

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**  
**FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”**

**A SELETIVIDADE PUNITIVA E O SISTEMA PENAL PÁTRIO FRENTE À  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.**

Discente: Otávio Henrique R. Carvalho

Orientador: Prof. Me. Karlos Alves Barbosa

**RESUMO:**

O presente artigo aborda a inobservância do sistema penal brasileiro frente a preceitos norteadores do Estado Democrático de Direito. Verifica-se que inúmeros princípios constitucionais não estão sendo devidamente atendidos, uma vez que a seletividade punitivista se tornou uma realidade na justiça criminal, que etiqueta determinados indivíduos conforme explica a Teoria Labeling Approach. Esta seletividade ocorre em vários setores do sistema penal, desde a atividade do legislativo, a ação policial até a função judiciária, os efeitos desta criminalização ordenada refletem de forma extremamente danosa na vida dos “alvos” do sistema penal. Dado isso, os instrumentos de controle social formal que tem como razão de ser a resolução ou redução de problemas sociais, passam a reproduzir ainda mais a violência e desigualdade social. No que tange a à metodologia, utiliza-se literatura pertinente ao tema, em determinada legislação brasileira e a verificação de dados relativos ao sistema penal. Por sua vez, o método descritivo-exploratório crítico foi eleito para a verificação da seletividade do sistema penal. Constata-se que no sistema penal, há uma forte tendência indevida que favorece aqueles sujeitos próximos ao centro de poder, ou seja, aqueles não branco e de classe social mais abastadas, prejudicando gravemente aqueles sujeitos a margem da sociedade, e, conseqüentemente, observa-se um claro confronto com garantias constitucionais do Estado brasileiro.

**Palavras-chave:** Sistema Penal. Labelling Approach. Seletividade Punitivista. Principiologia. Descumprimento.

**ABSTRACT:**

This article discusses the non-observance of the Brazilian penal system on guiding precepts of the Democratic State of Law. A multitude of constitutional principles are not appropriately fulfilled, since punitive selectivity has become a reality in criminal justice, which labels certain individuals, as explained by the Labeling Approach Theory. This selectivity occurs in various segments of the penal system, from the Legislative's activity to police action to the Judiciary function. The effects of this ordered criminalisation are extremely detrimental to the "targets" of the penal system. Given this, the instruments of formal social control, which exists for the resolution or reduction of social issues, starts to further reproduce violence and social inequality. Regarding the methodology, it was used the adequate bibliography for the theme, specific Brazilian legislation, and a review of penal system data. On the other hand, the critical descriptive-exploratory method was elected for the verification of the selectivity of the penal system. It was established that the penal system has a strong improper tendency to beneficiate those close to the centre of power, that is the non-white and higher social class, gravely hindering those at the margins of society, and, consequently, an evident conflict with the constitutional guarantees of the Brazilian State.

**Keywords:** Penal system. Labelling Approach. Punitive selectivity. Principles. Violation.

**INTRODUÇÃO**

Comumente é observado na atual conjuntura da sociedade brasileira discursos de ódio sobre várias temáticas, que perpassam desde debates de cunho político como a polarização de dois extremos diametralmente opostos, até divergências religiosas que extrapolam o limite do tolerável. Para toda esta intolerância de inúmeras naturezas, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 busca apresentar alguma proteção aos ofendidos ou remédio, nos exemplos citados acima, há previsão Constitucional, mais especificamente em seu artigo 1º inciso V, que garante o pluralismo político na República Federativa brasileira, e encontra-se no artigo 5º, inciso VI, a garantia da liberdade religiosa. Não há pretensão neste artigo aprofundar em debates relativo à laicidade estatal, ou sobre a polarização política que assola o país a alguns anos, mas torna-se clarividente a tentativa do constituinte em estabelecer um Estado

Democrático de Direito, conforme extrai-se da base axiológica presente no preâmbulo da Carta de 1988.

O Direito Penal e seus institutos devem, como todos os outros ramos do ordenamento jurídico, observar os preceitos da Constituição Federal de 1988. No entanto, a problemática deste trabalho, em contraste a isso, tem como objetivo evidenciar, uma grave falha, representada pela seletividade punitiva do sistema penal e como este fenômeno se desenvolve na sociedade. Portanto, a finalidade deste estudo é verificar a aplicabilidade deste ramo do direito na sociedade, sob o prisma crítico, a partir de uma investigação sobre a seletividade presente no sistema penal e suas possíveis repercussões constitucionais e na realidade social.

Com relação a metodologia, o estudo está amparado em literatura relativa ao tema, na própria legislação brasileira e na verificação de dados publicados relativos ao sistema penal. Por seu turno, o método descritivo-exploratório crítico foi eleito como capaz de verificar a seletividade presente no sistema penal em foco e o possível confronto com a Constituição Federal de 1988. Dadas as generalidades, para inaugurar o debate, inicia-se a discussão com algumas reflexões sobre o Direito Penal, explanação sobre o sistema penal e a principiologia constitucional penal atinente ao tema, após adentra-se na análise conceitual da seletividade punitiva, seguido pela verificação de dados e legal com enfoque na Lei 11.343 de 2006, chamada de Lei de Drogas, para a possível constatação da existência do comportamento seletivo punitivo do sistema penal brasileiro, para então, a conclusão do debate.

## **1. REFLEXÕES SOBRE O DIREITO PENAL**

O Direito Penal é um ramo do direito que não se encontra escuso ou alheio aos preceitos constitucionalmente postos. De maneira indubitável, o direito penal é o mais rígido dos controles sociais existentes, é um instrumento intervencionista que tem a legitimidade de interferir diretamente na esfera da liberdade das pessoas. Pois bem, cumpre destacar a extrema necessidade de tal ferramenta do Estado, não há falar em inutilidade de regras, pois elas são indispensáveis para a vida pacífica e viável em sociedade.

Em tempo, entende-se que os outros meios de controle social, utilizados para atingir a almejada paz pública, aqueles informais, como crença, família, costumes e outros, não se fazem suficientes para viabilizar o bom convívio em sociedade, de certa forma, a legislação, ou melhor, o direito posto, apresenta meios mais eficientes, e se caracteriza como controle social formal. É certo, então, que há necessidade de regras e, também, a necessidade da garantia de cumprimento destas regras para o bem de todos.

No entanto, não raras vezes, observa-se na mídia, que também representa forte controle social, um crescente discurso hiperbólico no qual apresenta o direito penal como a grande solução de todos os problemas sociais, propondo mais rigor e incitando a falácia sobre o endurecimento de penas como remédio social. Todavia, o direito penal com todo o seu rigor, não pode e muito menos foi pensado para resolver todos os problemas sociais, além de ter como um de seus objetivos, regular o poder punitivo do Estado, deve ainda observar seu *status* subsidiário, isto é, deve ser entendido como a última opção, o último instrumento de aplicação no plano prático, ou ainda, deve ser utilizado quando não restar outro meio menos danoso para a resolução do problema, aí então, o direito penal é acionado. Em resumo, o direito penal é a *ultima ratio*, assim é justificado visto que, é sem dúvidas o ramo do Direito que possui maior intensidade em seus meios de coação, com penas e medidas de segurança, desta forma, caracteriza-se como a ferramenta de controle social que mais se aproxima, de maneira legítima, de um confronto com os direitos fundamentais da pessoa.

Atestada sua extrema importância existencial combinado com a necessidade de cautela em sua aplicação, a função do direito penal pode ser traduzida na tutela de bens jurídicos. Mister destacar que não são todos os bens jurídicos que recebem proteção direta do Direito Penal, somente aqueles que possui substrato constitucional e maior relevo social. Noutros termos, para a proteção de tais bens jurídicos essenciais, o legislador utiliza de critérios subjetivos, carregadas de interesse sociais, todavia, a fonte desta seleção legislativa para atribuir a proteção dos bens jurídicos ao Direito Penal encontra amparo na Constituição Federal. O exercício do legislador recai também, mas não somente, em verificar a necessidade de proteção pelo Direito Penal, este será eleito como protetor somente nas hipóteses mais graves, quando realmente nenhuma outra esfera do direito pode cumprir o papel de proteção a dado bem jurídico.

Ademais, o Direito Penal deve ser aplicado de forma igualitária, conforme preceitua a Magna Carta, com justiça e de forma proporcional a quem o viole. Como de praxe, a teoria é sempre bela e contagiante. Contudo, com um olhar mais atento para a realidade social e a aplicação concreta do Direito Penal, começa a surgir inquietudes sobre sua aplicação e a boa observação ao texto constitucional.

Veja bem, ao que parece, há na realidade, a presença de uma seletividade punitiva do sistema penal brasileiro, ou seja, de forma velada no plano teórico e escancarada no plano prático, pode ser notada um processo de criminalização de determinados situações e sujeitos, pertencentes a sociedade, que acabam se tornando alvos do sistema penal, alimentando desta maneira, interesses de classes sociais mais abastadas e prejudicando, vezes mais, aquelas outras,

com leis e ações cada vez mais seletivas e intensificada por programas midiáticos sensacionalista, que em nome de um bem maior, instigam cada vez mais um Direito Penal demasiadamente rígido e próximo ao que idealizou Jakobs como veremos posteriormente.

É certo que debates sobre esta seletividade punitivista deve ser encarado com zelo, pois afirmações sobre a existência desta prática, gera descrédito ao sistema penal e inclusive a preceitos estabelecidos na Constituição Republicana do Brasil e não somente a estes diplomas, como todo o ordenamento jurídico pode ser maculado e entendido sem o valor que lhe é devido.

## 2. O SISTEMA PENAL PÁTRIO

Em todas as configurações de sociedade atual, vê-se a existência de algum tipo de controle social mais rígido, dotado de coação, de poder de punir, legitimado na maioria das vezes pela necessidade da manutenção mínima da ordem social. Em verdade, o regramento imposto a sociedade não é novidade, e, é um importante pilar para a vida harmônica na sociedade, para melhor aplicação não restou opções além de atribuir ao Estado a manutenção do ordenamento jurídico, para Thomas Hobbes (2011, p.62):

Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens. É desta instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido.

E mais à frente o mesmo autor continua (2011, p.63):

Em sétimo lugar, pertence à soberania **todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e eis as ações que pode praticar, sem ser molestado por qualquer de seus concidadãos: é a isto que os homens chamam propriedade. Porque antes da constituição do poder soberano conforme já foi mostrado todos os homens tinham direito a todas as coisas, o que necessariamente provocava a guerra.** Portanto esta propriedade, dado que é necessária à paz e depende do poder soberano, é um ato, se poder, tendo em vista a paz pública. (grifo próprio).

De forma menos primitiva, o povo concede realmente poderes a representantes, por meio de instrumentos democráticos e a partir disso, o Estado se desenvolve com a soberania que lhe é devida e assegurada. No Brasil, por óbvio, o sistema penal pode ser entendido como um tipo de controle social punitivo estatal, que se faz presente deste a suspeita de prática de determinado ilícito até a possível execução da pena, nas palavras de Eugênio Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.65):

Chamamos de “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de “sistema penal” em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução penal.

Na linha de Zaffaroni e Pierangeli, o Sistema Penal pode ser dividido em três diferentes seções, quais sejam, a policial, judicial e o executivo, para eles então (2011, p. 67):

Trata-se de três grupos humanos que convergem na atividade institucionalizada do sistema e que não atuam estritamente por etapas, posto que têm um predomínio determinado em cada uma das etapas cronológicas do sistema, podendo seguir atuando ou interferindo nas restantes. Assim, o judicial pode controlar a execução, o executivo ter seu cargo a custódia do preso durante o processo, o policial ocupa-se das transferências de presos condenados ou de informar acerca da conduta do liberado condicional.

Nesta mesma linha da obra de Zaffaroni e Pierangeli, ainda deve ser levado em consideração dois importantes componentes do sistema penal, que são o legislativo e o público, este último nada mais é do que os cidadãos que compõem a sociedade. Para eles o legislativo cumpre importante papel no sistema penal, visto que ele configura seu funcionamento. Já o público, atua neste sistema, fazendo-o funcionar através de denúncias, o que chamam de delação.

Por vezes, encontramos divisões outras do sistema penal, como a do Direito Penal objetivo e subjetivo; na qual o primeiro é demonstrado a partir do conjunto de normas jurídicas que são responsáveis pela definição dos crimes, e suas respectivas cominações legais, integram essa divisão aquelas normas paralelas que completam ou coordena a aplicação da norma incriminadora; já o segundo, é demonstrado a partir do direito de punir estatal, que representa uma opção do Estado, mas apenas quando a norma atribui esta possibilidade, não é uma faculdade totalmente discricionária. Conforme espera-se, há contundentes críticas a este plano de direito penal subjetivo, visto que, ao contrário do que se expõe como uma faculdade do Estado, este por meio do seu Poder Soberano deve impor aquilo que prevê a lei, assim, o que se espera, é a verdadeira aplicação das devidas sanções para a manutenção do convívio social e garantia da ordem e da segurança jurídica.

Em primeira análise, surge a ideia de que há justiça e eficiência no sistema. É apresentada, um ciclo sistemático, no qual o sujeito que comete um ilícito é submetido, ou seja, após o cometimento do delito se tem a investigação, viabilizada pelo Inquérito Policial, após o membro do Ministério Público apresenta denúncia ao juiz, e a partir disso, é instaurado devido processo legal, julgado e condenado, o réu pode interpor recurso, e todas as outras etapas

próprias do sistema. O discurso do sistema penal se funda na retribuição e a ressocialização, assim, é vendido como igualitário e justo, aplicando a todos na medida de suas condutas.

Firma-se, portanto, que o sistema penal funciona em um plano social, como ferramenta de controle social formal, e o Estado por sua vez, através de leis e sanções previamente estabelecidas pune aqueles indivíduos que pratique condutas contrárias aquelas estabelecidas. Em outras palavras, o Direito Penal almeja a proteção de bens jurídicos essenciais ao bom funcionamento da sociedade, para Guilherme Nucci (2017, p. 51), “o sistema penal, envolvendo crime e pena, ergue-se em torno do bem jurídico eleito para ser amparado e protegido, conforme seu grau de importância”. Sobre bem jurídico, analisa-se a seguir.

## **2.1. A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS**

Por bens jurídicos, a noção deste instituto pressupõe a existência de um relevante valor social, com fulcro constitucional, de determinado objeto, que por sua vez, pode ser material ou imaterial. E contínuo, o bem jurídico é determinado como tudo o que no entendimento do legislador tem imprescindível valor e representa fator decisivo para a boa convivência e manutenção social. Claus Roxin inicia a discussão sobre o tema em sua obra ponderando que “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal” (2009, p16), ou seja, para o autor é necessário que haja limites impostos relativos a atuação do Direito Penal, que aquele objeto que não for alcançado, não for validado como bem tutelado neste ramo do direito, por este não deve ser alcançado. E Roxin continua mais a frente (2009, p.17):

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla.

Claus relembra a concepção ideológica do contrato social, visitado anteriormente sob o pensamento hobbesiano, no qual os cidadãos transferem poder a um soberano para que este se torne representante do povo e por meio de regramentos, ou seja, via intervenções sociais garanta a coexistência mansa e harmônica. Todavia, Roxin (2009, p.17) entende que deve haver equilíbrio entre tal intervenção do Estado e a liberdade social, em suas palavras, é preciso que “garanta a cada um tanto proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível”. Desta ponderação entre liberdade individual e intervenção estatal, nasce o Estado democrático de Direito, na qual o ordenamento jurídico posto deve recair somente sobre o que

é necessário para garantir o convívio social pacífico e livre. O Estado deve ainda, garantir mecanismos capazes de garantir tais liberdades e outros capazes de intervir quando não houver mais meio suficiente para a resolução de conflito. E então conclui Claus (2009, p.18):

Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos. Eles não são elementos portadores de sentido como frequentemente se supõe – se eles o fossem, não poderiam ser lesionados de nenhum modo, mas circunstâncias reais dadas: a vida, a integridade corporal ou o poder de disposição sobre os bens materiais (propriedade). Então, não é necessário que os bens jurídicos possuam realidade material; a possibilidade de disposição sobre coisas que a propriedade garante ou a liberdade de atuação voluntária que se protege com a proibição da coação não são objetos corporais; entretanto, são parte integrante da realidade empírica. Também os direitos fundamentais e humanos, como o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião ou religiosa, também são bens jurídicos (...).

Mister destacar, que os bens jurídicos penais funcionam também como um tipo de sistema de freios e contrapesos, ou seja, é um instituto com detentor de poder de intervenção na sociedade, todavia, deve ser também um instituto limitador da atuação do Poder estatal, seria então, o controle do poder pelo próprio poder. O legislador deve ter plena ciência de que não são todos os bens jurídicos aptos à proteção penal, ele deve conhecer as fronteiras da punição legítima para o bom desenvolvimento de suas funções. Sobre o assunto tão caro ao Direito Penal, visto que serve de elemento norteador da aplicação penal, Guilherme Nucci (2017, p.50) traz importante contribuição sobre a construção do tema, para ele:

O termo bem indica, sempre, algo positivo, como um favor, uma benesse, um proveito ou uma ventura. Por outro lado, num prisma material, aponta para algo apto a satisfazer as necessidades humanas, integrando seu patrimônio. Quando se fala em bem comum, denota-se o nível das condições favoráveis ao êxito coletivo. Em suma, o bem se apresenta vinculado aos mais preciosos interesses humanos, seja do ponto de vista material, seja do prisma incorpóreo (moral ou ético).

Há bens tutelados pelo Direito, eleitos pelo ordenamento jurídico como indispensáveis à vida em sociedade, merecendo proteção e cuidado. A partir dessa escolha, o bem se transforma em bem jurídico. Dos mais simples aos mais complexos; dos inerentes à natureza humana às criações alternativas da vida moderna; dos ligados à dignidade humana aos vinculados a puros interesses materialistas; todos os bens jurídicos gozam do amparo do Direito. Os mais relevantes e preciosos atingem a tutela do Direito Penal, sob a ótica da intervenção mínima.

Por isso, quando o bem jurídico penal é destacado como tal, surgem tipos penais incriminadores para protegê-los, indicando as condutas proibidas, sob pena de lesão a referido bem jurídico tutelado. A Constituição Federal indica vários bens jurídicos, vários dos quais o Direito Penal chamou si para a conveniente proteção e amparo. Ilustrando, veem-se os seguintes bens jurídicos fundamentais: vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, intimidade, vida privada, honra, trabalho, dentre outros.

Em complemento lesiona Prado (2009, p. 44):

Bem jurídico é um ente material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente

protegido. Deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.

Portanto, os bens jurídicos essenciais, aqueles que são tutelados pelo Direito Penal, são protegidos através de uma tentativa de intimidação social, ou seja, dissemina-se o medo das possíveis penalidades para que os possíveis infratores deixem de cometer ilícitos. Dialeticamente com a prevenção geral, há também a convenção de valores éticos-sociais entre o Estado e a sociedade, na qual busca o êxito das relações sociais harmônicas, não pelo temor das penas, mas pela busca conjunta a justiça, paz e desenvolvimento. No entanto, todas as nuances trazidas até aqui, como a ideia de sistema penal e as noções da proteção dos bens jurídicos devem ter como paradigma os diversos Princípios Constitucionais aplicáveis, com relação a isso passo ao próximo assunto crucial para observar criticamente a seletividade punitivista do sistema penal.

### **3. PRINCIPIOLOGIA PENAL CONSTITUCIONAL**

Por principiologia, extrai-se no plano linguístico, a origem de determinado objeto, o que norteia regras, enfim. No plano jurídico o seu sentido etimológico não se distingue, já que os princípios do direito servem para iluminar a interpretação do aplicador do direito, guiar o legislador, ser substrato para o regramento do ordenamento jurídico, servem ainda como garantia direta de determinado direito, entre outras finalidades. E tais princípios se fazem presente de várias formas, as vezes estão consagrados em determinado texto normativo, as vezes estão presentes implicitamente no ordenamento. Necessário retomar, rapidamente à temática visitada anteriormente com relação a proteção dos bens jurídicos. Em tempo, justifica-se que não é objeto do presente trabalho toda a principiologia relativa ao Direito Penal, apenas um grupo de princípios eleitos, que dialogam com a seletividade punitivista que será trabalhada em título próprio.

#### **3.1. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**

Bom, como já visitado, o direito penal deve ser ocupar apenas de proteger os bens jurídicos de relevância social adequada, com fulcro constitucional para garantir o Estado Democrático de Direito. O direito penal por seu entre todos os ramos o mais prejudicial, quando se fala de intervenção na própria liberdade dos cidadãos, não pode se estabelecer em qualquer pauta, deve ser chamado a aplicação somente na sua estrita necessidade, ou seja, quando nenhum ramo do direito conseguir sanar o problema que prejudica o convívio social, em outras palavras, o direito penal está condicionado de certa forma, ao fracasso das outras formas de

controle social, isso didaticamente chama-se de caráter subsidiário do direito penal. Todo ramo do direito está posto para reger e disciplina determinados assuntos inerentes a sociedade, mas nem todos os assuntos estão vinculados a força normativa do Direito Penal, um exemplo claro disso é o ilícito no Direito Civil que como sabe-se a responsabilidade civil determina a forma de reparação do dano causado. Sobre o princípio em pauta, acrescenta-se lição de Cesar Roberto (2012, p.25):

O Princípio da Intervenção Mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Em consonância com este princípio analisa-se a seguir, um princípio fundamental para o Direito Penal, constitucionalmente explícito e que dirige a ação do Estado.

### 3.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Encontra-se disciplinado no Artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

E ainda, no artigo inicial do Código Penal, no qual expressa “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, este princípio funciona como insubstituível limitador do Poder Intervencionista do Estado e possui três vertentes basilares, a primeira diz respeito a base política, na qual, como dito, limita o Poder do Estado rejeitando interferência arbitrárias nas liberdades individuais; a segunda diz respeito a vertente democrática, como não poderia deixar de ser, assegura ao Poder competente a atribuição de criação das leis, em outras palavras, o Poder Legislativo é detentor, em regra, do Poder legiferante; e por fim, a vertente jurídica, ao ponto que a lei elaborada de forma justa e clara possui, em teoria, um fator intimidador.

### **3.3. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE**

Como amplamente discutido no presente trabalho, a proteção de bens jurídicos encontra-se em posição central no sistema penal, é o instrumento definidor da atuação do direito penal, é o que configura a intervenção adequada deste ramo, o Princípio da Lesividade que deriva do Princípio da Intervenção Mínima, diz que não há falar em crime se não houver a ocorrência de lesão ou manifestação à lesão de um dos bens jurídicos essenciais, aqueles tutelados pelo Direito Penal. Este princípio em conjunto com o entendimento sobre Bens Jurídicos penais tem também a função que evita o poder de punir discricionário do Estado, havendo lesão ou exposição à lesão, e ainda, sendo esta lesão a um dos bens jurídicos tutelado pelo Direito Penal, então há a intervenção deste ramo. Neste sentido disserta Cesar Roberto (2012, p. 28):

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico protegido pela normal penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.

O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substrato político-jurídico para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.

Desta feita, o que se extrai do princípio que somente se constata a prática de um crime somente quando ocorre a violação do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. É de suma importância para a função legiferante, visto que impõe como objetivo a criação de normas incriminadoras eficientes, condizentes com a realidade, e que comine em punição a práticas realmente lesivas aos bens jurídicos penais.

### **3.4. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Na Idade Média havia um enorme poder de arbítrio do juiz, pautado na tirania, não havia limites como de punição o que se via era em um sistema retributivo, a busca pela aproximação da sanção ao que se cometeu. Com o desenvolvimento e evolução humana e os valores

originados da preocupação dos Direito do Homem surge o Princípio da Individualização da Pena.

Amparado nos artigos 68 e 59 do Código Penal pátrio, que condiciona o juiz a aplicação do critério trifásico e demais ações necessárias conforme o texto legal; e no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988 que estabelece a individualização da pena “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”. O princípio conduz o entendimento de que a pena não deve ser padronizada, deve haver análise detalhada de cada caso, e a aplicação da pena conforme o que aponta os parâmetros de sua conduta e demais aspectos. Nas palavras de Nucci (2017, p. 65):

O processo de aplicação da pena depende da discricionariedade judicial, embora devidamente fundamentada, permitindo a apreciação dos vários elementos colocados à disposição pela lei ordinária, no intuito de tornar específica e detalhada a individualização da pena.

Por isso, desenvolve-se em três estágio: a) fixação do *quantum* da pena; b) estabelecimento do regime de cumprimento da pena; c) opção pelos benefícios legais cabíveis (penas alternativas, sursis). Para a escolha do montante da pena, o magistrado se baseia no sistema trifásico: a.1) elege a pena-base, com fundamento nos elementos do art. 59 do Código Penal; a.2) aplica as agravantes e atenuantes possíveis (artigos 61 a 66 do Código Penal); a.3) finaliza com as causas de aumento e diminuição da pena.

E ainda, sob prisma analítico diverso, nota-se outros aspectos relativos ao Princípio da Individualização da pena, que passa por uma individualização legislativa, individualização judiciária e uma individualização executória, vejamos na obra de Cesar Roberto (2012, p.282)

Essa orientação, conhecida como individualização da pena, ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa — processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial - elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento.

Dado isso, nota-se com facilidade a importância de tal princípio como norteador do Direito Penal, a individualização da pena tem início na feitura legislativa do tipo penal, passa pela ação ilícita analisada, e continua até o cumprimento da pena. Ademais, a Magna Carta se atentou até mesmo com questões relativos aos aspectos característicos dos penados, na qual em seu artigo 5º, inciso XLVIII dispõe “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

### 3.5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em decorrência do Princípio da Individualização da Pena, surge o Princípio da Proporcionalidade, que por sua vez guerreia para que a responsabilidade penal seja adequada com a sua função, ou seja, que a sanção corresponda de maneira justa ao nível de importância do bem jurídico tutelado, considerando, por óbvio as características e aspectos pessoais do agente delinquente. Para Barroso (2004, p. 373) o Princípio em questão é “valioso instrumento de proteção dos Direitos Fundamentais e do Interesse público, por permitir o controle de discricionariedade dos atos de poder público”, sentido no qual se aplica no Direito Penal ao ponto que em proteção aos Direitos Fundamentais, busca-se uma aplicação harmônica sob os parâmetros do ilícito penal cometido, evita-se portanto, o exagero de penas rígidas e a completa discricionariedade da cominação penal, sobre isso exemplifica Nucci (2014, p. 69) “Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir homicídio qualificado com pena de multa”.

Cesar Roberto pontua ainda que o princípio em tela ampara o sistema penal de modo a justificá-lo, ao ponto que somado os ilícitos praticados e contrapondo com a responsabilidade penal que aqueles cominam, o resultado dos ilícitos deve sempre ser maior do que as violências cominadas pela intervenção penal, respeitando e garantindo assim, os direitos fundamentais do cidadão. Noutras palavras, o Princípio da Proporcionalidade se aplica trazendo a baila indispensáveis critérios a serem considerados, sendo o critério da necessidade, adequação, e proporcionalidade estrita. A intervenção penal, como visto, é o braço forte do Poder Estatal, todavia, esta deve sempre ser controlada, e é em teoria, por vários instrumentos presentes no sistema penal brasileiro, fato este justificado por ser o instrumento mais invasivo e danoso para inúmeros direitos fundamentais. Por este e outros motivos, as intervenções penais devem sempre ser realizadas sem a prática de excessos em respeito ao proporcional e razoável, e tais intervenções são configuradas através dos critérios citados anteriormente, a necessidade, adequação e proporcionalidade estrita. Assim, deve haver uma relação equilibrada entre crime e pena, este equilíbrio deve ser presente em duas frentes diversa, uma em abstrato e outra concreta, a primeira em nível legiferante e a segunda em nível judicial, cuidando da proporcionalidade entre a gravidade e relevância do bem jurídico atingido pelo injusto penal e a pena a ser aplicada.

### 3.6. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Em momento anterior da história da humanidade observou-se em sociedades antigas a utilização de penas demasiadamente rígidas e danosas, um exemplo claro e famoso deste fato ficou gravado na história sob o ditado “olho por olho, dente por dente”, como disciplinava o Código de Hamurábi, a expressão lesionava no sentido puro de vingança e sugeria uma punição tal qual ação danosa anteriormente praticada por algum membro daquela sociedade, ou seja, a punição seria imposta com a mesma intensidade da ofensa praticada. Com o passar do tempo, ganhou força as teorias que buscam a proteção dos Direitos Humanos e a proteção da Dignidade da Pessoa Humana.

Surge então o Princípio da Humanidade que por sua vez se pauta em um ideal benevolente, aquele que busca o melhor interesse de todos, e aqui inclui-se também aqueles indivíduos condenados. Diametralmente oposto ao que desenvolve Jakobs no modelo teórico de política criminal nomeado o Direito Penal do Inimigo, que em breve exposição, busca por categorizar a sociedade, separando uma camada social, na qual entende como inimigos, estes por sua vez não mais lhe são garantidos diversos direitos fundamentais, adiante haverá aprofundamento pertinente. Para Cesar Roberto (2012, p.30)

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção de pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade.

O princípio em tela, pugna por penas racionais e proporcionais, este princípio surge no momento histórico em que se pensava sobre os princípios da legalidade e princípio da intervenção mínima, visitados anteriormente. Para Beccaria (2012, p.13):

Toda pena que não advier da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica. Uma proposição que pode tornar-se mais geral assim: todos os atos de autoridade de um homem sobre outro, que não derivem de absoluta necessidade, são tirânicos. É sobre isso que está fundamentado o direito do soberano em punir os crimes; ou seja, sobre a necessidade de defender a liberdade pública, confiada a seus cuidados, da usurpação por indivíduos, e as penas são tão justas quanto mais sagrada e inviolável é a liberdade que o soberano preserva aos súditos.

O citado ensinamento já que, consigna-se que para a legitimidade da pena e outras sanções e manutenção do direito penal é necessária atenção ao Princípio de humanidade do Direito Penal pois ele não permite que de qualquer forma haja a desconsideração do indivíduo

social, como pessoa, fator crucial em defesa da Dignidade da Pessoa Humana, que contempla as liberdades individuais, as penalidades legítimas, entre outros preceitos.

### **3.7. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL**

Relativo a causas de exclusão da tipicidade penal, este princípio vincula-se com a tipicidade material do crime, em outros termos, uma conduta mesmo que se haja subsunção a determinado modelo legal penal, for adequada em nível social, será considerada atípica. Portanto, conduta que estiver alinhada com a ordem social, não será considerada crime. O Princípio da Adequação Social objetiva evitar que um comportamento sem importância social e que não faça jus à tutela penal, seja por ela combatida, já que o comportamento é socialmente aceito e adequado. Como visto anteriormente é necessária uma valoração dos bens jurídicos para verificar a possibilidade de tutela penal, consoante com o Princípio da Intervenção Mínima o Direito Penal está prontificado ao combater de qualquer ofensa, somente aquelas que confrontam com bens jurídicos de elevada relevância. Neste sentido para Guilherme Nucci (2017, p.180):

Com relação à adequação social, pode-se sustentar que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado. É o caso da colocação do brinco, algo tradicionalmente aceito, como meta de embelezamento, embora se possa cuidar de lesão à integridade física.

Parece-nos que a adequação social é, sem dúvida, motivo para exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados. Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal.

Em continuidade lógica, o Princípio da Adequação Social desenvolve dupla funcionalidade, de um lado observa-se a função de controle da atuação da esfera penal, já que dita formas interpretativas para a exclusão das condutas socialmente aceita, portanto, limita a intervenção penal. De outro lado, verifica-se a função orientadora do legislador, de modo que condiciona ele para a boa determinação dos bens jurídicos que merecem tutela penal. Para Sanches (2015, p.81) “o princípio da adequação social apresenta as mesmas funções do princípio da intervenção mínima, embora possuam fundamentos distintos”, ao ponto que um se justifica pela adequação social, ou seja, a conduta aceita socialmente não pode ser criminalizada e o outro, por seu turno se fundamenta sua incidência por meio da relevância do bem jurídico.

### 3.8. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

Para o princípio da taxatividade, temos a imposição de que todas as condutas típicas, aquelas que merecem a proteção do Direito Penal, ou seja, aqueles bens jurídicos essenciais, devem ser plenamente determinadas e claras em seu conteúdo, não sendo permitido a criação de tipos penais vagos ou abstratos, aqueles que são genéricos. Nas palavras de Guilherme Nucci (2014, p.68):

Significa que as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvidas por parte do destinatário da norma. A construção de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de termos valorativos pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos. Aliás, não fossem os tipos taxativos – limitativos, restritivos, precisos – e de nada adiantaria adotar o princípio da legalidade ou da reserva legal. Este é um princípio decorrente, nitidamente, da legalidade.

Este princípio busca a segurança jurídica e a garantia de importantes fatores de justiça da Constituição Federal de 1988, a norma incriminadora deve, portanto, ser clara, precisa e determinada, de modo a não restar dúvidas sobre a ilicitude de determinada conduta.

### 3.9. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRINCIPIOLOGIA

Superada a rodada principiológica relevante à questão da seletividade punitivista do sistema penal brasileiro, é necessário entender que deve haver uma parametrização do sistema penal com os princípios visitados e ainda, com a Dignidade da Pessoa Humana. Bom, sobre isso vejamos sua importância. Antes de prosseguir é válido pontuar que aqui não há intenção de exaurir ou conceituar a Dignidade da Pessoa Humana, apenas breves considerações e reflexões.

Ressalvado os termos, vários estudiosos entendem que a Dignidade da Pessoa Humana seria um Valor Constitucional Supremo que foi consagrado no núcleo axiológico da Constituição Federal de 1988; para outros a Dignidade da Pessoa Humana não se trata de um Valor Supremo, mas sim uma qualidade intrínseca, inerente a todo ser humano, qualquer pessoa, simplesmente por ser humano, já faria jus a Dignidade. Ainda há entendimento de que se trata de um “absoluto”, no qual este instituto não permite hierarquização, nem mesmo permite gradação, as pessoas são dignas em igual medida, não há mais ou menos digna. A Magna Carta vigente trouxe como inovação em seu texto a dignidade da pessoa humana elencada no artigo 1º, inciso III. Para Sarlet (2016, p.286) “a dignidade da pessoa humana assume simultaneamente a condição de valor, princípio e/ou regra (além de operar como direito fundamental)” o mesmo autor continua (2016, p.288):

A dignidade da pessoa humana, revela particular importância prática a partir da constatação de que ela (a dignidade da pessoa humana) é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um), condição que também aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva (negativa) ou prestacional (positiva) da dignidade. Com efeito, **verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objetivo a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade.** Com tarefa o reconhecimento jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana implica deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestacionais) o devido respeito e promoção, sem prejuízo da existência de deveres fundamentais da pessoa humana para com o Estado e seus semelhantes (grifo próprio).

Pois bem, os princípios pelos quais visitamos buscam entre outras garantias, a concretização das exigências demandadas pela Dignidade Humana, dentre vários outros aspectos, como lesiona Ingo, a dignidade é o reconhecimento do ser humano, tão somente pela sua existência, independentemente de qualquer atributo ou característica, sendo titular de direitos e deveres. Dito isso, a Dignidade da Pessoa Humana se torna indispensável, se torna elemento fundamental para um Estado Democrático de Direito, seu respeito deve em todos os casos, nortear todo o ordenamento jurídico, com cuidado afirma-se, o zelo pela Dignidade Humana deve ser ainda maior com relação ao Direito Penal, que como visto, atua diretamente nas liberdades individuais, que representa em seu turno, característica fundante da Dignidade Humana. Em concordância expressa Bitencourt (2012, p.24):

No artigo 1º, inciso III, da Constituição, encontramos a declaração da dignidade da pessoa humana como fundamento sobre o qual se erige o Estado Democrático de Direito, o que representa o inequívoco reconhecimento de todo indivíduo pelo nosso ordenamento jurídico, como sujeito autônomo, capaz de autodeterminação e passível de ser responsabilizado pelos seus próprios atos. Trazendo consigo a consagração de que toda pessoa tem a legítima pretensão de ser respeitada pelos demais membros da sociedade e pelo próprio Estado, que não poderá interferir no âmbito da vida privada de seus súditos, exceto quando esteja expressamente autorizado a fazê-lo.

Nesta baila, é crucial que o Direito Penal, por ser a ferramenta mais danosa e rígida dos controles social, o braço forte do Estado, se amolde aos preceitos da Dignidade da Pessoa Humana, para garantir a permanência, a continuidade de um Estado Democrático de Direito, que por sua vez tem como algumas de suas características a garantia dos Direitos Fundamentais e suas dimensões. Com isso, não há falar em descuido do ordenamento jurídico posto com a sociedade, mas apesar de vários aparados como questões principiológicas, institutos e ferramentas pensadas para a manutenção de todo o zelo social, ainda se nota na sociedade questões destoantes de tudo o que se busca atingir a Constituição, como foi expresso no introito

#### 4. A SELETIVIDADE PUNITIVISTA DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Como visto de forma mais pontuada anteriormente, o sistema penal pode ser entendido como um controle social punitivo legitimado institucionalmente, que abrange desde a formatação do tipo penal, a detecção da suspeita do delito, até a execução penal, nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.65), pressupõe “uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para essa atuação”. O discurso legitimador do sistema se pauta em justiça e igualdade. Na esfera judicial o discurso se funda teoricamente na ideia de um sistema garantista e ressocializador, na esfera policial verifica-se um discurso moralizante e por sua vez, com relação ao cumprimento da pena, o discurso penitenciário adota uma postura clínica, qual na o detento se encontra, em tese, em tratamento, para sua reinserção social. Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.68) apresentam apontamento sobre o desenvolvimento e discurso de cada setor integrante do sistema penal:

O discurso judicial desenvolve sua própria cultura: pragmática, legalista, regulamentadora, de mera análise da letra da lei, com clara tendência à burocratização. As expressões moralizantes policiais e pedagógicas penitenciárias não ocultam tampouco a sua tendência burocratizante. Em geral, há uma manifesta separação de funções com contradição de discursos e atitudes, o que dá por resultado uma compartimentalização do sistema penal: a polícia atua ignorando o discurso judicial e a atividade que o justifica; a instrução, quando é judicial, ignora o discurso e a atividade sentenciadora; a segunda instância ignora as considerações da primeira que não coincidem com seu próprio discurso de maior isolamento; o discurso penitenciário ignora todo o resto. Cada um dos segmentos parece pretender apropriar-se de uma parte maior do sistema, menos o judicial, que vê retalhadas as suas funções sem maior alarme.

O sistema é apresentado, apesar de toda sua contradição entre segmentos, e oferecido como igualitário, na medida de sua aplicação para cada membro da sociedade, e justo, ao ponto que busca em caráter preventivo sua atuação. Todavia, o que se vê na realidade é a formação de verdadeiras “escolas do crime” e uma evidente falha em um dos discursos legitimadores do sistema penal brasileiro, com relação a Prevenção Geral que de forma breve, busca por um lado prevenir, em nível macro, a conduta criminosa por meio da “ameaça” da pena e de outro lado, busca reafirmar a ideia de paz e ordem social em comum acordo com a sociedade.

Bom, é clarividente que não há funcionalidade prática na Prevenção Geral, já que a grande maioria dos indivíduos não se negam a praticar delitos devido a ameaça punitiva do Estado, esta negativa se dá na maioria das vezes por questões de natureza diversa, não por temor as penas; com relação a Prevenção Especial, aquela que também busca evitar a prática do delituosa, todavia, direciona atenção a pessoa que pratica o delito para que este não volte a

delinquir, também se mostra ineficaz, já que o sistema carcerário brasileiro não é efetivo em sua função ressocializadora, em verdade, observa-se o infeliz caminho inverso, o presidiário é ainda mais estigmatizado, não raras vezes se envolve ainda mais com práticas criminosas e sua ressocialização se torna vezes mais penosa. Para Paulo Queiroz (2008, p.137) a aplicação da intervenção penal, nos termos que é proposta pelo sistema “revela-se claramente inadequada, porque constitutiva de simples castigo, que nada resolve; antes agudiza um processo de exclusão e marginalização social”, assim é compreendido pelo autor, pois o discurso do sistema penal trabalha de forma utópica, fora da realidade concreta, neste sentido Paulo Queiroz (2008, p.137) continua a reflexão relativa a forma de aplicação, ou manutenção da intervenção penal que “trabalha com falsas imagens da realidade e acaba por coisificar o conflito; desumanizando-o em nome de um sistema que se auto deslegitima, por encerrar uma resposta maquinal a um problema demasiado humano, e para o qual merece”. Nestes termos, é de fácil percepção, a atuação em malefício social do Sistema Penal, que atua como condicionante de práticas delituosas e reprodutor delas, ao ponto que peca em seu objetivo preventivo e ressocializador. Para a Criminologia Crítica, Cesar Roberto (2012, p.223) lesiona que:

O sistema penal, dentro do qual logicamente se encontra prisão, permite a manutenção do sistema social, possibilitando, por outro lado, a manutenção das desigualdades sociais e da marginalidade. O sistema penal facilita a manutenção da estrutura vertical da sociedade, impedindo a integração das classes baixas, submetendo-as a um processo de marginalização. No sistema penal encontra-se o mesmo processo discriminatório contra as classes baixas que existe no sistema. A estigmatização e o etiquetamento que sofre o delinquente com sua condenação tornam muito pouco provável sua reabilitação. Depois de iniciada uma carreira delitiva é muito difícil conseguir a ressocialização. O sistema penal, como escola, desintegra os socialmente frágeis e os marginalizados. Entre os delinquentes e a sociedade levanta-se um muro que impede a concreta solidariedade com aqueles ou inclusive entre eles mesmos. A separação entre honestos e desonestos, que ocasiona o processo de criminalização, é uma das funções simbólicas do castigo e é um fator que impossibilita a realização do objetivo ressocializador. O sistema penal conduz à marginalização do delinquente. Os efeitos diretos e indiretos da condenação produzem, em geral, a sua marginalização, e essa marginalização se aprofunda ainda mais durante a execução da pena. Nessas condições, é utópico pretender ressocializar o delinquente; é impossível pretender a reincorporação do interno à sociedade por intermédio da pena privativa de liberdade, quando, de fato, existe uma relação de exclusão entre a prisão e a sociedade.

Como se não bastasse os vícios presente nos segmentos do sistema penal, há ainda um estigma de determinada classe social, a Teoria do etiquetamento ou Labeling Approach, explica o fenômeno estigmatizante e seletivo do sistema penal.

#### **4.1. TEORIA DO ETIQUETAMENTO OU “LABELING APPROACH”**

A criminologia surge de estudos e conhecimentos adquiridos do estudo dos fenômenos sociais voltados para as causas da criminalidade, bem como o perfil do agente criminoso, a vítima, circunstâncias da conduta ilícita e com vistas à ressocialização e reinserção social do

delinquente. Ressalta-se que este estudo adotou o método empírico para seu bom desenvolvimento. Nas palavras de Molina e Gomes (2002, p.43) temos que:

A Criminologia adquiriu autonomia e status de ciência quando o positivismo generalizou o emprego do método empírico, isto é, quando a análise, a observação e a indução substituíram a especulação e o silogismo, superando o método abstrato, formal e dedutivo do mundo clássico. Submeter a imaginação à observação e os fenômenos sociais às leis implacáveis da natureza foi uma das virtudes, segundo Comte, do método positivo, do método empírico.

(...)

A Criminologia é uma ciência do “ser”, empírica; o Direito, uma ciência do “Dever Ser”, normativa. Em consequência, enquanto a primeira se serve de um método indutivo, empírico, baseado na análise e na observação da realidade, as disciplinas jurídicas utilizam um método lógico, abstrato e dedutivo.

Em meados da década de 60 nos Estados Unidos da América, surge na Criminologia Crítica, uma nova forma de observação e análise, ou novo paradigma. A atenção deste novo paradigma é voltada para o estudo das esferas oficiais de controle social, que por seu turno categoriza, etiqueta grupos sociais determinados, configurando assim o processo de estigmatização. Nomeada de Teoria do Etiquetamento Social ou Labeling Approach, que preceitua que haja uma etiqueta ou rótulo que atribuído a certos indivíduos, estes chamamos de delinquentes. Esta etiquetagem se dá de forma distinta de acordo com a classe social ou da raça dos rotulados, um exemplo claro em nossa sociedade é visualizado com a observação da ação policial na periferia em comparação com a ação policial desenvolvida em áreas “nobres”, é inegável que na primeira há mais rigidez na intervenção policial.

Desta forma, observamos que as próprias instituições de controle social contribuem para a estigmatização de determinados sujeitos, criando de certo modo, novos criminosos habituais. Explica-se, imaginemos que determinado indivíduo é autuado na prática de determinado ilícito penal, mesmo que o bem jurídico protegido seja valorado com menor importância, o indivíduo será processado e julgado nos termos da lei. Cumprirá sua pena, e em caso de regime fechado, este conviverá com outros criminosos, de práticas ilícitas variadas, que consideraram este novo indivíduo como um semelhante, neste estabelecimento prisional, como conhecidamente é inóspito e nada tendente à ressocialização, o encarcerado terá influências e frustrações distintas. Cumprida a pena, e reinserido na sociedade, o ex-presidiário não será acolhido como integrante dela, por estar estigmatizado, este terá dificuldade em inúmeros setores da vida social e assim, a exclusão social se concretizará impossibilitando sua reabilitação tornando-o vulnerável e, como milhares de outros indivíduos, se encontrará a margem da sociedade, aumentando assim as chances de novos cometimentos de crimes e, conseqüentemente, terá *status* de reincidente e, assim, se tornando um criminoso habitual. Mister pontuar que mesmo com a imposição de penas

diversas ao regime fechado, o indivíduo delinquente, ainda sim terá dificuldades sociais, mesmo que em menor grau, todavia, o estigma ainda é presente neste caso. Em dado momento, o próprio indivíduo marginalizado, se entende como desviante, ou seja, um criminoso, ele aceita o rótulo e a sociedade por sua vez, espera o este indivíduo aja de acordo com sua etiqueta. Neste sentido Zaffaroni (1991 p.130) traz importantes lições sobre o tema:

O sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa. Estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquentes do colarinho branco, dourado, de trânsito, etc).

**Nas prisões encontramos os estereótipos. Na prática, é pela observação das características comuns à população prisional que descrevemos os estereótipos a serem selecionados pelo sistema penal, que sai então a procurá-los.** E, como a cada estereótipo deve corresponder a um papel, as pessoas assim selecionadas terminam correspondendo e assumindo os papéis que lhe são propostos.

Desta forma, é notório que a criminalidade é fruto de um sistema altamente seletivo, que de acordo com características de classe, raça entre outros aspectos, seleciona pessoas e rotulam como criminosos. Este comportamento seletivo é visualizado em vários setores e da máquina estatal, que contribui para esta seletividade e conseqüentemente, para o aumento da criminalidade, um exemplo disso é a variação do comportamento da ação policial e, de forma mais evidente, o funcionamento do sistema prisional, que acaba exercendo uma função contrária ao que é proposto na teoria, ao invés da identificação de ressocialização efetiva, o que se vê é uma verdadeira “escola do crime”, isto se justifica, devido às péssimas condições do estabelecimento prisional e a convivência maléfica com outros presos.

Esta teoria representa um marco na Criminologia devido ao fato de que anterior a ela, a criminalidade era justificada em grande medida pela culpa do delinquente e a prisão era entendida como a principal e melhor forma de prevenção. Com o advento da teoria em comento, passa-se então, ao entendimento de que a criminalidade não se explica apenas com a conduta do criminoso, para Alessandro Baratta (2002, p.11):

A análise do *labeling approach* constitui um momento de grande lucidez do texto: a criminalidade não seria um dado ontológico pré-constituído, mas realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social; o criminoso não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um status social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal. Os conceitos desse paradigma marcam a linguagem da criminologia contemporânea: o comportamento criminoso como comportamento rotulado como criminoso; o papel da estigmatização penal na produção do status social de criminoso ou seja, a relação do desvio primário, que produz mudanças na identidade social do sujeito, com o desvio secundário, compreendido como efeito do desvio primário; a rejeição da função reeducativa da pena criminal, que consolida a identidade criminosa e introduz o condenado em uma carreira desviante etc. O deslocamento do objeto da pesquisa, dos fatores da criminalidade (etiologia) para a reação social (*labelling approach*) - definida como

mudança de paradigma da ciência - projetaria luz sobre a criminalidade de colarinho branco, como convivência entre empresários e políticos, expressão do prestígio social do autor e da ausência de estereótipo para orientar a repressão, e sobre a cifra negra da criminalidade, como distribuição social desigual da criminalidade pela seletividade dos órgãos oficiais e da opinião pública.

Ainda em relação as teorias da “reação social” ou *labeling approach* Baratta (2002, p.86) em sua obra, explica o novo paradigma:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (policiais, juízes instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais do controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes

No entanto, cumpri pontuar que aqui não há afirmações no sentido de que o estigma social oferecidos pelas instâncias oficiais de controle representa única e exclusivamente a causa da prática de delitos, com toda certeza o problema social em comento não é demasiadamente simples. Porém, com o cuidado que é devido o estigma viabilizado pelas próprias instâncias de controle presente no Estado representa um dos grandes fatores contributivos para o aumento da criminalidade. Pois bem, de maneira suficiente, observa-se claramente vários confrontos do sistema penal brasileiro com o ordenamento constitucional penal, a principiologia visitada em título próprio. Este comportamento releva a seletividade punitiva do Estado. Nas palavras de Zaffaroni (1991, p.27):

Diante da absurda suposição – não deseja 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.** Esta seleção é produto de um exercício de poder que se encontra, igualmente em mãos dos órgãos executivos, de modo que também no sistema penal “formal” a incidência seletiva dos órgãos legislativos e judicial é mínima.

Os órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazer mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador (grifo próprio).

O Sistema Penal é guiado por determinados rótulos presentes inevitavelmente em classes menos abastadas da sociedade, aquelas vulneráveis, ele seleciona pessoas e ações norteados por questões relativas principalmente ao poder aquisitivo e raça dos selecionados. Não há um tratamento igual entre todos os membros da sociedade. Ainda na linha de Zaffaroni,

existem dois momentos do processo de criminalização seletiva, o primeiro diz respeito a atividade legiferante que configura lei voltadas para a determinada classe, e o segundo momento corresponde a ação das agências policiais, na qual a punitividade recai de fato sobre as pessoas estigmatizadas.

## **4.2. VERIFICAÇÃO DE BASES DE DADOS E LEGAL**

Até o presente momento textual, identificamos as funções do sistema penal, que atua norteado pela necessidade de proteção a determinados bens jurídicos, com fins a defesa social; a principiologia penal atinente ao tema que atua como norte, como regulação do próprio funcionamento deste ramo do direito; a seletividade punitivista desta ferramenta de controle social rígida e por fim, uma teoria presente na Criminologia Crítica que busca entender e explicar o fenômeno do etiquetamento que dá a formatação de um sistema seletivo, nomeado como visto anteriormente de *labeling approach*, Teoria da Reação Social ou ainda, Teoria do Etiquetamento. Dada teoria, aponta que os alvos do sistema penal são aqueles indivíduos pertencentes a classes sociais menos abastadas, ou seja, os mais vulneráveis socialmente, e aponta ainda para uma questão de raça, na qual não-brancos acabam por ser “preferidos” como alvos deste sistema seletivo, nas palavras de Vera Regina (2003, p.53) “a clientela do sistema penal e composta, ‘regularmente’, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos extratos sociais”, em conclusão traz que tal comportamento “é resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de ‘pessoas’ dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos”. Bom, em uma tentativa de atestar as noções teóricas expostas até aqui, vejamos a seguir algumas informações relativas à população carcerárias, em celas físicas e em prisões estaduais e algumas características ali encontradas, e após, uma análise de dados do Fórum de Segurança Nacional sobre a letalidade policial e o principal perfil atingido.

### **4.2.1. DADOS DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL**

Para atingir um paradigma tolerável apresenta-se número relativos ao total da população prisional, isto entre homens e mulheres em celas físicas dos sistemas prisionais estaduais de todo o Brasil. De acordo com o SISDEPEN que é a ferramenta de coleta de dados do sistema penitenciário brasileiro, em sua última contagem, que representa o período de janeiro a junho de 2022, forem contabilizados 654.704 (seiscentos e cinquenta e quatro mil e setecentos e quatro) presidiários, sendo que deste número 626.005 (seiscentos e vinte e seis mil e cinco) são homens e 28.699 (vinte e oito mil seiscentos e noventa e nove, mulheres. A composição

prisional por raça levantada pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), apresenta que do total da população prisional entre homens e mulheres, 51,02% (cinquenta e um virgula zero dois por cento) são pardos, 16,79% (dezesesseis virgula setenta e nove por cento) são pretos (terminologia utilizada neste trabalho segue a mesma utilizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas)).

Sabemos que ao longo dos anos, historicamente na sociedade pretos e pardos sofrem prejuízos imensuráveis ao longo de suas vidas, isto ocorre em vários setores e fases de suas vidas, a partir deste conhecimento não surpreende em nada o fato de que o total da população carcerária brasileira entre pretos e pardos representam número muito superior à metade da população, de acordo com a mesma fonte de dados utilizada anteriormente, pretos e pardos, entre homens e mulheres, contabilizam 67,81% (sessenta e sete virgula oitenta e um por cento) desta população prisional, enquanto a população total branca representa 31,02% (trinta e um virgula zero dois por cento), há outros grupos como indígenas e amarelos que representam número ínfimo se comparado com os outros aqui analisados.

Em um recorte da população entre homens e mulheres, pretos e pardos, o número representa respectivamente, 381.490 (trezentos e oitenta e um mil e quatrocentos e noventa) e 16.983 (dezesesseis mil novecentos e oitenta e três) da população, em comparação com a população branca que representa entre homens e mulheres, respectivamente 173.555 (cento e setenta e três mil e quinhentos e cinquenta e cinco) e 8.736 (oito mil setecentos e trinta e seis), é notório a diferença numérica, atestando uma grande maioria de pretos e pardos no sistema prisional. Portanto, mister pontuar que o perfil dos encarcerados corresponde com o perfil daqueles comumente marginalizados socialmente, ou seja, os “selecionados” do sistema são aqueles não-brancos e pertencentes a classe social menos abastada.

Com relação as atividades educadoras oferecidas nos presídios, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, do total da população prisional em comento, apenas 161.247 (cento e sessenta e um mil duzentos e quarenta e sete) presidiários trabalham, aqueles que estudam representam 476.813 (quatrocentos e setenta e três mil oitocentos e treze) do número total de presos, e realizam tanto o trabalho quanto o estudo de maneira simultânea 20.290 (vinte mil duzentos e noventa) presos. A estudiosa Vera Regina (2012, p.138) afirma que “a prevalência de baixa escolaridade segue uma constante entre os presos, o que indica que esta população já era vulneral ou marginalizada antes de serem presas”, bom sobre esta afirmação, analisa-se a correspondência em números disponibilizados pelo Departamento Penitenciário, prisioneiros submetidos ao processo de alfabetização foram contabilizados

15.866 (quinze mil oitocentos e sessenta e seis), no ensino fundamental o número e de 57.417 (cinquenta e sete mil quatrocentos e dezessete), no ensino médio os inscritos foram 30.026 (trinta mil e vinte e seis), sabendo que não há vagas suficientes para todos, os números são extremamente baixo e insuficiente para a qualificação e reinserção dos presidiários na sociedade, que sua maioria, já integram realidade marginalizada antes mesmo de compor o sistema prisional.

Outra questão preocupante relativa aos dados levantados pelo Departamento Penitenciário, é representado pela quantidade de presos por vagas, como visto, a população total é de 654.704 (seiscentos e cinquenta e quatro mil e setecentos e quatro), sendo que há, na verdade 469.076 (quatrocentos e sessenta e nove mil e setenta e seis) vagas existentes, portanto, há um déficit de vagas de 185.628 (cento e oitenta e cinco mil seiscentos e vinte e oito). Desenhada a inflação penitenciária, é fácil a conclusão de que o sistema prisional brasileiro, que representa um importante pilar para a segurança pública, não entrega boas condições para o bom desenvolvimento de sua função precípua, que é a reeducação e a ressocialização do preso.

#### **4.2.2. DADOS DO ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA**

Para além do sistema prisional estadual, é importante traçar um perfil das vítimas de morte em razão de intervenção policial, assim como o perfil da população prisional e suas características, o perfil das pessoas trazida pelo anuário atesta um padrão durante o passar dos anos. A prevalência das vítimas verificadas pelo anuário é representada por homens, adolescentes e jovens, pretos e pardos. Mais de 99% (noventa e nove por cento) das vítimas de intervenção policial são homens e 74% (setena e quatro por cento) com idade até 29 anos.

Ressalta-se outro fator importante para atestar a seletividade do sistema penal brasileiro, de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2021, p. 67) “a taxa de letalidade policial entre negros é de 4,2 vítimas a cada 100 mil, já entre brancos ela é de 1,5 a cada 100 mil”, o mesmo anuário atesta então que “a taxa de letalidade policial entre negros é 2.8 vezes superior à taxa entre brancos”. De acordo com o Anuário do ano subsequente, (2022, p. 83) “a letalidade continua atingindo brancos e negros de forma discrepante. Enquanto a taxa de mortalidade entre vítimas brancas retraiu 30.9% em 2021, a taxa de vítimas negras cresceu em 5,8%”. Por fim, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022 informa ainda que das vítimas de intervenção policial em resultado morte, 84.1% são negros. Pontua o anuário que

este fator não é de exclusividade brasileira, pessoas marginalizadas são vítimas de uso excessivo de força policial em diversos países.

A análise de dados representa importante substrato de pesquisa, mas seria suficiente para a constatação da ação policial seletiva a observação que comumente nos deparamos com situação de abuso de poder em intervenções policiais, principalmente ou exclusivamente quando se trata de áreas periféricas ou pessoas marginalizadas. Como demonstra os dados acima expostos relativos à letalidade policial, os mais atingidos tem perfil de definido.

#### **4.2.3. A SELETIVIDADE PUNITIVA DA LEI Nº 11.343 DE 2006 – LEI DE DROGAS**

Com todos os apontamentos realizados até aqui percebe-se de forma clara que há, em certa medida, uma “preferência” punitiva do sistema penal a determinados grupos determinados da sociedade. Portanto, constata-se que instâncias oficiais de controle social, como a polícia e o sistema prisional agem de forma seletiva em sua atuação. Para o momento, verifica-se a atuação do judiciário e legislativo sob o prisma avaliativo da Lei nº 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas.

Inicia-se o debate, com o convite para a análise do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, conhecida como Lei de Drogas, no qual traz expressamente em seu caput o seguinte “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas”, e como penas observa-se nos incisos do mesmo disposto advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa. Neste dispositivo a legislação define as condições para que o indivíduo seja considerado usuário de drogas, para assim ser considerado, a lei traz no parágrafo 2º do mesmo dispositivo que o juiz deverá se ater a condições tais como a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local, as condições nas quais o evento de deu, as circunstâncias sociais e pessoais e a conduta e antecedentes do agente.

Para posterior análise vejamos agora o que define o traficante de drogas, a Lei de Drogas em seu artigo 33 diz que:

Art.33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar

Observa-se uma grave afronta ao Princípio da Taxatividade, ao ponto que o legislador ao trazer um critério quantitativo sem definir de forma objetiva a quantidade suficiente para a configuração de tráfico ou uso pessoal, fere o referido princípio que como visto, assegura que a lei penal deve ser taxativa, impossibilitando o uso de termos abstratos e vagos. Em continuidade a problemática de tal dispositivo, como visto, encontra-se ainda no artigo 28, parágrafo 2º, que o juiz deverá levar em consideração “circunstâncias sociais” e “pessoais” para formar seu entendimento referente ao tráfico ou ao uso pessoal. Este fator, propicia uma interpretação carregada de macula, visto que dá margem a um resultado desfavorável para exatamente aqueles selecionados pelo sistema penal, levar em consideração os fatores expostos pela lei possibilita posições classistas e rotuladas. Em um exercício mental, o que impediria a configuração de tráfico, mesmo se encontrado pequena quantidade de substância ilícita com determinado sujeito, se as circunstâncias sociais e pessoais forem interpretadas sob o prisma classista, já que os estereótipos de traficantes na sociedade brasileira são bem definidos, e claro, encontrados em zonas periféricas.

É completamente descabido e incompatível com todo o ordenamento jurídico brasileiro, considerando os valores e princípios postos, uma ação discricionária do magistrado e promovida pelo Poder Legislativo, ao ponto que as condições socioeconômicas de nenhum cidadão não podem ser motivo de castigo, a pobreza não deve ser criminalizada, e a seletividade punitivista do sistema penal pátrio deve ser combatida e o que trouxe a Lei de Drogas encontra-se diametralmente oposto a este combate.

Outra questão de muito debate diz respeito ao ataque real a bens jurídicos penalmente protegidos. Para muitos o uso desde que não cause danos a outrem, configura uma conduta inofensiva aos demais membros da sociedade, ou seja, não oferece danos a terceiros. A partir disso, invoca-se o artigo 5º da Lei Maior brasileira, que em seu inciso X, expressa “são invioláveis o direito à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” com a vedação da intervenção do Estado na vida privada do indivíduo, para quem defende esta posição, seria vedado também a intervenção estatal relativo ao uso de substâncias ilícitas, uma vez que não causam danos aos demais, somente a si mesmo, sendo considerado uma “auto lesão”, e aos adeptos, não deveria haver tipificação sobre o uso. Todavia, aqui não se defende tal posição, por acreditar que a questão seja um pouco mais complexa, já que ao falar de substâncias ilícitas falamos de saúde pública e inicia-se outro debate que aqui não cabe.

Conforme o exposto, nota-se que a seletividade punitivista pode ser observado nas mais diversas instituições de controle social, o sistema penal se faz seletivo conforme amplamente discutido aqui, a Teoria do Etiquetamento ou *Labeling Approach*, explica com riqueza de conformidade com a realidade. A seletividade do sistema penal pode ser facilmente comparada com o Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs. Há no Direito Penal do Inimigo uma clara distinção entre o que o autor chama de “cidadão” e o que ele chama de “inimigo”, veja-se, para Gunther Jakobs (2007, p.35) o inimigo “não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa”, para este autor, deve haver a rápida intervenção estatal para a neutralização deste indivíduo rotulado como “inimigo”, o Jakobs (2007, p.36) explica que este abatimento é necessário pois “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”.

Em certa medida, esta discricionariedade para determinar “alvos” para a punição se vê também, com outra roupagem, no sistema penal seletivo, já que se busca determinar diferenças entre as pessoas e defini-las e assim rotulá-las como explica o *Labeling Approach*. Cumpre adicionar ainda, que para Jakobs explicitamente as pessoas etiquetadas como “inimigos” não devem ser tratadas como cidadãs, isto implica dizer que os direitos democráticos e fundamentais para os ditos “inimigos” não são e tão pouco devem ser observados. Já no campo da seletividade punitivista, ocorre o mesmo, todavia, de forma maquiada, ou rudemente velada, já que esta seletividade configurada pelo sistema penal confronta diversos princípios norteadores do próprio sistema.

## CONCLUSÃO

Conforme visto, não resta dúvidas de que há um triste descuido no sistema penal, a seletividade punitiva deste importante instrumento de controle social traz forte prejuízo para os ofendidos. O fator provocador da eleição deste tema, foi a simples desconfiança sobre a seletividade punitiva do sistema penal, mas também a inquietude relativa aos porquês, as justificativas de um comportamento tão nocivo para a sociedade. Com base nos estudos realizados e aqui expostos, conclui-se que há de fato “alvos” determinados pelo sistema, como foi visto, a população carcerária e as vítimas de letalidade policial possuem características assustadoramente semelhantes e isto é fruto de um sistema reprodutor da criminalidade, no qual o sistema penitenciário peca em sua função terapêutica, o policiamento agrava esta discriminação e, como se não bastasse, o poder legiferante edita leis com severos termos abstratos e vagos, como visto na Lei de Drogas que contribuem para tomada de decisões

classistas do judiciário, já que o juiz por lei, erroneamente, por meio da discricionariedade analisa circunstâncias alheias ao possível ilícito.

E desta forma, percebe-se inúmeros ataques aos princípios regentes do Direito Penal, a Teoria do Labeling Approach explica que os selecionados passam a ser tratado pela sociedade conforme o sistema penal rotula e, posteriormente, assumem esta posição imposta pelo controle social, e com isso, diversos direitos e garantias destes, são violados. Este comportamento é movido pelas classes dominantes, e, em grande escalada pela própria mídia, que prega um Direito Penal demasiadamente rígido, fabrica cidadãos com anseios punitivos e justifica a “cultura do medo”.

E, por óbvio, para estes “rotulados” que as instâncias de controle criam, não há falar em cuidado com os direitos e garantias que a todos deveriam ser concedidos, e assim, em certa medida confere legitimação à criação de leis voltadas a uma determinada classe e raça, e por sua vez legitima também as ações das demais instituições no mesmo sentido, ou seja, na contramão dos preceitos do Estado Democrático de Direito. Por seu lado favorecido, as classes mais abastadas são detentoras de respeito dos policiais, e em muitos casos o que se vê é a aplicação da impunidade perante este estrato social. É de fácil conclusão que aqueles que ocupam os centros de poder, ou aqueles que mais se aproximam dos centros de poder, não são pertencentes a classes vulneráveis social, muito menos se adequem as características dos selecionados pelo sistema, então o que fazem e a manutenção de sua comodidade em detrimento social, isto ocorre deste a criação de leis que de certa forma protegem seus interesses individuais até ações policiais variantes de acordo com a região do policiamento.

A seletividade punitivista que proporciona a infeliz manutenção da desigualdade social agravando-a, e, sob a óptica jurídica, prejudica a boa aplicação da presunção de inocência, da ampla defesa, da taxatividade, intervenção mínima entre outros vários preceitos constitucionais do Direito Penal. Diferente do que se espera de um Direito tão importante, o *ius puniendi* deve ser aplicado de forma justa, igual e democrática, e mais, o Direito Penal como um todo deve sempre buscar atender o interesse social, cuidando da proteção daqueles bens jurídicos específicos e sem se abster da sua principiologia norteadora.

Para o combate a esta seletividade punitivista é necessário que as instâncias de controle social formal abandonem a posição classista que ocupam, e volte a atenção aos interesses sociais de todos, despida de quaisquer preconceito ou preferência a determinada classe ou raça, portanto, um comportamento pautado na equidade. É necessário também, que as instituições

estatais do sistema penal cumpram seu papel de forma igual e justa, em especial os sistemas prisionais, que devem iniciar uma busca incessante para desenvolver-se e entregar bons resultados atentos na ressocialização de fato. Todavia, a boa resolução deste grave problema, em verdade, se inicia na rígida observação ao que determina a Constituição Federal de 1988, o substancial respeito aos princípios norteadores do Direito Penal, e como dito anteriormente, atenção especial para a melhora das instituições essenciais do sistema penal, todos os envolvidos devem agir perante os interesses de toda a sociedade, não apenas de um seletivo grupo.

E, por fim, pontua-se que o problema da criminalidade não deve ter tratamento exclusivo pelo Direito Penal, visto que para a real evolução social, é necessário a atenção à saúde da população, à educação, esporte, ao lazer, ao acesso à informação, ou seja, fazer-se cumprir a Magna Carta. Deve-se ainda compreender que o Direito Penal e suas instituições são necessárias para a harmonia e convívio social pacífico, mas que este deve ser compreendido conforme determina sua própria natureza, o Direito Penal deve ser subsidiário e utilizado somente como última opção, ou seja, quando nenhum dos outros ramos do Direito conseguir tutelar a situação concreta, visto que o Direito Penal é, como visto, a *ultima ratio*. Feito isso, acredita-se que teremos não só uma correta aplicação do Direito Penal, mas também uma crucial melhoria da qualidade de vida dos cidadãos e vislumbrar-se-á um Estado respeitador e garantidor dos direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: código da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**: Anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constituição transformadora. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004
- BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e das Penas** / Cesare Beccaria; tradução Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm).

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal parte geral**. 3ª. Ed. rev. ampl. atual. – Salvador: JusPODIVM, 2015.

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

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

FORÚM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2021**. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>.

FORÚM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2022**. São Paulo: FBSP, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>.

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

GAROFALO, Rafeale. **Criminologia**. Tradução: Danielle Maria Gonzaga. 5ªed. São Paulo: Editora Peritas, 1995.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niteroi, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GUNTHER, Jakobs. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas** / Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Niza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

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

Ministério da Justiça e Segurança Pública/Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – **SISDEPEN**; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**- Introdução a seus fundamentos teóricos. 4ª ed. rev. ampl. atual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. – 10ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo e Democracia**: um paradoxo brasileiro. Revista Mediações Londrina, v.10, n.2, p. 183-198, 2005.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sergio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.