

A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL E A PENA DE PRISÃO

Thiago André Silva Gonçalves (G-UEMS)

Elson Luiz de Araújo (UEMS)

Isael José Santana (UEMS)

Resumo

O presente artigo tem como pretensão abordar a questão da seletividade penal e seus reflexos na pena de prisão. Através de uma pesquisa bibliográfica, baseando-se nos critérios estabelecidos pela “Nova Criminologia”, estudou-se que a lei penal atua seletivamente na escolha de quem serão os encarcerados. Nesta ótica, as leis penais punem classes oprimidas, que diante de sua vulnerabilidade social, praticam crimes, estabelecendo privilégios para os detentores do poder. A partir deste critério, algumas normas não protegem bens (ontologicamente) importantes para o corpo social, mas bens que interessam apenas os detentores do poder. Assim sendo, o direito penal, como instrumento ideológico e método de controle social, escolhe quem serão os agentes a sofrer a pena de prisão. Por outro lado “crimes de colarinhos brancos” não são devidamente punidos pelo sistema penal, gerando a sensação de impunidade. Em suma, quem sofre as mazelas e diversos tipos de violência do sistema penitenciário são aquelas que não estão no poder político.

Palavras-chave: Criminologia. Seletividade. Sistema Penitenciário. Pena.

Introdução

Este trabalho, procura evidenciar quem são os sujeitos que sofrem os efeitos maléficos da prisão. Por meio da nova criminologia (radical e/ou crítica), buscamos demonstrar que o direito penal atua seletivamente na busca dos criminosos, onde os reclusos são, em regra, pessoas das camadas mais baixas. O sistema penitenciário vem apenas efetivar a desigualdade de tratamento que a própria legislação penal prega, por traz de uma ideologia que sustenta a manutenção do poder pelos detentores dos meios econômicos. Assim sendo, os indivíduos que de fato vão para o sistema prisional são aquelas desprovidos de poderes econômicos.

1. O Mito do direito penal igualitário: a denúncia da criminologia

O Estado Brasileiro, desde seu nascimento, sempre pautou por um direito penal discriminatório, onde grupos dominantes utilizam-se do poder de punir, a fim de fazer um controle social dos grupos inferiores e esconder seus reais interesses. A história do Brasil passa por uma história de impunidades, onde “pobres e mal pagos” são marcados pelo “ferrete penal” e a classe dominante tipifica condutas que devem ser reprimidas, livrando suas ações de reais conseqüências jurídicas.

Helton Fonseca (2005, p. 80), diz que no período monárquico a desigualdade do sistema penal era latente, visto que a própria natureza do regime de governo pregava um sistema jurídico desigual, mesmo que a Constituição da República prezasse pela igualdade perante a lei (art. 72 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891). Após a chegada do sistema capitalista as desigualdades se tornam mais intensas, mas de forma perspicaz, ao ponto que muita das diferenças é camuflada. Paula Bessa (1989, p. IX), em apresentação a de Pasukanis diz que: “[...] a diferença entre o Capitalismo e os outros sistemas econômicos é que embora todos aqueles que o procederam tivessem, em sua esfera

produtora, situações desiguais, estas, ao nível político e ‘jurídico’, não eram encobertas”.

Apesar de a Constituição Federal da República Federativa de 1988 prezar por outro sistema jurídico, há normas que ainda permeiam o ordenamento legal pregando a seletividade social. Helton Fonseca (2005, p. 81) ensina que se insere no sistema jurídico norma penais e processuais penais que, ao invés de reafirmar o preceito constitucional da igualdade, ratificam as impunidades e privilégios aos detentores do poder, partindo do visível (legislação posta) ao invisível (a sua real função). A fim de abordarmos a legislação criminal e os seus reflexos no sistema penitenciário cabem nos analisar, a *priori*, as novas tendências da criminologia (radical e/ou crítica¹), que insere a lei penal (e nesta ótica a prisão) na questão da *opressão social*. Para analisar as desigualdades proporcionadas pelo sistema punitivo, não basta, estudar o direito penal em si, pois este, enquanto ciência normativa se limita apenas em analisar os tipos penais. O estudo da ciência criminal é voltado para o sentido técnico do delito (fato típico, ilícito e culpável). Somente com a criminologia é que se pode verificar o fenômeno do delito inserido em seu contexto social, através de um método empírico.

Partindo desta postura é que podemos compreender porque apenas as classes inferiores se inserem no sistema penitenciário, pois diante de sua realidade social e mediante as diversas tipificações penais, os mesmos são marginalizados.

2. A Criminologia Tradicional (etiológico) e preservação da desigualdade

A Criminologia Tradicional tem o paradigma etiológico, estudando as causas que levam alguém a delinquir, não se preocupando com as razões que estão fora dos comandos normativos, sendo por excelência, positivista. O criminólogo tradicional afasta todas as variações sociológicas ou filosóficas que influenciam na realização do delito, para estudar somente o direito posto, criando uma ideologia de defesa social, onde o criminoso é, muitas vezes, alguém doente (sentido biológico da palavra). Não se questiona a construção política do direito penal (que muitas vezes criminaliza apenas condutas que atingem determinados grupos sociais). Helton Fonseca (2005, p. 86) bem assevera:

A criminologia positiva tende, portanto, a legitimar toda a ordem social preexistente, pois o único culpado pelo delito torna-se o próprio indivíduo, partindo da defesa individual de quem é classificado como criminoso, para compreensão do fenômeno criminal. Seguindo a linha da ciência biológica ou mesmo da defesa social, onde o indivíduo é prisioneiro de sua própria patologia (determinismo biológico) ou de processos causais alheios ao mesmo (determinismo social): um ser escravo de sua carga hereditária, enclausurado em si e separado demais, que mira o passado e sabe, fatalmente escrito, seu futuro: um animal selvagem e perigoso, ocupou-se a criminologia tradicional em buscar as causas e motivações que determinavam ou condicionavam o sujeito a atuar contra as disposições expressas da lei.

Esta criminologia, portanto, tem a função de legitimar o poder dominante, ocultando a repressiva do sistema penal, reproduzindo a desigualdade e manutenção do *status quo*, não questionando a ordem estabelecida. Os crimes analisados são somente aqueles praticados pelas camadas pobres da sociedade, não questionam assim, por exemplo, corrupções

¹ “Nova Criminologia é expressão genérica, na qual se submete denominações específicas como Criminologia Crítica, Criminologia Radical, Criminologia da Reação Social, Economia Política do Delito (denominação proposta na Inglaterra) e outras, cada uma, a seu modo, importando em reação à chamada Criminologia Tradicional, que fulcrada no pensamento positivista, preocupa-se, apenas, com a etiologia do crime e com os aspectos psicológicos de passagem ao ato, a partir de conceitos estratificados da lei”. (LYRA, 1992, p. 161-162).

governamentais. Isto se justifica porque este viés criminológico quer legitimar os produtores do sistema penal, excluindo os privilégios penais dados aos detentores do poder.

3. Nova Criminologia

A Nova Criminologia vem justamente questionar a fundamentação teórica da corrente clássica, e principalmente, demonstrar a falácia do sistema penal (privilégios para os detentores do poder e punição para as camadas sociais de baixa renda) e penitenciário. O Deputado Domingos Dutra, um dos relatores da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário (2008, p. 42), bem lecionou que “[...] por onde nós andamos não encontramos colarinhos brancos presos. Só encontrados presos os pobres, os lascados”.

Assim, o fato relevante em estudar o sistema penitenciário sobre o viés da criminologia crítica, é enxergar o direito sob a ótica da exploração de classes, com uma base científica, na qual o sistema penal em si, seleciona, de acordo com a posição dos homens nas relações de produção. Deve se indagar porque somente condutas pertencentes a determinados grupos sociais são criminalizadas e porque a este grupo a legislação penal e processual penal é extremamente rígida, escondendo os crimes que ontologicamente lesionam (na mesma media ou em maior grau), o corpo social. Manuel Costa e Jorge Figueiredo (1992, p. 43) dizem que “não são, em síntese, os ‘motivos’ do delinqüente, mas ante os critérios (os mecanismos de seleção) das agências ou instancias do controle que constituem o campo natural desta nova criminologia”.

A criminalidade, tanto combatida pelos meios de comunicações e pelas leis penais, não possui natureza ontológica, passando a ser seletiva, onde o processo de aplicação das normas está intimamente ligado a realidade social, através de um processo conflituoso. Não há uma entidade criminal, mas um processo seletivo dos agentes criminosos. Helton Fonseca (2005, p. 90):

O novo paradigma concede maior autonomia que o sistema etiológico de reprodução da dogmática formalista, por partir da premissa de que o indivíduo delinqüente é uma pessoa normal e não desviada biologicamente ou socialmente, mas sim selecionada como tal de forma discriminatória, ocasionando o deslocamento do objeto da investigação científica [...]

A Criminologia Crítica realiza uma mudança de paradigma, principalmente nos mecanismos de seleção das agências ou instâncias de controle, fundamentando na desigualdade social. A Criminologia Radical, parte da premissa de uma sociedade dividida em classes, onde o sistema punitivo não mais é do que a própria proteção dos grupos dominantes. O direito penal funciona assim, de forma elitista e seletiva, consubstanciada pelo ordenamento jurídico, mantendo a estrutura vertical de poder e dominação. Não iremos entrar no mérito das duas correntes, mas o que deve ser perseguido é uma crítica severa ao direito penal, e seus reflexos no sistema penitenciário. Há delitos que não são descobertos pelas autoridades policiais, vezes por descaso² ou por não chegar ao conhecimento das mesmas, fazendo com

² Um exemplo claro disto é o delito de Casa de Prostituição prescrito no artigo 229 do Código Penal, onde as autoridades policiais, na maioria dos casos, sabem onde se encontram, mas não fazem as diligências de *práxis* (Nesse sentido, Baratta denominou o de “cifra negra” – a ver: BARATTA. Alessandro. **Criminología e Crítica do Derecho Penal: uma introducción a la sociología jurídico-penal**. Siglo Veintiuno Editores Argentina. Buenos Aires, 2002, p. 101 – 116.) Hans Welzel desenvolveu a chamada *teoria da adequação social*, na qual afirma que os tipos penais precisam adequar também à vida social ordenada, ou seja, não basta as condutas estarem típicas nas normas penais, mas necessitam ser socialmente adequadas e aceita pelo corpo social.

O preclaro penalista lista dizia que: “Acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca

An. Sciencult	Paranaíba	v. 2	n. 1	p. 409-418	2010
---------------	-----------	------	------	------------	------

que quaisquer estáticas da criminalidade são inferiores. Desta forma, a nova criminologia insere o sistema penal em criminosos historicamente determinados.

4. O Direito Penal como ideologia

No enfoque da Nova Criminologia, o direito penal não é apenas um conjunto de normas que visam à proteção de bens jurídicos fundamentais a sociedade. O direito³, em especial o direito penal, é encarado como um conjunto de ideologias que visam à preservação das idéias da classe dominante. Pasukanis (1989, p. 61) bem assevera: “[...] se considerarmos a norma, sob qualquer perspectiva, como momento primário, devemos então, antes de buscar uma determinada superestrutura jurídica, pressupor a existência de uma autoridade estabelecadora de normas, em outros termos, de uma organização política”. Helton Fonseca (2005, p. 95-96), com preeminência diz que:

Em sendo o sistema jurídico oriundo a estrutura política, esse se torna um direito de classe, na medida em que o Estado também é um Estado de classe. Assim, ao colocar em movimento a atividade legislativa, os agentes estatais não atuam meramente na esfera da prevenção e repressão, mas também no campo da ideologia, motivo pelo qual o direito tende a reproduzir a ideologia de seus dirigentes. A ideologia é utilizada para designar um conjunto de ideais de uma pessoa ou grupo, onde suas opiniões são estruturadas e organizadas em certo padrão.

Portanto, o sancionamento de uma lei sempre trará consigo fatores ideológicos de quem há faz. A lei nada mais é do que a expressão ideológica de uma classe dominante, ou seja, os pensamentos de quem detêm o poder dominante, que se exterioriza nos comandos legais. Não há que dizer então, que lei é comprometida com a classe que não estejam no poder, ou no dizeres de Amilton Bueno de Carvalho (1997 p. 26), “cumprir, pois, destruir o mito da neutralidade da lei. Ela é definitivamente comprometida com aqueles que estão no poder”.

4.1. Direito Penal como proteção da ideologia econômica

Reconhecendo o direito com ideologia e a expressão de idéias dominantes, iremos abordar neste trabalho, a fim de demonstrar a verdadeira face dos “presos”, a perspectiva da ótica econômica e do controle social. Tendo em vista que os grupos economicamente dominantes se inserem no poder estatal, onde processo legislativo, na qual o direito penal pertence, acaba por atender finalidades destes grupos econômicos e não de fato suas reais funções. Nilo Batista (1999, p. 116) demonstra que:

están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni aun cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra; son las llamadas acciones socialmente adecuadas.” (WELZEL, 1956, P. 63-66). Nessa linha diversos tribunais brasileiros, principalmente do Sul do país, vem absolvendo condutas típicas mas que não possui relevância social. Exemplo claro disso é o delito previsto no artigo 243 do Código Penal, onde há reconhecimento social por parte da sociedade, inclusive diversos camadas da sociedade costumam freqüentar cabarés. Outro exemplo é o “jogo do bicho”, assim se manifestado alguns setores da jurisprudência: Jogo do Bicho – Absolvição pretendida com base na ausência de reprovabilidade social da conduta – Inadmissibilidade – Impossibilidade de descumprimento da lei pelo juiz, com base em motivações extrajurídicas colidentes com a vedação do enriquecimento ilícito – Ilícitude não afastada pelo exploração pelo Estado de modalidades assemelhantes de jogos de azar ou apostas, uma vez que os recursos desta provenientes reverterem em prol da sociedade (TACRIM – SP RT 640/306).

³ Para uma visão panorâmica do direito enquanto ideologia ver: WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Direito e Estado*. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

Podemos assim dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhido pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de ‘missa secreta’ do direito penal.

Poderíamos citar como exemplo desta postura ideológica o Código Penal (CP) de 1890, que punia a greve até mesmo de trabalhadores privados. Mas não precisamos ir “tão longe” na história, pois basta observarmos o nosso “atual” CP (1940). Primeiramente cabe dizer que desde a República, nota-se que os crimes contra o patrimônio, antes ditos como crimes de ação penal privada, passam a ser classificados como ação penal pública (interesse público). O CP de 1940 ampliou ainda mais essa tutela contra patrimônio, merecendo até mais proteção do que alguns crimes contra a pessoa ou mesmo contra o bem público. O artigo 100 do atual CP diz que, em regra, a ação penal será pública incondicionada à representação. Todavia, alguns delitos cometidos contra o próprio ser humano, em sua grande maioria, depende de representação, e alguns são até mesmo de ação penal privada. Vejamos por exemplo o crime de ameaça (art. 147), contra a honra praticada contra funcionário público (art. 138 a 140), contra a dignidade sexual (art. 213 a 221), por abuso de autoridade (art. 2º da Lei 4.898/65). Com o advento da Lei 9.099/95, passou o crime de lesão corporal simples e culposo a depender de representação, conforme previsto no art. 88 da lei⁴.

Nosso legislador impõe a necessidade de representação para punir alguns crimes cometidos contra a pessoa, reconhecendo a integridade física e mental do ser humano, tornando um bem jurídico disponível, necessitando assim uma autorização para que o Estado possa mover um processo contra a pessoa. Alegam que qualquer ação poderia “ocasionar” um mal maior para o ofendido. Por outro lado, o direito penal encara o patrimônio, por não depender de representação, como um bem indisponível, de interesse primordial para o Estado⁵, ocasionando todo o aparato judicial e policial na persecução deste crime:

Essa opção do legislador demonstra sua incoerência quando se colocam alguns exemplos práticos. Imagine-se alguém, que, ao se deslocar a um depósito de lixo para se desfazer de algum objeto que esse reputa como desnecessário, e durante o seu trajeto acabe por ser o mesmo subtraído. Para a vítima, esse fato não possui nenhuma relevância, já que pretendia se desfazer do mesmo. Porém, para o Estado, existe o crime de furto capitulado no artigo 155 do CP e deve ser o mesmo punido, já que se trata de ação penal pública incondicionada, por ser o bem jurídico classificado como indisponível pela legislação penal. Se no caminho de volta, é a vítima, mediante ameaça, submetido a alguma prática sexual que deixa totalmente transtornada, outro será o entendimento da lei (BERNARDES, 2005, p.106).

⁴ Cabe trazer à tona as lições do professor Lenio Luiz Streck: “[...] com o Juizado Especial Criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou, a ‘surra domestica’ com a transformação de delitos de lesões corporais de ação pública incondicionada para a ação pública condicionada. Mais do que isso, a nova Lei dos Juizados permite agora, o ‘duelo nos limites das lesões’, eis que não interfere na contenda entre pessoas, desde que os ferimentos não ultrapassem as lesões leves (que, como se sabe, pelas exigências do art. 129 e seus parágrafos, podem não ser tão leves assim). O Estado assiste de camarote e diz: batam-se que eu não tenho nada com isso! É o neoliberalismo no Direito, agravando a própria crise da denominada ‘teoria do bem jurídico’, própria do modelo liberal-individualista de Direito” (STRECK, 2003, p. 139).

⁵ “Dentro da ideologia capitalista implantada, é mais interessante ao Estado reprimir gravemente o resultado morte na defesa do capital (latrocínio, extorsão e extorsão mediante seqüestro) do que o igual resultado decorrente de um ato praticado contra a cidadania e os direitos humanos (tortura)”. (BERNARDES, 2005, p. 128).

Para o sistema privado, mais especificamente o direito civil, disponível é o patrimônio enquanto que a integridade física e moral dos indivíduos são indisponíveis, ou seja, é um direito absoluto, produzindo efeito *erga omnes*. Há entre o direito penal e o direito civil uma antinomia? Helton Fonseca (2005, p.108) responde que:

Não, é a resposta óbvia. O direito civil, ao tornar disponível o patrimônio, age de acordo com a ideologia capitalista, onde o bem patrimonial torna-se um produto de consumo, possibilitando a compra, venda, locação, doação, destruição, etc., fato inerente ao acúmulo de capital. O direito penal, ao transformar o patrimônio em bem indisponível, em reforço ao direito civil, visa protegê-lo das “mazelas” que possam atingi-lo, garantindo o Estado à defesa plena e irrenunciável ao direito de propriedade, que só pode ser modificado conforme as regras estabelecidas na legislação civil. Com isso, o direito penal visa dar garantias à observância de regras estabelecidas pela legislação civil, servindo a sanção penal como meio de imposição ao cumprimento daquelas.

Portanto o direito penal age não ao combate a criminalidade, mas na proteção da ideologia econômica. A realidade carcerária esta dentro deste contexto, pois os presos são, em regra, aqueles economicamente excluídos da sociedade, que muitas vezes, em razão de sua vulnerabilidade, acabam por cometer delitos. Dados da CPI do Sistema Carcerário revelam que dos 364.660 (4º maior número de presos do mundo), que apenas 6,81% possuem ensino médio completo e que 95% dos presos são pobres. A população penitenciária acaba sendo um subproduto final da função discriminatória do sistema legal e penal, e, nos dizeres de Fonseca (2005, p. 123) “não representa a população criminosa real – nem qualitativa nem quantitativamente; tampouco as estáticas oficiais representam essa realidade.”⁶

Conclui-se assim que o direito penal transforma-se em um sistema que privilegia os interesses das classes hegemônicas, orientando a repressão penal em defesa das relações de produção econômica. Como a classe dominante encontra-se no poder, as normas jurídicas são voltadas para os interesses prévios de quem cria a lei. Assim, todo o processo legislativo é pautado na dominação de grupos economicamente dominantes, que controla todas as estruturas do poder, na qual se insere o direito penal. O direito na verdade vem apenas para legitimar teorias políticas dominantes. Em síntese, alguns dados ontologicamente prejudiciais à sociedade acabam sendo deixados de fora do sistema jurídico ou tratados com menor rigidez (em regra), onde os crimes na verdade são visões ideológicas sobre a sociedade. Como a classe dominante encontra-se no poder as normas jurídicas são voltadas para os interesses prévios de quem cria a norma. Assim, todo o processo legislativo é pautado.

4.2. Criminalização Primária, Seletividade Penal e Sistema Penitenciário

Foi visto então que o direito penal vem apenas legitimar a classe economicamente superior, através de um controle social, na qual a legislação penal funciona como uma das fontes formais de controle. Na mesma linha Raul Cervini (1995, p. 61):

[...] uma rápida observação do problema revelam com total clareza que o custo do delito não é distribuído equitativamente na sociedade onde ocorre. Geralmente, são

⁶ Por outro lado notamos também que o direito penal funciona como instrumento de privilégios e imunidades para os detentores do poder. Assim sendo, o direito penal funciona como um controle social na defesa das classes dominantes, havendo a marginalização e a repressão de pessoas que potencialmente pode atacar o Estado. Basta ver, por exemplo, a Lei 10.258/01(alteração no Código de Processo Penal) onde estabelece uma prisão especial para pessoas com alto cargo estatal.

os segmentos mais despossuídos e vulneráveis da população que suportam a carga mais pesada. Essa distribuição desigual das conseqüências do delito contradiz-se ao objetivo declarado na maioria das sociedades de diminuir a desigualdade e promover a justiça social. Sabe-se que grande parte das populações carcerária encontra-se representada desproporcionalmente por indivíduos de poucos recursos, já maioria dos delitos conhecidos e julgados é praticada por pessoas dos segmentos marginais, o que de nenhuma maneira garante ou confirma que somente os pobres delinquem. O que acontece é que o sistema atua com mecanismos seletivos, o que em grande parte reforça o tratamento diferencial entre os fracos e os poderosos, surgindo um estereótipo de criminoso, como o de um indivíduo de classe baixa.

O legislador possui certa discricionariedade na confecção da norma penal, possuindo a capacidade de decidir sobre determinados bens que serão tipificados como crime. Ocorre que esta seleção é feita através de um sistema de valores, na qual há uma criminalização de condutas de determinados indivíduos, fomentando assim a seletividade social. Ou seja, os grupos dominantes dizem o que será crime não através de um critério racional e justo, mas a partir da estratificação social, partindo de uma estrutura antagônica na sociedade, onde os detentores do poder punem grupos que estão em um nível inferior. Por outro lado há uma omissão legislativa para criminalizar condutas específicas dos verdadeiros detentores do poder. Uma das principais críticas feita por Foucault (2000, p. 228-239) a pena de prisão refere-se aos objetivos ideológicos e os objetivos reais do sistema penitenciário.

Os objetivos ideológicos seriam a repressão e redução da criminalidade, sendo que os objetivos reais são a seletividade da criminalidade e a organização da delinquência, ou seja, tática de política e submissão. Juarez Cirino (2005, p. 06), disse que:

Desse modo, FOUCAULT insere o controle da criminalidade no horizonte político das lutas sociais, desde a exploração legal do trabalho, até o regime de propriedade da terra, fazendo pleno emprego de categorias marxistas: a lei penal é definida como instrumento de classe, produzida por uma classe para aplicação às classes inferiores; a justiça penal seria mecanismo de dominação de classe, caracterizado pela gestão diferencial das ilegalidades; a prisão seria o centro de uma estratégia de dissociação política da criminalidade, marcada pela repressão da criminalidade das classes inferiores, que constitui a delinquência convencional como ilegalidade fechada, separada e útil, e o delinquente comum como sujeito patologizado, por um lado, e pela imunização da criminalidade das elites de poder econômico e político, por outro lado.

Nesta monta concluí que o fracasso da pena de prisão refere-se aos objetivos ideológicos de repressão da criminalidade e correção do condenado. Baseado nas lições de Foucault, Juarez Cirino (2005, p. 06) indaga: “[...] porque os objetivos reais da gestão diferencial da criminalidade constituem incontestáveis êxito histórico da pena de prisão?”. Foucault (2000) diz que a produção da delinquência ou criminalização do oprimido, nos dizeres da Criminologia Crítica, tem a finalidade de moralizar a classe operária, como base na legalidade produzida pela classe dominante⁷. Busca-se assim, traçar as regras de propriedade, regras no trabalho, regras na sociedade etc. Por outro lado esse combate a criminalidade e a criação de regras de conduta para a classe oprimida é uma tática política a fim de ocultar a verdadeira criminalidade dos opressores, como leis pregando o aniquilamento de liberdade, mas protegendo os criadores das normas. Em suma a teoria de Foucault exclui a chamada

⁷ Entende por classe dominante neste trabalho: “[...] aquela classe que possui e controla os meios de produção e que é capaz em virtude do poder econômico assim conferido, de usar o Estado como seu instrumento para a dominação da sociedade”. (QUINNEY, 1980, p. 238).

“natureza criminógena” (criminosos natos), para demonstrar o delito como um jogo de forças, na qual o dominante produz à pena e a prisão.

Desta análise, seria aparentemente inocente dizer que o sistema penal vem como a destinação de proteger valores considerados importantes, pois na verdade vem garantir a hegemonia política. A criminologia afirma que não será qualquer conduta intrínseca que será criminalizado, mas processo de interação social altamente seletivo e discriminatório, tornando um delito em uma decisão política. Em razão deste processo ocorre uma estigmatização, onde se protege os detentores do poder, e quando há processos, por exemplo, contra jovens de classe média alta, os processos terminam apenas com absolvições ou condenações puramente simbólicas.

Há um tratamento diferenciado, baseando-se em critérios puramente subjetivos, cabendo ao sistema penitenciário apenas executar a seletividade penal. Helton Fonseca (2005, p. 142) traz um exemplo altamente ilustrativo para notarmos estas desigualdades do sistema penal. Diz o autor que se duas pessoas, do mesmo sexo, da mesma raça, mas um sendo funcionário público e outro vigilante doméstico, sem escolaridade, mas praticam o mesmo crime, terão conseqüências jurídicas diferentes. O primeiro pratica um furto de milhões do cofre público e o segundo subtrai para si uma ferramenta de seu patrão. Se analisarmos a legislação penal e processual penal, iremos notar que as conseqüências jurídicas para são totalmente distintas, mesmo por que o primeiro irá ficar em uma cela especial, que atenderá as condições exigidas pela LEP e o segundo irá dividir uma cela (sem condições higiênicas; falta de luz etc.) com diversos presos, sem qualquer condição mínima de convivência.

Nota-se que o critério é altamente seletivo, mesmo que em tese a conduta praticada pelo primeiro seja mais grave. O segundo será marcado pelo “ferrete penal”, estando sujeito a diversas formas de violência, desta a sexual até a simbólica.

Conclusão

Visto esta realidade, o sistema penal e penitenciário reproduz juridicamente a desigualdade social, não havendo repressão ao delito, mas a grupos pré-determinados pela legislação penal. A miséria carcerária vem apenas exteriorizar a desigualdade da própria lei penal e processual penal. Obviamente que a maioria dos crimes e contravenções penais é danosa para a sociedade⁸. Não se busca legitimar ações criminosas, sejam elas quais forem. Ocorre que a nossa legislação penal não protege (como deveria) bens que merecem ser tutelados pelo Estado, criminalizando apenas, condutas que somente interessa a quem faz a lei.

⁸ Durkheim diz que sempre e em todos os lugares há homens que se conduziam para o mundo do crime, de modo a incorrer na repressão penal. Partindo desta perspectiva o autor elenca alguns efeitos positivos do crime, pois o delito ajuda a vencer a rigidez das estruturas institucionais e normativas, abrindo portas para o progresso. O sociólogo cita como exemplo o caso de Sócrates, que era um delinqüente segundo do direto ateniense, pois dizia sua opinião sobre diversos assuntos, o que na época era considerado crime. Para Durkheim, a independência do pensamento de Sócrates foi útil para toda a humanidade, abrindo portas para novos pensamentos e costumes. Em outras palavras serviu para criar novos preceitos jurídicos e morais. Para se adentrar no assunto: DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. Lisboa: Presença, 1980, p. 90 e seg. Durkheim desenvolve também a teoria da anomia, relacionando o delito com a uma sociedade que supervaloriza o sucesso comercial e industrial, mas não logra êxito de disponibilidade a todos. Esta teoria possui dois momentos na sua obra, em: **A divisão social do Trabalho**. Lisboa: Presença. 1993 e **O suicídio: estudos sociológicos**. Lisboa: Presença. 1993. Também temos as teorias da Subcultura do Delinqüente e a teoria da Estrutura Social. Para uma síntese das duas correntes: LEAL, César Barros e JUNIOR, Heitor Piedade (Org.). *Violência e Vitimização: a face sombria do cotidiano*: Minas Gerais: Del Rey, 2001, p. 20-34.

A Nova Criminologia vem denunciar que o direito penal, não protege bens que são ontologicamente considerados importantes para vida em comunidade, mas valores e interesses de uma determinada classe social. Como explicar que no Brasil o crime de alterar chassi de veículo automotor (art. 311 do CP) tem a pena (reclusão, de três a seis anos e multa) maior do que alguém que comete um homicídio culposo (art. 302 da Lei 9.503/97 – pena detenção, de dois a quatro anos) na direção do mesmo veículo? Percebe-se que a vida, valor fundamental no Estado Democrático de Direito (art. 5, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), é encarada com inferioridade, sendo o crime de alterar chassi de carros, mais relevante! Há quem esta lei interessa? Apenas aos grandes donos de concessionárias de veículos. O sistema penitenciário solidifica as contradições sociais e os privilégios penais para os detentores do poder, sendo a seletividade da prisão a própria seletividade da legislação penal.

Referências

BARATA, Alessandro. *Criminología e crítica do derecho penal: uma introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 jun. 2009.

_____. *Código Penal (Decreto Lei nº 2.848/1940)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 jun. 2009.

_____. *Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689/1941)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2009.

_____. *Lei 7.210/1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 24 jun. 2009.

_____. *Lei 9.503/1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 24 jun. 2009.

Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/sistema-ri-sional/CPIsistemacarcerario.pdf/view>>. Acesso em: 24 jun. 2009.

BERNARDES, Helton Fonseca. *Estratégias punitivas e legitimação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. Tradução Eliana Granja. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CARVALHO, Amilton Bueno. *Magistratura e Direito Alternativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

DIA, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Editora Limitada, 1992.

DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. Lisboa: Presença, 1980.

_____. *A divisão social do Trabalho*. Lisboa: Presença, 1993.

_____. *O suicídio: estudos sociológicos*. Lisboa: Presença, 1993.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 23. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

LEAL, César Barros e JUNIOR, Heitor Piedade (Org.). *Violência e Vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: DelRey, 2001.

LYRA, Roberto. *Criminologia*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

STRECK, Lenio Luiz. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em Terra Brasilis. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 16, p. 139, Porto Alegre: Editora Síntese, jan-mar 2003.

QUINNEY, R. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal, p. 221/248. In: _____. *Criminologia Crítica*. (Org.). TAYLOR, Ian, WALTON, Paul e Young, Jock. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *30 anos de Vigiar e Punir (Foucault)*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/30anos_vigiar_punir.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2009.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor: Buenos Aires, 1956.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Direito e Estado*. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.