

O DIREITO FUNDAMENTAL DE IGUALDADE, A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

¹Samyra H. D. F. Naspolini

²Matheus Felipe de Castro

RESUMO

A Constituição brasileira em seu art. 5º apresenta extenso rol de normas destinadas a assegurar os direitos individuais e coletivos, e em especial, para fins deste estudo, a igualdade de todos perante a lei. O problema enfrentado pela presente pesquisa é: o Sistema Penal trata realmente a todos com igualdade, conforme Direito Fundamental previsto na Constituição? Os autores concluem que o Sistema Penal, delimitando sua clientela e estigmatizando, dentre toda a população, quais os indivíduos que serão perseguidos e capturados para fazerem parte da população criminosa, viola abertamente o Direito Fundamental de tratamento igual perante a lei.

Palavras-chave: Igualdade; Seletividade; Sistema Penal

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF EQUALITY, THE IDEOLOGY OF SOCIAL DEFENSE AND THE SELECTIVITY OF THE BRAZILIAN PENAL SYSTEM

ABSTRACT

The Brazilian Constitution in its art. 5º presents an extensive list of norms designed to ensure individual and collective rights, and especially, for the purposes of this study, equality of all before the law. The problem faced by this research is: does the Criminal System really treat everyone with equality, in accordance with the Fundamental Law provided for in the Constitution? The authors conclude that the Criminal System, delimiting its clientele and stigmatizing, from all the population, which individuals will be persecuted and captured to be part of the criminal population, openly violates the Fundamental Law of equal treatment before the law.

Keywords: Equality; Selectivity; Criminal System

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC, São Paulo (Brasil). Professora e Pesquisadora do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo (Brasil). E-mail: samyranaspolini@gmail.com

² Doutor em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Santa Catarina (Brasil). Professor Adjunto do Departamento de Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Santa Catarina (Brasil). E-mail: matheusfelipedecastro@gmail.com



INTRODUÇÃO

O surgimento do Estado de Direito deve-se à busca de limites ao Estado frente à liberdade individual e a imposição do tratamento igual para todos por parte deste mesmo Estado, sendo que passou a caber ao Sistema Penal a atuação como parâmetros de tutela desta liberdade. Assim, é o indivíduo em contraposição ao Estado que busca instrumentos jurídicos para legitimar o seu papel de sujeito de direitos.

Ao longo dos anos, os Direitos Fundamentais dos cidadãos foram sendo incorporados nas Constituições de vários países, entre nós, a Constituição atual, em seu art. 5º, apresenta extenso rol de normas destinadas a assegurar os direitos individuais e coletivos, ressaltando sempre a igualdade de todos perante a lei.

Porém, dados extraídos dos censos penitenciários demonstram um tratamento desigual pelo Sistema Penal àqueles que chegam às suas portas, ou, antes ainda, selecionando até mesmo quem vai chegar ao Sistema Penal.

Neste sentido, o problema enfrentado pela presente pesquisa é: o Sistema Penal trata realmente a todos com igualdade, conforme Direito Fundamental previsto na Constituição?

Para responder a sua problemática, a pesquisa terá por objetivo investigar a ideologia da Defesa Social, que embasa a atuação do Sistema Penal e as teorias que criticam essa Ideologia, apontando o alto grau de seletividade com o qual o Sistema Penal manifesta o seu exercício de poder em nosso país.

Não há a pretensão de esgotar o tema, mas contribuir com a pesquisa para maiores reflexões sobre os temas abordados. Trata-se, portanto, de um estudo descritivo e exploratório, com base na pesquisa bibliográfica.

As citações em idioma estrangeiro foram traduzidas para o idioma nacional na intenção de proporcionar ao leitor uma maior linearidade, preservando-se, porém, as fontes que se seguem a cada citação.

Os grifos contidos nas citações são dos próprios autores, encontrando-se elas também grifadas no original.

Nas Referências encontram-se elencadas as obras citadas nos textos e as diretamente consultadas, além de outras que concorreram para a elaboração do presente trabalho, ainda que de forma indireta.

1. A Escola Clássica e o Período Humanitário no Direito de Punir

O novo tipo de Estado que se inicia com a Revolução Francesa e a ascensão da burguesia ao poder, o Estado Liberal, necessitou de uma forma de controle social completamente diferenciada do Estado Absolutista. Por fundamentar ideologicamente sua legitimidade na ideia do contrato social, o Estado Liberal já não poderia mais exercer o controle social através das cruéis e sangrentas penas medievais. O metafórico contrato social, bem como as exigências de livre mercado para a acumulação capitalista, impunham ao Estado Liberal um controle social baseado no respeito às liberdades individuais, ou seja, regulado pelo Direito.

É neste contexto que surge a Escola Liberal Clássica, termo utilizado para designar toda uma construção teórica a respeito da teoria do crime e do Direito Penal, desenvolvidas durante o século XVIII e início do século XIX em vários países da Europa, suas concepções baseiam-se no liberalismo e no contrato social. Com esta Escola Penal surge a Ideologia da Defesa Social, tema que será tratado ao final deste artigo. Entre os seus principais expoentes encontramos Beccaria, Bentham e Feuerbach.

A obra de Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria³, marcou o início de um novo período para o Direito Penal, o chamado período humanitário. Contagiado pelas ideias iluministas e inspirado no princípio utilitarista de maior felicidade para o maior número de pessoas, Beccaria combateu acirradamente as atrocidades e arbitrariedades das penas do Estado Absolutista. Em sua obra "Dos Delitos e das Penas" formulou princípios para o Direito Penal que mais tarde seriam adotados pela Declaração dos Direitos do Homem. Dentre os principais destacamos:

- * Só às leis cabe prescrever os crimes e cominar as penas;
- * Só ao legislador cabe a elaboração das leis;
- * As leis devem ser claras e escritas em linguagem popular;
- * Os julgamentos devem ser públicos;
- * As torturas devem ser abolidas;
- * As penas de morte devem ser abolidas;
- * As penas devem ser moderadas e proporcionais ao crime.

³ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991. No original: *Dei Delitti e Delle Pene*, 1764.



Todos estes princípios, adotados até hoje pelos principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos, revelam as concepções sobre o crime e sobre a função da pena para os adeptos da Escola Liberal Clássica. Concebiam o crime como um ente jurídico, ou seja, é crime aquilo que a lei assim o define, e, portanto, o criminoso seria um indivíduo normal que pelo seu livre-arbítrio violou as regras do pacto social. Desta forma, a punição além de dever ser exatamente proporcional ao dano social causado pelo criminoso, também deveria consubstanciar-se no mínimo sacrifício da liberdade possível.

É importante para este estudo, destacar que a Escola Clássica parte da premissa de que todos os homens, devido à sua racionalidade, são iguais perante a lei e podem atuar responsabilmente e conscientemente escolhendo violar ou não as normas penais.

Partindo deste pressuposto, a Escola Clássica não se deteve no estudo da pessoa humana, restringindo a sua investigação à objetividade do fato-crime.

2.A Escola Positiva e o Estudo do Homem Criminoso

No final do século XIX assistimos a passagem do Estado Liberal para o Estado Intervencionista, também chamado Estado do Bem Estar ("Welfare State"). A crise do modelo político liberal, o acúmulo de tensões e contradições originadas pela igualdade política e a desigualdade econômica fizeram o Estado "abandonar sua função de guardião do mercado, para intervir precisamente em sua regulação."(BUSTOS RAMÍREZ, 1983, p. 16).

Neste contexto, ao final do século XIX e início do século XX, surge na Itália com Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, a Escola Positiva, tornando-se a referência do pensamento penal.

Influenciados pela concepção positivista de ciência, pelo evolucionismo de Darwin e pela obra de Spencer, os cientista da Escola Positiva iniciaram a investigação das causas do crime a partir do homem criminoso.

Inspirado pelos estudos da Antropologia Criminal e pelo evolucionismo, Lombroso, aproveitando-se da sua condição de médico do sistema penitenciário italiano para autopsiar os cadáveres de presos, efetuou uma série de comparações anatômico-fisiológicas acerca de criminosos internos das prisões e hospitais psiquiátricos e concluiu que o crime é um ente natural, um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte e a concepção,



determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditárias. Publicou suas constatações no ano de 1876 através da obra “O Homem Criminoso”.

Comparando os homens aos animais, Lombroso afirmou que as ações delituosas são resultados da hereditariedade, pois se não obstante todas as formas punitivas desenvolvidas desde a antiguidade, o crime não deixou de existir é porque sua causa reside no atavismo. Esta conclusão tornou-se a essência da teoria do criminoso nato, que estabeleceu uma relação entre o instinto sanguinário e a regressão atávica, admitindo que o homem criminoso propriamente dito é nato, é idêntico ao louco moral, apresenta base epilética e possui uma anatomia específica, constituída, por um conjunto de anomalias, um tipo especial denominado posteriormente de “lombrosiano”.

O tipo lombrosiano levava em consideração uma série de características, como a forma e a cor dos cabelos, a forma e a cor dos olhos, maior ausência ou presença de barba e cabelos, forma do nariz e dentes, morfologia do crânio, medida dos diversos órgãos e membros, o uso de tatuagens que revelava uma maior sensibilidade à dor, a tendência à obscenidade, a capacidade de associação, a agilidade psicomotora, a acuidade acústica, reflexos e estímulos nervosos, longevidade, invulnerabilidade, tendência ao jogo e à bebida, etc..., enfim tratava-se de um tipo bio-físico que reunia uma série de estigmas anatômicos, todos estudados “cientificamente” por Lombroso.

Baseada nos estudos de Lombroso e outros cientistas, a Escola Positiva, irá sustentar ser o criminoso um indivíduo anormal, desprovido de capacidade para viver em sociedade. Temos, assim, o estigma justificado cientificamente, e a pena ganha uma outra função: o tratamento e a ressocialização do condenado. Todo um aparato de técnicas punitivas e saberes especializados foram desenvolvidos no sentido de estudar a pessoa do condenado, tratá-lo e discipliná-lo conforme as regras do convívio social.

Segundo Foucault (1996), este é um marco muito importante na história da penalidade, pois o condenado passou a ser caracterizado muito mais pela sua vida do que pelo próprio delito praticado.

O controle e a disciplina são as palavras chaves que irão fundamentar a prática estatal da punição:

Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle, não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está ou não em conformidade com a lei, mas ao nível do que podem fazer, do que são capazes de fazer, do que estão



sujeitos a fazer, do que estão na iminência de fazer. (FOUCAULT, 1996, p. 85).

Desta forma, as teorias da pena e do Direito Penal, ao final do século XIX e início do século XX, irão basear-se na ideia de periculosidade. É a ideia de periculosidade social que fundamentará a construção teórica e filosófica da Escola Positiva.

É com a Escola Positiva que surge a Criminologia e seu paradigma etiológico, bem como as instituições de vigilância e correção: polícia, hospitais psiquiátricos, etc; todos baseados na ideia do Panopticon de Bentham⁴.

3.A Ideologia da Defesa Social e a Seletividade do Sistema Penal Brasileiro

A ideologia da defesa social nasceu com a Escola Liberal Clássica e posteriormente a Escola Positiva passou a fornecer o aporte teórico para a justificação do sistema penal, utilizando-se da mesma ideologia, porém, adaptando-a às suas premissas. Entretanto, como salienta Baratta, a ideologia da defesa social não se constitui numa ideologia exclusiva dos juristas, mas é também compartilhada pelo "senso comum", principalmente com relação à criminalidade e à pena, o que faz com que o estereótipo do criminoso e a sua estigmatização seja compartilhada por toda a sociedade.

Os princípios que norteiam tal ideologia são os seguintes (BARATTA, 1982):

a) Princípio de legitimidade: O Estado recebe da sociedade a legitimidade para reprimir a criminalidade através de suas instituições. Estas representam o interesse da sociedade na reprovação e condenação de determinados indivíduos que, através de sua conduta delitativa, violaram os valores e as normas sociais.

b) Princípio do bem e do mal: O delito é um mal que contrasta com a sociedade que é o bem, portanto o delinquente é um elemento negativo no sistema social.

⁴ "O Panopticon era um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que davam tanto para o interior quanto para o exterior. Em cada uma dessas celas, havia segundo o objetivo da instituição, uma criança aprendendo a escrever, um operário trabalhando, um prisioneiro se corrigindo, um louco atualizando sua loucura, etc. Na torre central havia um vigilante. Como cada cela dava ao mesmo tempo para o interior e para o exterior, o olhar do vigilante podia atravessar toda a cela; não havia nela nenhum ponto de sombra e, por conseguinte, tudo o que fazia o indivíduo estava exposto ao olhar do vigilante que observava através de venezianas, de postigos semi-cerrados de modo a poder ver tudo, sem que ninguém ao contrário pudesse vê-lo. Para Bentham esta pequena e maravilhosa astúcia arquitetônica podia ser utilizada por uma série de instituições." (FOUCAULT, 1996, p.87).



c) *Princípio de culpabilidade*: Por contrariar os valores e as normas existentes na sociedade, o delito configura-se numa conduta reprovável.

d) *Princípio do fim ou da prevenção*: A pena não possui somente a finalidade postulada pelas suas teorias absolutas, ou seja a retribuição, mas também busca, enquanto sanção abstrata cominada pela lei, a contramotivação ao comportamento criminoso (prevenção geral). Por outro lado, a sua aplicação concreta visa a ressocialização do delinquente (prevenção especial). As teorias de prevenção geral e especial constituem as teorias utilitárias da pena.

e) *Princípio do interesse social e do delito natural*: Os tipos penais servem para tutelar os bens jurídicos os quais toda a sociedade possui interesse comum em preservar; portanto, a ofensa a esse bens jurídicos significa ofensa a interesses fundamentais de todos os cidadãos.

f) *Princípio de igualdade*: A lei penal é igual para todos e aplica-se a todos os infratores de suas normas, sem nenhuma distinção. O grau da repressão penal é equivalente ao dano causado ao bem jurídico; quanto maior o dano e quanto maior a importância do bem, maior a sanção.

A partir dos anos trinta, começou a ocorrer o questionamento da "ideologia da defesa social" principalmente pelas pesquisas em Sociologia Criminal desenvolvidas nos Estados Unidos. Tais teorias contribuíram significativamente para evidenciar que o sistema penal trabalha com o estigma como principal elemento na rotulação da conduta desviada. (BARATTA, 1982, p. 41).

Podemos destacar como precursoras no questionamento à ideologia da defesa social as obras de crítica à prisão tais como: a obra de Michel Foucault com "Vigiar e Punir" de 1975; a obra de Dario Melossi e Massimo Pavarini: "Carcel y Fábrica: los origenes del sistema penitenciário", e ainda a obra dos estudiosos da Escola de Frankfurt, Georg Rusche e Otto Kirchheimer: "Pena y Estructura Social" publicada em 1939.

Dentre as teorias que colocaram em xeque a ideologia da defesa social, destacam-se: as teorias funcionalistas ou da anomia, as teorias da subcultura criminal, as teorias psicanalíticas da criminalidade, as teorias sobre as técnicas de neutralização, as teorias da reação social e a Sociologia do conflito.⁵

⁵ A respeito ver: BARATTA (1991, pps.44-135)



Entretanto, o passo decisivo para o questionamento da ideologia da defesa social foi dado pelo *labelling approach* (também designado teoria do etiquetamento e da reação social). As investigações realizadas dentro deste marco teórico colocam em xeque o princípio da igualdade, que é central na ideologia tradicional do Direito Penal, e revelam que as qualidades de desviado e de criminoso são atribuídas apenas a determinados sujeitos estigmatizados, através de mecanismos de definição e de seleção existentes em todas as instâncias de controle social.

Com efeito:

Relativizando e problematizando a definição da criminalidade do paradigma etiológico o *labelling* desloca, portanto, o interesse cognoscitivo e a investigação das 'causas' do crime e, pois, da pessoa do autor (delinqüente) e seu meio e mesmo do fato-crime, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal, como conjunto articulado de processos de definição (criminalização primária) e de seleção (criminalização secundária) e para o impacto que produz o etiquetamento na identidade do desviante.(ANDRADE, 1997, p. 328).

Também denominado teoria da rotulação, teoria do etiquetamento, ou ainda teoria da reação social, termos dos quais nos utilizaremos indistintamente, o *labelling approach* tem sua matriz teórica no Interacionismo Simbólico norte-americano.

O Interacionismo Simbólico, ao deixar estabelecido que a explicação para a existência do delito não está em quem viola a lei, mas na própria lei, a partir da qual se iniciam os processos de rotulação e estigmatização, lançou as bases para as pesquisas da Criminologia da Reação Social.

Os estudos sobre os processos de criminalização e da reação social empreendidos pelos teóricos do *labelling approach* podem ser divididos em três níveis explicativos (ANDRADE, 1997, p. 329).

No primeiro nível são desenvolvidos estudos sobre o processo de criminalização primária, que investiga como ocorre a definição da conduta desviada, ou seja "como se manifesta a reação social criminalizando condutas antes lícitas, mediante a criação de normas penais". (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 96).

Para Becker (1973, pps. 19-38), o desvio é uma criação dos grupos sociais encarregados de elaborar as normas cuja infração constitui o desvio e aplicar estas normas a determinados indivíduos que serão etiquetados como estranhos. Os valores expressos nas normas obedecem aos interesses de quem cria estas normas.



É nesta etapa que começa a seletividade do sistema penal. A partir da seleção dos bens jurídicos e dos tipos penais, já se tem uma ideia de que espécie de criminosos serão perseguidos pelo sistema e qual será a sua clientela.

O segundo nível de pesquisa do *labelling approach* estuda os processos de distribuição do *status* de criminoso, ou seja, uma vez estabelecidas as normas, estas serão aplicadas conjuntamente com suas sanções a certos indivíduos que serão etiquetados como desviados. Neste sentido: "O desviado é aquele a quem foi aplicada esta etiqueta exitosamente, e a conduta desviada, é aquela que as pessoas etiquetam assim." (POSTALOFF, 1992, p. 30).

Portanto, este segundo nível tenta explicar a criminalização secundária que consiste na aplicação das normas penais pela polícia e pelo Judiciário. É o importante momento da atribuição do estigma de desviado (etiquetado ou rotulado) que pode ir desde a simples rejeição social até a reclusão do indivíduo em uma prisão ou internação em um manicômio. Para os teóricos do *labelling* a atribuição desta etiqueta é um ponto crucial não apenas na construção seletiva da criminalidade mas pelo seus efeitos na identidade do sujeito etiquetado.

Nesta segunda etapa do processo de criminalização, que é a aplicação da norma abstrata ao caso concreto (criminalização secundária), a seletividade do sistema penal torna-se mais explícita e é desempenhada principalmente pelas agências policiais. São estas agências que escolhem os casos que serão levados ao conhecimento da instância judiciária que, por sua vez, exerce a mesma seleção.

Para ZAFFARONI (1991, p. 133), o esteriótipo alvo do sistema penal é fabricado pelos meios de comunicação de massa e são estes esteriótipados que as agências policiais passam a perseguir, deixando à margem do sistema outros tipos de criminalidade como as de colarinho branco.

Nossos sistemas penais reproduzem sua clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante que se orienta por esteriótipos proporcionados pelos meios de comunicação de massa.(...)Os órgãos do sistema penal selecionam de acordo com esses esteriótipos, atribuindo-lhes esses comportamentos, tratando-os como se se comportassem dessa maneira, olhando-os e instigando a todos a olhá-los do mesmo modo, até que se obtém, finalmente, a resposta adequada ao papel assinalado.



Um dos principais representantes deste nível de investigação é Denis Chapman (1973, pps. 161-184), e suas teses podem ser assim resumidas: a) qualquer conduta que tenha uma forma desaprovada, também possui formas idênticas que são neutras ou aprovadas; b) a única diferença entre delinquentes e não delinquentes é a condenação; c) a conduta delitiva é um comportamento da população em geral, porém a condenação é imputada a alguns, em parte pela sorte, outra parte por processos sociais que dividem a sociedade em classes delinquentes e não delinquentes, sendo que da primeira faz parte o pobre não privilegiado; d) há um tratamento diferencial por parte da lei, conforme o grupo social a que pertença o autor da conduta desviada; e) o sistema legal é uma instituição criadora de delitos que participa da conduta a qual persegue.

Nas palavras de Chapman (1973, p. 175):

Por conseguinte, o sistema legal seleciona algumas categorias de pessoas que se comportam de certa maneira, para serem castigadas e destas algumas são mais censuradas (ou estigmatizadas) que outras. Geralmente estes serão homens, débeis, pobres e pouco educados e na Inglaterra hoje em dia o imigrante.

No terceiro nível de pesquisa encontramos "a investigação do impacto da atribuição do status de criminoso na identidade do desviante (é o que se define como 'desvio secundário')." (ANDRADE, 1997, p. 329).

Lemert criou os conceitos de desvio primário e desvio secundário⁶. Sustenta que o submetimento de uma pessoa que tenha cometido um desvio a "cerimônias degradantes", penalizações e tratamentos, vincula o ato desviado a esta pessoa, fazendo com que ela se ligue simbolicamente ao seu ato e passe a cometer novos atos desviantes. Em suma, a reação social frente ao desvio primário conduz ao desvio secundário. Afirma, portanto, que o controle social é muito mais uma causa do que um efeito da delinquência.

Para Lemert (1973, p. 98):

(...) na sociedade moderna, a diferenciação socialmente significativa entre desviados e não desviados depende cada vez mais de circunstâncias contingentes de situação, lugar, antecedentes sociais e pessoais e agências de controle social organizadas em forma burocrática.

⁶ Ver a respeito: LEMERT (1973, pps. 97-102).



Anteriormente aos estudos do *labelling approach*, encontramos pesquisas em Sociologia Criminal que em muito contribuíram para as conclusões levantadas pelo *labelling*. Trata-se de pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco, desenvolvidas principalmente por Sutherland e sobre a cifra negra da criminalidade.

As pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco, também denominada "cifra dourada da criminalidade", revelaram, através de estatísticas, a enorme quantidade de infrações, principalmente em matéria econômica e comercial, praticadas por pessoas de alta posição social e que passavam impunes pela repressão penal. Segundo Sutherland, entre a criminalidade real e a criminalidade aparente, existe uma série de condutas que seriam criminosas e que jamais chegarão ao conhecimento do sistema penal: os crimes de colarinho branco, caracterizado como um crime cometido por pessoas de alto nível socioeconômico.

A partir de tais revelações, as pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco colocaram em xeque a afirmação na qual sempre se baseou a ideologia da defesa social, sobre a existência de comportamentos considerados maus em si, e apenados por normas que defendiam valores comuns a toda a sociedade.

A impunidade dos criminosos de colarinho branco pode ser entendida primordialmente pelo fato de não existirem tipos penais adequados para o enquadramento de tais ações. Ou seja, podemos extrair de tal fato que a afirmação de que os tipos penais tutelam os principais bens jurídicos em uma determinada sociedade, não passa de um mito sustentado pela ideologia da defesa social. Tutelam, sim, os valores morais e culturais dos que são incumbidos de elaborar as leis, concentrando a sua proteção no patrimônio privado e negligenciando a proteção de interesses coletivos e difusos.

Por outro lado, as pesquisas sobre a cifra negra da criminalidade, nas quais encontramos os crimes de colarinho branco, demonstram que muitas das situações que se enquadrariam nos tipos penais não chegam sequer a entrar na máquina da repressão penal. Entre a criminalidade real e a criminalidade aparente, existe uma série de condutas que seriam criminosas e que jamais chegarão ao conhecimento do sistema penal. Vejamos um exemplo: "Em um país como a Holanda, muito menos de 1% dos eventos criminalizadores é incriminado efetivamente nos tribunais dentro do campo do delito tradicional. A não criminalização é a regra, a criminalização uma rara exceção." (HULSMAN, 1986, p. 127).

Com os acréscimos das investigações sobre a "cifra negra" da criminalidade restou evidente que a criminalidade é um comportamento de uma maioria e não de uma minoria



"anormal", colocando em xeque o princípio do Direito Penal como um direito igual por excelência e revelando que:

a) o Direito Penal não tutela os bens e interesse de todos os membros da sociedade, e quando defende os bens essenciais, o faz de forma fragmentária;

b) a lei penal não trata a todos com igualdade, o estigma de criminoso é distribuído desigualmente entre os indivíduos na sociedade;

c) o grau de tutela e a distribuição do estigma de criminoso não é proporcional ao dano causado à sociedade através da conduta criminosa, ou seja, não é a gravidade da ação que determina a intensidade da repressão penal.

Para Baratta (1982, p. 43), "a variável principal da distribuição desigual dos status de delinquente, parece ser, à luz das investigações recentes, a posição ocupada pelo ator potencial na escala social."

Salienta BARATTA (1991, p. 101) que, ao lado da igualdade formal da lei penal, convive a desigualdade substancial dos indivíduos perante o sistema penal. Tanto as agências policiais, os promotores, juízes e até mesmo o cidadão comum contribuem para as desigualdades, no momento em que formulam o esteriótipo do criminoso, e a estes estigmatizados é que passam a perseguir.

Por outro lado, concorrem outros fatores para o tratamento diferenciado pelo sistema penal, tais como o prestígio social, que favorece as pressões sobre os denunciadores e juízes, o poder aquisitivo para o pagamento de advogados renomados, a ausência de esteriótipos que direcionem as agências policiais na perseguição de certos delitos, etc.

É lógico que em função da existência da criminalidade de colarinho branco e da cifra negra da criminalidade, que passam ao largo da repressão penal, formula-se uma falsa imagem do criminoso veiculada pelos meios de comunicação e baseada em estatísticas oficiais, a qual apresenta a criminalidade como um fato concentrado nos estratos inferiores da sociedade, associando-a a fatores sociais e pessoais como a pobreza. (BARATTA, 1991, p. 103).

As pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco e sobre a cifra negra da criminalidade, são conclusivas:

a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos, ou



mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade. (BARATTA, 1991, p. 104)

A seletividade do sistema penal, ainda segundo Baratta, não deve ser atribuída unicamente à reprodução pelo sistema das desigualdades existentes na sociedade, ela possui uma origem anterior e estrutural ao sistema penal, que consiste na distância existente entre o planejamento feito pelo legislador das condutas sancionáveis, e os recursos administrativos e judiciários para a aplicação da sanção a estas condutas: "A justiça penal se apresenta como uma organização que só pode funcionar seletivamente, isto é, dirigindo as sanções contra uma parte infinitesimal de seus potenciais clientes, que são os infratores da lei." (1987, p. 634)

Se de fato fossem perseguidas pelo sistema penal todas as ações e omissões descritas nos tipos penais, estaríamos diante da "absurda suposição - não desejada por ninguém - de criminalizar reiteradamente toda a população" (ZAFFARONI, 1991, p. 27). Tal constatação demonstra, segundo o autor, que "o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, ao setores vulneráveis" (1991, 27).

Esta real função cumprida pelo sistema penal é sintetizada com muita propriedade pelas palavras de FOUCAULT (1993, p. 243):

Se tal é a situação, a prisão, ao aparentemente 'fracassar' não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado mas penetrável. Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade visível, marcada, irreduzível a um certo nível secretamente útil - rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar."

A seletividade do sistema penal ainda continua no momento da quantificação da pena. O que se verifica, na realidade, é que a pena imposta a um condenado na maioria das vezes não é proporcional ao dano que ele causou à sociedade com o seu crime.

Na dosimetria da pena também influem questões como a posição do apenado na escala vertical da sociedade, a sua vida pregressa e outros aspectos subjetivos, tais como o grau de periculosidade. Mais uma vez entra em ação o estigma, o esteriótipo do condenado.



Mais uma vez deparamo-nos com o altíssimo grau de seletividade do sistema penal, selecionando, agora, quem permanecerá e por quanto tempo na prisão.

Conclusão

Com o estudo sobre as Escolas Penais, vimos que, ainda que a Escola Clássica de Direito Penal tenha procurado embasar a igualdade de todos perante a lei, ideia que está na base do surgimento do Estado de Direito, a Escola Positiva construiu o estigma moderno de criminoso, principalmente com os estudos de Lombroso. Assim, o que passa a ser mais importante não é o fato crime em si, não é o que o indivíduo faz ou deixa de fazer, e sim a sua vida, o seu comportamento, em fim, o seu estigma.

No segundo momento do artigo, vimos que as teorias desenvolvidas pelo paradigma da reação social deixaram claro que a criminalização é um processo construído e reproduzido pelo próprio sistema penal, e que na maioria dos casos, este trabalha com um alto grau de seletividade devido aos estigmas que contam no desenvolvimento desses processos.

Assim, após a investigação acerca da construção do moderno esteriótipo de criminoso, o estudos de teorias que tornam estes processos discriminatórios no sistema penal evidentes, podemos concluir que a estigmatização de certos indivíduos e a punição de alguns selecionados comportamentos ilegais serve para mascarar uma série de outros comportamentos que devem permanecer imunes à repressão penal, comportamentos esses que são típicos de indivíduos pertencentes aos estratos superiores da sociedade, como por exemplo, os criminosos de colarinho branco.

Dessa forma, o sistema penal, delimitando sua clientela e estigmatizando, dentre toda a população, quais os indivíduos que serão perseguidos e capturados para fazerem parte da população criminosa, cumpre a função de reproduzir e legitimar as relações de desigualdade inerentes à acumulação do capital no sistema capitalista, violando abertamente o Direito Fundamental de tratamento igual perante a lei afirmado em nossa Constituição Federal.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Tradução por Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARATTA, Alessandro. Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: MIR PUIG, Santiago et al. *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982. p. 28-63.

_____. Principios de derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n.40, p. 623-650. 1987.

_____. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la Sociología jurídico-penal*. Tradução por Alvaro Bunster. México: Siglo veintiuno, 1991.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução por Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BECKER, Howard S. De que lado estamos? In: OLMO, Rosa de. *Estigmatización y conducta desviada*. Venezuela: Universidad de Zulia, 1973. p. 19-38.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Estado y control: la ideología del control y control de la ideología. In: BERGALLI, Roberto, BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Coords.). *El Pensamiento criminológico II*. Estado y control. Barcelona: Península, 1983. p. 11-35.

CHAPMAN, Denis. El estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales. In: OLMO, Rosa de. *Estigmatización y conducta desviada*. Venezuela: Universidad de Zulia, 1973. p. 161-186.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Tradução por Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. *Microfísica do Poder*. Tradução por Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *Verdade e formas jurídicas*. Tradução por Roberto Machado e Eduardo Morais. Rio de Janeiro: Nau editora, 1996.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução por Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1992.

_____. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução por Márcia Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.



HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

LEMERT, Edwin M. Desviación primaria y secundaria. In: OLMO, Rosa de. *Estigmatización y conducta desviada*. Venezuela: Universidad de Zulia, 1973. p. 97-104.

LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Tradução por Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.

MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. *Carcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (siglo XVI-XIX)*. Tradução por Xavier Massii. México: Siglo veintiuno, 1987.

OLMO, Rosa de. *Estigmatización y conducta desviada*. Venezuela: Universidad de Zulia, 1973.

_____. A transnacionalización del control social. In: *América latina y su Criminología*. México: Siglo veintiuno, 1984. p. 81-121.

POSTALOFF, Miriam Gicovate. *Los procesos de decriminalización*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1982.

RUSCHE, Georg, KIRCHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Achiamé, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991b.