

# A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO: UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

*José Roald CONTRUCCI*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Acerca do princípio da igualdade na Constituição Federal brasileira de 1982; 2. Criminalização primária: gênese da impunidade penal; 3. Criminalização secundária: aprofundamento das desigualdades; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** Trata-se de estudo que objetiva demonstrar que afronta o princípio constitucional da igualdade, um dos principais pilares e norteadores de atuação em relação ao qual deveria o Estado Democrático de Direito brasileiro pautar suas ações, a seletividade do atual sistema penal, efetivada por suas instituições da ordem, consideradas em especial, neste estudo, as agências policiais e judiciais. Nesse sentido defendemos que as classes sociais mais abastadas pouco se sujeitam – quando não ficam imunes e ou impunes - aos critérios de seleção do sistema penal brasileiro, ao reverso das classes sociais mais desfavorecidas, que por sofrerem preferencialmente sua atuação, acabam por ser processadas e apenadas, fazendo com que não apenas a população carcerária seja constituída primordialmente por pessoas advindas das classes menos abastadas, como também gerando o sentimento coletivo, especialmente naqueles que integram os estratos sociais menos favorecidos, de que sistema penal pátrio somente atua em seu desfavor.

**ABSTRACT:** This is the study that aims to demonstrate that affront the constitutional principle of equality, one of the main pillars and guiding of expertise on which to the Democratic State of Law Brazilian guide their actions, the selectivity of the current penal system, effective for its institutions of the order, considered especially, in this study, the police and judicial agencies. Accordingly advocate that the classes are exposed little more wealthy - if not become immune or unpunished - the criteria for the selection of the Brazilian penal system, the reverse of the most disadvantaged social classes that suffer preferably by their actions, end up being processed and sanctioned, making not only the population is constituted by people primarily resulting from less wealthy classes, as well as generating the collective sentiment, especially those incorporating the less privileged social strata, that the criminal justice system only works on your patria disadvantage.

---

† Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI. Artigo submetido em 21/03/2009. Aprovado em 21/05/2010.

**PALAVRAS-CHAVES:** Seletividade do sistema penal; Estado Democrático de Direito; Princípio da igualdade

**KEYWORDS:** Penal system of selection; Democratic State of Law; Principles of equality.

### **Introdução**

Objetiva o presente trabalho tecer considerações críticas acerca da inadequação do atual sistema penal brasileiro, considerando que o Estado pátrio deve ter como baliza princípios democráticos, e, por conseqüência, igualitários, já que o princípio isonômico constitui-se em um dos fundamentos do arcabouço da doutrina democrática.

De fato espera-se de um Estado, que por força do artigo 1º de sua atual Constituição Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, um governo do povo e para o povo, com vistas à construção de uma sociedade justa, livre e solidária, conferindo aos seus cidadãos tratamento igualitário não somente perante a lei, mas também na lei, inclusive quando de sua interpretação.

Contudo, esse não parecer ser o caso do Estado brasileiro, pois se verifica na práxis, na maior parte das vezes, quando atuam as suas instituições da ordem, a quem cabe a repressão e o controle da criminalidade e violência, a existência de processo seletivo favorecedor da não-subordinação daqueles que ocupam os degraus mais altos da pirâmide social, em contraposição àqueles que se localizam nas camadas mais baixas da sociedade brasileira, onde a seletividade do sistema penal atua com maior rigor e suas ações são suportadas pelos indivíduos de forma majoritária.

Dessa maneira, como veremos ao longo do trabalho, são justamente as camadas mais carentes da população que sentem, de forma incisiva, os efeitos da seletividade do sistema penal, já que a grande maioria dos delitos que são processados e apenados pelas instituições da ordem, inclusive resultando em algumas oportunidades no aprisionamento de seus autores, referem-se às infrações penais que, nas palavras de ZAFFARONI (2003, p. 47), dizem respeito à obra tosca da criminalidade, aos delitos grosseiros, com fins lucrativos tais como os as infrações penais contra a propriedade (furto e roubo) e o pequeno tráfico de tóxicos, que são cometidos, na maioria das vezes, por pessoas de educação primitiva, oriundas das classes mais baixas.

É sob essa perspectiva, e longe de pretender esgotar a discussão sobre o tema, que o presente artigo procurará analisar de forma crítica a seletividade de nosso sistema penal, procedendo, ainda que de forma concisa, considerações sobre o processo de elaboração das leis penais que incriminam ou permitem a punição de certas pessoas (criminalização primária), e a atuação igualmente seletiva de agentes de aplicação dessas leis penais, em especial por parte dos agentes policiais e os judiciais, que, já na fase da criminalização secundária, quando se dá

a concreta atuação da lei penal, acabam por selecionar as pessoas que sofrerão ou não a atuação da lei penal, de vezes até arbitrariamente, o que resulta, em boa parte das situações, na inadequação de tal tipo de atividade com o princípio constitucional da igualdade, com o seccionamento da sociedade em classes distintas, compostas basicamente por pessoas que se sujeitam e por pessoas que praticamente não se sujeitam à criminalização, inclusive utilizando-se do sistema para ficar impune.

### **1. Acerca do princípio da igualdade na Constituição Federal brasileira de 1988:**

Antes de adentrarmos ao estudo sobre o princípio da igualdade, cumprenos tecer breves considerações sobre o significado e o campo de abrangência dos princípios, em especial dos princípios constitucionais, que se constituem em gênero do qual o princípio isonômico é espécie.

É certo que o conceito de princípio não se presta unicamente à ciência do Direito, mas às ciências em geral. Nesse sentido é a lição de Miguel Reale<sup>1</sup> apud ROTHENBURG (2003, 14-5):

*Princípios* são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidos como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Nesse sentido também leciona André Ramos Tavares<sup>2</sup>, citado por ATCHABAHIAN (2004, p. 38), que:

merece atenção a idéia que os denominados princípios (constitucionais) são normas que consagram valores que se servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico, e irradiam-se sobre este para transformá-lo em verdadeiro sistema, conferindo-lhe a necessária harmonia

Pelas definições acima expostas, podemos afirmar que entre as várias funções dos princípios constitucionais, cabem a eles tanto a função de regular o caso em concreto, ocasião em que atuam como normas, regulando a conduta de seus destinatários, como também comportam os princípios constitucionais a função hermenêutica, a qual deverá servir como limite protetivo contra a arbitrariedade, nas palavras de Edílson Pereira de Farias<sup>3</sup> apud ROTHENBURG (2003, p. 43).

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 60

<sup>2</sup> TAVARES, André Ramos. *Da arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental*. Tese de Doutorado, PUC/SP, 2000, p. 86

<sup>3</sup> FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996, p. 41-2.

Dessa maneira, sendo os princípios constitucionais a síntese dos valores mais caros à ordem jurídica constitucional, temos que toda atividade hermenêutica, em qualquer ramo do Direito Positivado Pátrio, deverá ter como ponto de partida a consideração dos princípios que se acham albergados no texto da Constituição Federal de 1988, uma vez que neles se encontram toda a ideologia de nossa atual Carta Política, seus postulados e seus fins, segundo o escólio de BARROSO (2008, p. 153).

Nessa ordem de pensamento, caberia ao princípio da isonomia (art. 5º., caput e inciso I, da CF/1988), na condição de princípio constitucional geral, limitativo que é do poder Estatal e de conteúdo valorativo ético, segundo BARROSO (2008, p. 158), atuar junto ao sistema penal brasileiro tanto como norma a reger os casos em concreto, como critério absoluto a ser perseguido na atividade interpretativa por todos aqueles que integram referido sistema penal.

Contudo, nessa altura do trabalho, cabe ser feita a seguinte indagação: de qual igualdade estamos agora a tratar: da igualdade formal ou da igualdade material (interrogação).

Isso porque o princípio da isonomia poderá ser compreendido tanto em seu aspecto formal quanto material, ou ainda sob esses dois aspectos, de maneira que a resposta às questões acima formuladas resultará em um entendimento mais restrito ou mais amplo acerca da vontade do constituinte de 1987/1988, que tem, em última análise, o povo como titular de seu poder soberano, haja vista o Estado brasileiro ser um Estado democrático.

Assim, ao dividirmos a igualdade em formal e material, temos que a primeira refere-se à igualdade perante a lei e a segunda à igualdade real, que não comportaria a existência de discriminações.

Sobre o fato de ser a igualdade dividida em formal e material, entendemos que, atualmente, o princípio isonômico não pode ser interpretado de forma restrita, apenas sob o aspecto formal, no sentido de que a ‘igualdade perante a lei’ cinge-se a um tratamento igualitário da lei para com todos os homens que se encontrarem sob o seu campo de incidência, quando da ocorrência de determinado caso concreto.

De fato, filiamo-nos à corrente que defende que o princípio da igualdade objetivado pelo constituinte de 1987/1988 é aquele que também deve ser compreendido em seu aspecto material, considerando os homens em sua concretude, em suas desigualdades, quer sejam elas de ordem cultural, econômica, física, étnica, opção sexual e ou de qualquer outra natureza, para que assim possa servir o princípio isonômico como “um princípio de justiça social”, nas sempre abalizadas palavras de Canotilho<sup>4</sup>, citado por MOURA (2005, p. 34).

Ainda a corroborar tal posicionamento, utilizamo-nos do clássico ensinamento de Rui Barbosa<sup>5</sup>, para quem “a regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam”, e

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

<sup>5</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s. d., p. 72.

também de Robert Alexy<sup>6</sup>, ambos citados por MOURA (2005, p. 45-6), que vaticina: Claro es que el principio de igualdad no puede exigir la igualdad em todas las propiedades naturales y en todas las situaciones fácticas en las que se encuentran los individuos...

Em outras palavras, pensamos que a igualdade não pode ser entendida como um princípio absoluto, bastando a sua compreensão no sentido de que “todos são iguais perante a lei”, para que todos os homens sejam igualados, ignorando-se por completo fatores que na vida real – como p. ex., condição financeira, origem étnica, opção sexual, entre outras - acabam por tornar desiguais os homens.

Nesse diapasão são as palavras de Canotilho<sup>7</sup> *apud* MOURA (2005, p. 44), para quem o princípio da igualdade se consagra não no sentido formal, mas no material, quando trata igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, pois a igualdade pressupõe diferenciações.

Também nessa linha de raciocínio é o posicionamento de Jorge Miranda<sup>8</sup> citado por MOURA (2005, p. 43) que admite para o princípio da igualdade dois sentidos, quais sejam, o positivo e o negativo.

Pelo negativo, haverá a vedação de privilégios e discriminações, enquanto que pelo positivo verificar-se-á a necessidade de ser dado um tratamento isonômico, considerando-se as circunstâncias que evitem a desigualdade e, caso elas existam, que sejam expurgadas pelo próprio legislador, harmonizando-se as normas constitucionais, para que as situações sejam tratadas não apenas como existem, mas como devem existir, obrigando-se, assim, a um nivelamento igual quando existam desigualdades.

Não é por outra razão que o princípio da igualdade se dirige tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei, para que se tenha tanto a criação de um direito que seja igual para todos os cidadãos, como uma aplicação igualitária para todos, observando-se apenas aquelas diferenciações que se fizerem necessárias, para que a lei cumpra o seu papel de instrumento realizador de justiça social.

Não é por outra razão, senão a concretização dos objetivos fundamentais que devem ser buscados pelo Estado brasileiro - CF/1988, art. 3º – em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, é que o princípio da igualdade, uma vez positivado, interessa não somente ao legislador e ao aplicador do direito, mas a todos os homens em suas relações com o Estado e mesmo com os particulares, como muito bem asseverado por MOURA (2005, p. 43).

É sob esse prisma, de estar sendo observado corretamente o princípio isonômico, que estará sendo analisado o atual sistema penal brasileiro, por meio de suas instituições da ordem e dos respectivos agentes que as integram, que exercendo funções de um Estado que se diz ser Democrático, deverá estar a perseguir os

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, 1993, p. 385.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 418.

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV. Coimbra, 2000, p. 239-240

objetivos fundamentais que se encontram esculpidos no art. 3º. de sua atual Carta Política.

## **2. Criminalização primária: gênese da impunidade penal**

Nas palavras de ZAFFARONI (2003, p. 43), o processo de criminalização primária, pode ser conceituado como *o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas*, conforme já afirmado acima, o que evidencia que a seletividade de nosso sistema penal contraria o princípio da igualdade o qual se encontra umbilicalmente ligado à concepção democrática de um Estado, muito embora tal transgressão ao princípio isonômico e à própria democracia procure não apenas revestir-se de legalidade, como também busque sua legitimação perante os operadores do direito e junto da opinião pública.

Senão, vejamos.

Muito embora seja a democracia o governo do próprio povo, verifica-se que hodiernamente deixou a democracia de ser exercida de forma direta, por meio da qual o povo participa diretamente na resolução de suas questões políticas, para ser exercida de forma semi-direta ou indireta, que têm em comum a representação política, ou seja, o fato da vontade do povo ser expressada por meio de representantes eleitos para tanto, salvo em algumas situações em que o próprio povo manifesta diretamente a sua vontade sobre a questão política que lhe é apresentada, como no caso da democracia semi-direta, que prevê instrumentos para tanto, como o referendo, a iniciativa popular e o plebiscito.

Todavia, uma vez eleito o candidato, segundo a teoria do mandato representativo ou livre, adotada desde então pelo Estado Liberal, estabelece-se uma relação de confiança entre o mandante e o mandatário, recebendo este do eleitor poderes para decidir de forma autônoma (BASTOS, p. 135).

Nesse contexto, não podemos deixar de considerar que o fato de que os parlamentares ao selecionarem os fatos que serão sancionados por uma lei penal que incrimine e permita a punição de certas pessoas, vêm a sofrer toda sorte de ingerência por parte de grupos de pressão, por *lobbies*, por segmentos da sociedade que se interpõem entre os governados e governo (quando não é o caso de tais grupos já estarem inseridos nele), que melhor se articulando e se fazendo representar, inclusive elegendo seus próprios representantes, acabam, em regra, a não sofrer os efeitos da sanção penal.

Dessa maneira vemos que as classes mais poderosas, que justamente por possuírem maiores e melhores condições de mobilização, articulação, de formação de opinião, e por melhor “conhecerem as regras do jogo”, tornam-se as grandes beneficiadas perante a legislação penal, quer seja em razão de pouco serem submetidas a ela, quer seja em virtude de serem incriminados, condenados e aprisionados, aqueles que lesam seus interesses.

São fomentadas assim, desde o processo de elaboração das leis penais, as desigualdades sociais, a manutenção de privilégios, visto que a legislação penal passa a servir de instrumento de manutenção do *status* social em que se encontram

aqueles que pertencem nas classes sociais mais altas.

Becker<sup>9</sup>, citado por ANDRADE (2003, p. 209), sintetiza esta dimensão do poder nos seguintes termos:

As diferenças na habilidade para fazer regras e aplicá-las a outras pessoas são essencialmente diferenças de poder (tanto legal como extralegal). Esses grupos cuja posição social lhes dá armas e poder estão em melhor capacidade para implantar suas regras. Distinções em idade, sexo, étnicas e de classe estão todas relacionadas como diferenças de poder. Além de reconhecer que o desvio é criado pelas respostas da gente perante um particular tipo de conduta e por etiquetar esta conduta como desviante, nós devemos também ter em mente que as regras criadas e mantidas por esta etiqueta não são universalmente aceitas. Ao contrário, estas são objetos de conflito e desacordo, parte de um processo político da sociedade.

Afirmado que as classes mais altas se beneficiam do processo legislativo, dentro das regras impostas por um regime pretensamente democrático, que para ser compreendido realmente como um governo democrático deveria ser um governo do povo para o povo, e no qual não seria concebível, portanto, quase como regra geral, os rigores da lei para grande parte desse povo - os menos favorecidos-, enquanto para pequena parte de seu povo - para os mais favorecidos - caberiam os “privilégios” da lei, resta-nos, por fim, considerar quais as condutas que serão selecionadas e criminalizadas primariamente, com maior chance de seu autor sofrer a persecução penal, podendo inclusive aprisionado.

As condutas que podem causar maiores e mais difusos danos sociais, como produtos que são preferencialmente das classes mais poderosas, tendem a ser subestimadas, ou seus autores têm maiores chances de saírem impunes.

É o caso, por exemplo, se temos por parâmetro as condutas previstas na Lei dos Crimes Hediondos de 1990, que não somente representam o melhor entendimento do que seja efetivamente uma conduta delituosa em nosso país, e que portanto devem ser rigorosamente punidas, com aquelas que são tipificadas pela Lei nº 7492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), em especial a conduta de desviar fundos públicos de instituição financeira oficial, que vem a ter a pena máxima legal fixada em seis anos, igual à metade do que é previsto para o crime de peculato previsto no Código Penal, que tem pena máxima em doze anos.

A título de ilustração, expomos dados mencionados por GOMES e BIANCHINI (2002, p. 89), extraídos do jornal *Folha de São Paulo*<sup>10</sup>, e apresentados pelo Banco Central, que demonstram o grande índice impunidade que caracterizam, em regra, condutas praticadas por pessoas pertencentes aos estratos mais elevados da sociedade. São eles:

---

<sup>9</sup> BECKER, H. *Los extraños*. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1971

<sup>10</sup> *Folha de São Paulo*. 17.02.2002, p. B-4.

dos 1.591 processos que investigavam indícios de crimes financeiros, 827 (mais de 50% do total) já foram arquivados pelo Ministério Público ou pelo Judiciário. Outros 5% dos processos levaram à condenação. E outros 578 casos viraram denúncia e ainda estão tramitando na Justiça.

A corroborar o exposto acima, utilizamos as palavras de Zaffaroni<sup>11</sup> e Baratta<sup>12</sup>, citados por ANDRADE (2003, p. 267):

Pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade de suas condutas criminosas. Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desviantes dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados.

Contudo, como bem asseverado por ZAFFARINI (2003, p. 44), muito embora a criminalização primária constitua-se no primeiro estágio de seletividade do sistema penal, ela permanece em certo nível de abstração, já que nunca se sabe a quem caberá de fato, individualmente, a seleção elaborada pela agência política.

A concretude dessa seleção somente realizar-se através da criminalização secundária.

### **3. Criminalização secundária: aprofundamento das desigualdades**

Nessa fase veremos como o Estado, através da ação discricionária de seus agentes, vem não somente a macular o princípio igualitário, mas a seguir caminho diametralmente oposto àquele que deveria percorrer, na busca de realizar alguns dos objetivos fundamentais que o povo brasileiro, através da assembléia nacional constituinte de 1987/1988, acabou por esculpir na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º e incisos, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para que possamos demonstrar tais assertivas, passemos a explanar sobre a criminalização secundária, valendo-nos do pensamento de ZAFFARONI (2003, p. 45/46).

---

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1987..

<sup>12</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del Derecho penal: introducción a la Sociología jurídico-penal*. Tradução por Alvaro Bunester. México: Siglo veintiuno, 1991ª.



Aos agentes de aplicação do sistema penal - judiciário e aparelhos policiais, esse último em especial -, caberá exercer, em segundo momento, a seleção sobre aqueles que serão criminalizados e as vítimas potenciais que deverão ser protegidas.

Essa seleção torna-se obrigatória, haja vista a amplitude do programa de criminalização, em contraposição a limitada capacidade operativa dessas agências.

Essa seleção, contudo, não se realiza de forma aleatória, visto que ela se orienta principalmente por dois fatores.

O primeiro, consiste na ação dos *empresários morais*, que atuando junto às agências políticas, desde a fase da criminalização primária, passam após a agir também perante aos agentes de aplicação do sistema penal, dos quais o mais importante constitui-se a polícia, até porque, no mais das vezes, realiza de forma primeira e mais constante a seleção que se verifica na criminalização secundária.

Esses *empresários morais* podem ser, por sua vez, um comunicador social, um político em busca de admiradores, uma organização que reivindica os direitos das minorias, de um grupo ou classe social etc.

O segundo fator que condiciona a seleção criminalizante guarda relação quanto as limitações operativas às quais estão condicionadas as agências de aplicação. Em palavras mais simples, dadas as limitações que sempre cercam as agências de aplicação do sistema penal, procuram elas acabar por fazer aquilo que é mais simples.

Assim, ainda nas palavras de ZAFFARONI (2003, p. 46), a regra geral da criminalização secundária, pelas agências de aplicação do sistema penal, se traduz na seleção:

a) por fatos burdos ou grosseiros ( a *obra tosca da criminalidade*, cuja detecção é mais fácil), e b) de pessoas que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva). No plano jurídico, é óbvio que esta seleção lesiona o princípio da igualdade, desconsiderando que todos os homens deveriam ser iguais, não apenas perante a lei, mas também na lei. O princípio constitucional da isonomia (art 5.º, CF;1988) é violável não apenas quando a lei distingue pessoas, mas também quando a autoridade pública promove uma aplicação distintiva (arbitrária) dela.

Dessa maneira, verificamos que aqueles que tem maiores possibilidades de serem selecionadas como criminosos, pela realização de delitos grosseiros, são justamente as pessoas que advém das classes mais desfavorecidas, que deveras se ressentem de uma efetiva atuação positiva e profícua do Estado, nas áreas de educação, saúde, habitação, segurança, trabalhista, entre outras.

É nessa esteira que se desenvolve o raciocínio de BARATTA (2002, p. 165):

As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da

escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são característicos dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia *liberal* contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base que o *status* de criminoso é atribuído.

Ante tais fatos, e segundo ANDRADE (2003, p. 267), temos que o sistema penal se dirige contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime.

É também o que corrobora BARATTA (2002, p. 162), para quem o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos.

Afora a condição socioeconômica desfavorável que é peculiar às classes sociais mais baixas, e que, por conseqüência, a tornam mais vulneráveis a serem potencialmente classificadas como criminosas, soma-se o fato de que os autores de delitos grosseiros, tais como furto, roubo, pequeno tráfico, por exemplo, não tem acesso aos meios de comunicação social, que justamente vem a dar ampla publicidade a tais delitos.

Outra não poderia ser a conseqüência, senão a criação de estereótipos<sup>13</sup>, sobre os quais, na lição de ZAFFARONI (2003, p. 46), por se tratarem de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de *preconceitos*, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinqüente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos, motivo pelo qual o estereótipo acaba sendo o principal critério da criminalização secundária.

Esse papel do estereótipo é de grande importância na atividade das agências policiais, que acaba por refletir a concepção pública sobre a imagem do suspeito, personagem esse que, segundo CALDEIRA (2003, p. 319), caberia especialmente aos negros e aos pobres.

Esse método de *estereotipação* para solução dos delitos, amplamente utilizado pela polícia, também foi constatado por PAIXÃO<sup>14</sup>, citado por CARVALHO (1999, p. 313), e pelo qual se a teoria manda ir do crime ao criminoso, a prática policial corre ao contrário, isto é, parte do criminoso para chegar ao crime. Nesse sentido, o policial tem uma clientela marginal de onde ele vai tirar o autor do crime, ou chega ao autor através desta clientela.

---

<sup>13</sup> in ANDRADE (2003, p. 269, nota de rodapé 16). Os estereótipos, designados por Kar-Dieter Opp e <sup>a</sup> Peukert por *Handlungsleitenden Theorien* (teorias dritivas da ação) e por W. Lippman (considerado o primeiro a refletir de forma sistemática sobre eles) por *pictures in our minds* (imagens em nossa mente) são construções mentais, parcialmente inconscientes que, nas representações coletivas ou individuais, ligam determinados fenômenos entre si e orientam as pessoas na sua atividade quotidiana, influenciando também a conduta dos juízes. A respeito, ver Dias & Andrade, (1984, pp. 347-8 (e nota 181), pp. 388-9 e 553) e Schur, (1971, pp. 40 *et seq.*).

<sup>14</sup> PAIXÃO, Antonio Luiz. A organização policial numa área metropolitana. *Dados, Revista de Ciências Sociais* 25/1, RJ, 1982

Somente a título de ilustração da força que exercem os estereótipos sobre a ação policial, JÚNIOR (1999, p. 334), colaciona dados apresentados em Editorial do IBCCrim<sup>15</sup>, de seguinte teor:

A polícia Militar do Estado de São Paulo, no primeiro dia de sua ‘Operação Tolerância Zero’ retirou 40 homens da rua. Todos mendigos, vadios ou ‘suspeitos’, portanto com a cara de delinquentes. Trinta e seis deles eram negros; quatro brancos (segundo o IBGE 57% da população paulista é de brancos, para 43% negros). Só dois deles tinham passagem pela polícia.

Nesse item, cabe ressaltar que esse processo seletivo efetuado pela agência policial, aliado a tão decantada violência policial e a outro desvio funcional, qual seja, ao da corrupção, distanciam ainda mais pobres e ricos, quando da aplicação da lei penal, provocando verdadeiro sentimento de impunidade por parte dos mais poderosos e de desigualdade entre os mais fracos, para quem a lei penal realmente atua.

Sob o pretexto de corroborar tal afirmação, citemos os resultados apresentados por MINGARDI<sup>16</sup>, que trabalhou como investigador de polícia numa delegacia de bairro na periferia de São Paulo durante 1985 e 1986, e que são assim deduzidos por CALDEIRA (2003, p. 107):

De acordo com Mingardi, as principais regras sobre tortura entre os policiais civis de São Paulo são as seguintes: 1) a maneira correta de torturar é o pau-de-arara, porque outras formas podem deixar marcas. Mingardi declarou que aprendeu essa lição na Academia de Polícia (1992: 55-6); 2) pessoas das classes altas e aquelas que não têm antecedentes criminais não devem ser torturadas (1992: 56); e 3) uma pessoa com antecedentes criminais e dinheiro não é torturada, se pagar por sua libertação já de saída (1992: 56-7). Pessoas com dinheiro podem sempre evitar acusações legais. Como resultado: “Quem apanha é pobre; colarinho branco não apanha, faz acerto”, como diz um dos seus informantes (1992: 57). Além disso, aqueles que não podem pagar correm o risco de acabar com acusações legais. “Em um crime que envolva pessoas de classes diferentes, o peso da justiça policial cairá geralmente sobre a parte mais pobre”, conclui Mingardi (1992: 178, grifo do original).

De toda a maneira, e ainda que não associemos a violência e a corrupção ao ato de seleção realizado pela polícia, temos que a seletividade efetivada pelas agências policiais, baseada em estereótipos (pobres e pretos, em regra, conforme afirmado acima) que se encontram mais facilmente em pessoas pertencentes às

---

<sup>15</sup> Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim n. 53, abr. 1997, Editorial.

<sup>16</sup> MINGARDI, Guaracy. (1992) *Tiras, gansos e trutas: cotidiano e reforma na Polícia civil*. São Paulo: Scritta.

classes mais desfavorecidas, acabará, por consequência, ao gerar um maior número de condenações criminais e aprisionamento de pessoas pertencentes a esse estrato social.

Nesse sentido é também a afirmação de ZAFFARONI (2003, p. 51), segundo o qual as agências judiciais limitam-se a resolver os poucos casos pelas policiais e, finalmente, as penitenciárias recolhem algumas pessoas entre as selecionadas pelo poder das agências anteriores.

Essa consequência pode ser constatada empiricamente através dos dados obtidos na análise BRANT<sup>17</sup>, citado por CALDEIRA (2003, p. 108), que conclui que

a população carcerária do Estado de São Paulo mostra claras distorções em relação à população negra. Enquanto as pessoas classificadas como brancas correspondiam a 75% da população do estado de São Paulo em 1980 (Censo), a população branca nas prisões era de apenas 47,6%. Para a população negra e mulata as porcentagens eram de 22,5% da população e 52% nas prisões.

Tais consequências também puderam ser observadas no relatório científico elaborado pelo Departamento de Ciências Políticas e Econômicas da UNESP – Campus de Marília, SP, em julho de 2001, intitulado “Geografia do Crime: análise dos espaços de crimes, criminosos e das condições de vida da população de Marília, SP”, em especial no tópico destinado a estudo da população carcerária, pesquisa esta realizada no 2º semestre do ano de 1995, na Casa de Detenção de Marília, SP, que verificou que para uma população carcerária de 520 presos, acabaram por ser analisadas 209 fichas cadastrais, equivalente, portanto, a 40,2% do total.

Sobre os criminosos que cumpriam pena naquele período, foram apurados os seguintes resultados, que serão expostos logo abaixo, e que redundaram na formulação de alguns questionamentos que não poderiam ser de outro teor, ante os dados verificados. Vejamo-os:

A população carcerária compunha-se predominantemente de não-brancos (71%), sendo 46% e pardos e 25% de negros, e com educação elementar;

- Apenas 5% dos presos possuíam bens econômicos de valor significativo (no Estado de São Paulo era apenas 1%, conforme Censo Penitenciário realizado em 1994);
- Nenhum preso declarava imposto de renda (no Estado, 1%);
- 95,2% recebiam assistência jurídica do Estado (no Estado eram 95%).

Detalhes estes que provocaram questionamentos segregacionistas e algumas especulações:

---

<sup>17</sup> BRANT, Vinícius Caldeira. *O trabalhador preso no estão de São Paulo (passado, presente e expectativas)*. São Paulo: Cebrap, manuscrito.

- 1º. Os criminosos provêm, realmente, das categorias sócio-econômicas mais baixas;
- 2º. Rico não comete tanto crime ou não vai para a cadeia;
- 3º. Os pobres são tal mal assistidos, juridicamente, que são os únicos que permanecem presos.

Vê-se, assim, que se revelam e se reproduzem igualmente no âmbito das agências judiciais as conseqüências que recaem sobre as pessoas que personificam o estereótipo na seletividade concretizada primeiramente, em regra, pela polícia.

Se assim não fosse, outras seriam conclusões de ADORNO<sup>18</sup>, em trabalho que teve como objeto crime, justiça penal e desigualdades jurídicas verificadas nos âmbitos dos tribunais, e que são colacionadas por CARVALHO (1999, pp. 315-6) e ora reproduzidas

A conclusão de Adorno é que há diferenças nos julgamentos e nas condenações de brancos e de negros. “Se o crime não é privilégio de classe, a punição parece sê-lo”.

O fato é que Adorno conclui que as desigualdades na sociedade não adentram os tribunais revestidas de um direito que lhes assegure a igualdade e um consenso entre as diferenças, mas, antes, somam-se aquelas desigualdades (sociais e econômicas) a outras tantas próprias do ambiente judiciário, penalizando de forma mais severa certos grupos: negros, migrantes e pobres em geral. Socioeconomicamente prejudicados, eles também são tratados de forma desigual na casa onde todos deveriam ser formalmente iguais.

Sob essa perspectiva, encontramos um ambiente de tensão democrática, pois se é notório que o Brasil, em especial a partir de sua Constituição federal de 1988, vive momentos de expansão quanto aos direitos políticos de seus cidadãos, também é correto afirmar que paradoxalmente haja uma resistência de determinados setores da sociedade, que de forma consciente ou inconsciente, agem de forma a não reconhecer o direito dos demais componentes da sociedade em serem tratados de forma isonômica, sem qualquer tratamento discriminatório por motivos de raça, cor, religião, ideologia, posição social ou outros que possam afetar a dignidade da pessoa humana.

A desigualdade social, aliada ao sentimento nutrido pelas classes mais baixas de nossa sociedade, no sentido de que a seletividade de nosso sistema penal somente serve para apená-los e aprisioná-los, em contraposição à garantia de impunidade às classes mais abastadas, acaba por gerar a convicção de não ser possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, até porque o Estado,

---

<sup>18</sup> ADORNO, Sérgio. *Crime, justiça penal e desigualdade jurídica*. As mortes que se contam nos tribunais de júri, in *Revista da USP* 21, mar./maio 1994

ao ser ineficiente quanto a efetiva redução das desigualdades sociais, adiciona ainda a desigualdade jurídica no tratamento de seus cidadãos.

Assim, ao estar o Estado descumprindo com o seu fim imediato, que é o de manter a ordem sócio-ético-jurídica, e também seu fim mediato, que é o de estabelecer, para todos, indistintamente, condições propícias tendentes à realização dos imperativos naturais da pessoa humana (MALUF, 2003, p. 282), torna-se responsável, ao mesmo tempo, pela criação de fatores que induzem à prática do crime, e pela deslegitimação de suas instituições da ordem quanto ao controle e repressão ao crime.

Nesse sentido, é a conclusão de CALDEIRA (2003, p. 98), no tocante a moradores de determinados bairros de São Paulo, quando da realização de pesquisa feita sobre crime e violência na cidade de São Paulo, feita entre 1988 e 1998, e que ora se expõe

Para os moradores do Jardim das Camélias e da Mooca, as pessoas desfrutam do privilégio de estar acima da lei e da sociedade porque sua posição social garante que elas não serão punidas. A percepção dessa desigualdade adicional, que perverte as classificações e os contratos sociais, está no centro do total pessimismo que muitos moradores de São Paulo sentem a respeito das possibilidades de criação de uma sociedade mais justa no Brasil. Como é difícil impor a ordem por meio das instituições existentes, que são incapazes de controlar o mal e portanto de construir uma sociedade melhor, as pessoas sentem que estão constantemente expostas às forças naturais do mal e ao abuso daqueles que se colocam acima da lei. Para se proteger, elas têm de confiar em seus próprios meios de isolamento, controle, separação e distanciamento.

Em reforço a argumentação acima expendida, temos também a conclusão de Paixão<sup>19</sup>, retratada por CARVALHO (1999, P. 312), de seguinte teor

A análise de dados sobre crime e criminosos de Belo Horizonte revela o que já sabíamos – uma clara associação entre marginalidade social e comportamento criminoso. Ela contribui, portanto, para reforçar empiricamente a idéia da afinidade entre pobreza e desvios nas grandes cidades. Oprimidos pela miséria, experimentando intensas desigualdades e contidos na realização de suas aspirações pelas barreiras de classes, favelados, desempregados, trabalhadores não especializados e outros contingentes da marginalidade urbana são atraídos para atividades criminosas na medida em que percebem os ganhos do crime como superiores em relação aos benefícios de atividades legais.

---

<sup>19</sup> PAIXÃO, Antônio Luiz. *Crimes e criminosos em Belo Horizonte, 1932-1978. Crime, violência e poder*. Pinheiro, P. S. (org). São Paulo: Brasiliense, 1983.

## Considerações Finais

A seletividade do sistema penal brasileiro aprofunda as desigualdades já existentes na sociedade brasileira, pois, principalmente ao concretizar a criminalização secundária, torna perceptível a sensação de existirem dois “Brasis”, sendo que enquanto em um deles, no mais abastado, seus cidadãos são colocados a salvo da atuação do sistema penal, ficando inclusive impunes em relação aos delitos que cometem, no outro Brasil, no mais desfavorecido, seus cidadãos acabam por ser aqueles que potencialmente serão alvos da seleção criminalizante, sendo processados, apenados e por vezes mandados aos estabelecimentos prisionais.

Evidente que tal quadro ofende os princípios da igualdade e democrático, à vista do Estado, através de suas instituições da ordem, deixar de tratar seus cidadãos de forma equânime perante a lei e na lei.

De igual sorte, a seletividade que hoje é peculiar ao sistema penal brasileiro acaba por deslegitimar tanto as instituições da ordem, como responsáveis pela repressão do crime e violência no Brasil, como, por derivativo, deslegitima o ambiente democrático, já que a democracia legitima-se pelo modo pelo qual ela trata as pessoas que vivem no seu território, conferindo-lhes idênticos direitos fundamentais, inclusive quanto ao seu gozo, sem discriminações que não sejam aquelas tidas e conferidas apenas como necessárias à realização do bem comum de todos.

Assim, e somente a pretexto de sugestão, temos que para que o Estado legitime a seletividade de seu sistema penal, se faz necessária, em virtude da amplitude do programa penal e da não-proporcional operatividade de suas instituições da ordem, que essa seleção seja feita levando em consideração apenas os valores e bens que interessam à toda a sociedade, e ainda mais, que quando da concreção da seletividade, não seja esse resultado do uso praticamente exclusivo de estereótipos, que em regra se acham nas classes mais baixas, tratando assim de forma igualitária todos os cidadãos que devem se submeter ao sistema penal brasileiro.

E ainda nesse sentido, para que seja legitimado o sistema penal, quer no controle ou na prevenção do crime, é necessário que de igual forma o Estado atue no intuito de reduzir as desigualdades sociais, pois conforme bem reproduzido por SWAANINGEN (2003, p. 116), o plano de política do Ministro da Justiça Holandês, em 2001, a respeito da prevenção e luta contra o crime, argumenta:

Controle do crime começa com prevenção. Em senso geral, é sobre a melhora de educação, emprego, taxas com a sociedade. Todo o tom é que devemos primeiramente tentar fazer alguma coisa sobre as causas do crime e tentar solucionar os problemas no contexto onde acontecem e se estas tentativas falharem devemos partir às sanções de exclusão.

Se, contudo, o cenário nacional é desalentador, à vista do aumento da criminalidade, das constantes notícias sobre o desrespeito por parte de nossos mais altos representantes com a coisa pública, envolvendo escândalos sobre corrupção, CPIs que acabam em nada, em um verdadeiro mar de lama, não podemos

esquecer que é também de nossa responsabilidade a construção de uma sociedade melhor, e que podemos e devemos cobrar do Estado, através de seus agentes, a responsabilidade que têm em atuar em favor de toda a sua sociedade, e não somente em benefício de parte dela, pois esse é o seu fim primeiro de todo Estado que se diz Democrático de Direito.

Se isso é utopia, acreditamos que ela deva assim ser perseguida, razão pela qual acabamos por nos valer das palavras de GALENO<sup>20</sup>, citado por FRANCO (2000, p. 136):

*Ela está no horizonte, me aproximo dois passos  
E ela se afasta dois passos.  
Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos.  
Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei.  
Para que serve, então, a utopia ?  
Serve para isso, para fazer caminhar.*

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6<sup>a</sup>. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de teoria do Estado e ciência política. São Paulo: Celso Bastos Editora Ltda, 2004.

BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, n. 39, abr.jun. 2000, p. 51-64.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Cidade de muros. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2<sup>a</sup> Edição, 2003.

CARVALHO, Glauber Silva de. Um breve panorama da teoria sobre violência criminal urbana no Brasil. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, n. 27, jul.set. 1999, p. 309-326.

---

<sup>20</sup> GALENO, Eduardo. *Las palabras andantes*. Montevideo: Del Chancito, 1193, p. 310.



DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2003.

FELIX, Sueli Andruccioli (Coordenadora Geral). Geografia do Crime: análise dos espaços de crimes, criminosos e das condições de vida da população de Marília, SP. Trabalho científico elaborado pelo Departamento de Ciências Políticas e Econômicas da UNESP – Campus de Marília, SP, em julho de 2001, disponível em [http://www.guto.marilia.unesp.br/relatorios/relat\\_geral\\_pesquisa\\_1.pdf](http://www.guto.marilia.unesp.br/relatorios/relat_geral_pesquisa_1.pdf), acessado em 20 de março de 2008.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, n. 31, jul.set. 2000, p. 102-136.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. O Direito Penal na era da globalização. São Paulo: RT, 2002.

JÚNIOR, Hédio. Direito penal em preto e branco. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, n. 27, jul.set. 1999, p. 327-338.

MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. A finalidade do princípio da igualdade: a nivelção social – interpretação dos atos de igualar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Segunda tiragem. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

SWAANINGEN, ené van. Controle do crime no século XXI – analisando uma nova realidade. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 11, n. 42, jan.mar. 2003, p. 103-120.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e BATISTA, Nilo. Direito penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro: Revan, 223. 2ª edição.

