

**EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO À IGUALDADE
SUBSTANCIAL PERANTE A LEI, SOB O ENFOQUE
DA SELEÇÃO DESIGUAL DOS DESTINATÁRIOS DO
DIREITO PENAL NO BRASIL**

*EFFECTIVENESS OF SUBSTANTIAL HUMAN RIGHT TO
EQUALITY BEFORE THE LAW UNDER THE FOCUS OF
UNEQUAL SELECTION OF RECIPIENTS OF CRIMINAL
LAW IN BRAZIL*

Adilson Josemar Puhl

Professor e coordenador da Pós-Graduação em Segurança Pública e Cida-
dania da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD.
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Nacional
de Brasília – UNB.

E-mail: ajpuhl@hotmail.com

Lenilson Almeida da Silva

Procurador do Município de Dourados/MS.
Pós-Graduado em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade
Federal da Grande Dourados – UFGD.

E-mail: lenilsonalmeida@ufgd.edu.br

Data de Recebimento: 09/06/2011 Data de Aceite: 22/07/2011

RESUMO: O presente trabalho, extraído de monografia sob o mesmo título (apresentada para a obtenção do título de especialista em Direitos Humanos e Cidadania), procura abordar o tema dos direitos humanos, principalmente do direito humano à igualdade, e sua efetividade diante da aplicação desigual do direito penal aos seus destinatários no Brasil. Procura-se refletir sobre os direitos humanos, como direitos fundamentais, essenciais para a dignidade humana, ressaltando seu caráter histórico, e sobre o direito penal, como instrumento que contribui para a desigualdade sócio-econômica, pois, ao selecionar, por meio do sistema penal, desigualmente seus destinatários, atinge principalmente os mais pobres, aos quais também trata mais severamente, e pode vir a dificultar a mobilidade social, uma vez que os selecionados pelo sistema penal carregam pelo resto da vida o estereótipo de se-

leccionado pelo sistema penal, mesmo que por ele absolvidos. Assim, enquanto os direitos humanos ampliam cada vez mais a liberdade e a igualdade entre os seres humanos, o direito penal seleciona e pune desigualmente, principalmente, os mais pobres, e pode, inclusive, criar óbices para a mobilidade e a inserção social.

Palavras-chave: Efetividade; Direitos Humanos; Direito Penal; Seleção Desigual.

ABSTRACT: The present work, extracted a monograph under the same title (presented to obtain the title of specialist in Human Rights and Citizenship), seeks to address the issue of human rights, particularly the human right to equality, and its effectiveness because of uneven application of criminal law to their recipients in Brazil. Attempt to reflect on human rights as fundamental rights that are essential to human dignity, emphasizing its historic character, and on criminal law as an instrument contributing to socioeconomic inequality, for selecting, through the criminal justice system Unequally their recipients, mainly affects the poor, which also treats more severely and may eventually hinder the social mobility, since those selected by the criminal justice system carry for life the stereotype selected by the criminal justice system, even though for him acquitted. Thus, while human rights are increasingly extend freedom and equality among human beings, criminal law punishes inequitably selects and especially the poorest, and can even create obstacles for mobility and social inclusion.

Key words: Effectiveness; Human rights; Criminal law; Unequal selection.

INTRODUÇÃO

A história é um produto essencialmente humano, e os direitos humanos são fruto da história dos homens. Com fundamento nos direitos humanos, tem-se que nenhum ser humano, mesmo que se considere, ou seja, considerado mais inteligente, mais forte, mais belo, mais rico, não é superior aos demais. Todos são iguais, porém essa igualdade não surge com a natureza, ela é uma construção humana, uma necessidade social, pois a diferença, e não a igualdade, é que é inerente ao ser humano, haja vista, que desde o genótipo até a personalidade, cada um tem suas características próprias e específicas.

O direito penal também é um construído dos seres humanos, porém com a finalidade principal de reprimir as condutas consideradas

contrárias à normalidade, que, em regra, é definida por quem detém o poder, e por isso pode-se dizer que o direito penal, como fenômeno político-social, também é histórico. Mas, enquanto os direitos humanos, como construção histórica, nascem das exigências pelo respeito à dignidade humana, o direito penal nasce para reprimir as atitudes contrárias ao estabelecido por um determinado poder.

A lei penal, pelo menos teoricamente, não pode fugir às disposições constitucionais, todavia na prática, verifica-se que o sistema penal seleciona mais facilmente alguns delinquentes e alguns delitos, aplicando um tratamento mais severo do que para outros, e que também atua diferentemente quanto à punição e à impunidade.

O presente artigo pretende analisar a efetividade do direito humano à igualdade substancial perante a lei, sob o enfoque da seleção desigual dos destinatários do direito penal no Brasil, procurando analisar como e por que a lei penal se aplica diferentemente aos que são considerados seus infratores.

1 CONCEITUAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são aqueles direitos da pessoa humana considerados indispensáveis para sua digna e livre existência. De acordo com Dalmo de Abreu Dallari, a expressão direitos humanos “é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana”¹, e são direitos fundamentais, porque são necessários para uma existência plena, que necessita ter asseguradas, desde o nascimento, as condições mínimas para que o ser humano se torne útil à sociedade, e por isso os direitos humanos “correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana”, as quais são “iguais para todos os seres humanos” e precisam ser satisfeitas “para que a pessoa possa viver com a dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas”².

O ser humano pode até viver sem ter respeitados seus direitos humanos. Contudo, sem esse respeito, não viverá plenamente a sua essência de ser racional e livre, pois são os direitos humanos que asse-

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004, p. 12-13.

² *Ibid.*, p. 12-13.

guram o valor da pessoa humana. De acordo com Celso Lafer, “O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem”³, razão pela qual não é suficiente que o Estado reconheça formalmente os direitos humanos, pois, conforme Letícia Lourenço Sangaletto Terron, deve “buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes”⁴.

Tendo em vista que o ser humano é o titular e o destinatário de todas as regras, os direitos humanos pela importância que têm para os indivíduos devem fazer parte das Constituições, pelo menos daquelas que se intitulem democráticas. Porém, não basta somente a previsão dos direitos humanos (ou fundamentais) no texto constitucional, é preciso sua concretização.

Segundo Bonavides, os direitos fundamentais representam a construção da liberdade nas Constituições, e foi com eles que o constitucionalismo do século XX tornou-se mais nítido, e é com os direitos fundamentais que “coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder”⁵.

Os direitos humanos são, assim, o conjunto dos direitos que reconhecem a importância do ser humano para consigo mesmo, para com coletividade e diante do Estado, e que implicam na necessidade de assegurar a dignidade para todos os indivíduos em todos os lugares do planeta, independentemente de raça, sexo, credo, ou opinião política.

2 DESIGUALDADES SOCIAIS E EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

A desigualdade no acesso aos bens da vida é provocada, principalmente, pelo acúmulo de bens nas mãos de poucos, o que é mencionado por Cristovam Buarque, quando afirma que nos países

³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 118.

⁴ TERRON, Letícia Lourenço Sangaletto. A relatividade dos direitos fundamentais. In: *Universitária*, Araçatuba: Centro Universitário Toledo, v. 1, n. 1, p. 27, jul. 2005.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 602.

em que a maioria da população é pobre, as elites nacionais assumiram “o mesmo papel dos colonizadores estrangeiros” e passaram “a explorar e usufruir a potencialidade do país”, sem a distribuição dos resultados, e o pior, isto através de “métodos tão ou mais brutais do que os antigos colonizadores”. Assim, nos países da América Latina, da Ásia e da África, foram formadas elites “com os mesmos padrões de consumo dos países ricos, mas à custa de imoral concentração de renda nacional”⁶.

De acordo com Elimar Pinheiro do Nascimento, “a desigualdade dentro de determinados limites – que são o da indignação – não constitui nenhum problema para a sociedade moderna”, pois na realidade ela é inerente e até benéfica em certo ponto⁷, pois desde que exista a real possibilidade de mobilidade social, a desigualdade faz com que a sociedade tenha um dinamismo extraordinário⁸. Mas, segundo esse autor, no mundo, e no Brasil, o movimento de internacionalização da economia, “associado à hegemonia neoliberal”, aumentou consideravelmente as desigualdades sociais⁹.

Para Elimar Pinheiro, o problema da desigualdade é quando ela cresce e conduz à diferenciação entre os seres humanos, prejudicando a construção da igualdade, o que ocorre quando as pessoas ou grupos são postos em condições de pobreza absoluta, ou de exclusão social¹⁰, essa, por sua vez, é construída através de um processo múltiplo, composto pela exclusão do trabalho (aspecto econômico), a negativa de direitos (aspecto cultural) e a ruptura de vínculos sociais (aspecto social)¹¹. Nesse processo, os indivíduos são transformados de exército de reserva em lixo industrial, pois “não apenas não têm trabalho ou capacidade de gerar renda como não têm as qualidades para nele ingressar”, passando a ser desnecessários economicamente¹², uma

⁶ BUARQUE, Cristovam. *O que é apartação* – o aparttheid social no Brasil. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 19.

⁷ NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Dos excluídos necessários aos excluídos desnecessários. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). *No meio da rua* – nômades, excluídos e viradores. Rio de Janeiro: Garamond, 2003, p. 64.

⁸ *Ibid.*, p. 63.

⁹ *Ibid.*, p. 57.

¹⁰ *Ibid.*, p. 63-64.

¹¹ *Ibid.*, p. 68.

¹² NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do, *op cit.*, p. 69.

vez que “perdem qualquer função produtiva, ou se inserem de forma marginal no processo produtivo,” tornando-se um peso econômico para a sociedade e para o Estado¹³.

Para Dimitri Dimoulis, a formulação genérica de que todos os seres humanos são livres e iguais de modo geral, é ideológica, pois exprimem “idéias e desejos socialmente difusos; mas não correspondem nem à realidade política e institucional, nem imediatamente aos interesses dos grupos dominantes”, e por isso “os direitos declarados nas Constituições não diferem muito das saudações natalícias que invariavelmente repetimos cada ano”¹⁴, haja vista que, mesmo considerando que a política de direitos humanos, “reivindica o respeito das promessas do direito e exprime desejos de ideais emancipatórios”. Na prática, essas promessas são desmentidas, ao se verificar que os direitos e garantias sociais proclamados na Constituição brasileira pouco impedem “a fome e a miséria”¹⁵.

Para Aniyar de Castro, os direitos individuais para serem efetivados necessitam que também sejam satisfeitos os direitos sociais. Nesse sentido, a autora menciona que os direitos de liberdade e igualdade são reconhecidos como válidos “em relação a limitações recíprocas”, pois, enquanto se realizam transformações sociais destinadas a distribuir igualmente as oportunidades a todas as pessoas, “as estruturas jurídicas e a atividade judicial devem reconhecer a base material das relações humanas e sociais, adequando-se a elas para obter, a partir de uma combinação produtiva entre ‘igualdade’ e ‘liberdade’”, o direito fundamental da Justiça”, o que significa uma “redefinição dos direitos humanos”, entendidos como um sistema, no sentido de que “os direitos individuais não podem ser garantidos se não se desfruta plenamente dos direitos sociais”¹⁶.

Para Bobbio, o problema atual dos direitos humanos não é mais o de fundamentá-los e sim o de protegê-los.¹⁷ Assim, segundo esse

¹³ *Ibid.*, p. 69-70.

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri. Da “política criminal” à política da igualdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, p. 223, jan./mar. 2002.

¹⁵ *Ibid.*, p. 223-224.

¹⁶ ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005, p. 240.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p 25.

autor, o problema que se tem diante de nós não é saber a natureza dos direitos humanos, “se são naturais ou históricos, absolutos ou relativos”, e sim, qual “é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados [...]”¹⁸. Ainda conforme Bobbio, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 resolveu o problema da fundamentação dos direitos humanos¹⁹, mas ainda é necessário enfrentar o problema da efetiva proteção desses direitos²⁰.

Portanto, para que os direitos humanos sejam realmente respeitados no Brasil, não basta estarem programados, nem é suficiente existir a eficácia jurídica, é necessário que exista a efetividade social. Isto é, que a norma de direitos humanos (ou de direito fundamental), garantida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e na Constituição da República do Brasil, seja posta em prática (tanto os direitos individuais quanto os sociais). Ou seja, concretizada no País, o que não é impossível, porém é muito difícil diante das grandes disparidades e desigualdades econômico-sociais existentes no Brasil.

3 CONCEITUAÇÃO E FINALIDADE DO DIREITO PENAL

Pode-se conceituar o direito penal como sendo o complexo de normas jurídicas dirigidas ao controle social, a fim de que sejam protegidos os bens jurídicos considerados mais importantes para o grupo social. Damásio de Jesus, ao explanar sobre o conceito de direito penal, afirma que o fato social que se manifesta contrariando a norma de direito gera o ilícito jurídico, “cuja forma mais séria é o ilícito penal, que atenta contra os bens mais importantes da vida social”, e visando a tornar invioláveis e proteger esses bens, o Estado estabelece sanções ao ilícito penal, e também outras medidas para “prevenir ou reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos dos cidadãos”. Assim, a “mais severa das sanções é a pena, estabelecida para o caso de inobservância de um imperativo”, e entre as “medidas de repressão ou prevenção encontramos as medidas de segurança”²¹.

¹⁸ BOBBIO, Noberto, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹ *Ibid.*, p. 26.

²⁰ *Ibid.*, p. 37.

²¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – Parte Geral*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 03.

Em tese, é função do direito penal insurgir-se contra aqueles que venham a atingir os bens jurídicos considerados de suma importância pela sociedade, prevenindo futuras infrações, punindo e tratando os infratores. Nas palavras de Mirabete, “Pode-se dizer, assim, que, o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes e paz pública etc.) [...]”²².

A vida em sociedade fez surgir a necessidade de normas direcionadas a regular a convivência das pessoas no grupo social, e, em face dessa necessidade, o direito penal, através das leis penais, acaba por prescrever um comportamento tido como normal, através da descrição de atos e condutas que contrariem tal comportamento, prescrevendo sanções àqueles que as realizarem. Jorge de F. Dias e Manuel da C. Andrade mencionam que, segundo Vold, o crime “implica sempre duas coisas: um comportamento humano, e o julgamento ou a definição desse comportamento por parte de outros homens que o consideram como próprio e permitido, ou impróprio e proibido”²³.

O direito penal e as infrações penais são criações humanas e, de acordo com Beatriz Rizzo Castanheira e Carmen Silvia Barros, “a ocorrência de condutas que hoje denominamos ‘crime’ é fenômenos social inevitável”²⁴, e elas acrescentam que o direito penal “foi criado pelo homem, não foi um presente ou uma imposição divina [...]”²⁵.

A definição do que é infração penal, além de ser um produto da sociedade, é fruto também da história humana. Segundo Dimitri Dimoulis, a “definição jurídica do crime é, porém, historicamente mutável”, pois, durante a história, “houve legisladores, que achavam que a negação da divindade do Espírito Santo era um crime passível de pena de morte (heresia)”, enquanto, atualmente, essa negação constitui “a liberdade de crença”. Nos dias atuais, há também, “legis-

²² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 21.

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1. ed. Coimbra/Portugal: Imprensa da Universidade, 1992, p. 84.

²⁴ CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo; BARROS, Carmen Silvia. Para aqueles que acreditam na justiça penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 5, n. 59, p. 5, out. 1997.

²⁵ *Ibid.*, p. 5.

ladores que consideram que [...] consumir *cannabis sativa* constitui um crime, enquanto que legisladores de outros países avaliam os mesmos atos como exercício da liberdade de ação do indivíduo, protegida pela Constituição [...]”²⁶.

Entendemos também que o crime (e qualquer infração penal) não faz parte da natureza, e assim como os direitos humanos, é histórica, e também é um fenômeno político-social, e mesmo que, nos primórdios da humanidade, o direito penal tenha tido inspiração nas leis da natureza, sua criação é humana, haja vista que foram e são os grupos sociais os quais (direta ou indiretamente) definem o que é “certo” ou “errado” fazer, mesmo diante das regras da natureza ou da organização do grupo social.

De acordo com Carlos Frederico Marés Souza Filho, o direito estatal é lei, e a lei é criada ou inventada por um grupo de homens, que teoricamente representam todos os demais membros da sociedade. Entretanto, não raras vezes legislam contra os interesses daqueles que representam e da própria nação, e numa sociedade dividida como a nossa, a lei é uma invenção de uns contra outros²⁷. Desse modo, o Código Penal e qualquer lei serão ilegítimos se não forem criados para reconhecer os direitos e deveres que os cidadãos necessitam reconhecer mutuamente para a paz social.

4 DEFINIÇÃO E ATUAÇÃO DO SISTEMA PENAL

Direito penal e sistema penal não são a mesma coisa. O primeiro representa um conjunto de normas jurídicas, e o segundo representa o conjunto das instituições que realizam o direito penal. Nesse sentido, Nilo Batista menciona que o direito penal deve ser distinguido do sistema penal, pois o “direito penal é o conjunto de normas jurídicas que prevêm os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas”²⁸. Já o sistema penal é

²⁶ DIMOULIS, Dimitri, *op. cit.*, p. 210.

²⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. In: DONIZETTI, Luiz (Org.). *Índios no Brasil*. São Paulo: Global, 1998, p. 156.

²⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 24.

o conjunto formado pelas instituições (judicial, policial e penitenciária) que, de acordo com “regras jurídicas pertinentes”, se encarrega de “realizar o direito penal”²⁹.

Ainda sobre a definição de sistema penal, Nilo Batista, citando Cirino dos Santos, informa que, segundo este, o sistema penal é: [...] ‘constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais’ e tem a intenção de afirmar-se como ‘sistema garantidor de uma ordem social justa’ mas seu desempenho real contradiz essa aparência”³⁰.

Aniyar de Castro, ao abordar o sistema penal aparente e o subterrâneo, afirma que enquanto “o sistema penal aparente formula expressamente o que é ‘mau’ nos códigos através das incriminações”, o sistema penal subterrâneo, por sua vez, estabelece o que é bom, e também quem ele considera os “bons”. Por isso, ocorre a “não-criminalização” de certas condutas das classes hegemônicas, que possuem “grave dano e custo social”, mas em compensação “o sistema penal aparente criminaliza prioritariamente condutas que são mais facilmente localizáveis no âmbito das classes subalternas”. Disso se extrai que, além dos órgãos de execução do sistema penal (polícia, ministério público, judiciário e instituições de execução penal), o poder legislativo, ao definir os crimes e suas sanções, também contribui para a seleção desigual do direito penal.

Assim, por meio da ameaça e aplicação do direito penal, o sistema penal, ao impor o regramento social disposto, acaba por fazer prevalecer a vontade daqueles poucos privilegiados que possuem o poder.

5 DESIGUALDADES SOCIAIS E A LEI PENAL

A distribuição muito desigual dos bens da natureza e a grande desigualdade social no acesso aos bens da vida, no Brasil, é consequência, principalmente, do acúmulo de bens nas mãos de poucos, pois, geralmente, quando poucos têm muito, muitos têm pouco. Segundo Beatriz Rizzo Castanheira e Carmen Silvia de Moraes Barros, “não temos uma sociedade, senão diversos grupos marginalizados e excluí-

²⁹ *Ibid.*, p. 24.

³⁰ *Ibid.*, p. 25.

dos” que são “agredidos diariamente”, como “vítimas da violência da pobreza e de todas as suas privações materiais, intelectuais, morais, emocionais”, e que são incluídos de forma compulsória pela justiça penal, quando violam as regras. Desse modo, segundo as autoras, não é justo, nem coerente que centenas de milhares de pessoas não tenham nossos direitos, mas sejam submetidas a nossos deveres³¹.

A grande desigualdade social interessa aos dominantes, o que é corroborado por Dimitri Dimoulis, o qual afirma que a desigualdade é mantida em razão do interesse dos detentores do poder em explorar vantajosamente o trabalho dos demais. Dessa maneira, os explorados não podem ser verdadeiramente livres, uma vez que os “fortes não ‘concedem’ aos explorados as liberdades que constituem um perigo para os seus interesses”³².

Além disso, enquanto o direito privado garante aos poderosos a propriedade dos bens, o direito penal reprime os despossuídos que se atrevam a tentar ter o que foi definido como não sendo seu. Nesse sentido, Carlos Frederico Marés Souza Filho afirma que o direito penal “é criado como forma de coibir a violência social, intimidando e desestimulando a grande maioria de injustiçados de procurar a justiça por suas próprias mãos”, razão pela qual o direito penal reflete-se contra a maioria da população, e por esta é concebido como um instrumento de intimidação. Desse modo, o direito privado é “o direito dos poderosos”, e o penal é o direito “dos oprimidos”. O primeiro destina-se a garantir os bens de quem os possui, e o segundo “para intimidar ação socialmente reprovável”³³.

No Brasil, o direito penal comum aparentemente “se aplica a todos os cidadãos”³⁴. Contudo, entre os que realmente sofrem o “castigo” imposto pela sanção penal, a maioria (ou quase todos) pertence aos estratos mais pobres da sociedade. Certamente, o direito penal não dispõe qual deve ser a posição social do indivíduo na sociedade. Todavia, através de seus tipos e sanções acaba garantindo aos detentores do poder econômico e político a segurança e a estabilidade, enquanto coíbe certas atitudes dos excluídos, seja

³¹ CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo; BARROS, Carmen Silvia, *op cit.*, p. 5.

³² DIMOULIS, Dimitri, *op. cit.*, p. 221.

³³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés, *op. cit.*, p. 153-154.

³⁴ JESUS, Damásio E. de, *op. cit.*, p. 8.

quando busquem subtrair o poder ou até mesmo quando desejem ter uma vida digna.

Segundo Moisés Maximiano Barretos, o sistema “(Leis, Polícia, Justiça, Ministério Público, etc.)”, por um lado, proporciona certa imunidade “para os mais privilegiados” que, assistidos pelos melhores advogados, “aproveitam das brechas da lei, das falhas da polícia, da morosidade da Justiça, das provas mal feitas, e de outros fatores” e, na maioria das vezes, se livram das “sanções da lei”, e, por outro lado, os “menos privilegiados (os pobres)” dependentes, na maioria dos casos, da assistência judiciária gratuita, “que nem sempre faz uma defesa adequada”, contribuindo para que os pobres sejam “enquadrados nas sanções da lei”³⁵.

Por isso, os mais débeis econômica e socialmente não só sofrem com a seleção desigual do sistema penal, mas também pelas dificuldades para se defender dos argumentos apresentados por este, pois enquanto os detentores do poder, caso selecionados, dispõem de vários advogados, os mais pobres dependem quase exclusivamente da defensoria pública, à qual não se pode negar a competência, mas que diante do número de casos para atuar, tem limitado seu desempenho em favor dos mais débeis. Aniyar de Castro escreve que: “[...] O direito à defesa pregado pelo sistema aparente se anula quando as defensorias públicas de presos pobres estão sobrecarregadas de casos, como é habitual nesses países”³⁶.

Para Dimitri Dimoulis, “A pessoa declarada pelas instâncias do sistema penal como criminosa” não tem, na maioria das vezes, atendidos seus direitos constitucionais, não sendo ‘livre porque igual’, nem ‘igual porque livre’”, e é em razão disso que reage muitas vezes violentamente e desrespeitando os direitos alheios. No entanto, com seu recrutamento para “o exército dos miseráveis das prisões”, não se protege a sociedade, e sim são satisfeitos os que podem ser considerados “mais livres”, por serem “superiores”, e também são amedrontados os “potenciais clientes do sistema penal”, os quais são definidos pela sociedade e pela cultura. Com isso, são agravados os conflitos sociais e desrespeitada a “idéia diretriz das Constituições modernas”. Assim,

³⁵ BARRETOS, Moisés Maximiano. Criminologia: a posição social do indivíduo na sociedade e a potencialidade para cometer crime. *Caderno UniABC de Direito*, ano II, n. 17, p. 37.

³⁶ ANIYAR DE CASTRO, Lola, *op. cit.*, p. 132.

quem é declarado criminoso ao invés do tratamento penal, deveria receber o constitucional, porque, “como bem diz a Constituição brasileira, exprimindo a idéia da igualdade, o objetivo da vida em sociedade deveria ser ‘assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social’ (art. 170)”³⁷.

Portanto, o direito penal e o sistema penal projetam o discurso de igualdade para todos; quando na realidade os destinatários da norma penal são selecionados justamente com base na desigualdade existente entre eles, isto é, os mais fracos são punidos, e os mais fortes ficam impunes, quando não imunes. E, as penas, apesar de teoricamente terem se humanizado, até hoje, continuam a ser aplicadas desigualmente, haja vista que seus principais e quase exclusivos destinatários são os deserdados do poder, ou seja, os “pobres”, “pretos” e “putas” e também as minorias sem poder.

Essa seleção desigual demonstra que a igualdade perante o direito penal é um mito, e, conforme Baratta, “o direito penal não defende todos”, mas somente os bens essenciais. Na punição das ofensas a esses bens, ele atua desigualmente e de modo fragmentário, e a “lei penal por sua vez não é igual para todos”, haja vista que o “*status* de criminoso” é desigualmente distribuído entre os indivíduos. Assim, a tutela do direito penal e a distribuição do *status* de criminoso são independentes “da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei”, pois não constituem a principal variável da “reação criminalizante e da sua intensidade”, e por isso o “direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência”³⁸.

Já foi afirmado anteriormente que as pessoas são diferentes, mas têm direito à igual tratamento perante a lei. Contudo, na prática, e diante das grandes desigualdades sociais e econômicas (geradas e garantidas pela própria lei), o direito penal atua desigualmente sobre seus destinatários, em sua aplicação aos casos concretos. Isso demonstra a negação do respeito pelo direito de igualdade substancial na seara penal.

³⁷ DIMOULIS, Dimitri, *op. cit.*, p. 229.

³⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos (título original *Criminologia crítica e crítica del diritto penale*). 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 162.

A lei é desigual, e para piorar, a atuação do sistema penal nem sempre está restrita ao que diz a lei. Para Zaffaroni, o poder configurador do sistema penal é exercido à margem da lei, de forma arbitrária e seletiva, porque a própria lei assim o dispõe, e porque deixa fora do discurso jurídico-penal uma grande margem para atuação discricionária do controle social punitivo³⁹. Aniyar de Castro afirma que, no sistema penal aparente, a criminalização é um produto da condenação formal (afirmando-se a igualdade perante a lei), enquanto no subterrâneo, a criminalização se dá por meio dos estereótipos em razão da classe social a que pertence o delinquente, e também pela manutenção da marginalidade social, que desrespeita os direitos humanos das pessoas, motiva as condutas dissonantes, e dificulta a defesa processual⁴⁰.

Assim, a atuação desigual do sistema penal sobre seus destinatários não se resume somente na seletividade dos mais fracos economicamente e nos privilégios dos beneficiados pelo poder, mas também nas arbitrariedades cometidas, pois a violência cotidiana dos órgãos do sistema penal, conforme Zaffaroni, “recai sobre os setores mais vulneráveis da população e, particularmente, sobre os habitantes das ‘vilas-misérias’, ‘favelas’, ‘cidades novas’, etc. [...]”⁴¹ de maneira que, segundo esse autor, estamos diante de “*um genocídio em andamento*”⁴². Genocídio esse que, em alguns países, assume aspecto ético, em razão da “contribuição do sistema penal para a extinção do índio ou o nítido predomínio de negros, mulatos e mestiços entre presos e mortos.”⁴³ Isso se confirma no Brasil pela ação cotidiana da polícia nos setores mais pobres da população, tais como as favelas e as vilas miseráveis, e também pela abordagem policial diferenciada para brancos, negros e índios.

Segundo Alessandro Baratta, a criminalidade é “um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”⁴⁴.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas* – a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição (título original: *Em busca de lãs penas perdidas*). Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 25.

⁴⁰ ANIYAR DE CASTRO, Lola, *op. cit.*, p. 130-131.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 125.

⁴² *Ibid.*, p. 125.

⁴³ *Ibid.*, p. 125.

⁴⁴ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 161.

6 OS DIREITOS HUMANOS E A DESIGUALDADE SUBSTANCIAL PERANTE O DIREITO PENAL

Enquanto os direitos humanos contribuem para igualdade substancial entre os seres humanos, o direito penal reforça a desigualdade social e econômica, o que é corroborado por Baratta, quando menciona que além do caráter seletivo das normas do direito penal, ele exerce a função de reprodução e produção das relações de desigualdade,⁴⁵ uma vez que “a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere”, faz parte da superestrutura de “manutenção da escala vertical da sociedade”. Isso porque a sanção penal, ao incidir negativamente, em especial, sobre o status social daqueles pertencentes aos estratos sociais mais pobres, atua de maneira a “impedir sua ascensão social”. Assim, a pena exerce uma função simbólica de punir certos comportamentos ilegais para deixar outros ilegais sem punição ou imunes à criminalização, ou seja, a seletividade “do direito penal resulta na cobertura ideológica desta mesma seletividade”⁴⁶.

Para Nilo Batista, o “sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana”, quando na verdade, em sistemas penais como o brasileiro, a seletividade, a repressividade e a estigmatização são suas principais características⁴⁷.

Segundo Zaffaroni, os direitos humanos constituem “uma *ideologia programática para toda a humanidade*”, e como programa “*não significa que esteja realizado*”, mas sim que deva ser realizado por meio de transformações sociais e individuais⁴⁸. Desse modo, enquanto os direitos humanos representam um programa realizador da igualdade, os sistemas penais consagram e fortalecem a desigualdade em todas as sociedades⁴⁹, portanto, segundo esse autor, é uma insensatez pretender a existência de um sistema penal, com a estrutura atual, que se inspire no princípio da igualdade, quando os sistemas penais são essencialmente seletivos⁵⁰.

⁴⁵ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 166.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 166.

⁴⁷ BATISTA, Nilo, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 148.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 149.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 148-149.

Dimitri Dimoulis assevera que “o direito penal ‘constitucional’ deveria fundamentar-se na concepção dos direitos humanos enquanto tendência de igualdade e na análise dos obstáculos que impedem sua realização, [...]”⁵¹, devendo também observar que “não se deve combater as manifestações do crime, mas sim as suas ‘raízes’, porque, caso contrário, estaríamos aplicando um tratamento paliativo de um problema que nunca deixaria de existir”⁵².

Por conseguinte, consideramos que o direito penal trata desigualmente seus destinatários, e enquanto os direitos humanos tendem a tornar os seres humanos mais iguais substancialmente, o direito penal tende a torná-los mais desiguais, haja vista que, ao reprimir em maior número os mais débeis, permite que esses sejam postos cada vez mais em situação de inferioridade sócio-econômica em relação aos que não são atingidos pelo sistema penal, do que pode advir a dificuldade não só para a mobilidade social dos mais pobres, mas também para efetividade de uma vida digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foi enfatizado que os direitos humanos são direitos históricos, pois são produtos da história humana, e que esses direitos são direitos fundamentais, dos quais necessitamos para termos uma existência plena, a qual para realizar-se não basta existir a vida, mas é imprescindível que a vida seja digna. Para isso, devem ser asseguradas as condições necessárias não só para que o ser humano seja útil à sociedade, mas também para que ele usufrua os bens materiais e imateriais disponíveis na sociedade.

Os direitos humanos englobam todos os direitos que reconhecem a importância do ser humano para consigo mesmo, para com a coletividade e diante do Estado, e que implicam na necessidade de assegurar a dignidade para todos os indivíduos em todos os lugares do planeta, independentemente de raça, sexo, credo, ou opinião política.

Todavia, apesar da garantia do direito à igualdade formal e substancial na maioria das leis e na Constituição Federal, na realidade as

⁵¹ DIMOULIS, Dimitri, *op. cit.*, p. 229.

⁵² *Ibid.*, p. 229.

pessoas são tratadas diferentemente, inclusive perante a própria lei, e mesmo que não existam desigualdades de direitos, quanto ao exercício deles, elas existem.

Passamos a compreender o crime não como um fenômeno natural, mas sim como um fenômeno político-social e também produto da história humana. No entanto, enquanto produto da história humana, diferentemente dos direitos humanos, o direito penal continua a opressão; e se mudaram os métodos, não mudaram os resultados, que são o controle social e a segregação dos por ele rotulados como marginais.

Averiguamos que, em nossa sociedade capitalista e neoliberal, as oportunidades de ascensão social são distribuídas desigualmente, e que o sistema penal contribui para aumentar mais ainda as desigualdades sociais em nossa sociedade, pois os por ele selecionados, quando libertos ou egressos, têm muito mais dificuldades para melhorar de vida ou até mesmo para viverem “dignamente” e obter sua subsistência.

Constatamos que o comportamento das pessoas pertencentes aos estratos mais pobres da sociedade está muito mais sujeito à seleção do sistema penal, tendo em vista que o comportamento desviante dos mais pobres é mais facilmente percebido pelos órgãos de controle formal, enquanto que os mais ricos são os que menos são atingidos pela lei penal. Isso, porém, não significa que os pobres tenham uma tendência à criminalidade.

Por fim extraímos do presente artigo que, enquanto os direitos humanos direcionam-se à tutela da liberdade e da igualdade substanciais, o direito penal por ser exclusivamente repressivo e seletivo, fere desproporcionalmente esses dois direitos humanos, mas principalmente o segundo. Isso porque o direito penal regula desigualmente os delitos e o sistema penal seleciona desigualmente as pessoas e, nessa seleção, os agentes do sistema penal, incumbidos da repressão à criminalidade, na verdade punem principalmente aquelas pessoas que se encontram nos estratos mais pobres da sociedade. Em razão disso, há a possibilidade de que, graças à intervenção do sistema penal, sejam criados óbices para a mobilidade e inclusão social daqueles que são selecionados pelo sistema penal.

REFERÊNCIAS

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moret-zsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos (título original *Criminologia critica e critica del diritto penale*). Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETOS, Moisés Maximiano. *Criminologia: a posição social do indivíduo na sociedade e a potencialidade para cometer crime*. *Caderno UniABC de Direito*, ano III, n. 17, 2001.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUARQUE, Cristovam. *O que é apartação – o aparttheid social no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo; BARROS, Carmen Silvia. Para aqueles que acreditam na justiça penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 5, n. 59, out. 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1. ed. Coimbra/Portugal: Imprensa da Universidade, 1992.

DIMOULIS, Dimitri. Da “política criminal” à política da igualdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, jan./mar. 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – parte geral*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Dos excluídos necessários aos excluídos desnecessários. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). *No meio da rua – nômades, excluídos e viradores*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil*. In: DONIZETTI, Luiz (Org.). *Índios no Brasil*. São Paulo: Global, 1998.

TERRON, Leticia Lourenço Sangaletto. A relatividade dos direitos fundamentais. In: *Universitária*, Araçatuba: Centro Universitário Toledo, v. 1, n. 1, jul. 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição (título original: *Em busca de lãs penas perdidas*). Rio de Janeiro: Revan, 1991.