



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

RODRIGO NEVES MORENO

**A QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA FRENTE OS PROCESSOS
DE CRIMINALIZAÇÃO DA SOCIEDADE**

Recife
2022

RODRIGO NEVES MORENO

**A QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA FRENTE OS PROCESSOS
DE CRIMINALIZAÇÃO DA SOCIEDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Cláudio Roberto Cintra
Bezerra Brandão

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Moreno, Rodrigo Neves.

A quebra do princípio da isonomia frente os processos de criminalização da sociedade / Rodrigo Neves Moreno. - Recife, 2022.

34 p.

Orientador(a): Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, , 2022.

1. Direito Penal. 2. Criminalização. 3. Sociedade. 4. Isonomia. I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

RODRIGO NEVES MORENO

**A QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA FRENTE OS PROCESSOS
DE CRIMINALIZAÇÃO DA SOCIEDADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 25/10/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
(Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a. Manuela Abath Valença (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas
(Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

RESUMO

Posto que, o Direito Penal possibilita as mais graves ingerências na esfera da liberdade humana, admitidas pelo ordenamento jurídico, se faz necessário circundar limites contra seu abuso. O princípio da isonomia busca evitar que tais abusos se deem de forma preconceituosa e estereotipada. Em decorrência disto, propomos, neste ensaio, um estudo amplo acerca do princípio da isonomia e como sua violação encontra-se ligada aos processos de criminalização da sociedade, isto é, como a seletividade das agências penais atuam de forma inconstitucional no cotidiano forense. Sem embargo, é crível arguir que este ensaio irá expor questões dogmáticas e práticas que se encontram enraizadas na ação estatal.

Palavras-chave: Direito Penal; Criminalização; Sociedade; Isonomia.

ABSTRACT

Since the Criminal Law allows the most serious interference in the sphere of human freedom, admitted by the legal system, it is necessary to circumvent limits against its abuse. The principle of isonomy seeks to prevent such abuses from occurring in a prejudiced and stereotyped way. As a result of this, we propose, in this essay, a broad study on the principle of isonomy and how its violation is linked to the processes of criminalization of society, that is, how the selectivity of penal agencies act in an unconstitutional way in daily forensics. However, it is credible to argue that this essay will expose dogmatic and practical issues that are rooted in state action.

Keywords: Criminal Law; Criminalization; Society; Isonomy.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	7
2	A SISTEMATIZAÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	9
3	A TEORIA CRIMINOLÓGICA DA REAÇÃO SOCIAL, O <i>LABELLING APPROACH</i>	12
4	OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO DA SOCIEDADE, UMA BREVE EXPLICAÇÃO ACERCA DA CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA	18
5	OS DESDOBRAMENTOS LÓGICOS DOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA	24
6	CONCLUSÃO	30
	Referências	32

1 INTRODUÇÃO

Tomando com base a noção de igualdade enquanto definidora da atuação e aplicação do *jus puniendi* estatal, pretende-se desenvolver um trabalho investigativo de análise das construções dogmáticas da criminologia e do direito penal, levando em consideração alguns temas e aspectos teóricos pertinentes ao estudo do crime na sociedade contemporânea e sua constatação na prática forense.

A escolha desse tema se deu em razão da percepção de que há uma patente contradição no discurso do direito penal, a de que seu controle social institucionalizado tem como base a primazia pelo princípio da isonomia, razão pela qual o sistema penal possuiria legitimidade para se utilizar da força estatal. Todavia, não é o que se observa na prática, pois a atuação desse sistema é marcada pela seletividade, tanto na elaboração das normas, quanto na forma de persecução dos transgressores.

Essa pesquisa está inserida no âmbito da criminologia e da sociologia crítica acerca de como a atuação do sistema penal contemporâneo reflete uma desigualdade de tratamento de indivíduos, com base na classe social que estes ocupam. Destarte, a igualdade formal estabelecida constitucionalmente é confrontada pela desigualdade substancial observada no cotidiano social.

Com efeito, a análise da criminalização e seus efeitos nos princípios constitucionais que regem o direito penal perpassa pela noção de poder punitivo do Estado. Ora, a ideia de direito penal é, pois, indissociável da ideia de violência (HASSEMER; CONDE, 1989). Tal premissa é compreendida ao vislumbrarmos o que diferencia esse peculiar ramo do direito dos demais, sua consequência jurídica, a pena. Na lição de Maggiore, a pena urge, então, como um impulso que reage com um mal perante o mal do delito praticado (MAGGIORE, 1972). Logo, deve-se compreender como a pena está sendo aplicada e os critérios utilizados para sua imposição nos eventuais criminosos.

Sabe-se que, com a superação do positivismo na criminologia, temos que o seu objeto passou a ser a interação social, pois é ela que constrói o delito e o delinquente. Assim, a criminologia tem como fim conhecer os processos que etiquetam alguém como criminoso e que identificam um comportamento como crime (BRANDÃO, 2019).

Destarte, o professor Alessandro Baratta assim lecionava: “*A criminalidade é um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente segundo a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e segundo a desigualdade social entre os indivíduos*” (BARATTA, 1982).

O primeiro capítulo se desenvolve em torno de compreender uma breve base histórica do princípio da igualdade, entendendo a relação dos princípios com o direito penal, assim como a consolidação desse preceito no ordenamento jurídico brasileiro. No segundo capítulo, estudaremos o surgimento da teoria do *labelling approach*, buscando entender seus fundamentos, principais teóricos e ideias que tornaram tal ramo da criminologia tão pertinente e atual no debate entre Estado e sociedade.

No terceiro capítulo, a análise será acerca dos processos de criminalização, a operacionalidade seletiva do sistema penal. Inicialmente, busca-se entender a criminalização primária, isto é, a seleção dos bens jurídicos a serem protegidos, e, posteriormente, estudar-se-á o processo de criminalização secundária, a atuação preconceituosa das instâncias oficiais de controle social.

Por fim, no quarto capítulo confrontaremos a atuação do *jus puniendi* brasileiro com o princípio da isonomia, observando as críticas ao sistema pátrio, bem como eventuais mecanismos que proporcionem uma quebra dessa seletividade ou uma redução da criminalização estereotipada da sociedade.

Destarte, a marginalização é imposta pelas agências estatais e pela sociedade, que visam punir mais severamente os menos favorecidos economicamente, os taxando e etiquetando de criminosos além de segregá-los da comunidade sob o argumento de segurança social, ou seja, o crime é resultado da interação entre dominadores e dominados.

2 A SISTEMATIZAÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Antes de tratarmos sobre o princípio da igualdade, deve-se entender o conceito de um princípio, em específico de um princípio constitucional. Esse conceito interessa a todas as ciências e não somente a jurídica. Diante disso, o mestre Miguel Reale leciona sobre:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidos como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários (REALE, 1986).

Os chamados princípios constitucionais, como o caso do princípio da isonomia, são definidos brilhantemente pelas lições de André Ramos Tavares:

merece atenção a idéia que os denominados princípios (constitucionais) são normas que consagram valores que se servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico, e irradiam-se sobre este para transformá-lo em verdadeiro sistema, conferindo-lhe a necessária harmonia (TAVARES, 2000).

Dessa forma, pode-se notar que os princípios constitucionais têm a função normativa de regular a conduta no caso em questão, bem como a função hermenêutica, servindo como uma barreira contra a arbitrariedade (FARIAS, 1996).

O Ministro Luíz Roberto Barroso ensina que os princípios constitucionais, por serem o produto dos valores mais relevantes ao ordenamento jurídico nacional, devem servir de parâmetro para a interpretação de qualquer norma existente, visto que eles guardam toda a ideologia da nossa Constituição da República.

Assim, ainda segundo o ilustre ministro, o princípio da isonomia, em razão de ser um princípio constitucional geral, deve incidir no âmbito do direito penal como norma para reger os casos em concreto e como um critério absoluto de hermenêutica para todos os indivíduos que atuem no sistema penal (BARROSO, 2008).

Tratando de forma mais detalhada acerca do princípio da igualdade, sabe-se que este foi consagrado pela Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 5º, inciso I, quando dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

Assim, observa-se que tal dispositivo encontra-se fundamentado na ideia de que todos os seres humanos são iguais, devendo, portanto, serem tratados de forma isonômica, pensamento este que remete à preocupação dos revolucionários franceses, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o que foi integrado às constituições modernas.

O conceito de igualdade pode ser visto por meio de um enfoque clássico, a chamada igualdade formal ou por meio de um enfoque mais moderno, focado no Estado social ativo, que trata da igualdade material. A primeira é a isonomia diante da lei vigente, ou seja, “todos são iguais perante a lei”, impedindo-se privilégios da quaisquer grupos ou tratamento diferenciado em virtude de raça, sexo, classe social, religião e consta positivada no art. 3º, inciso IV, da Constituição da República.

Por outro lado, a igualdade material traz o ideal de que pessoas que se encontrem em situações diversas sejam tratadas de forma desigual, conforme a famigerada frase: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”.

Para melhor comentar acerca desse tema, temos as lições do Ministro Alexandre de Moraes:

Dessa forma o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça [...] O princípio da Igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade do intérprete, basicamente, a autoridade pública de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião. Convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social (MORAES, 2003).

Busca-se demonstrar neste trabalho que a igualdade é a espinha, o centro medular do Estado Social e de todos os direitos do seu ordenamento jurídico. Não é por acaso que tal princípio encontra-se muitas vezes ligado ao ideal de justiça, bem como fundamento da democracia.

Diante disso, é imperioso notar-se que tal princípio deve vincular não apenas o parlamentar que criou a lei ou o destinatário desta, mas a legislação como um todo. Celso Antônio Bandeira de Mello, citando Francisco Campos, pontua que: “por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa [o legislador e, conseqüentemente, a legislação], encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações” (MELLO, 2005).

Por fim, deve-se compreender que o Direito Penal, ou seja, a posituação de normas penalizadoras, precisa estar fundamentado nos princípios norteadores do nosso ordenamento político, tendo em vista que o objetivo principal desse ramo do direito é a tutela dos bens jurídicos. Assim como bem fundamenta Claus Roxin: “entretanto, de acordo com o estândar alcançado por nossa civilização ocidental, a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador” (ROXIN, 2009).

Essa legitimação deve ser alcançada por meio do respeito às normas vigentes, mas principalmente nos princípios constitucionais, qual seja, o princípio da igualdade, no seu sentido *lato*, abrangendo tanto a vertente formal quanto a material.

3 A TEORIA CRIMINOLÓGICA DA REAÇÃO SOCIAL, O LABELLING APPROACH

A problemática da seletividade penal tem seu estudo iniciado por uma teoria criminológica desenvolvida em meados do século XX chamada de Teoria da Reação Social (rotulação social, etiquetamento ou *labelling approach*). A teoria do *labelling approach* é um movimento criminológico e sociológico que se estabelece em contraponto à teoria positivista de crime e desvio.

A criminalidade seria, para essa teoria, a soma das definições legais, isto é, as normas penais que tipificam os crimes, com a reação social, a qual traduz-se nas ações das instituições estatais, quais sejam, polícia e judiciário. Assim, deixou-se de lado os estudos de patologias individuais para se investigar os processos de criminalização, que estabelece o delito não como uma qualidade do ato, mas como um etiqueta atribuída por meio de complexos processos de interação social.

O *labelling approach* tem como um de seus precedentes a obra "*Crime and Community (1938)*" de Tannenbaum, o qual considerou que as definições sociais em relação a determinados comportamentos são fundamentais para o surgimento do comportamento desviado, ou seja, a explicação para o crime decorre das respostas formais do Estado para determinado comportamento (BERGALLI, 1980).

Tannenbaum firmou, em seu livro, um axioma acerca da delinquência juvenil, que se tornou a base para a teoria do etiquetamento: "The young delinquent becomes bad because he is defined as bad"¹ (AGUILERA, 2009). Outro aspecto dessa teoria que foi introduzido na obra *Crime and Community* é a tese da dramatização do mal ("the dramatization of evil"), com base na qual há um processo por meio do qual o desviado muda sua personalidade, identificando-se como tal e assumindo esse rótulo, isto é, há uma modificação na autoimagem do infrator, fazendo com que seja mais provável ele se comportar, outras vezes, criminalmente (MOLINA, 2009).

A ideia por trás dessa teoria é que a explicação para um crime concentra-se nas respostas formais do Estado para o comportamento, entretanto, esse controle social é seletivo e discriminatório, ou seja, a chance de ser criminoso não depende tanto da conduta em si, mas da posição do indivíduo na pirâmide social. Conforme Stephen Brown, Finn-Aage Esbensen e Gilbert Geis definem:

"Para a reação social não é o comportamento por si só que condiciona a resposta oficial, mas as características físicas e o comportamento do indivíduo também

¹ "O jovem delinquente torna-se mau porque ele é definido como mau."

desempenham papel importante em molda a resposta das agências formais, a qual depende da sua posição social” (BROWN; ESBENSEN; GEIS, 2010).

Os teóricos do lablling approach dividiram-se em duas vertentes, sendo a primeira focada no estudo da formação da identidade desviante e o efeito da aplicação da etiqueta de criminoso a determinado indivíduo e a segunda trata da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamento e a indivíduos, no curso da interação, havendo um enfoque no estudo das agências de controle social.

Autores como Howard. S. Becker, Edwin M. Lemert e Edwin M. Schur são os mais reconhecidos no tocante à primeira vertente dessa teoria. Becker, tido como o principal nome da teoria do etiquetamento, define a desviação como o resultado de um processo exitoso de aplicação de etiqueta, no qual alguns são rotulados e outros, embora cometam delitos, nunca serão punidos (BECKER, 1963). Percebe-se, então, que o direito penal serve como uma forma de dominação social, sendo a lei penal um instrumento de preservação das classes dominantes.

Em sua obra, ele explica que o delito não é uma qualidade inata ou natural do ato de alguém, é o resultado de uma complexa operação social em que tal ato é rotulado como desviante, isto é, não se trata de uma realidade ontológica, mas de uma construção social. O autor utiliza-se da analogia com a arte para melhor esclarecer tal ideia. Ele afirma que Mozart só deve ser considerado um gênio musical se a pessoa aceitar todas as premissas de uma abordagem específica sobre arte, assim, determinados indivíduos que rejeitem tais premissas podem não concordar com a conclusão de que Mozart fosse um gênio. Essa reflexão traz à tona a visão de Marcel Duchamps, que desconstrói a ideia de que arte depende de tinta, quadro ou talento, pois, para ele, não há arte sem que haja uma instituição que a qualifique como tal.

O sociólogo Émile Durkheim também traz uma reflexão acerca desse assunto quando afirma que diferentes sociedades ao longo da história tipificaram diferentes condutas como penalmente reprováveis, mas o que há de comum em todas é que o ato considerado como criminoso é o que ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva, sendo assim, não reprovamos determinado ato porque é um crime, ele é um crime porque o reprovamos. Para adaptar essa ideia de Durkheim às sociedades modernas deve-se substituir essa tal consciência coletiva pela ação de grupos ou classes dominantes, que possuem o poder de definir o que deve ser criminalizado (DURKHEIM, 1973).

Dessa forma, deve-se entender que nenhum tipo penal é universalmente aceito, inclusive o homicídio, o qual, apesar de ter um longo histórico de tipificação pode possuir

problematizações da universalidade de sua reprovação, como acontecia no Brasil até pouco tempo, onde teses como a legítima defesa da honra eram utilizadas e aceitas nos tribunais do júri em casos de crimes cometidos pelo cônjuge traído.

Ademais, Becker define dois momentos como cruciais para se analisar o desvio: o de criação das leis, protagonizado pelos “gestores da moral”, indivíduos criadores das regras que impõem sua moral a todos por se acharem superiores; e o de aplicação das leis, que é um produto das agências de controle social formal, as quais interpretam e aplicam a lei de forma que determinados comportamentos serão interpretados como desviantes, porém outros não, ainda que possuam os mesmos elementos caracterizadores do crime.

Outro importante teórico desse ramo da criminologia, Edwin Lemert, entende que a distinção entre delinquência primária e delinquência secundária é fulcral para a teoria da reação social (LEMERT, 1967). Para o autor, a reação estatal ao primeiro comportamento desviante de um indivíduo termina por mudar sua identidade social, resultando em uma tendência deste a permanecer no papel social onde a estigmatização o colocou, o que será posteriormente chamado de efeito criminógeno da pena.

O desvio primário refere-se ao comportamento ocasional que se trataria da primeira ação delitiva do sujeito, que pode ter como motivação a resolução de determinada necessidade momentânea, Já o desvio secundário resulta da interação entre o desvio primário do indivíduo e a resposta formal que o Estado dá. Dessarte, a repressão a um determinado desvio primário aprisiona o indivíduo criminalizado no papel de desviado e o empurra ao desenvolvimento de uma carreira criminal.

Para Lemert, uma tese que deriva da distinção entre os dois tipos de delinquências é a de que o controle social é o pilar produtor do desvio:

“Esta é uma grande virada na velha sociologia, que tendia a se apoiar fortemente na ideia de que o desvio leva ao controle social. Eu estou a acreditar que a ideia reversa, isto é, o controle social leva ao desvio, é igualmente sustentável e a premissa potencialmente mais rica para estudar o desvio na sociedade moderna“ (LEMERT, 1967).

Assim, o Estado seleciona os estratos inferiores da sociedade para conferir o *status* de criminoso, escolhendo punir os crimes cometidos por pessoas dessa classe social, sendo, portanto, responsável por construir o estereótipo de quem é o delinquente, estereótipo este que se impõe na comunidade.

É cediço que toda sociedade capitalista promoverá uma centralização e marginaliza-

ção de poder, com base em critérios políticos e econômicos, o que influenciará na forma de controle social, o qual se traduz pela forma de delimitar uma conduta individual por grupo da sociedade, que é possuidor desse poder delimitador. Alessandro de Giorgi, citado por Karina Vasconcelos, define controle social como sendo:

um conjunto de saberes, poderes, estratégias, práticas e instituições que servem à preservação da ordem social, ou seja, conjunto de recursos, possibilidades e desejos manipulados pelas elites econômicas. Afirma ainda o autor que o controle social nada mais é do que um processo histórico de construção do elo poder e desvio, ou seja, uso das normas pelo poder para determinar quem desvia, o que é desvio, o que é normal e o patológico (VASCONCELOS, 2009).

Outrossim, Baratta define a teoria da reação social como sendo uma orientação sociológica formada por suas correntes, a do interacionismo simbólico, orientada pela psicologia social e pela sociolinguística de George H. Mead, e a etnometodologia, inspirada pela sociologia fenomenológica de Alfred Schultz. A primeira define a sociedade como resultado de uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, que recebem significado por meio de um processo de tipificação, significado este que, com o tempo, se afasta das situações concretas e se estende por meio da linguagem. O segundo, por outro lado, estabelece que a sociedade é o produto de uma construção social, gerada por meio de um processo de tipificação e definição protagonizado pelos indivíduos em seus variados grupos sociais (BARATTA, 2011).

Em suma, pode-se concluir que o que diferencia o comportamento lícito e ilícito não é a natureza da conduta, se boa ou má, social ou anti-social, mas uma definição legal de que aquele comportamento, naquela sociedade, em um determinado momento histórico, o classifica como ato criminoso. Alessandro Baratta afirma que, ao se analisar o processo de etiquetamento por meio do senso comum, verifica-se que para determinada conduta seja caracterizada como desviante, e seu autor considerado um violador da norma, a reação social deve existir, pois o simples desvio a uma norma penal não é suficiente (BARATTA, 2011).

A criminalidade, portanto, não se trata de uma realidade social pré-constituída sob o referencial da atividade dos juízes, mas sim uma qualidade atribuída por estes a indivíduos, os quais receberão tal juízo atributivo e seguirão com as consequências penais e sociais dessa estigmatização. Assim, segundo o pensamento de Fritz Sack, a conduta desviante não é uma qualidade intrínseca pertencente ao comportamento, mas um elemento que se atribui (BARATTA, 2011).

Os estudos sociais do século passado já apontavam para a ideia de que havia um processo de criminalização estruturado para perpetuar o sistema de dominação de classes

na sociedade. O renomado autor Werner Ruther afirmou que quando tratamos de uma sociedade marcada por uma estrutura de domínio e poder, é impossível haver uma definição geral de criminalidade, todavia haverá sempre uma imagem de criminalidade imposta, a qual é necessária para a manutenção da estrutura de domínio existente (RÜTHER, 1982). Ruther, inspirado no teorema de Thomas afirma:

não há criminalidade como um pedaço de ferro, pois este apresenta-se como objeto físico, independentemente de valorações e descrições. A criminalidade, contudo, existe preponderantemente em pressupostos normativos e calorativos da sociedade. A criminalidade que realmente existe é aquela cuja imagem pode ser transportada à realidade em virtude da fixação e aplicação de normas (RÜTHER, 1982).

Embora o ideal por parte dessa teoria tenha como principais mentores criminólogos e sociólogos, seu entendimento de que crimes baseavam-se em construções sociais, operações de governos e classes dominantes não se limitava ao direito penal. Pensadores como Karl Marx, filósofo e economista, compartilhavam dessa opinião, tanto que tal autor em sua obra “Para a crítica da economia política”, traz um exemplo de como a construção social pode intervir na tipificação de uma conduta. Ele explica que na época dos feudos europeus, a propriedade não era um direito unitário, pois, além dos direitos do senhor, ela encontrava-se submetida a direitos consuetudinários, os quais protegiam os servos moradores dos feudos. Entre tais direitos, havia o de recolher madeira das florestas, os quais eram utilizados como combustível para suas choupanas. Todavia, o parlamento Renânio, em 1842, iniciou uma discussão para a adoção de leis que tornassem a propriedade um direito unitário, o que culminou na extinção dos direitos ancestrais, resultando, portanto, na tipificação do ato de coletar madeira nas florestas, isto é, surgiu o roubo de madeira (MARX, 1974).

Com efeito, é imperioso observar a importância do surgimento da teoria do *labelling* approach para formalizar uma crítica ao direito penal e sua seletividade social, bem como inovou-se no ramo da criminologia ao se abandonar as teorias fundadas nos estudos biológicos do desviante e voltar-se ao que se define como crime e criminoso. Nesse sentido, Lola Aniyar explica a ruptura da criminologia institucional pela teoria da reação social e da criminologia crítica de forma brilhante:

Ao cravar seu estilete no conceito engelsiano de Estado, definindo-o como uma organização surgida para a proteção da burguesia nascente; ao demonstrar as vinculações entre o interesse empresarial e os procedimentos e aparatos do Estado, incluindo todas as instituições repressivas e, muito em especial, a lei penal, como instrumento justificador da violência econômica; ao considerar a polícia e seus órgãos associados, tribunais, órgãos fiscais e cárceres, como uma força militar interior a serviço dos interesses da classe dominante, se desmistifica a significação supostamente natural das definições legais, produto de um suposto

consenso coletivo, de uma presumida consciência social. Se a lei é um ato político, a conduta desviante, para usar a palavra que nos permite mais facilmente comunicar a ideia, é também um ato político. E todos os prisioneiros são, em essência, prisioneiros políticos. Assim se despoja de sua roupagem solene toda a criminologia positivista e funcionalista, e se deixa nu o papel propiciador desta disciplina e de seus cientistas, investigadores e docentes (ANIYAR, 1977).

4 OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO DA SOCIEDADE, UMA BREVE EXPLICAÇÃO ACERCA DA CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA

A teoria do *labelling approach* influenciou a teoria de criminalização secundária de Eugenio Raúl Zaffaroni, o qual define criminalização primária como sendo o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas, e, criminalização secundária como a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2010).

O autor diz que o sistema de Administração da Justiça atua de forma altamente seletiva no sentido de que nem todo mundo nem todos os delitos têm as mesmas possibilidades de ser etiquetados como criminosos, ainda que se trate de atos de criminalização primária. Isso ocorre em razão do programa punitivo estabelecido pela criminalização primária ser tão extenso que simplesmente é impossível a persecução de todos os delitos que se cometem (VIANA, 2020). Em suas palavras:

a criminalização primária é um programa tão imenso, que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão, e nem sequer em parte considerável, porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem em uma sociedade e os que chegam ao conhecimento das agências do sistema é tão enorme e inevitável que não chega a ocultar-se, com o tecnicismo de chamá-la cifra negra ou obscura. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operativa e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por esse motivo, considera-se natural que o sistema penal leve a cabo a seleção criminalizante secundária, só como realização de um parte ínfima do programa primário (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002).

É por essa razão que a criminalização secundária se concentra sobretudo nos delitos mais simples e, portanto, mais fáceis de detectar e processar. Além disso, os aparatos do controle formal focam nos indivíduos com menor poder, pois são mais vulneráveis e com menos possibilidade de proteger-se e evitar seu etiquetamento. Assim, os desvios realizados são o resultado de um processo exitoso de aplicação de etiqueta, no qual alguns são rotulados e outros, embora cometam delitos, nunca serão punidos. Isso explicaria por que os delitos sofisticados e realizados por pessoas com poder econômico tendem a não ser perseguidos.

A criminalização secundária, portanto, é altamente seletiva e responsável por construir o estereótipo de quem é o delincente, sob o argumento de segurança social, e esse estereótipo, infelizmente, se impõe na sociedade. Em suma, toda criminalidade é fruto de uma criação, seja pela intervenção do texto normativo ou pelas consequências das reações

formais do Estado. Diante disso, o que fundamentalmente há de comum entre todos os criminosos é a resposta das instâncias formais de controle (VIANA, 2020).

Destarte, a marginalização é imposta pelas agências estatais e pela sociedade, que visam punir mais severamente os menos favorecidos economicamente, os taxando e etiquetando de criminosos além de segregá-los da comunidade sob o argumento de segurança social, ou seja, o crime é resultado da interação entre dominadores e dominados.

Após essa breve introdução, vamos ao estudo mais detalhado do que se entende por criminalização primária e criminalização secundária.

O processo de criminalização primária pode ser entendido como o embrião da seletividade do sistema penal, conforme conceitua Eugênio Raul Zaffaroni: a criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Diante disso, é possível a conclusão de que a seletividade do nosso sistema penal vai de encontro ao princípio da isonomia, legitimando-se por meio do Direito e recebendo um apoio da opinião pública (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

Em razão das leis serem feitas pelos representantes do povo, os quais sofrem muita influência de lobistas e de grupos sociais influentes e poderosos, observa-se uma tendência de que as normas editadas não surtem efeitos nas vidas dos mais ricos da sociedade. Isto é, o processo de elaboração das leis penais serve de mecanismo para agravar as desigualdades sociais, bem como uma forma de manutenção de privilégios e de *status* social das classes mais ricas. Nos ensinamentos de Howard Becker:

as diferenças na habilidade para fazer regras e aplicá-las a outras pessoas são essencialmente diferenças de poder (tanto legal como extralegal). Esses grupos cuja posição social lhes dá armas e poder estão em melhor capacidade para implantar suas regras. Distinções em idade, sexo, étnicas e de classe estão todas relacionadas como diferenças de poder. Além de reconhecer que o desvio é criado pelas respostas da gente perante um particular tipo de conduta e por etiquetar esta conduta como desviante, nós devemos também ter em mente que as regras criadas e mantidas por esta etiqueta não são universalmente aceitas. Ao contrário, estas são objetos de conflito e desacordo, parte de um processo político da sociedade (BECKER, 1971).

É possível notar que, em regra geral, há uma aplicação mais rígida da lei para os menos favorecidos da sociedade, embora para os mais favorecidos, haja inúmeros privilégios que dificultem a condenação e o aprisionamento. Assim, as condutas passíveis de impactarem a sociedade em maior escala, delitos cometidos pelos indivíduos das mais altas classes sociais, são subestimados, havendo, portanto, uma maior probabilidade de seus autores saírem impunes.

Com efeito, pode-se perceber que a criminalização primária é aquela exercida pelo poder legislativo e pelo poder executivo, sendo aquele no processo de elaboração dos tipos penais e este no de sanção ou veto. Trata-se da decisão de escolha acerca de quais condutas serão enquadradas no modelo legal de crime, com uma ameaça de pena. Conforme já pontuado anteriormente, a criminalização primária é realizada de uma forma muito abrangente, sendo empiricamente impossível executá-la em uma sociedade moderna, o que corrobora para o argumento de criminólogos, os quais entendem ser a seletividade um fato intrínseco dos sistemas penais. Isso ocorre porque a escolha das agências é considerada uma conclusão lógica, em virtude das limitações existentes nas agências de persecução, quais sejam polícias, juízes e ministério público.

Assim, resta imperioso que a criminalização primária termina por expor a quebra do princípio da isonomia praticada pelo direito penal. Posto que a seletividade é um resultado dessa forma de criminalização não abranger determinados bens essenciais, bem como da existência de bens objetos da criminalização primária cuja relevância é apenas de um determinado grupo social, e, por fim, quando as condutas de interesse comum para a sociedade são incriminadas como uma intensidade desproporcional.

A criminalização secundária, por sua vez, é realizada pelos agentes estatais, pois em razão do alto número de crimes cominados, faz-se necessário uma seleção acerca de quais delitos serão criminalizados e quais as vítimas que serão protegidas, visto que o acervo de normas penais incriminadores excede por muito a capacidade operativa das agências.

Dessa forma, o que se observa é que os crimes selecionados são os mais simples, isto é, que depreendam de menos esforço por parte dos agentes estatais. Conforme preceitua Zaffaroni, a seleção ocorre desta forma:

a) por fatos burdos ou grosseiros (a obra tosca da criminalidade, cuja detecção é mais fácil), e b) de pessoas que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva). No plano jurídico, é óbvio que esta seleção lesiona o princípio da igualdade, desconsiderando que todos os homens deveriam ser iguais, não apenas perante a lei, mas também na lei. O princípio constitucional da isonomia (art 5.º, CF; 1988) é violável não apenas quando a lei distingue pessoas, mas também quando a autoridade pública promove uma aplicação distintiva (arbitrária) dela (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2010).

O status de criminoso é distribuído de forma desigual entre os cidadãos, diante do fato que o sistema penal, claramente, direciona-se contra determinadas pessoas, principalmente às mais vulneráveis a serem classificadas como criminosas, isto é, às que não possuem

influência política, nem voz pública que permita publicizar eventuais injustiças. Alessandro Baratta desenvolve um raciocínio nesse mesmo sentido:

As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são característicos dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base que o status de criminoso é atribuído . (BARATTA, 2011)

Destarte, o resultado desse processo é o rotulamento desses indivíduos por meio de estereótipos. A opinião pública passa a associar, de forma preconceituosa, tais pessoas como delinquentes, havendo uma errônea associação de determinada classe social, étnica, etária e estética com os autores de maioria dos crimes cometidos.

A atuação das agências policiais terminam por refletir o que a sociedade entende como a imagem de um criminoso, qual seja, um indivíduo negro e pobre. Logo, é a partir desse ideal que o policiamento utiliza-se do criminoso para chegar ao crime, ou seja, ele não procura o crime, mas vai até sua “clientela” e de lá vai pegar o autor de um crime (CARVALHO, 1999).

Logo, trata-se de uma verdadeira eleição dos tipos penais, e, conseqüentemente, dos indivíduos, que serão marcados com o estigma de criminosos, dentre as normas penalmente sancionadas (BRANDÃO, 2019). Dessa forma, tem-se que a estigmatização arbitrária, aliada aos estereótipos da sociedade, permitem a sustentação de uma hegemonia de uma classe social sobre as outras, como pontuam Zaffaroni e Pierangeli:

É indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores mais próximos – ou hegemônicos – e outros mais aliados – marginalizados – do poder. Obviamente, esta natureza tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, denominada sistema penal. Uma das formas mais violentas de sustentação é o sistema penal, na conformidade da comprovação dos resultados que este produz sobre as pessoas que sofrem os seus efeitos e sobre aquelas que participam nos seus segmentos estáveis. Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o mediante a criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. E também em parte, quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006).

Essa seletividade na eleição dos criminosos pode ser verificada pela população carcerária, pois as pessoas menos favorecidas economicamente representam a esmagadora

maioria dos presos. Revelando, portanto, que o direito penal é aplicado de forma desigual, em razão de eventual classe social do infrator, o que aprofunda as desigualdades sociais existentes na sociedade e violam, explicitamente, o princípio da igualdade perante a lei.

Nesse processo de criminalização, o principal vetor é a agência policial, pois é quem tem o dever de investigar a autoria e a materialidade dos crimes, mas tal tarefa é, na prática, inviável, o que resulta na escolha dos delitos que serão priorizados e quais serão esquecidos no momento da persecução.

Essa problemática é intensificada pelo juízo de valor realizado pelo poder policial, o qual escolhe direcionar a etiqueta de criminoso aos indivíduos que tenham uma menor capacidade de confrontar a agência. Dessarte, o foco se voltará aos delitos mais simples e aos cometidos por quem possua um menor poder reativo, em função da ausência de poder político ou de mecanismos de comunicação em massa. Dessa forma, os estereotipados:

terminam sendo projetados como os únicos delinquentes, o que lhes proporciona uma imagem comunicacional negativa, que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. Por se tratar de pessoas desvaloradas, é possível associá-las a todas as cargas negativas que existem na sociedade na forma de um preconceito, o que termina por fixar uma imagem pública do delincente, com componentes classistas, racistas, financeiros, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária (MAHIQUES, 2011).

Logo, o processo de criminalização termina por reforçar o preconceito e estereótipo do criminoso na sociedade moderna, gerando um ciclo vicioso, no qual os alvos da seletividade penal são vistos como delinquentes, o que os retira do convívio social e reduz seu poder de fala, tornando-os as principais vítimas do sistema penal e de seu discurso repressor. Em consonância com esse entendimento, Vera Regina Pereira de Andrade define tal processo de criminalização:

a lei penal configura tão-só um marco abstrato de decisão, no qual os agentes do controle social formal desfrutam ampla margem de discricionariedade na seleção que efetuam, desenvolvendo uma atividade criadora proporcionada pelo caráter “definitorial” da criminalidade. Nada mais errôneo que supor (como faz a Dogmática Penal) que, detectando um comportamento delitivo, seu autor resultará automática e inevitavelmente etiquetado. Pois, entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração (ANDRADE, 2003).

Essa é a razão pela qual muitos delitos cometidos pelas classes dominantes não entram nas estatísticas criminais, os chamados crimes ocultos ou latentes, pois suas práticas ocorrem em locais onde a polícia não efetua operações de rotina ou possuem pouca visibilidade para serem investigados.

Essa persecução penal desigual, claramente direcionada aos indivíduos mais vulneráveis ao sistema, se dá mediante as leis do que os criminólogos chamam de código social (second code ou basic rules), o qual regula a aplicação das normas penais pelas instituições de controle social. Esse código social expõe que a verdade por parte da persecução é a de que as vítimas do sistema não são em sua maioria pobres, pois estes tendem a delinquir mais, mas porque eles têm mais chances de serem etiquetados como criminosos (BARATTA, 2011).

Essa forma de seleção por meio da criminalização encontra-se enraizada no exercício do poder punitivo estatal, assim, ainda que haja variações nos demais sistemas penais dos países, sua presença não deixará de existir. Zaffaroni, em seus trabalhos, esclarecia:

Sem prejuízo de que a seleção criminalizante seja mais ou menos influenciada por preconceitos ou estereótipos, o certo é que a seleção criminalizante em si mesma, como fenômeno do exercício do poder punitivo, é estrutural ao mesmo, dado que não existe, tampouco é inimaginável, um sistema penal com capacidade operativa de criminalização secundária na medida da criminalização primária. A seleção deve, pois, realizar-se variando somente entre os sistemas penais em sua magnitude e modo (ZAFFARONI, 1994).

Diante disso, pode-se concluir que toda a seletividade oriunda desses processos de criminalização ocorrem em razão do desejo das classes dominantes de manutenção do seu estrato social, ainda que opere-se uma ruptura aos princípios basilares do direito penal estatal. Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli reforçam acerca da criminalização seletiva fundamentar-se em fatores econômicos e posições sociais:

Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma orientar-se por “estereótipos” que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006).

5 OS DESDOBRAMENTOS LÓGICOS DOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

Sabe-se que o direito penal, por estar ancorado em normas jurídicas, utiliza-se de um discurso lógico, o qual busca fundamentos que legitimem a utilização da violência em suas ações. A igualdade é um desses fundamentos utilizados, pois possui a força de princípio constitucional e de direito fundamental, que se encontra positivado no art. 5º da Constituição da República.

Nas palavras de Romero Barranqueiro:

a investigação empírica é utilizada pelos teóricos da criminalização para impugnar uma das bases de sustentação do direito penal fundamentado pela ilustração: o princípio da igualdade perante a lei. Se sustenta que, ao contrário, nem os bens jurídicos protegidos com a pena são de igual interesse para todos os membros da comunidade, nem os infratores têm a mesma probabilidade de serem criminalizados. Se afirma assim a natureza essencialmente desigual do direito penal (BARRANQUERO, 1987).

Dessa forma, com a recepção da teoria do *labelling approach* pelos criminólogos alemães, tem-se a conclusão de que há uma verdadeira negação ao princípio da igualdade no direito penal, conforme explicita Juarez Cirino:

A teoria de que a lei penal é igual para todos e de que a criminalidade representa o comportamento de uma minoria é negada pela seletividade do sistema penal, que reprime os marginalizados sociais e exclui as elites de poder econômico e político, e pela cifra oculta da criminalidade, que mostra a generalização social do comportamento criminoso, indicada pela diferença das taxas de criminalidade registrada e de criminalidade real. (SANTOS, 2021)

Não há, portanto, a ideia de que a lei penal é aplicada de forma justa e equânime para todos os autores de delitos. A justiça penal, na realidade, trata-se de uma verdadeira justiça de classe, conforme entendia Karl Liebknecht. Isso porque sua estrutura é composta por juízes oriundos das classes média e alta, os quais julgam acusados das classes mais pobres, que encontram-se marginalizados do mercado de trabalho e possuem uma menor probabilidade de exercer um papel ativo no processo.

Ainda sobre a exposição que o *labelling approach* fez da violação à isonomia existente no direito penal, Baratta leciona:

a criminalidade, segundo a sua definição legal, não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos e que, além disso, segundo a sua definição sociológica, é um status atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles

que detêm o poder de criar e de aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental (BARATTA, 2011)

Trata-se de um grande questionamento ao discurso legitimante do sistema penal, como sendo um sistema essencial à tutela de bens jurídicos e de manutenção da ordem na sociedade civil, pois tais ideais vão de encontro com a criação e aplicação seletiva de suas leis penais, bem como do estudo das instituições penitenciárias. Ao criticar seriamente a utopia de um direito penal baseado na isonomia, Baratta pontua:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade (BARATTA, 2011).

Outrossim, é forçoso reconhecer que o direito penal privilegia os interesses das classes dominantes e imuniza os comportamentos típicos desses indivíduos do processo de criminalização social, direcionando, portanto, seu enfoque nas formas de desvio características das classes subalternas. Isso não se trata, apenas, de uma consequência das escolhas dos tipos de comportamento penalmente tipificados ou da desproporcional intensidade da ameaça penal das agências de controle, mas também com a elaboração técnica dos tipos penais.

Ora, quando o alvo é a conduta de indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos da escala social, formula-se uma rede legal fina, sem muitas exceções ou crivos a serem alcançados, todavia, nos casos de um comportamento típico dos indivíduos com poder, qual seja, relacionados a crimes econômicos, tributários, essa rede é muito mais espessa. Basta refletir acerca de eventuais agravantes e causas especiais de aumento da pena, que encontram-se mais presentes nos delitos contra o patrimônio ou de tráfico de drogas do que nos chamados crimes de colarinho branco.

É possível observar, na prática forense brasileira, que a jurisprudência traduz-se num espaço de preconceitos inconscientes, estigmas e estereótipos, onde juízes, desembargadores e ministros decidem pela vida de indivíduos de classes sociais inferiores, com um julgamento prévio, utilizando-se de fundamentações superficiais, inerentes ao tipo penal. A avaliação de elementos subjetivos e objetivos do delito é feita sem a devida individualização, munida de discursos como “personalidade voltada para o crime”, “personalidade distorcida”,

demonstrando que sua posição na classe social estabelece sua definição como criminoso diante do sistema penal (MACHADO, 2010).

Tal pensamento pode ser confirmado quando analisamos o delito de violação do direito autoral, o qual, seguramente, é um dos mais cometidos em um mundo globalizado, tendo em vista a quantidade de downloads ilícitos que são realizados na rede mundial de computadores. Todavia, tal tipo penal não é escolhido pelas agências penais para ser combatido, visto que não se encontra evidenciado nas estatísticas criminais, razão pela qual se questiona, como acreditar que o princípio da isonomia incide no direito penal se tal crime não é devidamente criminalizado?

Quando se fala em criminalizar, deve-se entender como sendo um *status* conferido por meio das agências estatais, que priorizam determinado delito penal em um ato de poder. Nas palavras do professor Cláudio Brandão:

“Assim, a criminalidade não é imputada “em face do que alguém fez”, mas sim é uma imputação que se realiza em função da convergência de interações de várias partes, incluindo todos os que fazem as normas, os que as interpretam e os que executam, de um lado, e de outro os que as infringem” (BRANDÃO, 2019).

Esse poder de imputar a criminalidade fere profundamente o princípio da isonomia, visto que confere um estereótipo a determinados indivíduos, tornando-os os principais alvos do sistema penal. Destarte, nota-se que as agências de controle penal selecionam os indivíduos que serão perseguidos e considerados criminosos, seleção esta que é utilizada para sustentar o discurso do direito penal, bem como agrava a desigualdade social, conforme os desejos e interesses dos detentores do poder político.

A prova da seletividade penal gerada pelos processos de criminalização da sociedade estão nos dados oficiais divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional. Isso ocorre porque, dos 749.233 presos até dezembro de 2021, 300.268 eram por crimes contra o patrimônio e 219.398 eram referentes às leis de Drogas, ou seja, esses dois tipos de crime totalizavam 519.666 dos presidiários, o que representa 70% dos delitos com taxa de prisionização (BRASIL, 2021).

Nota-se, portanto, que dois terços da população carcerária encontra-se em função desses dois bens jurídicos, o que se torna ainda mais preocupante quando confrontado com os números de outros tipos penais, como, por exemplo, os crimes contra a paz pública (16.794 de presos), contra a fé pública (6.394 de presos), contra a Administração Pública (1.335 de presos) e dos praticados por particulares contra a Administração Pública (1.164 de presos). A conclusão que se chega é a de que do extenso rol de crimes tipificados, os

mais comumente praticados por pessoas de baixa renda são priorizados na persecução realizada pelas agências penais, fazendo com que outros tipos penais, que também são relevantes e podem impactar a estrutura do Estado brasileiro sejam escanteados, visto que seus autores possuem mais força política e capacidade de reação ao processo criminal (BRASIL, 2021). Outrossim, temos que a punição de certos comportamentos ilegais serve para encobrir um elevado número de outros comportamentos ilegais, os quais seguem imunes ao processo de criminalização.

O ilustre professor Cláudio Brandão esclarece acerca da seletividade econômica na população carcerária:

As estatísticas revelam que, mesmo em um sistema penal que elegeu, por suas agências, apenas dois bens jurídicos para abranger a impressionante cifra de quase três quartos dos encarcerados (é o caso pátrio), é nítida a falta de persecução da violação desses dois referidos bens jurídicos quando o sujeito ativo pertence às classes mais favorecidas do ponto de vista econômico ou cultural. Não é preciso grande digressão teórica para o conhecimento do tráfico e consumo de substâncias entorpecentes, por exemplo, no âmbito das universidades e dos estudantes de ensino superior. No entanto, os sujeitos presos com ensino superior incompleto representam apenas um ponto percentual da população carcerária. Com esses dados, cai por terra qualquer tentativa de afirmar a igualdade de pessoas ante o jus puniendi. Isto se dá, porque a seletividade penal debruça-se sobre os estereótipos, e o modelo de cliente foi engendrado em função da hipossuficiência (sobretudo a econômica e a cultural, ou preferencialmente ambas), pois a capacidade reativa em face das agências coloca “em xeque” o sistema seletivo. (BRANDÃO, 2019).

Neste sentido, Baratta afirma que ao se estudar a seleção da população desviante, em uma perspectiva de interação de classes e relações de poder, é possível encontrar os mecanismos de interação, antagonismo e de poder que resultam da desigual distribuição de bens e oportunidades entre as pessoas (BARATTA, 2011). Ou seja, a população carcerária, em países onde o capitalismo opera, será composta por indivíduos integrantes das classes operárias e economicamente inferiores.

Diante disso, não há como seguir acreditando no discurso penal de igualdade perante a lei, pois a realidade demonstra que a criminalização secundária auxilia no preconceito e na criação do estereótipo do criminoso brasileiro, utilizando-se da violência legítima do direito penal para manter um controle violento das classes desfavorecidas.

O modelo do criminoso brasileiro para a opinião pública é muito influenciado pelos processos de criminalização primária e secundária. Pode-se verificar que os crimes patrimoniais seguidos de morte, os latrocínios, que são mais comumente praticados por indivíduos de baixa renda, recebem uma reprovação legal mais severa do que outros tipos penais mais bárbaros. Isso é claramente percebido no *quantum* da pena a ser aplicado, o qual nos

casos de latrocínio é de 20 a 30 anos (art. 157, §3º, inciso II, do Código Penal), todavia, o estupro de vulnerável com resultado morte, o feminicídio e o homicídio qualificado são de 12 a 30 anos, apresentando, portanto, uma grande diferença na pena mínima cominada, apesar da patente gravidade desses tipos penais (BRASIL, 2022a).

Com efeito, é possível observar que o processo de criminalização primária reflete o ideal moral da cultura burguesa, pois há um cuidado maior na tutela dos crimes cometidos contra o patrimônio alheio, bem como busca-se atingir os desvios típicos das classes subalternas. Isto é, a tipificação penal é o resultado da vontade das classes dominantes, de um etiquetamento promovido pela divisão de classes, o que se pode demonstrar por meio do art. 59 do Decreto-Lei nº 3.688/41, a Lei de Contravenções Penais, que estabelece o delito de vadiagem, como sendo:

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

Contudo, seu parágrafo único expõe a visão elitista dessa norma penal, quando dispõe que *a aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena* (BRASIL, 2022b). Logo, é um tipo que não há como ser praticado por quem tenha renda suficiente para sua subsistência, o que, corrobora para a tese de que a realidade não é a igualdade de todos perante a lei.

Resta evidente que o *labelling approach* iluminou o fato de que o poder de criminalização, assim como seu exercício, estão diretamente relacionados à estratificação social e à estrutura desigual da sociedade. Em outras palavras, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes combinada ao cárcere desempenha um papel fundamental na manutenção da escala vertical da sociedade, visto que sua atuação, essencialmente voltada às classes subalternas, terminam por impedir a ascensão social desses indivíduos.

Dessa forma, é forçoso concluir que o sistema penal vigente não se sustenta, em razão dos defeitos da sua persecução criminal, bem como na incapacidade patente de reeducação e ressocialização dos presos. Ora, sabe-se que as prisões funcionam como verdadeiras faculdades do crime, no sentido de que não há o abandono dessa forma de viver por parte do indivíduo, mas sim a consolidação de uma carreira criminoso. No tocante ao efeito criminógeno da pena, Baratta esclarece acerca do modelo sequencial de criminalidade, ou seja, a introdução do desviante na “profissão de infrator”, o que se daria

por:

“i) do impacto psicológico da criminalização, com os consequentes processos de mudança da autoimagem, mediante reorganização psíquica e emocional e de adaptação à subcultura da prisão, e (ii) da expectativa dos outros, de que o condenado se comporte como criminoso, continuando o papel de desviante pela prática de novos crimes” (SANTOS, 2021).

Portanto, Baratta, ao criticar o sistema penal estatal, traz a ideia de redução do sistema punitivo em relação à criminalização das classes sociais mais baixas e uma ampliação da perseguição e punição das classes dominantes. Contudo, trata-se de uma verdadeira política ilusória, pois a criminalização das classes hegemônicas produziria o efeito negativo de legitimar o direito penal como instrumento de solução de conflitos, e, por consequência, de repressão dos oprimidos.

Assim, em se tratando de despenalização ou descriminalização, o autor defende a proposta de máxima redução do sistema punitivo, excluindo-se, por exemplo, crimes que refletem à concepção autoritária ou ética do Estado, quais sejam, crimes de opinião, contra a honra, aborto e contra a moralidade pública.

Visando sanções penais menos estigmatizantes, Baratta entende como objetivo final da reformulação na política criminal a abolição do cárcere, visto que este já se mostrou um projeto falho no controle de criminalidade, além de produzir o efeito contrário, que seria a construção da carreira criminosa do condenado, tendo em vista que seu aparato institucional não reeduca, mas apenas acentua o estereótipo de desviantes.

Diante disso, a ampliação e intensificação de investimentos nos sistemas de medidas alternativa à prisão, mostra-se fundamental, assim como a evolução do regime atual para os de liberdade de execução da pena e do esforço coletivo para que haja uma efetiva reinserção do condenado na sociedade civil, a fim de que os efeitos de divisão e segregação de classes sejam minimizados. Deve-se ter em mente que a reeducação do condenado proporcionará a transformação de uma reação individual egoísta de indivíduos em situações adversas, o cometimento do crime, em uma consciência e ação política coletiva.

6 CONCLUSÃO

A manifesta desigualdade no processo de criminalização da sociedade desmistifica a ideia de que o princípio da igualdade das pessoas perante a lei vigora no direito penal. Os alvos da persecução penal e a forma com a qual a pena é imposta ocorrem de forma seletiva, em consonância com qual grupo social determinado indivíduo faça parte.

Isso evidencia que o direito penal não representa nada mais do que um espelho da sociedade capitalista contemporânea, isto é, uma estrutura marcada pela divisão estratificada, em que os interesses das classes dominantes se sobrepujam aos demais e conduzem a forma de agir do Estado e suas instituições de controle social.

Destarte, verifica-se, na prática, o processo de criminalização marginalizador que viola descaradamente o princípio da isonomia, retroalimentando o sistema de desigualdades sociais, por meio dos efeitos criminógenos da prisão. A atuação das agências de persecução penal fomentam o ciclo vicioso do estereótipo de criminosos, isso porque sua atenção voltada às classes subalternas gera a concepção de que estes são os mais propícios a delinquir, corroborando para o interesse dos poderosos, pois seu grupo se mantém imunizado e distante dos criminalizados.

Restou bem demonstrado que o processo de criminalização primária estabelece o primeiro passo à seletividade do sistema, visto que os bens jurídicos a serem tutelados e a elaboração técnica das leis penais representam os interesses das classes hegemônicas, direcionando a atuação das agências de controle às classes vulneráveis, utilizando-se de manobras legais como o foco punitivo em crimes patrimoniais e a relativização de tipos penais como os crimes tributários e financeiros.

O *quantum* da pena a ser aplicada, bem como eventuais causas de aumento e agravantes são explicitamente intensificados nos chamados crimes tradicionais, enquanto os de colarinho branco representam as maiores hipóteses de delitos não processados.

A criminalização secundária, por sua vez, complementa o processo seletividade ao se utilizarem de estereótipos e preconceitos para guiarem as formas e onde vão atuar na sociedade civil, havendo, de fato, uma verdadeira procura pela criminalidade nas periferias, onde residem as classes marginalizadas.

É forçoso, portanto, notar que o que motiva um determinado indivíduo vir a sofrer as consequências penais, o processo de criminalização, não é a sua conduta simplesmente enquadra-se no tipo penal, mas tal fato aliado ao grupo social de qual faça parte, o que

potencializará suas chances de ser etiquetado como delinquente.

Diante disso, percebe-se que variáveis como classe social, cor, etnia e patrimônio são os verdadeiros responsáveis pela atuação das agências do sistema penal, que constantemente sacrificam o princípio constitucional da isonomia ante a seletividade de suas atividades persecutórias.

Nessa senda, o objetivo geral e específico deste trabalho foram atingidos, porquanto, explicitou-se a noção de isonomia, que norteia o *jus puniendi* estatal, assim como os elementos que norteiam a criminalização da sociedade. Avaliou-se, ainda, a construção histórica e dogmática da teoria da reação social, bem como sua aplicação no processo de criminalização da sociedade.

Ademais, acerca dos objetivos específicos, foi possível estudar, detalhadamente, a contemporaneidade dessa teoria criminológica com o direito penal brasileiro e, por fim, demonstrou-se, por meio de dados e exemplos, o preconceito e a seletividade que vigoram na atual persecução penal, rompendo com o mito do princípio constitucional da igualdade no sistema penal pátrio.

Referências

- AGUILERA, Abel Téllez. **Criminologia**. Madrid: Edisofer, 2009.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- ANIYAR, Lola de Castro. **Criminologia de la reacción social**. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1977.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BARATTA, Alessandro. Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad. **Nuevo foro penal**, n. 15, 1982.
- BARRANQUERO, Gladys Romero. Teorías de la criminalización, derecho penal y política criminal. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, Fascículo 1, 1987.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BECKER, Howard S. **Los extraños**. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1971.
- BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in sociology of deviance**. New York: The Free Press of Glencoe, 1963.
- BERGALLI, Roberto. Origen de las teorías de la reacción social. Un aporte al análisis y crítica del labelling approach. **Revista de Sociología**, n. 13, 1980.
- BRANDÃO, Cláudio. Poder e Seletividade: os processos de criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal. **Caderno de Relações Internacionais**, v. 10, n. 18, p. 297 – 319, jan-jun. 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**, Diário Oficial da União, 2022a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**, Diário Oficial da União, 2022b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: SISDEPEN, Atualização - Dezembro 2021**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 25 jul. 2022.
- BROWN, Stephen E.; ESBENSEN, Finn-Aage; GEIS, Gilbert. **Criminology: explaining crime and its context**. 7. ed. Ohio: LexisNexis, 2010.
- CARVALHO, Glauber Silva de. Um breve panorama da teoria sobre violência criminal urbana no Brasil. **Revista Brasileira de Ciência Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 309 – 326, jul-set 1999.

- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.
- HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- LEMERT, Edwin McCarthy. **Human Deviance, social problems and social control**. New York: Prentice Hall, 1967.
- MACHADO, Vinícius. **Individualização da pena**: o mito da punição humanizada. Florianópolis: Editora Modelo, 2010.
- MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1972. v. 2.
- MAHIQUES, Ignacio. La ciencia criminologica frente al fenomeno de la “inseguridad”: una critica hacia los discursos autoritarios desde la perspectiva del garantismo penal. **Revista de derecho penal y criminologia**, v. 7, 2011.
- MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**: Coleção os Pensadores. São Paulo: Editora Abril, 1974.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Tratado de criminologia**. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- RÜTHER, Werner. La criminalidad (o 'el delincuente') a través de las definiciones sociales (o etiquetamento). **Nuevo Foro penal**, n. 15, p. 749 – 772, 1982.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia da punição. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- TAVARES, André Ramos. **Da arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental**. 2000. Tese (Doutorado) — PUC/SP.
- VASCONCELOS, Karina Nogueira. O modelo punitivo carcerário: entre a crise teóricoideológica e o reafirma-se político. **Revista de Ciência Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 17, n. 78, mai.-jun. 2009.
- VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Perspectivas de las investigaciones comparadas sobre la delincuencia. **Eguzkilore**, v. 8, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.