

3

Desigualdade penal no Brasil

3.1

O mito da igualdade legal

A expressão *todos são iguais perante a lei*,⁸⁴ reproduzida no pórtico do Título sobre Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição do Brasil de 1988, revela o axioma formal básico a qualquer regime político (ou ordem social) que se pretenda democrático, embora não se mostre autorrealizável no mundo fático.

À luz da máxima da isonomia legal, a notória descoincidência entre o *dever-ser* – ditado pela ordem constitucional – e o *ser* – encontrado na vida real – indica que o tratamento isonômico dispensado aos cidadãos termina por depender mais da atividade do Estado-Executivo e do Estado-Judiciário do que da igualdade formal a ser promovida pela função legiferante.

Em boa medida, contudo, a lei também pode ser fonte de desigualdade substancial; ou seja, para fins de efetiva igualdade, não basta que se tome a expressão *igualdade perante a lei* apenas na acepção limitada à equalização do trato concreto dos interesses dos cidadãos sob o império da norma legal. Mais que isso: para a igualdade de fato, é essencial que a própria norma não seja produzida sem que nela esteja introjetada, em seu material genético e objetivos subjacentes, a ideia de isonomia, de equanimidade. Assim, além da igualdade *perante a lei*, importa perquirir acerca da igualdade *na própria lei*.

Celso Antônio Bandeira de Mello adverte:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado

⁸⁴ Cf. *caput* do artigo 5º da CF/88. A expressão, aliás, manteve-se formalmente expressa mesmo durante o regime ditatorial militar (§ 1º do artigo 150 da CF/67 e § 1º do artigo 153 da EMC n.º 1/69), como de resto em todos os diplomas constitucionais pátrios: 1824 (artigo 179); 1891 (artigo 72, § 2º); 1934 (artigo 113); 1937 (artigo 122); 1946 (artigo 141, § 1º).

pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.⁸⁵

Em outras palavras, enquanto a igualdade *perante a* lei revela exigência especialmente voltada aos aplicadores da norma, a ideia de igualdade *na* lei atinge diretamente a atividade do legislador, restringindo-lhe a formulação de diferenciações sem lastro constitucional. O princípio constitucional da igualdade, tomado em sua inteireza, conduz à elaboração de normas que, em si, sejam inspiradas pelo signo da isonomia.

É evidente que a igualdade *na* lei, conquanto entrelaçada ao atributo da generalidade da norma jurídica (aplicabilidade *erga omnes*), há de ser *relativa* até mesmo em prol da qualidade do ordenamento, de modo, inclusive, a induzir o (re)equilíbrio entre os desiguais, na esteira do célebre enunciado aristotélico,⁸⁶ encampado por Rui Barbosa, que reclama tratamento igualitário aos iguais e desigualitário aos desiguais na *medida de suas desigualdades*.⁸⁷

Aqui, aliás, não cabe dissecar a farta construção teórica⁸⁸ sobre o que seriam os legítimos fatores discriminantes (inerentes à própria razão de ser da atividade legislativa) e a ideia de generalidade limitada às classes ou categorias de destinatários nas situações específicas que se pretende regular. Neste momento, também não se cuida de perquirir se a profusão de leis derivadas do aumento da complexidade das relações jurídicas, do multiculturalismo hodierno e da subcategorização sucessiva de interesses especializados enfraquece o caráter “geral” das normas jurídicas, dando azo ao surgimento da antitética expressão

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 10.

⁸⁶ Segundo Aristóteles, "se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais)" (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. De Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 139).

⁸⁷ Cf. BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999. p. 8.

⁸⁸ Segundo Chaïm Perelman, "A noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a idéia de certa igualdade. Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre este ponto. A idéia de justiça consiste numa certa aplicação da idéia de igualdade" (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 14). As diversas teorias e concepções sobre Justiça – portanto, aplicáveis à ideia de igualdade – são condensadas por Perelman em seis enunciados: "1. A cada qual a mesma coisa. 2. A cada qual segundo seus méritos. 3. A cada qual segundo suas obras. 4. A cada qual segundo suas necessidades. 5. A cada qual segundo sua posição. 6. A cada qual segundo o que a lei lhe atribui" (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 9).

*uma lei para cada um.*⁸⁹ Em verdade, o que se pretende discutir aqui e agora respeita ao *expediente sistêmico* que ignora os objetivos de equidade no material legislativo produzido, ou seja, seus propósitos subjacentes mais profundos e, por vezes, inconfessos, reveladores de verdadeira ação estratégica de conservação de longo prazo, em que leis editadas (inclusive ou *especialmente* penais) prestam-se a cristalizar desigualdades e perpetuar as posições de privilégio dos segmentos sociais dominantes.

Importa ainda manter em mente que a norma desviada do ideal igualitário⁹⁰ – derivada de uma concepção iníqua e estratificante – sugere ser fruto de desatenção ao ideal participativo e inclusivo dos destinatários em seu processo de gestação. Utilizando-se a utópica lente de legitimação habermasiana acerca do imperativo inclusionista no processo legislativo, fica realçada, em cores mais vivas, a inadequação e o descompromisso democrático de vários aspectos do modelo normativo criminal hoje vigente.

Em relação à lei penal, o criminólogo italiano Alessandro Baratta, deixando claro o caráter falacioso da proposição, assim enuncia o *mito da igualdade*:

[...] a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os atores de comportamentos anti-sociais e violadores das normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas conseqüências, do processo de criminalização.⁹¹

A toda evidência, a imagem que se reflete no enunciado aparece invertida. Do outro lado do espelho, o que se acena é o tratamento desigualitário dispensado aos *crimes de pobre* se comparados aos *crimes de ricos* em *todas* as esferas de criminalização. O maior rigor no tratamento do sistema penal dirigido aos integrantes das classes menos favorecidas tem origem desde a tipologia adotada pelo legislador penal, passando pela quantificação em abstrato das sanções, pela forma de execução das medidas e prisões cautelares, pela abordagem e persecução policial, pelas exigências pré-processuais e processuais, pelo percentual de condenações, pela dosagem em concreto das penas, pela frequência de recursos

⁸⁹ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 53.

⁹⁰ Casos de desvios podem ser encontrados não apenas nas legislações penais e extrapenais, mas também em regulamentos administrativos (por exemplo, nas licitações e concursos), em que a arquitetura das regras deliberadamente pode ser moldada para atender ao perfil de uns em detrimento do de outros.

⁹¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.161.

processuais e sua proporção de (in)sucesso, pelo desenrolar da execução penal, chegando, enfim, ao problema da reintegração do egresso à sociedade.

O presente estudo passará a se valer do enunciado de Baratta como fio condutor às avessas, desmembrando-o nas três partes que, a rigor, encontram-se umbilicalmente interligadas: 1ª) a lei não é igual para todos (não há igualdade *na* lei); 2ª) as chances entre os violadores da norma de sofrer a persecução penal não são iguais (existem *cifras negras*); e 3ª) as consequências do processo de criminalização divergem conforme o *pedigree* do envolvido (desigualdade *perante a* lei).

3.2

Desigualdade *na* lei penal

Levando-se em consideração o arcabouço normativo penal hodierno, não são de difícil detecção desvios propositais – embora pretensamente *sutis*⁹² – em relação ao ideal isonômico. Essas normas penais desigualitárias, produzidas sob justificativas apenas aparentes que escondem seus reais intuitos, constituem precisamente o primeiro mecanismo a selecionar os destinatários do sistema penal.⁹³ É, pois, *na* lei que se dá a *instância primária de seleção* dos apenáveis e apartáveis do convívio social.

Por isso, a desconstrução conclusiva de Alessandro Baratta em resposta ao enunciado falso que apresentara: “A lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de forma desigual entre os indivíduos”.⁹⁴

Ao eleger os bens jurídicos a serem tutelados pela norma penal – e ainda a forma e a intensidade dessa tutela –, o legislador, via de regra, submete-se à lógica

⁹² “Sutileza” desnecessária no passado, já que, como se verá adiante, a doutrina pré-moderna, mais do que admitir a seletividade do sistema punitivo estratificante, tratava de legitimá-lo.

⁹³ Conforme Baratta, precursor da criminologia crítica, o mecanismo de produção das normas constitui a “criminalização primária”; o mecanismo de aplicação (investigação e processo), a “criminalização secundária” (a cargo da Polícia, Ministério Público e Justiça); seguindo-se, enfim, o mecanismo de execução da pena (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.161).

⁹⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.162.

de dominação em suas projeções social, econômica, política e cultural do país, repetindo-a.⁹⁵

Portanto, pertinente que se tenha aqui a visão do fenômeno de criminalização sob a lente da teoria do *labeling approach* (etiquetamento ou rotulação), em que o enfoque da ideologia da defesa social é substituído pelo paradigma da reação social. Pela teoria do etiquetamento (ou teoria da rotulação), “crime” e “criminoso” não encerram noções de conteúdo ontológico, mas apenas construções ditadas pelas resultantes dos vetores de poder.⁹⁶

3.2.1

Considerações teóricas e inspirações marxistas

O advento da teoria da rotulação (*labeling approach*) rende ensejo a uma clara mudança de paradigma no enfoque criminológico. Alessandro Baratta, o maior protagonista da criminologia crítica no eixo Europa-América Latina,⁹⁷ assim destaca seu papel:

⁹⁵ Novamente, evidencia-se aqui, na linha de exigência do ideal habermasiano, a ausência de vez e de voz de significativa parcela da sociedade, mantida alheia ao debate público.

⁹⁶ Nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade, a tese central do *labeling* é a “de que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 41). Tais processos, formal e informalmente, terminariam por definir os crimes em função dos perfis selecionados para receber o carimbo de *criminosos*.

⁹⁷ A expressão é de Vera Regina Pereira de Andrade, quem, aliás, ao abordar a importância do *labeling* para a criminologia crítica, segue a trilha de Baratta: “a investigação se desloca, em suma, dos controlados para os controladores e, remetendo a uma dimensão política, para o poder de controlar, pois ao chamar a atenção para a importância do processo interativo (de definição e seleção) para a construção e compreensão da realidade social da criminalidade, o *labeling* demonstrou também como as diferenças nas relações de poder influenciam esta construção [...]. Manifesta é, pois, a ruptura epistemológica e metodológica operada com a Criminologia tradicional, traduzida no abandono do paradigma etiológico-determinista [...] e na substituição de um modelo estático e descontínuo de abordagem por um modelo dinâmico e contínuo que o conduz a reclamar a redefinição do próprio objeto criminológico [...]. Opera [...] um verdadeiro salto qualitativo [...] consubstanciado na passagem de um paradigma baseado na investigação das causas da criminalidade a um paradigma baseado na investigação das condições da criminalização o qual, tendo posteriores desenvolvimentos pelas teorias do conflito e dando origem à Criminologia Radical norte-americana e à Nova Criminologia inglesa e europeia seu ponto culminante de maturação na Criminologia Crítica” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 45/46, rodapé).

A introdução do *labeling approach* (teoria da rotulação), devida, principalmente, à influência de correntes sociológicas de origem fenomenológica (como o interacionismo simbólico e etnometodológico) na sociologia do desvio e do controle social, e de outros desenvolvimentos da reflexão sociológica e histórica sobre o fenômeno criminal e sobre o direito penal, determinaram, no interior da criminologia contemporânea, uma mudança de paradigma, mediante a qual estes mecanismos de definição e de reação social foram ocupando um lugar cada vez mais central no objeto da investigação criminológica. Consolidou-se, assim, um paradigma alternativo com relação ao paradigma etiológico, e que é chamado, justamente, paradigma da “reação social” ou “paradigma da definição”. Sobre a base do novo paradigma a investigação criminológica tem a tendência a deslocar-se das causas do comportamento criminoso para as condições a partir das quais, em uma sociedade dada, as etiquetas de criminalidade e o *status* de criminoso são atribuídos a certos comportamentos e a certos sujeitos, assim como para o funcionamento da reação social informal e institucional (processo de criminalização). Mesmo em sua estrutura mais elementar, o novo paradigma implica uma análise do processo de definição e de reação social, que se estende à distribuição deste poder e aos conflitos de interesses que estão na origem deste processo. Quando, junto à “dimensão da definição”, a “dimensão do poder” aparece suficientemente desenvolvida na construção de uma teoria, estamos na presença do mínimo denominador comum de toda esta perspectiva que podemos ordenar sob a denominação de “Criminologia Crítica”.⁹⁸

Qualificar de “crítica” a criminologia significa invocar Karl Marx. Afinal, para repetir Lola Aniyar de Castro, “é Marx quem cria a Crítica, uma ciência nova. Marx não se contentou em descrever o sistema capitalista de produção: perfurando a superfície econômica do sistema, verifica que detrás dela se encontra uma essência anti-humana e anti-social”.⁹⁹

A doutrina marxista é elemento fundante da chamada *teoria crítica da sociedade*,¹⁰⁰ gestada na Escola de Frankfurt, a qual destaca a importância dos

⁹⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 210/211.

⁹⁹ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: ICC/Revan: 2005. p. 58.

¹⁰⁰ Para uma visão sumária da *Teoria Crítica*, são úteis as assertivas sintetizadas por Isabel Salema Morgado no *Dicionário de Filosofia Moral e Política*, do Instituto de Filosofia da Linguagem da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas (Universidade Nova de Lisboa): “Por ‘Teoria Crítica’ entende-se uma determinada teoria da sociedade, um método de investigação e uma Escola de pensamento. Por ‘Teoria Crítica’ considera-se, geralmente, o seguinte: 1. Referência à investigação teórica iniciada por Horkheimer, Adorno, Simmel e por Lukács, entre outros, na qual se analisavam (segundo uma perspectiva histórica) as reais possibilidades de podermos vir a coexistir numa sociedade organizada racionalmente, sem que isso implicasse a subordinação da vontade e da individualidade à autoridade logocêntrica; 2. Menção às obras de autores associados à linha de investigação da Escola de Frankfurt, a partir de 1950. O nome, Escola de Frankfurt, foi adoptado nesse mesmo ano pelos membros do Instituto de Pesquisas Sociais (Institut für Sozialforschung), com sede em Frankfurt e fundado em 1923. Entre 1930 e 1970, a ‘Teoria Crítica’ define-se como uma análise crítica da sociedade, mas diz-se também proponente de um método que contribui para a erradicação das várias formas de dominação da sociedade em nome de uma autoritária ‘razão instrumental’; 3. Teoria que tinha como objectivo incluir todas as ciências sociais num projecto comum que visasse a construção de uma teoria materialista da sociedade (segundo a tradição marxista); 4. Estudo do papel da ciência e da tecnologia na

fatores culturais ao lado da questão econômica, conduzindo pesquisas que – conforme registra Yasmin Maria da Costa – “abordam temas sobre a sociedade de consumo, a obsessão com o estatismo, a burocracia, o fetichismo econômico, registrando uma relevante preocupação com o fenômeno da dominação na vida dos homens”.¹⁰¹

Embora a crítica marxista sobre as desigualdades geradas pelo capitalismo não seja explorada no campo penal tanto quanto é no Direito Civil burguês, nem por isso se mostra menos importante. Como aponta Baratta:

O sistema penal de controle do desvio revela, assim como todo sistema burguês, a contradição fundamental entre a igualdade formal dos sujeitos de direito e a desigualdade substancial dos indivíduos, que, nesse caso, se manifesta em relação às chances de serem definidos e controlados como desviantes [...]. O progresso da análise do sistema penal, como sistema de direito desigual, é constituído pela passagem da descrição da fenomenologia da desigualdade à interpretação dela, ou seja, ao aprofundamento da lógica dessa desigualdade.¹⁰²

Em relação ao Direito Penal burguês, o jusfilósofo marxista Evgeny Pachukanis¹⁰³ sustenta que, enquanto “a prática penal do poder do Estado é, no seu *conteúdo* e no seu *caráter*, um instrumento de defesa da dominação de classe, ela aparece na sua *forma* como um elemento da superestrutura jurídica e integra-se no sistema jurídico como um dos seus ramos”.¹⁰⁴

A ideia do direito como instrumento de dominação e conservação do *status quo* a serviço de uma classe que controla o poder político e econômico, bem como os diversos traços, sintomas e cacoetes dessa realidade, tais como apontados por Pachukanis – inclusive no âmbito do Direito Penal –, ainda que não sejam dados

sociedade moderna, sendo-lhe atribuído um papel negativo no que à formação da consciência e da razão diz respeito (sobretudo nas obras de Horkheimer, Adorno e Marcuse); 5. Oposição, sob a forma de análises e produções teóricas, à estrutura racional das sociedades contemporâneas (na tradição das investigações marxistas e freudianas); 6. Teoria que no fim da década de sessenta e princípio da de setenta, serviu como referência teórica para os movimentos sociais de protesto na Alemanha”. (Disponível em: <http://www.ifl.pt/ifl_old/dfmp.htm>. Acesso em: 04.03.2010).

¹⁰¹ COSTA, Yasmin Maria Rodrigues da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.p. 78.

¹⁰² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 164.

¹⁰³ Evgeny Bronislavovich Pachukanis, jurista russo, nascido em 1891, publicou sua principal obra em 1924, cujo objetivo explícito era, no campo do direito, “compilar os diversos pensamentos de Marx e de Engels, unifica-los e tentar aprofundar algumas conclusões” (PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Silvio B. Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 34).

¹⁰⁴ PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Silvio B. Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 125.

os créditos devidos, reverbera em toda teoria crítica contemporânea, mesmo tendo transcorrido quase um século desde a publicação de sua obra *Teoria Geral do Direito e Marxismo*.

O jurista russo, com efeito, antecipa-se a pensadores pós-modernos, como Foucault,¹⁰⁵ ao descrever a evolução de um direito penal bárbaro (no qual a vingança sangrenta subjuga o corpo do delinquente) para um direito penal “civilizado”, em que se busca conformar a alma do “desajustado” aos interesses e expectativas do Estado burguês e de sua classe dominante, que, embora por meios mais sutis, utiliza-se de um receituário iníquo, opressor e desumano. E vai além: em suas observações, Pachukanis conclui que o aparato jurídico moderno, na medida em que preconcebe e transfere deliberadamente sua reação contra o ato delinquencial para um momento futuro e mais oportuno, vale-se de institutos processuais dominados pelo Estado, atuando não apenas em autodefesa dos bens que diz tutelar, mas como verdadeiro – embora não assumido – instrumento de vingança premeditada.¹⁰⁶ O Estado burguês, mantendo-se fiel à lógica mercantil, formata sua reação penal sob as bases da *troca de equivalentes*. A partir do *olho por olho* arcaico, a evolução ocorre pela vestimenta de um *contrato de resgate*:

O ato de legítima defesa deixa de sê-lo em seu caráter simples e torna-se uma forma de troca, um modo especial de circulação, que encontra lugar ao lado da circulação comercial “normal”. Os delitos e as penas tornam-se, por assim dizer, o que são, ou seja, assumem um caráter jurídico, com base num contrato de resgate.¹⁰⁷

Extrai-se, pois, da doutrina marxista-pachukaniana que o sentido da autodefesa (ou vingança) se apresentaria vinculado à questão da alteridade, à noção de medo ou repúdio por parte do dono, do possuidor, enfim, de quem detém o poder, em relação ao outro, que se revela uma ameaça, seja real ou imaginária, seja imediata ou mediata. No Estado burguês, a engenharia dos mecanismos de contenção dessas ameaças aperfeiçoa-se por meio de sua jurisdição criminal, revelando um verdadeiro *terrorismo de classe*, cujas medidas não seriam muito diferentes daquelas utilizadas durante uma guerra civil.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhe. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

¹⁰⁶ PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Silvio B. Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 120.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 125.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 124.

O fato de o Direito Penal moderno nem sempre se vincular de modo imediato ao prejuízo sofrido pela parte lesada (tendo-se por suficiente a violação da norma estatal), não subtrai, de acordo com Pachukanis, seu caráter de equivalência. Apenas o transporta para um plano mais elevado – portanto menos perceptível concretamente –, porém, de igual modo, *real*. Tal equivalência realiza-se por meio de um processo em que a parte ofendida estará presente ainda que não pessoalmente, mas através de um representante estatal – o procurador público –, mesmo que essa vítima se apresente de forma não individual, difusa, fluida ou, em última análise, represente o próprio poder dominante a exigir “reparação” em face da ofensa ou ameaça perpetrada por integrante da horda sobre a qual exerce seu domínio.¹⁰⁹

Por outra: a jurisdição penal é *uma arma imediata na luta de classes*¹¹⁰ e, como tal, presta-se à manutenção do *status quo* a serviço da classe dominante. A equivalência – vingança – sai do plano pessoal e passa à dimensão pública, o que não significa, de modo algum, uma dimensão imparcial ou nula.

De volta à criminologia contemporânea, não é difícil reconhecer nas conclusões de Alessandro Baratta traços de conformação plena às teses pachukanianas:

Quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo, como o que é realizado através do aparato penal do direito burguês. [...] o direito penal é um instrumento precípua de produção e reprodução de relações de desigualdade, de conservação de escala social vertical e das relações de subordinação e de exploração do homem pelo homem [...].¹¹¹

Consoante a doutrina crítica, o Estado burguês revelaria estruturalmente a *violência original*, fonte de todos os conflitos e violências derivadas que esse mesmo Estado ocupa-se em reprimir. E, conforme alude Matheus Felipe de Castro, essa violência estrutural própria do capitalismo pressupõe a existência de um vigoroso aparelho repressivo estatal para cumprir duas funções essenciais:

¹⁰⁹ PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Silvio B. Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 126/127.

¹¹⁰ *Ibidem*, p.126.

¹¹¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002. p. 206/207.

a) *manter*, através da *violência institucional*, a dominação de classes, ou dito de outro modo, *reproduzir* a violência estrutural; e b) *conter*, através da força, as manifestações individuais violentas (crimes), que se constituem, salvo casos patológicos, em *reações* ao sistema de violência estrutural capitalista. O furto, o roubo, o tráfico de drogas, em suma, quase todas as espécies de crimes praticados isoladamente na sociedade são reações a um sistema de distribuição desigual de oportunidades sociais, bem como do rebaixamento dos níveis de sociabilidade em consequência da fetichização da mercadoria, da reificação do indivíduo, e do individualismo burguês que reduzem a condição humana a uma simples condição mercadológica.¹¹²

3.2.2

Considerações empíricas

Para ilustrar hipótese de iniquidade *na lei*, Perelman resgata o exemplo trazido por Proudhon, em que o filósofo francês demonstra o absurdo que é a aplicação de uma pena de oito anos de trabalhos forçados a um miserável pela prática de um furto banal, qualificado por arrombamento e escalada, tendo por vítima um padeiro, em comparação à pena de multa sofrida por esse mesmo padeiro como sanção por misturar gesso à farinha para aumentar seus ganhos.¹¹³

A crítica de Proudhon à iniquidade da legislação francesa do Século XIX pode sem muito esforço ser transportada para o atual ordenamento jurídico brasileiro. Imagine-se o proprietário de uma indústria de laticínios que, para otimizar os lucros, determina sejam misturados ao leite mais 5% (cinco por cento) de soro lácteo. Suponha-se que um funcionário dessa mesma empresa, ao longo de algumas madrugadas, usando uma chave falsa, em companhia de um ajudante, venha retirando dos enormes tanques uma ínfima parcela do leite e colocando em seu lugar igual quantidade de soro lácteo para encobrir seu ato ilícito (em percentual, por exemplo, equivalente a 0,05% (zero vírgula zero cinco por cento) do total). Descoberta a empreitada, responderia o funcionário por furto multiquificado (artigo 155, § 4º, II, III e IV, do Código Penal Brasileiro), com pena de 2 a 8 anos de reclusão *além* de multa, sanção essa que seria ainda acrescida de um sexto a dois terços em razão da continuidade delitiva (artigo 71, *caput*, do mesmo Código). Em relação ao dono da empresa, estando o produto

¹¹² CASTRO, Matheus Felipe de. A criminologia da luta de classes. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2007. ano 11, n.15/16. p. 125/126.

¹¹³ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 169/170.

final comercializado ainda dentro das especificações técnicas admitidas, sua conduta seria *irrelevante* do ponto de vista penal (ou mesmo de qualquer outro ramo do Direito); no caso de a mistura superar a tolerância das normas técnicas (e na pouco provável hipótese de se constatar tal desconformidade), poderia ele, em tese, responder pelo ilícito de “venda de produto de espécies misturadas como se fosse puro” (artigo 7º, III, da Lei n.º 8.137/90), sujeito a uma pena *original* de multa, como alternativa à pena de *detenção* de 2 a 5 anos.¹¹⁴ Não se desconhece que o furto revela um típico *crime de pobre*, ao passo que os delitos contra a ordem econômica referem-se a condutas normalmente atribuíveis a integrantes da elite.

Na mesma linha, Amilton Bueno de Carvalho chama a atenção para a desproporção da pena aplicável a quem subtrai um bem móvel mediante grave ameaça (*roubo*, artigo 157 do Código Penal), que fica sujeito à reclusão de 4 a 10 *anos*, quando comparada àquele que, também mediante grave ameaça, invade e se apodera de terreno ou edifício alheio (*esbulho possessório*, artigo 161, II, do Código Penal), cuja pena é de *detenção* de 1 a 6 *meses*. Segundo o desembargador gaúcho, “como valoramos mais o imóvel, este deveria ser melhor protegido. Mas não é. [...] Ora, a subtração de móvel é crime do pobre, o esbulho possessório é do rico. Logo, as penas são diferentes, absurdamente diferentes”.¹¹⁵

Outro exemplo: um *médico* – portanto, membro de uma classe profissional destacada – ao fornecer um atestado ideologicamente falso, sujeita-se a uma pena de 1 mês a 1 ano de *detenção* (artigo 302 do Código Penal); um *contribuinte*, ou seja, uma pessoa inserida no sistema formal da economia, ao fazer uma declaração falsa para fins tributários, pode sofrer uma pena de *detenção* que varia entre seis meses e dois anos (artigo 2º, I, da Lei n.º 8.137/90); já os *comuns*, praticando falsidades ordinárias, sujeitam-se a *reclusão* que pode variar entre um ano a três anos (se tiver por objeto documento privado) ou até cinco anos (em se tratando de documento público), conforme dispõe o artigo 299 do Código Penal.

¹¹⁴ Esse exemplo fictício teve inspiração no verdadeiro escândalo nacional que veio à tona em outubro de 2007, envolvendo a qualidade de algumas marcas de “leite longa vida”. A operação “Ouro Branco”, da Polícia Federal, detectou um esquema de adulteração envolvendo grandes agropecuárias nacionais, em que se chegava a adicionar ao leite até de 10% (dez por cento) de um composto de água oxigenada, soda cáustica, acetona e soro, fazendo com que se aumentasse o tempo de conservação do produto, barateasse seu custo de produção, embora o tornasse impróprio ao consumo humano.

¹¹⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001. p. 28.

É nesse contexto que Lola Aniyar de Castro, ao discorrer sobre a desigualdade do ordenamento, formata seu conceito de *sistema penal subterrâneo*. A criminóloga venezuelana observa que enquanto o ordenamento penal volta-se à criminalização de condutas encontradas no âmbito das classes mais carentes, o sistema subterrâneo, de fato, deixa de criminalizar condutas de grave custo social, geralmente perpetradas pelos membros das classes hegemônicas. Segundo a autora, “essa constatação decorre não apenas das incriminações, mas da maneira como estas se articulam com a rede sancionatória (tamanho da pena, qualidade da sanção: penal ou administrativa, civil ou mercantil; caráter estigmatizante; privilégios, etc.)”.¹¹⁶

Nessa linha, Baratta identifica na lei penal “conteúdos” e “não-conteúdos” cujos valores refletem “o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, preponderantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados”.¹¹⁷ Como prova disso, o professor italiano convida à seguinte reflexão:

Basta pensar na enorme incidência de delitos contra o patrimônio na massa da criminalidade, tal como resulta da estatística judiciária [...]. Mas a seleção criminalizadora ocorre já mediante a diversa formulação técnica dos tipos penais e a espécie de conexão que eles determinam com o mecanismo das agravantes e das atenuantes (é difícil, como se sabe, que se realize um furto “não agravado”). As malhas dos tipos são, em geral, mais sutis no caso dos delitos de “colarinho branco”. Estes delitos, também do ponto de vista da previsão abstrata, têm uma maior possibilidade de permanecerem imunes. Quanto aos “não-conteúdos”,¹¹⁸ começa-se, finalmente, a procurar a raiz do assim chamado “caráter fragmentário” do direito penal (que os juristas frequentemente assumem como um *dado da natureza*), não só na pretensa inidoneidade técnica de certas matérias ao controle mediante o direito penal (ou na tautológica assunção da relevância penal de certas matérias, e não de outras), mas, antes, em uma lei de tendência, que leva a preservar da criminalização primária as ações anti-sociais realizadas por integrantes das classes sociais hegemônicas, ou que são mais funcionais às exigências do processo de acumulação de capital. Criam-se, assim, zonas de

¹¹⁶ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005, pp. 128/129.

¹¹⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002. p. 176.

¹¹⁸ Em verdade, a utilização desses “não-conteúdos” põe a nu o fundamento ideológico que dá base à seleção criminal, uma vez que patrocina a retirada da rede e a devolução ao mar das espécies que nunca se pretendeu de fato pescar.

imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas.¹¹⁹

Voltando-se ao ordenamento penal brasileiro, note-se, por exemplo, que o furto, a apropriação indébita, a receptação e o estelionato revelam tipos delitivos cuja prática remete ao sancionamento penal de seus autores mesmo que haja a restituição das quantias (ou bens) e a reparação plena dos danos sofridos pelas vítimas. Porém, o mesmo resultado não ocorre em relação à apropriação de valores públicos feita, por exemplo, por sonegadores de tributos que, quando descobertos, providenciam a quitação de seus débitos para com o erário, não raro por meio de parcelamento de longo prazo, acenando com a reparação do dano antes ou mesmo depois de iniciada a persecução penal em juízo.¹²⁰ Como é evidente, esses “contribuintes”, especialmente os que causam rombos em montante suficiente à movimentação da máquina fiscal, são pessoas “incluídas” no sistema formal de poder e, por isso, “merecedoras” de blindagem ao mecanismo de seleção penal e isolamento social.¹²¹

Não são poucos os exemplos que podem bem ilustrar esse tipo de tratamento desigualitário patrocinado pela legislação e, não raro, aprofundado pelos aplicadores da lei. Tome-se um empregado de determinada empresa ou residência que subtraia ou se aproprie indevidamente de algum bem do patrão em seu local de trabalho. Ele responderá, *ainda que haja restituição – voluntária ou não – da coisa subtraída*, conforme o caso, pela prática de furto qualificado por abuso de confiança¹²² (artigo 155, §4º, II, do Código Penal Brasileiro) ou de

¹¹⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002, p. 176.

¹²⁰ A extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito tributário, antes prevista para até o recebimento da denúncia criminal (artigo 34 da Lei n.º 9.249/91), terminou, na prática, por ser estendida a qualquer fase processual, por força da Lei n.º 10.684/03 (artigo 9º, § 2º).

¹²¹ Reza o artigo 34 da Lei n.º 9.249/95 que se extingue a punibilidade dos crimes de sonegação fiscal (Lei n.º 4.729/65) e dos crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo (Lei n.º 8.137/90) “quando o agente promover o pagamento [também a renegociação ou o parcelamento] do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

¹²² Confira-se, na esteira desse exemplo, o seguinte trecho do voto do relator da decisão unânime proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (14ª Câmara de Direito Criminal), em julgamento realizado aos 3 de julho de 2008, nos autos da Apelação Criminal n.º 993.07.051258-0: “Não há que se falar, também, em arrependimento posterior, haja vista o não preenchimento dos pressupostos legais, ainda que a coisa tenha sido restituída à vítima antes do recebimento da denúncia, já que parte dessa restituição não foi voluntária. Nota-se das declarações da vítima em juízo que, quando esta encontrou suas vestimentas no guarda-roupas de Andreia, imediatamente apoderou-se delas, não havendo qualquer voluntariedade, dado que Andreia se encontrava

apropriação indébita majorada em razão do emprego¹²³ (artigo 168, §1º, III, do Código Penal Brasileiro). Porém, aquele mesmo padrão, caso provoque lesões aos cofres previdenciários – apropriando-se indevidamente das contribuições dos empregados (artigo 168-A do Código Penal) –, tem sua punibilidade extinta a qualquer tempo em face da circunstância objetiva da quitação do débito, *ainda que por meio de execução forçada*.¹²⁴

Assim é que, em termos do esperado tratamento igualitário *na lei brasileira*, fruto do arcabouço principiológico constitucional, fica difícil reconhecer legitimidade a uma postura punitiva diferenciada em face das diversas espécies de delitos patrimoniais em que ocorre composição dos danos. Sob essa lógica se deu o julgamento da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão relatado pelo Desembargador Aramis Nassif, que recebeu a seguinte ementa:

ESTELIONATO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA. TEXTO DA LEI 10.684/03. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE. CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO DELITUOSA VEDADOS CONSTITUCIONALMENTE. O Estado, enquanto lei penal, quando trata diferente ao infrator pobre em relação ao delinqüente de colarinho branco, estabelece uma diferenciação pelo tipo de agente que pratica o crime, fato que

ausente naquela ocasião”. Ou seja, nesse julgamento, restou improvida a apelação interposta pela empregada doméstica Andréia (que, segundo o apurado, apropriara-se de algumas roupas e de certa quantia em dinheiro pertencentes à sua patroa), ficando, dessa forma, mantidas “*as penas de dois anos de reclusão, regime aberto, e dez dias-multa, calculado no mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública pelo período de dois anos, e por uma pena de multa, fixada em dez dias-multa no mínimo legal, pela prática de crime tipificado no artigo 155, parágrafo 4º, inciso II combinado com o artigo 44, parágrafo 2º, segunda parte, ambos do Código Penal*”.

¹²³ Nesse sentido: “*Não há como se acolher o pleito absolutório se sobejamente comprovada nos autos a atuação ilícita do acusado que, valendo-se da condição de proprietário da empresa contratada pelo Estado de Minas Gerais para prestar serviços ao 15º Batalhão da Polícia Militar de Patos de Minas/MG, apropriou-se indevidamente dos valores referentes aos vales-transporte que lhe eram entregues para repasse aos seus funcionários. Em se tratando de apropriação indébita, o ressarcimento do prejuízo levado a efeito antes do oferecimento da denúncia não tem o condão de elidir o crime*” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 5ª Câmara Criminal, Apelação Criminal n.º 1.0480.03.046061-6/001(1), j. 17.10.2006, decisão unânime).

¹²⁴ É o que vêm decidindo as Cortes Superiores brasileiras, como, por exemplo, pode se extrair da seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça: “*Segundo entendimento firmado pelas Turmas da 3ª Seção desta Corte, o pagamento integral do débito previdenciário, antes ou depois do recebimento da denúncia, é causa da extinção da punibilidade, na linha da previsão do art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003. Com isso, uma vez saldada a dívida, mesmo que através da execução forçada, na qual se utilizou o procedimento de arrematação dos bens penhorados, há de se ter como natural o reconhecimento da benesse prevista em lei, sob pena de violação a direito líquido e certo do réu. Ordem concedida para se declarar a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito, com extensão aos co-réus*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, HC 63168/SC, j. 18.11.2008, decisão unânime).

atinge frontalmente aos princípios constitucionais. O poder estatal impõe ao estelionatário que comete crime contra cidadão pena privativa de liberdade mesmo se este ressarcir a vítima antes da sentença, mas não pune o “estelionatário” que comete crime contra o patrimônio do Estado, em situação idêntica. Em ambos os casos há crime patrimonial, logo não há como tratar diferentemente os criminosos por ter escolhido como vítima o Estado ou cidadão. Ao restituir os valores integrais ao patrimônio da vítima, mesmo depois do recebimento da denúncia, mas antes da sentença, em caso de crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça, deve ser aplicada – analogicamente – a regra da § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03.¹²⁵

Ainda que se identificasse algum valor diferenciado à circunstância de o poder público ocupar a condição de vítima,¹²⁶ no mínimo e até por coerência, *todos* os delitos patrimoniais cometidos sem violência (furto, apropriação indébita, receptação, estelionato, etc) tendo por objeto *bens estatais* deveriam gozar de semelhante causa extintiva de punibilidade. Como isso não acontece, fica fácil perceber, com maior clareza ainda, que o foco da criminalização não está no desvalor da conduta em si, mas sim em *quem* a pratica, tal como assinalado na ementa acima transcrita.

Exemplo eloquente de blindagem legal àqueles não mirados originariamente pela instância seletiva da legislação penal brasileira pode ser extraído do instituto da *prisão especial*. A expressão chega às bordas do eufemismo, já que, em verdade, não se trata de *prisão* especial, mas sim de *preso* especial. É ele o

¹²⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 5ª Câmara Criminal, Recurso em Sentido Estrito n.º 70021561105, DJRS, 05.03.2008. Observe-se que a analogia *in bonam partem*, invocada nesse julgamento, guarda equivalência com o exercício de jurisdição constitucional, concretizando um verdadeiro controle de constitucionalidade que é exercido à luz do princípio da igualdade e que tem por objeto a omissão do legislador infraconstitucional em estender determinada benesse a outros agentes em situação assemelhada àqueles que mereceram expressamente o favor legal.

¹²⁶ Lenio Luiz Streck, por exemplo, entende que a relevância do sistema tributário e o ordenamento constitucional devem obstar que o legislador ofereça o beneplácito da extinção de punibilidade em relação aos débitos tributários, considerados bens fundamentais e de “maior relevância”, já que constituem a receita necessária à realização dos serviços essenciais do Estado. E chama a atenção para o reverso da moeda: “*deveria causar espanto à comunidade jurídica o fato de o legislador não abrir mão do direito penal para combater delitos menos relevantes – no que pertine a sua danosidade social – como o furto e apropriação indébita, e, nos casos de crimes mais graves como os crimes fiscais, agir de outro modo, oferecendo a possibilidade de o sonegador efetuar o ressarcimento do valor amealhado dos cofres públicos. No limite, poder-se-ia propor, na medida em que a fórmula adotada pela Lei 10.826 (pagamento do valor sonegado – portanto, de forma indireta, subtraída) se mostre eficaz para a proteção do bem jurídico, a extensão dessa fórmula aos demais crimes contra o patrimônio, desde que cometidos sem violência ou grave ameaça...! Ou seja, poder-se-ia também permitir que o ladrão e o estelionatário devolvessem a res furtivae – até em suaves prestações (espécie de REFIS da patulêia) – extinguindo-se, ipso facto, a punibilidade, nos mesmos termos dos crimes fiscais!” (STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 12.03.2010).*

integrante de uma elite em relação à qual o *sistema de seleção legal* entende que não pode ser submetido a uma cela comum, em mistura aos de classe subalterna, aos rejeitos sociais etiquetados como “bandidos” e “marginais”. Não raro, salas bem equipadas são adaptadas para receber o preso ilustre; isso quando ele não segue mantido nas dependências de quartéis ou em recolhimento domiciliar. A *prisão especial* é praticamente uma confissão do sistema de seleção legal de que o Direito Penal não foi engenhado para atingir os membros dos diversos segmentos da elite nacional (cultural, econômica e do serviço público).¹²⁷ Em sua atual redação, o artigo 295 do Código de Processo Penal Brasileiro prevê tratamento custodial diferenciado às seguintes classes de pessoas: I - os ministros de Estado; II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados; V - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito"; V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; VI - os magistrados; VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; VIII - os ministros de confissão religiosa; IX - os ministros do Tribunal de Contas; X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; XI - os delegados de Polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos. Em razão de leis esparsas, também fazem jus ao benefício dirigentes e administradores sindicais (Lei n.º 2.860/56); pilotos de aeronaves mercantes (Lei n.º 3.988/61); oficiais da Marinha mercante (Lei n.º 5.606/70); professores de 1º e 2º graus (Lei n.º 7.172/83); vigilantes de estabelecimentos financeiros (Lei n.º 7.102/83); conselheiros tutelares (Lei n.º 8.069/90). As leis orgânicas da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil também preveem custódia especial a seus membros, inclusive em sala especial de Estado-Maior,

¹²⁷ No mesmo sentido é a conclusão de Eugênio Pacelli de Oliveira: “a distinção e a desigualdade revelam, de modo subliminar, uma confissão estatal expressa no sentido de que os nossos estabelecimentos prisionais (delegacias, cadeias públicas etc.) devem mesmo ser reservados para as classes sociais menos favorecidas (econômica, financeira e até intelectualmente), o que, aliás, iria exatamente na direção de uma outra realidade, ainda mais sombria, qual seja, a da seletividade do sistema penal” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 421).

além de situações de recolhimento domiciliar. É importante registrar que, embora a *prisão especial* tenha cabimento apenas na fase de investigação ou do processo, portanto antes da condenação definitiva, o instituto assume especial dimensão quando contextualizado num universo carcerário em que mais da metade de seu contingente é formado por presos provisórios, muitas vezes misturados aos presos condenados em violação de preceito legal (cf. artigo 300 do Código de Processo Penal Brasileiro).¹²⁸ Visto sob outro prisma, é dizer que boa parte dos atingidos pela legislação penal apenas conhecerá, como forma de segregação física, a prisão provisória.¹²⁹ Em conclusão, a maior parte dos integrantes daquela ínfima parcela das categorias de dominação que se vê enredada na malha penal terminaria por só conhecer um tipo especial de cárcere, qualificado de *especial*, no sentido de *melhor*.

Em relação ao cárcere cautelar, cabe o registro, talvez a única ressalva razoável – ou único fator válido de *discrímen* – diga respeito à proteção da integridade física de pessoas em especial situação de vulnerabilidade junto aos demais presos, entre elas os profissionais da persecução penal (aliás, na mesma medida da proteção especial que mereceria o acusado de crimes sexuais que, igualmente, são frequentemente hostilizados pela massa carcerária).¹³⁰ E é nessa direção que segue a proposta de alteração legislativa ao artigo 295 do Código de Processo Penal, embalada no Projeto de Lei n.º 4.208/2001, que, ao tempo em que revoga expressamente as normas esparsas acima referidas, estabelece a seguinte redação:

¹²⁸ Segundo os dados do Departamento Penitenciário – DEPEN, do Ministério da Justiça, em dezembro de 2009 encontravam-se encarcerados 152.612 presos provisórios, contingente que em ordem de grandeza muito se aproxima dos 174.372 presos definitivos que cumpriam pena em regime fechado na mesma ocasião (Cf. “Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos – referência 12/2009”. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 08/07/2010).

¹²⁹ Quaisquer que sejam as causas, por exemplo: obtenção de liberdade provisória ao longo do processo que se convola, de direito ou de fato, em liberdade definitiva, extinção da punibilidade, absolvição, condenação a pena não privativa de liberdade, extinção da pretensão executória, fuga, etc.

¹³⁰ Até mesmo o fundamento da conveniência da *prisão especial* por questões de segurança em face da possível hostilização que alguns profissionais vinculados à persecução penal possam sofrer pelos demais encarcerados, embora revele defensável razão de *discrímen*, é por si só insuficiente para esclarecer a operacionalização do instituto, já que não explica por que os “separados” gozam de melhores instalações e outros benefícios que em geral o preso comum não tem. Muito diferente da situação de um preso comum (por exemplo, acusado de molestar crianças) que, também por questão de segurança, vem a ser apartado, mas que segue mantido nas mesmas condições dos demais.

Art. 295. É proibida a concessão de prisão especial, salvo a destinada à preservação da vida e da incolumidade física e psíquica do preso, assim reconhecida por decisão fundamentada da autoridade judicial ou, no caso de prisão em flagrante ou cumprimento de mandado de prisão, da autoridade policial encarregada do cumprimento da medida.

Observe-se que, caso vingue o novo dispositivo da forma como proposto, será transferida ao intérprete judicial ou policial a avaliação, no caso concreto, das “exceções” que merecerão tratamento diferenciado. É evidente que, ao se deslocar a potencialidade do *discrímen* do nível primário (da norma) para o secundário (de sua aplicação), abrem-se novas portas para uma grande sorte de privilégios ilegítimos, o que exigirá redobrada vigilância e controle quanto à atuação desses órgãos de execução.

À luz da legislação em vigor, não há dúvida, as hipóteses de prisão especial não se conformam ao primado isonômico. Tome-se por ilustração uma quadrilha de estelionatários formada por cinco falsários de igual *status* dentro da organização criminosa. Entre eles, um recém-formado em curso superior. Enquanto quatro acusados seguirão para instalações comuns, ao diplomado estará reservada uma acomodação especial. Soa mesmo “absurdamente desigual”, para repetir Eugênio Pacelli de Oliveira, “o tratamento reservado a algumas pessoas, especialmente quando baseado no grau de escolaridade de que são portadoras”.¹³¹

A verdade é que, nos termos da lei, a custódia cautelar deveria sempre se dar em local próprio, separado dos que já expiam penas corporais, mas ensejando iguais condições a todo e qualquer preso provisório, e não apenas àqueles distinguidos pela força política diferenciada que sua instituição profissional amealhou em nível legislativo. Não se trata, pois, de *nivelar por baixo* e, de forma simplista, extirpar as melhorias observadas em determinados encarceramentos especiais; ao contrário, deve-se exigir, com a prioridade devida, diante da principiologia constitucional e da evidente e cômoda omissão estatal, que as mesmas condições sejam estendidas aos que se encontrem em igual situação, isto é, na condição de presos *provisórios*. Aliás, por meio do mesmo Projeto de Lei n.º 4.208/2001 acima referido, o parlamento brasileiro vem maturando mudanças

¹³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 421.

na redação do artigo 300¹³² do Código de Processo Penal, inclusive para extirpar a expressão *sempre que possível*, de modo a tornar imperativa a separação dos presos cautelares.

É relevante ressaltar que, ao se afastarem do ideal de igualdade *na lei*, como também do objetivo preambular e fundamental do Estado (“*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”, artigo 3º, inciso I, CF/88), as normas desviantes tornam-se passíveis de sofrer legítimo controle por parte da jurisdição constitucional. E esse é um ponto a se destacar desde já: as possibilidades corretivas do proativismo jurisdicional, especialmente quando o ente atingido negativamente (mediante a imposição de obrigação de fazer ou não-fazer) – ou supostamente onerado pela decisão judicial – venha a ser o próprio Estado.¹³³

3.3

Expansionismo da legislação criminalizante

Há quase dois séculos e meio, Cesare Beccaria já advertia que “quanto mais se estender a esfera dos crimes, tanto mais se verá que sejam cometidos [...], sobretudo se a maioria dessas leis não passar de privilégios, isto é, de um pequeno número de senhores”.¹³⁴

Importante registrar que, no passado, a “doutrina pré-moderna não só admitiu a seletividade do poder punitivo como tratou de legitimá-la, aceitando implicitamente que *para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo*”.¹³⁵

O turbilhão de normas incriminadoras que vigem hoje, conquanto resultante da atuação do Legislativo (instância primária de criminalização), viabiliza, maquiando a mesma lógica do passado, a oferta de tratamento desigualitário e

¹³² Redação atual do CPP: “Art. 300. Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas”. Pela nova redação proposta, a norma passaria a estabelecer, peremptoriamente, que “as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal”.

¹³³ Retoma-se aqui a ideia de que o ambiente em que o ativismo judicial encontra sua maior legitimidade é justamente no campo defensivo, de salvaguarda aos interesses da cidadania e da sociedade quando contrapostos às ações ou omissões do Estado.

¹³⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. de Oliveira. São Paulo: EDIPRO, 2003, p. 92.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 88).

desproporcional aos violadores das normas penais por parte das agências executivas de criminalização (instância secundária). A hipertrofia do *Estado penal* induz a um mecanismo de regulação que permite aflorar um verdadeiro *Estado policial*, detentor não só do *monopólio da violência*¹³⁶ disciplinadora, mas também da *hegemonia da vigilância*, onde o aparato repressor oficial assume os principais cordéis da sociedade pós-moderna de controle.

Para embalar a expansão da legislação penal, no contexto de sociedades massificadas (a despeito de heterogêneas e multiculturais), os veículos de informação têm destacado papel. Não se duvida de que a liberdade de imprensa revela um requisito inalienável, infenso a relativizações, essencial a qualquer organização estatal que se pretenda democrática. Porém, o só qualificativo “livre”, conjugado à função de informar, não se traduz em sinônimo de informação *de qualidade*. Os veículos de comunicação mais acessados, em seu afã comercial, parecem preferir o retorno imediato proporcionado por notícias sensacionalistas, reportagens fluidas e descartáveis, valendo-se da apresentação de dados irrefletidos. Terminam por ser mantidas em plano secundário as análises mais pormenorizadas, as preocupações científicas e culturais acerca dos fatos e personagens expostos à massa.

A opção por esse tipo de pauta pela grande mídia termina por cevar a *cultura do medo* nas sociedades pós-modernas. Essa cultura do medo, a seu turno, funciona em processo de retroalimentação em relação à hipertrofia da legislação criminalizante.

3.3.1

Cultura do medo e a legislação de emergência

¹³⁶ Na esteira da clássica definição weberiana, “o Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território” (WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Trad. Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982. p. 98).

Nas urbes pós-modernas, surge o paradoxo do *culto ao medo*.¹³⁷ A mídia massificada e a espetacularização de grandes eventos danosos, embora raros e pontuais, geram o superdimensionamento dos riscos à vida, à saúde e aos bens do indivíduo. Incute-se¹³⁸ na coletividade a falsa ideia de que os desastres, as doenças, os atos de violência extremada, enfim, os ataques aos bens jurídicos mais importantes ocorrem em proporções catastróficas e crescem desenfreadamente. Em consequência, além de se criar ambiente passional, favorável à chamada legislação de *emergência* – aquela em que o legislador se dobra demagogicamente ao clamor fácil e irrefletido em favor do recrudescimento da “resposta” penal –, insinua-se como marginal ou perigoso (um potencial *inimigo*) aquele de classe subalterna, que transita pela esfera informal.

A indignação coletiva ante os registros jornalísticos sobre fatos hediondos provoca um consenso fluido entre os membros da sociedade, o qual reverbera no espaço político parlamentar. Novos fatos relacionados a questões antigas são suficientes a recolocá-las na agenda de prioridade, alçando-as à *ordem do dia*. Criam-se falsas emergências, projetos tramitam em regime de urgência, interdita-se o aprofundamento e a maturação do debate.¹³⁹ Tudo é válido para manter fixa a atenção do ouvinte, do telespectador, do leitor – ou do *eleitor*, conforme a ótica. Incute-se, enfim, um fascínio paradoxal pelo horror, um sentimento tão masoquista quanto maniqueísta que necessita antes venerar o mal para que depois se possa repudiá-lo.

Todo esse processo é assim descrito por Antoine Garapon:

A fascinação de nossas sociedades democráticas pela extrema violência não simbolizada, por esses assassinatos monstruosos sobre os quais a mídia sensacionalista insiste, é surpreendente [...]. Essa extrema excitação da emoção

¹³⁷ Para Barry Glassner, “[...] um dos paradoxos relativos a uma cultura do medo é que os problemas sérios continuam amplamente ignorados, ainda que causem exatamente os perigos mais abominados pela população. [...] A desigualdade de renda também se associa com resultados adversos para a sociedade como um todo. Quanto maior a diferença entre ricos e pobres em uma sociedade, maiores são os índices de mortalidade provocados por doenças cardíacas, câncer e homicídio” (GLASSNER, Barry. *Cultura do medo*. São Paulo: Francis, 2003. p. 27/28).

¹³⁸ Segundo Carlos Alberto Batista, “Cada pessoa passa a internalizar a idéia de que será a próxima vítima e de que ninguém está a salvo desta onda avassaladora de crimes violentos, divulgados com estardalhaço” (BATISTA, Carlos Alberto. *Crescimento da criminalidade e atuação estatal*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 176).

¹³⁹ Como diz Nilo Batista, “Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas” (BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*, p. 4. Disponível em: <<http://www.bocc.uff.br/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 01.05.2010).

reforça a solidariedade social; trata-se, porém, de um consenso primário, senão primitivo, arcaico, emocional [...]. Quando o quadro jurídico, seus símbolos e seus processos têm por função criar uma *solidariedade sem consenso*, quer dizer, um acordo sobre a maneira de resolver os conflitos, mas não necessariamente sobre suas soluções, é o contrário que ocorre: *um consenso sem solidariedade*. O sentimento que reúne pessoas, de modo muito efêmero, diante do horror é suficientemente forte para unir rapidamente pessoas bastante heterogêneas; porém insuficiente para fundar uma comunidade política. Seu objetivo não é outro senão reanimar uma comunidade sentimental, cujo único lema é a defesa do ser vivo diante da morte. Apenas uma ameaça-limite – o câncer, os acidentes de trânsito ou os maus-tratos à criança – é capaz de agrupar essas pessoas [...], uma concorrência perturbadora parece instalar-se entre a lei biológica, da vida e da morte, e a lei dos homens.¹⁴⁰

Também Baratta responsabiliza os *mass-media* por induzir um estado de “alarme social” na opinião pública a partir da forma como manipulam a imagem da criminalidade e as campanhas de “lei e ordem”. Os grandes veículos de comunicação – assevera – desenvolvem uma “ação permanente para a conservação do sistema de poder, obscurecendo a consciência de classe e produzindo a falsa representação de solidariedade que unifica todos os cidadãos na luta contra um *inimigo interno* comum”.¹⁴¹

Como não poderia ser diferente, o culto ao medo traz consequências sociais perversas. Zygmunt Bauman, após sustentar que a “insegurança moderna, em suas várias manifestações, é caracterizada pelo medo dos crimes e dos criminosos”,¹⁴² aponta a proximidade das fronteiras de exclusão social:

[...] *underclass* e criminosos são duas subcategorias de “elementos anti-sociais” que diferem uma da outra mais pela classificação oficial e pelo tratamento que recebem que por suas atitudes e comportamentos. Assim como aqueles que são excluídos do trabalho, os criminosos (ou seja, os destinados à prisão, já estão presos, vigiados pela polícia ou simplesmente fichados) deixaram de ser vistos como excluídos provisoriamente da normalidade da vida social. [...] [são]

¹⁴⁰ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 102/103.

¹⁴¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002. p. 207/205. Esse mecanismo de denominação não é novo. Natália Oliveira de Carvalho, ao abordar o que chama de *lógica do bicho-papão*, assevera: “A manipulação dos medos coletivos a serviço do poder é inegavelmente um fenômeno que permeia a história da humanidade, gerando, há tempos, implicações como desconfiança, isolamento e preconceito entre grupos étnicos e religiosos. A idéia de paranóia coletiva pode ser bem ilustrada historicamente através do movimento de caça às bruxas e aos hereges na Idade Média, pelo anti-semitismo alemão da década de 30 ou, mais recentemente, pela obsessão anti-árabe professada notadamente após o 11 de setembro” (CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 68).

¹⁴² BAUMAM, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 16.

indivíduos que precisam ser impedidos de criar problemas e mantidos à distância da comunidade respeitosa das leis.¹⁴³

Importante ressaltar que a mídia, conquanto não se traduza em instância formal de criminalização, vem tendo papel de destaque como agência *informal*¹⁴⁴ desse movimento, tanto em seu aspecto primário (induzindo e legitimando o incremento da legislação penal) quanto em sua vertente secundária (induzindo e legitimando a atuação das agências executivas de criminalização).¹⁴⁵

Observa-se, ao que já se expôs, que a cultura do medo, a inflação da legislação penal e a segregação social são fenômenos que se mantêm em permanente estado de retroalimentação.

3.3.2

O *big bang* da legislação penal

A criminalização normativa crescente, a prodigalidade com que são editadas normas incriminantes a cada dia e o surgimento de novos setores e níveis de regulação penal induzem à exponenciação de condutas rotuladas por lei como ilícitos penais em patamares jamais conhecidos pelo Direito moderno.

Para Manuel Cancio Meliá, a característica de maior destaque na evolução das legislações penais do mundo ocidental (e que permite identificar a política criminal atual como verdadeiramente expansionista) “está no surgimento de múltiplas figuras novas, [...] setores inteiros de regulação, acompanhada de uma

¹⁴³ Ibidem, p. 24/25.

¹⁴⁴ Vera Regina Pereira de Andrade sustenta que o sistema penal “não se reduz ao complexo estático da normatividade nem da institucionalidade, mas é concebido como um processo articulado e dinâmico de criminalização ao qual concorrem não apenas as instituições do controle formal, mas o conjunto dos mecanismos do controle social informal, a saber, família, escola [...], mídia falada, escrita (jornais, literatura, romances, histórias em quadrinho) e informática, moral, religião, mercado de trabalho, etc” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/401/302>>. Acesso em: 01.06.2010).

¹⁴⁵ Segundo Nilo Batista, “o credo criminológico da mídia constituiu-se como um discurso que impregnou completamente o jornalismo [...]. Este discurso aspira a uma hegemonia, principalmente sobre o discurso acadêmico, na direção da legitimação do dogma penal como instrumento básico de compreensão dos conflitos sociais. Este discurso habilita as agências de comunicação social a pautar agências executivas do sistema penal, e mesmo a operar como elas (executivização), disputando, com vantagem, a seletividade com tais agências” (BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*, p. 19. Disponível em: <<http://www.bocc.uff.br/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 01.05.2010).

atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores”.¹⁴⁶

Ao analisar o fenômeno expansionista do ordenamento penal, o professor paulista formula essa “simples constatação”:

[...] a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais que, vistos desde a perspectiva de bens jurídicos clássicos, constituem hipóteses de “criminalização no estado prévio” a lesões a bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas. Resumindo: na evolução atual, tanto do Direito penal material, como do Direito penal processual, pode constatar-se tendências que, em seu conjunto, fazem aparecer no horizonte político-criminal os traços de um “Direito penal da colocação em risco” de características antiliberais.¹⁴⁷

Sob outro prisma, mas também discorrendo sobre o fenômeno que denomina “opção pelo penal” adotada pelos governos contemporâneos, Antoine Garapon assim identifica a exortação de discursos de conveniência, de índole populista:

O direito penal se oferece como caminho provável, como último recurso quando a ideologia desertou do espaço social. Em uma democracia inquieta, mais casuística que dogmática, as categorias penais têm um belo futuro, por causa da sua simplicidade e por seu forte teor de adrenalina. Clamar por vingança, chorar ou se indignar não exige qualquer diploma. Essa lógica primária dispensa que se recorra às sutilezas da responsabilidade administrativa ou civil, que se tornam tanto mais suspeitas aos olhos dos cidadãos telespectadores, quanto menos eles as compreendem.¹⁴⁸

Esse ambiente de *criminalização expandida* propicia um retorno à seletividade penal do mundo pré-moderno, porém de modo insidioso, sem a transparência com que os privilégios e perseguições se estabeleciam outrora.

Salo de Carvalho registra o paralelo:

O atual processo de ampliação normativa, deflagrado em grande parte pelos discursos de emergência, gera espécie de “panoptismo legal”, ou seja, o alargamento brutal das possibilidades de incidência da lei penal nas condutas sociais. No momento em que desvios sociais passam a ser tipificados,

¹⁴⁶ MELIÁ, Manuel Cancio; JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli .3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 56.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 56/57.

¹⁴⁸ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 97.

independentemente da lesão ou perigo concreto ao bem jurídico, e qualquer conduta pode ser arbitrariamente considerada delitiva, é definido um modelo de controle administrativizado com incidência desigual nos diversos estratos sociais e sem os vínculos à lei característicos do direito e do processo penal. Portanto, a inflação penal, efetivamente, provocou a regressão do nosso sistema punitivo a uma situação não diversa daquela pré-moderna.¹⁴⁹

No caso brasileiro, a criminalização do *estado prévio* – ou seja, a proliferação dos tipos penais não dolosos, das figuras delituais de mera conduta e de perigo (concreto ou abstrato) – pode ser observada na seção criminal de diversos diplomas posteriores à Constituição de 1988, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n.º 9.503/97), o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/03) e outros, além de inúmeras leis criminais específicas, como, por exemplo, a Lei n.º 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Atenta a esse contexto, Juliana Cabral fez uma análise comparativa entre dois períodos de mesma duração (15 anos) da produção legislativa penal brasileira, observando que a proporção entre tipos penais de perigo e dano saltou de 11,47% (entre 1942 e 1957) para 38,70% (entre 1985 e 2000).¹⁵⁰

Porém, conforme já acenado, não é apenas a criminalização do *estado prévio* que vem sendo incrementada. O sociólogo francês Loïc Wacquant, ao mesmo tempo em que ressalta a percepção de que as políticas criminais do Ocidente vêm de um modo geral se tornando cada vez mais duras e abrangentes, destaca outra importante vertente criminalizante: “o legislador multiplicou por toda parte as incriminações e agravou as penas de prisão referentes aos crimes violentos, infrações aos costumes e comércio ou uso de drogas”.¹⁵¹

De volta ao cenário brasileiro, constata-se que, com efeito, não somente condutas de perigo, culposas ou preparatórias foram ineditamente criminalizadas ou tiveram seu tratamento penal exacerbado; as novas legislações especiais, materiais e adjetivas, também se enrijeceram em relação aos crimes mais violentos, aos delitos sexuais e ao comércio de entorpecentes, inclusive sob o

¹⁴⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 81/82.

¹⁵⁰ CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 199/206.

¹⁵¹ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 119.

embalo do culto ao medo. Tais tipos penais – vale o registro – mereceram tratamento diferenciado nas últimas décadas sob a etiqueta da hediondez.¹⁵²

Aliás, talvez essa importante questão seja pouco considerada quando os analistas abordam, positiva ou negativamente, a exacerbação do Direito Penal contemporâneo: o incremento do “Estado penal” ocorre em duas frentes que, embora paralelas, podem ser distinguidas, inclusive comportando pesquisas teóricas atributivas de diferentes graus de legitimidade. Com efeito, numa vertente, tem-se a criminalização do perigo e das lesões patrimoniais; noutra, o enrijecimento no trato relacionado aos crimes mais violentos, praticados contra direitos humanos, isto é, em face dos bens jurídicos tidos por fundamentais.

E, em relação a essa segunda frente – cumpre admitir –, a própria Constituição *Cidadã* de 1988 contribuiu em boa medida para a proliferação de normas incriminadoras. Diferentemente das anteriores, a Constituição em vigor não se limitou, em matéria penal e processual penal, a apresentar normas de “tipo negativo”, ou seja, de contenção à intervenção do Estado (presunção de inocência, direito a não autoincriminação, vedação de penas capitais ou cruéis, etc.). Trouxe também, segundo Salo de Carvalho, “uma pauta criminalizadora” que ampliou de forma inédita os tipos penais:¹⁵³

Com o cumprimento da “Constituição Penal” pelo Legislativo no que se refere à hipercriminalização (p. ex., tutela penal das minorias raciais, da criança e do adolescente, do idoso, do meio ambiente, do sistema tributário etc.), ocorreu a ampliação do *imput* do sistema penal. A partir de 1989 até a edição da Lei 10.792 que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), há o aumento da entrada no sistema com a criação de inúmeros tipos penais e, ao mesmo tempo, a restrição na saída (*output*), sobretudo com a Lei dos Crimes Hediondos. Podemos ainda agregar novas hipóteses de prisões cautelares, cujo efeito é o aumento das taxas de encarceramento preventivo (por exemplo, Lei 7.960, que dispõe sobre a prisão temporária).

Porém, ocorre que o atual estágio de amplificação do ordenamento penal funciona como uma *potencialidade*, que se traduz num programa abstrato e difuso de criminalização, que, por óbvio, não cogita deliberadamente a inviável tarefa de

¹⁵² Cf., por exemplo, Lei n.º 7.960/89 (dispõe sobre a prisão temporária), Lei n.º 8.072/90 (dispõe sobre os crimes hediondos), Lei n.º 9.034/95 (dispõe sobre a repressão a organizações criminosas), Lei n.º 11.343/06 (antitóxicos), Lei n.º 12.015/09 (dispõe sobre os crimes contra a dignidade sexual).

¹⁵³ CARVALHO, Salo de. A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. In.: KARAM, Maria Lúcia (Org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 118-9,

perseguir e combater de modo efetivo *todas* as práticas rotuladas como infrativas e seus respectivos autores. Embora revele uma *potencialidade* em relação às suas finalidades aparentes, o sistema esconde a pretensão de *concretizar* uma função de *controle social*.¹⁵⁴ Algo como um panóptico difuso (ou *super-oligopticon*, controlado por alguns)¹⁵⁵ destinado a inibir todo e qualquer desvio, já que, ainda que por amostragem (como uma “malha fina” lançada aleatoriamente), há sempre alguma possibilidade de o “desviante” se ver colhido e enredado pelo sistema de vigilância e repressão. E a probabilidade aumenta quanto mais estiver o indivíduo próximo ao perfil (ou estereótipo) construído pelo sistema repressor para identificação dos criminosos.

3.4

Vigiar e controlar

Michel Foucault, ao debruçar-se sobre a história do poder punitivo estatal, descreveu, em seu célebre *Vigiar e Punir*,¹⁵⁶ o surgimento de uma *sociedade disciplinar*, cujos primeiros traços apareceriam no Século XVII e o apogeu se daria no Século XX. A sociedade disciplinar emergia para, senão apagar,¹⁵⁷ superar a tradicional *sociedade de soberania*.

A *sociedade de soberania* pressupunha um poder centralizado, em que o soberano tinha o direito de “fazer morrer ou deixar viver”; seu objetivo de produção era dirigido para prover e enriquecer o reino, sendo certo que as

¹⁵⁴ Para ficar com a definição de Vera Regina Pereira de Andrade, “*Por controle social designa-se, em sentido lato, as formas com que a sociedade responde, informal ou formalmente, difusa ou institucionalmente, a comportamentos e a pessoas que contempla como desviantes, problemáticos, ameaçantes ou indesejáveis, de uma forma ou de outra e, nesta reação, demarca (seleciona, classifica, estigmatiza) o próprio desvio e a criminalidade como uma forma específica dele*” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/401/302>>. Acesso em: 20.06.2010).

¹⁵⁵ Cf. GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan-ICC, 2006. p. 93.

¹⁵⁶ Título original francês: *Surveiller et punir*, editado em 1975.

¹⁵⁷ “*E eu creio que, justamente, uma das mais maciças transformações do direito político do século XIX consistiu, não digo exatamente em substituir, mas em completar esse velho direito de soberania – fazer morrer e deixar viver – com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de fazer viver e de deixar morrer*” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhe. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 287).

transgressões às regras do soberano eram punidas por meio do castigo. Entretanto, na *sociedade disciplinar* – esclarecem Antonio Negri e Michel Hardt – o comando passa a ser “[...] construído mediante uma rede difusa de dispositivos ou aparelhos que produzem e regulam os costumes, os hábitos e as práticas produtivas”, e, assim:

Consegue-se pôr para funcionar essa sociedade, e assegurar a obediência a suas regras e mecanismos de inclusão e/ou exclusão, por meio de instituições disciplinares (a prisão, a fábrica, o asilo, o hospital, a universidade, a escola e assim por diante) que estruturam o terreno social e fornecem explicações lógicas adequadas para a “razão” da disciplina. O poder disciplinador se manifesta, com efeito, na estruturação de parâmetros e limites do pensamento e da prática, sancionando e prescrevendo comportamentos normais e/ou desviados.¹⁵⁸

Os estudos de Foucault apontam para o aparecimento de outro modelo de sociedade, cujo desenho se torna mais visível especialmente a partir do Século XX.¹⁵⁹ É a chamada *sociedade de controle*¹⁶⁰ resultante do processo evolutivo da sociedade disciplinar, *pari passu* aos avanços tecnológicos, à explosão da produção e do consumo em massa e ao movimento de globalização e integração da economia mundial.¹⁶¹

Seguindo com Negri e Hardt, são características das *sociedades de controle*:

[...] os mecanismos de comando se tornam cada vez mais “democráticos”, cada vez mais imanentes ao campo social, distribuídos por corpos e cérebros dos cidadãos.

¹⁵⁸ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Império*. Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.42.

¹⁵⁹ Foucault reconhece o aparecimento, desde meados do Século XVIII, de traços de “algo novo, que é uma nova tecnologia de poder, não disciplinar dessa feita” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 288). O filósofo francês denomina biopoder ou poder de “regulação” (“sociedade de regulamentação”) um poder sobre a população enquanto tal e sobre o homem enquanto ser vivo, de natureza contínua, científica e que intervém sobretudo para controlar a maneira de viver, prolongar a vida e acomodar as massas humanas (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 296/300).

¹⁶⁰ Expressão utilizada por Gilles Deleuze em suas reflexões sobre a obra de Foucault (DELEUZE, Gilles. *Conversações, 1972-1990*. Trad. Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, p. 219).

¹⁶¹ Tal como a teoria da evolução das espécies darwiniana, as observações de Foucault sugerem que a eclosão de um modelo mais evoluído de sociedade (ou de manifestação de poder) não pressupõe ou exige a extinção do anterior. Ocorre a superposição e a coexistência por períodos significativos entre os modelos (“espécies”) de graus evolutivos distintos, sendo certo que os mais evoluídos, com o decorrer do tempo, passam a dominar e se apresentar como preponderantes. Como resultante, ainda hoje podem ser encontradas organizações sociais com traços marcantes de uma sociedade de soberania; outras tantas ainda preponderantemente na era das sociedades disciplinares. Mas o certo é que, em tempos de globalização, a grande massa da população mundial já se embrenha a passos largos no ambiente da sociedade de controle. Essa preponderância permite admitir que o mundo ocidental já adentrou, como característica sociopolítica contemporânea, a era da *sociedade de controle*.

Os comportamentos de integração social e de exclusão próprios do mando são, assim, cada vez mais interiorizados nos próprios súditos. O poder agora é exercido mediante máquinas que organizam diretamente o cérebro (em sistemas de comunicação, redes de informação etc.) e os corpos (em sistemas de bem-estar, atividades monitoradas etc.) no objetivo de um estado de alienação independente do sentido da vida e do desejo da criatividade. A sociedade de controle pode, dessa forma, ser caracterizada por uma intensificação e uma síntese dos aparelhos de normalização de disciplinariedade que animam internamente nossas práticas diárias e comuns, mas, em contraste com a disciplina, esse controle estende bem para fora os locais estruturados de instituições sociais mediante redes flexíveis e flutuantes.¹⁶²

A *sociedade de soberania* levava a que os súditos fossem subjugados, inclusive fisicamente, aos interesses do soberano. A *sociedade disciplinar*, a seu turno, visava ao condicionamento e à conformação não só do corpo, mas também da racionalidade, formatando os hábitos dos indivíduos nos locais delimitados em que se viam estrategicamente confinados (família, escola, caserna, fábrica, prisão, hospital, manicômio, etc). A *sociedade de controle*, entretanto, parece ir além, atingindo um nível mais profundo, embora de modo difuso, na regulação de condutas. Mais do que a conformação do corpo e do cérebro, a sociedade de controle parece ter por alvo a formatação das *emoções* dos sujeitos controlados e da *alma* coletiva da população. Enxerga além e através dos indivíduos *per se*, consegue decompô-los em partes *dividualizadas*,¹⁶³ ora como um usuário de serviço, ora como um consumidor de produto, ora como um portador de doença... *Cria*, forja, incute crescentes *necessidades* nos níveis “dividuais”, individuais e coletivos, ao mesmo tempo em que guia os caminhos e tutoria os meios de satisfazê-las. Funciona como a cenoura pendurada à frente do asno para fazê-lo seguir adiante e obediente...

Sob a ótica coletiva, busca-se o controle das massas a partir de suas diversas manifestações. A *sociedade de controle*, assim como o mercado, “é uma forma que não tem fora, fronteiras, ou então possui limites fluidos e móveis”.¹⁶⁴ Ou seja, do ponto de vista espacial, não se restringe às dependências das instituições sociais, estendendo-se muito além dos muros da escola, fábrica, família, hospital

¹⁶² NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Império*. Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 42/43.

¹⁶³ Segundo Deleuze, “os indivíduos tornam-se ‘dividuais’, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou ‘bancos’.” (DELEUZE, Gilles. *Conversações, 1972-1990*. Trad. Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, p. 222)

¹⁶⁴ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. Op. cit., 2001, p. 372.

ou prisão; deixa de atuar em *esferas* determinadas, passando a operar fluidamente, em nível de *atmosfera*.¹⁶⁵ Não havendo mais muros, nada fica de fora. A *sociedade de controle* implica uma reavaliação da noção de espaço ou, na expressão de Zygmunt Bauman, numa “especialização dos mapas”.¹⁶⁶ Em reforço a esse sistema, o ciberespaço decretou definitivamente o fim das distâncias impondo uma reavaliação da relação espaço-temporal na própria vida humana.

Com relação à *sociedade disciplinar*, talvez sua ilustração mais emblemática esteja no *panóptico*¹⁶⁷ projetado por Jeremy Bentham, cujo objetivo era introduzir nos vigiados uma consciência de absoluta falta de privacidade. A observação potencialmente ininterrupta visava inibir qualquer comportamento em desconformidade com as regras em face do risco de detecção e punição imediatas.¹⁶⁸ Ou seja: mais importante do que vigiar efetivamente a todos o tempo todo seria inculcar em todos a consciência de que se poderia estar sendo vigiado em todo e qualquer instante. Já na *sociedade de controle* não há mais muros ou limites espaciais, mas sim mecanismos tentaculares, dispersos e fluidos de domínio. A tecnologia panóptica atinge novos patamares; vive-se a era da localização espacial por GPS, das imagens por satélite, da interceptação de mensagens, das escutas telefônicas. Cada indivíduo, a todo tempo, sofre algum

¹⁶⁵ Deleuze utiliza uma comparação semelhante: a fábrica, na *sociedade disciplinar*, é como um corpo; a empresa, uma alma, um gás (DELEUZE, Gilles. *Conversações, 1972-1990*. Trad. Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, p. 221).

¹⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 43.

¹⁶⁷ A arquitetura do panóptico é assim descrita por Foucault: “Na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhe. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 190).

¹⁶⁸ Bauman compara o estado de vigilância permanente propiciado pelo panóptico com a urbe de George Orwell, idealizada na ficção futurista de sua obra-prima (publicada em 1949 sob o título *1984*): “todo mundo tinha um aparelho de TV particular, mas ninguém jamais tinha permissão para desligá-lo e ninguém podia saber em que momento o aparelho era usado como câmara” (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 56).

tipo de monitoramento tecnológico, em geral aleatório, cujos dados, ao menos potencialmente, podem ser analisados em concreto.¹⁶⁹

Embora qualquer um possa ser monitorado, somente alguns operam e estão por detrás dos monitores. A partir de objetivos aparentemente distintos, a vigilância é gerida fundamentalmente pelas agências do poder público repressor e pelos setores hegemônicos da esfera privada em razão de seu domínio tecnológico. No grupo dos “monitores particulares” destacam-se as grandes mídias: além de induzir e legitimar as agências oficiais de criminalização, os órgãos de comunicação em massa, pelo fato de contarem com tecnologia de ponta, não resistem à tentação de roteirizar seus próprios espetáculos de perseguição criminal, apresentando supostas vítimas e seus algozes como verdadeiros personagens de *reality shows*.¹⁷⁰

Inúmeros dispositivos de controle, dispersos e aespaciais, passam a ser utilizados hoje em substituição aos instrumentos disciplinares tradicionais. A punição, que nas *sociedades de soberania* tinha por objeto o *corpo* do delinquente, ao corpo retorna nas sociedades de controle, mas agora – ainda mais intensamente do que nas *sociedades disciplinares* – para conformar os hábitos, os atos, os reflexos, as emoções e o cérebro do potencial desviante. Após os castigos corporais – e além dos muros prisionais – hoje podem ser (im)plantados no próprio corpo mecanismos de monitoramento eletrônico, como pulseiras, tornozeleiras, *chips* de localização.

Com respaldo na pródiga legislação penal, o indivíduo da sociedade pós-moderna passa a ser encarado pelo sistema de segurança como *delinquente em potencial* (assim como, pelo mercado, é visto como um *cliente em potencial*). E, com apoio na tecnologia de vigilância – os monitores, as escutas e os *perfis* elaborados a partir dos cruzamentos de dados e cadastros da *vida civil* –,¹⁷¹

¹⁶⁹ São os tempos de vigilância eletrônica global que, segundo Rogério da Costa, filósofo e professor da PUC-SP, em boa parte se baseia na interceptação de mensagens: “Esses sistemas são a conseqüência inevitável da invenção da rádio [...]. Assim como o rádio possibilitou a transmissão de mensagens para além dos continentes, do mesmo modo permitiu que qualquer um as escutasse” (COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, mar.2004, p. 161/167. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100019>. Acesso em: 22.12.2009).

¹⁷⁰ Cf. BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio, p. 11. Disponível em: <<http://www.bocc.uff.br/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 01.05.2010.

¹⁷¹ Pode-se ilustrar tal asserção com o conceito hoje em voga de *perfil total*. A ideia abrange desde práticas comerciais “inocentes” (por exemplo, as empresas na *web* que se dedicam a construir um

facilita-se o reconhecimento, o pinçamento e a etiquetagem dos clientes desses dois sistemas, o penal e o mercadológico. Aliás, a escalada tecnológica torna cada vez mais próxima a realidade da ficção antevista por George Orwell, não sendo exagerado supor que, em algum momento, o Estado – ao argumento da contenção de abusos e violação de liberdades – pretenda limitar o acesso dos particulares aos instrumentos de vigilância, buscando deter também esse monopólio.

Porém, já sendo detentor do monopólio da violência e contando com a hegemonia da vigilância, o *Estado de direito* da pós-modernidade, em sendo instrumentalizado por um sistema penal hipertrofiado, tende a transmutar-se em *Estado de polícia*. Essas mudanças, evoluções ou ciclos terminam por propiciar mais do mesmo, trazendo de volta à cena traços das antigas sociedades de soberania, sempre a serviço da conservação dos interesses das classes de poder.

3.5

Desigualdade na persecução pré-judicial: o Estado Policial e os buracos negros, cinzas e dourados da criminalidade

Como dito, o potencial de controle e vigilância estatal não significa qualquer pretensão de combater efetivamente *todas* as infrações perpetradas, tampouco punir *todos* os seus autores.

Em termos gerais, a criminalidade oculta, aquela que não vem a ser detectada (ou sendo detectada não cai na malha seletiva das instâncias de controle social), equivale à chamada *cifra negra da criminalidade*.¹⁷² Em outras palavras, a

perfil dinâmico do usuário para otimizar seus negócios) até o mais avançado projeto de inteligência antiterrorismo norte-americano (T.I.A - *Total "Terrorism" Information Awareness*) que se vale, segundo Rogério da Costa, da noção de *perfil total* resultante “[...] do cruzamento das ligações telefônicas de um indivíduo (sua origem, destino, data e duração), as despesas efetuadas em cartões de crédito (quanto, onde, quando) e, a partir destas, as operações comerciais mais diversas. O que o projeto almeja, com esse esforço, é a produção de uma visão dos padrões de comportamento de amostras da população. O objetivo básico do projeto é auxiliar analistas a compreender e mesmo prever uma ação futura, no caso uma ação terrorista. [...] o processo seria em princípio indireto, pois é pelo negativo dos padrões que se intercepta um comportamento suspeito” (COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, mar.2004, p. 166. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100019>. Acesso em: 22.12.2009).

¹⁷² Nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade, “por cifra negra designa-se, em sentido lato, a criminalidade oculta, não quantificada estatisticamente, que inclui a ‘criminalidade do colarinho branco’ mas a transcende” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x*

cifra negra é a diferença entre a criminalidade real e aquela da qual efetivamente se ocupa o sistema oficial de repressão.

Um dos destacados afluentes dessa *cifra negra* é revelado pela *criminalidade do colarinho branco*, conforme expressão cunhada pelo sociólogo norte-americano Edwin Sutherland.¹⁷³ Mais do que um tipo de crime propriamente dito, a *criminalidade do colarinho branco* tem em destaque seu aspecto *subjetivo*, ou seja, relaciona-se à *pessoa* que pratica o fato criminoso, identificada como pertencente às classes de elite.

A seu turno, Michel Foucault lembra que a delinquência própria da riqueza “é tolerada pelas leis, e, quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discrição da imprensa”.¹⁷⁴ No mesmo trilho, Ana Luiza de Almeida Ferro repercute a cumplicidade com que são encarados os desvios penais no “mundo dos negócios” por parte das corporações de mídia, e, sempre na esteira de Sutherland, exemplifica:

Não são apenas os meios de comunicação que protegem os homens de negócios e suas empresas de severas críticas e da estigmatização do crime; também membros da estrutura do Estado o fazem, de que é exemplo a implementação diferencial das leis, como a opção, no contexto ianque, por procedimentos perante o Juízo de Equidade para homens de negócios acusados de concorrência desleal e por procedimentos penais para sindicalistas enfrentando acusações semelhantes.¹⁷⁵

Segundo Rodrigo Strini Franco, Delegado da Polícia Federal brasileira, a questão da *visibilidade* constitui fator fundamental a alimentar as chamadas *cifras douradas* dos criminosos das classes mais abastadas (ou de *colarinho branco*):

cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 50, nota de rodapé 21).

¹⁷³ Ana Luiza de Almeida Ferro historia o surgimento do termo: “Foi o autor [Sutherland] quem introduziu o termo *white-collar crime* (crime de colarinho branco) no mundo acadêmico – em discurso intitulado *The white collar criminal*, proferido à *American Sociological Society* (Sociedade Americana de Sociologia), como seu presidente, em 1939 –, que seria pouco a pouco incorporado à linguagem científica nos Estados Unidos e em vários outros países, a exemplo da França (*crime en col blanc*), da Itália (*criminalità in colletti bianchi*) e da Alemanha (*Weisse-Kragen-Kriminalität*). O seu ensaio sobre o crime de colarinho branco, no universo da criminologia, publicado em 1949, foi a sensação editorial daquela década” (FERRO, Ana Luiza de Almeida. Sutherland – a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. *De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2008, n. 11. p. 144/167).

¹⁷⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 273.

¹⁷⁵ FERRO, Ana Luiza de Almeida. Sutherland – a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. *De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2008, n. 11. p. 164.

A visibilidade da infração dos menos favorecidos é manifesta. A polícia atua em lugares de livre acesso (ruas, praças, supermercados, favelas etc.) e esses locais são em massa frequentados pelas classes sociais menos favorecidas. É lógico que à aquisição da notícia da infração e, por consequência, o início do procedimento investigatório sobrevirá das condutas praticadas pelos miseráveis. Ao contrário, como os membros das classes média e alta passam a maior parte do tempo em lugares fechados, imunizados contra a atuação da polícia (casas e apartamentos, escritórios, clubes de elite, restaurantes e boates de luxo, automóveis privados), há muito mais probabilidade de serem os delitos dos miseráveis "vistos" e registrados pela polícia, do que aqueles perpetrados pelas pessoas de posição mais elevada.¹⁷⁶

Também Orlando Zaccone, Delegado da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, valendo-se de sua experiência profissional, apresenta um quadro que bem exemplifica as questões de *visibilidade* dos *crimes de pobre* e da *seletividade* da atuação dos órgãos de repressão:

No tocante ao delito de tráfico de drogas a seletividade punitiva pode, além da observação empírica, tal como minha passagem pelas delegacias de Jacarepaguá e Barra da Tijuca, ser comprovada pelas estatísticas de registros desse crime nas diversas unidades de polícia judiciária do Rio de Janeiro. Para se ter uma idéia, no ano de 2005, entre os flagrantes lavrados para apurar a conduta de tráfico de drogas ilícitas na Capital e Baixada Fluminense, todas as delegacias da zona sul reunidas, incluindo Botafogo, Copacabana, Ipanema, Leblon e Gávea, somadas à Barra da Tijuca (zona oeste), atingem aproximadamente um terço dos registros realizados somente na 34ª DP, em Bangu [...]. É mais do que evidente que os registros realizados pela polícia não corresponde à realidade da circulação e comércio de drogas ilícitas no Grande Rio; caso contrário, deveríamos acreditar que em Bangu existe um movimento de drogas três vezes maior que em toda zona sul carioca e Barra da Tijuca [...]. Os números, no entanto, revelam algo muito mais concreto do que a própria realidade [...], podemos estudar a opção política do Estado ao tratar da maior demonstração do exercício de poder à sua disposição, ou seja, o encarceramento. A isto nos referimos como seletividade punitiva.¹⁷⁷

Evidencia-se, assim, à luz dos *crimes do colarinho branco*, o enorme abismo existente entre as idéias de criminalidade e criminalização. À criminalidade pode incorrer qualquer um, rico ou pobre, poderoso ou fraco; a *criminalização*, porém, é reservada a alguns, sob o signo da desigualdade e da seletividade.¹⁷⁸

¹⁷⁶ FRANCO, Rodrigo Strini. Criminalidade do colarinho branco como fonte de desigualdade no controle penal. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/10896/10461>>. Acesso em: 10.06.2010.

¹⁷⁷ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 14/15.

¹⁷⁸ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 50.

Há quem distinga ainda uma chamada *cifra cinza*,¹⁷⁹ que seria o contingente de fatos criminosos noticiados (e que integram a estatística oficial), cuja autoria, entretanto, jamais chega a ser esclarecida pelo aparato policial. Estaria tal quantitativo estreitamente relacionado aos “índices de esclarecimentos” de crimes, cujos percentuais são considerados extremamente baixos no Brasil se comparados aos indicativos de outros países, como os europeus.¹⁸⁰

Nesse contexto, o quadro de hipercriminalização legal referido no tópico anterior, como resalta Eugenio Raúl Zaffaroni, evidencia que a “disparidade entre o exercício de poder programado [a partir da lei] e a capacidade operativa dos órgãos [de execução da lei] é abissal”; até porque, se assim não fosse, “produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população”:¹⁸¹

Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizadas, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado [...]. O sistema penal é um verdadeiro embuste: pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce. Além do mais, se o sistema penal tivesse realmente o poder criminalizante programado, provocaria uma catástrofe social [...]. Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis.

Assim, tal como conclui o penalista argentino, “os órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal”.¹⁸² É a própria prodigalidade legislativa

¹⁷⁹ Cf. COSTA, Guilherme. A investigação criminal desenvolvida pelo Ministério Público e o problema das cifras negras. *Revista jurídica do Ministério Público*, João Pessoa, ano1, n.1 [jan.-jun.2007], p.22-34.

¹⁸⁰ Segundo dados apresentados por Guilherme Jacques, Perito Criminal Federal, em entrevista à Revista “Perícia Federal”: “[...] a taxa de elucidação de homicídios no Brasil é de 6% e está entre as mais baixas do mundo [...] Em países onde a legislação na área de DNA está mais avançada, a taxa de elucidação de crimes é bem maior. Na Argentina é de 45%; nos EUA é de 65%; na França é de 80%; e na Inglaterra chega a 90%.” (in Revista Perícia Federal, ano IX, n. 26, jun/2007 a mar/2007, p. 6. Disponível em: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/REVISTA%2026_banco%20de%20dados%20de%20perfis%20gen%C3%83%C2%A9ticos.pdf>. Acesso em: 07/02/2010).

¹⁸¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Armando Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 26.

¹⁸² ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Armando Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 27.

que, em primeiro lugar, fornece o mais rico adubo à formação das *cifras negras* da criminalidade.

Em consequência, os órgãos executivos de criminalização se veem autorizados, em meio à imensurável massa de condutas incrimináveis (praticadas por muitos e a todo tempo), a eleger – por perseguição, demagogia, exposição midiática, patrocínio de poderosos, mero acaso ou qualquer outra forma de arbítrio – os *suspeitos* que efetivamente sofrerão repressão. Enfim: *selecionar* quem deve ser reprimido.

Como se percebe, a expansão da legislação criminalizante permite que os órgãos executivos detenham potencial condição de reprimir qualquer pessoa a qualquer tempo, sendo-lhes franqueado decidir com enorme grau de discricionariedade o momento e o alvo de sua atuação.

De fato, a estrutura do sistema penal foi edificada de modo a que seu poder repressivo seja exercitado em percentual ínfimo das possibilidades de intervenção, decorrendo que “os órgãos executivos têm ‘espaço legal’ para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem”.¹⁸³

Não se duvida que, exatamente ao contrário do que apregoa formalmente a estrutura normativo-constitucional, é o aparato policial que filtra e controla a atuação dos órgãos de persecução jurisdicional. Como revela Orlando Zaccone, opera-se uma completa inversão na hierarquia formal do aparato repressor: “a magistratura e o Ministério Público passam a ter delimitadas as suas faixas de atuação pela polícia, que, na realidade das práticas informais, decide quem vai ser processado e julgado criminalmente”.¹⁸⁴

Essas agências pós-policiais de contenção estatal – detentoras de autonomia e de parcela do poder soberano estatal –, em sua tarefa de interpretar e dar executividade ao ordenamento penal (como visto, não raramente, já iníquo em sua gênese), além de fiscalizar os órgãos de atuação ostensiva, tendo por norte os objetivos e princípios adotados pela Constituição da República, são depositárias de poderosas ferramentas (e expectativas) para corrigir ou minorar as distorções

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Armando Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 27.

¹⁸⁴ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 16.

do sistema criminal, embora, muito ao contrário, terminem, por vezes, revelando-se novas fontes de incoerência, iniquidade e aprofundamento de desigualdades.