

Estigmas do controle social instrumentalizado no *jus puniendi*: lesões aos preceitos fundamentais do direito brasileiro a partir de uma perspectiva da Criminologia Crítica

Thamiris de Azevedo Feitosa Araujo

Bacharel em Direito

Resumo: Apresentar-se-á a vertente da Criminologia Crítica elaborada pelas escolas penais na década de 1970 para abordar, sob a teoria crítica, os estigmas existentes no *jus puniendi*. Esses estigmas apresentam um sentido dúbio: como tradição ou pré-condição estrutural geram uma característica de sistema estigmatizado que causa exclusão; como rotulação geram o caráter estigmatizante nos apenados. Utiliza-se de elementos da filosofia, sociologia, antropologia, história e matérias que abordam a estrutura do Estado Democrático de Direito, enfatizando a importância da política penal no âmbito penitenciário além do Direito objetivo. Pretende-se demonstrar a estrutura e os objetivos da pena, que são existentes no dever ser da ordem jurídica, mas não se efetivam de fato na sociedade, causando descumprimento e contradição do sistema penal com os preceitos fundamentais do Direito e o Estado democrático, principalmente quando se analisa a situação do hiperencarceramento no Brasil.

Palavras-chave: Criminologia Crítica. Estado democrático. Estigmas. Tradição. Etiquetamento.

Abstract: It will be presented the strand of critical criminology elaborated by penal schools in the 70s to address the existing stigmas within *jus puniendi*. The stigmas have a dubious meaning: as traditional or structural preconditions generating a characteristics of a stigmatized system that causes exclusion or labeling that generates the stigmatized character in the inmates. It uses elements of philosophy, sociology, anthropology, history and subjects that

addresses the structure of the democratic state of law, emphasizing the importance of the penal policy in penitentiary scope beyond objective law. It intends to demonstrate the structure and objectives of the penalties that exists in the duty of the legal order but that don't take effect in society causing non-compliance and contradiction of the penal system with the fundamental precepts of Law and its democratic state, specially when analyzing the situation of hyperincarceration in Brazil.

Keywords: Critical criminology. Democratic State. Stigmas. Tradition. Labeling.

Sumário: 1 Introdução. 2 Estrutura do *jus puniendi*. 3 Preceitos fundamentais do Direito Penal brasileiro. 4 Os estigmas do controle social e o hiperencarceramento no Brasil. 5 Conclusão.

1 Introdução

Utiliza-se neste trabalho um método dialético-crítico empregado nas bibliografias dos aportes da Criminologia Crítica (ou Criminologia Radical) a fim de analisar as problemáticas do *jus puniendi* (prerrogativa que o Estado tem para exercer a intervenção penal), que em sua aplicabilidade fere os próprios preceitos fundamentais que o justificam.

Far-se-á uma análise a partir da construção do sistema punitivo e do seu processo de criminalização. A análise pretérita e atual desse processo irá se desenvolver de maneira crítica sob o conceito de *estigma* em duas perspectivas: estigma como tradição ou pré-condição estrutural e estigma como etiquetamento ou seletividade no Direito Penal.

O *jus puniendi* é um instrumento para o controle e a ordem social que é importantíssimo em um Estado Democrático de Direito, mas, quando analisado a fundo, é evidente que lesiona direitos e preceitos fundamentais que o justificam, principalmente no que tange à pena privativa de liberdade de um desviante das leis penais da sociedade.

Dessa forma, pretende-se apresentar o que constrói esse processo de criminalização que institucionaliza o delinquente etique-

tado. Há de se fazer uma análise antropológica, histórica, social e política da pena; afinal tudo isso refere-se à Criminologia e ao Direito propriamente dito.

É válido compreender o método científico de pesquisa utilizado na Criminologia Crítica, o qual é o método de pesquisa marxista da teoria crítica em seus aspectos econômicos e sociais. Nesse método analisa-se o crime a partir da sua forma estrutural que “pode tomar como modelo o que Marx fez em face da economia política de seu tempo”, segundo as palavras do professor Ricardo Krung em uma de suas aulas.

Dito isso, far-se-á uma análise além da etimologia dos estigmas aplicando-se um sentido ontológico a fim de demonstrar as pré-condições estruturais existentes no pano de fundo de uma tradição jurídica e que envolvem diversos fatores históricos, sociais, culturais, morais e de valores do movimento civilizatório de uma sociedade que existe, hoje, em um Estado de Democrático Direito, os quais inversamente se traduzem em um Direito Penal estigmatizado e estigmatizante.

Vale ressaltar que neste estudo se reconhece a importância do sistema punitivo e aqui não se defende uma vertente abolicionista propriamente dita. A instituição da sistematização do Direito Penal é, portanto, uma importante ferramenta tecnológica do Estado de Direito para que se tenha a manutenção da ordem em prol do bem-estar social a fim de tutelar bens jurídicos; mas se pretende, dessa forma, apresentar um olhar em que se possa ponderar o dogma do crime e da aplicação de pena privativa de liberdade, possibilitando o despertar crítico do leitor sobre um sistema que, com base em dados quantitativos e qualitativos que serão apresentados, lesiona diversos preceitos e direitos fundamentais do Direito.

2 Estrutura do *jus puniendi*

Exalta-se a importância de entender a estrutura, e gradualmente a construção e consequentes evoluções dentro dessa estrutura de Direito, para que se compreendam os estigmas a partir do aspecto abstrato da

pena para se atentar às normas vinculadas aos fatos. A construção do Direito Penal, da qual irá tratar este capítulo, pode ser interpretada como História do Direito que posteriormente se ramifica em Direito Penal, pois nem sempre houve essa divisão. Desta forma:

Examinar e problematizar as relações entre a História e o Direito reveste-se hoje da maior importância, principalmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico definido como experiência pretérita que conscientiza e liberta o presente. Naturalmente tal preocupação dissocia-se de uma historicidade do jurídico, marcada por toda uma tradição teórico-empírica assentada em proposições revestidas pela força da continuidade, da previsibilidade, do formalismo e da linearidade. Mas, para alcançar nova leitura histórica do fenômeno jurídico enquanto expressão de ideias, pensamento e instituições, é necessário apurar a distinção das especificidades inerentes a cada campo científico do que seja História, do que seja Direito, bem como o sentido e a função de uma interpretação que se reveste do viés tradicional ou crítico.¹

Todos os ramos do Direito estão estritamente correlacionados a todas as outras bases que estruturam uma sociedade que é resultado de um marco histórico, literário, social e filosófico do contrato social e do pacto social. Isso quer dizer que o Direito está dentro de todas as outras áreas que diretamente ou indiretamente estruturam uma Sociedade Democrática de Direito. Afirma José Reinaldo Lima:²

[...] Gosto de usar a tripartição simplificada de Lawrence Friedman: o direito pode ser visto como ordenamento, isto é, como o conjunto de regras e leis (estudar direito seria então estudar leis e princípios); pode ser visto como uma cultura, no espaço onde se produz um pensamento, um discurso e um saber; pode ser visto como um conjunto de instituições, aquelas práticas sociais reiteradas, as orga-

1 WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 16.

2 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 8.

nizações que produzem e aplicam o próprio direito. A história do direito pode então cruzar todos os recursos da nova história com estes três elementos do universo jurídico.

Ora, o Direito funciona como as regras de uma sociedade, ou como um organismo vivo, a fim de proporcionar condições sólidas para a convivência pacífica de um corpo social, tutelando bens jurídicos e proporcionando segurança. Uma sociedade de Direito vive e sobrevive sob as normas de Direito. O Direito, portanto, é uma espécie de poder que todos os sujeitos de direitos devem seguir, e principalmente se resguardar nele. Nesse sentido, acentuam Zaffaroni e Pierangeli:

Toda sociedade tem uma estrutura de poder (político-econômico) com grupos mais próximos e grupos mais marginalizados do poder, na qual logicamente, podem distinguir-se graus de centralização e de marginalização. Há sociedades com centralização e marginalização extremas, e outras em que o fenômeno se apresenta mais atenuado, mas em toda sociedade há centralização e marginalização de poder.³

A estrutura social, e conseqüentemente o Direito, está em constante em mudança, uma vez que a sociedade não é estável e sendo assim o Direito tem o dever de acompanhá-la. Desta forma, essa tentativa de acompanhar a sociedade se traduz em fragmentos de uma tradição, tradição essa que será abordada delimitadamente na tradição jurídica ocidental, pois a história do Direito do Ocidente também é a história do Direito brasileiro.

Um importante aspecto para se destacar sobre essa tradição é a classe operante do Direito, que historicamente na sua formação tem sido uma classe burguesa/elitista. A tradição jurídica ocidental teve um fator principiológico em comum, e até hoje possui características dessa tradição. Esse processo de formação antecede o Direito brasileiro até tornar-se Direito brasileiro em si. Ressalva-se que o Brasil é uma ex-colônia dos Portugueses e, portanto, a cons-

3 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: volume 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 58.

trução do sistema burocrático do Direito brasileiro não foi inicialmente autônoma e independente, mas sempre vinculada ao sistema absolutista que predominava na Europa.

Trata-se no âmbito do Direito Penal como Período Colonial o correspondente à fase do processo de colonização dos portugueses, em que prevaleciam no Brasil as leis da coroa portuguesa, a exemplo da legislação penal aplicada nessa época:

Ordenações Manuelinas: Editadas em 1514, por Dom Manuel, o Venturoso. Pouco se diferenciavam das Ordenações Afonsinas, em que as penas também eram crudelíssimas. Correspondiam ainda à fase da vingança pública. Como no território pátrio existiam as denominadas capitânicas hereditárias, o Direito era aplicado pelos respectivos donatários. Ordenações Filipinas: Datadas de 1603, em razão de medida do Rei Filipe II, subsistiram até o ano de 1830. Mantiveram as características das Ordenações anteriores (penas cruéis e desproporcionais, arbitrariedade dos julgadores, inexistência do princípio da legalidade e da defesa etc.).⁴

A compreensão dos precedentes da tradição jurídica ocidental permite a análise crítica do Direito brasileiro atual – de sua estrutura e consequências derivadas de um vínculo com o Direito europeu ou ocidental (sobretudo português) que o antecede –, incluindo o estudo da influência religiosa e elitista em sua formação.

Narra José Reinaldo Lima Lopes⁵ que o Direito Canônico surge da lide entre a Igreja (representada na época pelo papa Gregório VII) e o Império (representado na época por Henrique IV). A Reforma Gregoriana ou Revolução Papal foi o momento em que a Igreja, através de uma revolução, emancipa-se da influência direta do Poder Secular⁶ na sua formação, trazendo um Direito independente denominado Direito Canônico.

4 MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral* (art. 1º ao 129): volume 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 175.

5 LOPES, 2008, Capítulo 4.

6 Poder centralizado no Império.

Nessa época não havia um tipo de jurisdição no Poder Secular além das relações de rei e vassalos, diferentemente do que se construía na Igreja Católica Apostólica Romana. E foi a partir desse sistema racional e formal e independente formulado no Direito Canônico que se desdobra o *Ius Commune* (Justiça Comum), bem como a percepção burocrática de Estado em instituições.

Trata-se de um marco para a criação de instituições jurídicas que passa a ser adotado pelos soberanos da época e dá abertura para que, a partir da ideia de instituições, despertassem-se também as revoluções para que se transformasse a centralização do Direito. Segundo Berman:

Em todos os países do Ocidente criaram-se cortes profissionais, um conjunto de leis, uma profissão jurídica, uma literatura jurídica, uma ciência do Direito. O primeiro impulso para esse desenvolvimento veio da afirmação da supremacia papal sobre a igreja ocidental da independência da Igreja do poder secular. Esta foi uma revolução declarada pelo papa Gregório VII em 1075; o império e o papado a lutaram em guerras sangrentas por quase cinquenta anos nos séculos seguintes, o Direito dos povos da Europa Ocidental pareceu desaparecer quase que completamente. Novos sistemas jurídicos sofisticados foram construídos, primeiro para a Igreja e depois para o poder secular – Direito Canônico, Direito da cidade, Direito dos reis, Direito mercantil, Direito feudal e senhoria –, eventualmente, no período que vai do século XVI até o XX, ocorreu uma série de grandes revoluções – Reforma Germânica, Revolução Inglesa, Revolução Americana, Revolução Francesa e Revolução Russa –, que praticamente eliminaram seu “pano de fundo” germânico.⁷

Todavia, há de se notar que, não excluindo o caráter importantíssimo dessas revoluções para a evolução do Direito e do Estado Democrático de Direito, seus líderes sempre foram de uma classe burguesa ou elitista. Para Berman⁸ foram seis as grandes revoluções

7 BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 66.

8 BERMAN, 2006.

que transformaram a tradição jurídica ocidental: Revolução Russa, Revolução Francesa, Revolução Americana, Revolução Inglesa, Reforma Protestante e a Revolução Papal.

José Murilo de Carvalho, em sua obra *A Construção da Ordem*, de 1981, narra que a construção do Estado foi pautada em uma elite política, e, portanto, também responsável por legislar e operar o Direito. Não são necessários grandes esforços para perceber que os responsáveis por esses cargos têm uma característica homogênea, e sempre tiveram.

A elite política eram os indivíduos letrados, que ocupavam cargos de governo e administração. Ocorre que, em primeiro lugar, a formação intelectual já era dada por uma classe. Havia universidades próprias que preparavam essa elite para assumir tais cargos, formando uma unidade e estabelecendo classes. Nesse sentido:

Elemento poderoso de unificação ideológica da política imperial foi a educação superior. E isso por três razões. Em primeiro lugar, porque quase toda a elite possuía estudos superiores, o que aconteceu com pouca gente fora dela: a elite era uma ilha de letrados num mar de analfabetos. Em segundo lugar, porque a educação superior se concentrava na formação jurídica e fornecia em consequência um núcleo homogêneo de conhecimento e habilidades. Em terceiro lugar, porque se concentrava, até a independência, na Universidade de Coimbra e após a independência, em quatro capitais provinciais, ou duas, se consideravam apenas a formação jurídica.⁹

Os magistrados nessa época não eram autônomos e independentes das vontades da coroa. Em verdade, o papel do magistrado era justamente defender os interesses da coroa portuguesa, esse inclusive era escolhido mediante dois requisitos: origem social e formação na Universidade de Coimbra. Nesse sentido, formava-se uma elite homogênea, que, nos ensinamentos do historiador José Murilo de Carvalho, utilizava-se dessa homogeneidade para deixar o Estado mais estável. Ora, era uma boa estratégia não permitir a

9 CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Teatro das sombras: a política imperial. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 51.

instalação de escolas superiores nas colônias a fim de preservar a centralização do poder através da educação manipulada.

Anos depois, no século XIX, com a influência retardada do Iluminismo/Revolução Burguesa no Brasil e a Independência do Brasil, o cenário se modificou. Junto a essa mudança veio a importância econômica em um novo sistema que estava em ascensão, o Capitalismo, que transmutou prioridades e tutelou, principalmente, a propriedade privada. Trata-se no âmbito penal do período do Código Criminal do Império, acompanhado da sua primeira Carta Magna ou Constituição de 1824. Primeiro veio a Carta Magna com aspectos iluministas e só em 1830 foi sancionado o primeiro Código Criminal do Império do Brasil, que já abraçava as ideias de progressistas.

Em 1827 surgem outros centros de ensino superior em Direito (um no Rio de Janeiro e outro em Recife), além da Universidade de Coimbra, porém apenas aqueles que tinham como pagar frequentavam essas universidades, o que deu continuidade à predominância da elite no Judiciário e na política. Pagava-se aproximadamente 51.200 réis.¹⁰

Por fim, considera-se no âmbito penal o Período Republicano, o qual se vivencia hoje, chamado por alguns de liberal-burguês. Compreende-se burguesia e elite como sinônimos. Portanto, o mais importante desse capítulo é compreender os dois elementos tradicionais que, quando analisados, permitem um olhar diferenciado do Direito, levando em consideração as *suas tradições religiosas e elitistas*.

Wolkmer,¹¹ ao apresentar a importância do conhecimento da história no meio jurídico nas suas lições no livro *História do Direito*, enaltece a importância de compreender que no judiciário existiu “uma ordem social e jurídica pré-burguesa” que ocasiona, direta ou indiretamente, uma forma arbitrária.

¹⁰ CARVALHO, 2006, p. 60.

¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19.

Nesse sentido, Cleber Masson¹² traz em sua lição que a pena é quase que confundível com a história da própria humanidade em si e, nessa linha de raciocínio, diversos doutrinadores tratam da evolução das penas ou evolução do Direito Penal a partir de um raciocínio das penas, ou vinganças, de povos primitivos. Nesse sentido:

É correto, pois, reconhecer a existência da pena como um fato histórico primitivo, bem como considerar o Direito Penal a primeira e mais antiga camada da história da evolução do Direito. Além disso, as diversas fases da evolução da vingança penal deixam evidente que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas capazes de distinguir cada um de seus estágios, mas algo que foi se desenvolvendo para atender as necessidades de seu tempo.¹³

A influência sacra da pena é anterior à consolidação compilada e codificada no século XV do *Codex Juris Canonici*.¹⁴ As regras de condutas dos homens eram marcadas por misticismo e temor aos castigos pregados pela religião. Grande influência do sistema canônico no Direito Penal foi a ideia de sistema penitência. Havia algo parecido com o que chamamos de sanção penal, com a diferença de que, na época, a pena era perpétua e era a penitência uma imagem sagrada. Havia o *Corpus Jus Iuris* do qual o rol era taxativo quanto aos pecados e suas respectivas penitências. Vejamos:

Por exemplo, as Cartas Canônicas de Brasil o Grande, do século IV, listavam várias penitências por ofensas sexuais ou conjugais, como estupro, adultério, segundo casamento e incesto; por ofensas religiosas tais como magia, idolatria e violação de túmulos; e para aquelas que mais tarde seriam chamadas de ofensas seculares, como homicídios [...]. O sacramento da penitência deveria estabelecer a reconciliação permanente com Deus e o próximo. Dessa forma só havia uma penitência, assim como só havia um batismo; por isso ela era adiada até o fim.¹⁵

12 MASSON, 2019.

13 MASSON, 2019, p. 60.

14 Codificação do Direito Canônico.

15 BERMAN, 2006, p. 87.

No Direito romano, o delito e a prerrogativa para punir dividiam-se em duas categorias: delitos contra o Estado (*crimina publica*), nos quais o delincente era punido pelo Estado, e os delitos contra o privado (*delicta privata*), nos quais o indivíduo lesado tinha prerrogativa para aplicar a sua vingança ou pena.

Um importante marco na história da pena apontado por Sanches¹⁶ foi a Lei de Talião. A Lei de Talião refere-se ao clássico “Olho por olho, dente por dente, e sangue por sangue”. A fim de diminuir a desproporcionalidade exorbitante da vingança privada, o Código de Hamurabi, do Século XIII A.C., aplica a Lei de Talião, posteriormente abraçada pela Lei das Doze Tábuas em Roma, e, tecnicamente, aplicada até hoje. A Lei de Talião não foi suficiente para evitar a crueldade das penas, mas foi um importante marco para repensar sobre a proporcionalidade delas. Salienta-se que o Código de Hamurabi era um conjunto de regras de conduta e possíveis sanções, mas não era um código compilado. Correspondia a um monumento de pedra preta no qual eram talhados os artigos.

Há a vingança pública, que é o *jus puniendi* em si, a prerrogativa do Estado de punir aqueles que lesionam bens tutelados pelo Estado. Portanto, aqui cabe adentrar quais eram os bens tutelados que legitimavam tal punição. A vingança pública interpretada como pena nem sempre foi direcionada a tutelar bens coletivos, isso porque a compreensão de Estado nem sempre foi destinada à coletividade. A exemplo disso podemos citar o Estado Absolutista, que servia aos interesses da coroa e às perseguições religiosas.

O modelo de interpretação e aplicação das penas transformou-se no século XVIII. Uma importante obra que possibilitou o repensar sobre as penas foi a obra *Dos Delitos e das Penas*, elaborada pelo Marquês Cesare Beccaria. Para Zaffaroni e Pierangeli,¹⁷ essa obra pode ser considerada o prócer da ciência penal.

16 SANCHES, Rogério. *Manual de direito penal: parte geral – Volume Único*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

17 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 236.

Nessa obra, inovadora para a época (ano de 1764), questiona-se a desproporcionalidade injusta das penas aplicadas, bem como a finalidade dessas penas. Ora, aqui se fala de um cenário em que estava ocorrendo o auge do Iluminismo, marcado de revoluções, evoluções e transformações. O Iluminismo foi a transição do poder centralizado para o poder fragmentado, dando abertura a uma nova ordem democrática e trazendo para o centro das discussões não mais o interesse do soberano, mas do homem enquanto pessoa humana e sujeito de direitos.

Nessa ocasião, Beccaria em sua obra contribui para que a dignidade do homem ou o Princípio da Humanidade fosse resguardado também dentro da aplicação da pena e que fosse retirado o seu caráter tirano. Isso não só para proteger o delinquente que recebe a pena mas também a sociedade. Ora, a pena cruel não era justa e coisificava aquele que cometia crimes, além de não preveni-los, não trazendo segurança jurídica para a sociedade.

Posterior a esse momento, houve o surgimento de diversas instituições que precedem o Direito tais como princípios, tratados de Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Poder Constituinte determinantes para a aplicação de penas e formação do Direito Penal atual. Portanto, a funcionalidade/finalidade da pena transmutou-se na história desde a teoria absoluta da pena ou retributiva, que não considerava o apenado um sujeito de direitos e que correspondia à pena meramente vingativa, até a teoria adotada pela atual legislação penal brasileira, que adota a teoria relativa mista das penas, a qual compreende a pena sob duas funções: retribuição e prevenção e ressocialização. É justamente nessa análise fática da retribuição e prevenção que se observa uma espécie de seletividade e ausência de ressocialização. Desta forma:

Obviamente que tal raciocínio, por mais que traga um falso conforto à sociedade, não pode prosperar. Isso porque a própria sociedade não toleraria a punição de todos os seus comportamentos antissociais, os quais já está acostumada a praticar cotidianamente. O mais interessante desse raciocínio é que somente gostamos da aplicação rígida do Direito Penal quando ela é dirigida a estra-

nhos, melhor dizendo, somente concebemos a aplicação de um Direito Penal Máximo quando tal raciocínio não é voltado contra nós mesmos, contra nossa família, contra nossos amigos, enfim, Direito Penal Máximo somente para os “outros”, e se possível nem o mínimo para nós; [...].¹⁸

Esse é o motivo pelo qual aqui se usa o termo *construção*, e não *evolução*, diferente de grande parte dos doutrinadores; compreende-se que as penas sob os aspectos histórico e contextual não seguiram uma linearidade progressista, usando-se algumas vezes, no processo de humanizar as penas, dos discursos para disfarçá-las da crueldade e aplicar cada vez mais o interesse econômico analisado por Foucault na obra *Vigiar e Punir* (1975).

3 Preceitos fundamentais do Direito Penal brasileiro

Neste capítulo pretende-se, principalmente, relacionar as normas jurídicas do direito penal brasileiro dentro do quadro axiológico constitucional¹⁹ que dá origem a toda estrutura penal de um Estado Democrático de Direito, bem como observar suas contradições. Nesse sentido, Nilo Batista leciona:

Com propriedade Cirino dos Santos observa que o sistema penal, segundo ele “constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais”, pretende afirmar-se como “sistema garantidor de uma ordem social justa”, mas seu desempenho real contradiz essa aparência.²⁰

Os preceitos fundamentais do Direito Penal brasileiro estão presentes na análise dos bens jurídicos e sua relação com o instituto limitador constituinte expresso em princípios que limitam

18 GRECCO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista de direito penal*. 4. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009. p. 14.

19 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 145.

20 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 25.

a atuação de punir do Estado. Nesse sentido, cabe o conceito dos bens jurídicos:

Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica [...] A missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares. De inspiração fenomenológica, essa peculiar orientação estabelece que os bens jurídicos realizam certas funções dentro do contexto amplo e dinâmico da vida social.²¹

Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, que segundo o autor são bens derivados das necessidades humanas de acordo com o seu contexto, devem ser resguardados levando em conta um fator limitador que são os princípios, inclusive no limite de punir. Esses princípios derivam da Constituição, limitando o poder para se ater somente à tutela jurídica desses bens inerentes às finalidades mistas das penas – como visto no tópico anterior –, resguardando também a dignidade do apenado. Para Luís Prado Regis,²² “A dignidade pode ser concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”.

Além disso, é importante destacar um importante alicerce para a tutela dos bens jurídicos, que é Declaração Universal dos Direitos dos homens. A instituição dessa Declaração foi no ano de 1948, em um período pós-Segunda Guerra, a fim de garantir a dignidade e direitos humanos, frisa-se, a todos os homens. Desta forma, cria-se, segundo Zaffaroni e Pierangeli,²³ uma espécie de baliza jurídica positiva que serve de referência a todos os países que viessem a compactuar.

21 PRADO, 2019, p. 30.

22 PRADO, 2019, p. 25.

23 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 63.

No Brasil, desde a Constituição de 1824, há um rol taxativo de direitos humanos. A ratificação do País com relação aos compromissos ligados a esses direitos está prevista no art. 4º, II, da Constituição Federal,²⁴ os quais, dessa forma, possuem força normativa, inclusive de emenda constitucional, se aprovados nas casas legislativas, conforme o art. 5º, LXXVII, § 3º, da Constituição Federal.²⁵ Dessa forma:

Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada [...]. Numa sociedade de classes, os bens jurídicos hão de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominações vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais.²⁶

A tutela de determinados bens jurídicos está inerente ao instituto do garantismo penal, que corresponde²⁷ a uma teoria doutrinária traduzida em um sistema de garantias constitucionais de direitos fundamentais procedentes de um Estado Democrático de Direito e aplicadas no âmbito penal respeitando os alicerces fundamentais do Direito moderno, pautados em princípios.

O garantismo penal, portanto, abrange a teoria do Estado Democrático de Direito e por consequência os direitos fundamentais, que são essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana

24 “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos;”

25 “Art. 5º 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: [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

26 BATISTA, 2007, p. 96.

27 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

diante exposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, bem como no art. 5º e todos os seus incisos que tratam “Dos direitos e garantias fundamentais” estritamente relacionados ao princípio da legalidade.²⁸ Leciona Lima:

Nesta perspectiva, o legislador tem maior liberdade para criminalizar, já que, assim como ocorre com todos os demais subsistemas: civil, administrativo, tributário etc., somente não lhe é permitido contrariar o texto constitucional, ou, por outras palavras, qualquer movimento criminalizador que seja compatível com o texto lhe é plenamente admitido.

A imposição restritiva pode atuar: i) materialmente e ii) formalmente. Atua materialmente quando impõe ao legislador a impossibilidade de criação de normas penais que contrariem, em certa medida, os valores substanciais e os princípios transportados pelo texto constitucional, em especial os direitos fundamentais. Não é possível, por exemplo, a existência de penas perpétuas, de banimento, cruéis etc. (CF, art. 5º, XLVII).²⁹

A importância, portanto, de compreender o garantismo é possibilitar um questionamento sobre a aplicabilidade dessas garantias que, em tese, deveriam estar sempre presentes em qualquer tipo de elaboração legislativa e aplicação penal.

Nesse sentido, Nilo Batista³⁰ afirma que os princípios possuem também uma função social, e Luís Regis Prado,³¹ por sua vez, denomina esses princípios de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado/Sociedade Democráticos de Direito. Na obra de Zaffaroni e Pierangeli,³² faz-se sabiamente uma analogia dos

28 O princípio da legalidade pressupõe a obediência à Constituição que precede toda a legislação brasileira.

29 LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.

30 BATISTA, 2007.

31 PRADO, 2019.

32 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 153.

princípios das análises químicas: ora, as amostras químicas servem para que, previamente, se garanta o resultado, e é o mesmo com os princípios; a utilização desses visa uma otimização dos resultados.

4 Os estigmas do controle social e o hiperencarceramento no Brasil

Tudo que foi exposto até aqui indireta ou diretamente abrange o sistema penal: a construção do Direito e do Direito Penal apontando seus aspectos de uma tradição jurídica do Ocidente, bem como suas respectivas teorias de funcionalismo/finalidade das penas, e a exposição dos princípios como alicerce do garantismo penal e como precedente do Estado de Direito. Tudo foi para que agora neste tópico se desenvolva o sentido dúbio dos estigmas, para enfim apontar a importância da Criminologia Crítica ao falar de sistema penal e para demonstrar as lesões aos preceitos fundamentais na situação fática dos encarcerados.

A partir dessa análise, faz-se o desdobramento do sistema penal para entender a complexidade do método da Criminologia Crítica. Dessa maneira Zaffaroni e Pierangeli³³ defendem o sistema penal como “controle social institucionalizado”; isso quer dizer que o sistema penal institucionaliza e instrumentaliza o controle social, contudo, institucionaliza o sistema penal como um todo de uma forma que se contradiz em si expressando-se de forma represora ao não cumprir com algumas garantias propostas e preceitos fundamentais do Estado democrático. Conceitua-se Criminologia Crítica a partir de um dos percussores da matéria:

[...] Criminologia Crítica, se dirigiu principalmente para o processo de criminalização, identificando nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista, e perseguindo, como um de seus objetivos principais, estender ao campo do direito penal, de modo rigoroso, a crítica do direito desigual. Construir uma teoria materialista

33 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 65.

(econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio: estas são as principais tarefas que incumbem aos representantes da Criminologia Crítica, que partem de um enfoque materialista e estão convencidos de que só uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na sociedade tardo-capitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio, ou seja, uma “política criminal” das classes atualmente subordinadas.³⁴

Quanto à realidade concreta, há de se comprovar, com a análise do hiperencarceramento que ocorre no Brasil, que as supostas diretrizes de políticas criminais, embora existam, se declaram ineficazes, reafirmando a teoria do presente artigo, que analisa os estigmas com um aspecto dúbio: estrutura e seletividade – a partir da análise das teorias qualitativas de autores/doutrinadores da Criminologia Crítica referentes à historicidade econômico-social inserida inevitavelmente nessa estrutura, que se contradiz com os próprios discursos que a legitimam em um Estado Democrático de Direito.

Os preceitos fundamentais na legislação brasileira, embora não se tenha um rol taxativo, têm a sua força normativa no conteúdo constante da Constituição da República Federativa do Brasil, cabendo contra o que a lesionar o chamado remédio constitucional da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF – art. 102, § 1º). Apesar de este estudo não ser propriamente constitucional, não deixa de o ser pelo fato de toda a legislação brasileira obrigatoriamente dispor da Constituição, e exalta-se a aplicabilidade disso através do Controle de Constitucionalidade.

Bacilla,³⁵ em sua obra *Criminologia e Estigmas: um estudo sobre o preconceito*, observa que “os estudiosos não fizeram muitos esforços

34 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 197.

35 BACILLA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

para descrever as precondições estruturais do estigma ou mesmo para fornecer uma definição do próprio conceito”. Portanto, cabe retomar a introdução do presente estudo, no qual se tratou da formação jurídica sob uma perspectiva da construção de uma tradição jurídica ocidental. Agora que retomada a importância desse aspecto, convido-o, leitor, a fazer o uso da interpretação para compreender o estigma a partir de duas perspectivas dúbias: a tradição ou as pré-condições estruturais e o etiquetamento ou seletividade no sistema penal.

No que cabe ao estigma como tradição, com base em alguns autores e pesquisadores criminólogos, este se traduz como as pré-condições implantadas de forma estrutural e decorrentes de um processo de criminalização gerador de regras, formais e informais, produzindo uma espécie de *estrutura própria, observando-se* a correlação de poderes a partir de um contexto histórico, social, antropológico e político que conseqüentemente é jurídico.

Notou-se, diante o exposto, que predominou e se legitimou nessa estrutura uma classe que tem o monopólio de punir, o que caracteriza em exclusão e neutralização de outra parcela da sociedade. Isso gera um Direito Penal desigual. No Brasil, no entanto, ao se analisar o art. 5º da Constituição Federal brasileira, que define que todos são iguais perante a lei, percebe-se que é uma falsa igualdade em uma construção desigual.

Nesse sentido:

Em segundo lugar, a partir da consideração do direito penal como direito desigual, devem-se empreender dois movimentos: 1º) instituir a tutela penal em campos que afetem interesses essenciais para a vida, a saúde e o bem-estar da comunidade (o chamado “uso alternativo do direito”): criminalidade econômica e financeira, crimes contra a saúde pública, o meio ambiente, a segurança do trabalho, etc.; 2º) contrair ao máximo o sistema punitivo, observando-se que muitos dos códigos penais vigentes foram elaborados sob o signo de uma concepção autoritária e ética do Estado.³⁶

36 BATISTA, 2007, p. 37.

Portanto, toda sociedade tem uma estrutura regida por regras que, segundo Grecco, podem ser informais quando procedidas de pessoas próximas ao agente, tais como pais, amigos e vizinhos, e formais quando regulamentadas de forma legal sob o exercício de polícia. Esse conjunto pode ser sumariamente definido como *fatos sociais*, caracterizados por Durkheim,³⁷ que são de natureza coerciva e que acabam sendo generalistas. Nesse sentido cabe criticar que, segundo essa analogia, os antecedentes da lei que compõem fatos sociais na forma de lei são feitos através de uma *coerção social* genérica constituída de desigualdades.

É dessas regras coercivas da sociedade, revestidas de lei, que decorrem os crimes que, tradicionalmente, através de uma política intrinsecamente coerciva, baseada nas relações de poderes, foram rotulados e estigmatizam os delinquentes.

Nas palavras de Bacilla:

Faz-se mister evidenciar o lado social da norma Jurídica procurando conhecer mais de perto a realidade do que se pretende interpretar. É preciso, pois, descobrir o verdadeiro sentido da regra positiva. E mais: é necessário verificar o quanto o intérprete está imerso no objeto que analisa e o quanto há de armadilha nesse universo em tela. Mas, principalmente, é imperativo registrar o quanto o elaborador das normas está corrompido pelas sombras dos estigmas.³⁸

Compreender a punição e a estrutura social além do conceito dogmático do crime é estender o olhar ao processo de criminalização antecedente à construção do Direito Penal que tradicionalmente constitui as políticas criminais brasileiras, que encarceram de maneira seletiva, criando um sistema punitivo violento que contradiz os seus discursos em si.

Os estigmas, dessa forma, aponta Bacilla, são espécie do gênero das metarregras, que são regras movidas a instituições,

37 DURKHEIM *apud* BARATTA, 2002.

38 BACILLA, 2015, p. 16.

convicções, hábitos e tradições e influenciam na decisão do operador do direito e do legislador:

As metarregras são seguidas de forma consciente ou não pelos órgãos oficiais, mas são ligadas às regras, aos mecanismos e às estruturas objetivas da sociedade e estão baseadas sobre relação de poder. Apresentam aspecto subjetivo. São objetivas porque constituem práticas de interpretação e se fundamentam também em fatores externos, portanto, são estruturas objetivas da sociedade. Por outro lado, têm seu lado subjetivo ao implicarem mecanismos psíquicos e atitudes subjetivas. Enfim, são “leis” e “mecanismos” que agem objetivamente na mente do intérprete. Por outro lado, as metarregras são seguidas de formas conscientes ou não e têm o condão de atribuir, no plano jurídico, responsabilidade penal e, na esfera social, estigma, demonstrando também o caráter de desigualdade no sistema penal. É como se fosse um bem negativo. A consequência principal das metarregras é a seleção de certas pessoas para o sistema penal.³⁹

Conforme retrocitado, Bacilla afirma: “A consequência principal das metarregras é a seleção de certas pessoas para o sistema penal”. Há de se analisar a teoria do etiquetamento, originalmente denominada *labeling approach*,⁴⁰ que é uma das abordagens da Criminologia Crítica.

Para melhor compreensão do conceito do etiquetamento social e suas consequências fáticas no *jus puniendi* privativo de liberdade quanto ao caráter seletivo do encarceramento em massa no Brasil, é preciso deslocar o olhar para a diferença entre desvio e quem decide o que é desvio. Nesse sentido, Baratta:

Mostra a natureza irreversível da crítica do *labeling approach* à ideologia tradicional: a criminalidade como *status* atribuído a alguns sujeitos pelo poder de outros sujeitos sobre a criação e aplicação da lei penal, através de mecanismos seletivos estruturados sobre a estratificação social e o antagonismo de classes, refutaria o princípio de igualdade; a relação variável do processo de criminalização

39 BACILLA, 2015, p. 20.

40 BARATTA, 2002, p. 159.

com a posição social do acusado indicaria a relatividade da proteção penal a bens jurídicos, atingindo o princípio de legitimidade; enfim, a diferenciação entre desvio primário e desvio secundário acabaria por desmoralizar a ideia de ressocialização e, portanto, o princípio de prevenção: o desvio secundário, definido como efeito do desvio primário, indicaria a natureza criminogênica do tratamento penitenciário e a distância entre a ideologia da ressocialização e a realidade da prisionalização.⁴¹

O resultado dos estigmas tanto como tradição da estrutura social quanto como etiquetamento traz como consequência um Direito manipulado que, dentro da esfera fática penalista, se transmuta com uma violência deturpada que, ao invés de garantir a igualdade, reafirma a desigualdade. A partir dessa ideia do Direito estigmatizador, compreende-se a contradição dos discursos do Direito Penal, que pune com base nos seus próprios estigmas advindos de uma autolegitimação autoritária de uma construção do processo de criminalização justificado por um garantismo do controle social que se contradiz em si.

Os estigmas do sistema penal resultam de uma tradição jurídica estrutural e estão diretamente correlacionados à ideia de etiquetamento, sendo importante filtrar esse olhar na historicidade e na estrutura capitalista que, a partir de uma análise social e econômica da criminalidade, reafirma a desigualdade em sua forma primária (mecanismo de normatização) com discursos que disfarçam a violação dos preceitos na forma secundária (aplicação seletiva da norma).

Nesse sentido, cabe a definição de Foucault sobre o sistema carcerário e seu caráter de produção dentro desse sistema:⁴²

Segundo Foucault, a forma prisão se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os diversos processos para repartir os indivíduos, fixá-los, distribuí-

41 BARATTA, 2002, p. 12.

42 FOUCAULT *apud* BENELLI, S. J. Foucault e a prisão como modelo institucional da sociedade disciplinar. In: *A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des)educativas*. São Paulo: Ed. UNESP, 2014. p. 7.

-los espacialmente e classificá-los, visando tirar deles o máximo de tempo e de forças, treinando seus corpos, codificando seu comportamento continuamente, mantendo-os sob uma visibilidade sem lacunas, formando em torno deles um aparelho completo de observação, registrando anotações, produzindo sobre eles um saber que se acumula e se centraliza.

No que tange à pena privativa de liberdade, como já exposto, a legislação brasileira adota a teoria mista da funcionalidade das penas, que propõe o garantismo penal no Estado Democrático de Direito com base em princípios que limitam a prerrogativa do Estado de punir, o *jus puniendi*.

É possível extrair dos preceitos fundamentais três preceitos alicerces dos demais: igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Conforme descrito anteriormente, essas três características são resultado de diversas ações, evoluções e revoluções progressistas que hoje pautam a figura do Estado. A partir dessa análise, é possível extrair a complexidade da pena, uma vez que interfere legitimamente na liberdade do indivíduo, e por isso a existência do princípio da lesividade, a fim de limitar a intervenção Estatal nesse sentido e resguardar a dignidade humana, que se pauta na igualdade.

Mesmo assim, segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça (em 27.11.2020, à 1h56), 53,1% dos presidiários cumprem pena em regime fechado no Brasil, apenas 14,3% cumprem em regime aberto e apenas 5,3 % cumprem medida de segurança, sendo a população carcerária, segundo informação do sistema web do Depen do período de janeiro a junho de 2020, de 702.069 encarcerados; e, conforme dados do CNJ, 48,8% dos estabelecimentos prisionais fiscalizados pelo órgão estão em condição de superlotação.

Desses estabelecimentos prisionais fiscalizados pelo CNJ, 28,5% estão na categoria “péssimas condições”, enquanto apenas 1,5% estão em “excelentes condições”. A obrigatoriedade normativa do Estado de disponibilizar os estabelecimentos prisionais em boas condições está além da previsão constitucional no art. 5º, XLIX; está também na Lei de Execuções Penais, principalmente em seu art. 10 e seguintes, que tratam da responsabilidade objetiva

do Estado de fornecer assistência material, assistência à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao egresso, a qual, conforme demonstrado, não se cumpre.

No Brasil, a denúncia a esses descumprimentos que lesionam a própria base do Estado Democrático de Direito bem como os discursos progressistas com o fim de abolir essa cultura do hiperencarceramento, institucionalizada estruturalmente no Brasil e que contradiz a sua própria legislação, estão cada vez mais evidentes e tomando mais força. Desta forma, leciona o ministro Barroso em recurso extraordinário cujo objeto se referia à responsabilidade estatal por danos morais ao preso causados pela superlotação e que resultou na decisão que presume que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais:

É preciso romper com a lógica do hiperencarceramento que está por trás dos índices de crescimento exponencial da população prisional brasileira. O imaginário coletivo é permeado pela ideia de que colocar pessoas atrás das grades é a única resposta legítima para lidar com a criminalidade, independentemente do tipo e da gravidade do crime praticado. Porém, como demonstram os dados, trata-se de uma lógica falha. O encarceramento em massa não tem contribuído para os objetivos das políticas de segurança pública e para a prevenção do crime – ao contrário, tem favorecido o aumento da prática delitiva. Ele tampouco tem permitido a ressocialização dos presos, possuindo, em verdade, um efeito estigmatizante e degenerativo sobre a população carcerária. Apesar disso, a política tem gerado altos custos para os cofres públicos e para a sociedade [...] sem excesso de tipificações, que geralmente importam em criminalização da pobreza, e sem exacerbação de penas, que apenas superlotam presídios degradados [...]. Como exige a Constituição, a privação de liberdade deve ser medida de *ultima ratio*, aplicada apenas quando a gravidade da ofensa e a importância do bem jurídico tutelado tornarem todas as demais medidas nitidamente inadequadas.⁴³

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 580252/MS*. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 17 nov. 2020. p. 29.

Portanto, não há discursos majoritariamente doutrinários ou normas expressamente acolhidas pelo Direito Penal brasileiro que justifiquem as lesões à igualdade e à dignidade humana: em tese, no dever ser. Isso porque, conforme demonstrado, essas lesões estão institucionalizadas e estigmatizadas no Direito Penal.

Desta forma, cabe exemplificar a teoria do etiquetamento em face da possibilidade de fazer o levantamento de que os crimes de colarinho branco (contra a Administração Pública), em regra, fogem a essa repressão, pois correspondem a 0,17% (dados do Depen) no estabelecimento prisional, enquanto os crimes de tráfico ou patrimoniais equivalem a 71,04%, causando assim o encarceramento em massa de determinada classe. E nessa análise do etiquetamento vale destacar que 61,26% da população carcerária corresponde a negros e pardos.

Da mesma forma que aqui se defende a crítica à deslegitimação e desinstitucionalização do sistema penal da forma em que se encontra hoje, não se defende a institucionalização e a legitimação dos crimes de tráfico ou patrimoniais. Todavia, fato é que esses crimes decorrem de um pano de fundo social mais complexo causado, principalmente, pela desigualdade e falta de educação por omissão do Estado, quase que inerentemente culturais, existentes no Brasil; e neutralizar essa classe não é solução para o problema social preexistente. Ademais, afirma-se com convicção que o sistema penal nem deve servir de solução imediata a esses problemas. Como visto, não é esse o discurso que legitimará esse sistema.

5 Conclusão

Foi aplicado a este estudo o método utilizado pela literatura da Criminologia Crítica, que analisa não somente o crime mas também todo o processo de criminalização que instrumentaliza e legitima o sistema penal a reafirmar a ordem social. Portanto, a Criminologia Crítica, sem que se retire o caráter necessário do sistema penal, denuncia os déficits dessa estrutura que se resulta violenta aos preceitos principalmente no que tange à igualdade e dignidade humana.

Conclui-se que os estigmas estão presentes há muito tempo na estrutura da sociedade. Através da análise do processo de criminalização, é possível identificar que dentro do controle social há uma tradicional estratégia decorrente de um longo processo do próprio controle social e que é instrumentalizada através do *jus puniendi*, envolvendo processos de criminalizações primárias e secundárias que inevitavelmente, em uma sociedade desigual, possuem uma característica estigmatizante que lesiona os preceitos fundamentais do Direito brasileiro em uma estrutura de Estado Democrático de Direito e, portanto, de garantias; isso se mostra quando se trazem para a pauta da discussão os fatores fáticos – em contrapartida com o papel do garantismo, dos princípios, dos bens jurídicos, do Direito Constitucional e da própria finalidade da pena – e todo esse resultado de revoluções e evoluções do próprio discurso que justifica privar a liberdade de um sujeito de direito em uma sociedade em que o maior alicerce é a liberdade.

O método científico utilizado neste estudo foi o que se utiliza na Criminologia Crítica, o mesmo método utilizado por Marx, no entanto no âmbito Penal. Portanto, esta análise utilizou-se principalmente de referência bibliográfica dentro da carga literária e doutrinária de autores que trabalham sob essa perspectiva criminológica, que levam em consideração o caráter fragmentário do Direito para compreender o Direito Penal como um todo, possibilitando questionamentos e indagações dentro da sua estrutura.

A literatura e terminologia Criminologia Crítica não é comum no ambiente acadêmico e nem diretamente nas decisões Judiciais brasileiras. Todavia, conforme demonstrado, é uma matéria atual e utilizada, indiretamente, por alguns juristas brasileiros ao criticar o sistema penal brasileiro que há alguns anos encontra-se em crise. A realidade fática do Brasil diante da crise do hiperencarceramento é um exemplo mais que evidente da necessidade se rediscutir e criticar o sistema penal da maneira que se apresenta, em contradição com o discurso que justifica a forma de Estado de Direito em seu dever ser com a democracia e as normas que o constituem em um Estado de garantias constitucional, sobretudo no que diz respeito ao

preceito de igualdade e dignidade humana que evidentemente estão em constante descumprimento pelo poder público com a sociedade.

Conclui-se, assim, que o estigma possui um caráter dúbio: estigma como tradição ou pré-condição de contextos que constroem o próprio Direito, vinculado ao caráter de uma estrutura estigmatizada de tal forma que se apropria de forma estigmatizante da exclusão dentro do processo de criminalização conforme também a teoria do *labelling approach* ou do etiquetamento.

Não se propõe o abolicionismo do sistema penal, e também não se apresentou uma solução, mas propõe-se um olhar crítico de maneira que se discuta e rediscuta a aplicação da política criminal no Brasil. Não que as políticas criminais inexistam, mas não têm eficácia ao se analisar a duradoura situação do hiperencarceramento.

É preciso olhar para a cultura da neutralização do delinquente e da pena privativa de liberdade como solução de conflitos sociais e criticá-la. Além disso, é preciso compreender o processo de criminalização e suas consequências, que reafirmam a desigualdade já preexistente na estrutura da sociedade em si. É necessário valorizar os movimentos progressistas e evoluções que ocorreram na nossa história e exigir que as garantias conquistadas sejam cumpridas. A Constituição não é uma norma abstrata, é uma norma concreta e absoluta.

Concluiu-se que o Direito Penal não pode ser utilizado para a solução imediata de problemas sociais existentes a longo prazo causados pela falha estatal. Inclusive, ao se analisarem as teorias finalistas e doutrinárias das penas, percebe-se que nem é essa a sua função. Portanto, a tentativa de recuperar um delinquente, não sanando os déficits sociais, tem uma consequência paradoxal do compromisso do Estado com todos os sujeitos de direito, pois não se pode descaracterizar o apenado como sujeito de direitos, e é preciso que se cumpra com a tutela de seus bens jurídicos horando com os preceitos fundamentais da igualdade e da dignidade humana. Ainda, nota-se que não é possível o Direito Penal como *ultima ratio* em uma sociedade em que não se cumpre a *prima ratio* dos preceitos fundamentais em seus aspectos constitucionais.

Referências

BACILLA, Carolos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição Ridendo Castigat Mores (1764). Versão para e-Book e-BooksBrasil.com. Fonte digital.

BENELLI, S. J. Foucault e a prisão como modelo institucional da sociedade disciplinar. In: *A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des) educativas*. São Paulo: Ed. UNESP, 2014. p. 63-84.

BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Dados sobre as inspeções penais em estabelecimentos prisionais*. Março 2020. Disponível em: <https://paineisana.lytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=cursel>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 580252/MS*. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Princípio da Insignificância*. 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/principio-da-insignificancia>. Acesso em: 29 nov. 2020.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

DADOS NO SISTEMA PRISIONAL. Composição da população por cor/raça no sistema prisional. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVlMWRiOWYtNDVkNi00N2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 nov. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECCO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista de Direito Penal*. 4. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2008.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral* (art. 1º ao 129): volume 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito penal: partes geral e especial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANCHES, Rogério. *Manual de direito penal: parte geral – Volume Único*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.