



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFPG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

FLÁVIA SUELY LUCAS CARDOSO

DA ESTIGMATIZAÇÃO NA TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL À
IMPUNIDADE DA CIFRA DOURADA DA CRIMINALIDADE: A PROBLEMÁTICA DA
SELETIVIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

SOUSA
2016

FLÁVIA SUELY LUCAS CARDOSO

DA ESTIGMATIZAÇÃO NA TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL À
IMPUNIDADE DA CIFRA DOURADA DA CRIMINALIDADE: A PROBLEMÁTICA DA
SELETIVIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jônica Marques Coura Aragão

SOUSA
2016

FLÁVIA SUELY LUCAS CARDOSO

DA ESTIGMATIZAÇÃO NA TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL À
IMPUNIDADE DA CIFRA DOURADA DA CRIMINALIDADE: A PROBLEMÁTICA DA
SELETIVIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jônica Marques Coura Aragão

Data de aprovação: _____

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Jônica Marques Coura Aragão
Orientadora

Examinador (a)

Examinador (a)

Ao bom Deus, por renovar minha
esperança a cada milagre que me
concede, e à minha família, meu tesouro
em vida.

AGRADECIMENTOS

Concluo hoje mais uma etapa de minha vida e junto com ela fecho um pacote de gratidão e boas recordações. Sou grata inicialmente a Deus, pois mesmo quando não sei me direcionar para o futuro Ele me guia com o amor de bom pai. Colho hoje, porquanto, frutos com carinho semeados.

Agradeço imensamente a minha família, uma vez que seria ilusão chamar essa conquista de minha, tudo que tenho é nosso. De forma especial, agradeço a minha mãe, costumo dizer que tenho sorte de ser filha de uma educadora que agraciada por dons divinos desempenha tão bem seu papel. Lembro-me quando ela chegava cansada tarde da noite, após um dia de trabalho, e corrigia pacientemente todas as minhas atividades escolares e verificava minha agenda. Desde pequena esta mulher demonstrou-me a importância do estudo e da responsabilidade na vida, hoje é a pessoa a quem mais admiro.

Agradeço também a meu pai por sempre ter me tratado de forma tão amável, ser meu melhor amigo, pelas conversas inteligentes e pela alegria independente das circunstâncias. Meu amor pelas questões sociais nasceu com ele e minha felicidade também. Agradeço ainda a minha avó materna, que pacientemente me acompanhou nas escolas enquanto eu ainda era uma criança e temia aquele novo mundo que se abria. A senhora, “vó”, é dona do melhor coração que conheço. Sou grata ainda pela existência de meu amado irmão, que tantas vezes me inspira com sua coragem e inteligência e por quem torço tanto pela felicidade.

Obrigada a todos os familiares, de forma pontual aos meus avós paternos a quem amo imensamente e que tanto batalharam honrosamente nesta vida. Agradeço a meus tios e tias pelas presenças na minha vida.

Amorosamente, agradeço a meu namorado que muito além desta palavra já é parte de minha família e meu grande amigo. Obrigada pelo cuidado, amor e atenção. Obrigada pelas ajudas acadêmicas e psicológicas, você é parte indispensável de minha base.

Além desses, impossível seria deixar de agradecer a minha família sousense, minhas amigas amadas. Priscila, Jéssica, Jaqueline, Micaela e Isabelle as quais foram as melhores pessoas que eu poderia escolher para esta grande temporada juntas. Com o coração cheio de carinho, agradeço a Priscila por ter desempenhado

tão bem seu papel de minha mãe em terras paraibanas, digo isso porque de fato sua paciência comigo foi maternal, você sempre esteve disposta a doar seu tempo para ouvir e ajudar. “Pri” espero que Deus só a leve para perto de pessoas de um coração tão bom quanto o seu.

Além dessas companheiras de sala de aula, tive o privilégio de, nestes últimos meses, conhecer mais uma amiga especial, Vitória, uma das pessoas de quem mais sentirei saudades e por quem mais vou pedir proteção divina. Obrigada por ser a melhor vizinha que eu poderia ter e por todos os momentos especiais juntas.

No último ano colecionei mais uma experiência gratificante, meu estágio no Tribunal de Justiça da Paraíba e junto dele conheci alguém a quem serei eternamente grata. Maria do Loreto, obrigada por ter me acolhido e me ensinado tanto, obrigada pela paciência e compreensão, que Deus abençoe grandemente sua vida.

Por fim, gostaria de agradecer àquelas com quem divide o lar: Luiza, Efigênia, Mariana e Ayanne. Vocês fizeram dessa experiência a melhor possível e me mostraram o quanto Deus foi bom comigo esses anos. Agradeço especialmente a Luiza pelos cinco anos de convivência, ela que foi minha primeira amiga nesta cidade e me prestigiou com sua bondade durante tanto tempo.

De forma conjuntural, sou grata a UFCG pela oportunidade ímpar e a Sousa pela acolhida e por tantos amigos aqui colecionados.

Agradeço este trabalho, em especial, a minha orientadora, que me inspira nas pesquisas acadêmicas e também como pessoa. Fui privilegiada ao participar do projeto de pesquisa “Justiça Penal e Literatura” onde a conheci e me deparei pela primeira vez com a temática neste abordada.

Acreditamos ser possível reduzir os níveis de violência, salvar muitas vidas humanas, evitar muita dor inútil, e, finalmente, fazer o sistema penal desaparecer um dia, substituindo-o por mecanismos reais e efetivos de solução de conflitos.

Eugenio Raúl Zaffaroni

RESUMO

O sistema penal brasileiro é diariamente comentado nos meios de comunicação e o clamor social causado é diretamente voltado para aplicação de penas mais severas. A questão exige, contudo, uma avaliação profunda, promovida desde a tipificação de crimes e cominação de penas até a aplicação e execução das penalidades. Assim, convém apresentar a seguinte problematização para esta pesquisa: Em face da realidade penal hodierna, quais os caminhos para o enfrentamento do acentuado problema da seletividade penal no Brasil? À guisa de conclusão, tem-se que muitos caminhos são apontados como viáveis ao restabelecimento dos verdadeiros objetivos de um sistema penal íntegro e comprometido com ideais de um Estado Democrático de Direito. Convém estudar as ideias trazidas pela criminologia e como estas podem ser aplicadas para melhoramento da problemática apresentada e, assim, alcançar o objetivo geral deste trabalho, qual seja, analisar a sistemática da seletividade no direito penal e as possíveis formas de atenuação das suas consequências rotineiras; para tanto, será necessário empregar o método hipotético-dedutivo, utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica e documental indireta. Por fim, ressalte-se que a presente pesquisa, ao perseguir esse objetivo, se propõe a investigar a pior das injustiças, aquela que é tutelada pelo Estado, confirmando-se na corrupção de todo o sistema penal. Ademais, conformar-se com a impunidade de crimes que agridem drasticamente a coletividade, assim como com o tratamento desumano empregado para com os mais desfavorecidos socioeconomicamente, seria abrir mão da justiça e admitir a volatilidade do sistema judiciário brasileiro diante das condições econômicas dos indivíduos.

Palavras-chave: Criminologia. Sistema penal. Seletividade penal. Estado Democrático de Direito. Criminologia cautelar.

ABSTRACT

The Brazilian penal system is discussed daily in the media and the public outcry caused is directly facing the application of more severe penalties. The question requires a thorough evaluation promoted since the typifying of crimes and pain of penalties to the application and enforcement of penalties. Thus, it is convenient present following questioning for this research: In the face of today's criminal reality, what the paths to face the severe problem of criminal selectivity in Brazil? In conclusion, we have many ways are seen as viable to restore the true goals of a healthy criminal justice system and committed to ideals of a democratic state. It is convenient to study the ideas brought by the criminology and how these are able to applied to presented problems improvement and thus, to reach the general aim of this work, which is to analyze the systematic of the selectivity in Criminal Law and the possible forms of attenuation of the their routine consequences. For this, it will be necessary to apply the hypothetic-deductive method, using the bibliographic research technique and documental indirect. Finally, points up that the research, to pursue this goal, it is proposed to investigate the worst injustice, one that is supervised by the State confirming the corruption of the entire criminal justice system. In addition, comply with the impunity of crimes that drastically harm the community, as well as the inhumane treatment used for the poorest, would give justice up and admit the volatility of the Brazilian judicial system on the economic conditions of individuals.

Keywords: Criminology. Penal System. Selectivity penal. Democratic State. Precautionary Criminology.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	UM POUCO SOBRE A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL	13
2.1	DEFINIÇÃO DE DIREITO PENAL	14
2.2	A FUNÇÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA DESCONSTRUÇÃO DO DISCURSO POSITIVISTA PENAL.....	15
2.3	DA COMPREENSÃO DO ESTADO DE DIREITO	16
2.4	PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA	18
2.5	CONSEQUÊNCIAS DA CRIMINALIZAÇÃO SELETIVA.....	20
2.6	O DIREITO PENAL E OS DADOS SOCIAIS	23
3	ENFOQUES CRIMINOLÓGICOS CRÍTICOS: A TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL E A CIFRA DOURADA	25
3.1	O ENFOQUE DA TEORIA DO <i>LABELING APPROACH</i> (ETIQUETAMENTO SOCIAL).....	25
3.1.1	Desviação primária e secundária	26
3.1.2	Crítica e defesa ao enfoque do etiquetamento.....	26
3.1.3	O enfoque do Etiquetamento Social na América Latina.....	27
3.1.4	A Teoria da Inibição Reintegradora	28
3.1.5	A Teoria das Valorações Reflexas	29
3.2	CIFRAS DOURADAS DA CRIMINALIDADE	30
3.2.1	A concessão de Habeas Corpus como expressão da Seletividade Penal nos crimes do Colarinho Branco	34
4	A CRISE DE LEGITIMIDADE PENAL CONTEMPORÂNEA E A APLICAÇÃO DA CRIMINOLOGIA CAUTELAR	40
4.1	AS FUNÇÕES NÃO DECLARADAS DO DIREITO PENAL	41
4.2	ESTADO POLICIAL E PENITENCIÁRIO	43
4.3	A TEORIA DA COCULPABILIDADE E DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS.....	47
4.4	A CRIMINOLOGIA CAUTELAR APLICADA AO DIREITO PENAL: A TEORIA NA PRÁTICA	49
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
	REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

As extremidades apresentadas no título deste trabalho são frutos da realidade criada pela seletividade do direito penal; especialmente do direito penal brasileiro, foco dessa pesquisa. Para compreensão dos pontos equidistantes e suas consequências, faz-se necessário o conhecimento das teorias envolvidas, sua contextualização e presença na realidade social hodierna.

O primeiro capítulo versará sobre tamanha disparidade no âmbito do sistema penal brasileiro e a configuração do evento denominado de seletividade, explicado como sendo o controle social punitivo institucionalizado que atua desde a tipificação do crime com a cominação da pena, passando pela ocorrência (ou suspeita de ocorrência) de um delito até a execução da pena.

A Teoria do Labeling Approach (ou teoria do etiquetamento social), que será abordada no segundo capítulo juntamente com o enfoque criminológico das Cifras Douradas, traz para a Criminologia um novo paradigma: análise do sistema penal e do fenômeno de controle, deixando para traz o paradigma etiológico (análise do criminoso segundo suas características individuais). Nesse sentido, analisam-se as situações em que o indivíduo pode ser considerado um desviante.

O desvio e a criminalidade passam a ser considerados como etiquetas, rótulos, atribuídos a certos indivíduos por meio de complexos processos de interação social e não mais uma qualidade particular, intrínseca da conduta de cada um. No mais, a infração só é desta forma considerada porque um grupo de pessoas assim a determinou.

Essa teoria surgiu no fim da década de 1950 e início da de 1960, nos EUA, e foi idealizada pelos integrantes da “Nova Escola de Chicago”. Após a segunda guerra mundial, os Estados Unidos assumem o papel de grande potência no globo, estando em pleno desenvolvimento o Estado do Bem-Estar Social, o que mascara as fissuras internas da sociedade do país: luta das minorias negras por igualdade, luta pelo fim da discriminação sexual, engajamento dos movimentos estudantis na reivindicação pelos direitos civis. A década de 60 é marcada no plano externo pela divisão mundial entre blocos: capitalista versus socialista, delimitando o cenário da chamada Guerra Fria.

Nesse contexto, com novas formas de conflitos sociais, exigiu-se a criação de um novo paradigma criminológico. Surge, portanto, o termo “desvio social”, para englobar todas as condutas que não se enquadravam nas definições legais ou psiquiátricas, como a homossexualidade, o uso de drogas, o movimento hippie, entre outros, que, em síntese, atentavam contra o *status quo* soberanamente estabelecido através dos tempos.

Foi em meio a esses conflitos sociais que surgiu a Teoria do Labeling Approach, que traz o crime e a criminalidade como construções sociais. Não interessam a esta teoria as causas do desvio (primária), senão os processos de criminalização, afirmando que é o controle social que cria a criminalidade. Por ele, o interesse da investigação se desloca do infrator e seu meio para aqueles que o definem como infrator, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e carências do indivíduo. Este não é senão a vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do denominado paradigma do controle.

Como consequência, tem-se o esquema criado pela doutrina especializada na temática, estipulando que primeiro há a delinquência primária, depois há, em decorrência, a resposta ritualizada e a estigmatização. Como terceiro fator elenca a distância social e redução de oportunidades e suas consequências: surgimento de uma subcultura delinquente com reflexos na autoimagem e o estigma decorrente da institucionalização. Por fim surge a carreira criminal e a delinquência secundária.

Doutra banda, têm-se as cifras criminais ocultas – expressão utilizada para os crimes que ocorrem, porém não chegam ao conhecimento das autoridades policiais ou deixam de seguir os trâmites necessários para que o autor, responsável pela prática do crime, seja devidamente responsabilizado civil e penalmente. Dentre essas, propõe-se a análise pontual da cifra dourada, que representa a criminalidade de colarinho branco, definida como práticas antissociais impunes do poder político e econômico - a nível nacional e internacional -, em prejuízo da coletividade e dos cidadãos e em proveito das oligarquias econômico-financeiras.

Diante desse cenário, o terceiro capítulo enfrentará a seguinte problematização apresentada para pesquisa: em face da realidade penal hodierna, quais os caminhos para o enfrentamento do acentuado problema da seletividade penal no Brasil? À guisa de conclusão, tem-se que muitos caminhos

são apontados como viáveis ao restabelecimento dos verdadeiros objetivos de um sistema penal íntegro e comprometido com ideais de um Estado Democrático de Direito.

Assim, o presente trabalho terá por objetivo geral analisar a sistemática da seletividade no direito penal e as possíveis formas de atenuação das suas consequências rotineiras. Para tanto, empregará o método hipotético-dedutivo, utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica.

O certo é que todas as vezes que aqueles que criam as leis e tipificam crimes direcionam o foco para as classes menos favorecidas financeiramente, sem contudo, apresentar a mesma preocupação no sentido de valorizar as infrações cometidas pelos mais ricos, tal fato se revela pernicioso ao Estado Democrático de Direito; do mesmo modo age mal aquele que investiga, que aplica a pena e que a executa com rigor diferenciado. O direito penal deixa, assim, de ser um braço do Estado na aplicação da justiça para a promoção da paz social, e passa a ser uma força opressora, injusta e massacrante, ainda pior do que o mal que pretende reprimir, pois age acobertada pelo manto da legalidade.

2 UM POUCO SOBRE A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL

Atrelado ao Direito sempre esteve o ideal de justiça, colocando aquele como mecanismo de controle social. Para que seja legítimo, contudo – sobremaneira nos quadrantes de um Estado Constitucional Democrático – o Direito estatal deve se vincular ao justo e aos valores sociais do contexto no qual o fenômeno jurídico está inserido.

Apontava Miguel Reale (1998) que a justiça constitui o valor-fim e o fundamento específico do Direito, devendo ser buscada a cada momento. O justo sempre se apresentou como um objetivo a ser perseguido pela humanidade, segundo Alf Ross (2000, p. 314), “a ideia de justiça parece ser uma ideia clara e simples, dotada de uma poderosa força motivadora. Em todas as partes parece haver uma compreensão instintiva das exigências de justiça”.

Esta noção, porém, traz em si um fator de cunho essencialmente ideológico. A questão que se apresenta é: o que é justo? Chaïm Perelman (1996) chama a atenção para o fato de que não existe uma única noção de justiça, esta pode até mesmo ser manipulada para atender aos interesses de determinados setores e forças sociais.

O justo é relativo, variando no devenir da história. Por ser produção humana, admite modificações, sendo estipulado conforme os valores sociais – ou seja, é oscilante.

Observe-se ainda que a justiça estabelece relação com o postulado da isonomia. Para Chaïm Perelman (1996, p. 14) ainda:

A noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a ideia de certa igualdade. Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre esse ponto. A ideia de justiça consiste numa certa aplicação da ideia de igualdade.

A justiça pressupõe, ainda, o tratamento igual daquilo que é igual e do diferente de forma diversa, nos limites de sua desigualdade. Os Estados imbuídos do ideal democrático consagram, assim, nas Constituições a igualdade de todos perante a lei, a que a doutrina denomina de igualdade formal. Conforme Gustav

Radbruch (1974, p. 416), “Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração a pessoas; medir a todos pelo mesmo metro”.

Há muito se aponta, no entanto, que é insuficiente se considerar o postulado da igualdade numa perspectiva meramente formal. Isso porque a noção de igualdade pressupõe a constatação das diferenças e que tratar igual o que em essência é diverso, na verdade, é tratar diferente. Por essa óptica deve-se observar, também, a desigualdade social, intrínseca à realidade abstrata do direito proceder à compensação positiva das desigualdades fáticas e de oportunidades no momento de aplicação das normas e regras jurídicas (CANOTILHO, 1998).

2.1 DEFINIÇÃO DE DIREITO PENAL

Ao analisar uma determinada área do conhecimento faz-se importante ter em mente a sua abrangência, de modo a possibilitar a distinção do universo de entes por ele abarcado e, por conseguinte, o daqueles que ficam excluídos.

Zaffaroni (2003) argumenta que o uso da expressão “direito penal” é equivocado, pois é empregada, com frequência, para designar parte do objeto do saber do direito penal, que é a lei penal, o discurso dos juristas, como legislação penal, ato do poder político, e, conseqüentemente, direito penal com poder punitivo.

Na visão do autor, o horizonte de projeção do direito penal seria, em verdade, o universo dentro do qual deve ser construído um sistema de compreensão que explique quais são as hipótese e condições que permitem formular o requerimento punitivo - teoria do delito - e qual é a resposta que diante deste requerimento a agência judicial competente - teoria da responsabilidade penal - deve proporcionar.

Em síntese, Zaffaroni (2003, p. 40) define o direito penal como:

O ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito.

O Direito Penal é, portanto, um ramo do saber jurídico e, por isso, tem um objetivo prático: procura o conhecimento para orientar as decisões judiciais. Oferecer orientações, somente, não satisfaz a sua finalidade - é preciso, contudo, fazê-lo em forma de sistema.

É através da interpretação das leis penais que o sistema orientador das decisões é construído, portanto ele precisa de um conceito de pena que lhe permita delimitar seu universo. Este conceito deve abranger tanto as penas lícitas quanto as ilícitas, pois apenas assim poderá distinguir o poder punitivo lícito, constitucional, daquele que não o é.

É nesta linha de pensamento que se compreende o porquê do Direito Penal interpretar as leis penais sempre no marco das outras leis que o condiciona e limita - constitucionais e internacionais por exemplo.

A função dos juízes penais dentro desse sistema orientador, por sua vez, é conter e reduzir o poder punitivo, exercido pelas agências executivas – de acordo com o maior ou menor espaço que lhes seja concedida pelas agências políticas e legislativas, e que o poder jurídico não lhes pode suprimir.

Nesta perspectiva, compreende-se que sem a contenção realizada pelo judiciário as agências executivas e políticas ficariam com toda a concentração do poder punitivo o que, conforme defende Zaffaroni (2003, p. 40), acarretaria no “desaparecimento do estado de direito e da própria república”.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (2003, p. 41) explicam que “não há nenhum estado de direito puro; o estado de direito não passa de uma barreira a represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior” e, por isso, a função de contenção e redução do direito penal é um componente dialético indispensável à sua subsistência e progresso.

2.2 A FUNÇÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA DESCONSTRUÇÃO DO DISCURSO POSITIVISTA PENAL

Defende Nilo Batista (2004) que a Criminologia Crítica desconstrói os discursos positivistas quando não são eficazes na prática social, desta forma ela

duvida do Código Penal como verdade absoluta, e procura, portanto, saber para quem este foi elaborado e quais razões levaram a sua elaboração.

García-Pablos de Molina (2002. p. 39) indica que a Criminologia é uma ciência “empírica e interdisciplinar”, que estuda não só o crime, mas, também, o infrator, a vítima e o “controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime”. Assim, o crime será “contemplado [...] como problema individual e como problema social” e serão estudados “programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos sistemas de resposta ao delito”.

A Criminologia Crítica, portanto, não se prende apenas nas definições legais dos institutos e termos penais, mas interessa-se também pelos comportamentos que implicam forte reprovação social.

Seu surgimento como ciência deu-se em meados do século XIX, representada, principalmente, por Cesare Lombroso com a obra denominada “O Homem Delinquente”. É, contudo, com a obra “Outsiders”, de Howard S. Becker, em 1963, que foi apresentada uma nova perspectiva a ciência, possibilitando a alteração dos objetos de análise e, posteriormente, uma mudança de paradigma, nascendo, assim, a Criminologia Crítica. Observe-se, ainda que nessa obra encontra-se a tese central da Teoria do Etiquetamento Social.

Além disso, observe-se que a identidade da presente pesquisa se faz através de marcos teóricos da Criminologia Crítica: as dicotomias por ela apresentada, os discursos formais do Sistema Penal e seus resultados diretos, bem como do modo de seleção dos que serão sujeitos às práticas punitivas.

2.3 DA COMPREENSÃO DO ESTADO DE DIREITO

Para compreensão do que é o Estado de direito, bom caminho é começar pela configuração de sua ausência, ou seja, o Estado de não direito. Traduz-se ele naquele que identifica o direito com a razão do Estado, o bem do povo ou a utilidade política, autoritária ou totalitariamente impostos. O direito é tudo — mas não mais do

que isso — o que os chefes, o partido, e assim em diante, decretarem como politicamente correto.

Facilmente se intuem as consequências trágicas desta identificação do direito com uma hipotética utilidade social ou com uma abstrata razão de Estado. A razão de Estado — com este ou com outros nomes, como, por exemplo, amizade do povo, bem da nação, imperativos da revolução, interesses superiores do Estado — justificou campos de concentração, pavilhões psiquiátricos e mesmo genocídios coletivos para os adversários políticos ou para os povos a que estes pertencem.

O bem do povo e os interesses do Estado são (e foram) invocados sem maiores critérios para dar cobertura a privilégios de classes dirigentes, insinuando-se a escandalosa identificação dos interesses das “castas” governantes com o bem comum dos cidadãos.

Concluí-se que no Estado de não direito negam-se as pessoas ou grupos de pessoas direitos inalienáveis dos indivíduos e dos povos; nele as leis valem apenas por serem lei do poder e ter a sua mão força para fazerem-se obedecer.

Segue-se, então, para a seguinte indagação: a partir de qual limite as leis e medidas injustas transportam maldade suficientemente intensa para que sejam legítimas as suspeitas de um Estado de não direito? Canotilho (1999, p. 14) responde ao questionamento:

Atingir-se-á o ponto do não direito quando a contradição entre as leis e medidas jurídicas do Estado e os princípios de justiça (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana) se revele de tal modo insuportável (critério de insuportabilidade) que outro remédio não há senão o de considerar tais leis e medidas como injustas, celeradas e arbitrárias e, por isso, legitimadoras da última razão ou do último recurso ao dispor das mulheres e homens empenhados na luta pelos direitos humanos, a justiça e o direito — o direito de resistência individual e coletivo.

O Estado de direito e o de não direito seriam categorias históricas, nas quais o primeiro se caracterizaria como uma forma de organização jurídica e política circunscrita aos Estados em que progressivamente se foi sedimentando um determinado paradigma jurídico, político, cultural e econômico.

Elucidando a questão, Nascimento (2004, p. 59) preconiza:

O modelo de Estado de Direito transcende o plano formal e atinge uma perspectiva substancial. O primeiro caracteriza-se pela adoção do princípio

da legalidade, onde todo o poder público está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam a forma de exercício, e cuja observância é submetida a controle de legitimidade judicial; subordina todos os atos à lei, qualquer que seja esta. Em claro avanço, no plano substancial, todos os poderes estão a serviço dos direitos fundamentais dos cidadãos, com previsão constitucional das proibições de lesão aos direitos fundamentais (como no Estado Liberal), e obrigações de dar satisfação aos direitos sociais (como no Estado Social), com a possibilidade dos cidadãos ativarem a tutela judicial. Todos os atos e leis estão submetidos aos conteúdos dos direitos fundamentais, inderrogáveis, mesmo que pela maioria.

Seguindo o raciocínio até aqui apresentado, é inteligível a conclusão de que não há estados de direito reais e perfeitos, em verdade, é possível de se verificar na prática que os estados de direito contêm - mais ou menos eficientemente – os estados de polícia neles enclausurados, estes últimos traduzem-se por subordinar todos os habitantes ao poder daqueles que mandam.

2.4 PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA

A criminalização traduz-se por uma seleção penalizante que é consequência da gestão de um conjunto de agências que formam o sistema penal. Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (Estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhe uma determinada pena.

O processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, primária e secundária. Zaffaroni (2003, p. 43) ainda esclarece que “criminalização primária é o ato e efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”.

A criminalização primária é exercida, em geral, pelas agências políticas (parlamentos, executivos), os programas por estas estabelecidos são executados pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). A primeira é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a segunda por sua vez é uma ação punitiva exercida sobre pessoas concretas.

Quanto à criminalização primária, nunca um país pretendeu realiza-la em toda sua extensão, nem mesmo em parcela considerável, pois a diferença entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que sua expressividade não seria capaz de ocultar-se na referência tecnicista a uma cifra oculta.

Apesar de esta ser um primeiro passo seletivo, permanece em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária.

A muito as agências secundárias têm que optar pela inatividade ou pela seleção, pois não têm capacidade operacional plena - acabam por escolher a seleção das pessoas que serão criminalizadas e das vítimas potenciais protegidas, no lugar da inatividade que as levaria ao desaparecimento.

Imaginar que estas agências selecionariam segundo seu critério exclusivo é individualizar uma atividade intensamente cercada de contextos, Zaffaroni (2003, p. 45) elucida que:

Sua atividade neste sentido é também condicionada pelo poder de outras agências: as de comunicação social, as agências políticas etc. A seleção secundária provém de circunstâncias conjunturais variáveis. A empresa criminalizante é sempre orientada pelos empresários morais, que participam de duas etapas de criminalização; sem um empresário moral, as agências políticas não sancionam uma nova lei penal nem tampouco as agências secundárias selecionam pessoas que antes não selecionavam.

Em continuação o supracitado autor (ZAFFARONI. 2003, p. 45) define “empresário moral” e seu papel na seletividade operacionalizada:

Em razão da escassíssima capacidade operacional das agências executivas, a impunidade é sempre a regra e a criminalização secundária, a exceção, motivo por que os empresários morais sempre dispõem de material para seus empreendimentos. O conceito de empresário moral foi enunciado sobre observações relativas a outras sociedades, mas na nossa pode ser tanto um comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quanto um chefe de polícia à cata de poder ou uma organização que reivindica os direitos das minorias etc. Em qualquer um dos casos, a empresa moral acaba desembocando em um fenômeno comunicativo: não importa que seja feito, mas sim como é comunicado. A reivindicação contra a impunidade dos homicidas, dos estupradores, dos ladrões e dos meninos

de rua, dos usuários de drogas etc., não se resolve nunca com a respectiva punição de fato, mas sim com urgentes medidas punitivas que atenuam as reclamações na comunicação ou permitem que o tempo lhes retire a centralidade comunicativa.

Pode-se apontar que a regra geral do processo de criminalização secundária é traduzido na seguinte seleção: primeiro persegue-se aqueles fatos grosseiros cuja detecção é mais fácil, depois às pessoas que causem menos problemas pela incapacidade que têm de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva – flagrante lesão ao princípio da igualdade quando analisado sob a ótica jurídica.

2.5 CONSEQUÊNCIAS DA CRIMINALIZAÇÃO SELETIVA

Os atos praticados pelas pessoas sem acesso positivo à comunicação social findam por serem divulgados por esta como os únicos delitos e aquelas pessoas como se fossem os únicos delinquentes.

Este processo contribui pra criação de um estereótipo no imaginário coletivo, pois as pessoas selecionadas são desvaloradas e a elas são associadas todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceito.

O resultado é a fixação de uma imagem pública do delinquente – com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos – e este estereótipo termina por ser o principal critério seletivo da criminalização secundária, tudo gerado por um ciclo vicioso.

É fruto deste ciclo a uniformidade de características da população carcerária, causas da criminalização antes tidas pelo biologismo criminológico como causas dos delitos. Faz-se importante ressaltar as características apontadas podem vir a serem causas dos delitos quando a pessoa que as possui assume o papel vinculado ao estereótipo – é o efeito reprodutor da criminalização ou desvio secundário.

Tradução do que acima foi exposto, são as duas faces do sistema penitenciário brasileiro: superlotação de prisões e certa uniformidade no perfil da população carcerária.

Em junho de 2014 o Conselho Nacional de Justiça divulgou o diagnóstico das pessoas presas no Brasil o qual apontou que a população carcerária brasileira era de 711.463 presos. Os números apresentados pelo CNJ levaram em conta as 147.937 pessoas em prisão domiciliar - para realizar o levantamento inédito, o conselho consultou os juízes responsáveis pelo monitoramento do sistema carcerário dos 26 estados e do Distrito Federal.

Segundo o supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ) Guilherme Calmon:

Considerando as prisões domiciliares, o déficit passa para 354 mil vagas. Se contarmos o número de mandados de prisão em aberto, de acordo com o Banco Nacional de Mandados de Prisão – 373.991 –, a nossa população prisional saltaria para 1,089 milhão de pessoas.

Por estes números, o Brasil é o quarto país com maior número de presos no mundo – se levada em consideração as prisões domiciliares passaria a ser o terceiro do ranking – e apresenta uma população carcerária gigantesca.

Estes números tendem ao aumento visto que no período do ano de 2000 a 2014 a população carcerária aumentou 161% segundo dados do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), enquanto a população do país aumentou 16%.

Observe-se ainda que, com base nos mesmos dados, em comparação aos três países que têm maior número de presos - Estados Unidos (com 2.228.424), China (com 1.657.812) e Rússia (com 673.818) – o Brasil é o único que têm aumentado o número de presidiários, enquanto aqueles o reduziram, entre 2008 e 2013, em 8%, 9% e 24%, respectivamente.

A ocupação de presídios brasileiros, ainda segundo a pesquisa supramencionada, é de 161%, além disso, enquanto entraram 155.821 indivíduos no primeiro semestre de 2014, saíram 118.282. Isso quer dizer que para cada 75 pessoas que saíram 100 pessoas entraram. Válido ressaltar que dos encarcerados, 41% são pessoas privadas de liberdade sem condenação.

A superlotação dos presídios, contudo, não é única face negativa do sistema penal nacional. Há dentro das selas um perfil predominante de presos, a população

carcerária é majoritariamente formada por jovens (pessoas entre 18 a 29 anos de acordo com o Estatuto da Juventude), negros e de baixa escolaridade.

Em três de junho de 2015, foi lançado o “Mapa do Encarceramento – Os jovens do Brasil”, uma publicação que faz parte do Plano Juventude Viva e traz um diagnóstico sobre o perfil da população carcerária no país. O estudo, de autoria da pesquisadora Jacqueline Sinhoretto, revela que os jovens representam 54,8% da população carcerária brasileira. Em relação aos dados sobre cor/raça verifica-se que, em todo o período analisado (2005 a 2012), existiram mais negros presos no Brasil do que brancos.

Em números absolutos: em 2005 havia 92.052 negros presos e 62.569 brancos, ou seja, considerando-se a parcela da população carcerária para a qual havia informação sobre cor disponível, 58,4% era negra. Já em 2012 havia 292.242 negros presos e 175.536 brancos, logo, 60,8% da população prisional era negra. Constata-se, assim, que quanto mais cresce a população prisional no país, mais cresce o número de negros encarcerados.

Observe-se também que o grau de escolaridade da população prisional brasileira é extremamente baixo. Aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%. Observe-se ainda que, ao passo que na população brasileira cerca de 32% da população completou o ensino médio, apenas 8% da população prisional o concluiu. Entre as mulheres presas, esta proporção é um pouco maior (14%).

Por fim, é válido expor a realidade carcerária quanto aos tipos penais que mais levam as pessoas para as prisões. Dentre a população carcerária masculina 58% cometeram tráfico (25%), roubo (21%) ou furto (12%). Os crimes com maior expressividade neste meio são os três mencionados acompanhados de receptação, homicídio, latrocínio e violência doméstica. Na população carcerária feminina, por sua vez, 63% está na prisão devido ao tráfico.

Pelos dados apresentados revela-se que a seletividade no direito penal não se restringe a teorias e ideias trazidas pela criminologia crítica, mas revela-se na realidade penitenciária nacional e representa grave violação ao Estado democrático

de direito, basilado em um conjunto de direitos humanos (e agora fundamentais) guerreados durante anos pelas civilizações.

2.6 O DIREITO PENAL E OS DADOS SOCIAIS

O Direito Penal deve levar em consideração o verdadeiro comportamento das pessoas, bem como suas motivações, a inserção social e as relações de poder, entre outros fatores, para que não finde alicerçado em falsos dados sociais, criando em decorrência uma falsa sociologia. Sobre isso Zaffaroni (2003, p. 65) esclarece:

É impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas. Não se trata de uma empresa possível, embora objetável, mas de um empreendimento tão impossível quanto fazer medicina sem incorporar dados fisiológicos: tentou-se fazê-la sem pesquisar a fisiologia, mas o que se fez foi uma medicina baseada em uma falsa fisiologia, que não a mesma coisa que fazer medicina sem pesquisar fisiologia.

Em complementação, discorrendo sobre o que chama de “fantasma do reducionismo sociológico”, o mesmo autor expõe:

O que se andou fazendo na dogmática tradicional, sob pretexto de preservar sua pureza jurídica e conjurar o risco do reducionismo, foi mera invenção de dados sociais cujo valor de verdade científica é falso. O mais curioso foi que não se considerou sociologia estes dados cientificamente falsos, mas sim direito penal.

Sobre a inserção de dados reais de comportamento humano à ciência do Direito Penal, Zaffaroni (2003, p. 66 e 67) ainda expõe que estas já existem, mas não são submetidas à verificação. Como exemplo das premissas entranhadas aos discursos penais, cita: as penas mais graves diminuem o número de delitos; punindo-se os ladrões tutela-se a propriedade; o reincidente é mais perigoso que o primário; a pena dissuade; a execução penal ressocializa; todos são iguais perante a lei; a prisão preventiva não é pena; caso se tipifique uma conduta sua frequência diminui; a impunidade é a causa da violência; a pena estabiliza o direito.

A condição de serem tais preposições falsas ou verdadeiras não é relevante a primórdio, mas sim o fato de que são trazidas da ciência social pelos métodos que lhe são próprios. Desta forma, Zaffaroni (2003, p. 67) conclui:

Esta é a melhor prova do erro metodológico que consiste em inventar dados sociais verdadeiros argumentando que são sociológicos, recurso que conduz o juiz a subordinar-se definitivamente a qualquer invenção arbitrária do mundo que faça um legislador iludido ou alucinado. É natural que isto tenha sido defendido por uma dogmática jurídico-penal classificatória, para uso de um poder judiciário que desconhecia o controle de constitucionalidade, como o do império alemão, porém é inadmissível nos estados contemporâneos.

O penalista, portanto, aponta claramente para um erro metodológico e indica que através dele há a incorporação de dados falsos acerca do comportamento real das pessoas, das instituições e do poder, o que acarretaria na suposição de uma realização natural da criminalização secundária e a partir disto na ilusão de sua capacidade para resolver os mais complexos problemas sociais. Na verdade defendida pelo citado autor, contudo, haveria a contaminação por mecanismos seletivos de filtragem e suas consequências – o que é deslegitimante ao não poder ser compatibilizado com igualdade perante a lei.

Algumas teorias da ciência criminológica defendem o mesmo posicionamento, a exemplo da teoria do Etiquetamento Social, que estipula a penalização como, muitas vezes, fator de ensejo a novas práticas punitivas pelo apenado. Do mesmo modo, esta ciência aponta para as cifras ocultas da criminalidade, as quais asseveram que muitos crimes não são perseguidos e assim penalizados.

A interiorização de correntes criminológicas aos estudos da ciência penal faz surgir a dúvida sobre a legalidade do que de fato se verifica socialmente em âmbito penalista. A luta contra a criminalidade e o encarceramento massivo de pessoas menos abastadas financeiramente, bem como, a ritualização da violência pelas autoridades policiais são fortes indicadores de que a legislação vigente não se integra de forma conveniente aos direitos humanos e, no que o faz, deixa de ser eficazmente respeitada. Acrescente-se que os meios de comunicação e difusão de pensamentos corroboram com estas práticas seletivas e aludem como melhor realidade a violência institucional operacionalizada.

3 ENFOQUES CRIMINOLÓGICOS CRÍTICOS: A TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL E A CIFRA DOURADA

De plano, é válido ressaltar que as perspectivas críticas têm forte relevância na criminologia contemporânea, sendo, assim, indispensáveis por suas reivindicações incessantes de autorreflexão crítica - de acordo com a máxima weberiana de que uma ciência social deve ser crítica com ela mesma e com a sociedade na qual está contextualizada.

Há, assim, uma advertência das limitações trazidas por um imperialismo empírico ou de laboratório e sobre a acentuada influência dos grupos privilegiados na elaboração e nos processos de interpretação e aplicação; e com muitas outras contribuições.

3.1 O ENFOQUE DA TEORIA DO *LABELING APPROACH* (ETIQUETAMENTO SOCIAL)

Esta teoria foi praticamente abandonada no final dos anos 1970 pela maioria dos criminólogos, mas nos últimos anos vem renascendo. Pelo motivo de sua perspectiva histórica ter sido exposta na introdução do presente trabalho não será necessário aqui repeti-la. Inicialmente, o enfoque do etiquetamento é peculiar, pois chama a atenção para a importância que a “reação” tem para o delito.

De forma simplificada, esta corrente expressa basicamente que não existe nenhum ato que seja delitivo em si mesmo, mas, sim, que delitivo ou desviado é aquilo que se define como tal pela comunidade e pelos órgãos do sistema de Administração da Justiça. Ou seja, não é que os fatos tenham características desviantes intrínsecas, mas no etiquetamento que dele se faça. Assim, portanto, a reação que um determinado fato provoca na sociedade é decisiva para que seja ou não definido como delito.

3.1.1 Desviação primária e secundária

Muitas pessoas incorrem em atos desviados e até mesmo delitivos, chamados de atos de desviação primária, e podem ter diversas origens etiológicas, além de serem bastante divulgados. Nem todo mundo, contudo, é descoberto quando comete alguma infração legal e o sendo nem todos são perseguidos pelas agências policiais ou outra competente por isso.

Para o enfoque do etiquetamento, o fato de alguém ser descoberto e perseguido ao cometer um delito – principalmente se este for jovem – possivelmente acarretará em uma série de mudanças na forma de ver a si (passará a definir-se como um indivíduo desviado e até delinquente) e ao mundo, dando início a outras infrações legais. Isto configura, portanto, a desviação secundária. Para os autores Maíllo e Prado (2013, p. 320):

Esta última desviação secundária é mais provável que ocorra quando o indivíduo é etiquetado formalmente como delinquente, isto é, quando é detido pela polícia, julgado e preso em centro de privação de liberdade.

Esta desviação também se opera por meios sutis, como o afastamento do indivíduo de seus familiares e amigos, além de ter quase sempre como decorrência a dificuldade de conseguir emprego por parte do agente delituoso. Nesta perspectiva a pena além de impedir a ressocialização diminui de forma significativa as chances de aquela pessoa voltar a ter uma vida nos moldes que a sociedade exige.

3.1.2 Crítica e defesa ao enfoque do etiquetamento.

Como anteriormente já dito, por volta de 1970 esta teoria sofreu grandes críticas, como, por exemplo, do autor Wellford. Ele defendia que algumas condutas são intrinsecamente delitivas, bem como a persecução e prisão estão mais ligadas as características do fato e sua gravidade do que as da pessoa que o cometeu, além da falta de evidência que de que o etiquetamento de uma pessoa como delinquente afete o conceito que este tem sobre si mesmo.

Novos ensaios, contudo, surgiram a partir dessas críticas e refutaram-nas alegando que elas se concentram no viés mais radical da teoria, que testes empíricos não avaliariam corretamente sinais tão sutis – ou até mesmo que estes sinais tenham sido encontrados mais ignorados.

Baseadas nos novos estudos empíricos, portanto, a partir de 1980, surgiram evidências de que os comportamentos relatados pela teoria seriam possíveis. Ganhando adeptos, as propostas contemporâneas do enfoque do etiquetamento não acham possível que somente a “reação” seja capaz de explicar a delinquência e defendem efeitos indiretos a mesma. Wellford (1975) passou, assim, a defender que se pode reconhecer o valor potencial da teoria do etiquetamento como componente de uma teoria mais abrangente.

Normalmente, aqueles que cometem atos delituosos e sofrem, em decorrência disso, condenação – de forma mais acentuada quando condenados à prisão – têm mais dificuldades ainda para abandonar a carreira delitiva, mesmo querendo, pois se encontram inseridos em cadeias de adversidades e acumulação de desvantagens.

3.1.3 O enfoque do Etiquetamento Social na América Latina

O enfoque do etiquetamento social desenvolve-se na América Latina de forma diferenciada por ter seu estudo atrelado ao sistema de administração da justiça e sua seletividade. Esta perspectiva fora defendida por autores como Zaffaroni, Alagia e Slokar.

A crença na operacionalidade da criminalização primária e secundária, já expostas neste trabalho, defende que nem todos os que delinquem e nem todos os delitos são etiquetados como delinquentes e delitos.

Deste modo, de forma sintética, na criminalização primária são tipificados como crimes aqueles que a sociedade assim estipula e para eles são cominadas penas nem sempre proporcionais aos delitos. Enquanto na criminalização secundária centra-se nos fatos delitivos mais comuns e, portanto, mais fáceis de detectar e perseguir, bem como em indivíduos que, devido ao menor poder, são

mais vulneráveis – têm menos possibilidade de se proteger e evitar seu etiquetamento. Nesta lógica de pensamento, os delitos de colarinho branco, por exemplo, tipicamente sofisticados e realizados por pessoas com destacado poder econômico, tendem a não serem perseguidos.

Para os que defendem estes pensamentos, a criminalização secundária contribui significativamente para criação de estereótipos sociais – a sociedade passa a crer que determinado perfil de pessoa é delinquente e passa a persegui-lo. Porém, esta criminalização influencia também na vitimização – oferece-se maior segurança aos poderosos, tanto por razão da classe, quanto da raça, sexo etc.

3.1.4 A Teoria da Inibição Reintegradora

Proposta por Braithwaite (1989), em “Crime, shame and reintegration”, esta teoria afirma que a reação da comunidade na qual o delinquente praticou seus atos é significativa para que a pena sirva como inibidora de novos atos delituosos ou desintegre aquele indivíduo da sociedade acarretando em novas práticas ilegais por parte do mesmo.

No primeiro caso, a sociedade teria uma reação negativa, porém não exagerada, com elementos de reaceitação – desde meros gestos amistosos até cerimônias de readmissão. Se este for o posicionamento, Braithwaite (1989) defende que o delinquente entenderá o dano que causou e saberá das normas que infringiu, mas saberá também que a comunidade deixou possibilidade para que ele possa se reconciliar com ela.

Na segunda hipótese, no entanto, a reação da comunidade seria estigmatizadora. Ela se traduz como uma reação desproporcional, sendo seu extremo expressado em cerimônias de degradação, fazendo com que o delinquente veja-se separado simbolicamente da sociedade passando a considerar-se um marginal e com fortes tendências a continuar na carreira delitiva.

Ainda segundo o citado autor, este último processo se retroalimenta: o indivíduo que foi socialmente censurado passará a também censurar a sociedade e, conseqüentemente, a ação social terá cada vez menos efeitos reintegradores.

Maíllo (2013, p. 328) explica que:

A ideia de inibição reintegradora inspira-se no modelo da educação na família. Com efeito, na família se faz ver que algo é ruim e não se deve repetir, mas se faz em um quadro de carinho e apoio mútuo que permite, de sua vez, a vergonha e o castigo e que os vínculos familiares e sociais não se enfraqueçam. Nas famílias nas quais predomina o carinho é onde melhor funciona a inibição reintegradora.

Por fim, Braithwaite (1989) considera duvidosa a opção por parte de uma sociedade pelo acanhamento desintegrador e estigmatizante, além disso, pode ser um reflexo das subculturas criminais na sociedade.

3.1.5 A Teoria das Valorações Reflexas

A teoria do etiquetamento pressupõe que o julgamento da sociedade ou um grupo menor de pessoas tem efeito sobre como um indivíduo se vê e sobre suas atitudes a partir desta ótica (Interacionismo Simbólico). O estudioso Matsueda (1992) utiliza-se do conceito de *self* para explicar como atuam estes controles internos exercidos pela família, amigos e comunidade.

Self é neste contexto conceituado como a capacidade que um indivíduo tem de enxergar-se como um objeto, ver-se como outra pessoa a partir do momento que se coloca no papel de outros. Ao assumir esse papel os “outros” são um grupo de referência para aquele indivíduo, assim sendo, se um pai, por exemplo, considera seu filho desviado ou respeitoso às normas isto influenciaria na delinquência do filho, porque afetaria as valorações reflexas deste como desviado ou conformista. Para os interacionista, portanto, essas valorações se desenvolvem desde a infância.

Para Karen Heimar e Ross L. Matsueda (1994), *apud* Mílo e Prado (2013), explicam que:

Efetivamente, é importante destacar que o ‘outro generalizado’ leva implícitas normas e expectativas de todo o grupo ou da sociedade que penetram no comportamento do indivíduo, de forma que tem um sólido efeito de controle social informal.

Conclui os autores que o comportamento delitivo anterior influi indiretamente o futuro, por meio das valorações dos outros significativos. O processo seria, portanto, assim: o fato de delinquir influi nas valorações dos outros, estas, por sua vez, nas valorações reflexas de si mesmo e, desse modo, instiga que se volte a delinquir; acrescente-se a isso que a delinquência anterior tem, em parte, um impacto direto sobre as concepções de si mesmo. Maíllo (2013, p. 336) explica a teoria de Matsueda da seguinte forma:

O mesmo autor apresenta um teste empírico da teoria. Para isso recorreu a dados longitudinais bastantes sólidos de uma enquete a um grupo aleatório sobre percepções subjetivas. A evidência que resultou de dito teste foi favorável à teoria. Especificamente, constatou-se que aqueles que percebem que são vistos pelos demais como indivíduos que infringem as normas e se envolvem em problemas tendem a delinquir mais. O curso causal é que as concepções dos demais influem nas valorações reflexas do *self*, e favorecem a prática de fatos delitivos: as valorações reflexas do *self* são em parte consequências das valorações objetivas dos outros, resultando especialmente importantes as valorações dos pais.

Essas valorações dependerão, contudo, do estágio em que se encontra o indivíduo, se adulto, jovem ou criança.

3.2 CIFRAS DOURADAS DA CRIMINALIDADE

Lola Anyiar de Castro (1983) diz haver três tipos de criminalidade no sistema penal com base na sua persecução: a criminalidade legal, esta seria o número de crimes conhecidos oficialmente, a criminalidade aparente, aqueles crimes que mesmo sendo conhecidos pelas autoridades ainda não estão computados nas estatísticas, e a criminalidade real, aquele que corresponde a quantidade de crimes em verdade cometidos em um lapso de tempo.

Essa ramificação ocorre porque, pela quantidade de infrações cometidas na sociedade seria impossível que todas chegassem ao conhecimento da polícia, e, das que chegam, nem todas serão investigadas.

Essa parcela dos crimes que se “perdem” compõe a cifra negra da criminalidade (zona obscura, *dark number* ou *ciffre noir* ou *numerus obscurus*).

Conforme o procedimento penal é percorrido, mais os números afastam-se da realidade, Sutherland (1949, p. 40) defende que:

Isto quer dizer que as estatísticas policiais são mais fidedignas para este fim que as estatísticas dos tribunais, e que as estatísticas dos tribunais são mais fidedignas que as estatísticas das prisões, porque quanto mais afastado do crime estiver o índice, tanto maior é o número possível de procedimentos que podem afetar o crime.

Dentre os fatores que ocasionam a existência dessas cifras, Hassemer (2005) indica: nem todo fato punível cometido é percebido; nem todo fato punível chega ao conhecimento das autoridades; nem todo fato conhecido é esclarecido pelas autoridades policiais investigativas; nem todo fato punível esclarecido pela polícia é efetivamente denunciado pelo Ministério Público ou formalizado pela vítima sob a forma de queixa-crime, nas ações penais privadas; nem todo fato punível acusado é efetivamente julgado num processo principal, a exemplo de quando ocorre a suspensão condicional do processo; nem todo julgamento de um fato punível conduzirá, necessariamente, a uma condenação; e, acrescente-se às ideias do autor, a possibilidade de uma condenação com trânsito em julgado não ser efetivamente executada, como no caso em que se opera a prescrição da pretensão executória.

O presente trabalho, contudo, debruçar-se-á sobre o recorte temático das cifras douradas da criminalidade. Nestas, as causas são destoantes das acima elencadas. São decorrência, por sua vez, de alguns fatores de ordem social e de natureza jurídico-formal.

No primeiro pode-se indicar o prestígio que gozam os autores destes crimes no meio social, insignificante efeito estigmatizante das condenações, ausência de estereótipo que oriente os órgãos oficiais nas investigações. No segundo caso, pode-se apontar a competência de comissões especiais, pressões exercidas sobre os denunciadores, recursos a advogados de renomado prestígio, manipulação processual.

Sutherland foi o primeiro a usar a expressão "*white collar crime*" em seu discurso de posse, em 1939, na "*American Sociological Association (ASA)*" como referência as roupas geralmente usadas por pessoas da alta camada social. Observou ele que as teorias sobre comportamento criminoso não explicam de forma

correta este tipo de criminalidade – onde os autores, normalmente, não são pobres, não provêm de núcleos familiares desunidos, nem são débeis mentais ou psicopatas. Desta forma, asseverou que se uma teoria sobre o comportamento criminoso se pretende fazer geral ela será também falha, pois não abarcará a criminalidade comum e a do colarinho branco ao mesmo tempo.

Vale ressaltar que na expressão “criminalidade de colarinho branco” estão englobados todos os crimes cometidos por pessoas consideradas poderosas (com maior poder financeiro) na sociedade, o que amplia o conceito, abarcando os abusos de poder estatal mediante genocídio, tortura, excessos policiais, como também abusos vinculados à corrupção política e econômica.

Ou seja, a criminalidade de classes tidas como “privilegiadas” envolve não a criminalidade ordinária, como furtos e roubos, mas infrações contra o meio ambiente, a ordem tributária, o sistema financeiro, entre outros. Ensina Séverin (1980, p. 5):

Além da cifra negra de delinquentes que escapam a toda investigação oficial, existe uma cifra dourada de criminosos que têm o poder político e o exercem impunemente, [...] ou que dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento da sociedade.

Válido é ressaltar que a sociedade está acostumada a ver os que cometem estas espécies de crime, os colarinhos brancos, como homens de negócios, grandes empresários, e em muita das vezes nutre por eles certa admiração e respeito, não se concebendo que estes indivíduos possam causar malefícios à sociedade. Observa-se assim que não há um “etiquetamento social” nestes casos.

Na verdade, as estatísticas apresentadas pelos órgãos competentes são evitadas de dados distorcidos e findam por criar no senso comum a aceitação de que a criminalidade é somente a tradicionalmente conhecida. Além disso, se exclui dessa percepção os malefícios angariados pelas comunidades em decorrência da criminalidade de colarinho branco - a criminalidade econômica, por exemplo, acaba por ser absorvida como risco inerente às atividades financeiras. Sobre a temática, explica Lola Aniyar de Castro (1983, p. 79):

As pessoas comuns não captam a essência danosa de atos cometidos a um nível tão elevado, entre pessoas de uma categoria tão alta, nem se dão conta até que ponto o dano econômico os afeta de forma direta.

E, conclui a supracitada autora, que a sociedade não entende ser aquele agente um criminoso, “não o segrega, não o deprecia nem o desvaloriza” (CASTRO. 1983, p. 79). Apesar da concepção popular, os crimes encaixados como de colarinho branco geralmente atingem parcela da população de forma extremamente danosa.

Esta forma coletiva de percepção da realidade não é hodierna, mas sim, apresenta-se entranhada na sociedade desde as primitivas civilizações. Nos primórdios já era possível a observação da diferença existente entre os indivíduos, havia os homens livres e os servos, os comuns e os privilegiados. No período romano, surgiu o instituto da “*indulgentia*”, que fora amplamente empregado para afastar a condenação e seus efeitos daqueles que eram mais próximos ao imperador.

Com a queda do Império Romano, veio em decorrência o enfraquecimento do poder central, e, assim, a Alta Idade Média foi marcada pela aplicação das leis pelos senhores feudais, que quando queriam deixavam de aplicar regras acusatórias. E quando era de seus interesses, atuavam de ofício, acusando, investigando e julgando, sem que ocorresse qualquer manifestação do ofendido.

A ideia de Estado só irá ressurgir com o fim do período medieval pela busca do fortalecimento do poder do monarca. Desta forma, as atitudes de “autodefesa” foram limitadas e foi formulado um corpo organizado e hierarquizado de funcionários reais a quem cabia representar o interesse de toda a coletividade na perseguição e punição dos agentes de infrações. Aqui está o início da instituição do Ministério Público, afastando os particulares da disponibilidade de ação penal.

Apesar de certa melhora, as desigualdades de aplicação das penas era ainda evidente. As classes mais baixas da sociedade eram punidas com penas corporais, enquanto as classes mais abastadas eram punidas com penas pecuniárias.

O Iluminismo trouxe para a justiça criminal as noções de igualdade, preocupações humanitárias, uma mesma regulamentação para todos e submissão de todos às regras. Cesare Beccaria (1764) foi um dos maiores defensores do ideal de igualdade, defendeu a separação entre Direito e religião, função legislativa e

jurisdicional. Na sua obra “Dos Delitos e das Penas” (1764), o autor aponta e repudia as crueldades das penas aflitivas, as torturas para obtenção de provas, as penas desproporcionais aos delitos, as práticas de confisco dos bens do condenado e a extrema desigualdade de tratamento quando os criminosos pertenciam a classes sociais subalternas.

Contemporaneamente, contudo, muitos dos direitos pleiteados pelo Iluminismo, apregoados pela Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão e guerreados durante anos não são respeitados pelos Estados, ou são assegurados por meio de legislações pouco eficazes. Isto pode ser vislumbrado na extrema dificuldade de se colocar criminosos com poderio social nas prisões pelo desvirtuamento das próprias agências jurídicas.

3.2.1 A concessão de Habeas Corpus como expressão da Seletividade Penal nos crimes do Colarinho Branco

Com a finalidade de demonstrar a existência da operacionalização da seletividade penal para com os crimes do colarinho branco, citem-se alguns exemplos desse tipo de crime que obtiveram certa repercussão nacional na última década, mas que, por vícios formais na investigação, findaram pela anulação de provas por decorrência da concessão do Habeas Corpus pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ): o caso Satiagraha, caso Castelo de Areia, caso Sundown/Banestado, operação Boi Barrica/Faktor, dentre inúmeros outros. Enfatize-se, ainda, que essa concessão deu-se sem existirem nos casos réus presos ou ameaça concreta à liberdade de locomoção dos pacientes.

No mais, a fundamentação para obtenção dessas provas (decretação de medidas invasivas) pelo juízo *a quo* é reanalisada a exaustão pelos tribunais e isto dá margem à anulação delas por conceitos muitas vezes vagos, como exemplo a de que a “decisão de quebra de sigilo não suficientemente fundamentada.”

Pode-se afirmar que, no Brasil, basta que um desembargador ou ministro não concorde com o critério utilizado pelo juízo de primeiro grau para que torne inválida toda prova obtida. Diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América,

onde apenas quando a decisão do juízo *a quo* excede a própria função jurisdicional é que se torna objeto de reforma. Além disso, normalmente quando os juízes de primeira instância baseiam-se em narrativas de informante confidenciais ou informantes anônimos, os tribunais decidem por insuficiência de provas.

De maneira mais gravosa para o direito penal, os tribunais não ponderam ao invalidarem as provas a complexidade das investigações para estas espécies de crime, muito menos a gravidade dos fatos que estão sendo apurados. Desta forma, permite-se a anulação de ações penais inteiras as quais envolvem gravíssimos crimes, por máculas processuais muitas vezes insignificantes. Ironicamente, nos Estados Unidos, exportador da ideia de inadmissibilidade de provas ilícitas para o Brasil, admitem-se estas em situações excepcionais com base no critério da razoabilidade.

Contemporaneamente, contudo, o processo penal não é mais utilizado como instrumento para se integrar o direito material, ao contrário, serve de barreira para o alcance deste. A própria jurisprudência do STJ aponta para este caminho e desconsidera os princípios da instrumentalidade e do prejuízo, já que as nulidades declaradas não indicam o dano concreto causado à defesa pela prática do ato que produziu a prova.

Estranhamente, o Superior Tribunal de Justiça defende que vícios da fase de inquérito não tem o condão de invalidar provas da ação penal, mas nos casos inicialmente citados foi exatamente o que ocorreu. Esse fato foi lembrado pelo voto vencido da ministra do STJ Laurita Vaz, durante o julgamento do HC 149.250/SP que invalidou as provas da Operação Satiagraha mencionando que “nos termos da remansosa e pacífica jurisprudência das Cortes Superiores, bastante conhecida de todos, vencida a fase investigatória pré-processual, eventuais irregularidades não contaminam a ação penal instaurada.”

Pela relevância que tiveram e por envolverem grandes esquemas de corrupção, a anulação daqueles casos afronta o interesse público e faz com que se perceba que anulação de provas sirva, muitas das vezes, como única tese defensiva dos crimes do colarinho branco.

A título de exemplo, expõe-se de maneira mais detalhada a operação deflagrada pela polícia federal em julho de 2008 denominada de Satiagraha. Supostamente uma quadrilha praticava crimes financeiros, de corrupção e lavagem

de dinheiro. Esta organização criminosa seria comandada por Daniel Dantas, especialista em desviar verbas públicas relacionadas ao esquema do mensalão. Por este esquema as empresas dele procediam depósitos na conta do operador financeiro do esquema, Marcos Valério.

Além deste grupo, haveria um segundo, liderado por Pitta e Nahas, e seria formado por empresários e doleiros do mercado financeiro. Todo o dinheiro do esquema era lavado por meio de fraudes e informações privilegiadas. E pouco tempo antes da operação da Polícia Federal ser deflagrada, um emissário de Dantas ofereceu R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) como primeira parcela de uma propina que chegaria a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) aos delegados federais Protógenes Queiroz e Victor Hugo Rodrigues Alves Pereira, tudo documentado através de gravação pelos delegados.

Exemplo emblemático, este caso revela as influências extrajurídicas na utilização abusiva de habeas corpus por diversos fatores. Entre eles pode-se citar a concessão de duas liminares em habeas corpus repressivos (HCs nº 95009 e HC nº 95317 do STF) por conta das decisões de prisões cautelares do juiz de primeiro grau de jurisdição diretamente pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em aproximadamente 24 horas, com violação ao juiz natural do caso, que seria o Tribunal Regional Federal, bem como contrariando a própria súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal (STF) que diz “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de Habeas Corpus impetrado contra decisão do relator que, em Habeas Corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

Além disso, as provas da ação penal foram anuladas mediante a utilização do habeas corpus preventivo no STJ em razão de um único argumento: participação não autorizada de agentes de Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) durante o inquérito policial, como se vê no seguinte julgado (HC nº149.250/SP):

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDUOSAMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES (SNI), EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE

INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÕE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL.

De maneira detalhada explica-se o único fator que motivou a desconfiguração de toda ação penal:

1. Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o Habeas Corpus demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da Operação Satiagraha. 2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99. 3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Prof^a. Ada Pellegrini Grinover, in "Nulidades no Processo Penal", "o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição." 4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arrepio da lei. 5. Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito. 6. Portanto, inexistem dúvidas de que tais provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante entendimento já cristalizado pela doutrina pacífica e lastreado na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais. 7. Pelo exposto, concedo a ordem para anular, todas as provas produzidas, em especial a dos procedimentos nº 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefônico), nº 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telefônico), e nº 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela douta Procuradoria da República.

Importante observar que não fora expresso no julgado quais as provas os agentes da ABIN teriam produzido e anularam-se todas as provas da operação, e não somente aquelas com suposta intervenção dos agentes de inteligência.

Observe-se ainda que é pacífica na jurisprudência do tribunal e na doutrina que as possíveis ilegalidades do inquérito policial não contaminam a ação penal. Nesse sentido, o próprio STJ decidiu o seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. CRIME DE LESÕES CORPORAIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPRESTABILIDADE DO RECONHECIMENTO FEITO EM SEDE INQUISITORIAL. INVOCADA NULIDADE QUE NÃO ALCANÇA A FASE JUDICIAL. - É entendimento dominante neste Superior Tribunal de Justiça que eventual nulidade do inquérito policial não contamina a ação penal superveniente, vez que aquele é mera peça informativa, produzida sem o crivo do contraditório. - Inviável o trancamento da ação penal sob a alegação de que o reconhecimento feito pela Autoridade Policial, na fase do inquérito policial, estaria eivado de vício a ponto de nulificar o processo ab initio, de vez que tal providência ensejaria dilação probatória, incompatível na via estreita do writ. - Recurso ordinário desprovido.

(HC 13691 SP 2002/0156195-6, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 17/02/2003, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.03.2003 p. 288)

O mesmo verifica-se no julgamento de outros Habeas Corpus com pacientes menos afortunados e com imputações criminosas fora do rol dos crimes de colarinho branco:

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. NULIDADE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL SUPOSTAMENTE OBTIDA SOB TORTURA. VÍCIOS NA FASE INVESTIGATÓRIA. NÃO CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Com o recebimento da denúncia em desfavor do paciente, restou prejudicado o exame da alegação da nulidade que estaria a contaminar o inquérito policial, porque eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a sua natureza inquisitiva, não contaminam, necessariamente, o processo criminal, consoante a iterativa jurisprudência deste Sodalício. (...) (HC 233.118/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

Por fim, um julgado de Habeas Corpus em uma ação por Tráfico de drogas, um dos crimes que mais leva pessoas a prisão no Brasil:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. INVESTIGAÇÕES LEVADAS A EFEITO PELA POLÍCIA

MILITAR. EVENTUAIS VÍCIOS NA FASE POLICIAL QUE NÃO CONTAMINAM O PROCESSO-CRIME.(...) VI. A remansosa jurisprudência desta Corte reconhece que eventuais nulidades ocorridas na fase policial não têm o condão de tornar nula a ação penal, pois aquele procedimento resulta em peça informativa e não probatória, podendo ser até mesmo ser dispensado, caso o Parquet, titular da ação penal, entenda já dispor de indícios de materialidade e autoria do delito bastante para o oferecimento da denúncia. (...)
(HC 185.758/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 09/04/2012)

A diferença de entendimento do tribunal não se deu por diferenciação das circunstâncias jurídicas, pois a única diferença entre as práticas aqui narradas são as situações econômicas dos réus e as espécies de crimes denunciados. Enquanto o Habeas Corpus nº 149.250/SP tratava dos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção em favorecimento de agentes políticos, os Habeas Corpus nº 233.118/SP, 185.758 e 13691, tratavam de latrocínio, com defesa patrocinada pela defensoria pública, tráfico de drogas e lesões corporais respectivamente.

Em razão das peculiaridades expostas e do que no mais ocorre e aqui não foi exposto, conclui-se que o combate ao crime de colarinho branco, no Brasil, é uma tarefa quase impossível. Existe um aparato fortemente institucionalizado para possibilitar a impunidade, dificultando a pretensão de responsabilizar penalmente de forma efetiva estes tipos de criminosos. No mais, os réus detentores do poder econômico quando são finalmente presos ficam depressivos, ou colecionam outras enfermidades, e necessitam de atendimento médico permanente, não raras vezes, pleiteiam e conseguem regime de prisão domiciliar.

4 A CRISE DE LEGITIMIDADE PENAL CONTEMPORÂNEA E A APLICAÇÃO DA CRIMINOLOGIA CAUTELAR

De forma inicial, ressalte-se que no estudo das funções das penas aplicadas pelo ramo do Direito Penal há duas vertentes de pensamentos. Há aqueles que defendem a existência desse ramo e da aplicação de penalidades, por isso baseiam suas ideias no que consideram como legítimas funções da pena. Em ponto oposto, há os que entendem que as funções pretendidas por esse ramo não são alcançadas e por isso o classificam como deslegitimado.

Os adeptos da primeira corrente afirmam serem as penas retributivas (teorias absolutas) e preventivas (teorias relativas). Retributivas por darem a quem cometeu um delito uma devida retribuição pelo mal causado – neste caso a pena teria um fim em si mesmo - e preventivas porque evitariam a reincidência (prevenção especial) e a ocorrência de novos delitos (prevenção geral) – aqui as penas teriam uma função instrumental.

As funções do Direito, contudo, é temática amplamente abordada pelos jusfilósofos. Ferrajoli (2002) assegura que é função primeira do Direito garantir os direitos substantivos e zelar pelos direitos fundamentais da pessoa humana, depois deve buscar as finalidades estatais. Boobio (2007), por sua vez, faz severas críticas ao poder punitivo quanto às garantias não observadas e as funções que deveria exercer. O autor explica que o direito penal é intimamente ligado à punição de privação de liberdade, mas que esta não só é disfuncional como também exerce uma função negativa (ou seja, o oposto da esperada). Logo, ao invés de ressocializar serve mais como escola do crime.

Conforme a parcela que acredita na deslegitimidade do direito penal, a pena finda por agravar a situação do agente criminoso, o que é defendido pelas correntes criminológicas já citadas neste trabalho, como a do etiquetamento social. Todo o quadro demonstra que há uma disfunção do Direito Penal, bem como exercício de sua função negativa.

Interessante observar o posicionamento de Alessandro Baratta (1999) no sentido de que o Direito Penal não funciona como o esperado pela sociedade e este é o propósito deste ramo, pois o Direito Penal funciona bem na exata medida em que funciona mal. Esta constatação pode ser verificada no estudo das funções não

declaradas desse ramo jurídico e social, bem como na formação de um Estado Policial e Penitenciário e na corresponsabilidade que o Estado tem para o quadro penal contemporâneo.

4.1 AS FUNÇÕES NÃO DECLARADAS DO DIREITO PENAL

O Direito Penal abarca um rol de funções não declaradas e assim o são porque findam por deslegitima-lo. Estas funções produzem efeitos negativos e são elas a função ético-social, a função simbólica e a função de psicologia social.

A primeira é sustentada por Hans Welzel (1956) como configuradora dos costumes do Direito Penal, para ela é dever do Direito Penal colocar nos indivíduos, através da penalização e despenalização, valores éticos fundamentais. Aqui se traduz a ideia do mínimo ético defendido por este ramo que é formado pelas ideias aceitas pela sociedade. É através da tutela de certos valores que se defenderiam os bens jurídicos.

A indagação que surge é se o Direito Penal seria hábil para implantar no indivíduo uma consciência interna, além do comportamento externo já pretendido. Hassemer e Muñoz Conde (2008) defendem que o Direito Penal tem uma função “pedagógica-social” ao reforçar valores ético-sociais. Apesar de não ser legítima a pretensão de educar a sociedade, o ramo penalista vem adotando com frequência essa postura.

A problemática que surge desta exacerbação de funções é que a (des)penalização de uma conduta não pode ser visto como marco ético-valorativo da sociedade, pois isto não é função do Direito Penal. Exemplo disso é a descriminalização do uso de drogas que pode ser visto como estímulo para alguém tornar-se usuário, visto que a carga negativa atribuída a essa conduta tenderá ao desaparecimento porque simplesmente não mais é tipificada penalmente.

A função simbólica, por sua vez, é obtida através do que Harald Kindermann denominou de legislação-álibi. Ela ocorre porque toda legislação tem um efeito simbólico influenciando mediante seus mandados, e mediante as consequências jurídicas que trás quando aqueles são desobedecidos, o comportamento da

comunidade. Os legisladores, contudo, passaram a criar leis de maneira desvirtuada, não visando tutelar bens jurídicos, mas, sim, criar uma ideia comunitária de confiança por parte da sociedade para com o sistema político e jurídico do país.

Em suma, a legislação-álibe utiliza-se do efeito simbólico do direito para torná-lo meramente simbólico fazendo com que sirva de instrumento para o legislativo descarregar as pressões políticas que sofre ou mostrar para sociedade que atende aos seus apelos. Isto fere os princípios da necessidade e eficácia da sanção penal e, por consequência, retira do direito penal força e legitimidade.

Além desta, outras consequências são decorrências desta função: se observa também a perda da vigência social, ou seja, a norma que deveria regular condutas, ser eficaz, e assegurar expectativas, ter vigência, perde esta última característica.

A punição originada nesta espécie legislativa não tem finalidade e tem pouco alcance. Desta forma, o público cria uma ilusão de segurança e uma confiança no ordenamento jurídico alicerçada em uma base extremamente fragilizada.

No estudo desta função penal, pode-se perceber a figura da terceira função dita não declarada do Direito Penal que é a de satisfazer as necessidades psicológicas da sociedade. Ou seja, os políticos criam novos tipos penais para simplesmente prestarem conta com a sociedade e os eleitores que, com isso, têm a pseudo-percepção de controle da criminalidade pelos primeiros.

Novamente questiona-se, o Direito Penal seria legítimo para suprir essa necessidade psicológica de sanção? E de novo se depara com o sentimento de urgência que cerca o sistema penal como todo. Santoro Filho (2002, p. 132) diz que o Direito Penal simbólico é fruto de “uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos”.

O que decorre em verdade das situações elencadas é a transformação do Direito Penal em uma panacéia e a crença da população de que a edição de novas leis penais é diretamente proporcional ao cometimento de menos crimes; uma ideia comprovadamente falaciosa. Este pensamento legitima a violência operacionalizada pelas agências estatais e gera forte retrocesso no combate a criminalidade. Por óbvio, a violência, independente de quem a promova, tem como decorrência apenas mais respostas ritualizadas de selvageria e perturbação social.

4.2 ESTADO POLICIAL E PENITENCIÁRIO

Os enfoques críticos até então relatados e a mídia criminológica são realidades que se debruçam com maior proximidade das sociedades latino-americanas, contudo a tendência à expansão dos sistemas carcerários, estigmatização dos delinquentes e seletividade na operacionalização da criminalização apresentam-se em outras partes do globo. Wacquant (2011, p. 91) expõe a realidade penitenciária dos Estados Unidos da América:

O assombroso crescimento do número de presos na Califórnia, como no resto do país, explica-se, em três quartos, pelo encarceramento dos pequenos delinquentes e, particularmente, dos toxicômanos. Pois, contrariamente ao discurso político e midiático dominante, as prisões americanas estão repletas não de criminosos perigosos e violentos, mas de vulgares condenados pelo direito comum por negócios com drogas, furto, roubo, ou simples atentados à ordem pública, em geral oriundos das parcelas precarizadas da classe trabalhadora e, sobretudo, das famílias do subproletariado de cor das cidades atingidas diretamente pela transformação conjunta do trabalho assalariado e da proteção social.

O autor continua e evidencia o expressivo aumento da população carcerária:

De fato, em 1998, a quantidade de condenados por contenciosos não violentos reclusos nas casas de detenção e nos estabelecimentos penais dos Estados Unidos rompeu sozinha a cifra simbólica do milhão. Nas prisões dos condados, seis penitenciários em cada 10 são negros ou latinos; menos da metade tinha emprego em tempo integral no momento de ser posta atrás das grades e dois terços provinham de famílias dispostas de uma renda inferior à metade do 'limite de pobreza'.

O mesmo observa ainda que o investimento na expansão da luta contra criminalidade aumentou o número de banco de dados centralizados e informatizados resultando na intensificação da captura e observação, aumentando expressivamente o número de fichas criminais existentes. Propulsor desse avanço, os discursos políticos inflamados pelo combate a criminalidade deixa de lado políticas eficazes de redução da criminalidade e ressocialização dos apenados.

Observe-se que os citados bancos de dados podem ser consultados por qualquer um e, corriqueiramente, são utilizados para investigar a vida pregressa de um candidato a emprego. O supramencionado autor (WACQUANT. 2011, p. 93) também relata que:

Não importa que os dados que aí figuram sejam frequentemente incorretos, prescritos ou anódinos, até mesmo ilegais. Sua circulação coloca não apenas os criminosos e os simples suspeitos de delito na alça da mira do aparelho policial e penal, mas também suas famílias, seus amigos, seus vizinhos e seus bairros. A tal ponto que uma dúzia de estados, entre os quais Illinois, Flórida e Texas, disponibilizou esses arquivos em *sites* da internet, o que permite a qualquer um ter acesso, sem o menor controle ou justificação, ao prontuário judicial de um condenado.

Ressalte-se ainda que os gastos públicos com administração penitenciária crescem vertiginosamente e em alguns estados, como a Califórnia, ultrapassa há muito os investimentos governamentais nas universidades públicas.

Pelos quadros sociais apresentados, não só da América Latina, mas também de um país mais capitalista, percebem-se tendências do sistema penal contemporâneo na tentativa de suprir a deficiência econômica e social do Estado com uma maior presença policial e penitenciária. Observe-se que aquela é a causa do aumento da insegurança nas sociedades tanto do primeiro quanto do segundo mundo.

Em contramão a evolução histórica de garantias penais e procura por um Estado Social de Direito, há na referida disposição reafirmação do poder do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública. Desta forma, o Estado afirma-se como incapaz de resolver problemas de falta de trabalho, de refrear a hipermobilidade de capital e finda por desestruturar uma comunidade inteira – simbolizada pela luta única contra a delinquência de rua.

Esta penalidade neoliberal (WACQUANT, 2011) é ainda mais sedutora quando aplicada em países com fortes desigualdades de condições e oportunidade de vida e desprovidos de tradição democrática e, também, de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no novo século.

Em resumo, o que aponta o referido autor é que se deixa de procurar um tratamento social da miséria e suas consequências, de maneira em longo prazo pensada e norteada pelos valores de justiça social e de solidariedade, para passá-la a tratar penalmente – focando, assim, a mira nas parcelas mais refratárias do subproletariado – e com soluções em curto prazo de ciclos eleitorais e dos alarmes de uma máquina midiática fora de controle.

No Brasil, de forma específica, por um conjunto de fatores ligados a sua história e a despeito do enriquecimento coletivo das décadas de industrialização, a

sociedade permanece caracterizada pelas disparidades sociais vertiginosas e pela pobreza da massa que, ao se combinarem, alimentam o crescimento inexorável da violência criminal. Desta forma, ausente uma rede de proteção social a juventude dos bairros populares, que sofre com o desemprego ou com o subemprego continua a buscar no capitalismo de pilhagem da rua os meios de sobreviver e realizar os valores do código de honra masculino por não conseguir escapar da miséria do cotidiano.

Impressionantemente e, ao mesmo tempo, consequência lógica dessa modelagem penal, segundo as teorias até aqui apresentadas, o crescimento significativo da repressão policial no país, nos últimos anos, permanece sem efeito, pois a repressão não tem efeito algum sobre os motores dessa criminalidade que, segundo Wacquant (2011), o que se pretende é a criação de uma economia predatória ali onde a economia oficial não existe plenamente, ou não existe mais.

Ao contrário, a violência no país além de não ser atenuada pelas forças de ordem é agravada por essa, pois o uso rotineiro da violência pela polícia – uso habitual do spray de pimenta, execuções sumárias, desaparecimentos inexplicados, entre outras coisas – gera um clima de terror entre as classes populares, que são o alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado.

A violência policial praticada no país é uma tradição multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários. Isto foi fortalecido por duas décadas de ditadura militar, momento no qual a luta contra a “subversão interna” se disfarçou em repressão aos delinquentes. Tudo isto se apoia numa concepção hierárquica e paternalista de cidadania, fundamentada na oposição cultural entre feras e doutores, selvagens e cultos, que tem como resultado a assimilação de marginais, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem.

A despeito do retorno à democracia constitucional, o Brasil nem sempre construiu um Estado de Direito com suas devidas características. As duas décadas de ditadura militar continuam a pesar bastante tanto sobre o funcionamento do Estado como sobre as mentalidades coletivas, o que acarreta em que o conjunto das classes sociais tende a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à bandidagem. De maneira que, além da marginalidade urbana, a violência no Brasil

encontra uma segunda raiz em uma cultura política que permanece profundamente marcada pelo selo do autoritarismo.

Por fim, uma face do sistema penal brasileiro revela-se disforme às garantias estipuladas para apenados e aos direitos humanos, o sistema carcerário nacional. As prisões brasileiras assemelham-se mais a empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais do que com instituições judiciárias a serviço de alguma função pedagógica, qual seja a dissuasão, neutralização ou reinserção.

A superlotação, condições de vida e higiene extremamente precárias, falta de espaço, ar, luz e alimentação, negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde e a carência de supervisão são característica que trazem ao sistema penitenciário brasileiro os dados de piores jaulas do Terceiro Mundo, contudo levadas a uma escala digna de primeiro mundo pela dimensão e indiferença dos políticos e do público (WACQUANT, 2011).

Some-se a isso a violência rotineira das autoridades – desde as brutalidades cotidianas até a tortura e matanças em massa por ocasião das rebeliões e que não enfrenta consequência contando com uma impunidade praticamente total.

Toda a conjuntura apresentada serve para, segundo Caldeira e Holston (1999, p. 691-729) *apud* Wacquant (2011):

A deslegitimação das instituições legais e judiciárias, a escalada da criminalidade violenta e dos abusos policiais, a criminalização dos pobres, o crescimento significativo da defesa das práticas legais de repressão, a obstrução generalizada ao princípio da legalidade e a distribuição desigual e não equitativa dos direitos do cidadão.

Desta forma, revela-se que a urgência no país não é lutar contra criminosos, mas contra a pobreza e a desigualdade, isto é, contra a insegurança social que, em todo lugar, impele ao crime e informatiza a economia informal de predação que alimenta a violência.

A intervenção do sistema, conforme ensina Baratta (1999, p.90), “antes de ter um efeito educativo sobre o delinquente determina, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa”. Todo esse processo não acontece à parte das responsabilidades do Estado, pelo contrário, este tem papel determinante tanto

no quadro geral, quanto nos comportamentos desviantes, é o que diz a teoria da coculpabilidade.

4.3 A TEORIA DA COCULPABILIDADE E DA COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS

A teoria da Coculpabilidade possui demasiada importância para o Direito Penal, pois elucida a preponderância do fator social na composição do caráter do indivíduo e a responsabilização do Estado em face de sua omissão no combate das desigualdades sociais.

Como já exposto no curso deste trabalho, as desigualdades sociais são as maiores impulsionadoras do crescimento da violência. O Estado, no entanto, é omissivo no combate dessas desigualdades e empenha grande esforço em combater a criminalidade já existente. Por esta teoria, percebe-se que a delinquência não pode ser observada como algo proveniente de uma conduta individual e isolada, por culpa exclusiva do criminoso, mas, sim, como resultado das omissões do Estado. Nesse diapasão, define Rogério Sanches Cunha (2015, p. 275) que:

Neste passo, surge a teoria da Coculpabilidade, que imputa ao Estado parcela de responsabilidade social pelos atos criminosos dos agentes em razão das desigualdades sociais. Não há exclusão da culpabilidade, mas essas circunstâncias externas devem ser consideradas na dosimetria da pena.

Ressalte-se que, apesar do entendimento acima exposto, raramente os magistrados levam em consideração o contexto de vida daquele indivíduo e, desta forma, olham para os criminosos menos abastados como pessoas corrompidas e malfeitoras e, ao mesmo tempo, se esquecem de pesar o contexto dos crimes do colarinho branco e suas consequências.

Destaque-se ainda que, a código penal pátrio permitiu de forma tímida o acolhimento da respectiva teoria da Coculpabilidade, uma vez que viabilizou no art. 66 a aplicação de uma atenuante inominada:

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O Estado, portanto, reconhece que possui determinada parcela da culpa em virtude de sua omissão ao não coibir de forma efetiva as desigualdades sociais que permeiam no país e influenciam na autodeterminação e na formação do caráter individual, diante do caso concreto.

No mesmo contexto da teoria da Cculpabilidade, existe a teoria da Cculpabilidade às avessas que possui um posicionamento crítico em relação à seletividade do sistema penal.

Conforme Rogério Sanches Cunha (2015, p.275), a teoria da Cculpabilidade deve ser analisada sob dois ângulos:

O primeiro se traduz no abrandamento à sanção de delitos praticados por pessoa com alto poder econômico e social, como no caso de crimes de colarinho branco (crimes contra ordem econômica e tributária). Exemplo disto no Brasil é a extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida nos crimes contra ordem tributária. O segundo se revela na tipificação de condutas que só podem ser praticadas por pessoas marginalizadas. Exemplos disto são os artigos 59 (vadiagem) e 60 (mendicância) revogados pela lei 11.983/2009, da Lei de Contravenções Penais.

Assim, a teoria da coculpabilidade às avessas tem demasiada relevância para análise da seletividade no Direito Penal pátrio, uma vez que se traduz como a atenuação na sanção dos delitos que podem ser praticados por pessoas com alto poder aquisitivo e na tipificação de delitos com teor discriminatório, direcionados justamente as camadas mais marginalizadas da sociedade, que a coculpabilidade procura preservar.

Cumprido destacar que a teoria da Cculpabilidade às avessas, diferente da teoria da coculpabilidade que encontra respaldo legal no artigo 66, não tem previsão no nosso Código Penal e tem estreita ligação com a seletividade primária.

Da mesma forma que o Estado tem papel no cenário de criminalidade e insegurança nacional é possível também que adote medidas para revertê-lo e melhorá-lo, é que expõe a criminologia cautelara.

4.4 A CRIMINOLOGIA CAUTELAR APLICADA AO DIREITO PENAL: A TEORIA NA PRÁTICA

O sistema penal dirige-se hodiernamente na prática para realidades contrárias às garantias que a Constituição Federal, seus fundamentos e os Direitos Humanos estabelecem como mínimos ao homem. Ou seja, o caminho trilhado por esse ramo da ciência jurídica não aponta no sentido de evolução, de forma inversa o que se percebe é o contexto até aqui exaustivamente relatado e demonstrado: seletividade nos julgamentos, prisões abarrotadas, criminalidade em alta e ideias mal fundamentadas.

Há uma gama de contradições entre a teoria e a prática; se de um lado existe o princípio da *ultima ratio*, por outro há hiperinflação legislativa; se existe o princípio da igualdade como corolário máximo a ser seguido, na prática existe de forma evidente uma seleção de condutas e pessoas que deverão ser perseguidas. Além disso, há o fenômeno da expansão do direito penal, da queda do ideal de reabilitação e do (re)surgimento do punitivismo nos discursos político e jurídico.

As problemáticas penais não são de fácil solução e por isso continuam sem tê-las, mas os discursos criminológicos vêm exercendo papel fundamental neste ínterim, pois introduzem na ciência jurídica percepções como a da seletividade do sistema penal e a necessidade de tutela real de bens jurídicos individuais e transindividuais.

A ciência criminal, portanto, tem que se tornar realidade para que eficazmente atue contra massacres e a expansão indevida do direito penal. Não faz sentido, pois, uma criminologia meramente acadêmica.

O que ocorre na ciência penal, contudo, é que a análise de estatísticas criminais como se fossem dados acabados em si, a mediação, a neutralidade científica e o determinismo biológico estruturam ainda hoje os postulados positivistas. A compreensão global da criminalidade é tida como um problema politicamente alienado e, assim, as agências punitivas livram-se das críticas e atribuem ao crime um caráter ontológico.

O Brasil, de forma pontual, segue o caminho de outros países da América Latina e absorve modelos penais elaborados em realidades completamente distintas. Segundo Juarez Cirino dos Santos (1984), *apud* Vera Regina Pereira de

Andrade (2012), a academia impõe, assim, uma violência ideológica e a violência social é tratada de forma equivocada.

Observe-se, ainda, que houve uma ruptura entre o positivismo penal e a crítica teórica do sistema penal. Até mesmo a criminologia crítica, que se propôs nova, trouxe consigo esta característica de afastamento. O ativismo político necessário ao Direito Penal pode ser recuperado, no entanto, por meio da criminologia cautelar, a pretendida criminologia das ruas. Esta surge como uma ciência que preza pela defesa e prevenção situacional de massacres, guerras e da violência em si.

Essa criminologia de enfrentamento traz para o estudo os números antes não vistos, os massacres, a realidade oculta nos presídios entre outras e se propõe a afastar a alienação existente na ciência criminal. Zaffaroni (2012, p. 467) diz que “é preciso deixar sossegado o espaço acadêmico, e ir para a rua, para os meios de comunicação, participar da formação de profissionais, de operadores do sistema penal” para poder trazer realidade à ciência, no mais enfatiza o autor a necessidade urgente de se analisar o crime juntamente com o estudo da teoria política.

Importante entender que Zaffaroni (2012) não visa a imediata abolição do poder punitivo, mas, sim, procura legitimá-lo novamente através da identificação dos reais inimigos a serem combatidos, dentre esses a mídia paranoica, criadora de criminalidade, e as problemáticas sociais que ensejam a violência.

Retirada da academia, o que se quer é a construção de uma criminologia de diálogo com os agentes do sistema penal, os políticos, as autoridades públicas, os policiais, os peritos, as vítimas e os jornalistas, entre muitos outros, com a finalidade de torná-la uma Criminologia de Estado. Zaffaroni (2012) vislumbra como consequência disso uma agência central de prevenção com controle crítico que evitaria a perseguição do que chama de “bodes expiatórios”.

Apesar de a criminologia midiática expor a problemática da violência de forma pouco específica, esta engloba múltiplas faces e só poderá ser combatida conforme deixar de ser alvo da política repressiva de segurança nacional e passar a ter estratégias para cada especificidade regional do poder. Zaffaroni (2012) também propõe que para deixar de combater a violência de forma genérica duas atitudes são necessárias: desmilitarizar a polícia e descentralizar a política criminal.

A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 144 estipula a divisão das polícias sendo a polícia civil e a militar duas de suas espécies (incisos IV e V), atualmente, a primeira tem papel de polícia judiciária e a segunda de polícia ostensiva. Os assassinatos operacionalizados pela PM - como são exemplos os mais de 600 mortos em maio de 2006 em uma série de ataques na Baixada Santista, 111 presos assassinados em 1992 durante o Massacre do Carandiru, o desaparecimento do pedreiro carioca Amarildo de Souza em 14 de julho de 2013 e a violência policial contra professores na Câmara dos Vereadores do Rio - deram ensejo a duas propostas de emendas a Constituição e ao crescimento dos adeptos à ideia de desmilitarização.

As PECs 430/2009 e a 102/2011 objetivam a unificação da polícia militar e civil, a primeira tramita na Câmara dos Deputados e a segunda tramita no Senado Federal. A desmilitarização, contudo, é mais abrangente e visa derrubar a estrutura militar da Polícia, tanto no que se refere à subordinação ao exército, como à sua estrutura interna.

As mudanças de atitude, não obstante, devem ser seguidas de uma mudança de mentalidade, a política criminal só poderá ser modificada quando a delinquência não for atrelada a apenas uma camada social. Esta tarefa poderia ser iniciada pela própria mídia que é, em grande influência, quem cria as imagens erradas. Através da criminologia midiática deixa-se a sociedade em pânico, libera-se o poder punitivo de qualquer controle e mitigam-se os limites objetivos dos direitos e garantias fundamentais. Trata-se de um mecanismo utilitário policlesco com a função de manter sob controle os excluídos.

De forma prática, o mesmo autor assevera que a criminologia cautelar deve estabelecer táticas de prevenção, ocupação dos meios midiáticos, criação de ONGs e promoção de debates contínuos. Tudo isto teria por finalidade afastar a criminologia meramente denunciata (disque denúncia), alertar a polícia dos métodos de seleção (afinal, é esta agência que primeiramente pratica a seleção secundária e que tem em seus membros fortes discursos anti direitos humanos) e do que chama de “suas doenças profissionais” e, isto por si só, já seria de grande utilidade para diminuição dos massacres.

Observe-se que se denominam massacres os confrontos entre policiais e cidadãos e não de guerra por não haver paridade de armas, e nada mais. Apesar de

não ser uma guerra, pode anunciá-la, afinal não se trata de uma concepção rasa de que sejam apenas assassinatos, o que se vê em alguns casos são tentativas de dizimar minorias indefesas, não só pelo Estado, mas também por grupos instituídos territorialmente.

Enquanto reformas sistemáticas e eficazes não acontecem, a população brasileira segue eivada de pensamentos poucos lógicos, o que desejam é o aumento de viaturas, de policiais, de vigilância, de repressão e de penas. Poucos percebem as bases dos problemas de segurança social, os políticos não se fidelizam à causa de forma significativa, e assim a violência cresce. Os criminosos de alto escalão raramente são responsabilizados, a corrupção assola a máquina pública e, em um ciclo vicioso, a problemática social se agrava um pouco mais a cada dia, lamentavelmente.

Todo o combate proposto pela Criminologia Cautelar tem por finalidade assegurar a implementação real de um Estado de Democrático Direito no país. Esse se configura como a melhor forma de organização da sociedade para o atendimento do interesse comum, ou seja, a busca pelo combate a criminalidade não deve visar apenas o castigo dos infratores, mas sim perseguir a diminuição da violência social em todos os seus aspectos para que a comunidade em geral viva de forma mais digna.

Se o poder (representado pela figura estatal) provém do povo, sendo esta acepção fruto da evolução histórica através de lutas, deve agora o Estado cuidar da sociedade que o criou e zelar para que o poder que exerce seja benéfico ao coletivo. Meio eficaz de se conseguir a ordem social é tomar medidas sob o regulamento das garantias dos seres humanos (jusnaturalismo), como dignidade, liberdade, acesso a educação, saúde e emprego. Se, contudo, essas garantias são negadas a parcela populacional inicia-se, assim, a deturpação das funções do governo.

Por fim, válido é relembrar o que estipulou a Declaração de 1789: “a finalidade da sociedade é a felicidade comum – o governo é instituído para garantir a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a liberdade, a segurança e a propriedade.” O caminho trilhado pelo sistema penal, contudo, vai na contramão do estipulado, pois além de tratar da maneira mais antigarantista os infratores é incapaz de oferecer a necessária segurança aos cidadãos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Penal é baseado em uma ordem de ideias, ou seja o Estado é uma figura criada pelos homens como maneira de gerir interesses coletivos em sociedade, para que sua força seja exercida faz-se necessário que cada indivíduo abdique de uma parcela de sua liberdade e a confira a ele. Desta feita, a legitimidade do poder estatal é baseada na busca da harmonização social.

Em ponto extremo, o Estado pode restringir por completo a liberdade do indivíduo quando há adequação da conduta deste a um tipo penal. Da mesma forma, de acordo com o contexto da sociedade a qual gere, estipula que determinadas condutas são ilícitas e comina para estas sanções proporcionais para prevenir novos crimes e ressocializar o infrator. Para efetivar este poder cria instituições e atribui as elas parcela desse poder.

Este processo acima descrito deve ser íntegro e guiado pelos direitos humanos, pois, caso venha a ser desvirtuado, passaria o Estado a cometer a maior das violências e dessa decorreria a falta de confiança da sociedade para com as instituições.

Pois bem, a seletividade operacionalizada na aplicação do Direito Penal é um bom exemplo de desvirtuamento das finalidades estatais. Além de gerar acentuada desigualdade de tratamento produz decorrências desastrosas para a coletividade.

Observe-se que o sistema penal engloba o legislador, que institucionaliza o procedimento e as condutas incriminadas, o público, a polícia, os juízes, promotores e defensores e os funcionários que executarão as penas impostas.

Como, portanto, todo esse conjunto passa a exercer a seletividade? Através do poder, pois é o poder que determina o saber, ou seja, é a classe, ou as pessoas, que detêm o poder, que determinam como o "saber" do direito penal será construído, sendo que, sempre mascarando ou mesmo construindo uma realidade diversa da pretendida pelas pessoas, ou classes dominadas, institui assim, ideias e ideologias, para maquiar de cientificidade, as arbitrariedades e injustiças postas na maioria das vezes com o auxílio, ou mesmo sob imposição, dos meios de comunicação de massa. No entanto, vários são os meios ou artifícios utilizados para tentar mascarar este entendimento.

Obviamente, e com mais razão, não há que se falar em interpretação do direito que fuja a esta realidade. O poder, ao estruturar a ciência que interpretará o saber penal, manipulará a estrutura para afastar uma ideologia que não convenha e, de outra banda, privilegiará a que lhe seja mais favorável.

Aceitos esses ensinamentos, fácil é entender o porquê de grande parcela dos presos serem jovens, negros e pobres, o porquê da impunidade para como os crimes do colarinho branco e, acima de tudo, o porquê da descrença da população na efetividade da justiça tutelada pelo Estado.

Infelizmente, a massa populacional, em grande parte, não sabe identificar os reais responsáveis pela violência extremada com qual convive diariamente e, por isso, erram o alvo das críticas. Normalmente o cidadão enxerga que a violência deve ser punida com uma violência igual ou superior e, por isso, chegam a mal dizer tratamentos baseados nos direitos humanos para os infratores das leis. Os veículos de informação sabem disso e fomentam o sentimento.

Solucionar a problemática da violência não é fácil, mas o Estado é hoje também um agente violento, que pune com mão de ferro aqueles infratores que chegam ao seu conhecimento, os encarcerando em condições desumanas depois de lhes ter proferido um julgamento odioso e severo, desde que o criminoso seja desprovido financeiramente. Para com denominados criminosos de colarinho branco ou somente abastados financeiramente a lei penal é ineficiente, repleta de recursos e concessões de benefícios.

Imperioso se fez/faz o estudo desses fatos, deles surgiram enfoques criminológicos como a do etiquetamento social (*Labeling approach*) e a cifra dourada. Aquela revela o efeito nocivo de uma condenação penal (cerceamento de liberdade) na vida de um brasileiro - o país não aborda com seriedade a ressocialização dos infratores, ao contrário o encarceramento muitas vezes revela-se uma escola de crimes – e esta retrata a realidade vergonhosa de certos crimes que agridem de maneira imensurável a sociedade.

Há discrepâncias desde a fase legislativa – cominação de penas de forma ilógica a crimes extremamente graves, mas que geralmente são cometidos por pessoas abastadas financeiramente (como ocorre no crime de redução ao trabalho análogo ao de escravo previsto no artigo 149 do Código Penal, que tem pena cominada igual a de furto qualificado, artigo 155, § 4º, o primeiro agredindo a

liberdade e o segundo a propriedade privada, dois valores inigualáveis) – até a fase de julgamento, com juízos variantes de acordo com a classe social do criminoso.

Por essas questões, é de suma importância analisar a temática da seletividade nas instituições penais, seus efeitos e possíveis soluções para o problema. Quanto a estas últimas, Zaffaroni, principal expositor das ideias até aqui elencadas, também sugere algumas soluções que visam o melhoramento do Sistema Penal, mas, principalmente, o seu desaparecimento dando lugar a algo verdadeiramente efetivo.

Por todo o relato, o objetivo geral da pesquisa, “analisar a teoria da ‘*Labeling approach*’ e a cifra dourada com vistas a elucidar a sistemática da seletividade no direito penal e suas possíveis formas de atenuação”, fora alcançado. Bem como a problematização apresentada – “a seletividade no direito penal brasileiro expressa-se de quais formas na sociedade?” – foi amplamente abordada e a hipótese introdutoriamente apresentada foi confirmada.

Desta forma, a pesquisa conclui que, para redução das práticas seletivas, há necessidade de integração entre a chamada Criminologia Cautelar à ciência jurídica penal, resultando numa melhor análise da realidade circundante; pela necessidade de diálogo entre os agentes e agências do sistema penal; pelo combate a mídia criminológica; e, sobretudo, pelo urgente e imperativo afastamento de comportamentos seletivos nas práticas jurídicas. Tudo isso poderia colocar o Direito Penal nos trilhos novamente e fazer com que a legitimidade dele fosse revigorada.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)Ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BENEDETTI, Juliana Cardoso. **A Justiça Restaurativa de Jonh Braithwaite: Vergonha Reintegrativa e Regulação Responsiva**. Publicado em: junho de 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/download/35237/34037>>. Acesso em: 03 abr. 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Novos Estudos de Teoria do Direito. trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.
- BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 mar. 2016.
- _____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.
- _____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**. Departamento Penitenciário Nacional e Ministério da Justiça. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

_____. **Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil**. Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0010/1092/Mapa_do_Encarceramento_-_Os_jovens_do_brasil.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2016.

_____. **Projeto de Emenda a Constituição nº 102, de 2011**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102919>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. **Projeto de Emenda a Constituição nº 430, de 05 de novembro de 2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=458500>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos declaratórios no Recurso de Habeas Corpus nº 13.691**, Relator: Ministro Paulo Medina. Data de julgamento: 24 mai. 2005. – Sexta Turma. Data de publicação: 19 set. 2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7196849/embargos-de-declaracao-no-recurso-em-habeas-corpus-edcl-no-rhc-13691-sp-2002-0156195-6>>. Acesso em: 16 abr. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 149.250**, Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu. Data de Julgamento: 07/06/2011 – Quinta Turma. Data de publicação: 05/09/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21083579/habeas-corpus-hc-149250-sp-2009-0192565-8-stj/inteiro-teor-21083580>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 185.758**, Relator: Ministro Gilson Dipp. Data de Julgamento: 27 mar. 2012 – Quinta Turma. Data de publicação: 09 abr. 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21600189/habeas-corpus-hc-185758-sc-2010-0174360-4-stj>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 233.118**, Relator: Ministro Jorge Mussi. Data de Julgamento: 28 ago. 2011- Quinta Turma. Data de publicação: 05 set. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22379806/habeas-corpus-hc-233118-sp-2012-0027096-5-stj>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Lola Anyiar de. **Criminologia da Reação Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: [s.n.]1999.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CNJ. **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correc ao.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed. Salvador: Jus PoDIVM, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª Ed. Alemã, rev. e ampl. Por Pablo Robrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris. ed. 2005.

HEIMAR, Karen; MATSUEDA, Ross. *apud* MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Criminologia**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Criminologia**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Da citação por edital do acusado: interpretação do art. 366 do Código de Processo Penal com a redação da 151 Lei n. 9.271/96 no contexto do estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004

ONU. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2016.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROSS, Alf. **Direito e ética**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. Leme: Led, 2000.

SANTOS, Adairson Alves. **O Estado Democrático de Direito**. Publicado em: agosto de 2011. Disponível em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&revista_caderno=9>. Acesso em: 25 abr. 2016.

SÉVERIN, Carlos Versele. **A cifra dourada da delinquência**. Revista de Direito Penal, n. 27, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. **Princípios de Criminologia**. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

WACQUANT, Löïc. **As prisões da Miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão Criminal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **A Palavra dos Mortos: conferências de criminologia cautelar**.
Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012.