



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD**

**BRUNNO RAVELLY DE MEDEIROS MACÊDO**

**UM ESTUDO SOBRE A SELETIVIDADE PENAL – O DISCURSO REAL DA  
MANUTENÇÃO E REPRODUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL**

**SOUSA**

**2021**

**BRUNNO RAVELLY DE MEDEIROS MACÊDO**

**UM ESTUDO SOBRE A SELETIVIDADE PENAL – O DISCURSO REAL DA  
MANUTENÇÃO E REPRODUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Jônica Marques Coura Aragão

**SOUSA**

**2021**



D192a Macêdo, Bruno Ravelly de Medeiros.

Um estudo sobre a seletividade penal: o discurso real da manutenção e reprodução da desigualdade social. / Bruno Ravelly de Medeiros Macêdo. – Sousa, 2021.

68 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2021.

Orientadora: Profa. Dra. Jônica Marques Coura Aragão.

1. Direto Penal. 2. Seletividade do sistema penal. 3. Criminalização primária e secundária. 4. Teoria de Labelling Approach. 5. Desigualdade punitiva. 6. Classe dominante e classe dominada. 7. Aplicação igualitária da lei. I. Aragão, Jônica Marques Coura. II. Título.

CDU: 343.1(043.1)

**Elaboração da Ficha Catalográfica:**

Marly Felix da Silva

Bibliotecária-Documentalista

CRB-15/855

**BRUNNO RAVELLY DE MEDEIROS MACÊDO**

**A SELETIVIDADE PENAL – O DISCURSO REAL DA MANUTENÇÃO E  
REPRODUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Jônica Marques Coura Aragão

Data de aprovação: 13 / 05 / 2021

Banca Examinadora

Orientador: Profa. Dra. Jônica Marques Coura Aragão

Profa. Ms. Carla Rocha Pordeus

Membro (a) da Banca Examinadora

Profa Ms. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

Membro (a) da Banca Examinadora

**SOUSA**

**2021**

*Dedico este Trabalho de Conclusão de Curso ao meu amado e saudoso pai, dono de um amor incondicional pela família, dedicou-se incansavelmente aos seus filhos enquanto habitou neste plano. Pai, logo o senhor, que nunca se furtou de me ajudar no que fosse necessário, não pode estar fisicamente presente para compartilhar comigo essa conquista, mas sei que de onde estiver saberá que ela também é sua.*

## **AGRADECIMENTOS**

Precipuamente, agradeço a Deus, por estar sempre ao meu lado, caminhando comigo, mesmo nos momentos em que duvidei da minha fé. Obrigado por me dar resiliência para lidar bem com a saudade da minha cidade natal, da minha casa, dos meus amigos, para conseguir me adaptar a uma nova vida. “Eis que faço nova todas as coisas” (Apocalipse, 21:5).

De modo especial, sem querer incorrer em reducionismo, agradeço verdadeiramente a Deus pela família que me deste. Meus pais foram, são e sempre serão meus maiores incentivadores, me oferecendo toda a estrutura necessária para que pudesse concluir este curso de maneira satisfatória e agradável. Hoje, tenho minha mãe que caminha ao meu lado, me dando todo aporte e segurança, e meu pai, que me guarda do céu, como um genuíno anjo da guarda, afastando os maus pensamentos e me guiando sempre pelas melhores estradas. Guardo comigo, em especial, sua frase corriqueira: “a vida é igual uma cadeia de montanhas, cheia de altos e baixos”. Continuo enfrentando altos e baixos, mas com a certeza de que isso faz parte da construção da jornada de minha vida.

Diante do ínclito quadro de professores da UFCG - Campus Sousa, tenho que deixar meu agradecimento, de forma geral, a todos que contribuíram direta ou indiretamente com minha evolução e aprendizagem, mas, de modo particular, não poderia deixar de citar as professoras Maria Marques Moreira Vieira (Gracinha) e Jacyara Farias Sousa Marques que estiveram, mesmo fora das paredes da sala de aula, sempre me incentivando, fazendo-me acreditar no meu potencial em momentos que até eu desacreditava. Vocês foram alicerces importantíssimos em minha trajetória acadêmica e resumem de forma muito singela e bonita o verdadeiro sentido de ser um verdadeiro educador (amigo e professor).

Por fim e, não menos importantes, tenho o coração grato pelas grandes amizades que construí ao longo dessa trajetória acadêmica. Não citarei todos os nomes para não incorrer em injustiças, mas não poderia deixar de mencionar as pessoas que dividiram moradia comigo na cidade de Sousa-PB, criando laços que sempre me possibilitaram chamar minha casa de lar. Obrigado, Wendell, Hugo e Policarpo, vocês foram minha família fora de casa.

## RESUMO

Um dos elementos estruturantes de um Estado Democrático de Direito é, sem dúvidas, o Princípio Constitucional da Igualdade. A lei penal deve, portanto, atentar-se a esse princípio, protegendo os interesses da coletividade, sendo construída e aplicada de forma isonômica. Nesta perspectiva convém indagar, a título de problema da pesquisa: Os discursos do Direito Penal, observados na lei e jurisprudência pátrias, cumprem o embasamento principiológico que lhe sustenta? Como hipótese aponta-se que o discurso declarado afirma princípios estruturantes e legitimantes do sistema penal, como a intervenção mínima, igualdade, legalidade, ao passo que o discurso real atua no cumprimento de objetivos latentes das classes dominantes, que almejam o controle social das classes desfavorecidas e afastadas dos centros de poder. Assim, o presente trabalho tem como objetivo geral compreender, com supedâneo na teoria do *labelling approach*, os mecanismos que atuam na criação e autenticação dos objetivos penais declarados em face da sociedade, e que acabam escamoteando os objetivos reais, que atuam na manutenção e reprodução da desigualdade, dando origem à seletividade. No que tange à metodologia, utiliza-se o método dedutivo, partindo de uma análise mais ampla do problema de pesquisa até investigar as premissas que embasam o objetivo deste trabalho, em um contexto mais específico de estudo. As técnicas de pesquisa adotadas: a bibliográfica e a documental indireta, está se debruçando sobre uma amostra da jurisprudência criminal pátria, onde se vislumbra no conteúdo dos julgados, em análise qualitativa, os elementos que identificam traços de arbitrariedade e seletividade do sistema penal, especialmente no bojo das Leis 11.343/2006, 9.455/1997 e 13.260/2016, cujas temáticas serviram de parâmetro para selecionar os julgados. Constatam-se diversas atecnias e, sobretudo, a forte presença do fenômeno do simbolismo penal, na contramão do sistema de garantias constitucionais individuais que limitam expressamente o poder de punir do Estado.

**Palavras-chave:** Discursos penais. *Labelling approach*. Princípios. Descumprimento. Simbolismo.

## ABSTRACT

One of the structuring elements of a Democratic State of Law is, without a doubt, the Constitutional Principle of Equality. The penal law must, therefore, pay attention to this principle, protecting the interests of the community, being constructed and applied in an isonomic way. In this perspective, it is convenient to ask, as a research problem: Do the discourses of Criminal Law, observed in Brazilian law and jurisprudence, fulfill the principiological basis that sustains it? As a hypothesis, it is pointed out that the declared discourse affirms structuring and legitimizing principles of the penal system, such as minimal intervention, equality, legality, while the real discourse acts in the fulfillment of latent objectives of the dominant classes, which aim at the social control of the classes. disadvantaged and away from the centers of power. Thus, the present work has the general objective of understanding, with a background in the theory of the labeling approach, the mechanisms that act in the creation and authentication of the criminal objectives declared in the face of society, and that end up concealing the real objectives, that act in the maintenance and reproduction inequality, giving rise to selectivity. Regarding the methodology, the deductive method is used, starting from a broader analysis of the research problem until investigating the premises that support the objective of this work, in a more specific study context. The research techniques adopted: the bibliographic and the indirect documentary, are looking at a sample of the country's criminal jurisprudence, where the elements that identify traces of arbitrariness and selectivity of the penal system are glimpsed in the content of the judgments, in qualitative analysis, especially within the scope of Laws 11.343 / 2006, 9.455 / 1997 and 13.260 / 2016, whose themes served as a parameter to select those judged. There are several technologies and, above all, the strong presence of the phenomenon of criminal symbolism, against the system of individual constitutional guarantees that expressly limit the State's power to punish.

**Key-Words:** Criminal Speeches. Labelling approach. Principles. Noncompliance. Symbolism.



## SUMÁRIO

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>7</b>  |
| <b>2</b> | <b>O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO E REPRODUÇÃO I</b>                                     |           |
| 2.1      | ESCOLA CLÁSSICA: RUPTURA COM O ANTIGO REGIME E O<br>NASCIMENTO DE UMA NOVA FORMA DE CONTROLE SOCIAL..... | 10        |
| 2.2      | A ESCOLA POSITIVISTA: A CRIMINOLOGIA ENQUANTO CIÊNCIA E A ESTEREO  |           |
| 2.3      | CRIMINOLOGIA CRÍTICA: CLASSE DOMINANTE X CLASSE<br>DOMINADA .....  | 21        |
| <b>3</b> | <b>SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL À LUZ DA TEORIA DO <i>LABELLING APPRO</i></b>                           |           |
| 3.1      | CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA.....   | 27        |
| 3.2      | CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA.....   | 32        |
| <b>4</b> | <b>O DISCURSO REAL DO DIREITO PENAL E O SIMBOLISMO LEGAL .</b>   | <b>38</b> |
| 4.1      | DISCURSOS PENAIS: OBJETIVOS REAIS E DECLARADOS .....   | 39        |
| 4.2      | MECANISMO PENAL MUDIÁTICO E O SIMBOLISMO PENAL.....  | 45        |
| 4.3      | LEIS PENAIS E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: SIMBOLISMO,<br>ARBITRARIEDADE E REGRESSÃO DE DIREITOS. ....     | 49        |
| 4.3.1    | <b>Lei Federal nº 11.343/2006 - Lei de Drogas .....</b>  | <b>49</b> |
| 4.3.2    | <b>Lei de Tortura - Lei Federal nº 9.455/1997 .....</b>  | <b>53</b> |
| 4.3.3    | <b>Lei Antiterrorismo - Lei Federal nº 13.260/2016 .....</b>   | <b>54</b> |
| <b>5</b> | <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>  | <b>58</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal nasce para tutelar os bens jurídicos de maior relevo social, protegendo os interesses da coletividade, sendo aplicado de forma igualitária, a quem quer que o viole, com justiça e proporcionalidade; esse é o discurso declarado pelas instâncias oficiais, responsáveis pelo controle da criminalidade, ligadas ao governo. Esse discurso cumpre uma função bem clara, que é a de legitimar o sistema penal vigente e, na prática, acobertar o movimento que acontece nos bastidores do mundo jurídico, o objetivo real do Direito Penal, que é a manutenção dos interesses das classes dominantes através de leis classistas e seletivas.

Ao longo da história da humanidade surgiram diversas Escolas da Criminologia que desenvolveram teorias sobre o crime e sua forma de ser visto na sociedade. O desenvolvimento dessas Escolas, desde a Clássica até a Crítica, foi marcado por mudanças nos discursos dominantes e rompimento de paradigmas, cada qual tendo a devida importância nos seus respectivos períodos históricos, todavia, insta perceber que quase sempre escondiam objetivos escusos, influenciados por interesses de determinadas classes, que acabavam escamoteados pela retórica e promessas de avanços científicos no controle da criminalidade.

A seletividade do sistema penal é uma pária social que macula princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, precipuamente o da Princípio da Igualdade. A teoria do *labelling approach*, ou teoria do etiquetamento, auxilia no entendimento dos processos de criminalização, cuja ciência é necessária para compreender o porquê de determinados sujeitos terem mais ou menos chances de serem alvos da persecução penal.

Os discursos dominantes norteiam os processos de criminalização de determinada sociedade. A mídia acaba exercendo papel fundamental na legitimação e validação de determinado discurso bombardeando a coletividade com notícias sensacionalistas de delitos ocorridos, que tratam a questão criminal de forma rasa, apresentando soluções fáceis para problemas complexos, estabelecendo o senso comum, levando todo e qualquer cidadão a crer que sabe como resolver os problemas da criminalidade, o que culmina sempre no recrudescimento das leis penais, cada vez mais afastadas das garantias processuais, em nome de uma

pretensa paz, que estaria sendo violado por grupos determinados, que se opõem ao sistema.

O clamor social, contaminado pelo discurso do senso comum, pressiona os parlamentares para enrijecerem a lei penal às pressas. Estes acabam cedendo, receosos com os ônus político que lhe assolam, e os resultados são o expansionismo penal e o direito penal simbólico, representações de um sistema hipertrofiado e disfuncional, que serve para acalmar a sociedade, mas, na prática, tem pouca ou nenhuma eficácia no combate à criminalidade.

Diante desse contexto, o presente trabalho de conclusão de curso terá como objetivo geral compreender, com supedâneo na teoria do *labelling approach*, os mecanismos que atuam na criação e autenticação dos objetivos penais declarados em face da sociedade, e que acabam escamoteando os objetivos reais, que atuam na manutenção e reprodução da desigualdade, dando origem à seletividade e aumentando a segregação social entre os mais ricos e mais pobres.

Os objetivos específicos se propõem a: i) Observar o processo histórico de desenvolvimento da Criminologia, destacando a mudanças de abordagem sobre o direito penal e como os discursos de cada época privilegiam os interesses de determinadas classes em desfavor de outras; ii) Entender os processos de criminalização primária e secundária, à luz da teoria do *labelling approach*; iii) Identificar como a mídia influencia na criação e legitimação dos discursos penais, identificando-os nos discursos presentes na amostra leal e jurisprudencial investigadas.

A presente pesquisa desenvolvida encontra justificativa na seletividade que assola o sistema penal desde sempre; tendo início com a criação das leis, seguindo até a aplicação da pena e a execução da punição estatal imposta aos condenados. A sociedade cria estereótipos do delinquente, as pessoas que se aproximam das características rotuladas acabam facilmente se tornando alvos potenciais do sistema penal que referenda sua atuação através dos discursos dominantes propagados à massa, transfigurando-se em senso comum, que acaba referendando essa operacionalização.

No que se refere à metodologia a ser utilizada, aponta-se o método dedutivo, partindo-se de uma análise mais ampla do problema de pesquisa até investigar as premissas que embasam o objetivo deste trabalho, em um contexto mais específico de estudo. Por sua vez, as técnicas de pesquisa adotadas serão a bibliográfica e a

documental indireta, esta se debruçando sobre uma amostra da jurisprudência criminal pátria, onde se vislumbrará no conteúdo dos julgados, em análise qualitativa, os elementos que identificam traços de arbitrariedade e seletividade do sistema penal, especialmente no bojo das Leis 11.343/2006, 9.455/1997 e 13.260/2016, cujas temáticas serviram de parâmetro para selecionar os julgados. Nesse esteio constatar-se-á possíveis atecnias e, sobretudo, a forte presença do fenômeno do simbolismo penal, na contramão do sistema de garantias constitucionais individuais que limitam, expressamente, o poder de punir do Estado.

Por fim, destaca-se a estrutura deste trabalho, que se dividirá em três capítulos. O primeiro se destinará a estudar a história da Criminologia, analisando os discursos de cada Escola, as concepções de crimes e paradigmas rompidos, desde a escola Clássica até a Crítica. O segundo capítulo se debruçará sobre os processos de criminalização primária e secundária, teorizados pelo *labelling approach*, para entender como se externaliza a seletividade no sistema penal. No terceiro e último capítulo será analisada a formação e legitimação do discurso dominante e como a mídia atua nesse processo através da manipulação do senso comum; também se observará o fenômeno do simbolismo penal, concluindo com a análise da amostra leal e jurisprudencial selecionada, consistente em: i) estudo de três leis penais, à luz da Constituição Federal de 1988; e ii) análise da jurisprudência, destacando traços de retrocesso, seletividade, arbitrariedade e simbolismo do sistema penal.

Ao final, pretende-se responder o problema da pesquisa, ao alcançar o objetivo geral e cada um dos objetivos específicos apontados, quando, então, será possível compreender o comportamento do cenário jurídico-penal e o seu estranhamento com os ditames de um Estado Democrático de Direito, conforme será examinado à luz do Princípio Constitucional da Igualdade e demais princípios pertinentes ao tema.

## **2 O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO E REPRODUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL**

A seletividade do sistema penal é um tema bastante delicado, pois ao afirmá-la está-se pondo em dúvida a verdade e eficácia de princípios basilares, não só do direito penal, mas do ordenamento jurídico de forma geral, a exemplo da intervenção mínima, igualdade de todos perante a lei, além dos questionamentos sobre as reais funções da pena e do cárcere. Um sistema penal seletivo também revela a sujeição das classes dominadas às classes dominantes, desde a criação das leis até o julgamento de determinado delito, criando uma poderosa máquina de controle social das massas.

Para que se possa entender e levantar uma discussão mais aprofundada a respeito do tema do presente capítulo, faz-se necessária uma revisão histórica das escolas criminológicas, desde o pensamento clássico até a criminologia crítica ou sociológica. A partir dessa introdução, buscar-se-á demonstrar que, ao passo que o estudo acerca do delito, vítima e delinquente foram se modernizando, mudava-se também a forma de controle exercido pelas classes dominantes sobre as classes dominadas, dando continuidade ao sistema de poder, onde a máxima: igualdade de todos perante a lei, nunca passou de mera ficção, distante das constatações empíricas.

### **2.1 ESCOLA CLÁSSICA: RUPTURA COM O ANTIGO REGIME E O NASCIMENTO DE UMA NOVA FORMA DE CONTROLE SOCIAL**

Quando se planeja estudar a história da criminologia enquanto ciência, é imperioso tratar da Escola Clássica, apesar de muitos autores questionarem o termo “Escola Clássica da Criminologia” – visto que a criminologia só surgiu como ciência mais tarde com o positivismo e seus métodos instrumentais – é indiscutível a sua importância para o desenvolvimento dessa ciência, pois representa uma demarcação basilar muito importante, qual seja, o rompimento do antigo regime, caracterizado pela discricionariedade da justiça e penas desumanas – lembre-se

aqui dos suplícios –, para um novo projeto, influenciado por ideias iluministas e que fundou uma nova forma de pensar o homem e os delitos (GOUVEIA, 2016).

O século XVIII foi marcado por intensos debates e contestações às práticas penais vigentes ao longo de toda a idade média. As penas do chamado antigo regime eram cruéis e desumanas, tendo como dispositivos penais mais conhecidos da época o Código de Hamurabi e a Lei de Talião, nos quais imperava o princípio do “olho por olho, dente por dente”, que acabou criando e naturalizando a execução de penas atroz, os chamados suplícios, a exemplo da tortura, enforcamento, decapitação, morte por inanição, entre outras penas (FOUCAULT, 2000; apud SANT’ANA & JUNIOR, 2000).

Nesse ínterim é que surge a Criminologia Clássica ou liberal, como também é conhecida, forjada no final do século XVIII e início do século XIX por reformadores que pretendiam criar um sistema penal mais claro e baseado numa maior igualdade, com vistas a proteger os indivíduos dos vícios e excessos das instituições existentes, generalizando a consciência de que era preciso punir de uma forma diferente (GOUVEIA, 2016).

A escola clássica foi diretamente influenciada pelo iluminismo em ascensão na Europa, por isso deve-se fazer um brevíário do que foi esse movimento e em quais ideias se ancorava.

Pois bem, o iluminismo está inserido na época das revoluções liberais burguesas, desde as revoluções inglesas até a Revolução Francesa. Diante disso pode-se afirmar que o movimento iluminista nasceu num contexto revolucionário, o que demarcou o seu aspecto crítico pelo qual se definiu e se constituiu. Esse período de tempo europeu se caracterizou pela ênfase dada a experiência e a razão, em detrimento do conhecimento religioso e de autoridades tradicionais. O teocentrismo, que colocava Deus no centro de tudo, começou a perder força, dando lugar ao antropocentrismo, onde o homem começa a pensar em uma razão alheia a Deus e ao senso comum. (BLACKBURN, 2007; apud GOUVEIA, 2016)

Partindo desta máxima, este novo Homem, secularizado e dotado de razão, encontra os fundamentos do seu progresso na investigação dos limites dessa mesma razão, o que fá-lo colocar-se na posição de objeto de si próprio, e aqui temos a ideia de antropocentrismo, que tanto caracterizou o Renascimento e o Iluminismo, o Homem no centro do universo (GOUVEIA, 2016, p. 6).

O iluminismo teve grande influência da doutrina liberal, inclusive foi capitaneado não só por filósofos, mas por economistas, a exemplo de Adam Smith – importante teórico do liberalismo – e historiadores, como Vico e Gibbons Silva. A burguesia inspirou-se nos ideários do iluminismo para legitimar suas revoltas e oposições aos comandos unilaterais do soberano, por isso esse movimento também marcou a ascensão daquela classe. Ainda exerceu grande influência sobre as sociedades ocidentais do século XIX e XX que constituíram-se sob os princípios da razão acima da fé, o progresso, o governo representativo da vontade popular, as liberdades individuais e culto pela ciência (GOUVEIA, 2016).

Como citado alhures, a Escola Clássica surge influída pelos ideários iluministas, contando com a colaboração de diversos intelectuais, dentre os quais Cesare Beccaria, um dos mais importantes – se não o mais –, que produziu *dos delitos e das penas*, cujo conteúdo foi amplamente incorporado pela legislação penal dos principais países europeus.

*Dos delitos e das penas* foi um marco, com ideias muito à frente de seu tempo. Nessa obra Beccaria combate a tradição jurídica e invoca novos elementos como a razão e a consciência pública contra as barbáries dos sistemas punitivos da época. Foi nessa obra que se delineou, pela primeira vez na seara penal, claramente a separação entre crimes e pecados, afirmando que a lei deveria ser o único parâmetro para regulação das relações, bem como se opôs à pena de morte, questionando a sua eficácia. (SANT'ANA e JUNIOR, 2019).

A escola clássica limitou-se ao estudo do crime, das penas e sua eficácia, seus precursores demonstravam pouco ou nenhum interesse na figura do criminoso e possíveis processos sociais criminógenos. As penas deveriam ser aplicadas de modo proporcional ao delito cometido, evidenciando o seu caráter meramente punitivo, de retribuição do mal causado (SANT'ANA e JUNIOR, 2019).

Para explicar o fenômeno do crime e a legitimidade da pena, os clássicos se arrimavam em dois pilares teóricos: o contratualismo e o utilitarismo.

Em breve síntese, o contratualismo traz a ideia de contrato social, definido por Locke como “o pacto que existe e deve necessariamente existir entre indivíduos que se associam ou fundam um Estado”. Segundo Sant'ana e Junior (2019) nesse pacto cada indivíduo abre mão de uma parcela de sua liberdade em prol da segurança e bem estar da coletividade. Por força da ideia de contrato social, o Estado passa a ter

o direito de administrar nossas vidas e legitimidade para punir aqueles que violem as regras do pacto.

o crime deve ser entendido como uma violação àquele contrato, ou seja, não da vontade de uma figura onipotente (Deus ou um soberano), como acontecia no Antigo Regime, mas da própria vontade geral. Ou seja, a soberania passa a residir nos cidadãos; e a lei, por conseguinte, deve ser aplicada a todos de forma igualitária. Assim, a pena deve estar escrita na lei ao invés de ser uma decisão arbitrária inerente ao julgamento, já que é da vontade geral sentir maior segurança e confiança no sistema penal, a fim de não ser uma possível vítima discricionária do sistema. (GOUVEIA, 2016, 48)

Já a doutrina do utilitarismo era utilizada para explicar o fenômeno do crime. Para os seus adeptos os indivíduos respeitavam a norma sempre que as consequências de sua adoção fossem efetivamente melhores do que as alternativas a ela, o que caracteriza o princípio da utilidade ou da maior felicidade. Nesse sentido o delito era compreendido como uma decisão livre e racional, através de um cálculo que mede os custos e benefícios de cada ação. Tendo isso em vista os clássicos defendiam que a punição deveria ser um pouco superior aos benefícios advindos da prática de um ato criminal, respeitando a proporcionalidade, não sendo justo e nem muito menos eficaz uma pena desproporcional e espetacular, como ocorria nos suplícios (GOUVEIA, 2016).

Do princípio utilitarista da máxima felicidade do maior número e da ideia do contrato social segue-se que o critério da medida da pena é o mínimo sacrifício necessário da liberdade individual que ela implica; enquanto a exclusão da pena de morte é derivada por Beccaria da função mesma do contrato social, com a qual aquela contrastaria logicamente, já que é impensável que os indivíduos espontaneamente coloquem no depósito público não só uma parte da própria liberdade, mas sua própria existência. (BARATTA, 2002, p. 34).

Conhecendo a influência do utilitarismo sobre a Escola Clássica, nota-se que as ideias de livre arbítrio, consciência e autodeterminação, gozam de *locus* privilegiado nesse campo teórico. A liberdade é tida como protagonista da essência humana, para os clássicos fatores endógenos e exógenos não influenciavam no cometimento ou não de delitos. A única exceção vislumbrada era a dos loucos e crianças, em decorrência da inimputabilidade e incapacidade inerentes a esses



sujeitos. (SANT'ANA; JUNIOR, 2019).

Viu-se que a Escola Clássica foi um marco na reforma penal, rompendo com o antigo regime para a adoção de penas mais justas e proporcionais, bem como estabeleceu alguns limites à discricionariedade das autoridades da época. O surgimento de tal processo tem estreita relação com os interesses da burguesia, que vislumbrou no Direito Penal um forte instrumento de controle e ascensão ao poder político, elaborando, para tanto, uma nova racionalidade punitiva capaz de proteger os seus próprios interesses, bem como contrapor as tradicionais práticas penais absolutistas (SANT'ANA; JUNIOR, 2019).

O espaço social foi reorganizado – surge a medicina social, escolarização em massa, a polícia, os métodos de racionalização da produção, os sistemas carcerários – com o escopo de impedir que as massas populares descambassem para as ilegalidades, desrespeito à propriedade privada, não pagamento de impostos exigidos pelo Estado. A não observância da lei começa a ser combatida não apenas pela punição, mas previamente, pelos diversos dispositivos disciplinares (pedagógico, médico, militar, etc) que criariam gerações de indivíduos obedientes à lei. Lei essa que se impõe agora de maneira sutil, pelo lento aprendizado e disciplina, pelo adestramento de massa. Ao mesmo tempo em que se educa o povo, promovem-se campanhas de higiene, serviço militar obrigatório (RAUTER, 2003).

se de um lado não se tem mais as formas claramente violentas de punição, como o açoite, os suplícios, as fogueiras ou os métodos de intimidação exercidos diretamente sobre o corpo, surgem, de par com este aparente abrandamento das penas, - novas tecnologias de poder capazes de, com diferentes métodos, conseguir a sujeição e a docilidade dos indivíduos (RAUTER, 2003, p.20).

Focault (2000; apud SANT'ANA; JUNIOR, 2019) afirma que o contexto em que a Escola Clássica está inserida não evidencia nada além de uma nova modalidade de exercício de poder e suplício. A reforma penal instaurada questionava o poder absoluto do soberano, mas não provocava um real enfrentamento ao mesmo, ao contrário, o liberalismo gozava de estreitas relações com o absolutismo.

Diante desse cenário, já era possível vislumbrar o lugar político e de classe social ocupado pelo direito penal e suas engrenagens. A igualdade formal, proclamada como princípio basilar, não passou de objetivo declarado, não se

fazendo valer como igualdade real, visto que as ilegalidades populares eram os principais alvos da nova justiça que se instalava. Percebe-se que nesse momento o controle penal era mais atento e seletivo às camadas pobres da sociedade, uma vez que o grande eixo organizador da política criminal liberal orbitou em função da propriedade privada dos direitos individuais. Foi uma verdadeira ascensão de um direito penal burguês, comprometido com os interesses e aspirações dessa classe (SANT'ANA; JUNIOR, 2019).

Toda essa arquitetura econômico-jurídica, junto ao discurso de humanização das penas, culminou com a emergência da pena de prisão. É fato que a prisão já existia, mesmo nas sociedades pré-capitalistas, mas é com a vigência do modo de produção capitalista que o cárcere se fixa como pena regular. Nota-se aqui uma relação de interdependência entre modo de produção, mercado de trabalho e sistema carcerário. A exploração humana, a descartabilidade dos excedentes e a necessidade de instituições capazes de controlar penalmente a miséria, os insubordinados, de modo a “recuperá-los” e trazê-los de volta ao esquema produtivista. Esse conjunto de fatores tornaram a prisão um estabelecimento necessário ao capitalismo (SANT'ANA; JUNIOR, 2019).

As classes sociais despossuídas constituem, assim, o objetivo principal das instituições penais. A história dos sistemas punitivos é, nessa perspectiva, uma história das “duas nações”, isto é, das diversas estratégias repressivas de que as classes dominantes lançaram mão através dos séculos para evitar as ameaças à ordem social provenientes dos subordinados (GIORGI, 2006, p.39).

As necessidades da burguesia europeia colaboraram para uma naturalização da periculosidade da pobreza. No transcorrer do século XIX os índices de criminalidade contra a propriedade estavam em franca elevação, o que teve como consequência o clamor das classes mais abastadas por penas mais severas, maior vigilância e retorno aos castigos físicos. Não coincidentemente nota-se o engendramento da expressão “classe perigosas” para se referir aos que tivessem alguma passagem pela prisão, aos que viviam em locais marcados pelas condições precárias de habitação e, principalmente, aos que não foram incorporados pelo mercado de trabalho. Foi um mecanismo estratégico para responsabilizar os pobres pela miséria e aumento da criminalidade, vistos como frutos de vícios e ociosidade,

supostamente inerentes a esta classe social. Notadamente essa interpretação da realidade desconsiderava os flagelos sociais gerados pelo sistema capitalista de produção em massa (SANT'ANA; JUNIOR, 2019).

Apesar do discurso em torno da igualdade sustentado pelo liberalismo, as classes sociais mais pobres passaram a figurar como principal alvo da política criminal, logicamente, visto que eram submetidas a condições de trabalho subumanas, privadas de direitos básicos, vivendo em condições precárias, logo não seria difícil prever que em algum momento essas classes seriam fiscadas pelo sistema penal. Tudo isso era legitimado pelo argumento de cisão por livre escolha ao contrato social, o que acabou por criminalizar os pobres, que eram submetidos ao sofrimento legal em favor de um suposto bem estar coletivo (GIORGI, 2006).

Diante desse cenário, nota-se que apesar de seu caráter inovador e preocupação com leis e sanções penais mais humanizadas e eficazes, a Escola Clássica não só desconsiderava o debate acerca dos elementos constituintes do ato criminoso, como delega ao campo da liberdade individual e da liberdade de escolha a responsabilidade pelo cumprimento ou não do contrato social, pelo gozo de uma vida como “cidadão de bem” ou marginal (SANT'ANA; JUNIOR, 2019).

Vê-se, pois, que a “criminologia liberal” contribuiu para o surgimento de uma nova forma de controle social, que não mais era exercido por meio dos suplícios, mas elevando o direito penal e a proporcionalidade das penas como regulador das boas relações. Infelizmente, ao não se preocupar em estudar o comportamento criminoso, atendo-se apenas em eleger quais condutas e segmentos deveriam ser criminalizados, a Escola Liberal tornou evidente a influência dos interesses de classe, o que acabou contribuindo, sobremaneira, para a criminalização seletiva.

## 2.2 A ESCOLA POSITIVISTA: A CRIMINOLOGIA ENQUANTO CIÊNCIA E A ESTEREOTIPIZAÇÃO DO DELINQUENTE.

O final do século XIX e início do século XX marcaram o surgimento da Escola Positiva, tendo esta exercido grande influência para o desenvolvimento da criminologia contemporânea como é conhecida. Sua importância é destacada principalmente porque foi responsável por inaugurar o período científico da

Criminologia, com metodologia e epistemologia demarcadas (BANDEIRA; PORTUGAL, 2017).

É bem verdade que o surgimento da Escola Positiva também foi uma contrarreação ao pensamento clássico, que acabava sendo muito subjetivista, uma vez que pensava no crime como um ente jurídico e atribuía o seu cometimento, simplesmente, ao livre arbítrio do delinquente, que racionalmente sopesaria em sua mente os benefícios e malefícios de seu ato e acabava julgando aqueles maiores que estes. Essa análise era muito inconclusiva e acabava impossibilitando a criação de estratégias e políticas de prevenção com escopo de reduzir os índices de criminalidade, cada vez mais crescentes.

A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo (BARATTA, 2002, p.38).

Para os positivistas o delito era compreendido como um ente natural, um fenômeno necessário, assim como a morte e o nascimento. Diferentemente do pensamento clássico, que atribuía a ação de delinquir a um ato de livre vontade do sujeito, a escola positiva relacionava o crime com um forte determinismo – seja biológico, social ou psíquico – de modo que aquele acabava sendo, no fim das contas, uma expressão da realidade em que o criminoso estava inserido (BARATTA, 2002).

Uma primeira diferença marcante entre as escolas Clássica e a Positiva é que o objeto de estudo daquela era o fato-crime, enquanto esta direcionava seus estudos à pessoa do delinquente, conduzindo-o para o centro de suas análises, observando nele estigmas decisivos da criminalidade (WERMUTH; CAMPOS, 2020).

Outra disparidade entre as escolas refere-se à metodologia aplicada por cada uma delas. Enquanto os clássicos, seguindo uma orientação filosófica, utilizavam-se da abstração para entender o fenômeno criminal, os positivistas, por sua vez, de orientação científica, optaram por uma investigação empírica, como foco na figura do delinquente (ARAÚJO, 2010).

Os maiores expoentes da escola positiva foram Lombroso, Ferri e Garófalo,

dentre os quais o médico Cesare Lombroso foi, sem dúvidas, o mais destacado, sendo intitulado por muitos como o pai da criminologia científica. Em 15 de abril de 1876 é publicado o livro mais célebre de Lombroso: o homem delinquente. Nesta obra o autor discute a teoria da criminalidade congênita, advogando a ideia de que os indivíduos seriam biologicamente predispostos a delinquir, ao incivilizado, criando a figura do criminoso nato (SANTOS, 2008).

Lombroso representa a orientação antropobiológica da escola positiva. Sua teoria da criminalidade acentua os fatores biológicos individuais e o caráter atávico-regressivo do delinquente, ou seja, o autor defendia que os criminosos e não criminosos se distinguiam entre si por conta de uma série de anomalias e estigmas que eram herdados dos seus antepassados. Essa tese defendia que os delinquentes seriam produto de uma regressão hereditária aos estados humanos primitivos, uma espécie inferior ao *homo sapiens*, como se tivessem dado um salto para trás hereditariamente (BANDEIRA, PORTUGAL, 2017).

O criminoso definido como nato era ser atávico e, por isso, inferior biológica e socialmente, tendo em sua formação hereditária lacunas que acabariam sendo preenchidas por estigmas degenerativos naturais, formando indivíduos com certas características físicas e morais com distinções psicossomaticamente reconhecíveis: o homem honesto e o homem criminoso (MEDEIRO, 2019, p.175).

Por ser médico, Lombroso se ateu às formações físicas humanas encontradas reincidentemente em perigosos criminosos da época para formular sua teoria. Aqui, nota-se uma falha na análise de Lombroso, pois este só analisava as características individuais de sujeitos já encarcerados ou já falecidos, não chegando a analisar os indivíduos que entrariam no sistema penal, mas apenas os reclusos dele (MEDEIRO, 2019).

Lombroso apontava como características físicas do delinquente nato:

prognatismo inferior, nariz torcido, lábios grossos, arcada dentária defeituosa, braços excessivamente longos, mãos grandes, anomalias dos órgãos sexuais, orelhas grandes e separadas, polidactia. As características anímicas, segundo o autor, são: insensibilidade à dor, tendência à tatuagem, cinismo, vaidade, crueldade, falta de senso moral, preguiça excessiva, caráter impulsivo (LOMBROSO, 2007 apud MEDEIRO, 2019, p. 176).

A teoria Lombrosiana, que tinha uma visão predominantemente antropológica, muito embora não negligenciasse os fatores sociais e psíquicos, foi ampliada por Ferri, que destacou a acentuação dos fatores sociológicos, não obstante, o autor também levava em consideração os fatores antropológicos e físicos para fundamentar a gênese da criminalidade (BARATTA, 2002).

Como dito, Ferri foi responsável por destacar os fatores sociológicos do positivismo criminológico. O ponto de partida do seu pensamento é a negação do livre arbítrio, que, para o autor, não passava de uma mera ilusão subjetiva, sem fundamento algum, da qual não se podia tirar conclusões científicas. Dessa maneira o indivíduo responde por seus atos porque vive em sociedade, não sendo necessário falar em livre arbítrio para fundamentar a responsabilidade. Ferri defendia que o delito era produto de uma anomalia biológica, física e social (BANDEIRA; PORTUGAL, 2017).

Para ele, a finalidade da pena não seria apenas castigar o criminoso, mas precipuamente a defesa da sociedade, em conformidade com a periculosidade do autor do crime e do grau de reprovabilidade de sua motivação. No sistema de Ferri a responsabilidade moral é substituída pela responsabilidade social, agregando à pena uma gama de meios preventivos de defesa social contra o crime. Diante disso, a pena não deve agir de modo exclusivamente repressivo, com a segregação do delinquente, mas, sobretudo, de modo curativo e reeducativo (BARATTA, 2002).

O que se nota a partir do estudo das ideias centrais desses dois autores é que a Escola Positiva tinha uma concepção do fenômeno criminal como um fato natural e necessário na sociedade, e que era determinado por um conjunto de fatores, sejam antropobiológicos ou sociais.

De qualquer modo, os autores da Escola positiva, seja privilegiando um enfoque bioantropológico, seja acentuando a importância dos fatores sociológicos, partiam de uma concepção do fenômeno criminal segundo a qual este se colocava como um dado ontológico preconstituído à reação social e ao direito penal', a criminalidade, portanto, podia tornar-se objeto de estudo nas suas "causas", independentemente do estudo das reações sociais e do direito penal (BARATTA, 2002, p.40).

Eis o salto dado pelo pensamento criminológico da escola clássica à positiva.

Antes, por ser o fenômeno do crime atribuído a liberalidade do sujeito, um ato de livre vontade, não se falava nas causas do crime, visto que estas, para o pensamento Clássico, não exerciam influência à prática ou não do delito, havendo apenas a preocupação com o pós-ato, punindo proporcionalmente o delinquente. Porém, com a chegada da Escola Positiva, que considerou os fatores alheios à vontade do indivíduo como determinantes da propensão à prática delitiva, iniciou-se os estudos para entender os porquês do crime, o que abriu a possibilidade de pensar no ante-fato do crime, ou seja, medidas para a sua prevenção, diminuindo as chances daqueles que têm tendência de cometer crimes de virem a delinquir.

O grande problema da Escola Positiva Italiana – alvo, até os dias hodiernos, de críticas fervorosas – reside na formulação do paradigma etiológico, ao considerar a existência de um estereótipo do criminoso, um ser humano inferior, que teria a predisposição à prática delitiva, e, como se pode imaginar, as características desse ser humano passavam longe dos atributos do homem branco.

Havia, pois, uma estreita relação entre as teorias de raça e as teorias da criminalidade, podendo ser evidenciada, por exemplo, no fato de que a teoria social que serviu de alicerce para a obra de Cesare Lombroso, *o homem delinquente*, foi a antropologia física, que fundamentava o racismo colonial. Os criminólogos positivistas acreditavam na existência de uma criminalidade diferencial entre os negros e indígenas, o que seria explicado pela inferioridade racial destes. Infelizmente, nesse momento, as teorias da criminalidade mostravam um racismo evidente, que acabou sendo a gênese das falsas ideias científicas relativas à inferioridade racial (DUARTE, 2016).

Esse julgamento, por vezes mais brandos que outros, justamente por existir viés de superioridade entre os seres humanos, inclusive de modo parecido aos ideais dotados de pré-conceitos do primeiro momento da escola positiva italiana, e quem se encontrava dentro dessa margem empiricamente e dedutivamente taxada perversa, deveria sofrer as consequências e ser isolado da vida (banido ou bandido) em sociedade a fim de melhorar a qualidade de vida daqueles que estão além destas expectativas (MEDEIRO, 2019, p. 176).

Os ideários defendidos pela Escola Positiva colaboraram para que a raça fosse utilizada pelos agentes públicos como meio para identificação de criminosos,

institucionalizando o racismo com o referendo da sociedade. Apesar das teorias Lombrosianas terem sido escritas a mais de um século, o indivíduo a quem o crime é imputado permanece o mesmo daquela época. A “superada” teoria evolucionista do criminoso da Escola Positiva italiana, bem como as ideias trazidas pela obra de Césare Lombroso, são a base do preconceito da sociedade atual.

Triste perceber que a estereotipização do criminoso, criada pela escola Positiva, ainda permanece, mesmo nos dias atuais, na compreensão de muitos penalistas. Diante disso, é inequívoca a ideia de que é de Lombroso que se alimentam ainda hoje os reincidentes nos preconceitos antropológicos (ARAUJO, 2010)

### 2.3 CRIMINOLOGIA CRÍTICA: CLASSE DOMINANTE X CLASSE DOMINADA

Conforme visto no tópico anterior, a Escola Positiva partia do pressuposto de que a criminalidade era um meio natural de comportamento humano, sendo pois uma realidade ontológica, preconstituída ao Direito Penal, sendo assim, seria possível identificar as causas da criminalidade e combatê-las. Essas causas seriam provenientes de um forte determinismo, que considerava, a partir de características individuais, a propensão de alguns sujeitos à delinquência.

Os positivistas pegavam emprestado as definições de comportamento criminoso do Direito Penal e estudavam esses comportamentos como se sua qualidade criminal existisse objetivamente. De igual maneira, consideram evidente que as normas e valores sociais que os indivíduos transgridem são imutáveis e compartilhados universalmente, presentes em todos os indivíduos de uma sociedade (BARATTA, 2002)

O que marca a gênese da criminologia crítica ou sociológica é a superação do paradigma etiológico, fundado pelos positivistas, dando lugar às teorias da reação social ou *labelling approach*. Diferentemente das escolas anteriores, o objeto de estudo agora não é mais o delito ou o delinquente, mas os processos que ocorrem e estão por trás da definição do delito em si e as implicações políticas e sociais que isso revela. A distinção entre dois tipos de comportamento — em conformidade com a ordem e desviante — depende menos de uma atitude interior intrínseca boa ou má



do sujeito, do que da definição legal, que assenta, em um dado momento e em uma determinada sociedade, o que é criminoso e o que é lícito (BARATTA, 2002).

As teorias da reação social partem da consideração de que não se pode compreender a criminalidade sem analisar a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, desde a criação das normas abstratas — criminalização primária — até a atuação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias) — criminalização secundária —. Diante disso, constata-se que o *status* de criminoso pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais responsáveis pelo controle da delinquência. A consciência crítica que essa nova concepção traz consigo é o que distingue a criminologia tradicional da nova sociologia criminal. Agora, a criminalidade e o criminoso não são mais considerados como ponto de partida, uma entidade natural a se explicar, mas como uma realidade social que não se apresenta preconstituída à experiência cognoscitiva prática, mas é construída por esta (BARATTA, 2002).

Evidencia-se, pois, que não há conduta criminosa em si, nem o seu autor um criminoso por traços de sua personalidade objetivamente determinados. A criminalidade se revela como um *status* atribuído ao sujeito mediante um duplo processo: a definição legal do crime, que confere à conduta caráter criminal, e a seleção que etiqueta e estigmatiza alguém como criminoso, dentre todos aqueles que praticam as mesmas condutas (ANDRADE, 1996).

O labelling parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio e a criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção (ANDRADE, 1996, p.28).

A criminologia crítica tem sustentáculo no marxismo, uma vez parte do reconhecimento da luta de classes como fator crucial para entender os processos de criminalização. As classes que detém o poder (classes dominantes), são as que impõem valores às classes subalternas (classes dominadas), através de aparatos ideológicos da sociedade, a exemplo da família, escola e meios de comunicação. Assume-se que os comportamentos típicos dos estratos sociais mais carentes têm

maior tendência de serem criminalizados. Classe social, sexo, idade, raça, etnia, situação de desvantagem econômica, são alguns dos elementos que indicam a posição de um indivíduo na sociedade e determinam os que têm mais chances de serem apreendidos e punidos pelo sistema penal (ARAÚJO, 2010).

Para Marx, a igualdade formal dos indivíduos não refletia na igualdade substancial, pois o acesso aos bens necessários para satisfação das necessidades básicas (alimentação, vestuário, etc.), em uma sociedade capitalista, “preside à troca entre força de trabalho e salário”<sup>92</sup> – e aí se encontra a “luta de classes”, isto é, a luta entre interesses da classe dominante (que possui os meios de produção e gera empregos) e dos interesses da classe dominada (que precisa subordinar-se aos interesses da burguesia para acessar os bens essenciais)(WERMUTH; CAMPOS, 2020, p. 290).

Ao assumir essa nova realidade, a criminologia muda radicalmente seu objeto de estudo, desinteressa-se pelas causas da criminalidade e passa a estudar o porquê da definição de determinada conduta como ilícita. Nesse diapasão, leciona Alessandro Baratta (2002, p. 88):

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo "quem é criminoso?", "como se torna desviante?", "em quais condições um condenado se torna reincidente?", "com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?". Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no labeling approach, se perguntam: quem é definido como desviante?", "que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?", "em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?" e, enfim, "quem define quem?".

O delinquente passa a ser justificado como produto das relações sociais, de modo que é entendido agora também como vítima da rotulação e do castigo que opera a serviço do regime. Questionar os valores e a natureza das leis desse regime passa a ser o foco da criminologia crítica (ARAÚJO, 2010).

Surge, pois, um novo ângulo para a análise do conceito de crime, segundo o qual uma conduta é tida como criminosa apenas porque assim quer o sistema, logo não há nada em sua natureza intrínseca que permita reconhecê-la como tal (PÉRES, 2001).

O ponto de vista liberal burguês sobre a questão criminal deu prioridade aos

interesses das classes dominantes, imunizando seus comportamentos socialmente danosos e dirigindo o processo de criminalização para as classes dominadas, que não detinham poderio econômico e nem político (WERMUTH; CAMPOS, 2020).

Lemos (2015) afirma que é a política que cria o crime, a prática de uma conduta criminalizável só ganha relevo a medida que confronta um aparato de controle que visa estabelecer certo padrão social de conduta. Dessa forma, ao afrontar a programação legal instituída por um grupo político, o delito ganha relevância, por demonstrar uma afronta a um poder instituído. O grande cerne da questão é que uma pequena parcela de indivíduos detém o poder de influenciar as instituições políticas, logo uma pequena parcela de indivíduos determina a toda a sociedade quais condutas são lícitas ou não e utilizam-se dos órgãos oficiais de controle da criminalidade, a exemplo da polícia e justiça, bem como dos aparatos ideológicos disponíveis para estigmatizar os indivíduos que serão os alvos da lei estabelecida. É esse processo que discutir-se-á mais a fundo no próximo capítulo.

### **3 SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL À LUZ DA TEORIA DO *LABELLING APPROACH***

Seguindo o estudo dos instrumentos de controle social e processos de criminalização, faz-se mister um aprofundamento acerca da teoria do *labelling approach* para entender as raízes da seletividade punitiva existente no sistema penal, desde à fabricação das leis incriminadoras até a aplicação destas pelos órgãos de controle da criminalidade.

Como visto alhures, a teoria do *labelling*, ou etiquetamento, nasceu da passagem do paradigma que baseava-se na investigação das causas da criminalidade, como dados pré-constituídos e sem mobilidade, para o estudo das condições da criminalidade, que é resultado de construções que se movimentam em contextos sociais determinados. Ou seja, o antigo modelo etiológico-determinista é substituído pelo dinâmico da realidade criminal, formado por interações que ocorrem no seio social (MAZONI; FACHIN, 2012).

Duas orientações sociológicas dão alicerce para esta teoria: o interacionismo simbólico e a etnometodologia. Conforme a perspectiva do interacionismo simbólico “a realidade social apenas se constrói através de complexas interações sociais que tipificam os comportamentos, conferindo-lhes significados que se estendem por meio da linguagem” (MAZONI; FACHIN, 2012, p.6). O indivíduo é moldado de acordo com suas interações com o meio que habita e com os demais sujeitos. Essa corrente defende que o ato de alguém não pode ser entendido de forma isolada, uma vez que está intrinsecamente relacionado a um todo dinâmico, que é a sociedade, por isso propõe explicar as condutas individuais a partir do grupo social, cuja atitude é considerada preexistente àqueles que o compõem. Nesse diapasão sociedade e indivíduo deixam de ser estanques, visto que estão em constante interação o que gera, conseqüentemente, constantes transformações (ARAUJO, 2010).

A etnometodologia ocupava-se do estudo empírico das atividades cotidianas, intentando a compreensão de como os indivíduos, em conjunto, aprendem e definem as situações e fenômenos sociais. Para esta corrente seria ilusório considerar a realidade como um dado concreto, acabado, ao contrário, seria um processo de tipificação constante e dinâmico por parte dos indivíduos e grupos aos

quais pertencem (MAZONI; FACHIN, 2012).

Pela primeira vez, na seara criminológica – por força das influências do interacionismo simbólico e da etnometodologia – a ação humana é considerada como parte de um processo que se desenvolve ao longo do tempo, por meio da interação entre os indivíduos. Em outros termos, a pessoa passa a ser considerada coprodutora de um processo dinâmico de interação, o qual forma seu mundo social (ARAUJO, 2010, p.100).

Ocorre uma mudança no enfoque dos estudos criminológicos, o *labelling approach* inclui na investigação do delito um exame não apenas dos acusados, mas também dos acusadores, denunciando as relações de poder que privilegiam alguns e permitem que fiquem na confortável posição de eleger as condutas que devem ser censuradas por toda a sociedade. Sob o enfoque desta teoria, a criminalidade, as carreiras criminais, em particular, são entendidas como consequências deste poder de definição de que dispõem grupos seletos e as instâncias de controle social, daí surgem as demais denominações que remetem a essa teoria: teoria do etiquetamento, teoria da rotulação (ARAUJO, 2010).

A legitimidade do sistema penal passa a ser discutida sob o âmbito criminológico, com o escopo de constatar seu caráter desigual, que condiciona e opta por gerir a criminalidade, etiquetando e selecionando aqueles indivíduos que, na maioria das vezes, pertencem aos estratos sociais menos favorecidos (MAZONI; FACHIN, 2012).

Outro ponto a se destacar é a redefinição do conceito de crime, influenciada principalmente pelo criminólogo Becker e sua famosa obra intitulada *outsiders*. Para o ilustre autor, a característica que marca toda conduta desviante é que essa desperta uma reação social negativa, que pode ocorrer em maior ou menor grau, desse modo o desvio e reação social são entendidos como termos recíprocos, cuja compreensão só é possível conjuntamente (ARAUJO, 2010).

A reação social negativa é elemento imprescindível à legitimação de um delito e a resposta da audiência social acaba impulsionando os mecanismos formais e informais de controle social, determinando como deve ser rotulado determinado comportamento. O corolário dessa inteligência é a percepção de que a atribuição de significação de um ato está intrinsecamente relacionada à publicidade e ao

conhecimento que dele têm os demais, o que revela a grande seletividade e possibilidade de manipulação dessa categorização (ARAUJO, 2010)

Como supramencionado, existem instrumentos de controle social formais e informais, o primeiro é exercido pela sociedade civil e suas instituições, enquanto o segundo é exercido pelas agências de controle estatais ligadas ao poder de punir. Para o *Labelling* é principalmente na esfera do controle social formal que se vislumbram os processos responsáveis pela definição do crime e do criminoso, podendo ocorrer em três momentos distintos: a formulação de uma lei; aplicação da lei; e execução de uma reprimenda. (ARAUJO, 2010) Apesar de alguns autores mencionarem até três processos de criminalização, o presente trabalho se debruça apenas sobre dois: a criminalização primária e a secundária, visto que a análise destas já atende aos objetivos deste excerto.

### 3.1 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

Aprioristicamente vale ressaltar que a criminalização primária é um espécie de controle social formal, portanto, é exercido pelas instituições oficiais do Estado. Para que se possa entender a problematização dessa espécie de controle e como ele influencia sobremaneira no processo de etiquetamento de determinados grupos da sociedade, é mister compreender, ainda que superficialmente, sobre a base das teorias conflituais da criminalidade.

Alessandro Baratta (2002) destaca os elementos principais de uma criminologia do conflito, sendo eles: a) a precedência lógica do processo de criminalização sobre o comportamento criminoso; b) a referência do processos de criminalização e do comportamento criminoso aos interesses e à atividade dos grupos sociais em conflito; c) o caráter político que assume todo o fenômeno criminal.

Para a exata compreensão de como os três elementos supracitados estão presentes no processo de criminalização transcrever-se-á a elucidação do ilustre sociólogo Edwin Sutherland sobre o assunto:

Este processo parece que se desenvolve mais ou menos do seguinte

modo: um grupo de certas pessoas percebe que um de seus próprios valores — vida, propriedade, beleza da paisagem, doutrina teleológica é colocado em perigo pelo comportamento de outros. Se o grupo é politicamente influente, o valor importante e o perigo sério, os membros do grupo promovem a emanção de uma lei e, desse modo, ganham a cooperação do Estado no esforço de proteger o próprio valor. O direito é o instrumento de uma das partes em causa, pelo menos nos tempos modernos. Aqueles que fazem parte do outro grupo não consideram tão altamente o valor que o direito foi chamado a proteger; e fazem algo que anteriormente não era crime, mas que se tornou crime com a colaboração do Estado. Este é a continuação do conflito que o direito tinha sido chamado a eliminar, mas o conflito se tornou maior no sentido de que agora envolve o Estado (SUTHERLAND apud BARATTA, 2002, p.127).

Diante dessa fabulosa explicação, nota-se claramente a subsunção dos elementos da criminologia do conflito. Primeiramente, a lei define qual comportamento deve ser criminalizado ou não, dessa forma não há como haver comportamento criminoso antes do processo de edição da lei (criminalização primária); segundo, a lei penal surge para proteger um bem, cujo valor interessa a um determinado grupo da sociedade, que, na grande maioria das vezes, possui poder e influência; e por último, fica evidente o caráter político que possui o fenômeno criminal, visto que está diretamente ligado aos processos de criação das leis que regularão as condutas da sociedade.

Feito este pequeno intróito sobre a criminologia do conflito, parte-se para a definição do que vem a ser a criminalização primária. Essa é identificada com o controle social formal e se consubstancia no processo de criação das normas penais, a definição dos bens jurídicos protegidos, as condutas que devem ser criminalizadas, a quantidade e qualidade das penas e a distribuição de poder para operar com este instrumento de criminalização na sociedade. O estudo da criminalização primária dirige-se à maneira como se define, em uma sociedade, o que é criminalidade. É realizada pelas agências políticas, ou seja, órgãos de poder do Estado, podendo, a depender do contexto, ser o parlamento ou o próprio poder executivo (ARAUJO, 2010).

O olhar crítico do *Labelling Approach* sobre a criminalização primária reafirma o entendimento de que não existe uma realidade ontológica do crime, não é algo natural, presente em todo o tempo e espaço.

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 (KARAM apud FERREIRA, 2012).

Diante da exposição dos elementos da criminologia do conflito, percebe-se que a fabricação de uma lei sempre tem como alvo um determinado grupo social, bem como atende os interesses de outros grupos, muitas vezes com pensamentos e interesses antagônicos em relação ao primeiro. Dessa inteligência surge a importância e necessidade de um olhar crítico às leis penais e à criminalidade, visto que aquelas acabam alimentando o crescimento desta em determinados estratos da sociedade.

A concepção acima demonstrada não encontraria fundamentos em uma sociedade homogênea, onde existisse um consenso sobre as normas e valores adequadas para discipliná-los, porém nos dias hodiernos essa possibilidade é facilmente rechaçada, visto que vivemos em sociedades cada vez mais heterogêneas e conflituais por excelência, de tal maneira que a perspectiva de que as leis vigentes são fruto de um processo límpido e democrático é admoestada (ARAUJO, 2010).

A incriminação das condutas não obedece a um critério objetivo, como a necessidade de proteção dos bens comuns, ao contrário, é guiada por critérios de grupo, parciais, discriminadores e dirigida contra os que se encontram longe do êxito, dinheiro e poder. Afasta-se a visão tradicional e legitimante do Direito Penal, de que uma conduta é tida como criminosa por violar um bem jurídico essencial, uma vez que esse bem jurídico possui caráter de classe e varia de sociedade para sociedade, existindo concepções diferentes do que deve ou não ser “protegido” pelo Direito Penal (FERREIRA, 2012).

Não é difícil notar que o desvio e criminalidade não são características intrínsecas da conduta, mas uma qualidade atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de seleção. Essa função seletora pode ser diagnosticada a partir da criação da norma penal, que não raras vezes, surge com o objetivo bem claro de atingir determinados grupos de pessoas, notadamente aqueles pertencentes aos estratos mais baixos da sociedade (JUNIOR, 2011).

Por exemplo, roubar recursos de uma nação inteira se transmuta de livre comércio, retirar de famílias e comunidades inteiras seu meio de subsistência é



chamado de enxugamento ou racionalização (JUNIOR, 2011). Nenhum desses feitos foi incluído entre os atos criminosos passíveis de punição, e se foram, a pena cominada é sempre branda, não atendendo às necessidades de repressão diante da lesão cometida em face da sociedade.

A visão de que a promulgação de um novo ilícito é indispensável à paz social decorre das campanhas promovidas por aqueles favorecidos com a norma — os grupos beneficiados e influenciadores da edição da nova lei —, que atuam com o suporte do próprio Estado, através de agências de controle social formais e informais, para manutenção de seus interesses, o que acaba legitimando a criminalização da nova conduta e solidificando o poder do grupo, institucionalizando seu domínio sobre os demais (ARAUJO, 2010).

A produção exacerbada das normais penais, nos moldes que são editadas, leva-nos a crer que possuem endereço certo, dirigindo-se às camadas menos favorecidas. Esse fato nos leva à conclusão de que o direito penal, por vezes, acaba reforçando a desigualdade social, atuando como instrumento de manutenção dos interesses das classes mais favorecidas (RABÊLO, 2016).

É evidente que existem sim condutas, que diante de sua natureza, merecem ser criminalizadas, comportamentos que exprimem sentimentos uniformes na sociedade em relação à sua nocividade, tais como o homicídio, estupro, dentre outros exemplos. Porém as teorias do conflito chamam a atenção para o fato de que, em certas situações, os padrões considerados desviantes, julgados como inaceitáveis por um determinado grupo, acabam coincidindo com os padrões tidos como legítimos por outro grupo. O que determinará a imposição de uma regra sobre os demais serão os interesses pessoais, o empreendedorismo e a publicidade, grau de influência (ARAUJO, 2010).

Ilustrando essa coalisão de interesses, Araújo (2010) cita o exemplo de uma legislação que criminaliza a preparação anti-higiênica de determinada carne. Observa-se que nesse caso a lei promove um conjunto particular de valores, considerando desviantes todos aqueles que preparam o alimento sem a devida atenção às normas estabelecidas. Entretanto, para os vegetarianos, que são contra qualquer tipo de ingestão de carne, seria tido como desvio não apenas aqueles que o fazem, como também a regulamentação do modo de preparo.

Apesar de que o consumo de carnes é um comportamento praticado pela grande maioria dos indivíduos, esse exemplo serve para análise, pois se vê que

difícilmente os interesses dos vegetarianos virão a ser protegidos pela lei, por todos os interesses que circundam o consumo de carne. Geralmente a criminalização primária atua criminalizando condutas ligadas aos estratos sociais mais baixos, afastados do centro do poder, de modo a proteger os interesses da classe burguesa. Alessandro Baratta (2002) aponta um dado interessante: nos países de capitalismo avançado mais de 80% dos delitos perseguidos são delitos contra a propriedade. E continua:

Estes delitos constituem reações individuais e não políticas às contradições típicas do sistema de distribuição da riqueza e das gratificações sociais próprias da sociedade capitalista: é natural que as classes mais desfavorecidas deste sistema de distribuição estejam mais particularmente expostas a esta forma de desvio (BARATTA, 2002, p.198).

Um outro exemplo de como a lei Penal favorece as classes mais abastadas é a penalização prevista para o crime de furto (crime tipicamente cometido pelos mais pobres), o qual contempla inúmeras hipóteses de qualificadoras, de modo que, mesmo que o objeto furtado seja de pequeno valor, dificilmente o crime será praticado na forma simples. Ao revés, quando se trata de crimes tributários (crime praticado, geralmente, por pessoas dos estratos sociais mais elevados), o pagamento do tributo sonegado gera a extinção da punibilidade (WERMUTH; CAMPOS, 2020).

Denota-se, portanto, que o sistema penal brasileiro é extremamente seletivo, tendo em vista que pune as condutas de forma fragmentária e que, independentemente do dano causado pela conduta, atua mais severamente sobre as camadas sociais mais baixas, com menos poder aquisitivo. À vista disso, nota-se que a função seletiva do sistema penal, no que concerne à criminalização primária, se dá na medida em que aqueles que ocupam os espaços mais privilegiados de poder e influência legislativa, ou interferem nesse processo, criminalizando condutas que recaem principalmente no modo de vida dos estratos subalternizados (WERMUTH; CAMPOS, 2020).

À vista disso, é cristalino que a definição da legislação penal molda — previamente à prática do crime — o criminoso. Some-se a isso a manipulação dos aparatos ideológicos, as outras formas de controle formais e informais, para concluir

a existência de um sistema punitivo discriminatório.

### 3.2 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

Como fora destacado no tópico anterior, a criminalização primária é o primeiro passo da seleção da “clientela” do sistema penal, através da criação das leis, que escolhem as condutas que devem ou não serem criminalizadas. Mas a seleção se afigura concretamente com a criminalização secundária, que escolhe os indivíduos, dentre aqueles que praticaram uma conduta criminosa, que serão alcançados pela persecução penal (FERREIRA, 2012).

A criminalização secundária consiste na atuação dos órgãos de controle oficiais do Estado — polícia, Ministério Público, Juízes, etc. — que possuem a tarefa de dar cumprimento à lei penal. Esse processo resulta na captura do sujeito pelo sistema penal. À vista disso, o mecanismo da criminalização secundária consiste no exercício do poder punitivo do Estado sobre pessoas concretamente determinadas, pessoas que já haviam sido pré-selecionadas no primeiro filtro da criminalização primária.(ARAUJO, 2010)

A polícia é a agência de controle diretamente responsável pela proteção da comunidade, por isso também acaba sendo alvo do descontentamento geral com o cumprimento da lei. Por ser a primeira instância a lidar com a suposta criminalidade é sua principal função selecionar quem serão as pessoas criminalizadas e quais serão as vítimas alvo da sua proteção (ARAUJO, 2010). A grande quantidade de leis, fruto da criminalização primária, ante a escassez de recursos das agências do sistema penal, impõe que a criminalização secundária se realize de forma seletiva.

Esse poder de seleção pertence, precipuamente, às agências policiais que, não obstante, não selecionam de acordo com seu exclusivo critério, uma vez que sua atividade seletiva é condicionada, em certa medida, por outras agências do sistema penal: agências de comunicação social, agências judiciais e agências políticas. (FRAGOSO, 2011). Nesse sentido Zaffaroni *et al.* (apud FERREIRA, 2020) menciona que o programa de criminalização, definido na etapa primária, é tão grande que as agências que atuam na criminalização secundária não conseguem cumprí-lo de forma integral.

É evidente que o volume de trabalho de um policial é muito grande, por isso acaba se adaptando e criando mecanismos para estabelecer prioridades à sua atuação. Com toda certeza o critério seletivo mais fácil, e mais comumente utilizado, é o estereótipo do criminoso, razão pela qual se percebe uma certa uniformidade na população do sistema carcerário (ARAÚJO, 2010).

Ora, não é de se admirar essa preferência pelos estigmatizados socialmente. Nesse diapasão afirma Fragoso:

Qualquer burocracia (e a da agência policial não é diferente) esquece suas metas (uma delas, aqui, deveria ser a realização igualitária do programa de criminalização primária) e reitera o ritual mais fácil, selecionando os fatos mais toscos ou grosseiros (que são de mais fácil detecção) e se concentrando em pessoas que causem menos problemas (por não deterem acesso aos círculos de poder). Os autores de fatos mais toscos ou grosseiros são, normalmente, realizados por pessoas que somente possuíam instrução ou treinamento para realizar tais atos toscos ou grosseiros (2011, p.108).

Como brilhantemente mencionou Fragoso (2011), direcionar a atuação sobre as condutas toscas, de fácil detecção, é mais simples, visto que geralmente são praticadas por pessoas menos influentes e com menor grau de instrução, conseqüentemente gera uma repercussão menor, além de atingir a finalidade de mostrar à sociedade que o sistema de controle está atuando com efetividade.

Esses fatos grosseiros, de pessoas com menos poder, acabam sendo projetados massivamente nos meios de comunicação de massa, criando a sensação de que são os únicos delitos — problemas sociais urgentes a serem sanados — e os praticantes desses os únicos delinquentes, o que acaba gerando uma imagem comunicacional bastante negativa, contribuindo para criar um estereótipo no imaginário coletivo. O resultado disso é a criação de uma imagem pública do delinquente com componentes racistas, classistas, etários, de gênero e estéticos (FRAGOSO, 2011).

Difícil sustentar a tese de que todas as pessoas são igualmente “vulneráveis” ao sistema penal. O controle por ele exercido costuma orientar-se por estereótipos que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes gerando um fenômeno de rejeição do etiquetado (JUNIOR, 2011, p.102).

Em verdade, todos podem vir a ser alvo do sistema penal, porém é certo que cada pessoa possui um grau de vulnerabilidade ao poder punitivo, que varia de acordo com o grau de correspondência com o estereótipo criminal. Nesse sentido, a vulnerabilidade cresce à medida que aumenta a similaridade com o estereótipo do delinquente. Claro que apenas a vulnerabilidade não é suficiente para determinar a captura do sujeito pelo poder punitivo, é necessário haver também uma situação criminalizante. Ocorre que quem se amolda ao estereótipo não precisa fazer muito esforço para se colocar nessa situação — muitas vezes tem que realizar um esforço imenso para evitá-la —, ao revés, os que se encontram longe do estereótipo precisam de um alto esforço para serem criminalizados (FRAGOSO, 2011).

Thompson (apud FRAGOSO, 2011) elenca quatro fatores preponderantes que determinam a seletividade da criminalização secundária, sendo eles: a) a maior visibilidade da infração; b) adequação do autor ao estereótipo do criminoso construído pela ideologia prevalente; c) incapacidade do agente quanto a beneficiar-se da corrupção ou prevaricação; d) vulnerabilidade do agente quanto a ser submetido a violências e arbitrariedades.

Os quatro fatores mencionados corroboram com o que já fora mencionado no presente tópico, em que as condutas mais facilmente percebidas, bem como a adequação do autor ao estereótipo do delinquente, são elementos que influenciam na atuação policial. Os dois últimos fatores destacados supra pelo autor revelam um lado escuro do sistema punitivo não institucionalizado, à margem da legalidade, levado a cabo por alguns servidores por meio de métodos que deveriam ser combatidos pelo Estado, tais como a tortura, interrogatório ilícito. (ARAUJO, 2010).

Noutro giro, a forma que a polícia atua em membros das classes privilegiadas, não é, nem de longe, comparada com a atuação em face, como é de fácil percepção, das classes subalternas. Assim sendo, exsurge um caráter pessoal na atividade policial, de tal sorte que, aparece uma atuação por cara, visando o autor e não a conduta (FERREIRA, 2012, p.263-264).

Essa atuação policial extralegal dirige-se, por óbvio, especialmente às minorias étnicas e raciais e os mais desfavorecidos economicamente, grupos cujas violações de direitos geram menos repercussão (ARAUJO, 2010).

Finalizada a atuação policial, após a captura do “sujeito desviante”,

supostamente criminoso, dá-se início à fase judicial da persecução penal, a qual é dirigida pelo juiz de direito. Ao juiz cabe, em última análise, o recrutamento dos sujeitos que integrarão a massa de delinquentes da sociedade, o que se efetiva por meio da prolação de uma sentença condenatória, cujos efeitos são ainda piores que a captura policial, haja vista que ela tem o condão de ceifar as liberdades civis do indivíduo, além da repercussão que acarretará na vida do condenado pelos próximos anos, mesmo após a extinção de sua pena (ARAUJO, 2010).

Os teóricos do *labelling approach* são descrentes quanto à imparcialidade dos magistrados, visto que eles depositam em sua atividade diária e suas sentenças as crenças e os preceitos do grupo social do qual advém. Diante disso, por vezes, as sentenças representam discursos jurídicos que legitimam a seleção que desejam realizar (ARAUJO, 2010).

Inconscientemente os magistrados têm tendência a realizarem juízos diferentes conforme a posição social do acusado, seja quanto à apreciação do elemento subjetivo do delito — dolo ou culpa —, seja quanto a prognose sobre a conduta futura do sujeito em face de sua personalidade (juízo a respeito da possibilidade do sujeito reincidir), resultando, pois, em uma individualização e mensuração da pena influenciadas pela diferenciação social do suposto delinquent (BARATTA, 2002).

Para constatar o tratamento diferenciado pela classe social nas cortes brasileiras, Baratta (2002) cita pesquisas empíricas que colocam em evidência a atitude emotiva dos juízes em face a indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Constatou-se, por exemplo, que nos delitos patrimoniais há uma forte tendência de punir os extratos mais baixos da sociedade. No que se refere a delitos de trânsito observa-se uma correlação entre a valoração da culpa e das circunstâncias atenuantes e a posição econômica do acusado. Quando se trata de suspensão condicional da pena, elementos relativos à família e profissão do acusado possuem um peso muito maior, sendo decisivos para a conquista ou não do benefício. Por fim, no âmbito da aplicação de penas detentivas e pecuniárias, nos casos em que são previstas, nota-se que os critérios de escolha entre uma ou outra acabam atuando em desfavor dos marginalizados e subproletariados, aos quais são aplicadas, com absoluta preferência, as penas detentivas. Concluindo-se, portanto, que aquelas penas que mais incidem sobre o status social do sujeito, no estigma que este carregará, são usadas preferencialmente contra aqueles cujo status social

é mais baixo (BARATTA, 2002).

Não é difícil perceber que a semelhança entre os que estão sendo julgados e seus julgadores acaba despertando nestes uma maior benevolência em relação aos crimes praticados (ARAUJO, 2010).

É cristalina a percepção de que o processo de criminalização secundária pode ser visualizado ilustrativamente como um funil, no qual, do montante total dos comportamentos ilícitos praticados, apenas alguns são capturados e processados pelo sistema. Os órgãos de polícia são, em regra, os primeiros e maiores responsáveis por realizar esta seleção, a partir daí cabe aos órgãos da justiça, na figura dos magistrados, realizar a segunda etapa do processo de criminalização (ARAUJO, 2010).

Essa discrepância existente entre os números de crimes praticados, representados nas estatísticas oficiais, e a efetiva prática é o que se denomina de cifra oculta da criminalidade (WERMUTH; CAMPOS, 2020). A cifra oculta representa os crimes que acontecem diariamente na sociedade, mas que não chegam à luz do conhecimento das autoridades de controle da criminalidade, muito menos da sociedade em geral.

Averigua-se que o processo de criminalização envolve desde a escolha das condutas que serão consideradas criminosas, até a escolha das pessoas que devem sofrer a acusação e punição pela suposta prática do ato delituoso. Importante ressaltar que produzir o significado de determinado comportamento como crime exige as duas etapas. Não basta a primeira, com a definição abstrata do delito, é necessária a incidência material da conduta à ação de alguma pessoa. Dessa maneira o discurso jurídico pode criar uma narrativa que construa de forma concreta a existência daquele comportamento definido pela lei como crime. Assim é que as duas etapas da criminalização se completam, influenciando mutuamente uma à outra, de forma que a criminalização primária constitui a secundária, abrindo a possibilidade de sua existência, ao passo que a secundária, ao incidir na realidade material, afirma e reforça a criminalização primária (PEREIRA, 2020).

Nessa esteira pode-se notar que o discurso jurídico impacta no escamoteamento desses processos de criminalização, para que se mantenha intacta a legitimidade do exercício do poder punitivo pelo Estado. O real objetivo das leis penais e do controle exercido pelos órgãos oficiais caminham atados aos interesses das classes dominantes, que livram suas condutas do radar do sistema penal

enquanto mascaram esse golpe criminalizando condutas mais fáceis de serem observadas, dando à sociedade o que ela necessita ver: alguém pagando pela insegurança social, pelo aumento da criminalidade, sendo que , na imensa maioria das vezes, esse alguém pertence aos estratos sociais mais baixos, com estereótipo do delinquente que se amolda ao que está no imaginário coletivo.

Os discursos penais, o sensacionalismo midiático, a atuação dos órgãos de controle da criminalidade e da justiça são elementos importantíssimos para entender como o sistema de seletividade se sustenta e é legitimado pelos cidadãos. Tratar-se-á sobre isso no próximo capítulo.



#### 4 O DISCURSO REAL DO DIREITO PENAL E O SIMBOLISMO LEGAL

As reflexões realizadas até aqui no presente trabalho levam à percepção da existência de um direito penal desvirtuado, ilegítimo, utilizado como instrumento para reproduzir os interesses dos grupos dominantes de uma sociedade. A seletividade é traço de um sistema penal autoritário, e como anota Zaffaroni (apud FRAGOSO, 2011), que atua principalmente contra os grupos mais vulneráveis, na medida diretamente proporcional à sua distância dos centros de poder.

Para atingir suas finalidades, o sistema penal é apresentado como igualitário — a máxima de que todos são iguais perante a lei —, quando na verdade é extremamente seletivo, atingindo pessoas determinadas a pretexto de seus comportamentos. É também apresentado como um sistema justo, uma vez que buscaria prevenir o delito, intervindo de forma restrita, de acordo com os limites da sociedade, buscando sempre a segurança e proteção dos interesses comuns, porém o que se observa é que na verdade é um sistema repressivo, seja pela incompetência em atuar preventivamente, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais. Por fim, o sistema penal anuncia a defesa à dignidade da pessoa humana, todavia é estigmatizante, promovendo uma degradação humana e social na sua clientela (JUNIOR, 2011).

Nota-se, portanto, um grande abismo entre os discursos penais declarados e reais. Destaca-se que aqui não está se referindo apenas as diferenças entre teoria e prática, entre o que está na lei e o que acontece aos arrepios dessa, mas a gênese do problema, um sistema penal que declara respeito aos seus objetivos legitimantes, quando na verdade é desvirtuado desde o seu nascimento, pela fabricação da lei penal, até sua aplicação pelas autoridades de controle da criminalidade. Soma-se a tudo isso, o grande impacto que o discurso midiático exerce sobre a população, “reduzindo questões criminais a contos de mocinhos contra bandidos e interpretando garantias processuais como entraves a uma pretensa justiça” (CALLEGARI; FONTENELE, 2020).

O descompasso entre a programação e operacionalização do sistema penal desnuda a sua falta de legitimidade, circunstância que, por sua vez, permanece escamoteada, graças à brilhante racionalidade do discurso oficial, edificado a partir de falsas premissas estrategicamente formuladas para não serem repreendidas

(PÉRES, 2001). Neste capítulo se analisarão essas problemáticas a partir do seu reflexo na jurisprudência e nas leis penais, além de averiguar como os discursos midiáticos impactam no surgimento do que os autores chamam de direito penal simbólico.

#### 4.1 DISCURSOS PENAIS: OBJETIVOS REAIS E DECLARADOS

O discurso, nas palavras de Barbosa e Santos (2016, p.227), pode ser definido como “um suporte abstrato que sustenta os vários textos (concretos) que circulam em uma sociedade”. Trazendo para o âmbito do direito penal, pode-se entender os discursos como fundamentos legitimantes das leis penais abstratas, responsáveis por uniformizar o entendimento da sociedade a respeito da necessidade, ou não, da tutela de determinado comportamento pelo direito penal.

Os discursos oficiais, ou declarados, do Direito Penal têm, portanto, a função de demonstrar à sociedade os objetivos pretendidos pela lei penal, além de apresentar os princípios que devem ser os norteadores da sua construção e aplicação. O discurso apregoado pelas instâncias oficiais de controle, na tentativa de legitimar o sistema penal, é o de que existem bens jurídicos fundamentais que, pela sua importância, devem ser universalmente protegidos, devendo ser tutelados pelo direito penal. Qualquer conduta, praticada por quem quer que seja, que venha a lesar esses bens merece ser igualmente punida. Ao direito penal, portanto, resta a proteção dos bens de maior relevo e significância para a vida social (MOREIRA, 2010).

Como extensivamente discutiu-se no presente trabalho, o crime não é uma realidade ontológica pré-constituída, nem existem bens jurídicos hierarquizados universalmente por seu grau de importância, ocorrendo, em verdade, uma variação de suas relevâncias de sociedade para sociedade. Nessa esteira, afirma Batista (apud PÉRES, 2001) que “não há um catálogo de bens imputáveis à espera do legislador, mas sim relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar e reproduzir”.

Logo, identifica-se a primeira máscara do discurso penal, visto que a seleção dos bens jurídicos escolhidos para serem protegidos por esse ramo do direito

expressam, de maneira mais ou menos explícita, os interesses das classes dominantes e o propósito geral desta seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação existentes, mantendo os atores econômicos em seus polos originais: classe dominante e classe dominada.

Os operadores jurídicos se apropriam de conhecidos recursos retóricos, tais como “assim diz a lei” ou “assim quis o legislador”, para validar o seu desiderato. Elementos de linguagem pronunciados corriqueiramente no cotidiano das universidades, palanques políticos e, principalmente, nas decisões prolatadas em processos judiciais, onde ascendem ao grau de razões fundamentadoras (PÉRES, 2001).

A diretriz maior, que sustenta a base do pensamento comum aos juristas dogmáticos do Direito Penal, consubstancia-se na proteção da sociedade contra a criminalidade através da igualitária aplicação da lei repressiva que pune, mas também recupera o criminoso, evitando a reiteração da prática delituosa, além de intimidar as demais pessoas a adotarem conduta idêntica, operando-se tal mecanismo punitivo através das instituições que integram o sistema penal, mediante atuação integrada e harmônica (PÉRES, 2001). Infelizmente, o mais leve toque com a realidade operacional do sistema penal, faz ruir os fundamentos retóricos que conferem sustentação a este oficial discurso jurídico-penal. Uma análise mais crítica à Lei Penal desnuda o tratamento diferenciado existente em favor da posição econômica mais elevada.

A título de exemplo cita-se o famigerado artigo 295 do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro que prevê um rol de pessoas que, estando presas antes de condenação definitiva, poderão aguardar julgamento em um lugar diferente da prisão comum, onde se encontram os demais presos. Um olhar superficial ao texto do referido artigo é suficiente para constatar que as pessoas com tal prerrogativa dificilmente farão parte dos grupos sociais mais vulneráveis, que amontoam os presídios brasileiros.

Não obstante algumas sutis variações, o discurso penal oficial é ancorado em algumas premissas concatenadas harmonicamente, que revelam, conforme assevera Péres (2001, p.58), as seguintes promessas firmadas pelo Direito Penal:

- a) Tutelar os principais bens jurídicos dos cidadãos com a punição da

prática das condutas que os ofendam; b) Submeter o indivíduo suspeito ao desencadeamento de formal investigação acerca da responsabilidade penal pela conduta criminosa imputada, obedecendo o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além de respeitar a presunção de inocência; c) Uma vez comprovada sua culpabilidade, impor ao infrator da norma penal a penalidade adequada e suficiente para reprimir (prevenção especial) e prevenir a criminalidade (prevenção geral); d) Promover a recuperação do apenado através do cumprimento da pena com vista à sua reintegração harmônica na sociedade; e, enfim, e) Controlar a criminalidade através da atuação integrada das agências integrantes do sistema penal no marco das promessas supra referidas e, com isso, assegurar a consecução da paz social.

Essas premissas são propagadas pelos postulados da ideologia da defesa social, que passou a fazer parte da filosofia dominante nas ciências jurídicas e das opiniões comuns, não apenas dos representantes do aparato penitenciário penal, mas dos homens das ruas (BARATTA, 2002). Além disso, encontram nítido respaldo nas doutrinas penais tradicionais, reproduzindo-se nas academias e ganhando força, à medida que são empregadas cotidianamente pelos operadores das agências do sistema penal.

A observação da realidade brasileira revela que o sistema penal, do modo que é estruturado hoje, não tem o condão de cumprir tais objetivos, declarados pelo discurso oficial, seja pela estrutura defasada, seja porque igualmente não pretende fazê-lo. Ao perscrutar o modo como realmente se dá a operacionalização do sistema penal conclui-se que, na verdade, esse cumpre promessas latentes diversas, senão opostas, àquelas declaradas pelo discurso oficial (PÉRES, 2001).

A autora Vera Regina Pereira de Andrade, em sua obra “A ilusão de segurança jurídica — Do controle da violência à violência do controle penal”, denomina essa funcionalidade do sistema penal de “eficácia instrumental invertida”, pela percepção de que a atuação do sistema penal cumpre objetivos opostos aos pretendidos:

[...] o controle penal se caracteriza por uma ‘eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica confere sustentação’; ou seja, enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema) porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, latentemente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que

incidem negativamente na existência dos indivíduos e da sociedade, e contribuem para reproduzir as relações desiguais de propriedade e poder (ANDRADE apud PÉRES, 2001, p.64).

Essa eficácia invertida apresentada pela autora é facilmente percebida quando se lança o olhar para o sistema prisional brasileiro que, em observância ao discurso oficial, deveria objetivar a ressocialização do apenado promovendo sua “reintegração harmônica na sociedade”. Baratta (2002) indica o caráter nodal da relação cárcere/marginalização social, pois o cárcere seria o momento culminante dos mecanismos de criminalização, inútil para a reeducação do condenado. Segundo o mesmo autor, a educação deve promover liberdade e respeito, e o cárcere, ao revés, produz degradação e repressão, desde sua cerimônia inicial.

A prisão se caracterizaria por dois processos complementares: um processo de desculturação em face da sociedade, com redução da vontade, perda do senso de responsabilidade, formação de imagens ilusórias da realidade e distanciamento progressivo dos valores sociais; e um processo de aculturação em face da prisão, com absorção de valores e adoção de modelos de comportamento próprios da subcultura carcerária (BARATTA, 2002, p.17).

O sistema carcerário, longe de atuar em proteção da sociedade e instrumento de ressocialização do preso, mantém a histórica função de gestão dos excedentes (JUNIOR, 2010). A experiência empírica tem demonstrado que o sistema penal, em lugar de evitar futuros comportamentos delitivos — cumprindo sua função preventiva —, tem se convertido em condicionante dessas ditas condutas, ou seja, atua como verdadeiro instigador das carreiras criminais (JUNIOR, 2011).

O discurso penal oficial é pautado na racionalização do poder punitivo e garantias do indivíduo — muitas dessas inclusive de ordem constitucional —, mas é curioso notar que na real operacionalidade do sistema, as garantias penais existem para alguns, enquanto que para outros, o que existe é a repressão sem limites, a arbitrariedade, já que a sociedade precisa ser defendida do perigo que representa o criminoso, justificando, com esse argumento, penas muitas vezes de caráter extralegal como chacinas, torturas, etc. (JUNIOR, 2011).

Os tribunais, não raro, caminham na contramão de princípios basilares do Direito Penal pátrio, a exemplo da presunção de inocência, *ultima ratio* da prisão,

ônus da prova. Imperam decisões de recebimento de denúncias vazias, prisões preventivas e medidas cautelares decretadas lastreadas em argumentos vagos e genéricos, buscas e apreensões descabidas, condenações sem prova. Os juízes se manifestam de modo suspeito, dentro e fora dos autos, os réus se deparam, dia após dia, com a inversão do ônus da prova, sendo desafio do acusado comprovar a sua inocência. De modo geral, observa-se que o encarceramento é regra, a liberdade é exceção (FERNANDES, 2020).

Conforme apregoa JUNIOR (2011, p.97), tudo isso demonstra as reais (não declaradas) funções do sistema penal:

a) o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social; b) o sistema penal cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre outro.

Diante do que fora exposto depreende-se algumas importantes conclusões. A primeira, de que o sistema penal não é igualitário, não protege o bem comum, nem sua aplicação isonômica, visto que sua atuação obedece aos parâmetros seletivos e elitistas, denunciando o nítido caráter fragmentário ao punir rigorosamente condutas que são típicas de grupos marginalizados, ao revés, não raras as vezes, deixa livre de pena as pessoas que praticam condutas muito mais danosas ao corpo social, a exemplo da criminalidade econômica. A segunda, de que esse mecanismo assegura a realimentação contínua do ciclo em que se insere, garantindo a sustentação desse sistema penal, cuja operacionalização, tem demonstrado pleno êxito no cumprimento de suas reais funções (PÉRES, 2001).

Conforme Péres (2001, p.68) é evidente e cristalina a incompatibilidade entre o protótipo do sistema penal estrategicamente propalado pelas instâncias oficiais segundo altruístas intenções retoricamente articuladas e as condições latentes então vivenciadas. E continua:

Mais que mera incompatibilidade, repita-se, é como se a concretização do aludido protótipo nunca tivesse sido levada a cabo, permanecendo desde sua origem no campo imaginário ou hipotético. No entanto, discursa-se acerca do sistema penal em torno destas

matrizes que, em verdade, nunca o definiram, mas permanecem escamoteando seu perfil.

Cirúrgico o comentário da autora, pois o que se observa na realidade brasileira é que o sistema penal nunca obedeceu aos seus próprios critérios, ao menos os declarados, muito embora o seu discurso sirva para auto-justificar-se através de sua expressividade simbólica de repressão ao crime e, de maneira especial, de proteção da sociedade. Conforme apregoa Junior (2011, p.102), pensar na existência de um sistema penal que, com a estrutura de qualquer um dos atuais, se inspiraria no princípio da igualdade, quando se sabe que, na verdade, a operatividade seletiva é essência de qualquer sistema penal, trata-se de uma insensatez histórica.

Apesar de distante e completamente desvirtuado com a operacionalização do sistema penal, o discurso oficial existe e está, em grande parte, no imaginário coletivo, e mais importante que o conteúdo do discurso é o papel que ele desempenha na ordenação do mundo. Importante notar que um discurso dominante tem o poder de determinar o que é aceito ou não em uma sociedade, independentemente da qualidade do que ele legitima. Não está comprometido com uma verdade absoluta e universal, visto que ele é quem produz a verdade (arbitrária), legitimando certos campos de enunciados e marginalizando outros (BARBOSA; SANTOS, 2016).

Conforme leciona Barbosa e Santos (2016, p.232), “partindo dessa abordagem, haverá sempre um desnível entre os discursos; ou seja, um discurso constrangerá os demais a se restringirem à verdade que ele estabelece”. Dessa maneira, não importa o conteúdo do discurso, mas o seu posicionamento nessa malha de tensões sociais.

A mídia é, sem dúvidas, um instrumento bastante influente e eficaz para selecionar as posições que determinados discursos ocuparão na sociedade, legitimando um em detrimento de outros. “A mídia constrói e apresenta ao público um pseudo ambiente que significativamente condiciona como o público vê o mundo” (BARBOSA; SANTOS, 2016, p.243). Dessa forma influencia sobremaneira na eleição daqueles discursos que serão os dominantes em uma sociedade.

O grande problema disso é que os discursos midiáticos não têm compromisso com princípios e garantias do cidadão, muito menos com a fiel narração dos fatos,

mas com a notícia mais comercial, aquela que chama mais atenção e prende o público. Por isso o seu conteúdo é divulgado com sensacionalismos e de forma simplista, maculando a verdade real, jogando cidadãos contra cidadãos que, cada vez mais, começam a clamar por um direito penal mais instantâneo e severo, que atenda ao imediatismo de uma população sedenta por vingança contra o crime, porém sem eficácia real, criando o chamado simbolismo penal.

#### 4.2 MECANISMO PENAL MIDIÁTICO E O SIMBOLISMO PENAL

Hodiernamente, insta observar que como a mídia acaba fazendo parte da estrutura edificante de qualquer sistema penal, não de maneira direta — sabe-se que o único legitimado a exercer o poder punitivo é o Estado —, mas indiretamente, incumbindo-se de criar e manipular a opinião pública a respeito da eficácia do sistema, da legitimidade das leis vigentes, da necessidade, ou não, de punir mais — e de forma mais severa. O exercício de poder pelo sistema penal cresce ou decai de acordo com a atuação midiática, que tem o poder de criar o punitivismo popular, impondo uma forma de analisar problemas sociais de maneira muitas vezes exacerbada (DIAS et al., 2013).

Para entender esse fenômeno é importante conceituar o que alguns autores chamam de criminologia midiática. Conforme leciona Callegari e Fontenele (2020), trata-se de um conhecimento próprio do senso comum, que corrobora com a construção de uma opinião pública ou publicável, partindo do discurso do medo, relegitimando a autoridade punitiva, manipulando narrativas e elegendo inimigos do sistema. A criminologia midiática trata as questões criminais de maneira rasa, criando o império do senso comum e prescrevendo soluções fáceis para problemas demasiadamente complexos..

Conforme (RABÊLO, 2016), a mídia exerce um papel determinante na fase de mudança na política criminal, pois com sua atuação cada vez mais sensacionalista e a exploração da cultura do terror — aumentando o grau de sensibilidade das pessoas ao risco, criando monstro onde, muitas vezes, não há —, potencializa o clamor da população por leis cada vez mais severas. A sensação de insegurança criada pelos discursos midiáticos, somada ao descrédito da população nas



instituições, são sedimentos do expansionismo penal.

O legislador, agente político por excelência, vê a necessidade de responder ao clamor social, tentando evitar os ônus decorrentes da inobservância do desejo popular, que carrega a falsa percepção de que a utilização do direito penal irá produzir uma solução rápida; é o chamado direito penal de emergência, que surge em situações de excepcionalidade, às pressas, mas possui efeitos meramente simbólicos, visto que não resolve o problema da criminalidade, apenas sacia o clamor da sociedade neopunitivista (RABÊLO, 2016).

A pressão da sociedade, amedrontada com a crescente criminalidade, serve para justificar e legitimar o aumento da força do poder punitivo do Estado, que passa a criar novos tipos penais, enrijecer as penas e suprimir direitos e garantias individuais (RABÊLO, 2016). Esse movimento leva ao direito penal máximo, um sistema caracterizado pela incerteza e imprevisibilidade das condenações, além da ausência de parâmetros racionais de legitimidade.

O discurso midiático cria os inimigos do sistema e elege os males convenientes a serem perseguidos para manter uma ordem aparentemente ameaçada. A coletividade precisa acreditar que o poder punitivo é a saída para neutralizar o causador de todos os males sociais. Punições severas exercem papel importante na reafirmação de valores sociais, visto que atuam no psíquico das multidões. Como não lembrar dos suplícios, as penas-espetáculo, tal como Michel Foucault (1999) descreveu, no início de sua obra “vigiar e punir”, a execução e sacrifício de Damiens, em que a crueldade exemplar dos poderes constituídos na punição dos comportamentos desviantes eram estampadas em praça pública (MELLIN, 2012).

Ao que parece, a sociedade atual refaz o espetáculo da pena, sob novas formas, mas guardando idêntica ineficácia. Nas palavras de Foucault (1999):

o escândalo e a luz serão partilhados de outra forma; é a própria condenação que marcará o delinqüente com sinal negativo e unívoco: publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução, ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo.

O palco que antes eram as praças públicas, com grande concentração de

pessoas, é transmutado na figura da mídia, que noticia constantemente a ocorrência de crimes, bem como realiza a cobertura de inquéritos policiais, processos judiciais, analisa decisões, televisa e opina sobre audiências de instrução, etc.

As vítimas são trazidas ao palco social e ao domínio de diversas mídias para sensibilizar a população, que acaba canalizando o sentimento de indignação com o fenômeno da criminalidade, resultando na negação histórica da normalidade do delito, reforçando a necessidade imediatista do maior rigor punitivo das leis e sua aplicação (MELLIN, 2012). O que se cria com isso é uma sociedade que, mesmo sem consciência disso, se pauta pelos valores das classes dominantes, em que os desvios que abalam a ordem prefixada devem ser punidos com máximo rigor.

Diante do clamor social, que vê no recrudescimento das leis penais a resolução dos problemas criminais e sociais, o Estado é influenciado a recorrer a essas fáceis medidas de política criminal, produzindo leis mais duras, porém puramente simbólicas, deixando de empreender políticas sociais com real condão de resolver ou mitigar os problemas propulsores do crime (MELLIN, 2012). Não obstante o enrijecimento das penas, a experiência constata um aumento de violações a essas duras normas penais, que, apesar de possuírem forte conteúdo simbólico, por vezes, não apresentam a instrumentalidade necessária.

Como exemplos dessa inteligência, Mellin (2012) cita a Lei de proteção ao meio ambiente (Lei Federal nº 9.605/98), a Lei de Crimes Hediondos (Lei Federal nº 8.072/90), Lei de drogas, Lei do Crime Organizado (Lei Federal nº 12.850/13), Lei Maria da Penha (Lei Federal nº 11.340/06). As referidas normas promovem o direito penal simbólico, eficaz no plano político e ineficaz como instrumento de combate, seja por sua ineficácia ou super eficácia seletiva. O slogan do terror acaba sendo empregado como instrumento político para satisfazer a pressão midiática (GOIS; CASTRO, 2016).

Santos e Barbosa (2016), ao analisarem a Teoria da Agenda de Maxwell McCombs, descrevem importantes aspectos da relação entre mídia e opinião pública. A ideia teórica central é que os elementos proeminentes na imagem midiática tornem-se proeminentes na imagem da audiência.

A Teoria do Agendamento, portanto, versa sobre a capacidade dos meios de comunicação em direcionar a atenção do público para acontecimentos a respeito de determinados assuntos, mas sem

impor-lhes opinião implícita de forma direta. Porém, a ideologia sempre estará crivando os indivíduos e promovendo inúmeros posicionamentos políticos, sociais, comportamentais. Nesse contexto os meios de comunicação não ditam às massas como pensar, mas em que pensar, ou seja, a capacidade que os meios de comunicação possuem para evidenciar um determinado assunto (SANTOS; BARBOSA, 2016, p. 239).

Dessa maneira, conforme a Teoria da Agenda, o que a opinião pública dá importância em um determinado momento é, em grande parte, definido pelo controle sobre a seleção de conteúdo exercido pela imprensa. Mesmo os indivíduos que pertencem a categorias de nenhuma exposição à mídia guardam correspondência com ela, mesmo que em menor grau, constatando a capacidade expansiva da informação midiática (SANTOS; BARBOSA, 2016).

Diante do reconhecimento da mencionada teoria é imperioso notar como a agenda midiática pode atuar selecionando os inimigos sobre os quais deve incidir o endurecimento da lei penal. Por exemplo, se a mídia noticia, demasiadamente, a ocorrência de crimes patrimoniais, no imaginário coletivo os inimigos do sistema passam a ser aqueles que praticam tais condutas, em geral, pessoas das classes subalternizadas. De outro modo, se a mídia noticia reiteradamente casos de corrupção, a população tende a eleger como inimigo os políticos de um modo geral, clamando pela punição certa e rápida, sem se importar com qual garantia de ordem constitucional precisará ser violada para esse fim. Na história recente o país viveu algo parecido com a operação lava-jato, que foi massivamente noticiada nos canais televisivos de maior expressão.

A crítica sobre o legislativo e judiciário é recorrente, buscando, cada vez mais, transferir aos operadores do Direito a responsabilidade pelo aumento da violência, alegando que os atores jurídicos garantistas — que defendem uma aplicação proporcional da lei, respeitando as garantias constitucionais do cidadão — são “protetores de bandidos” (SUZUKI, BEZERRA, 2016), invertendo os valores do sistema penal.

O movimento midiático seleciona os discursos a serem propagados, a sociedade absorve tais discursos e pressiona as instituições por mudanças rápidas, simplistas e que não atacam a raiz da criminalidade, os agentes políticos influenciados pela pressão social promovem o recrudescimento da lei penal, saciando a opinião pública, que legitima a atuação, mas sem promover mudanças

significativas e eficazes que contribuem efetivamente para redução dos índices de criminalidade. Esse processo culmina na expansão de um direito penal simbólico, que serve apenas para legitimar e salvar o sistema penal vigente e os interesses que ele objetiva defender.

#### 4.3 LEIS PENAIS E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS: SIMBOLISMO, ARBITRARIEDADE E REGRESSÃO DE DIREITOS.

Adiante realizar-se-á a análise de alguns textos normativos penais, identificando os discursos que levaram a sua criação, que geralmente envolvem anterior apelo midiático e a manipulação da opinião pública para pressionar as casas legislativas a realizarem o recrudescimento da lei penal. O resultado acaba sendo leis com atecias bem claras, violadoras de garantias fundamentais do cidadão e distantes de princípios de suma importância que norteiam o Direito Penal pátrio. A seguinte análise será delimitada à Lei de Drogas, Lei de Torura e Lei Antiterrorismo, três crimes que possuem previsão no art. 5º, XVIII da Constituição Federal de 1988 e, por isso, demandariam, em tese, grande atenção do legislador por regulamentarem delitos com forte carga política e de alta complexidade. Como se verá adiante, as referidas leis acaba deixando muito a desejar, sendo compostas por uma série de disposições condenáveis, distantes da realidade brasileira, abstratas e que dão azo à atuação vil e arbitrária de muitos magistrados, o que restará exemplificado na amostragem da jurisprudência sobre os temas que serão abordados.

##### **4.3.1 Lei Federal nº 11.343/2006 - Lei de Drogas**

Consoante referência que a Constituição Federal de 1988 faz à criação de tipos penais relativos ao “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” (BRASIL, 1988) o legislador infraconstitucional criou a Lei de Drogas no ano de 2006, criando

distinções entre o tráfico e porte, bem como dá outras providências de ordem processual penal.

Exordialmente importa realizar a distinção teórica — uma vez que a Lei de Drogas não oferece elementos concretos para tal — entre o uso e a dependência de substâncias psicoativas. O usuário é caracterizado como o indivíduo que utiliza a substância com intuito recreativo, enquanto que o dependente necessita da substância para ter prazer e diante do uso ou ausência desta adentra em um estado de profundo sofrimento psíquico além de experimentar efeitos físicos da abstinência (DAVID, 2018). Tal distinção é necessária para entender como a Lei peca ao criminalizar uma conduta individual que não ofende direito jurídico alheio, nem muito menos se presta a tutelar o bem jurídico a qual se destina.

O artigo 28 da Lei Drogas prevê a conduta do porte de drogas, aquele indivíduo que utiliza a droga para uso pessoal, seja dependente ou usuário esporádico. A princípio observa-se que o bem jurídico tutelado através da criminalização dessa conduta é a saúde pública, o qual possui caráter nitidamente coletivo (DAVID, 2018). O cerne da questão é que o uso esporádico e recreativo de substância psicoativa não constitui uma patologia — diferentemente da dependência —, configurando uma conduta que lesiona, tão somente, a saúde individual do sujeito por meio do exercício de sua liberdade individual.

O consumo das substâncias, desde que não ofereçam riscos concretos de dano a bem jurídicos de terceiros, é uma conduta pertencente à esfera individual do sujeito, onde é vedado a intervenção estatal, visto que nossa Carta Magna resguarda a inviolabilidade da vida privada em seu artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Importa destacar que, ao cominar pena a uma conduta que não lesiona bem de terceiro, mas tão somente direito próprio individual, o direito penal desatende ao princípio da ofensividade, desaguando na invasão do direito penal à esfera individual do direito de escolha do cidadão (DAVID, 2018).

Outro ponto sensível da Lei se destacar, responsável por diversas celeumas na doutrina, é a falta de critério objetivo para diferenciação entre o porte para uso pessoal e o tráfico, restando para isso critérios genéricos, abstratos, adstritos à interpretação do magistrado e a critérios jurisprudenciais. Diz o §2º do artigo 28 da Lei em comento:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (BRASIL, 2006).

O critério da quantidade para diferenciar uma conduta de outra, sem dimensionar objetivamente o valor, configura uma flagrante violação ao princípio da taxatividade, que diz que a Lei Penal deve ser taxativa, não sendo possível a utilização de termos vagos e abstratos que deixem dúvidas quanto a prática de uma conduta delitiva. Além disso, observa-se que a utilização das “circunstâncias sociais e pessoais” favorece uma interpretação classista e estereotipada da Lei, aumentando a probabilidade das condenações por tráfico recaírem sobre os indivíduos que se enquadrem nos estereótipos do delinquente (pobres, negros, moradores de favelas), ainda que venham a ser apreendidos com pequenas quantidades, o que justificaria o enquadramento no uso, uma vez que os estereótipos influem na visão da sociedade sobre o indivíduo e, em consequência, no modo que a polícia e judiciário lidarão com os casos concretos (DAVID, 2018).

Para exemplificar a problemática supra levantada, observa-se o Habeas Corpus nº 503.021 - SP (2019/0098954-9) impetrado no STJ, que, na ocasião, concedeu a ordem para relaxar prisão preventiva determinada pelo juiz de primeiro grau e mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Destaca-se a argumentação trazida para justificar a constrição cautelar. Aduziu o juízo de primeira instância:

[...] Em que pese ter sido encontrada pouca droga com o indiciado, não se pode ignorar o fato de que trata-se, em tese, de delito doloso cuja pena máxima supera os quatro anos e há provas da materialidade e indícios da autoria. Além disso, a prisão preventiva é necessária para garantia da ordem pública, para conveniência da instrução processual e para assegurar a aplicação da lei penal. Consigne-se que, apesar de ser o indiciado primário, o contexto apresentado na prisão em flagrante dá conta de que sua liberdade colocará em risco a ordem pública. Nesse sentido, como bem pontuado pelo Representante Ministerial, o indiciado disse não possuir telefone e tampouco conseguiu declinar seu endereço residencial. No mais, a despeito de declarar ocupação lícita, fora surpreendido na prática delitiva em período vespertino em plena quarta-feira. (STJ, 2019).

Ao ler a fundamentação nota-se que apesar da excelente retórica presente,

os argumentos utilizados para justificar a decretação da prisão preventiva são totalmente desvirtuados. Ora, inicialmente o próprio magistrado reconhece que a quantidade de drogas apreendida era de pequena monta, o que logicamente direcionaria ao enquadramento no artigo 28 da Lei de Drogas, que prevê o uso e não o tráfico, porém utiliza-se abstratamente dos requisitos da prisão preventiva do artigo 312 do Código de Processo Penal, sem nenhum tipo de apontamento concreto que a justificasse, quando nem mesmo a própria cominação legal do delito — mais provavelmente cometido — prevê a pena de prisão.

Insta observar que no caso mencionado o paciente — primário e sem maus antecedentes — conseguiu o relaxamento da preventiva, todavia apenas depois de HC impetrado no STJ, quando em verdade, os fatos contra si eram tão fracos que não justificariam uma medida de prisão preventiva desde o primeiro juízo realizado sobre o fato. Além disso, o tempo que o indivíduo restou com sua liberdade cerceada não poderá ser restabelecido. Uma rápida vasculhada na jurisprudência pátria é suficiente para notar que nos delitos envolvendo a Lei de Drogas a prisão está longe de ser utilizada como *ultima ratio*, prevalecendo a constrição sem fundamentos concretos, tudo porque a Lei não cuidou em delimitar objetivamente um critério diferenciador entre o delito de porte de drogas e o tráfico.

Há um sentimento generalizado no imaginário popular, impulsionado pelo sensacionalismo midiático e conservadorismo, de vinculação e íntima conexão entre o uso de drogas e a criminalidade, além da percepção do usuário como financiador do tráfico. Mais uma vez constata-se o sentimento coletivo, fundado no senso comum, que impulsiona a criação do direito penal simbólico.

A demanda por substâncias entorpecentes dificilmente cessará, contudo, ao proibir o comércio dessas substâncias, este passa a ser exercido pelo mercado negro que, diante da repressão policial, passa a se armar e fazer frente a essa repressão, dando início ao fenômeno da Guerra às Drogas, que assola até hoje os países que têm abordagem abolicionista do problema (DAVID, 2018), não cabendo, portanto, responsabilizar o usuário pelo financiamento do tráfico, mas sim a própria criminalização da sua conduta. É nesse ponto que reside a natureza do problema, as leis penais criadas a partir de sentimentos coletivos, ancorados no senso comum raso impulsionado pelo apelo midiático, não são idôneas para sanar, ou, ao menos, mitigar o problema.

#### 4.3.2 Lei de Tortura - Lei Federal nº 9.455/1997

Após alguns apontamentos sobre algumas distorções presentes na Lei de Drogas e as implicações práticas disso, passa-se a analisar a Lei nº 9.455/1997 (Lei de tortura), que regulamentou os crimes de tortura diante da previsão constitucional contida no artigo 5º, inciso XLIII.

No que tange a lei de torura, talvez seja essa um dos maiores exemplos de simbolismo penal, visto sua grande ineficácia. Apesar de ter como escopo a erradicação dessa prática tão ignóbil, sabe-se que elas encontram no meio policial a mais expressiva incidência. Nessa esteira, Péres (2001, p.108) afirma:

Destarte, como a investigação de toda prática criminosa inicia no mesmo âmbito, tímidas - para não afirmar quase inexistentes - são as iniciativas das vítimas em formular denúncias em face do descrédito na eficácia do sistema, mormente quando invocado a funcionar contra os próprios agentes que o integram.

O trabalho de pesquisa intitulado: Investigação e Processamento dos Crimes de Tortura em Goiânia, Curitiba e Belo Horizonte, realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, no âmbito do projeto “Pensando a Segurança Pública”, revelou que, de um total de 134 casos estudados, 91 envolviam um agente público aplicador da lei, ou seja, policiais civis ou militares, agentes penitenciários ou monitores de unidades de interenção de adolescentes em conflito com a lei (SALLA et al., 2016). O dado é assustador, mas se torna ainda mais perigoso quando se nota que muitos dos casos de tortura que acontecem nem chegam a ser denunciados. A referida pesquisa também constatou que a precariedade na produção das provas é um fator que prejudica a condenação dos crimes de tortura, principalmente quando os acusados são agentes públicos. Essa precariedade está relacionada às autoridades competentes pela sua coleta e produção. Muitas vezes a realização do exame de corpo de delito não é feita e quando é feita é realizada dias após a vítima ter sofrido as agressões, desaparecendo os vestígios no corpo (SALLA et al., 2016).

Diante da dúvida, fruto da inexistência ou precariedade de provas que



corroboem com as palavras da vítima, recorrentemente os magistrados absolvem os acusados, à vista do princípio do *in dubio pro reo*. Veja um exemplo coletado na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Se em juízo a prova produzida não confirma aquela colhida na fase de inquérito e se não há elemento de prova suficiente para que se possa concluir, de forma segura, pela ocorrência dos crimes de tortura, há que se absolver os réus, por força do princípio do 'in dubio pro reo' (TJ-MG, 2009).

Importante frisar que não se está aqui defendendo que, nesses casos, os juízes deveriam decidir de modo diverso, em caso de dúvidas o princípio do *in dubio pro reo* deve ser sim aplicado. O que se critica é o grande simbolismo da Lei de Tortura que, embora preveja uma série de condutas que configuram essa prática — em caso de crime cometido por agente público a pena pode chegar até quase 11 anos —, ela ainda é muito recorrente na operacionalização do sistema penal, nas salas das delegacias, nas penitenciárias, em abordagens na rua, em lugares que o direito muitas vezes não consegue enxergar.

#### **4.3.3 Lei Antiterrorismo - Lei Federal nº 13.260/2016**

Atendendo a necessidade de criminalização do terrorismo, diante da previsão Constitucional contida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, o legislador editou a Lei nº 13.260/16, conhecida como Lei Antiterrorismo, para regulamentar o referido delito, dispondo sobre condutas que se enquadrariam nessa tipificação. Em 2016 o país havia sido escolhido para sediar os jogos olímpicos e, como não havia nenhum diploma legal regulamentando a matéria, sofreu muita pressão internacional para fazê-lo, o que acabou acontecendo em oito meses, sob regime de urgência e sem qualquer consulta a especialistas ou à sociedade civil, mesmo tratando-se de um tema de alta complexidade, reconhecido internacionalmente, inclusive pela Organização das Nações Unidas. O resultado disso foi uma lei com claras atecnias, com diversas imprecisões que possibilitam larga discricionariedade do julgador e

flagrantes violações a princípios penais fundamentais (COLUCCI, 2020).

A primeira grande crítica da doutrina reside na quantidade de termos vagos e abertos, que abarcam uma quantidade gigante de hipóteses, na conceituação legal do que seria terrorismo. Diz o artigo 2º da Lei:

O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. (BRASIL, 2016)

Expressões como “terror social generalizado”, “paz pública” e “incolumidade pública” são muito vagas e dúbias, abrindo margem para um cenário que comporta condutas em contextos dos mais diversos possíveis por parte do juiz que interpretará a norma (COLUCCI, 2020). Observa-se pois uma grande violação ao princípio da taxatividade, e não apenas pelo caput do artigo supra citado, mas alguns outros dispositivos também são contaminados pela subjetividade e discricionariedade deixada a cargo do intérprete da norma. Veja-se o §2º do artigo 2º:

O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei (BRASIL, 2016).

Quem dá a definição do que vem a ser “propósitos sociais ou reivindicatórios”, em dado momento, uma manifestação legítima de uma classe trabalhadora pode ser entendida como egoísta pelo julgador, além do conflito que o parágrafo segundo cria com o caput do artigo, pois nas palavras de Miranda (apud COLUCCI, 2020, p.180), “que movimento ou manifestação, na história da humanidade, foi realizado sem colocar em perigo, o mínimo que fosse, a paz pública?”.

Além do que fora mencionado, a Lei Antiterrorismo comete uma grave falha

técnica, ao prever a possibilidade de punir criminalmente os atos preparatórios do delito: “Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade” (BRASIL, 2016). A doutrina pátria, ao dispor sobre o *iter criminis*, é pacífica sobre o entendimento de que os atos preparatórios de uma conduta delitiva não podem ser alvo da persecução penal, sendo passíveis de tutela penal apenas os atos executórios (SILVA et al., 2018).

Para ilustrar as problemáticas até aqui enfrentadas, opta-se por trazer à discussão um Habeas Corpus impetrado, mais uma vez, perante o Superior Tribunal de Justiça, que sanou o constrangimento ilegal contra adolescente na prática de ato infracional, em decorrência da adequação típica equivocada ao art. 5º da Lei 13.260/16. Segue a fundamentação do juízo de primeiro grau:

Configurado, portanto, o elemento subjetivo que consiste em causar terror generalizado. Vale salientar que a criminalização prevista no caput do artigo 5º da Lei n. 13.260/16, diversamente de outros Países que estabeleceram quais seriam os atos preparatórios, é uma criminalização aberta, ou seja, cabe ao julgador analisar se a conduta do agente caracteriza o ato preparatório e, de acordo com o que dos autos consta, não há dúvidas da conduta do Representado M caracterizar o ato infracional análogo ao crime previsto no artigo acima mencionado, posto que se trata de crime de perigo abstrato e o Representado teve uma conduta reprovável de caráter perigoso e, neste tipo penal, a consumação se dá com a conduta, sendo um tipo autônomo, que não guarda relação com o art. 2º da referida lei (STJ, 2019).

Observa-se com clareza a arbitrariedade perpetrada pelo juízo de piso nesse caso. Ora, Se o artigo 5º da Lei 13.260/06 (que, por si só, já fere o sistema penal ao punir atos preparatórios) prevê a conduta de “realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito” (BRASIL, 2016) é imperioso observar o disposto no artigo 2º, posto que é nele que se encontra a definição legal do que vem a ser terrorismo. Então configura-se uma teratologia argumentar no sentido de que o artigo 5º é autônomo e independente em relação ao art. 2º.

Continuando o seu voto, o Ministro Relator Sebastião Reis cita um excerto da decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que manteve a capitulação legal feita pelo juízo de piso, onde se revela uma incoerência ainda maior:

E embora não tenha restado esclarecido quais razões teriam levado o adolescente à prática da infração, o fez, certamente, impactado pela discriminação que sofreu ao ser vítima de bullying no colégio estadual em que estudava, agindo, em revide, como admitiu em Juízo, adotando perfil comum aos envolvidos na prática de atos de terrorismo, tendo sua conduta por finalidade provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública e a incolumidade pública (STJ, 2019).

A caracterização da motivação da conduta — elemento essencial para estabelecer se uma conduta se enquadra ou não no crime de terrorismo — foi dispensada e mesmo afirmando inicialmente que “não tenha restado esclarecido quais razões teriam levado o adolescente à prática da infração” (STJ, 2019), o tribunal argue o fato do jovem ter sofrido *bullying* no colégio como uma característica comum aos que praticam terrorismo e, por isso, idônea para presumir desejo de causar terror social. Alguns magistrados acabam recorrendo a teses mirabolantes afastadas das evidências concretas para enquadrar uma conduta em um tipo penal, e os termos vagos e abertos, como os presentes na Lei em comento, facilitam essa subsunção, dando azo para cerceamento de liberdades individuais com justificativas espúrias que, por vezes, só são corrigidas em instâncias superiores, como no caso em tela.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A seletividade do sistema penal é uma mazela sóciojurídica, um dos problemas sociais e institucionais de maior relevo e complexidade em um Estado Democrático de Direito, pois macula diversos princípios norteadores e garantias do cidadão insculpidas na Carta Magna de 1988, dentre eles o de que todos serão tratados de maneira igual perante a Lei.

Nessa esteira, percebeu-se que o Direito Penal possui duas facetas: a declarada, que se consubstancia no discurso oficial difundido pelas instituições do Estado, que é responsável por criar a imagem de um sistema penal justo, comprometido com a ressocialização, bem como com a diminuição da criminalidade, respeitando as garantias do cidadão e seus próprios princípios estruturantes; e a real, que compreende não só a operacionalização das leis — como diz o jargão repetido com frequência, principalmente nos bancos da faculdade: teoria e prática são bem diferentes —, mas a própria essência delas, o jogo de interesses que se escamoteia no discurso declarado. Para entender esse processo recorreu-se a teoria do *labelling approach*, que desvela os processos de criminalização, provando que desde o seu nascimento, a lei não é justa, não é igual e não nasce para ser aplicada a todos sem distinção como prevê a Constituição Federal de 1988.

Uma das provocações que deram origem a este Trabalho de Conclusão de Curso foi entender o porquê de termos um sistema penal sabidamente seletivo, mas ao mesmo tempo tão legitimado a praticar, cada vez mais, o recrudescimento das leis incriminadoras, a não ressocialização e o aumento do encarceramento. A resposta para essa inquietação foi encontrada nos discursos dominantes que são difundidos na sociedade, são eles os responsáveis por carregar a ideologia da classe dominante e inculcar no senso comum o desapego às garantias processuais, como se essas fossem inimigas da paz social e obstáculos para vencer a criminalidade. Nesse sentido, a mídia exerce papel de controle fundamental, pois é ela o maior difusor do discurso, com muito poder, consegue criar nos cidadãos a ânsia punitivista, para legitimar a fabricação de leis que, no fim, acabam prejudicando a eles mesmos.

A sede social para reduzir a criminalidade e a cultura do medo difundida em larga escala desvia o foco do cerne do problema. Leis são criadas às pressas para

atender ao anseio da sociedade, mas são ineficazes, não reduzem a criminalidade, por isso, os indivíduos continuam pedindo o enrijecimento das leis penais, a tipificação de novos crimes, o legislador volta a atender o rogo social criando outras leis puramente simbólicas, o que resulta no expansionismo penal desenfreado, mas sem redução da criminalidade.

Para ilustrar esse processo, analisaram-se três leis de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, são leis previstas pelo legislador constitucional, a Lei de Drogas, Lei de Tortura e a Lei Antiterrorismo. Nelas foi possível encontrar, de maneira bastante escancarada, atecnia legislativas, violações aos princípios da taxatividade, dignidade da pessoa humana; dispositivos com termos classistas, vagos, traços do punitivismo exacerbado. Como se não bastasse, ao lançar um rápido olhar de como se dá a aplicação dessas leis na *praxis* dos tribunais brasileiros, notou-se a arbitrariedade presente, decisões infundadas, descontextualizadas e erros na adequação típica das condutas delitivas aos tipos penais legais. Infelizmente, o resultado do que ocorre na jurisprudência pátria é resultado de Leis mal feitas (ou bem feitas), que cumprem objetivos antagônicas àqueles que justificaram a sua criação.

Interessante observar que as condutas alvos desse expansionismo, das leis penais simbólicas, das atecnia legislativas, geralmente, são típicas do modo de ser das classes subalternas, o usuário de drogas, o praticante de furto, o ladrão, dono de banca de jogos de azar, quem porta ilegalmente arma ou munição, etc. Todos esses indivíduos sofrem com leis que dão azo a arbitrariedade e prejudicam o devido processo legal, resultando em uma comunidade carcerária, em geral, pobre, negra e sem estudos, não há de ser coincidência. Enquanto isso, o comportamento das classes mais abastadas permanece com a impunidade a seu favor e ainda muito pouco explorado pelas leis penais.

Resta claro que a seletividade é presente ao longo da história das sociedades. Aqueles mais próximos aos centros de poder sempre utilizaram a lei a seu favor para proteger interesses individuais em detrimento dos coletivos, portanto, o combate a este problema nunca pode ser tratado apenas pela via punitivista, criando mais leis penais, cada vez mais severas, cada vez mais distantes das garantias democráticas, isso apenas deflagra o problema. Portanto, a solução real começa pelo respeito à normativa constitucional, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, deve respeitar a taxatividade das leis, em observância à legalidade de modo

substancial, evitando tipos penais abertos demais, que dizem muito e ao mesmo tempo nada; o fortalecimento das instituições e órgãos de controle, a tipificação de crimes para proteger bens jurídicos realmente essenciais a toda a coletividade e não apenas a pequenos grupos. Para combater a seletividade é preciso, acima de tudo, ser revolucionário e, como bem diz o grande advogado criminalista Antônio Carlos de Almeida Castro, “hoje ser revolucionário é cumprir a Constituição Federal de 1988”.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.4, n.14, p. 276-287, 1996.
- ARAUJO, Fernando Carolina de. **A teoria criminológica do *Labelling Approach* e as medidas socioeducativas**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256/publico/fernanda\\_final\\_em\\_PDF.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256/publico/fernanda_final_em_PDF.pdf). Acesso em: 19 Mar. 2021.
- BANDEIRA, Thaís. PORTUGAL, Daniela. **Criminologia**. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Superintendência de Educação a distância, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/30864/1/eBook%20Criminologia%20Tecnologia%20em%20Seguran%c3%a7a%20P%c3%bablica%20UFBA.pdf>. Acesso em: 19 Mar. 2021.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BRASIL. Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm). Acesso em: 24 abr. 2021.
- CALAZANS, Márcia Esteves de. PIZA, Evandro. PRANDO, Camila. CAPPI, Riccardo. Criminologia crítica e questão racial. **Caderno do CEAS: Revista Crítica de Humanidades**, n. 238. p. 450-463, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ucsul.br/index.php/cadernosdoceas/article/viewFile/280/216>. Acesso em: 19 Mar. 2021.
- CALLEGARI, André Luiz; FONTENELE, Marília. Criminologia midiática e seus reflexos no processo penal brasileiro. **Revista Consultor Jurídico**, nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-26/apontamentos-criminologia-midiatica-reflexos-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 14 abr. 2021.



COLUCCI, Pedro Henrique do Prado Haram. A tautologia vazia da Lei Antiterrorismo e a dialética penal do inimigo como instrumento de degeneração do Estado de Direito. **Revista Transgressões Ciências Criminais em Debate**, n.1, v.8, p. 174-187, 2020. Disponível em:

<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/20277/12964>. Acesso em: 24 Abr. 2021.

DAVID, Juliana França. ANÁLISE CRIMINOLÓGICA: A TUTELA DO USUÁRIO DE DROGAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. *In*: CONGRESSO DE PESQUISA EM CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2018. **Anais [...]** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2018. Disponível em:

<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/7/8231>. Acesso em 23 Abr. 2021

DIAS, Fábio Freitas; DIAS, Felipe da Veiga; MENDONÇA, Tábata Cassenote. Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal. **Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**. p. 384-398, 2013. Disponível em:

<file:///C:/Users/brunn/Documents/TCC/capitulo%203/criminologia%20midi%C3%A1tica%20e%20a%20seletividade%20do%20sistema%20penal.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

DOS SANTOS, Marco Aurelio Moura; BARBOSA, Marco Antonio. A Análise do Discurso Ideológico do Direito e a Teoria do Agendamento Midiático/The Analysis of the Ideological Discourse of Law and the Agenda-Setting Theory. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 48, p. 224-246, 2016.

DUARTE, Evandro Piza. Editorial: Direito penal, Criminologia e racismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 135, p.17-48, 2017. Disponível em:

[https://bradonegro.com/content/arquivo/12122018\\_112151.pdf](https://bradonegro.com/content/arquivo/12122018_112151.pdf). Acesso em: 20 Mar. 2021.

FERREIRA, Kenneson Lima. O controle social localizado exercido pela polícia como ponto de partida para a seletividade da criminalização secundária. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v.6, n.1, p.254-271, dez, 2012.

Disponível em:

<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/199/126>. Acesso em: 31 Mar. 2021.

FERREIRA, Thyago Vargas. **O poder punitivo discriminatório resultante de um processo de criminalização seletivo**. Monografia (Graduação em Direito)

Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31345/THYAGO%20VARGAS%20FERREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 Mar. 2021.

FERNANDES, Maíra. Uma janela sobre a utopia: o modelo penal garantista. **Revista Consultor Jurídico**, ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/escritos-mulher-janela-utopia-modelo-penal-garantista>. Acesso em: 16 abr. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 20. ed. Petrópolis: editoral vozes, 1999.

Disponível em: [https://www.ufsj.edu.br/portal2-](https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf)

[repositorio/File/centrocultural/foucault\\_vigiar\\_punir.pdf](https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf). Acesso em: 20 abr. 2021.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Tese (Doutorado) Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2011. Disponível em: <https://oatd.org/oatd/record?record=oai%5C%3Awww.bdttd.uerj.br%5C%3A2005>. Acesso em: 24 Mar. 2021.

GIORGI, Alessandro Di. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006. Disponível em: <http://arquimedes.adv.br/livros100/A%20Mis%C3%A9ria%20Governada%20Atrav%C3%A9s%20do%20Sistema%20Penal%20-%20Alessandro%20de%20Giorg.pdf>. Acesso em: 24 Mar. 2021.

GOIS, Marcio Cristiano de; CASTRO, Matheus Felipe de. Legislação Simbólica e Direitos Fundamentais: A Ineficácia do Crime de Exploração do Trabalho Escravo na Legislação Brasileira. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 2, n. 1, p. 20-39, 2016. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/y0ii48h0/814d30ce/HYOe36VMOljac4uu.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

GOUVEIA, João Tiago. A escola clássica de criminologia = The classical school of criminology. **Repositório das universidades Lusíada**, p. 37-61. Disponível em: [http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/4379/1/ld\\_16\\_2016\\_3.pdf](http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/4379/1/ld_16_2016_3.pdf). Acesso em: 22 Mar. 2021.

JUNIOR, Airto Chaves. **Da crise de legitimidade à eficácia invertida do modelo jurídico repressivo penal contemporâneo**. 2010 Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado acadêmico em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2010. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2109/1/Airto%20Chaves%20Junior.pdf>. Acesso em: 16 abr.2021.

\_\_\_\_\_. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal ea eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 41, n. 114, p. 77-129, 2011. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-controle-penal-dos-excedentes-fun%C3%A7%C3%B5es-simb%C3%B3licas-do-direito-penal-e-efic%C3%A1cia-invertida>. Acesso em: 10 Abr. 2021.

LE MOS, Clécio. Seletividade estrutural: Sistema punitivo e seu cerne político. **Revista eletrônica direito e sociedade**, v.1, n.1, 2015. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2102/1351>. Acesso em: 20 Mar. 2021.

MAZONI, Ana Paula de Oliveira; FACHIN, Melina Girardi. A teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. **Revista do Direito Público**, v. 7, n. 1, p. 3-18, 2012. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10183/10422>. Acesso em: 30 Mar. 2021.

MEDEIRO, Danielly Passos. Higienismo criminológico brasileiro: uma análise do

punitivismo contra indivíduos supostamente perversos e predestinados à criminalidade por meio da (ainda) aplicação dos ideais da escola positiva italiana no Brasil. **Captura Crítica: Direito, política, atualidade**, v.8, n.1, 2019. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/capturacritica/article/download/3520/3258>. Acesso em: 21 Mar. 2021.

MELLIM, Ana Helena Rodrigues. **Direito penal simbólico: a influência do pensamento de Émile Durkheim**. Dissertação (Mestrado) – PUC: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/5865/1/Ana%20Helena%20Rodrigues%20Mellim.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. Notas sobre a seletividade do sistema penal. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, v. 8, 2010. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MzU1.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

PEREIRA, André Martins. DA SELETIVIDADE INVISIBILIZADA AO FALSO IGUALITARISMO: O PODER PUNITIVO REPRESENTADO E SIGNIFICADO A PARTIR DA MÍDIA. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 6, n. 2, p. 18-36, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/7040/pdf>. Acesso em: 05 Abr. 2021.

PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **A função simbólica do direito penal como matriz oculta da política criminal brasileira contemporânea**. 2001. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/82005/178399.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 abr. 2021.

RABÊLO, Júlio César do Nascimento. **O direito penal do inimigo: uma análise crítica do expansionismo penal na sociedade contemporânea**. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Tiradentes. Aracaju. 2016. Disponível em: <https://mestrados.unit.br/wp-content/uploads/sites/5/2017/06/DIREITO-PENAL-DO-INIMIGO.pdf>. Acesso em: 04 Abr. 2021.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. Disponível em: <http://arquimedes.adv.br/livros100/Criminologia%20e%20Subjetividade%20no%20Brasil%20-%20Cristina%20Rauter.pdf>. Acesso em: 24 Mar. 2021.

SALLA, Fernando Afonso; FILHO, José de Jesus; JESUS, Maria Gorete Marques de. Investigação e processamento de crimes de tortura em Goiânia, Curitiba e Belo Horizonte. **Pensando a Segurança Pública**, v. 6, p. 111-150, 2016. Disponível em: [https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca-2/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/pspvolume6investicacao\\_processamento\\_crimes\\_torturas\\_goiania\\_curitiba\\_bh.pdf](https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca-2/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/pspvolume6investicacao_processamento_crimes_torturas_goiania_curitiba_bh.pdf). Acesso em: 23 Abr. 2021.

SANT'ANA, Nelson gomes de; JUNIOR, Silva. Criminologia Liberal: notas sobre a

Escola Clássica e o período pré-científico da Criminologia. **Revista internacional de história política e cultura jurídica**, v. 11, n. 2, p. 304-317, 2019. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v11n2a82019.pdf>. Acesso em: 24 Mar. 2021.

SANTOS, Elaine Maria Geraldo dos. **A face da criminologia, o neolombrosianismo no Recife na década de 1930**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/7278/1/arquivo3320\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/7278/1/arquivo3320_1.pdf). Acesso em: 21 Mar. 2021.

SILVA, Cícera Rosana da; IFADIREO, Miguel Melo; FILHO, José Antônio de Albuquerque. O Debate Criminológico e Dogmático Sobre a Incidência do Terrorismo No Direito Penal Brasileiro. **Id On Line Revista Multidisciplinar e de Psicologia**, v. 12, n. 42, p. 561-583, 2018. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/1352>. Acesso em: 24 Abr. 2021.

STJ. Habeas Corpus: HC 0296110-59.2019.3.00.0000. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, DJ: 10/10/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/882393675/habeas-corpus-hc-537118-rj-2019-0296110-9/decisao-monocratica-882393685>. Acesso em: 24 Abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Habeas Corpus: HC 0337505-31.2019.3.00.0000. Relator: Ministra Laurita Vaz, DJ: 17/12/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857999743/habeas-corpus-hc-545014-sp-2019-0337505-4>. Acesso em: 23 abr. 2021.

TJ-MG. Apelação Criminal: Apr 1614938-97.2005.8.13.0105. Relator: José Antônio Baía Borges, DJ: 17/12/2009. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/937840652/apelacao-criminal-apr-10105051614938001-governador-valadares>. Acesso em: 23 abr. 2021.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. CAMPOS, Paula Bohn de. Criminologia e seletividade punitiva no Brasil: do racismo biologista ao labelling approach. **Revista eletrônica direito e sociedade**, v. 8, n. 3, p. 273-295, 2020. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/5484/pdf>. Acesso em: 24 Mar. 2021.

