

A PERSPECTIVA CONTRASSELETIVA DO DIREITO PENAL REDUTOR

THE COUNTERSELECTIVE PERSPECTIVE OF REDUCTIVE CRIMINAL LAW

Carmen Lucia Lourenço Felipe

Pós-graduada em Ciências Criminais e Segurança Pública e Advocacia

Criminal pela UERJ. Coordenadora Estadual do IBCCRIM/RJ. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2746185186901330>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2856-3860>

carmenlfelippe@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10038236>

Resumo: O trabalho busca abordar, sem esgotar o tema, as funções do Direito Penal Redutor encampada por Zaffaroni, por meio das práticas e seus efeitos materiais e judiciais na atuação da esfera penal, contrastando-as com as camisas epistêmicas da programação criminalizante que se (auto)legitima, concatenando os estudos da Criminologia Crítica com a crítica da criminologia antirracista em utilização de ferramenta contrasseletiva.

Palavras-chave: Sistema penal; Seletividade; Criminalização; Criminologia crítica; Estigma.

Abstract: The work seeks to address, without exhausting the topic, the function of Reductive Criminal Law taken up by Zaffaroni, through the practices and their material effects of the criminal sphere, contrasting them with the epistemic shirts of criminalizing programming that (self)legitimizes, concatenating the studies of Critical Criminology with the critique of anti-racist criminology using a counterselective tool.

Keywords: Penal system; Selectivity; Criminalization; Critical criminology; Stigma.

1. Os aportes da deslegitimação do sistema penal

A esfera penal surge como fruto de diálogo com determinadas expectativas sociais que vão gerar a concretização de determinado sistema penal (Bechara, 2014). Um traço marcante da esfera é o horizonte material que trafega por inúmeras violências por meios de discursos legitimantes da pena que podem suspender a autonomia dos conflitos absorvidos. Discursos que podem ecoar nas fases do sistema de justiça criminal e provocar particularidades decisórias que impactam na realidade das pessoas e nos respectivos processos judiciais repressivos, mas que passam ao largo do controle judicial racional, sob o capital social e cultural da segurança. Para **Zaffaroni et al.** (2013, p. 174): "Um direito penal como discurso, que aspire a alguma eficácia, em qualquer sentido que seja, não pode esquivar-se a um alto grau de integração com as ciências sociais"

Zaffaroni elabora uma tese de deslegitimação do sistema penal a partir da criminologia crítica — movimento teórico-prático que propõe um deslocamento das permanências do poder punitivo. Existem legendas atribuídas diferencialmente a sujeitos certos, e essa diferenciação é feita de acordo com as disputas de classe. As classes dominantes através do sistema penal se solidificam na nossa sociedade para imprimir sentidos de não ser a classe dominada (Baratta, 1999). Somamos a esse aporte teórico a proposta de dar uma aparência de igualdade no sistema que na verdade não existe. Além da classe, as violações de toda e qualquer maneira em face do corpo negro são posicionadas como meras violações de direito, pois "as categorias jurídicas não foram pensadas a partir da realidade vivida por quem habilita a zona do não ser" (Pires, 2020, p. 265). Foi tacitamente implementada uma específica organização, disposição particular e ordem dos elementos essenciais jurídicos, com prescrição que indica o modo apropriado de falar e agir nesses casos (Lopes, 2019).

2. Diagnóstico da Criminologia Crítica e Prognóstico Antirracista

A criminologia crítica elabora o diagnóstico de que a seleção criminalizante ocorre tornando laterais os crimes praticados pela classe dominante. Posicionamos em relevo que essa classe detém e administra o poder econômico e midiático e controla o acesso ao conhecimento e à organização social cultural como universal; as interpretações das experiências dessa cultura explicam tudo a partir de relações de poder. Eclipsa, assim, a existência de distintas abordagens para compreender a realidade que sugerem diferença na sociedade (Oyewùmí, 2021). Nesse cenário, abarcamos a perspectiva do que **Flauzina e Freitas** (2017) amparam quanto à letargia da Criminologia Crítica, de que, ainda com sua aptidão deslegitimante, conserva a manutenção dos projetos hegemônicos de disparidade racial na construção de um discurso jurídico funcional ao sistema. Para Zaffaroni (2014, p. 16), o sistema penal é uma complexa manifestação do poder social. O poder social não é algo estático, que se "tem", mas algo que se exerce.

Na tese encampada por **Zaffaroni**, há um divórcio da visão de túnel, um distanciamento da maneira de perceber o sistema penal apenas no que ele possui de aparentemente coerente dentro da estrutura dos institutos de direito certificados como verdadeiros. A reflexão doutrinária inclina sobre o Sistema Penal que inclui também o arcabouço teórico que o sustenta e procura legitimá-lo como o personagem do trágico cárcere, que "ergueu no patamar quatro paredes sólidas, tijolo por tijolo num desenho mágico" (Buarque, 1971). É militar para além das ferramentas habitualmente visíveis.

Destaca-se nesse cenário um léxico de estratégias "formas de dizer" jurídicas, que podem fomentar estruturas decisórias não controladas que culminam em deslocamento agressivo do sujeito, desorientando-o de seu espaço narrativo diante da imunização e da

blindagem de alguns atores. Para **Zaffaroni** (1999, p. 68) “é absurdo pensar que uma lei ou limite legal detenha, por efeito mágico, o poder. Muito mais absurdo seria negar que esse limite serviu e serve para desmascará-lo mais facilmente”.

3. A América Latina sob as nuances de “Em busca das Penas Perdidas”

Foi sobre essas bases que o professor elaborou em 1991 o livro “Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal”. Torna-se assimilável uma separação entre legalidade e legitimidade a partir do fato de que nem mesmo a legalidade tem audiência pelos mecanismos institucionais do sistema penal na América Latina. O perecimento humano é o avalizado distintivo penal. Torna-se necessário dar visibilidade a ferramentas utilizadas para (des) organizar a vida social, cultural e principalmente jurídica, absorvendo ações e ideias difundidas como estratégias de controle social para dissimular a violência.

Rosa Del Olmo (2004) destaca a necessidade de contribuir para a reconstrução histórica e retirar o mito de definição e controle da criminalidade na América Latina, bem como a conduta avalista de inúmeros mitos científicos dirigidos ao setor mais explorado e vulnerável das sociedades latino-americanas. Ao mesmo tempo em que se ignora um conjunto de pessoas em nosso contexto histórico, que também formam parte de nossa criminalidade, mas que escapam de ser definidos como tais por exercerem o poder econômico, político e social. O que se tem na América Latina, sem qualquer exagero, é um “genocídio em andamento” (Zaffaroni, 2001, p. 125). Ferramentas que constituem a “cidadania concreta” encampada por **Milton Santos** (2012).

Nessas bases, o Direito Penal Redutor é a ideia de que o papel a ser desempenhado pela esfera penal na realidade era conter o sistema coercitivo estatal. Existe a vida material em que localmente o ato do poder político penal e o Código Penal são aplicáveis como tratamento de ocorrências que alteram o fluxo “normal” da execução de forma subsidiária, a forma principal é a aplicabilidade de um código tácito e fora da lei no qual o excesso é a regra (Rede Liberdade, 2023). Sobressai nesse espaço um sistema normativo com potencial para a proteção do cidadão contra eventual excesso do Estado no exercício do poder punitivo. A motivação para a existência do Direito Penal, segundo **Zaffaroni**, é reduzir a sua própria aplicação ao elaborar fronteiras sólidas ao poder de punir do Estado que performa como uma exteriorização de poder. Isso porque o Estado não se autolimita e todo poder tende ao alargamento. A perspectiva funcional redutora não se apresenta como uma ruptura de método em relação às teorias antecedentes como o neokantismo, finalismo e funcionalismo (Greco, 2000). Conforme aduz **Zaffaroni**, a esfera penal deve ser norteadada pelo direito humanitário e programar o exercício de um poder que está legitimado na medida em que contém, limita ou reduz o exercício de outro poder que não está legitimado. Assim, **Alessandro Baratta** (1993) delimitou direitos humanos como necessidades reais e uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Temos, desse modo, uma concepção limitativa dos direitos humanos e não um critério de legitimação de mandados de criminalização. Os direitos humanos surgem como objeto e limite do poder punitivo e dos processos de criminalização, ainda que a violação de direitos humanos possa ser objeto de tutela penal, sua diuturna função política é a que contém o poder punitivo, e não legitima. Segundo **Lola Aniyar de Castro** e **Rodrigo Codino** (2017, p. 416), “em resumo, os direitos humanos têm sido, pois, propostos como limite e como objeto do Direito Penal” Isso quer dizer que os Direitos Humanos são o limite da intervenção punitiva do Estado e que o Direito Penal não está legitimado se não contribui para diminuir a violência punitiva.

O panorama redutor abarca a premissa da sociedade de consenso sob a ideia de que as regras surgem naturalmente nessa sociedade que funciona como um organismo vivo — *autopoiesis*. A outra premissa seria a sociedade de conflito, onde o questionamento não se dirige mais a perquirir porque as pessoas cometem crimes, e a pergunta passa a ser: por que certas pessoas são criminalizadas? Se é que estamos realmente considerando criticamente que vivemos mesmo em uma sociedade de consenso ou de eterno conflito.

O saber penal deve ser como um dique de contenção das águas mais turbulentas e caóticas do estado de polícia, para impedir que atinjam o estado de direito. No tomo 1 da coleção Direito Penal Brasileiro (Zaffaroni *et al.*, 2013, p. 40), a contenção e redução do poder punitivo, pelo Direito Penal, impulsionam o progresso do estado de Direito: “Não há nenhum estado de direito puro, o estado de direito não passa de uma barreira que represa o estado de polícia que invariavelmente sobrevive no seu interior”.

Em síntese, o estado de direito subordina todos à lei em oposição ao estado de polícia, onde todos estão submetidos ao poder daqueles que ditam ordens. O Direito Penal pode ser um dique que contenha a opressão, logicamente se elaborado e praticado com uma racionalidade contrasseletiva.

A opressão surge voluntariamente, por via penal, através de um discurso ilusório legitimador da criminalização ou de urgência de segurança. As mídias, a reportagem, o jornal das 17 horas desenham o criminoso exercendo um reforço sobre controle informal dos fatos e trazem à existência um sentido social negativo, não às condutas humanas que se dão no contexto das relações sociais suscetíveis à sanção — tarefa de competência da esfera penal —, mas àquilo que é visto em baixa definição, compartilhando desvalores em sociedade. Partindo desse *locus*, temos a definição discutível do que é urgente para merecer a intervenção penal, onde não é possível atenuar reclames sociais de outra forma que não seja momentaneamente. O Direito Penal, como todo poder, tende à dilação e ao arbítrio. Assim, todo poder tem que encontrar uma limitação que não vem de dentro — o Estado não se autolimita e o Direito Penal não protege bem jurídico. Assim, encontraria nos direitos humanos que vinculam homem e direito um referencial ou uma candidatura capaz de objetivar e limitar o poder punitivo com sua violação a ser considerada pela justiça?

4. Nuances do Direito Penal Redutor

A proposta de contenção apresenta esse Direito Penal com inspiração humanitária como um filtro que reduz essa violência material ou de discurso legitimante de opressão, na medida em que poderá somente privar a liberdade de alguém mediante anterior previsão, devido processo legal e demonstrados democraticamente dolo ou culpa. Ausente esse filtro, a violência não encontraria barreiras e atuaria sem nenhum tipo de reserva, como ocorre em casos certos das pessoas negras, subalternamente racializadas. Essas preconceções elaboradas pelos normais, são transformadas em “expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso” (Goffman, 1975, p. 12). Existem diversas questões que constroem essa racionalidade da qual carregamos. Os rótulos sociais propiciam a existência e uma separação delimitada de dois grupos: nós e eles. O “nós” se caracteriza por todos os valores que constroem a visão de um ser humano “normal” expressada pela ideologia dominante da sociedade. O “eles” é caracterizado pelas replicações.

É indispensável pensar nos sujeitos e na problematização dos mecanismos através dos quais são criadas e aplicadas as definições e realizados os processos de criminalização. Devemos olhar para o controle feito pelo sistema penal percebidos na sede policial,

no judiciário, Ministério Público, instituições familiares, pessoas, escolas... Esse caldeirão está contido na forma como sentimos a questão criminal de acordo com **Vera Malaguti Batista** (1998). A racionalidade contrasseletiva absorve a concepção de que o sistema de justiça criminal poderia exercer esse dispositivo, percebendo que aqueles que são desde logo mais vulneráveis a criminalização primária, merecem uma intensidade de proteção do sistema de justiça penal. Para aqueles que são os alvos de sempre, o sistema reconheceria essa vulnerabilidade antecipadamente, diante da persecução penal e a compensaria no momento do julgamento, e vice-versa. Sem ausentar-nos do fato de que na disfuncionalidade da convivência social, incapaz de ser dirimida por outros meios, surgem os atores do sistema criminal seletivo: após o momento conveniente, numa manobra para evitar dificuldades e usa de explicação das causas que levam um determinado fato a ocorrer, na busca de encontrar a justiça necessária para um determinado acontecimento, atormentado por sempre justificar a si mesmo.

É pensar até que ponto aquele que não tem camadas de vulnerabilidade (Zaffaroni, 2004, p. 37) frente ao sistema criminal, que não é o alvo preferencial do sistema repressivo, até que ponto poderia ser tratado de forma que o sistema penal, faria esse papel contra seletivo (Zaffaroni, 2004, p. 245-246). A categorização do indivíduo como delinquente é exercida a partir de um estereótipo antecipadamente determinado por um rótulo social (Zaffaroni, 2001).

Quanto de esforço um homem cisbranco/eurocristão, de

terno, tem que empenhar para ser alvo do sistema penal? Em posição diametralmente oposta um outro homem negro, nas mesmas condições, a chance de ser abordado irracionalmente é considerável, até porque tem desproporcional vulnerabilidade por estar sobre-representado na administração do rótulo criminoso.

O histórico material do exercício do poder coercitivo demonstra sua incidência sobre pessoas selecionadas com estereótipos certos, historicamente, politicamente e imagetivamente engendrados. É nesta senda que a finalidade da elaboração deste primeiro filtro de contenção do poder punitivo visa ao possível impedimento de prática guiadas pela vulnerabilidade de alguns grupos sociais. Para isso, há que se construir um conceito jurídico-penal de ação que seja anterior à análise da tipicidade (pré-típico), como válvula de segurança, de modo a conter o impulso seletivo pessoal do poder punitivo (Brodt, 2010).

O aporte de censura punitiva pode ser um mecanismo contra seletivo, que é a ação da vulnerabilidade penal quanto ao fato que é objeto de uma relação jurídica submetida a exame, discussão e julgamento. Quanto maior o esforço dispendido para receber a visita da esfera penal, maior seria a incursão penal, e quanto menor o esforço e, portanto, a maior vulnerabilidade desde logo, diante do poder político, econômico e na contemporaneidade, do algoritmo, dentro de uma sociedade de conflito, menor poderia ser a carga penal.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

LOURENÇO FELIPPE, C. L. A perspectiva contrasseletiva do Direito Penal redutor. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 31, n. 372, [s.d.]. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10038236>. Disponível

em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/767. Acesso em: 24 out. 2023.

Notas

¹ Os rótulos sociais propiciam a existência e uma separação delimitada de dois grupos: nós e eles. O "nós" se caracteriza por todos os valores que constroem a visão de um ser humano "normal" expressada pela ideologia dominante da sociedade. O "eles" é

caracterizado pelas pessoas que são diferentes do "nós", e, portanto, são as rotuladas negativamente. Goffman denominou tais grupos de "normais" e "estigmatizados" (Goffman, 1975).

Referências

ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução: Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Tradução: Ana Lucia Sabadeli. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 44-61, 1993.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1998.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. O direito penal sob a perspectiva funcional redutora de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 101, p. 97-136, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/119>. Acesso em: 6 out. 2023.

BUARQUE, Chico. *Construção*. In: *Construção*. Rio de Janeiro: Philips, 1971.

DEL OLMO, Rosa. A América Latina e sua criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; FREITAS, Felipe da Silva. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento negro no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 25, n. 135, p. 49-71, set. 2017.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1975.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima: *O direito na história: lições introdutórias*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

OYEWŪMÍ, Oyèrónké. *A invenção das mulheres: construindo um sentido africano para os discursos ocidentais de gênero*. Tradução: Wanderson Flor do Nascimento. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Por uma concepção amefricana de direitos humanos. In: BRANDÃO, Clarissa; BELLO, Enzo (Orgs.) *Direitos humanos e cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 235-256.

REDE LIBERDADE. *Letalidade policial e seletividade penal: reflexões produzidas por corpos matáveis*. Ed. dos Autores, 2023. Disponível em: <https://redeliberdade.org.br/letalidade-policial-e-seletividade-penal-reflexoes-produzidas-por-corpos-mataveis/>. Acesso em: 6 out. 2023.

SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. Tradução Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 31-48, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. 2. reimp. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Autora convidada