácil de ser disseminada à sociedade, muitas são as pressões e forças contrárias e pesado é o seu

discurso legitimador, os quais, em conjunto com o caráter de miserabilidade e de total afastamento dos indivíduos que fundamentalmente sofrem com a sua aplicação, dificultando a sua participação no que concerne a uma mudança de paradigma, tornam o discurso cada vez mais incrustado no seio social. Como exemplo, desanimador, pode-se citar os grupos ligados às minorias sociais, os quais, em sua maioria, bebem deste discurso falso do Direito Penal como forma de solução de seus problemas, reivindicando o endurecimento do sistema penal em prol de seus interesses, legítimos e necessários, porém que de forma alguma serão (ou são) resolvidos via sistema penal, assim como todos os demais problemas sociais.

O sistema penal só gera separação e maior desigualdade. É inconcebível querer resolver a violência, através de sua forma talvez mais contundente, a qual é o poder punitivo. Diversos são os valores, os quais passam longe do Direito Penal, que são capazes de gerar integração e uma maior coesão social. Não é possível adotar uma evidente forma de exclusão e de instrumentalização do sujeito como a única ferramenta capaz de fomentar a consciência coletiva acerca de valores e importância da união social. O Direito Penal não cumpre e não merece papel tão nobre.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes”. In: SEMINÁRIO DEPOIS DO GRANDE ENCARCERAMENTO, 2008, Rio de Janeiro. **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução: André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

MARTINEZ, Maurício. Populismo punitivo, maiorias e vítimas. In: SEMINÁRIO DEPOIS DO GRANDE ENCARCERAMENTO, 2008, Rio de Janeiro. **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PASSETTI, Edson. A Atualidade do Abolicionismo Penal. In: PASSETTI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1: Parte Geral**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Delinquência Urbana e Vitimização das Vítimas. In: SEMINÁRIO DEPOIS DO GRANDE ENCARCERAMENTO, 2008, Rio de Janeiro. **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.