



**PARADOXO DO MODELO PENAL BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
ACOBERTADOS PELO SECOND CODE**

**PARADOX OF CONTEMPORARY BRAZILIAN PENAL MODEL: THE
FUNDAMENTAL RIGHTS COVERED BY THE SECOND CODE**

<i>Recebido em:</i>	30/03/2019
<i>Aprovado em:</i>	28/06/2019

Matheus Maciel Paiva¹

Edson Vieira da Silva Filho²

RESUMO

Este trabalho se propõe a examinar como a seletividade, presente no modelo sancionador do Brasil contemporâneo, baseada numa estigmatização sócio-individual, causada pela ineficiência dos Direitos e Garantias talhados na Constituição da República de 1988, age como instrumento de criminalização pelo Modelo penal. Para isso, analisaremos algumas dinâmicas e padrões de seletividade utilizados pelo Estado para segregar indivíduos e estratos sociais, construindo a imagem do inimigo do bem-estar social. Será observado a situação do sistema carcerário que se encontra ineficaz. Este não ressocializa os delinquentes, mas se torna influenciador de uma gênese de novos criminosos com maiores intensões criminais. A partir disso, fomenta-se a Criminalização Secundária e interfere no objetivo ideal do modelo penal, sendo esta a *Ultima Ratio* para a proteção e promoção de

¹ Mestrando em Filosofia na Universidade Federal do Paraná. E-mail: matheusmacielpaivacxb@gmail.com

² Pós Doutor pela UNISINOS; Doutor em Direito pela UNESA; Mestre pela Universidade Federal do Paraná; Mestre pela Universidade São Francisco; Delegado de Polícia Classe Geral, aposentado - Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. E-mail: evsilvaf@globo.com



valores, além da reinserção dos transgressores à sociedade. Acerca do Second Code, demonstrar-se-á o paradoxo do modelo penal e como ele pode não ser fortuito, mas sim uma tautologia de necessidade-demanda que sustenta e mantém o controle social. A partir de uma perspectiva da criminologia crítica através de Baratta e Zaffaroni.

Palavras-chave: Paradoxo do Modelo penal; Ultima Ratio; Second Code; Direito e Garantias Fundamentais; Seletividade; Segregação.

ABSTRACT

This paper proposes to examine how selectivity, present in the sanctioning model of contemporary Brazil, based on a socio-individual stigmatization, caused by the inefficiency of the Rights and Guarantees elaborated in the Constitution of the Republic of 1988, acts as an instrument of criminalization by the Criminal System. To do this, we will explore some dynamics and selectivity patterns used by the State to segregate individuals and social strata, thus building the image of the enemy of social welfare. Will be observed the situation of the prison system that is ineffective. This doesn't socialize the delinquents, but becomes an influencer of a genesis of new criminals with greater criminal intentions. From this, it fosters Secondary Criminalization and interferes in the ideal objective of the penal system, being this the Ultima Ratio for the protection and promotion of values, besides the reintegration of the transgressors to the society. Concerning Second Code, we will demonstrate the paradox of the penal system and how it not be fortuitous, but rather a need-demand tautology that sustains and maintains social control. From a critical criminology perspective through Baratta and Zaffaroni.

Key words: Paradox of the Penal System; Ultima Ratio; Second Code; Fundamental Rights and Guarantees; Selectivity; Segregation.

INTRODUÇÃO

Os modelos penais, desde o medievo com os suplícios e espetáculos públicos, até os dias atuais - onde ainda podemos observar discricionariedades por parte do Estado na aplicação e execução da pena - passaram por diversas modificações. Com o Estado Moderno e a Criminologia Clássica, o processo de Mitigação das Penas, que ainda perdura, começa a ganhar mais crédito. Em meados do século XX o movimento de Humanização das



Penas ganha força com a promoção dos Direitos Humanos e das cartas Neoconstitucionais, com caráter pós-moderno.

Assim os Direitos Fundamentais se tornaram o cerne de atuação do Estado. Todo o Ordenamento Jurídico infraconstitucional deverá respeitar a proposta Constitucional e servir de instrumento para sua efetividade. Apesar de exalar legalmente o uso de coerção e sanção, o Estado, através do Modelo penal, deve agir concernente aos Direitos Fundamentais previstos e positivados na Constituição de 1988. Todavia, não é o que podemos observar na prática. A crise no modelo penal parte de uma comunicação viciada entre sua estrutura e prática com a constituinte em vigor, que de certa forma, tornou-se um obstáculo para atuação do sistema sancionador brasileiro que ainda persiste, assim como nossa sociedade, nos moldes do paradigma da modernidade.

O neoconstitucionalismo, protetivo às minorias e grupos vulneráveis, encontra no modelo penal uma forma de atuação ainda moderna. A partir deste novo paradigma constitucional contemporâneo, em tese, o modelo penal deveria agir como a ultima ratio do Estado, para a garantia e proteção dos bens jurídicos da mais alta primazia. Contudo a prática demonstra o paradoxo e assim a crise. O modelo penal age de forma segregacionista e seletivo quanto aos grupos fragilizados socialmente. Ainda mantém a ideia maniqueísta que se alastra pelas outras instancias sociais, fortalecendo, assim, a estigmatização e segregação de certos (des)valores sócio individuais.

A teoria do Second Code refuta o caráter fortuito da atuação do instrumento sancionador penal, ou seja, a tautologia entre a necessidade e demanda encontrada no modelo é proposital. A desigualdade social, em suma, atua como instrumento pelo modelo penal para a criação de uma população estigmatizada e fragilizada, enquanto identidade social, na qual incide a atuação do poder legalmente conferido às instituições estatais de sanção. Desta forma observaremos como esta teoria é capaz de criar um modelo penal subterrâneo e discricionário.



2 CONSTITUIÇÃO E MODELO PENAL

O processo histórico de construção das constituintes modificou, ao longo do tempo, o papel da Constituição. No início da Modernidade a constituição possuía uma função restrita de delimitação do Estado para com a sociedade³. Papel este que se altera em meados do século XX com a pós-modernidade. O Neoconstitucionalismo⁴ traz a função de promover Direitos e Garantias Sociais como o cerne da atuação do Estado, numa perspectiva pluralista, contemporânea e garantista. É o chamado Plus Normativo⁵, a Constituição, no Estado Democrático de Direito, tem um caráter de transformação da realidade social.

O Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao Welfare State neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é plus normativo em relação às formulações anteriores.⁶

O que se tratará neste capítulo é o baixo grau de efetividade constitucional, resultado da inadequada aplicação dos textos constitucionais.⁷ Apesar de dispor legalmente o uso de coerção e sanção, o Estado, através do Modelo penal, deve agir em harmonia com aos Direitos Fundamentais previstos e positivados na Constituição de 1988. Todavia, não é o que podemos observar na prática. A crise no Modelo penal parte de uma comunicação

³ CANOTILHO, José. Direito constitucional. 6ª Ed. Livraria Almedina, 1993. Pag. 275;

⁴ Neoconstitucionalismo surgiu em meados do século XX, com o objetivo de proteção dos Direitos do Homem, sendo estes naturais e invioláveis, antecedentes ao próprio Estado. O método constitucional visa garantir e efetivar tais direitos de maneira universal. Este ponto nos remete também a proteção de grupos sociais minoritários e vulneráveis. Para Dworkin o constitucionalismo faz uma contrabalança com a Democracia, no sentido minorias-maiorias. Bobbio, apesar de não utilizar tal expressão, trata sobre os Direitos do Homem como a base das Constituições Democráticas – Bobbio, Noberto. A Era dos Direitos, pag. 93.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. Ciência política e teoria do Estado. 8ª ed. Livraria do Advogado. 2014. Pag. 98/100;

⁶ STRECK, Lenio Luiz. Ciência política e teoria do Estado. 8ª ed. Livraria do Advogado. 2014. p. 100;

⁷ SILVA FILHO, E. V.; Kallas Filho, E. Nós Modernos: A crise da efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira. Simioni. L. R. Constitucionalismo e Democracia: Reflexões do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM. Editora Max Limonad. 2017. Pag.107.



viciada entre este modelo e a constituinte em vigor⁸. Esta relação será abordada com mais profundidade nos capítulos seguintes, que buscarão demonstrar como os Direitos Fundamentais se tornaram, de certa forma, obstáculos para atuação do sistema sancionador que ainda persiste nos moldes da modernidade.

2.1 OBSTÁCULOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No medievo observávamos a presença dos suplícios, do pavor coletivo. O delito, tido pelo monarca como um insulto à sua soberania, era punido com cunho vingativo e imperdoável. Segundo Foucault “É uma produção diferenciada de sofrimento, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune.”⁹ A pena, executada em praça pública, tinha o objetivo não apenas de punição, mas de demonstração de poder do monarca perante a sociedade que se encontrava subordinada à subjetividade daquele.

Uma das principais discussões que se constrói em torno dos modelos penais ao longo de toda a história da modernidade é a forma, a medida, a eficácia, o método de punição dos delinquentes penais. Marcados desde o medievo até meados do século XIX pelos seus excessos¹⁰ e violências espetaculares, a busca pelo equilíbrio entre a humanização e a eficiência da pena, ganha destaque no final do século XVIII através de grandes teóricos modernos como Beccaria:

Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime (...). Escolher os meios que devem causar no espírito público a

⁸ SILVA FILHO, Edson Vieira da. A (Des)construção Hermenêutica do Direito Penal em *Terrae Brasilis* - O Bem Jurídico à Luz da Constituição. Pag. 64 a 68;

⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 42^a ed. Editora Vozes. 2014. Pag. 37;

¹⁰ SILVA FILHO, Edson Vieira da. A (Des)construção Hermenêutica do Direito Penal em *Terrae Brasilis* - O Bem Jurídico à Luz da Constituição. Pag. 75;



impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo menos cruel no corpo do culpado.¹¹

A partir do Estado Moderno, a escola clássica buscou novas formas de punição. Um modelo diverso àquele utilizado na pré-modernidade, a fim de diferir, mas simultaneamente, manter o controle social e o poder da nova classe. Para Foucault:

A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos.¹²

Trata-se de retirar o superpoder monárquico, próprio do senhor feudal e da organização política por ele administrada, e estabelecer uma melhor distribuição do poder punitivo. Este modelo exacerbado de punição causava grande desgaste à soberania do monarca, o que também influenciou nos ideais da revolução francesa, no sentido de buscar outras formas de punição. A mitigação da pena seria, segundo Foucault: “Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja a ideia seja tal que torne definitivamente sem atração a ideia de um delito.”¹³

Assim o processo de mitigação das penas faz com que a fúria dos espetáculos punitivos em praça pública, os arbitrários e discricionários suplícios corpóreos sob os delinquentes, sejam gradativamente deixados de lado durante a segunda metade do século XVIII¹⁴. Passa-se a pensar numa medida exata de punição ao delito como uma forma de coação, ou seja, retirar a vontade do indivíduo de cometer o delito. Uma punição capaz de suprimir o desejo e o benefício da prática do ato delituoso.

Diferente do suplicio, do medievo, onde a punição era uma forma de reafirmação e reestruturação do poder do soberano. Agora a punição tem por objetivo fomentar o poder

¹¹ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais. 1997. Pag. 85

¹² FOUCAULT, Michel. Op. Cit. Pag. 80;

¹³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 42ª ed. Editora Vozes. 2014. Pag. 102;

¹⁴ Idem, Ibidem. Pag. 73.



da legislação¹⁵. A presença do discurso, apesar de abstrato, positivado da Lei torna-se concreto quando ao cometimento do delito. Fala-se do pagamento com a mesma moeda, o castigo do delinquente seria o crime que este cometera.

A máxima utilitarista, que via na pena uma resposta certa e dosada, a construiu na medida exata¹⁶ e na mesma natureza do delito cometido, logo transformou-se no encarceramento, uma maneira de punição única para todos os crimes, apenas alterando o tempo da reclusão de acordo com o delito cometido. Isso se deve pelo fato de que o encarceramento não era apenas uma pena privativa de liberdade, ela também gerava um prejuízo pecuniário, uma restrição a propriedade individual, pois a partir do século XVIII podemos observar a construção de uma sociedade industrial, que fomenta a propriedade, a moeda e o mercado de trabalho.

A prisão, aparelho de punição por privação da liberdade nas sociedades capitalistas, se baseia no princípio de menor elegibilidade: as condições de vida na prisão devem ser piores do que as da classe trabalhadora mais inferior.¹⁷

O encarceramento combinou a nova modalidade punitiva – a eliminação física, resultado do processo de mitigação das penas – com a domesticação e utilização dos indivíduos – após sua passagem às malhas penais – docilizados para produção industrial.¹⁸ A detenção produziu uma delinquência fechada, controlável e localizada, sem risco à nova classe social dominante, atuante apenas nas classes subprivilegiadas. Desta forma o encarceramento, que deveria funcionar como um instrumento de punição, controle social e

¹⁵ Idem, Ibidem. Pag. 108;

¹⁶ Terminologia utilizada por Jeremy Bentham, calcado no Utilitarismo, “ou seja, considerava que a pena deveria proporcionar ao criminoso um incomodo” A principal causa de existência da pena seria o efeito preventivo do delito. Assim a pena deve ser útil, proporcional ao ato delituoso, suficiente para inibir o crime não pelo medo ou dor, mas pela falta ou retirada de benefícios. Bentham, Jeremy. Apud Bitencourt, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas. São Paulo. Saraiva. 2004. P.46

¹⁷ RUSCHE/KIRCHHEIMER, *Pena e estrutura social*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 185: “Il limite superiore del tenore di vita dei detenuti era così determinato da quello inferiore della popolazione libera.”

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito penal brasileiro. 4ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 44;



de docilização dos corpos para atuarem na produção industrial, deturpou-se. É o que Foucault chama de “aparente fracassar”, mas que na verdade é o sucesso da utilização deste instrumento ao alcançar um outro objetivo, “Ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como meio relativamente fechado, mas penetrável (...) uma ilegalidade visível, marcada, irredutível a um nível e secretamente útil.”¹⁹

A partir de meados do século XX, agregou-se fortemente nos debates jurídicos, políticos, sociais e como ponto teleológico do ordenamento normativo os Direitos Fundamentais do Homem preconizados, no caso, na Constituição da República de 1988, sendo a nascente dos Valores Sociais à serem protegidos juridicamente. Este diploma, calcado no modelo Neoconstitucional, Democrático de Direito, traz à nós princípios prioritários - como a liberdade, segurança, bem-estar, igualdade - que devem ser garantidos pelos instrumentos constitucionais e infraconstitucionais, como o Modelo penal. O fim do estado ditatorial, foi um grande avanço à construção de uma sociedade e Estado democráticos. A constituinte de 1988 e a sociedade como um todo, estavam e ainda estão, num tempo paradigmático diverso, esta passa por uma modernização tardia enquanto aquela regulamenta um *modus operandi* contemporâneo. Desta forma, resultando um baixo grau de efetividade constitucional, ou ainda o baixo grau de compreensão constitucional, que ainda é vislumbrada nos dias atuais.

Texto constitucional não se operou no mundo concreto brasileiro e a realização das propostas do novo encontram-se distantes do conservadorismo que impera na sociedade, ainda acostumada com os padrões positivistas.²⁰

No Estado Social Democrático de Direito o modelo penal ganha, pelo menos em tese, caráter minimalista, ou seja, uma atuação de *Ultima Ratio*. Deve respeitar aos ditames

¹⁹ Idem. *Ibidem*. Pag. 271;

²⁰ SILVA FILHO, E. V.; Kallas Filho, E. Nós Modernos: A crise da efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira. Simioni. L. R. Constitucionalismo e Democracia: Reflexões do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM. Editora Max Limonad. 2017. Pag.96



constitucionais, de forma que fatores individuais, morais e subjetivos, não devam fundamentar atuações sancionatórias do Estado. O Modelo Penal deve mover-se pelo Princípio da Subsidiariedade. Atuar somente em restritos limites garantidos pela Constituição, para a proteção de Bens Jurídicos da mais alta primazia social ou aqueles que não puderem ser protegidos eficientemente por outro ramo do direito. Trata-se, portanto, da proteção de Bens Jurídicos Penais.²¹ A banalidade do sistema eleva seu âmbito à Bens Jurídicos que poderiam e deveriam ser protegidos por outro diploma jurídico além de valores de moralidade sujeitos a relativização de inúmeras formas.

Diante disto observamos que os Direitos Fundamentais, talhados na Constituição de 1988, não são eficientemente respeitados pelo Modelo Penal. E aqui culminam as crises na elaboração e aplicação de leis, políticas criminais, dinâmicas das agencias penais de contenção, as instituições e poderes estatais, como o Ministério Público, o Judiciário, os presídios. Desta forma, o sistema sancionador penal torna-se óbice para a garantia dos Direitos Fundamentais, e conseqüentemente, resulta a crise de eficiência entre ambos os diplomas. No capítulo seguinte trataremos uma das principais conseqüências do baixo grau de efetividade constitucional, que é a formação de grupos marginalizados socialmente. Explanaremos sobre os fatores de estigmatização – a partir da modernidade - que são utilizados para segregar grupos sociais e assim criar a chamada clientela preferencial do sistema sancionador.

2.2 MARGINALIZAÇÃO E SEGREGAÇÃO SOCIAL

Indispensável tratar do Sistema Capitalista ao salientar as crises do Modelo Penal, pelo fato da segregação social renovar suas premissas de acordo com o momento histórico em que se encontra. As razões-de-ser são diversas, mas todas estão vinculadas à uma

²¹ SILVA FILHO, Edson Vieira da. A (Des)construção Hermenêutica do Direito Penal em *Terrae Brasilis* - O Bem Jurídico à Luz da Constituição. Pag. 80



identidade de valores que não se enquadra, por inúmeros motivos, aos bens socialmente elegidos à uma sociedade e que, por esse motivo, devem ser protegidos utilizando os aparatos Estatais, como o Modelo penal. Segundo Baratta, na perspectiva da criminologia crítica – que trataremos posteriormente – a marginalização está sempre relacionada a uma seleção de bens e comportamentos à serem protegidos e pela segregação de indivíduos estigmatizados.²²

Na modernidade, o método de seletividade se afasta ligeiramente dos discursos teocráticos - principais norteadores na pré-modernidade - e adquire primeiramente um discurso fundamentado na autoconsciência dos indivíduos, sendo esta um requisito necessário para a existência de uma relação jurídica por pressupor a vontade de agir do sujeito. Desta forma, o estranho não pode cometer um delito e, caso cometa um ato ilícito, não pode ser punido, pois agiu sem consciência. Assim, resta apenas a representação do perigo, que, portanto, deveria ser segregado a fim de minimiza-lo.

Como o estranho não é autoconsciente (...) não pode ser submetido à pena, porque não atua com relevância jurídica e não pode cometer um delito, e sim somente representar um perigo, como um animal que escapou do zoológico.²³

Com o Positivismo Criminológico, retornou-se as características biológicas de segregação, percebe-se aqui, um ligeiro retorno ao sistema inquisitorial quanto a questão do estranho e inimigo serem inferiores aos normais, por um fator, neste caso, biológico. O Modelo Penal, agora com características administrativas, submetia todos, contudo de maneira distinta. Enquanto para o indivíduo normal as medidas policiais tinham caráter corretivo, para o estranho tinha caráter eliminatório.

A partir do pensamento iluminista e cientificista – como por exemplo os estudos de Lombroso – “O estranho ou inimigo, (...) voltou a ser biologicamente inferior, (...) por ser

²² BARATTA, A. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 6ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 161;

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 90;



patológico ou pertencer a uma raça não suficientemente evoluída”²⁴. A seletividade não era um resultado da escolha realizada pelo organismo do poder, mas sim um fator natural, ou seja, ontológico. Vale citar Rafael Garofalo que defendia a produção de uma similar seleção natural darwiniana, excluindo e eliminando os inimigos. Além disso “Sua definição de inimigo era brutalmente etnocentrista e racista”²⁵. Pensamento este que pode ser lembrado com, por exemplo, a ideologia nazista de exclusão e eliminação de toda raça, principalmente os judeus, diversa da ariana, esta sendo a superior e pura.

Outrossim, os inimigos não eram apenas os delinquentes ou criminosos graves, eram todos os indesejáveis²⁶, ou seja, aqueles que apresentavam algum aspecto comportamental, algum (des)valor ou posição de inferioridade social, moral, ética, estética, cultural, etc. diverso do que deveria ser protegido pelo Estado, e que formavam ao final o que fora chamado de classes perigosas, má vida e mais atualmente, com o movimento da criminologia crítica, a clientela preferencial²⁷.

Os casos de enfermidade social que costumam ser designados sinteticamente pela denominação genérica de proletariado, mendigos e vagabundos, alcoólatras e pessoas de ambos os sexos que exercem a prostituição, vigaristas e pessoas do submundo no mais amplo sentido da palavra; degenerados espirituais e corporais. Todos eles formam o exército dos inimigos por princípio da ordem social, em cujo estado-maior figura o delinquente habitual.²⁸

A seletividade passa a atuar, mais significativamente a partir do século XIX, sob os indivíduos aquém do sistema capitalista burguês de produção, não inseridos num mercado

²⁴ Idem, Ibidem. Pag. 92;

²⁵ Idem, Ibidem. Pag. 94;

²⁶ Terminologia Utilizada por Zaffaroni para identificar os indivíduos segregados da sociedade que se formava no século XIX, devido a Revolução Industrial e ao movimento de urbanização dela proveniente;

²⁷ SILVA FILHO, Edson Vieira da. A (Des)construção Hermenêutica do Direito Penal em *Terrae Brasilis* - O Bem Jurídico à Luz da Constituição. Pag. 65;

²⁸ FRANZ VON LISZT, *La idea...*, cit., pag. 116 da trad. De Aimone Gibson e pag. 84 da de Pérez del Valle.



de trabalho. Perspectiva esta que surge com o desenvolvimento da Criminologia Crítica²⁹. Tal paradigma trata de uma relação “econômico-política dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização”³⁰. As estruturas de produção e mercado tornam-se fatores chave de segregação. Sujeitos inseridos no mercado de trabalho são definidos como força de trabalho; e indivíduos aquém do mercado de trabalho, excluídos das relações capitalistas de produção, definidos como força de trabalho excedente³¹. Estes estão marginalizados socialmente, sofrem condições de miséria econômica que, devido a amplitude do sistema capitalista, se alastra para todas as estruturas e âmbitos sociais.

Opondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrossociológico, a criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição.³²

Vale ressaltar que muitos dos (des)valores utilizados como referenciais para estigmatizar indivíduos nos séculos XVIII e XIX, ainda encontram-se presentes atualmente. Incorporados agora principalmente a imagem da pobreza, transformando-a numa espécie de doença social. A pobreza, incorporando outros aspectos estigmatizantes, como a cor da pele, etnia, ideologias, crenças religiosas, tornou-se também um (des)valor utilizado pelo modelo penal como norte para sua atuação. Desta forma, por exemplo, crimes de colarinho branco poucas vezes serão percebidos e punidos, por pertencerem a um grupo social economicamente favorecido, encontram-se fora do âmbito principal de atuação do sistema sancionador.

O Sistema de valores que nele (Modelo Penal) se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima à proteção do patrimônio

²⁹ BARATTA, A. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 6ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 160;

³⁰ Idem, Ibidem. Pag. 159;

³¹ CIRINO, J. S. Os Discursos sobre o Crime e Criminalidade. Florianópolis, SC. Pag. 18;

³² BARATTA, A. Op. Cit. Pag. 160;



privado e orientando-se (...) para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.³³

Pode-se observar que toda essa estigmatização ocorre de forma inata ao sujeito, ou seja, desde que ele possua alguma característica que o marque ou diferencie, mesmo que nada tenha feito de ilegal ou imoral, fará parte do âmbito de atuação do poder sancionador. Isso se torna, ainda, outro grande óbice quando tratamos da chamada Criminalização Secundária, fator que acentua a seletividade do sistema por rotular os indivíduos como criminosos e, posteriormente com o cumprimento da pena, de ex-condenados. Este é um dos grandes efeitos negativos que o sistema carcerário demonstra.

O encarceramento reproduz e conserva a verticalização social, ou seja, aqueles indivíduos já estigmatizados, caracterizados como clientela preferencial da criminalidade, da atuação do poder coativo e punitivo do Estado, quando adentram às malhas penais, do sistema prisional, ao retornarem para o convívio social estarão rotulados como delinquentes, pois ainda persistem nas zonas sociais subprivilegiadas, e agora com o status negativo de ex-condenado. Baratta trata esta situação como Elemento Cético³⁴, ou seja, um efeito nocivo que acompanhará a vida do sujeito e que dificultará sua inserção num convívio social saudável. Trata-se de um elemento que exige o acompanhamento Estatal e modificações em diversos setores sociais para minimizar a rotulação que, naturalmente, após inserido nas malhas, o individuo sofre.

Conter o mais possível aquelas particularidades da vida do instituto, que podem tornar o detido incapaz para a vida, de modo que a diferença entre uma vida no instituto e a vida externa não seja maior do que é inevitável.³⁵

Assim, a partir de uma sociedade completamente inserida no sistema capitalista, encontramos um modelo penal que o utiliza como instrumento para segregação dos

³³ BARATTA, A. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 6ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 176;

³⁴ Idem, Ibidem. Pag. 168;

³⁵ Idem, Ibidem. Pag. 168;



estamentos sociais que se encontram fora do aglomerado de direitos sociais e com poder de capital. O modelo penal que deveria ser único e aplicável à todos na verdade é seletivo em sua atuação e eficácia. Molda-se e atua predominantemente sob um grupo social específico. Observaremos mais atentamente nos próximos capítulos que a relação entre os Direitos Fundamentais e a marginalização/segregação social gera, ao final, uma mecânica tautológica, redundante de necessidade e demanda.

3 SELETIVIDADE

Como pudemos observar através dos capítulos anteriores, os diversos fatores de segregação social - que se aglomeraram com o passar da história - corroboram para a formação da denominada clientela preferencial do modelo penal. Esta clientela está submetida a atuação seletiva do poder sancionador e acaba por se tornar “modelo” para estigmatização e perseguição dos indivíduos pertencentes a grupos economicamente desfavoráveis, de acordo com a perspectiva da Criminologia Crítica explanada anteriormente. Desta forma, a seletividade, unida a estigmatização, transforma a pobreza numa espécie de doença social. Ocorre aqui a imagem presunçosa do pobre-delinquente. “A seletividade é estrutural e, por conseguinte, não há sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato.”³⁶

3.1 A IMAGEM DA SELEÇÃO

O poder punitivo atua com mais facilidade sobre os sujeitos que se encontram sob um estado de vulnerabilidade ocasionado por faltarem-lhes acesso aos Direitos Fundamentais, que deveriam ser garantidos pela constituinte, e que está diretamente vinculado ao grau de estigmatização do indivíduo, ou seja, de certa forma, a quantidade de (des)valores que lhes é atribuído. O sujeito não precisará cometer um grave delito para que seja rotulado como criminoso e atingido pelo poder punitivo. Na verdade, infelizmente, o

³⁶ BARATTA, A. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 6ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 51;



estranho é quando este individuo consegue, ao longo de sua vida, não ser atingido pela malha penal. “O status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações”³⁷.

O sistema penal opera, pois, em forma de filtro para acabar selecionando tais pessoas. Cada uma delas se acha em certo estado de vulnerabilidade ao poder punitivo, que depende de sua correspondência com um estereótipo criminal.³⁸

Quanto aos sujeitos que pertencem aos grupos sociais que se encontram fora desta clientela preferencial e que acabam por também cometer delitos – como os crimes de colarinho branco, citados anteriormente – apenas serão criminalizados nos casos de erros ou comportamentos grotescos ou trágicos, que os levam à uma situação de falta de cobertura³⁹. Vale ressaltar, primeiramente, que esta situação é rara e, quando ocorre, o modelo penal age de maneira mais branda – como por exemplo, talvez, não o rotulando de criminoso - que veremos com mais atenção futuramente - mas sim como um simples transgressor penal, com tratamentos diferenciados, “privilegiados”. Neste mesmo sentido, estes casos alimentam a ilusão de um modelo penal igualitário, não seletivo, atuante com a mesma intensidade em quaisquer casos. Como exemplo, podemos citar os escândalos recentes de corrupção pública que atingiram apelos midiáticos e comoções públicas.

Há de se verificar também, que esta seletividade atua com mais eficiência em sociedades estratificadas, que apresentam índices altos de desigualdade social⁴⁰, características estas encontradas com facilidade nos países em estágio de Modernidade Tardia, como é o caso do Brasil. Nas sociedades desfavorecidas pela globalização, a polarização de riquezas⁴¹ é fator relevante para a segregação social. Contudo esse

³⁷ Idem, Ibidem. Pag. 162;

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito penal brasileiro. 4ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 49;

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito penal brasileiro. 4ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 50;

⁴⁰ Idem, Ibidem. 2011. Pag. 50;

⁴¹ Idem. O Inimigo No Direito Penal. 3ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 72;



desequilíbrio material não basta em si mesmo⁴². Devemos acrescentar toda uma gama de valores que, acolhidos como positivos ou negativos, tornam-se fatores para estigmatização e segregação social. Desta forma, a seletividade, unida a estigmatização, transforma a pobreza numa espécie de doença social. Ocorre aqui a imagem presunçosa do pobre-delinquente, sendo este pobre segregado por possuir (des)valores inatos, como a cor da pele, e por pertencer a um grupo social desfavorecido, vulnerável à atuação do modelo penal. “A seletividade é estrutural e, por conseguinte, não há sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato.”⁴³

Faz-se necessário analisar dados relativos ao sistema prisional brasileiro e sua trajetória nos últimos anos. Os levantamentos⁴⁴ que serão apresentados neste capítulo são relativos, única e exclusivamente, a seletividade do modelo penal, que fica claro quando observamos os dados do sistema prisional. O cômputo total da população carcerária, em junho de 2016, gira em torno de 726 mil pessoas privadas de liberdade. Com relação a raça/cor, os dados revelam que a população total se compõe de 53% sendo sujeitos declarados negros e 46% de sujeitos declarados brancos. Especificamente com relação a população carcerária constatamos que 64% - ou seja, uma média de 464 mil presos - é composta por negros e 35% - em média de 254 mil presos - por brancos. Portanto já podemos observar que o sistema prisional é majoritariamente composto pela população que se declara negra.⁴⁵ Quanto ao grau de escolaridade da população carcerária, 51% - ou seja, em média 370 mil presos - não possui nem o Ensino Fundamental Completo. Por outro lado, quando nos voltamos aos graus mais elevados de escolaridade, observamos um valor

⁴² DEMO, Pedro. *Charme da exclusão social*. 2ª ed. Editora Autores Associados. 2002. Pag. 20;

⁴³ Idem, *Ibidem*. Pag. 51;

⁴⁴ Todas as estatísticas aqui apresentadas estão em harmonia com os levantamentos do Departamento Penitenciário Nacional e o Ministério da Justiça e Segurança Pública.

⁴⁵ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, Junho/2016. Pag. 30;



ínfimo, tanto que no gráfico presente no relatório de 2016, aqueles com ensino superior completo e além dele estão com índices zerados.⁴⁶

Estes dados comprovam e indicam quais são os (des)valores estigmatizantes segregados socialmente e, desta forma, os grupos vulneráveis que possuem proteções e garantias dos Direitos Fundamentais fragilizados, tornando-os suscetíveis à atuação do poder punitivo. Ainda, podemos compreender com mais lucidez o problema que surge com a Criminalização Secundária. Ela se torna grande óbice, pois influencia ainda mais na atuação seletiva do poder punitivo. Devemos, agora, analisar as dinâmicas seletivas utilizadas pelo aparato Estatal. As formas, os métodos utilizados para formar o modelo de seleção, a imagem do inimigo do bem-estar, e assim exercer o controle social.

3.2 DINÂMICAS SELETIVAS

Podemos interpretar, um conceito, de Seletividade como sendo um fenômeno no qual se identificam e selecionam sujeitos e/ou grupos a partir de características estigmatizantes. Atuando como instrumento para a modulação da imagem de inimigo do bem-estar social, diferenciando, desta maneira, a sociedade de forma maniqueísta – que trataremos mais adiante. Servindo como norte para a atuação do modelo penal e, conseqüentemente, como grande facilitador para o Controle Social. Mais precisamente, o inimigo do bem-estar social pode ser considerado como o estranho, aquele que possui as qualidades de pessoa retiradas, imputando à eles a condição de não pessoas⁴⁷ e, por assim ser, possuem seus direitos fragilizados.

Neste caso, trabalhar com o conceito de inimigo num Estado Democrático de Direito, guiado por uma constituição garantista de direito fundamentais, é claramente uma contradição⁴⁸ que gera grandes desafios na aplicação eficaz de ambos os diplomas. Os

⁴⁶ Ibidem. Pag. 33;

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 21

⁴⁸ Idem, Ibidem. Pag. 24;



obstáculos aqui são: primeiro, a própria lei deveria ser uma, aplicável e eficaz para todos aqueles que a ela estão submetidos. Trata-se, portanto do mito do direito penal como direito igual⁴⁹; segundo, a seletividade não respeita as desigualdades naturais que se apresentam no meio social, ela as utiliza, mais uma vez, como fundamentos de segregação social, modulação da imagem do inimigo e desta maneira a formação de uma clientela preferencial do modelo penal. “O conceito de inimigo só é admissível em um Estado Absoluto”⁵⁰.

Outrossim, devemos mencionar também, que não há uma forma de limitação do conceito de inimigo que seja suficientemente eficaz ao ponto de não resultar numa incompatibilidade deste frente ao modelo de Estado de Direito. Teoricamente, essa limitação se submeteria a um estado de desconfiança quanto ao uso indevido do direito de liberdade no comportamento do sujeito. Em outras palavras, a condição de inimigo incidiria apenas sob aqueles que careçam de previsibilidade e que, portanto, possuam um certo grau de periculosidade⁵¹. Não obstante, a atuação do modelo penal sobre estes inimigos também estaria limitada ao grau de necessidade de imposição do poder punitivo para neutraliza-los. “Embora o tratamento com o inimigo seja a guerra, trata-se de uma guerra rigorosamente delimitada”⁵².

Há de considerar, em linhas gerais, que o objetivo do sistema carcerário, através de uma punição restritiva de liberdade, deveria ser a recuperação do sujeito infrator e a preparação deste para o momento de ressocialização. Entretanto o sistema carcerário carece de efetividade. Ou seja, as chances do criminoso se recuperar e se preparar para o retorno ao sadio convívio social, e talvez principalmente, ao mercado de trabalho são baixas, mantendo assim um modelo de sociedade estratificada, aglomerando à força de

⁴⁹ BARATTA, A. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 6ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 162;

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 160;

⁵¹ Idem, Ibidem. Pag. 161;

⁵² JAKOBS, Em Congresso, Guaiaquil, 2005, Pag. 65;



trabalho excedente⁵³. Neste mesmo sentido, a possibilidade do sujeito inserir definitivamente no meio criminoso são altas devido ao convívio descontrolado entre os diversos condenados. “O cárcere é incapaz de ressocializar, mas capaz de neutralização temporária e de inserção definitiva em carreiras criminosas”⁵⁴.

O outro lado desta mesma moeda – Criminalização Secundária – encontra-se na atuação das agências que estruturam o modelo penal, principalmente as agências policiais. Estas são efetivamente as que mais exercem um poder seletivo e que, ao atuarem sobre os indivíduos já estigmatizados, justificam o que Zaffaroni se refere como Poder Configurador Positivo do modelo penal⁵⁵, que significa um controle da vida social daquele ex-condenado através de todo um aparato policial e administrativo. Esta vigilância se fundamenta no pretexto da criminalização secundária e dificulta a relação sadia do ex-detento com a sociedade. Concluindo, a partir da Criminologia Crítica, identifica-se, na verdade, dois objetivos distintos e contraditórios que se vislumbram claros no sistema carcerário. Por um lado, temos um Objetivo Ideológico, que é a função aparente do sistema, e que por consequência nos remete ao seu fracasso; E o Objetivo Real, que é uma função oculta, responsável por manter uma verticalização e reprodução do poder social⁵⁶ que, como podemos observar, flui com êxito.

Outra dinâmica seletiva que mantém essa verticalização e controle social é o próprio sistema capitalista de produção material. A partir da Criminologia Crítica, com a presença da teoria marxista, o fenômeno burguês de produção em massa tornou-se fator primordial que gerou inúmeros efeitos, como a luta de classe – entre burguesia e proletariado. Fortaleceu o modelo de sociedade estratificada, incluindo o mito da meritocracia e claro, uma dinâmica seletiva. Nesta estrutura econômica das relações sociais de produção

⁵³ CIRINO, J. S. Os Discursos sobre o Crime e Criminalidade. Florianópolis, SC. Pag. 18

⁵⁴ Idem. Criminologia Crítica e a Reforma na Legislação Penal. Florianópolis – SC. 2005. Pag. 6;

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito penal brasileiro. 4ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 52;

⁵⁶ CIRINO, J. S. Os Discursos sobre o Crime e Criminalidade. Florianópolis, SC. Pag. 5;



capitalista, pode-se observar a presença de indivíduos – Segundo Foucault “o homem-máquina”, uma redução materialista da alma, uma noção de corpo dócil, manipulável e útil⁵⁷ - inseridos no mercado de trabalho, definidos, desta forma, como força de trabalho; e indivíduos aquém do mercado de trabalho, excluídos das relações capitalistas de produção, definidos como força de trabalho excedente⁵⁸. Estes estão marginalizados socialmente, sofrem condições de miséria econômica que, devido a amplitude do sistema capitalista, se alastra para todas as estruturas e instâncias sociais.

Além das dinâmicas anteriores, é necessário dissertar brevemente sobre a Mass Media, por ser uma dinâmica que influencia diretamente toda a população. O poder que exerce os meios de comunicação em massa sobre a cultura, ideologia, política, econômica, entre outros, é um fator que não pode ser ignorado. Não diferente, esta superestrutura, gera grandes impactos na modulação das imagens e simbolismos ligados a criminalidade. Baseado no Teorema de Thomas, esta dinâmica possui duas funções, uma de estabilização do poder existente, ou seja, de controle social; outra de legitimação ou reprodução de valores comuns que estão integrados a sociedade e que, desta forma, ao tratar do inimigo do bem-estar, automaticamente revelaria uma quebra desta unicidade de valores acolhidos como corretos e apresentaria uma construção de valores diversos interpretados pela sociedade como incorretos, ou seja, valores estigmatizados, que deveriam ser segregados socialmente e selecionados pelo modelo penal por possuir certo grau de periculosidade.

São suficientes ações sobre a imagem da criminalidade para criar efeitos reais de alarme social, necessário para campanhas de lei e ordem, desencadeadas para ampliar o poder político e legitimar a repressão penal em épocas de crise social. Assim, o estudo de percepções e atitudes projetadas na opinião pública permitiu à Criminologia crítica revelar efeitos reais de imagens da criminalidade difundidas pelos meios de comunicação de massa, que disseminam

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. 42ª ed. Editora Vozes. 2014. Página 135;

⁵⁸ CIRINO, J. S. Op. Cit. Pag. 18;



representações ideológicas unitárias de luta contra o crime – apresentado pela mídia como inimigo comum da sociedade.⁵⁹

Até então, pudemos observar quais são os grupos segregados socialmente, quais os (des)valores estigmatizados e como eles se aglomeram na modernidade transformando a deficiência material numa espécie de doença social, uma relação presunçosa de pobreza-delinquência. Por último, explanamos sobre as dinâmicas seletivas, em síntese, a Criminalização Secundária, o Sistema Capitalista de Produção e a Mass Media. Falta à nós dissertarmos sobre os objetivos da seletividade, o que faz deste um fator tão importante para um Estado, que, apesar de todas as contradições, ainda caminha para sua manutenção?

4 CONTROLE SOCIAL

As dinâmicas de seletividade e suas estruturas se mantêm firmes, ainda que inseridos no paradigma do Estado Democrático de Direito, pois, em boa parte das vezes, são pilares para um controle social econômico-político que fundamenta o aparelho sancionador do Estado, mantendo o poder e a ordem social sob sua jurisdição. Isso fica claro quando observamos a relação entre os meios de comunicação em massa e a imagem do inimigo do bem-estar social⁶⁰. Quando aquela superestrutura se organiza, montando toda uma situação desesperadora de criminalidade, onde os valores socialmente aceitáveis estão sendo brutalmente violados, onde a delinquência está impedindo a aplicação eficaz do bem-estar social, o único remédio possível para combater a situação é o uso legítimo da força, poder corpóreo, que parte unicamente do Estado e do Modelo penal.

A sociedade sem delinquência foi um sonho do século XVIII que depois acabou. A delinquência era por demais útil para que se pudesse sonhar com algo tão tolo e perigoso como uma sociedade sem delinquência. Sem delinquência não há polícia. O que torna a

⁵⁹ CIRINO, J. S. *Criminologia Crítica e a Reforma na Legislação Penal*. Florianópolis – SC. 2005. Pag. 3;

⁶⁰ Idem, *Ibidem*. Pag. 5.



presença policial, o controle policial tolerável pela população se não o medo do delinqüente?⁶¹

Podemos sustentar os argumentos acima expressados com dois exemplos recentes deste comportamento. O primeiro referente a ocupação e pacificação do Complexo do Alemão que se iniciou gradativamente com o avanço das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP's) que surgiu no ano de 2008. Apesar do aumento de UPP's em outras regiões do Rio de Janeiro e no próprio complexo, em novembro 2010 ocorreu a ocupação do complexo com o uso de policiais militares, civis, federais e do exército nacional. Para melhor análise da situação do complexo do alemão antes, durante e após a ocupação e pacificação pelas UPP's, demonstro aqui dados relacionados a homicídios dolosos, respectivamente aos meses de abril⁶² de 2008, 2010 e 2017: 2,04; 1,34 e 3,02 por 100 mil habitantes⁶³. Conseqüentemente, nos anos subseqüentes a ocupação, os índices de criminalidade foram reduzidos, contudo o que vislumbramos é que as medidas tomadas foram apenas paliativas. O Complexo do Alemão ainda sofre com a criminalidade, com tráfico de drogas, tiroteios entre policiais e criminosos. Não houve efetivamente uma pacificação. Portanto fica claro que as medidas violentas por parte do poder sancionador são insuficientes para acabar com a criminalidade.

O segundo exemplo, este contemporâneo a produção do artigo, trata-se da intervenção federal na segurança pública no estado do Rio de Janeiro. Medida que estabeleceu um general do exército nacional como responsável por comandar uma gama de setores públicos extremamente delicados – como Polícia Militar e Civil - fora decretada no dia dezesseis de janeiro deste ano, com vigência prevista até trinta e um de dezembro. A fundamentação para a decisão se encontra na proliferação do crime organizado, das

⁶¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 28ª ed. Paz e Terra. 2014. Página 78;

⁶² Foi adotado o mês de abril, pois, no momento da elaboração desta pesquisa, o infográfico utilizado, referenciado abaixo, o possuía como índice mais recente do ano de 2017.

⁶³ Disponível em <<http://especiais.g1.globo.com/rio-de-janeiro/complexo-do-alemao/>>



quadrilhas, circunstancia esta que se alastra por todo o país. Ou seja, uma assumida e declarada incapacidade de gestão do crime pelas agencias institucionalmente responsáveis. Desta forma, com o apelo midiático moldando toda uma situação alarmante de criminalidade, a população, num estado de insegurança e medo, encontra no poder do Estado refúgio contra o mal que assola a sociedade.

Outrossim, esta mesma situação de insegurança e criminalidade pode ser encontrada em outras regiões do país, inclusive apresentando cenários mais alarmantes. Analisando os dados referentes a mortes violentas intencionais do ano de 2016⁶⁴, taxa por 100 mil habitantes: O estado de Minas Gerais teve 20,80; São Paulo, 11,01; Espírito Santo, 32,61; Rio de Janeiro, 37,64. Mudando a região para o norte do país. Bahia, 46,54; Sergipe, 63,95; Alagoas, 55,89; Rio Grande do Norte, 56,86. A fonte para os números absolutos de ocorrências são aquelas coletadas do Anuário Brasileiro de Segurança Pública. O ABSP sempre utiliza fontes oficiais para os dados de ocorrência a partir da Secretaria de Estado responsável em cada UF, que pode ser a Secretaria de Segurança Pública, Secretaria de Defesa Social ou afim⁶⁵. Os números demonstram estados brasileiros com índices de criminalidade muito superior ao observado no Rio de Janeiro, contudo não encontramos nenhuma mobilização do Estado ou de qualquer veículo midiático – com o mesmo alarde que houve no estado do Rio de Janeiro - para reduzir e demonstrar a situação da criminalidade nestas regiões do país. Na verdade, apesar de vivenciarmos a era da informação, pouco se fala e pouco se sabe sobre o real cenário destes e tantos outros estados brasileiros, não apenas quanto a criminalidade, mas também ao acesso aos direitos garantidos pela Constituição.

⁶⁴ Para melhor compreensão do significado concreto que os índices nos trazem, vale realizar uma comparação com dados de outros países. As informações foram retiradas do World Health Statistics 2017. O número de vítimas por homicídio intencional a cada 100 mil habitantes: Brasil 30,5; EUA 5,3; China 0,9; Suíça 0,6. (Disponível em <<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/255336/1/9789241565486-eng.pdf?ua=1>> Pag. 82)

⁶⁵ Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/link/7/crimes-violentos-contr-a-pessoa>>



O que podemos concluir é, novamente, a existência de dois objetivos que se misturam e se chocam⁶⁶. O Objetivo Aparente, que se baseia na necessidade de resposta a atos contrários, que violam o sistema de valores aceito por determinada sociedade. São estes os principais objetivos propagados pela Mass Media e que fundamentam uma represália com uso legítimo do poder penal; e Objetivo Oculto, que escapa dos meios de comunicação em massa, estão sempre relacionados a necessidade de controle social ou algum interesse econômico-político que nunca está tão claro e aparente. Há de salientar que o problema da criminalidade é um fato. Deve-se, portanto, ser tomadas medidas para combatê-la. Contudo o que se pretende concluir, a partir das exposições acima, é que o uso da força, do poder sancionador do Estado é insuficiente, ineficaz quando não acompanhado de políticas públicas, sendo apenas medidas paliativas; além disso, as ações Estatais, do modelo penal, são guiadas por interesses alheios que nem sempre estão convergindo com a pacificação e o bem-estar social.

Vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente (amiúde são débeis mentais) e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem contesta o discurso publicitário.⁶⁷

Neste mesmo escopo, outro meio eficiente para o controle social e o modelo penitenciário que possui a característica de falso fracasso ao não atingir seu Objetivo Ideológico. Contudo, exerce muito sucesso quando observamos os feitos e resultados quanto ao Objetivo Real. O processo de mitigação das penas vinculado ao início das transformações econômicas, do movimento de capital burguês, converte os suplícios e as

⁶⁶ Para explicar sobre os objetivos, utilizei a mesma terminologia que Baratta aplica quando se refere ao sistema carcerário. Os Objetivos Ideológicos e os Objetivos Reais. Mas neste caso, com as respectivas nomenclaturas de Objetivo Aparente e Oculto.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 75;



exasperações de força do Estado, presentes tanto no medievo quanto no absolutismo, em uma administração do tempo da punição de reclusão da liberdade do sujeito.

A transformação histórica do poder de punir, explicável pelos processos subjacentes à "microfísica do poder", evolui do "suplicio do corpo", como ritual de poder na sociedade medieval, para o "arquipélago carcerário", a rede de controles da "economia do poder" nas "cidades carcerárias" do capitalismo moderno.⁶⁸

Um dos principais pontos que ainda é muito debatido atualmente, refere-se ao trabalho penal. Inicialmente a função deste ofício era simplesmente disciplinar o delinquente, já preso, ou seja, fazê-lo aprender a importância, a necessidade de trabalhar e de fazer parte do mercado de trabalho. De outra forma, era adestrá-los para se tornarem mão-de-obra, docilização dos corpos. Contudo, posteriormente, viu-se que o sistema carcerário poderia de outro modo agir, como um meio de agrupamento e rotulação de indivíduos, onde, na verdade, procura-se atingir o contrário do inicial objetivo proposto. Ao invés de criar mão-de-obra disciplinada, controlar o mercado de trabalho, inutilizando, de certa forma, os indivíduos que tramitavam na malha penal, ou seja um objetivo econômico-político.⁶⁹

As modificações históricas que os diversos sistemas acima citados enfrentaram nos trouxe à atual situação de industrialização do encarceramento. O modelo penitenciário como uma instituição de trabalho tem início com as workhouses americanas⁷⁰. Estas eram centros destinados a internação de pequenos transgressores e doentes mentais, onde realizavam trabalhos compulsórios de forma manufaturada, pois, em tese, seriam incapazes naturalmente de exercer uma presença ativa no mercado de trabalho e se tornariam, portanto, desempregados, os chamados indesejáveis. O avanço do mercado capitalista, da produção industrial, possibilitou a exploração privada do trabalho carcerário, que tem

⁶⁸ CIRINO, J. S. A Criminologia Radical. Pag. 72;

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 28ª ed. Paz e Terra. 2014. Página 76;

⁷⁰ Idem, Ibidem. Pag. 1.



como objetivo simples e puro a propulsão do capital, dos meios de produção, a partir de uma força de trabalho praticamente gratuita.⁷¹

O melhor exemplo de industrialização carcerária são as instituições penitenciárias privadas nos Estados Unidos. Política que se iniciou em 1980 e está em pleno vigor até os dias atuais e que unido ao programa de “guerra às drogas”, resulta em torno de 100 prisões privadas, além das públicas, e 2,5 milhões de presos⁷². Claramente observa-se um desvio de finalidade do cárcere, perdendo completamente sua função de disciplinar e ressocializar o delinquente. Não obstante, as políticas criminais dirigem-se à um modelo penal mais rigoroso, máximo, afim de maximizar, de certa forma, a população carcerária que, na verdade é uma força de trabalho de produção de capital. No Brasil, outra realidade que norteia o sistema carcerário é a superlotação e a necessidade de políticas de redução de sua população. O modelo penal, o sistema prisional, apesar de não exercer uma função diretamente econômica, como nos Estados Unidos, mantém uma verticalização social de controle dos excluídos do mercado de trabalho⁷³ e da população criminosa. Situação que está a sair do controle do Estado devido a ineficácia do modelo penal que gera uma tautologia de necessidade e demanda e assim a superlotação, além de todo o paradoxo apresentado.

4.1 SECOND CODE

Pode-se considerar que o modelo de controle social, resultante das dinâmicas de seletividade, é exercido não apenas pelo modelo penal, mas por todas as instancias e agencias sociais. Devido a estigmatização dos sujeitos, ocorre a segregação destes e a modulação de grupos marginalizados socialmente. Estes grupos apresentam garantias constitucionais, de seus direitos fundamentais, extremamente fragilizados, por não

⁷¹ CIRINO, J. S. Privatizações dos Presídios. Pag. 3

⁷² Idem, Ibidem. Pag 3

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 73;



conseguirem lograr de (des)valores aceitos por uma sociedade que parte de um estigma maniqueísta, construído historicamente, e que molda a imagem do inimigo do bem-estar por este apresentar características consideradas duvidosas, questionáveis, ou seja, carecem de confiabilidade.

Assim, não se trata do crime como fruto ou demanda para a criação de um aparato Estatal, como o modelo penal ou, até mesmo, um aglomerado de diplomas normativos guiando os sujeitos para o que se deve ou não fazer, que tem por finalidade o controle social. Mas sim um controle social previamente existente e latente que resulta no fenômeno criminoso. “A existência do crime depende da natureza do ato (violação da norma) e da reação social contra o ato (rotulação)”⁷⁴. A questão que se insere aqui é “como e por que um comportamento se transforma numa ação criminosa?” Parece uma questão óbvia, mas, como explanado, nem todo comportamento, que dispõe de tipicidade, é punido e seu agente tratado como delinquente. Para isso então, é importante distinguir comportamento e ação. O primeiro trata-se de um agir concreto, um agir no mundo material; enquanto o segundo na verdade é uma atribuição de valor provido de um significado social, que, claro, relativiza-se de acordo com a construção de (des)valores de cada sociedade.⁷⁵

Para que haja uma transformação eficaz de comportamento para ação, esta deve ser produzida segundo certas normas, aqui denominadas de Surface Rules. Podendo sê-las, por exemplo, normas jurídicas, como o direito penal; como também normas éticas, ou princípios de moralidade, que assim como as normas jurídicas, podem estar positivadas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos. Por outro lado, há normas interpretativas que atuam diferentemente para cada situação particular. Estas normas não estão positivadas e são aplicadas tacitamente por todas as instâncias sociais. Trata-se, aqui,

⁷⁴ CIRINO, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2ª ed. Lumem Juris. 2006. Pag. 19;

⁷⁵ BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 6ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 88;



de um Second Code, ou também chamado de metaregras⁷⁶, que é mantido pelos metadiscursos, ou seja, há um discurso que fundamenta a criação de uma determinada norma ou política, contudo este mesmo discurso fomentam instancias interpretativas que podem, inclusive, contradizer o objetivo teleológico da surface rule.

Responsável pela imputação de uma forma de aplicação das normas gerais, a partir de um etiquetamento social, o Second Code individualiza e interpreta o comportamento específico como uma ação criminosa, digna de intervenção do poder estatal, ou apenas um comportamento comum, no máximo socialmente e eticamente irregular, mas que não merece a atenção do poder sancionador. O Second Code consiste um ponto culminante, pois, ao mesmo tempo que é o responsável por todo o paradoxo do modelo penal, também está presente, de maneiras e graus diversos, nas outras instancias sociais, como por exemplo, nas instituições de ensino que atuam diretamente na formação educacional de crianças e adolescentes; nas instituições religiosas, com um caráter de fanatismo religioso, ou seja, como modo de vida único que deve ser seguido impreterivelmente. Assim o Second Code, apesar de ser tratado precisamente sob a ótica da criminologia crítica, não é um fenômeno exclusivo deste ramo, mas ganha destaque neste foro por este apresentar poder suficientemente capaz de resultar situações de violações graves aos direitos fundamentais, mantendo uma tautologia desumana fundada num modelo penal subterrâneo⁷⁷.

A homogeneidade do sistema escolar e do sistema penal corresponde ao fato de que, realizam, essencialmente, a mesma função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, eficazes contra-estímulos à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando diretamente em ação processos marginalizadores.⁷⁸

⁷⁶ Idem, *Ibidem*. Pag. 88;

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal brasileiro*. 4ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 70;

⁷⁸ BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 6ª ed. Editora Revan. 2011. Pag. 175;



Vale ressaltar que este fenômeno não é exclusivo do Brasil ou de países em modernidade tardia. Verifica-se sua existência em todos os Estados e modelos penais. Contudo sua magnitude e seus resultados são relativos às características específicas de cada sociedade e de cada modelo penal, além de como o discurso abstrato age no mundo concreto - lembrando aqui a questão salientada anteriormente dos metadiscursos. Este modelo penal subterrâneo institucionaliza um discurso jurídico-penal paradoxal. Por exemplo, grupos paraoficiais que causam(ram) distúrbios nas Surface Rules, fenômenos como a Ku-Klux-Klan; as diversas máfias que movimentam(ram) o tráfico de drogas e armas; os próprios campos de concentração; enfim, o Second Code fomenta um discurso jurídico que legitima o poder de um modelo penal que dá vazão à inúmeras discricionariedades, gerando, desta maneira, situações paradoxais e crises sistêmicas, como é o caso da superlotação carcerária.⁷⁹

Outra questão que devemos lembrar é a clientela preferencial do modelo penal. A expectativa de criminalidade nos grupos segregados, ou seja, aquela sensação de insegurança movida apenas por estigma que um indivíduo selecionado apresenta, gera um movimento tautológico de necessidade-demanda, acarretando as chamadas carreiras criminosas⁸⁰. Status este que vincula o próprio sujeito e também a definição que os outros dão daquele indivíduo. Assim, para finalizar, a teoria do Second Code retira por completo a ideia fortuita de uma desigualdade material e conseqüentemente do distanciamento social entre os grupos segregados, cada qual possuindo perspectivas próprias e específicas de vida. O conceito de sociedade dividida⁸¹ esbarra numa similar estratificação social entre os sujeitos pertencentes a grupos desfavorecidos, marginalizados, que estão aquém dos direitos e garantias talhadas na Constituição de 1988, e aquela minoria que possui um status social mais favorecido por não possuir (des)valores segregados, por possuírem

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pag. 70;

⁸⁰ BARATTA, A. Op. Cit. Pag. 179;

⁸¹ Idem, Ibidem. Pag. 177;



condições materiais positivas, além de acessos facilitados a diversos recursos e, conseqüentemente, estarem fora do alcance do modelo penal.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a identificar os processos que, de modo geral, todos os modelos penais possuem, relacionados a criminalização dos indivíduos sociais. Fora de uma perspectiva ontológica, ou seja, fora do paradigma da criminologia liberal clássica, mas sim sob a ótica de uma reação social, uma criminologia crítica. Podemos concluir que o modelo penal brasileiro é, na verdade, um mecanismo de reprodução de uma realidade social deficitária em diversas instancias. A criminalidade que se discute é apenas a ponta do problema que se inicia muito antes e distante das malhas penais.

Observa-se que tanto o modelo penal quanto a sociedade e suas instituições, não se adaptaram ainda à uma constituição pós-moderna. Nós ainda agimos como modernos e reproduzimos as características deste paradigma, e isso nos leva à um estado de crise institucional. A Constituição, em geral, não possui eficácia na aplicação e garantia dos direitos positivados, pois, mais precisamente, o modelo penal não sabe como agir harmonicamente com os direitos fundamentais nela presente. Esta crise torna-se grande óbice, pois estamos lidando com o ramo penal, ou seja, pelo fato de ser uma área que detém a legitimidade do uso de poder de coação. Deve-se ter extremo cuidado ao usar esta força, ainda mais num modelo constitucional pós-moderno, onde, em tese, o modelo sancionador deveria ser mínimo, apenas a *Ultima Ratio* do Estado, e somente para proteção e promoção de bens jurídicos penais, aqueles que, através de outro ramo institucional, não conseguiriam ser eficientemente garantidos.

Podemos perceber, na verdade, que a atuação do poder sancionador está direcionado a um âmbito delimitado pela marginalização social, que se baseia na seleção de (des)valores. Assim alguns comportamentos e características sócio individuais são



promovidos à um status positivo, devendo estes serem defendidos e garantidos pelo aparato Estatal, e outros que recebem um status negativo, sendo estes selecionados, estigmatizados e segregados socialmente. Os grupos marginalizados não recebem a devida atenção por parte do Estado no sentido de promoção de direitos fundamentais, que tem por um objetivo, resumidamente falando, a garantia de uma vida-digna. Situação esta que resulta numa fragilização de certos grupos sociais, facilitando a atuação delimitada do modelo penal.

A teoria do Second Code sustenta todo um modelo penal subterrâneo que reproduz o paradoxo descrito acima. A prática do comportamento a partir destas metaregras, sustenta, por exemplo, a clientela preferencial do modelo penal, ou seja, os grupos marginalizados e fragilizados; as carreiras criminosas, praticamente impossibilita o indivíduo se reerguer ou até se ressocializar, resultando a criminalização secundária; A superlotação e as discricionariedades encontradas no sistema carcerário, este que deveria administrar uma pena restritiva de liberdade, acaba por violar direitos fundamentais preciosos. Trata-se, em última análise, da existência de um direito penal paralelo, que, ao mesmo tempo, sustenta um discurso maximalista de resolução dos conflitos e por ele se sustenta. A criação da imagem do inimigo, a divulgação midiática sensacionalista, a falta de amadurecimento político nos debates sobre as políticas públicas e criminais – que devem sempre estar vinculadas, harmonicamente, indissociáveis – gera o estado de medo em uma sociedade complexa e pautada no risco.

Concluindo, o modelo penal não é suficiente, ou quiçá, o melhor instrumento, para a redução da criminalidade no momento e nas circunstâncias que estamos inseridos. É preciso a criação e a aplicação de políticas públicas voltadas à redução de desigualdades sociais, à promoção de valores constitucionais e, acredito até mesmo em certas mudanças de comportamento da própria sociedade, num sentido de pensamento comunitário.



REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do Estado**. São Paulo. 9ª ed. Graal. 2003;
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro. 7ª ed. Campus. 2004;
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo. 10ª ed. Editora Malheiros. 2000;
- _____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. 28ª ed. Editora Malheiros. 2013;
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais. 1997;
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro. 1ª ed. Editora Zahar. 2001;
- BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro. 6ª ed. Revan. 2011;
- CANOTILHO, José. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro. 6ª Ed. Livraria Almedina. 1993;
- CIRINO, Juarez. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro. 2ª ed. Lumem Juris. 2006;
- _____. **Privatizações dos Presídios**; ICPC. Curitiba. 2013. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/privatizacoes_presidios.pdf>
- _____. **Os Discursos Sobre Crime e Criminalidade**. ICPC. Curitiba. 2012. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf>
- _____. **O Direito Penal do Inimigo – Ou o Discurso do Direito Penal Desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>
- _____. **Criminologia crítica e a Reforma na Legislação Penal**. Florianópolis. 2005. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>
- DEMO, Pedro. **O Charme da Exclusão Social**. 2ª ed. Autores Associados. 2002
- FERNANDES, Newton. **Criminologia integrada**. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais. 2002
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. São Paulo. 42ª ed. Editora Vozes. 2014
- _____. **Microfísica do Poder**. São Paulo. 28ª ed. Editora Record. 2014;



- PEIXOTO, Paula Carvalho. **Vítimas Encarceradas**. São Paulo. 1ª ed. IBCCRIM. 2017;
- STREK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre. 8º ed. Livraria do Advogado. 2014;
- SILVA FILHO, Edson Vieira. **O direito penal e suas faces**. São Paulo. Lexia. 2013;
- _____; KALLÁS FILHO, Elias; E. **Nós Modernos: A crise da efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira**. In: SIMIONI. L. R. **Constitucionalismo e Democracia: Reflexões do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM**. Editora Max Limonad. 2017;
- ZAFFARONI, Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro. 6ª ed. Revan. 2014;
- _____. **Direito Penal Brasileiro - I**. Rio de Janeiro. 4ª ed. Revan. 2011;
- _____. **Em Busca das Penas Perdidas**. Revan. Rio de Janeiro. 5ª ed. 2017;