

PODER E SELETIVIDADE: OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA AMERICA LATINA E OS SEUS IMPACTOS NA CRISE DO DISCURSO PENAL.

POWER AND SELECTIVITY: THE LATIN AMERICAN CRIMINALIZATIONS PROCESS AND ITS IMPACTS IN THE CRISES OF THE CRIMINAL ARGUMENTATION.

Cláudio Brandão¹
Faculdade Damas

Resumo

Através do exercício do poder de punir são realizados os processos seletivos de criminalização, que é o objeto da presente investigação. As estatísticas da criminalidade divulgadas pelo Estado brasileiro expõem o discurso penal a uma desconcertante crítica. Nesse panorama, o discurso penal, baseado em postulados iluministas, dentre os quais emerge o princípio da igualdade, é inserido em uma crise, revelada pela política criminal. O vértice dela é o exercício do poder por parte das agências de controle do sistema penal.

Palavras-chave

Política criminal. Seletividade penal. Agências de controle penal. Criminalidade

Abstract

From the use of the criminal power are concertized the selectivity, with is the object of this research. The criminal statistics published by Brazil indicates the scientific criminal argumentation are submitted to strong critics. In this view, the scientific criminal argumentation, based into the enlightenment basis, from that emerges the equality principle, is into a deep problem, reveled by the criminal politics. Its main part is the use of the power by the criminal control agencies.

Keywords

Criminal politics. Criminal selectivity. Criminal control agencies. Criminality

¹ Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal de Pernambuco. Professor dos Programas de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professor visitante, ao abrigo do Programa Erasmus, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Endereço Profissional: Av. Rui Barbosa, 1426, Graças. Recife – PE. 52050-000. E-mail: brandaoclaudio@hotmail.com

INTRODUÇÃO: o *locus* político criminal latino-americano e a crise do discurso penal

Os dados oficiais da criminalidade no Brasil, divulgados pelas agências de controle penal, conduzem a uma reflexão que expõe todo o sistema penal a uma crítica desconcertante. Por certo, essa crítica não é realizada no âmbito do *locus* normativo, isto é, do ponto de vista da ciência penal, pois, como está ela fundamentada em princípios valorativos que buscam legitimá-la intrassistematicamente, os tipos penais seriam dirigidos a todos, em face do princípio da igualdade perante à lei.

Entretanto, se buscarmos referidas estatísticas, haverá uma falta de coerência entre o discurso da ciência penal e a sua efetiva aplicação. O *locus* que descortina essa incoerência é a política criminal, que não é desmembrável da criminologia². Isto se dá porque a criminologia, por realizar as investigações sobre a realidade do delito e dos castigos, é um saber pleno de condições de realizar as propostas daquela política criminal³.

Mas aqui, um importante corte deve ser feito: a modernidade periférica – onde se situa a América Latina – tem características muitíssimo diferentes da modernidade central. Não obstante, quase todas as discussões produzidas nos países centrais são reproduzidas por um setor do pensamento criminológico latino-americano, que realiza uma aplicação acrítica dessas teorias. Com isso, não se enfrenta o fato dessas construções teóricas produzidas na modernidade central estarem permeadas por ideologias que não tem o mesmo significado no contexto latino-americano, que é um contexto periférico⁴. O saber criminológico espelhará resultados incoerentes sem as críticas ao conhecimento

2 MARTÍNEZ, 1999, p. 49.

3 LARRAURI, 2006, p.269.

4 ZAFFARONI,1988, p.1

produzido pela modernidade central, que possibilitam a sua aplicação a um contexto (periférico) diferente, porquanto não se pode agir como se centro e margem de poder não existissem⁵.

Não se defende aqui prescindir dos estudos e contribuições teórico-analíticas, construídos pela modernidade central. Por certo eles acarretaram a chegada a pontos importantes do conhecimento criminológico⁶, como é o caso dos aportes teóricos do *labelling approach*, o qual possibilitou a quebra do paradigma positivista e a construção do paradigma da reação social⁷. O que se propõe é uma compreensão crítica desse conhecimento, para possibilitar a construção de uma criminologia que espelhe a realidade latino-americana, a qual tem características muitíssimo diferentes.

É nesse contexto crítico latino-americano que devem ser investigados os processos de criminalização. Com efeito, a criminalização depende de fatores alheios à norma e à ciência penal, os quais são vinculados às agências de controle do sistema penal. Ressalte-se que a palavra agência expressa a atividade de pessoas que realizam condutas em nome do Estado. Eugenio Raúl Zaffaroni propôs esse termo, para que se evitassem outros substantivos que expressam um conteúdo mais valorativo, tais como burocracia, instituições, etc. Agência é uma palavra que deriva do latim *agens*, particípio do verbo *agere*, que quer dizer fazer; por conseguinte ela significa *entes ativos*, isto é, entes que atuam⁸. Destarte, as agências penais tem o papel determinante na atribuição do *status* da criminalidade, o que põe em xeque o papel legitimador atribuído pela ciência penal ao princípio da igualdade.

A seletividade do sistema será o produto de um processo de escolha, engendrado por uma convergência de interações entre as agências de controle penal. Ela revela uma face do direito penal não declarada na ciência normativa, mas que é

5 ZAFFARONI, 1998, p.1

6 MACHADO, 2016, p.741

7 ANDRADE, 1995, p.27

8 ZAFFARONI, 2002, p.7.

constatável nas estatísticas criminais oficiais. A seletividade é, no contexto periférico, uma das partes de maior relevo da crise hodierna do referido direito penal e investigá-la é o primeiro passo para a sua superação.

1. A seletividade como característica estruturante do exercício do poder penal.

A criminologia se ocupa dos discursos em face da questão criminal⁹. Contudo, não realizará ela um discurso estritamente jurídico – já que não tem por objeto o estudo lógico da norma – mas sim *político*. O saber criminológico se caracteriza por ser crítico ao sistema penal e é político porque tem por fim a redução dos níveis de violência vinculados ao saber jurídico¹⁰. Nesse contexto, a criminologia investiga os mecanismos de criminalização, *vistos como exercício de poder por parte das agências do Estado*.

A questão criminal, embora não de maneira exclusiva, é uma decorrência do sistema penal. Note-se que a existência do sistema penal é um fato político consumado, presente em todos os Estados, engendrado de forma alheia a qualquer estudo vinculado à criminologia¹¹. No âmbito da criminologia, foi a superação do positivismo, que pesquisava o crime como um dado ontológico, impulsionada pelos estudos sociais norte-americanos, que possibilitou a investigação dos referidos mecanismos de criminalização realizados pelo sistema penal. Dita superação

⁹ ZAFFARONI, 2004, p.2.

¹⁰ “la criminología es el análisis crítico de los saberes no estrictamente jurídicos acerca de la cuestión criminal, para reducir los niveles de violencia a ella vinculados.”ZAFFARONI, 2004, p.5.

¹¹ ELBERT, 2013, p.10

resultou na *compreensão da realidade como produto de uma construção social, produzida pelas relações interpessoais e grupais*. Assim, é a interação social que constrói o delito e o delinquente, por isso é objeto da criminologia conhecer os processos que etiquetam alguém como criminoso e que identificam um comportamento como crime.¹² Tais formulações pós-positivistas impactam a política criminal pois tem a condição de gerar *consequências políticas*. Parafraseando Elena Larrauri, é parte da herança da criminologia crítica as consequências políticas das teorias criminológicas tanto para prevenir delitos quanto para prevenir a penalização excessiva¹³.

De outra parte, o direito penal também é um dos discursos sobre a *questão criminal*. O direito penal, ao se centrar nas normas, tem um discurso lógico que se fundamenta em postulados ideais que buscam legitimar a violência ínsita ao seu sistema. Um desses postulados é a igualdade, que tem o patamar de princípio constitucional e de direito fundamental (art. 5º da Constituição Federal). Entretanto, a criminologia critica esse discurso, pois

“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

¹² Veja-se, sobre o assunto, a lição de Aniyar de Castro: “Por otra parte, la llamada Criminología Interaccionista, o del etiquetamiento, o Labelling Approach, o como se le ha también denominado, de la Reacción Social, se basa en un criterio relativista del conocimiento. La realidad existe en la medida en que se la identifica y se la define. La realidad es construcción social, producto de lo que se sucede en las relaciones interpersonales y grupales. Es el Interaccionismo Simbólico. En criminología, ello significó un vuelco trascendental. Para esta escuela no importa por que alguien se vuelve delincuente. Lo importante es saber quién define y como se define la delincuencia y como se señala a alguien come, delincuente (unos en vez de otros de la misma manera come, unas conductas, en vez de otras, aparecen criminalizadas en los códigos penales).” ANIYAR DE CASTRO, 1983, p.553.

¹³ LARRAURI, 2006, p.275.

todos os membros da comunidade, nem os infratores tem a mesma probabilidade de serem criminalizados. Se afirma assim a natureza essencialmente desigual do direito penal.”¹⁴

Nessa toada, uma reflexão simples revelará graves vicissitudes no discurso penal. O delito de violação do direito autoral, por exemplo, é

dos mais praticados em um mundo centrado e dependente da velocidade das interações que se realizam por meio da rede mundial de computadores. Incontáveis vezes o bem jurídico é violado por meio de *downloads* ilícitos de músicas e livros, “protegidos” pelo direito do autor... No entanto, esse não é um dos crimes que possuem recorrência nas estatísticas criminais, visto que ele não é “eleito” pelas agências de controle como objeto de perseguição do sistema. Por isso cabe a pergunta: se não há a atribuição da criminalização nessa hipótese, aqui o princípio da igualdade opera efeitos?

No discurso criminológico sobre a *questão criminal*, a criminalidade é um status atribuído pelas as agências de controle penal, traduzindo-se em um ato de poder. 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 infringem¹⁵. Essa imputação da criminalidade é um *bem negativo*¹⁶, conferindo um estigma a alguns indivíduos, tornando-os “clientes” do sistema penal. Desta maneira a criminalidade produz sobre eles os *preconceitos* oriundos da pertinência subjetiva àquele sistema.

¹⁴ ROMERO BARRANQUERO, 1987, p. 140.

¹⁵ ANIYAR DE CASTRO, 1977, p.125. Em outra obra, diz a autora que: “La delincuencia no existe hasta que no se la descubre y señala. El delincuente no existe hasta que se le identifica. La delincuencia y el delito son una construccion social”. ANIYAR DE CASTRO, 1983, p.553.

¹⁶ BARATTA, 1982, p.740.

A criminologia revela uma face desconcertante do direito penal: as agências de controle penal escolhem os sujeitos que irão ter o status de criminosos e o seu papel de *seleção* retroalimenta uma engrenagem que, utilizando-se do discurso lógico (e igualitário) da norma penal, acentua a diferença entre os indivíduos segundo os interesses fixados pelos detentores do poder político. É muito atual, sobre o assunto, a lição de Baratta: “*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*”.¹⁷

O processo de distribuição desse “bem negativo”, isto é o status de criminoso aos que foram eleitos pelas agências de controle do sistema penal para “clientes” do dito sistema, é um processo complexo, estruturado em duas fases distintas, que são denominadas de criminalização primária e de criminalização secundária. Isto significa que a seletividade penal envolve agências de controle diversas, que serão relacionadas às duas partes diferentes do processo de criminalização. Todo status atribuído é produto de uma imputação de significado, isto é, só pode haver dita imputação se houver um *agente* que o realize¹⁸. Por conseguinte, a seletividade penal é uma responsabilidade direta das agências de controle, que, ao monopolizar o poder do Estado, tem a condição de mando real para imputar o caráter de criminoso a alguém e de crime a um comportamento.

A criminalização primária consiste na elaboração da descrição legal da conduta criminosa, conferindo relevância penal aos comportamentos selecionados pelas agência legislativa e executiva, ao se imputar à realização daqueles comportamentos a

¹⁷ BARATTA, 1982, p.740.

¹⁸ Sobre o tema, consulte-se ANIYAR DE CASTRO: “La Criminología del Control Social, en general, y del Control Penal, en especial, surgen luego con investigaciones de campo concretas sobre la selectividad de los mismos, y sobre el ejercicio del funcionariado político y público, tanto en la esfera de las definiciones legales, como en lo policial, lo judicial, el acceso a la justicia, la defensa pública, y la realidad penitenciaria.” ANIYAR DE CASTRO, 2008, p.8.

pena criminal. Já a criminalização secundária consiste na ação punitiva dirigida a pessoas concretas. Ela é traduzida na persecução por parte de agências de controle penal (agência policial, judicial, ministério público, agência penitenciária) dos sujeitos que realizaram as condutas que foram objeto da criminalização primária, concretizando a aplicação da reação penal àqueles sujeitos.

Foram os estudos de sociologia criminal, contrapostos à criminologia positivista, que impuseram uma nova dimensão à criminalidade,

“propiciando uma mudança ideológica e científica no modo de abordar os fenômenos do crime e do seu controle. Dessa plataforma, investigam-se e discutem-se os processos sociais que desembocam na criminalização primária (geralmente contemporâneos à crítica da mesma) e secundária, mediante a análise hermenêutica dos acontecimentos, considerando que, fenomenicamente, a conduta criminosa é equiparável a qualquer outra conduta humana.”¹⁹

A seleção criminalizante é um fenômeno estrutural do exercício do poder punitivo. Isto significa que essa seletividade penal poderá variar entre os sistemas penais em dimensão e forma, mas sempre estará presente em todos eles. Com efeito, nenhum sistema penal tem ou já teve capacidade operativa de realizar a criminalização secundária de acordo com a medida da criminalização primária, isto significa que as agências de controle penal, mesmo que quisessem, não teriam condições materiais de realizar a persecução de todas as condutas realizadas, que se amoldam ao modelo típico de condutas punidas com a pena criminal. Segundo Zaffaroni:

“Sem prejuízo de que a seleção criminalizante seja mais ou menos influenciada por preconceitos ou

¹⁹

ELBERT, 2013, p. 11-12.

esteriótipos, 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 modo²⁰

Se nos países da modernidade central, nos quais há recursos mais eficazes de controle das agências do sistema penal em relação aos países da modernidade periférica, existe como parte integrante do exercício do poder punitivo a seletividade, muito mais grave é o problema no contexto latino-americano. Zaffaroni, sobre o tema, mostra-nos que é:

“pequeníssimo o número de pessoas que são selecionadas e criminalizadas pelo sistema penal formal latino-americano, que é o que passa pelas instâncias jurisdicionais e carcerárias. Dada a altíssima seletividade do sistema penal latino-americano, o número de delitos criminalizados é quase desprezível por ínfimo em função da totalidade incalculável de delitos que se cometem, porquanto a arbitrariedade seletiva é muito maior que nos países centrais.”²¹

Enfatize-se, outrossim, que a seletividade, embora muito mais expressiva na modernidade periférica, é também uma característica da modernidade central. Assim, é ela parte da engrenagem da maior parte dos sistemas penais ocidentais, os quais adotam a tradição do direito (penal) escrito. É uma herança da criminologia crítica a disseminação dos estudos que reconhecem

²⁰ ZAFFARONI, 1994, p.94.

²¹ ZAFFARONI, 1993, p.66.

nos sistemas penais um mecanismo de produção de seleção em desfavor das pessoas socialmente excluídas²²

2. A criminalização primária

A primeira fase da criminalização, chamada criminalização primária, é protagonizada pelas agências centrais de controle, que estão no vértice do poder político do Estado, nomeadamente a agência legislativa e a agência executiva. Essa fase consiste na escolha do que deve ser reduzido a um modelo legal de crime sob a ameaça de uma pena. É o processo da elaboração do tipo, que perpassa a atividade legislativa com a sanção ou veto da agência executiva, portanto é uma atividade formal, a qual estabelece um programa dirigido às diferentes agências de controle (polícia, juízes, agentes penitenciários). O programa estabelecido pela criminalização primária determina quais ações são desvaloradas com a dignidade da penal criminal, estabelecendo-se o comando da perseguição e ulterior apenamento daqueles comportamentos²³.

A criminalização primária é tão extensa que não é factível operacionalizá-la em toda a sua extensão. Essa extensão, que é um produto do fenômeno da expansão do direito penal, denota uma espécie de anomalia política, que tem o condão de corroer o próprio modelo democrático²⁴.

É da referida extensão da criminalização primária que decorre a conclusão que estabelece ser a seletividade do sistema

²² LARRAURI, 2006, p. 275.

²³ “*Criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas.* Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción *debe ser penada*, se enuncia un *programa*, que *debe ser* cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan. Por lo general, la criminalización primaria la ejercen agencias políticas (parlamentos y ejecutivos), en tanto que el programa que implican lo deben llevar a cabo las agencias de criminalización secundaria (policías, jueces, agentes penitenciarios).” ZAFFARONI, 2002, p. 7

²⁴ RAMOS; GLOECKNER, 2017, p. 248.

penal uma característica intrínseca e estrutural daquele sistema. Esta conclusão é extraída a partir da conjugação de dois fatores, a saber: (1) o rol de condutas tipificadas como delito e, por conseguinte, tidas pelas agências legislativa e executiva como dignas de uma pena criminal é de tal forma extenso, de uma parte, e (2) a limitada capacidade operativa das agências de persecução (polícia, juízes, ministério público), de outra parte, tornam inexorável a escolha seletiva das agências.

Neste mesmo sentido, Zaffaroni já consignou que:

“a criminalização primaria 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 secundaria, só como realização de um parte ínfima do programa primário*”²⁵.

A criminalização primária desnuda a natureza essencialmente desigual do direito penal. Com efeito, a criação de um programa não factível através da construção de tipos é um instrumento de manipulação do discurso penal para o atingimento de fins; assim, podem-se apontar três questões fulcrais que convergem para a seletividade do sistema, a saber, (1) não são abrangidos pela criminalização primária alguns bens essenciais; (2) existem bens de relevância apenas setorial que são objeto da criminalização primária; e, (3) quando se incriminam ações de

interesse comum para toda a sociedade, isso é feito com intensidade desigual²⁶.

3. A criminalização secundária

Baratta definiu a criminalização secundária como a “*seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que cometem infrações a normas penalmente sancionadas*”²⁷. Por conseguinte as agências do sistema penal elegem quais são os indivíduos que serão marcados com o status da criminalidade.

Nessa toada, a verificação empírica da origem social da população carcerária mostra a aplicação desigual do direito penal em função da classe social do infrator. A observação controlada dos fatos revela que a pena “*é destinada, sobretudo, a forma típicas de desvios dos estratos sociais mais baixos*”²⁸, por conseguinte a criminalização secundária aprofunda as desigualdades prévias a ela, correndo o princípio formal da igualdade perante a lei, a legitimidade do direito penal e a política criminal do Estado²⁹. A conclusão que se chega com essa verificação empírica é a tendência a privilegiar os interesses das classes dominantes e a imunizar do processo de criminalização secundária aos indivíduos pertencentes a essas ditas classes³⁰.

“Enquanto a criminalização primária (fazer leis penais) é uma declaração que usualmente se refere a condutas ou atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que têm lugar quando as agências policiais detectam a uma pessoa, a quem se atribui a realização de certo

26 ROMERO BARRANQUERO, 1987, p. 140.

27 BARATTA, 1982, p. 740.

28 ROMERO BARRANQUERO, 1987, p. 141.

29 ELBERT, 2013, P.12.

30 ROMERO BARRANQUERO, 1987, p. 141.

ato criminalizado primariamente, investiga-a, em alguns casos, priva-a de sua liberdade ambulatoria, submete-a a agência judicial, esta legitima o realizado, admite um processo (ou seja, o avançar de uma série de atos secretos ou públicos para estabelecer se realmente foi realizada essa ação), discute-se publicamente se foi realizada e, em caso afirmativo, admite a imposição de uma pena de certa magnitude que, quando é privativa da liberdade ambulatorial da pessoa, é executada por uma agência penitenciária (prisionização)”³¹.

No processo de criminalização secundária, o poder seletivo de maior envergadura é exercido pela agência policial. Como a função de investigar a autoria e a materialidade das condutas delitivas é exercida pela agência policial, ela tem o primeiro e maior impacto da incapacidade operativa de abarcar de toda a imensidade de comportamentos criminosos programados na criminalização primária. Ante essa deficiência são factíveis duas posturas, nomeadamente a inatividade ou a seletividade, como a primeira traria como consequência a desapareção da referida agência policial, ela realiza a seleção, fazendo escolhas na sua natural função burocrática de persecução³².

Além da limitação acima tratada, que tem natureza, quantitativa, as agências envolvidas na criminalização secundária, aí incluída a policial, também se servem de um critério qualitativo para atribuir a etiqueta da criminalidade. Essas agências terminam por esquecer suas metas e reenquadrá-las na reiteração ritual de suas ações³³, mas optam por concluir a atividade burocrática do modo mais simples, a saber: selecionam os fatos cuja detecção é mais fácil e selecionam pessoas que possuem menor poder reativo àquela seleção, por sua incapacidade de acesso positivo ao poder

³¹ ZAFFARONI, 2002, p.7.

³² Ante a esse protagonismo da agência policial, Zaffaroni faz uma aguda observação no sentido da agência judicial ostentar um poder mais aparente do que real. Cf. ZAFFARONI, 1993, p.66.

³³ MAHIQUES, 2011, p.103 e ss.

estruturado do Estado ou à comunicação massiva. Esses selecionados

“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 delinquente, com componentes classistas, racistas, financeiros, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária.”³⁴

Porquanto a seletividade penal, realizada pelas agências do sistema penal na criminalização secundária, desemboca na potência do estereótipo, ele (o estereótipo) converteu-se em uma engrenagem do próprio sistema. O protótipo da figura do delinquente criado pela imagem ideal que o preconceito fixa, condiciona os principais contornos do processo de criminalização, garantindo a primazia da criminalização secundária em face da criminalização primária, *porque inclusive condiciona o discurso da agência legislativa na produção da norma penal.*

4. O processo nuclear de criminalização: o caso limite do Brasil

Os dados oficiais do Brasil sobre a população carcerária, publicados no mês junho de 2017 pelo Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério de Estado da Justiça³⁵, revelam o número do crimes tentados ou consumados pelos quais

³⁴ MAHIQUES, 2011, p. 104.

³⁵ BRASIL, 2017, p. 30 e ss.

peças privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento; tal número é de 620.583. Ele é calculado em função do tipo penal atribuído ao sujeito que está encarcerado, quer em face de um título executivo penal, quer em função de uma prisão processual.

Desse total, 278.809 são crimes contra o Patrimônio e 176.691 são crimes referentes às leis de Drogas (Lei nº 6368/76 e Lei nº11.343/06). A incidência conjunta desses crimes, portanto, perfaz o total de 455.520 crimes. Em termos percentuais, esses dois bens jurídicos penalmente tutelados perfazem 73,40% do número de delitos com taxa de prisionização. Com efeito, porquanto o Brasil tem um programa de criminalização primária de impressionante extensão, inclusive com enorme quantidade de crimes previstos em múltiplas leis esparsas ao Código Penal, a concentração da ordem de quase três quartos do índice da população carcerária em função de apenas dois bens jurídicos tutelados é um dado que confirma de forma irrefutável a seletividade do nosso sistema.

Mas a seletividade também é feita a partir da criação de estereótipos. Como dito, as agências constroem o modelo de sujeito a ser imputado a partir da incapacidade ou debilidade de reação pessoal frente à atividade burocrática de rotulação, realizada pelos atores das agências. Nesse panorama, a população economicamente vulnerável representa a “clientela ideal”. Com efeito, a escolaridade dos sujeitos ativos da prática do tipos penais, na estatística oficial citada, tem o condão de desnudar o “estereótipo do delinquente”, produzido pelas agências de controle do sistema penal. Apenas 01% do total apresentado possui ensino superior incompleto e a quantidade de presos que chegaram a concluir o ensino médio é de apenas 09%. Note-se que os dados apresentam, ainda, um valor não significativo de presos com o ensino superior completo³⁶.

³⁶

BRASIL, 2017, p. 33.

Os dois dados trazidos à colação descortinam a utilização do direito penal pelas agências de controle para a criminalização massiva da população economicamente menos favorecida. Fazendo um cruzamento de dados, vê-se se que selecionam, preponderantemente, a persecução de crimes contra o patrimônio e crimes relacionados às drogas, mas desde que realizados por sujeitos que se caracterizam pela baixíssima escolaridade formal, *o que indica a pertença à população econômica e/ou culturalmente hipossuficientes*. Assim, o estereótipo criado e reproduzido pelas agências de controle descortinam o papel dos atores dessas agências – que de maneira consciente ou não – se utilizam da violência própria do direito penal com o fim de manter o controle (violento) das classes desfavorecidas.

A utilização de um falso discurso legitimante de igualdade, por parte do discurso penal, distancia o plano lógico-ideal da norma do mundo real. Ele é alheio à seleção que as agências realizam para reproduzir e retroalimentar os estereótipos de criminosos, que vinculam pessoas ao sistema criminal na condição de “clientes” desse sistema. 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 substância 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.

Ressalte-se que o papel da agência policial no sistema penal brasileiro na construção do estereótipo do criminoso é de protagonismo. Porquanto cabe a essa agência a função de investigação, a escolha do protótipo de delinquente, realizada a partir de uma diminuta quantidade de tipos, faz como que, por uma metonímia, isto é, por um processo figurativo de linguagem, a figura do criminoso no contexto pátrio seja construída no imaginário coletivo de maneira a se associar num grupo (bastante reduzido) toda a carga de desvalor advinda da prática de crimes. Assim, por exemplo, o desvalor que deveria ser relacionado àqueles que realizam crimes contra o consumidor (previsto em lei esparsa) ou contra saúde pública (previsto do Código Penal) não tem a mesma conformação daquele desvalor que foi produzido em função do referido estereótipo do delinquente. A agência policial está, por conseguinte, diretamente vinculada a produção de um *pré conceito* e de um *preconceito*, um estigma, criando o mais importante modelo de cliente do sistema penal. Outras agências, como o Ministério Público e o a agência judicial, funcionam como instâncias que legitimam o modelo selecionado, pois tendo a condição de realizar o controle do protótipo da agência policial, não o fazem. Ao contrário, dão força ao sistema na medida em que, ao assimilar a seletividade ora realizada, tornam o estereótipo o principal critério para a criminalização secundária.

Conclusão: Paradigma do discurso penal na realidade latino-americana.

O direito penal científico segue acreditando que é a principal fonte de regulação do poder punitivo, mas na realidade não o é. As estatísticas criminais fazem cair por terra qualquer argumentação do tecnicismo jurídico baseado na supremacia da lógica formal da norma, conforme prevê o discurso penal

científico, em face do efetivo poder de imputação dos rótulos de *crime* e de *criminoso*, realizados através dos processos de criminalização, sobretudo pela criminalização secundária. O discurso penal está em crise porque

“não tem consciência de que não regula o poder punitivo, porque crê que o exerce. Não caiu em conta (ou o temor ou o narcisismo impede de encará-lo) de que o direito penal é uma proposta para os juízes, que tomam parte de um poder jurídico que é muito limitado. O poder punitivo é exercido por algumas agências políticas, administrativas e de comunicação social, que são as que selecionam, põe em marcha os processos de criminalização e, sobretudo, vigiam (que é o verdadeiro poder institucionalizado ou corporativo: não é quase um poder a seleção e criminalização de um escasso número de pessoas vulneráveis ou carentes).”³⁷

Somente enfrentando a sua limitação, o direito penal pode superar a sua crise. A limitação do direito penal é grave, mas ele segue sendo um saber que tem um poder intrínseco geralmente depreciado: o poder do discurso. É dele o discurso que legitima o *jus puniendi* do Estado, portanto o direito penal é indispensável ao exercício do mesmo poder nas sociedades que se (auto) qualificam como democráticas.

Destaque-se que o discurso científico do direito penal foi produto de uma construção realizada a partir do século dezenove para limitar o poder de punir do Estado. Essa limitação foi solidificada a partir da formulação de instituições, as quais estabeleciam cânones conceituais que qualificavam uma conduta como delito. Daí brotou a primeira revolução científica do direito

³⁷

ZAFFARONI, 1995, p. 23.

penal, que foi construída por Karl Binding³⁸ e se fundamentava na *norma*, tida como um imperativo de comportamento que junte a si tanto a culpabilidade quanto a ilicitude³⁹. Mas, ao surgir para limitar o *jus puniendi*, o direito penal teve como consequência reflexa legitimá-lo, vez que conferia uma explicação racional ao poder de punir. Por conta dessa característica, alguns criminólogos tem a postura irracional de refutar o direito penal, associando-o a um sistema de poder opressor. Com efeito, tais criminólogos não se apercebem que o dito poder opressor existiu e tem a potência de existir mesmo sem o discurso penal, não sendo necessariamente vinculado a ele.

Mas remanesce no direito penal o *poder do discurso* que é legitimador *jus puniendi*. Da mesma maneira que negar o direito penal é uma posição irracional de alguns criminólogos, há penalistas que negam a importância do saber oriundo da criminologia, postura que é igualmente irracional⁴⁰. A criminologia desconcerta o saber penal através de dois pontos. O primeiro deles é o protagonismo da seletividade no processo de criminalização. O segundo deles se refere à política criminal latino-americana: na nossa *margem* o sistema penal é caracterizado pela imposição de uma cota de dor e privação não prevista no arcabouço normativo⁴¹, produzida pela exacerbada violência (sobretudo física) não autorizada pelo direito (e a margem dele!) com que atuam as agências – sobretudo as agências policiais e penitenciárias – aliada à falta de infraestrutura para a imposição das consequências penais, especialmente no âmbito da prisionização.

³⁸ Binding não identificava o conceito de norma com o conceito de lei, pois a norma era um mandamento ou imperativo, isto é, um comando de comportamento. Dizia ele que: “essencialmente, encontramos esse mandamento convertendo a primeira parte dos enunciados do direito penal em um comando” (**Dieses Gebot finden wir im Wesentlichen dur Umwandlung des erten Teils der Strafrechtssätze in einen Befehl**). BINDING, 1991, p. 45.

³⁹ Sobre o tema, consulte-se: BRANDÃO, 2018, p. 7-8.

⁴⁰ ZAFFARONI, 1982, p.46

⁴¹ MALAGUTI BATISTA, 2009, p.34.

Nesse panorama, o discurso penal tem o poder de produzir decisões criminais libertárias. Ao se basear nos dados empíricos da criminologia, de inegável valor científico, referido discurso tem a capacidade de ser legitimador de decisões que minorem a violência ínsita ao sistema penal. O saber criminológico pode fazer com que as agências, na construção do discurso penal, levantem os olhos do foco exclusivo e excludente da lei penal para voltar seu olhar para a redução da violência do sistema, baseado no discurso político criminal de valor científico inquestionável. Assim, se dá à lei penal uma fator legitimador extra: *ela tem o condão de servir como limite negativo da referida violência do sistema, não se podendo punir fora dos seus modelos*. Ao lado desse limite negativo, a política criminal confere uma abertura epistemológica ao discurso penal, que aqui se denomina de limite positivo, como o fim de fundamentar as construções supra legais para aumentar o âmbito de liberdade. Constrói-se, assim, um discurso penal científico verdadeiramente libertário, porquanto unido ao saber criminológico, volta-se à redução da cota de dor e privação não prevista no arcabouço normativo, que é imposta pela realidade latino-americana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. In: *Sequencia*, v.16, n.30, 1995.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia de la reaccion social*. Maracaibo: Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia, 1977.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. El movimiento de la teoría criminológica y evaluación de su estado actual. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, fasc. 3, 1983.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Los crímenes de odio: discurso político y delincuencia violenta em Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la criminología crítica em venezuela em los inicios del siglo XX. In: *Capítulo Criminológico*, v. 36, n. 2, 2008.

BARATTA, Alessandro. Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad. In: *Nuevo foro penal*, n.15, 1982.

BINDING, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung*. T. I. Aalen:Scientia, 1991.

BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. In: *Delictae: Revista de estudos interdisciplinares sobre o crime*, v.3, n.4, 2018.

BRASIL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016*. Brasília:Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

ELBERT, Carlos. Paradigmas de la criminología contemporanea: lo viejo, lo nuevo y el futuro. In: *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas*, v.4, n.8, 2013.

LARRAURI, Elena. Una defensa de la herancia de la criminología crítica: a proposito del artículo de Marcelo Aebi “crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta”. In: *Revista de derecho penal y criminología*, v. 17, n. 2, 2006.

MACHADO, Lucas. LEAL, Jackson da Silva. A criminologia da libertação desde uma fundamentação filosófica e sócio-política. In: *Quaestio iuris*, v.9, n.2, 2016.

MAHIQUES, Ignacio. La ciencia criminologica frente al fenomeno de la “inseguridad”; una critica hacia los discursos autoritarios desde la perspectiva del garantismo penal. In: *Revista de derecho penal y criminología*, v.7, 2011.

MALAGUTI BATISTA, Vera. Criminologia e política criminal. In: *Passagens: Revista internacional de história política e cultura jurídica*, v.1, n.2, 2009.

MARTÍNEZ, Maurício. El estado actual de la criminología y de la política criminal. In: *Capítulo criminológico*, v. 27, n.2, 1999.

RAMOS, Marcelo Butelli; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Os sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética. In: *Delictae: revista de estudos interdisciplinares sobre o crime*, v.2, n.3, 2017.

ROMERO BARRANQUERO, Gladys. Teorias de la criminalización, derecho penal y política criminal. In: *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, Fascículo 1, 1987.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Abolicionismo y garantías. *Jueces para la democracia informacion y debate*, n.24, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminología. Aproximación desde un margen*. Buenos Aires: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminologia como curso. *Em torno de la cuestión penal*. Buenos Aires:BdeF, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* *Criminologia critica y control social*. Rosario:Juris, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Perspectivas de las investigaciones comparadas sobre la delincuencia. In:*Eguzkilore*, v.8, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires:Hammurabi, 1982.