

SISTEMA PENAL E SELETIVIDADE SOCIAL: O SISTEMA PENAL COMO REPRODUTOR DA DESIGUALDADE SOCIAL

Victor Matheus Bevilaqua¹

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo abordar a operacionalidade do subsistema penal, suas práticas e seus efeitos na sociedade, bem como as suas funções latentes, contrastando-as com a sua programação normativa teleológica que a (auto)legitima, embora em permanente crise, a partir de uma visão crítica, baseada, sobretudo, nos estudos da Criminologia Crítica. A partir disso, redefine-se o conceito corrente de criminalidade como seletividade, onde a regra é a impunidade/imunidade e a seleção a exceção no sistema penal, que se dá fundamentalmente com base nos estereótipos criminais, do autor e da vítima. Ao final, busca-se explicitar a função real do sistema penal como reprodução material e ideológica da desigualdade social, isto é, o sistema penal como instrumento a garantir a vigência do sistema capitalista patriarcal.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema penal. Controle formal. Desigualdade social. Seletividade. Criminalização. Criminologia Crítica.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Criminalização e seletividade do sistema penal. 3. Os efeitos da orientação seletiva do sistema penal e seus estereótipos criminais. 4. Uma “resposta marginal”. 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A partir da década de 1960, em razão da crise – fiscal e de legitimação – que assolou o Estado-Providência nas sociedades de capitalismo avançado, sobretudo os Estados Unidos, houve um real impulso desestruturador, isto é, um verdadeiro ataque crítico contra as fundações ideológicas e institucionais do sistema (de controle) penal, tendo como principal protagonista o interacionismo simbólico do *labelling approach*, do qual resultou o paradigma criminológico da reação social e a criminologia crítica

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul (PUC/RS; 2013/2). Aluno do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUC/RS (Especialização em Ciências Penais Ed. 2014/2015). Assessor de Juiz na Comarca de General Câmara/RS.

ca, possuindo como aliados a crítica historiográfica foucauldiana, a crítica marxista, a crítica abolicionista e a crítica feminista.

Na busca de respostas para as causas da criminalidade, a criminologia interacionista afastou o homem e seus subjetivismos do núcleo de estudo (criminologia positiva) e passou a analisar o controle sociopenal, sua estrutura, operacionalidade e as suas reais funções, expondo a violação encoberta e aberta da programação normativa e teleológica (dogmática penal) do sistema penal, da qual resulta a sua (permanente) crise de legitimidade, em que pese conviva com a sua autolegitimação.

A tese central do *labelling approach* é a de que o desvio – criminalidade – não é uma qualidade intrínseca a conduta ou uma entidade ontológica preconstituída ao controle social, mas uma qualidade (etiqueta) dada a determinados sujeitos através de processos formais e informais de definição e seleção (processos de interação social). Assim, não há falar em criminalidade, ou seja, mera prática de fatos definidos como crime, senão em criminalização, consistente na ação praticada pelo sistema penal àqueles indivíduos que se encaixam no estereótipo do criminoso. Pode-se dizer que o *labelling approach* “*alarga o elenco dos personagens responsáveis pelo crime, elevando à categoria de <<factores>> criminógenos as instâncias formais de controle*”².

Assim, ao invés de indagar, como fez a criminologia tradicional, “*quem é o criminoso? Por qual motivo o criminoso comete crime?*”, passa-se a indagar “*quem é definido como criminoso? Mediante quais condições este indivíduo é definido como criminoso? Quem define quem?*”, de forma que a investigação se desloca dos controlados para os controladores e, desta forma, para o poder de controlar.

Veja-se que entender a configuração, operacionalidade e função do (sub)sistema penal é compreender, ao fim e ao cabo, o próprio sistema social, econômico e de gênero em que vivemos, pertencemos e estamos submetidos – de acordo com a nossa vulnerabilidade -, porquanto ele apenas expressa e reproduz a estrutura e o simbolismo de gênero, contribuindo para a reprodução do patriarcado e do capitalismo, reforçando o controle capitalista patriarcal de classe. Enfim, em uma sociedade desigual o sistema penal apenas reproduz e reforça esta desigualdade, ao invés de servir como instrumento de tutela e direitos particulares dos indivíduos.

² DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 161.

Dito isso, o presente estudo trata diretamente da operacionalidade e das reais funções do subsistema de controle formal penal, além da contras-tação entre a operacionalidade e a programação (discurso oficial da dog-mática penal) do sistema penal e a sua violência institucionalizada com a reprodução da violência estrutural.

2 CRIMINALIZAÇÃO E SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL.

Reiteradamente se sustenta que o direito penal, através da proteção aos bens jurídicos, tem como função garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando tais objetivos não possam ser efetuados por outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos indivíduos³.

Em que pese esse discurso oficial, Hulsman⁴ afirma que o sistema penal visivelmente cria e reforça as desigualdades sociais. Por intermédio das definições legais de crimes e penas o legislador protege substancialmente os interesse das classes dominantes, construindo tipos de condutas proibidas sobre uma seleção de bens jurídicos próprios das classes domi-nantes, garantindo seus interesses de classe a as condições à sua domina-ção e reprodução como classe⁵.

Na produção, na aplicação e na execução da lei está claramente presente a função (latente) do sistema penal na manutenção e reprodução da ordem exploradora e opressora, que caracteriza a formação social capi-talista⁶.

A lei penal constitui apenas um marco abstrato de decisão (crimina-lização primária⁷), desfrutando os agentes do controle social-penal de am-

³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 16-19.

⁴ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 2ª ed. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1997, p. 75.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 26.

⁶ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 75.

⁷ A *criminalização primária* consiste na elaboração de leis que incriminam certas condutas e permitem a punição de certas pessoas, enquanto que a *criminalização secundária* é a ação punitiva propriamente dita, que ocorre quando chega ao conhecimento das agências policiais a suposta prática de um crime por determinada pessoa, que passam a investigá-la, podendo privá-la da liberdade de ir e vir, submetendo-a à agência judicial que legiti-ma o procedimento e admite o processo, no qual se busca esclarecer a autoria do crime que, se comprovada, autoriza a imposição de uma pena, a ser executada por uma agência penitenciária (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Editora Ediar, 2005. p. 11-12). As agências penais são os entes, tais como, a Polícia, o Ministério Público, os parlamentos, as penitenciárias, os juizes, bem como o *mass media* e as universidades, enfim, todos que operam e (re)produzem a criminalização primária e secundária. Cada

pla margem de discricionariedade na seleção que realizam (criminalização secundária), de acordo com as suas particulares concepções acerca da fronteira entre a conduta delitiva e a não delitiva, que tem como base substancialmente o estereótipo do criminoso.

Assim, criminalização trata-se fundamentalmente de seleção, até porque acaso todas as relações sociais fossem submetidas ao sistema penal haveria um indesejável controle social absoluto, de modo que a impunidade é a regra e a criminalização a exceção.

Nesse sentido, Zaffaroni afirma que é abissal a disparidade entre o exercício de poder programado (deve-ser) e a capacidade operativa dos órgãos do sistema penal (ser), de forma que se excepcionalmente este poder programado correspondesse a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de criminalizar várias vezes toda a população⁸.

A partir dos estudos da criminalidade de colarinho branco e da cifra negra (*dark number*)⁹ houve uma desqualificação do valor das estatísticas oficiais na quantificação da criminalidade real, reconhecendo-se que ela

agência possui seus próprios interesses, atuando de forma que lhe convém, sem se preocupar com o que ocorre com as demais agências, e apresentam um discurso legitimador para justificar a sua existência e a disparidade entre seus fins oficiais e latentes, não sendo raro uma agência atribuir à outra a responsabilidade do seu insucesso, de forma que o sistema penal não segue apenas uma ideologia, mas sim uma pluralidade delas, às vezes contraditórias entre si. Nesse contexto, de conflito e, inclusive, competição entre as agências, surge a ideia de que a repressão é o recurso apto para resolver os problemas sociais, dispensando-se uma reflexão crítica, que é substituída pela atuação da mídia, que dissemina ideias autoritárias, tais como, as políticas de lei e ordem, tolerância zero, etc, havendo, ao fim, uma sensação de guerra contra a delinquência convencional de escassa gravidade (HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. 2ª ed. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1997, p. 59; ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 4ª ed. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. Editora Revan: Rio de Janeiro: 1999. p. 14; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Editora Monte Avila Latinoamericana, 1993. p. 47).

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Editora Revan: Porto Alegre, 1991. p. 26.

⁹ O estudo das estatísticas criminais, que tem por objeto a análise da atividade desenvolvida pelas agências penais oficiais de combate à criminalidade, bem como a investigação da lógica do controle social e das suas clientelas específicas, revela a existência de uma defasagem entre a chamada criminalidade real, isto é, a totalidade de crimes que efetivamente são praticados, e a criminalidade estatística – os crimes registrados oficialmente -, chamada de cifra negra (ou cifra oculta). O crime, na maioria das vezes, sequer chega a existir como fato estatístico – integram o rol da cifra oculta, pois “entre o acontecer do crime e o seu registro estatístico, aquele é submetido à ação erosiva e transformada de múltiplas vicissitudes, que torna a conversão do ‘crime real’ em ‘crime estatístico’ altamente contingente” (DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. pp. 132-133). A criminalidade de cifra negra ainda inclui os crimes do colarinho branco (*White-Collar Criminality*), assim intitulada por Sutherland em sua Teoria da Associação Diferencial, para designar os crimes praticados por pessoas de alto prestígio social, os quais, em grande parte das vezes, é impune. Após, o próprio Sutherland, indagou se, devido a esta impunidade, eram crimes, os crimes de colarinho branco (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 260).

proporciona dados precisos sobre a magnitude e qualidade da criminalização e, assim, dos modelos de comportamento das agências penais e das suas clientelas.

Ao fundamentar o conceito corrente da criminalidade como fenômeno pouco presente nos estratos superiores e concentrado nos estratos inferiores da sociedade, as estatísticas criminais, por via transversa, explicam que a criminalidade (seletividade) está vinculada a fatores pessoais e sociais correlativos da pobreza.

Desta forma, a criminalidade, além de ser uma conduta majoritária, é ubíqua, isto é, presente em todos os estratos sociais. Ocorre que, segundo Vera Andrade, a criminalização é, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída pelo sistema penal. Os pobres, portanto, não têm uma maior tendência a delinquir, mas sim a serem criminalizados, até pela própria incapacidade operacional do sistema penal, como acima delineado¹⁰.

Contudo, a operacionalidade seletiva do sistema penal não depende tão somente da defasagem entre a programação penal (dever-ser) e a sua estrutura material para a sua operação – que, aqui, se denomina seletividade quantitativa –, mas também a outra variável: a especificidade da infração e conotações sociais dos autores e vítimas, que se denomina seletividade “*qualitativa*”, que, inclusive, recria cifras negras ao longo do seu processo de criminalização.

Com efeito, se a conduta criminal é majoritária e presente em todos os estratos sociais, mas a clientela do sistema penal constitui basicamente por pessoas pertencentes aos estratos sociais mais baixos, isto indica que o sistema penal se dirige contra certas pessoas, mais do que contra determinadas condutas legalmente definidas como crime.

Assim, a “*minoría criminal*” a que se refere à explicação etiológica (e a ideologia da defesa social sustentada pela criminologia positiva) é o resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de pessoas, enquanto a conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo. Isto se dá porque os grupos dominantes possuem a capacidade de impor uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. Além disso, enquanto o sistema subestima e imuniza as condutas que causam os danos sociais mais altos e difusos (delitos econômicos, eco-

¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 264.

lógicos, etc.) – praticados geralmente pela classe dominante –, superestima infrações de menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como os crimes contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, débeis e marginalizados¹¹.

Esta imunidade das classes altas e criminalização das baixas, as quais estão traduzidas no predomínio desproporcionado de pobres nas prisões e nas estatísticas oficiais da criminalidade, é dada por um código social (second code) latente integrado por mecanismos de seleção, sobretudo os estereótipos (de autores e vítimas), associado ao senso comum (punitivo) sobre criminalidade.

Segundo Vera Andrade¹²

A heterogeneidade de variáveis decisórias extralegais (...) tem recebido assim uma recondução unitária a uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade que, pertencente ao second code da Polícia, do Ministério Público e dos juízes (assim como ao “senso comum” dos cidadãos), condiciona suas subseleções que têm, por outro lado, um caráter conservador e reprodutivo das assimetrias de que, afinal, se alimentam os estereótipos.

(...)

E uma vez que os estereótipos de criminosos tecidos por variáveis (status social, cor condição, condição familiar), majoritariamente associadas a atributos pertencentes a pessoas dos baixos estratos sociais, torna-os extremamente vulneráveis, além de outros fatores concorrentes, a uma maior criminalização.

Neste tópico, portanto, pode-se dizer que a clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham uma maior tendência a praticar delitos, mas precisamente por serem mais vulneráveis¹³ a serem

¹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 266.

¹² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 268.

¹³ A vulnerabilidade, por sua vez, consiste na posição concreta de risco criminalizante alcançada por aqueles cujas características pessoais se enquadram no estereótipo do criminoso; que praticam a conduta criminosa grosseira, resumidas em “ações ilícitas toscas, e, por conseguinte, de fácil detecção” – em suma, crimes contra o patrimônio; e, por fim, aqueles que assumem o papel de delinquente quando desta forma são rotulados e passam a agir como tal: “a profecia se autorealiza” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro;

criminalizados e etiquetados como delinquentes, e a população carcerária demonstra bem isso.

3 OS EFEITOS DA ORIENTAÇÃO SELETIVA DO SISTEMA PENAL E SEUS ESTERÉOTIPOS CRIMINAIS

Nas ruas, nos ônibus, nas periferias, vilas e favelas, na blitz e na abordagem regular, a realidade é filtrada pelas escolhas policiais, que, na sequência, servem ao Ministério Público e à Justiça o prato feito. As sentenças cospem no sistema penitenciário e nas chamadas entidades socioeducativas os personagens de sempre, “restos” da sociedade, “sobras” indigestas. Os presídios estão repletos de pobres e negros, do sexo masculino, jovens¹⁴.

O sistema penal atua como uma espécie de filtro, mas não de condutas, senão de pessoas, isto é, aquelas pessoas, os outros, que vivem à margem da sociedade e que sofrem as consequências decorrentes da desigualdade social, sobretudo, da distribuição desigual de renda.

Os “*homens de bem*” não são percebidos pelo sistema penal na mesma amplitude. Praticam condutas típicas, mas não são os criminosos. Em nada se parecem com aqueles que superlotam o sistema penitenciário, pois não se enquadram ao estereótipo do delinquente.

O estereótipo criminal se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa e, por conseguinte, com educação primitiva, cujos eventuais delitos, em geral, apenas podem ser obras toscas, o que só faz reforçar ainda mais os preconceitos racistas e de classe, à medida que a comunicação oculta o resto dos ilícitos cometidos por outras pessoas de uma maneira menos grosseira e *mostra as obras mais toscas como os únicos delitos*¹⁵.

Neste ponto, o sistema penal atua sob a ótica da criminologia positiva, isto é, não questiona o rótulo de 'desviante' que será imposto a certas condutas e em desfavor de determinadas pessoas, de modo que o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência

SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003. p. 47).

¹⁴ SOARES, Luiz Eduardo. ATHAYDE, Celso. BILL, MV. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 188.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003. p. 48.

da aplicação por outras pessoas de regras e sanções a um 'transgressor'. Enfim, o desviante é alguém a quem aquele rótulo foi aplicado com sucesso; comportamento desviante é o comportamento que as pessoas rotulam como tal¹⁶.

Não se pretende aqui afirmar que a falta de instrução e a pobreza são corolários lógicos para a conduta criminosa. Em outras palavras, a baixa escolaridade e a escassez de recursos não conduzem, necessariamente, o indivíduo à vida do crime, mas o “qualificam” como um criminoso em potencial. Não se trata de sorte, senão de um rótulo, um estigma¹⁷. O que se quer dizer é justamente o contrário: a seletividade do sistema penal se volta àqueles que estão à margem sociedade.

Segundo Karam, a seleção dos que irão desempenhar o papel de criminoso, de inimigo, também obedece à regra básica da sociedade capitalista de desigualdade na distribuição de bens. Como se trata da distribuição de um atributo negativo, os escolhidos para recebê-lo são preferencialmente e necessariamente os membros das classes subalternas, fato de fácil constatação em nosso país, bastando olhar para quem está preso ou para quem é vítima de grupos de extermínio¹⁸.

Deste modo, a criminalidade em suma (a etiqueta do criminoso) é considerada com um 'bem negativo' que a sociedade (controle social) reparte com o mesmo critério de distribuição de outros bens positivos, tais como, o status social e o papel das pessoas: fama, patrimônio, privilégios etc., mas em relação inversa e em prejuízo das classes sociais menos favorecidas. E, como tal, é submetida a mecanismos de distribuição análogos, porém em sentido inverso à distribuição destes¹⁹.

Assim, verifica-se a influência de variáveis associadas a atributos pertencentes a pessoas dos baixos estratos da sociedade na orientação seletiva do sistema penal, influenciando na criação de estereótipos criminais que condicionam a atividade das agências penais. De modo que as chances

¹⁶ BECKER, Howard. **Los extraños**: sociología de la desviación. Trad. Juan Tubert. Argentina: Tiempo Contemporáneo, 1971. p. 162.

¹⁷ Estigma é um termo latino utilizado para designar “*um atributo profundamente depreciativo*” daquele indivíduo que está “*inabilitado para a aceitação social plena*”. Nesse interim, quando o indivíduo se enquadra no estereótipo perseguido pelo sistema penal lhe é atribuído o estigma de criminoso. (GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4ª ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p. 7-13).

¹⁸ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 206.

¹⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 276.

e riscos do etiquetamento criminal não dependem tanto da conduta executada, mas da posição do indivíduo na pirâmide social.

De outro lado, assim como a imagem da delinquência está associada a certos estigmas que indicam quem fica dentro e quem fica fora do seu universo, a imagem da vitimização também o está, sobretudo o da mulher.

No patriarcado a essência do controle feminino é o controle da sexualidade, que se dá através do seu aprisionamento na função de reprodutora e de trabalho doméstico, reforçando os papéis de gênero – *porque lugar de esposa e mãe é em casa*. Por isso, violência contra a mulher e vitimização feminina serão recortadas pelo sistema penal como violência e vitimização sexual, nuclearmente, o estupro²⁰.

Aqui o sistema penal segue a lógica da seletividade sobre as pessoas, autor e vítima, antes que sobre o fato-crime cometido, de acordo com os estereótipos de violentadores e vítimas. O diferencial é que reside a 'lógica da honestidade', estabelecendo-se uma linha divisória entre mulheres consideradas honestas²¹ – do ponto de vista da moral sexual dominante, isto é, patriarcal – e desonestas, em que a prostituta é o seu modelo radical e é abandonada pelo sistema por não se adequar ao padrão imposto.

O julgamento de um crime sexual, portanto, é uma arena onde se julgam simultaneamente autor e vítima, especialmente o seu comportamento e vida pregressa. Ao lado disso, também está em jogo para a mulher a sua 'reputação sexual', que, juntamente com *status* familiar, é nevrálgico para o reconhecimento da vitimização sexual feminina quanto o *status* social o é para a criminalização masculina.

Em processos criminais, não raras vezes a palavra da mulher perde credibilidade se não for ela considerada uma mulher honesta de acordo com o padrão moral sexual patriarcal, causando a absolvição do imputado, mesmo em situações de flagrante delito ou em que o laudo pericial atesta a materialidade do fato, o que vale, inclusive, para meninas menores de 14 anos, que possuem em seu favor a presunção de vulnerabilidade²².

²⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 146-147.

²¹ Não obstante a Lei n.º 11.106/2005 tenha suprido o adjetivo “honesta”, jungido ao substantivo “mulher”, nos crimes de posse sexual mediante fraude (art. 215 do CP) e atentando violento ao pudor mediante fraude (art. 216 do CP), ocorre que a constatação de a mulher ser – ou não – honesta continua a ser elemento fático-circunstancial relevante para o julgamento de crimes sexuais.

²² Uma breve pesquisa jurisprudencial demonstra que a sindicância da vida pregressa da vítima, isto é, constatação de ela ser – ou não – honesta e conviver em uma ambiente familiar estável (ou não), é requisito a ser considerado quando da valoração da sua palavra. Ilustro os seguintes casos: “*Sabe-se que crianças vulneráveis, criadas*

Assim, segundo Vera Andrade,

as mulheres estereotipadas como “desonestas” do ponto de vista da moral sexual, inclusive as menores e em especial as prostitutas, não apenas não são consideradas vítimas, como podem, com o auxílio das teses vitimológicas mais conservadoras, ser convertidas de vítimas em acusadas ou réus, num nível crescente de argumentação que inclui a possibilidade de ter, ela mesma, “consentido”, “gostado” ou “tido prazer”, “provocado”, “forjado o estupro” ou “estuprado” o pretense estuprador, especialmente se o autor não corresponder ao estereótipo de estuprador, pois correspondê-lo é condição fundamental para condenação²³.

Sob essa perspectiva, o senso comum das agências penais – sobretudo o policial e o judicial – não diferem, mais uma vez, do senso comum social, regido pela moral patriarcal. O sistema penal distribui a vitimização sexual feminina da mesma forma que distribui a honra e reputação feminina: a conduta sexual.

4 UMA “RESPOSTA MARGINAL”

Diante da perspectiva histórica das revoluções mercantil e industrial, bem ainda da revolução tecnocientífica e das mudanças sociais oriundas desse contexto de conflitos, Zaffaroni expôs a necessidade de uma “resposta marginal” à latente deslegitimidade do sistema jurídico-penal, o qual não atua em conformidade com o discurso que lhe outorga o poder (deve-ser).

O autor revela uma realidade cotidiana desse conjunto de agências que se mostra violenta, cuja atuação caracteriza um genocídio em anda-

e famílias pouco estruturadas, tendem a ser vítimas de abusos sexuais, até pela falta de controle sobre seus atos. No caso concreto, percebe-se que B. costumava vagar pelas ruas do bairro, sem controle materno, sendo seguidamente chamada ao Conselho Tutelar por suas “fugas”. Trecho retirado do voto do relator, onde houve a absolvição do imputado, embora a materialidade do crime estivesse demonstrada pela laudo de conjunção carnal (AC 70062036793, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

Ainda, nesse sentido, parte de ementa de outro julgado: “*Nos crimes sexuais a palavra da vítima, de regra a única em linha acusatória, está frequentemente em confronto direto com a versão dos fatos ditada pelo réu, que tem a seu favor a presunção constitucional de inocência. Neste panorama é indeclinável que a versão da ofendida seja cuidada e minudentemente sindicada, tanto no que tange aos aspectos de caráter objetivo, dentre os quais os de tempo, lugar e modo de execução do crime, bem como os de caráter subjetivo passíveis de aferição, i.é, os que dizem respeito à personalidade objetiva da vítima, seu relacionamento social e familiar e principalmente sua relação, acaso existente, com o réu, de molde a que se permita aferir a credibilidade de suas declarações*” (AC 70053765723, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul) (grifo meu).

²³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 151.

mento. A atividade do sistema jurídico-penal, além de inoperante frente à grande quantidade de mortes por negligência e imprudência que não pôde evitar, exerce paralelamente, produzindo ainda mais mortes.

Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamentos sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais de extermínio em várias regiões. Há mortes por grupos policiais e parapoliciais que implicam a eliminação de competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares, etc.). Há “mortes anunciadas” de testemunhas, juizes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes de torturados que não “aguentaram” e de outros em que os torturadores “passaram do ponto”. Há mortes “exemplares” nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos próprios órgãos dos sistemas penais. Há alta frequência de mortes nos grupos familiares desse pessoal cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com os motivos dessa instigação pública. Há mortes em represália ao descumprimento de palavras dadas em atividades ilícitas cometidas pelo pessoal desses órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes [...]²⁴

Este *genocídio em andamento* recai principalmente sobre os setores vulneráveis da sociedade, a “*região marginal*”, e é ainda mais flagrante quando motivado por preconceito étnico (“*o nítido domínio de negros, mulatos e mestiços entre presos e mortos*”²⁵).

O exercício do poder discricionário – ou melhor, arbitrário - criminalizante das agências penais não judiciais se desenvolve com a chancela da agência judicial, que a confirma e confere legitimidade a militarização da

²⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amír Lopez da Conceição. Editora Revan: Porto Alegre, 1991. p. 124-125.

²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amír Lopez da Conceição. Editora Revan: Porto Alegre, 1991. p. 125.

atividade policial, tendo em vista a burocratização de sua atividade operacional judicial.

Paradoxalmente, verifica-se que as agências penais militarizadas (agências policial e penitenciária) são compostas por pessoas recrutadas dos estratos mais baixos da sociedade, ou seja, nos mesmos segmentos sociais de onde são selecionados os criminosos. Esses agentes policizados²⁶ se assemelham na faixa etária masculina dos criminalizados, e também seguem um estereótipo. O que os diferem é a posição que ocupam: um é a caça, o outro o caçador²⁷.

Constitui a característica dessas agências penais militarizadas o discurso externo moralizante e a prática interna corrupta, que facilmente percebida pela população em face do estereótipo popular que reflete a polícia como indivíduos “vivos”, “espertos” e “corruptos”.

As agências de comunicação social, por sua vez, disseminam a dúvida quanto à eficácia do sistema penal no combate ao crime, reproduzindo os fatos conflitivos da maneira que lhes convém, gerando uma sensação de insegurança na sociedade com o propósito de influenciar a opinião pública da necessidade de respostas mais rígidas à criminalidade.

Os meios de comunicação de massa transmitem precocemente²⁸ um modelo ideal de soluções de conflitos por intermédio da “*comunicação de diversão*”. Reproduzem séries policiais importadas que refletem a realidade de outros sistemas penais que nada tem a ver com a demanda nacional.

A mídia sensacionalista atemoriza a população e lança as campanhas de lei e ordem, induzindo-a a cobrar das agências política e judicial leis mais severas e sentenças exemplares para punir o delinquente perigoso.

²⁶ Zaffaroni conceitua policização como “o processo de deterioração ao qual se submetem pessoas dos setores carentes da população que se incorporam às agências militarizadas do sistema penal e que consiste em deteriorar sua identidade original e substituí-la por uma identidade artificial, funcional ao exercício de poder da agência” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Editora Revan: Porto Alegre, 1991. p. 141).

²⁷ Essa afirmação, sob o prisma do estigmatizado, é bem decifrada pelo grupo de rap Racionais Mc's, que, na música 500 anos, expressa que o marginalizado, excluído da sociedade patriarcal consumidora, tenta se incluir de forma diversa nela, conforme os instrumentos que estão a seu dispor: “É doutor seu títanic afundou, quem ontem era a caça, hoje pah é o predador, encapuzou, virou bandido, e não deixa barato (...)”.

²⁸ Como bem destaca Zaffaroni, “as crianças costumam passar mais horas diante da televisão do que diante da professora”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Editora Revan: Porto Alegre, 1991. p. 128.

A agência judicial, no que lhe diz respeito, muitas vezes cede ao clamor público e profere sentenças moralizantes, não raro com declarações autoritárias que lhe conferem notoriedade pública. Tudo a despeito de justiça.

Os meios de comunicação de massa como hábeis reprodutores da violência, se valem da publicidade de casos de crueldade gratuita para vincular tais condutas ao estereótipo do criminoso, para que assumam em seus papéis, conteúdos de maior reprovabilidade.

Ao ser selecionado pelo estereótipo do criminoso, o indivíduo é submetido a diversos processos de deteriorização (maus-tratos, ameaças, torturas, etc.). O primeiro deles é, sem dúvida, o estigma. Uma vez estigmatizado, a violência no trato com o indivíduo é flagrante, cuja (pretensa) justificativa reside na ideia pré-concebida do desviante como alguém desqualificado e indigno. Trata-se de uma continuidade degradante que se verifica na atividade de cada agência.

A prisão, particularmente, configura uma verdadeira máquina de deteriorar²⁹. O indivíduo segregado no estabelecimento prisional é submetido a condições de vida totalmente diferentes àquela que estava acostumado: perde sua privacidade, seu espaço e sua dignidade, e passa a viver em um ambiente superlotado, cuja alimentação é precária, sem a devida higiene e assistência sanitária. Deveras distante do discurso ressocializador no qual está calcada.

Não obstante, o processo de deteriorização conduzido pela prisão nem sempre é eficaz na qualidade de reprodutor da clientela. A reação do indivíduo frente ao tratamento que lhe é dispensado dependerá de sua ma-

²⁹ Do ponto de vista instrumental, a prisão é um fracasso, é uma falência porque não consegue combater a criminalidade, tanto que há três séculos nós estamos girando em torno do mesmo discurso da prisão lutando contra a criminalidade. Do ponto de vista das funções da prisão não declaradas, a prisão é um sucesso, ela vem-se reproduzindo satisfatoriamente bem porque os índices de criminalização da pobreza não cessam de se reproduzir. Além disso, no Brasil, a aplicação desenfreada de prisões provisórias contribui para o considerável aumento da população carcerária. Tal medida cautelar está cada vez mais se tornando 'normal' - aliás, no Brasil a tendência é tornar 'normal' o anormal; veja-se, por exemplo, a flexibilização das garantias penais e processuais penais, a aceitação de provas obtidas por meio ilícitos ou produzidas sem as formalidades legais e a (de)mora jurisdicional penal - no decorrer do processo penal ou na investigação preliminar, havendo evidente afronta ao princípio da presunção de inocência. A prisão preventiva tornou-se um símbolo da (falsa) eficiência do sistema penal, estando longe de ser utilizada como meio para assegurar o andamento do processo e a execução das penas, tornando-se um dos mecanismos de controle/dirigismo/contenção das consequências da miséria. De outra banda, a política dos substitutos penais (suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena, penas restritivas de direitos etc.) - que veio para suprir a falta de vagas nos estabelecimentos prisionais e para servir de instrumento de combate à crise da pena de prisão - não retirou a centralidade da pena de prisão. Pelo contrário, os substitutos penais são aditivos às prisões que, quando não prolongam o encarceramento, aumentam a rede de controle social penal. A extensão da rede de vigilância é ampliada; não se enfraquece a prisão que, por outra via, acaba por sair revigorada em sua função - de repressão e, sobretudo, de contenção.

turidade. Aquele que tiver maturidade suficiente para distinguir nitidamente os limites de seu mundo exterior, estará blindado à “lavagem cerebral” do sistema penal.

Em um pequeno número de casos, esta invasão terá um efeito desestruturante e a deterioração do indivíduo será em direção à psicose ou ao suicídio; em um número muito maior o indivíduo se deteriorará assumindo o papel de acordo com as exigências; em um pequeno número de casos resistirá e sua deterioração não se desenvolverá em nenhum dos dois sentidos. Há ainda um pequeno número de hipóteses nos quais o indivíduo, mesmo na prisão, não “se vê” como “criminoso” e, portanto as exigências do papel são diferentes³⁰.

A perda de legitimação das agências penais evidencia que a atuação do sistema é incompatível com a ideologia programada dos direitos humanos e, portanto, com o pacto social.

Rousseau, ao propor a realização de um contrato social cujo objeto é o pacto de convivência, idealizava um estado social comandado por um governo pautado na igualdade moral entre os homens.

A propósito:

Em vez de destruir a igualdade natural, pelo pacto fundamental substitui, ao contrário, uma igualdade moral e legítima, à qual a natureza pode atribuir a desigualdade física entre os homens, e que, podendo ser desigual em força ou gênio, torna-os todos iguais por convenção e por direito.

Nota: sob maus governos esta igualdade não é senão aparente e ilusória; só serve para manter o pobre na miséria e o rico em sua usurpação. De fato, todas as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada têm. Donde se segue que o estado social não é vantajoso aos homens, senão enquanto todos possuem alguma coisa e algum deles nada tem demais³¹.

Assim, encontrar uma solução à deslegitimação do sistema penal se mostra como medida imperativa e urgente para restabelecer os preceitos do contrato social em favor da plena realização dos direitos humanos.

³⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Editora Revan: Porto Alegre, 1991. p. 136.

³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios de direito políticos**. Tradução: J. Cretella Jr., Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002. p. 41.

5 CONCLUSÃO

Tentou-se buscar no presente estudo fundamentalmente a função real do sistema penal na reprodução material e ideológica da desigualdade social, característica intrínseca do sistema econômico capitalista.

Não apenas as normas penais se criam e se aplicam de forma seletiva e a distribuição desigual de criminalidade, isto é, imunidade e criminalização, obedece geralmente à desigual distribuição de poder e da propriedade e, assim, à consequente hierarquia dos interesses em jogo; o Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa dessa estrutura vertical da sociedade, conservando e reproduzindo as suas relações desiguais.

Em outras palavras, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica do sistema social global, caracterizado pelo capitalismo patriarcal, isto é, reproduz as relações de poder, de gênero e de propriedade existentes, ao invés de servir como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos.

Não se olvida que o sistema penal se relacionado com a sua programação normativa, isto é, o seu dever-ser – segundo os princípios norteadores, como igualdade, humanidade, legalidade, etc. -, na grande parte dos casos, é um sistema de violação deles, ao invés de proteção, de modo que a realização dos seus postulados é, em definitivo, uma ilusão, além de constituir uma contradição estrutural entre a sua lógica seletiva e os direitos humanos, nos quais se autolegitima.

Assim, conclui-se que o direito penal, representado pelo sistema penal, não serve como um modelo de resolução de conflitos, diferentemente de outras áreas do direito, mas sim, ao revés, como gerador de problemas e conflitos, de modo que, ao menos para minimizar os danos decorrentes desta lógica penal, imperiosa a adoção de medidas não envolvam o sistema penal, tal como, a justiça restaurativa.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECKER, Howard. **Los extraños**: sociología de la desviación. Trad. Juan Tubert. Argentina: Tiempo Contemporáneo, 1971.

DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4ª ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. 2ª ed. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1997.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios de direito políticos**. Tradução: J. Cretella Jr., Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SOARES, Luiz Eduardo. ATHAYDE, Celso. BILL, MV. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 4ª ed. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. Editora Revan: Rio de Janeiro: 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Editora Monte Avila Latinoamericana, 1993.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Editora Ediar, 2005.