



## 10º Congresso de Pós-Graduação

### OS DIREITOS HUMANOS E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

#### Autor(es)

---

JOSÉ RAFAEL CARPENTIERI

#### Orientador(es)

---

EVERALDO TADEU QUILICI GONZALEZ

#### 1. Introdução

---

Aplicar uma pena — mesmo por meio de uma decisão jurídica — não viola os direitos humanos, já que está se aplicando um sofrimento a um ser humano, cerceando-se sua liberdade individual? Estaria essa questão superada com a simples separação entre ciência jurídica e outros ramos do conhecimento? Como conciliar uma ciência penal de garantias e um sistema penal eminentemente violador dos direitos humanos? Estas são os problemas colocados no presente trabalho.

#### 2. Objetivos

---

O objetivo do texto é demonstrar a relação de tensão existente entre o direito penal enquanto ciência e a afirmação histórica dos direitos humanos e a partir daí propor um papel aos juristas. De um lado, historicamente é possível observar um processo de construção por meio do qual se busca a efetivação de um feixe de valores ao redor da dignidade da pessoa humana, de outro, contrapõe-se o exercício de um poder punitivo essencialmente irracional e violador das garantias fundamentais

#### 3. Desenvolvimento

---

O ser humano não pode ser concebido fora das relações interativas de cooperação e conflito. Dessas relações surgem estruturas de poder, presente tanto nas pequenas sociedades, tais como tribos e clãs, quanto em outras mais complexas. Aos poucos passaram a envolver todo o planeta (ZAFFARONI, 2009, p.29) . Todavia, o poder não se define simplesmente como forma de dominação de um grupo de indivíduos sobre outro . É algo que funciona e se exerce em rede (FOUCAULT, 1999, p.183), numa dinâmica pela qual as pessoas sofrem sua ação, mas também podem exercer o poder. As práticas judiciárias envolvem um tipo específico de exercício do poder que está diretamente relacionado ao saber.

As peculiaridades do feudalismo levaram na Alta Idade Média ao ressurgimento do inquérito, um método de decisão de conflitos cujos registros remontam ao pensamento grego, como uma tática específica de exercício de poder. O modelo germânico de solução de conflitos (FOUCAULT, 2005, p. 63), efetivado basicamente pelas chamadas provas feudais, foi abandonado e substituído por um modelo vertical no qual um terceiro, o soberano, toma para si a ofensa (denominada infração) e passa a exercer o poder por meio da

aplicação da pena.

O novo modelo judiciário tornou possível a intervenção do soberano nos conflitos, tomando para si a lesão e excluindo a pessoa lesada da relação. A posição da vítima — a sua negação ou supressão — é o fator principal que caracteriza o modelo punitivo de decisão. A existência da infração é um sinal que permite o exercício de poder.

A consolidação do Estado moderno como forma de organização política tornará o poder punitivo o modo de exercício da coação do Estado em forma de pena. O método do inquérito viabilizará esse modelo, que permanece basicamente o mesmo pelo menos desde os últimos dois séculos. A consolidação da prisão como instituição máxima de controle, vigilância e adestramento (FOUCAULT, 2006, p. 63) tornará a privação de liberdade a forma universal de castigo.

Portanto, o sistema europeu de penalidades — modelo preponderante após sucessivos momentos de expansão do poder planetário — consolidou-se e permanece estável há dois séculos. Tornou-se referência para as sociedades que institucionalizam ou formalizam o poder por meio do Estado.

Esse modelo, ou seja, essa fórmula de decisão de conflitos, seleciona um número reduzido de pessoas que são submetidas à coação, mediante a imposição de uma pena (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; BATISTA, 2003, p. 43). Trata-se de uma estratégia de poder, na qual o soberano exclui a vítima e assume o seu lugar. Essa ação corresponde à forma de controle social mais drástica do ponto de vista dos seus efeitos sobre os seres humanos e também a uma forma eficaz do ponto de vista da fabulosa capacidade de controle e de vigilância de seres humanos. Permite organizar a sociedade de forma vertical e militarizada, em detrimento de uma forma de organização comunitária, na qual seriam preponderantes os vínculos sociais horizontais.

Outra característica desse modelo é a sua incapacidade de solucionar os litígios, pois ignora uma das partes: a vítima. Não se pode também deixar de considerar um dado da realidade usualmente esquecido, mas que se trata de um fato que não necessita sequer de fundamentação teórica: os sistemas penais, no exercício do poder punitivo, causam muito mais vítimas que os homicídios de “iniciativa privada”.

Assim, é possível concluir que o poder punitivo nas sociedades contemporâneas é exercido por um conjunto de agências que compõem o sistema penal. É por meio dele que o Estado seleciona um pequeno número de pessoas e as submete à coação mediante a aplicação de uma pena. Esse processo é denominado criminalização.

A criminalização é estabelecida de duas formas e é levada a cabo por meio de agências. A criminalização primária é o ato e efeito de sancionar uma lei penal que permite a punição de certas pessoas. Constitui um programa daquilo que deve ser apenado. A criminalização secundária corresponde à ação punitiva exercida concretamente sobre essas pessoas.

Diante da impossibilidade de realização do programa estabelecido pelas agências de criminalização primária, não resta alternativa às agências de criminalização secundária senão a atuação seletiva. A seletividade, portanto, é característica fundamental do sistema penal.

A existência da cifra negra (THOMPSON, 1998, p. 20), ou seja, a diferença entre a imensa gama de conflitos criminalizados que realmente acontecem e aqueles poucos que chegam ao conhecimento das agências, confirma a sua limitada capacidade operacional. É possível estabelecer os critérios de seleção criminalizante adotados pelas agências do sistema penal para levar a cabo o exercício do poder punitivo. O primeiro deles é a criminalização de acordo com o estereótipo, mediante a eleição de pessoas vulneráveis, por serem apenas capazes de cometer crimes de maneira tosca e que acabam desempenhando o papel induzidas pelos valores negativos associados à etiquetagem.

São atingidos com menos frequência aqueles que não se enquadram no estereótipo, mas tornam-se vulneráveis em virtude da brutalidade explícita de sua conduta, constituindo, assim, a criminalização por comportamento trágico.

Eventualmente podem ser selecionadas aquelas pessoas cuja posição social as tornava invulneráveis, mas que foram dela despojadas em uma disputa pelo poder hegemônico. Constituem os criminalizados por falta de cobertura.

A seletividade do sistema penal não se dá somente com a escolha das pessoas que serão submetidas à sanção, como já destacado, mas também no plano das vítimas e dos próprios agentes que compõem as agências executivas.

A maioria das vítimas de delitos é composta de pessoas submetidas a uma baixa condição social, pois não podem arcar diretamente com os custos da segurança e vivem de maneira exposta. Por serem frequentemente vítimas, também são mais suscetíveis aos discursos demagógicos que sustentam a expansão do sistema penal. Dessa forma, as classes sociais que mais sofrem com a ação do poder punitivo (pois os pobres são os mais criminalizados) tragicamente acabam solicitando uma atuação ainda maior deste, em virtude de serem também mais vitimizadas.

Igualmente, as pessoas que trabalham nas agências policiais do sistema penal também são selecionadas entre as camadas pobres da população e submetidas a um rígido sistema hierárquico. Sofrem restrição em seus direitos humanos porque são impedidas de exercer seus direitos trabalhistas e não podem manifestar livremente seu pensamento. Além disso, são obrigadas ao enfrentamento direto com a violência gerada pelos conflitos do sistema penal.

Submetidos a um estereótipo impregnado de racismo e preconceito, os integrantes das agências policiais são percebidos pela sociedade de maneira dúbia: são vistos como violentos e corruptos, ao mesmo tempo que a imagem construída pelos meios de comunicação cria uma expectativa de comportamento sobre-humano. Assim, o fenômeno da policialização é um processo tão violador dos direitos humanos como o são a criminalização e a vitimização.

Portanto, a dinâmica social trazida pelo sistema penal é a do autoaniquilamento. Criminosos, vítimas e operadores das agências policiais são selecionados entre as camadas pobres da sociedade e inseridos num jogo de destruição mútua, sob o falso pretexto da solução de conflitos, o que nunca é possível, pois, nesse modelo punitivo, a vítima sempre é excluída e substituída pelo Estado.

#### 4. Resultado e Discussão

---

A real percepção do sistema penal e a evidência efetiva do modo como o poder punitivo é exercido tornam inviável qualquer concepção positiva da pena, atribuída tradicionalmente pelo saber penal. A pena deve ser encarada como um momento de poder, sem nenhuma finalidade de retribuição ou prevenção.

Outra conclusão inevitável é a compreensão da capacidade disciplinadora e configuradora do poder punitivo. A verdadeira força do sistema penal não provém dos poucos casos nos quais se aplica uma punição, mas da expectativa de comportamento transmitida à sociedade. Daí a sua imensa capacidade de disciplina, controle e vigilância.

O crime, portanto, é um sinal que permite a intervenção do poder punitivo, operado na Modernidade por meio de um sistema penal cujas origens remontam à Idade Média e cujo método de conhecimento primordial é o inquérito. A pena é um ato de poder.

Essa perspectiva percebe o sistema penal como instrumento de exercício de poder violador dos direitos humanos. Diante desta perspectiva, qual será o verdadeiro papel do direito penal enquanto ciência?

#### 5. Considerações Finais

---

Se a missão do juiz criminal em um Estado Democrático de Direito é aplicar o sistema de garantias constitucionalmente positivado, conforme afirma Alberto Silva Franco (FRANCO, 1997, p. 269), há um paralelo entre o direito penal — compreendido como o saber produzido pelos juristas, capaz de orientar e fundamentar decisões judiciais — e os direitos humanos, definidos como o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, efetiva as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos no âmbito nacional e internacional (LUÑO, 1995, p. 48).

O direito penal, mais precisamente a ciência do direito penal, deve advir da tarefa infinita que envolve a construção e a efetivação dos direitos humanos (GOYARD-FABRE, 1994, p. 50) e a sua consideração pelos sistemas jurídicos.

A existência de um sistema penal ilegítimo perante os direitos humanos em virtude do reconhecimento do prejuízo causado não significa, abandonar a formulação de mecanismos que impeçam ou minimizem os danos. Nesse aspecto, é válido o exemplo da guerra utilizado pelo pensador argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI, 2009, p. 210), e também pelo jurista brasileiro Tobias Barreto (BARRETO, 1926, p. 149). É consenso que a existência da guerra é algo indesejado e prejudicial para a humanidade; contudo, diante da impossibilidade de evitá-la por completo, buscam-se meios reais de minimizar seus danos. O direito humanitário é um desses instrumentos.

O direito penal compatível com os direitos humanos assume função análoga. Diante da impossibilidade concreta de se abolir o poder punitivo e o sistema penal, devem-se reconhecer a sua existência e a violação dos direitos humanos por ele causada para, então, formular uma contraposição orientada por um direito penal de garantias.

#### Referências Bibliográficas

---

BARRETO, Tobias. O fundamento do direito de punir. In: *Menores e loucos. Obras Completas*, Tomo V. Aracajú: Edição do Estado de Sergipe, 1926.

FRANCO, Alberto Silva. O compromisso do juiz criminal no Estado Democrático. In *Justiça e Democracia. Revista da Associação Juízes para a Democracia*. V. 3. 1997.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3 ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

---

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – História da violência nas prisões*. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. Los derechos del hombre: origens y prospectiva. In *Problemas Actuales de Los Derechos Fundamentales*. Edición de José Maria Sauca. Madrid: Universidad Carlos III de Madri y Boletín Oficial del Estado, 1994.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso, entes politicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas – Deslegitimación y dogmatica juridico- penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.