



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM NÍVEL DE MESTRADO
CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE

ISABELA DO ROSÁRIO LISBOA MARTINS

SOLUÇÕES ALTERNATIVAS AO PARADIGMA DA ROTULAÇÃO PENAL

Uma análise compensatória à compreensão criminológico-radical.

Brasília – DF

2014

ISABELA DO ROSÁRIO LISBOA MARTINS

SOLUÇÕES ALTERNATIVAS AO PARADIGMA DA ROTULAÇÃO PENAL

Uma análise compensatória à compreensão criminológico-radical.

**Dissertação de Conclusão de Curso
apresentada à Coordenadoria do Curso de
Mestrado em Constituição e Sociedade do
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
– como requisito parcial à obtenção do grau
de Mestre em Direito**

**Orientador: Professor Doutor Ney De Barros
Bello Filho**

Brasília – DF

2014

ISABELA DO ROSÁRIO LISBOA MARTINS

SOLUÇÕES ALTERNATIVAS AO PARADIGMA DA ROTULAÇÃO PENAL

Uma análise compensatória à compreensão criminológico-radical.

**Dissertação de Conclusão de Curso
apresentada à Coordenadoria do Curso de
Mestrado em Constituição e Sociedade do
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
– como requisito parcial à obtenção do grau
de Mestre em Direito**

**Orientador: Professor Doutor Ney De Barros
Bello Filho**

Aprovada em _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Professor Doutor Ney De Barros Bello Filho

Avaliador interno: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Avaliadora externa: Profa. Dra. Mônica Teresa Costa

“Uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes”.
Voto da Min. do STF, Ellen Gracie – Julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132.

RESUMO

É sabido que o sistema penal moderno conta com legislação sobre a matéria penal, mormente o advento dos influxos criminológicos e do conjunturalismo pós-Escola de Chicago.

Entretanto, as análises fáticas penitenciárias norte-americana e brasileira demonstram que as parcelas ditas vulneráveis ainda figuram como clientela principal do sistema penal, o que demonstra influência etiológica na operacionalização dos preceitos penais.

Esta dissertação analisará a progressão criminológica do sistema e verificará sua compatibilidade com o arcabouço de direitos fundamentais voltados ao cidadão. Além disso, proporá meios alternativos para que, na prática, seja levada a efeito a concretização dos valores da Igualdade aplicados à luz do Princípio da Diferença.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia. *Labeling Approach*. Interacionismo. Etiologia. Escola de Chicago. Princípio da Diferença. Igualdade. Sistema Penal.

ABSTRACT

The modern penal system legislates on criminal matters, especially with the advent of criminological inflows and post-school Chicago conjuncture.

However, North American and Brazilian penitentiary systems analysis show that the so-called vulnerable plots still figure as the main *stratum* of the penal system, which demonstrates etiological influence in the operationalization of criminal precepts.

This dissertation analyzes the criminological progression system and verifies its compatibility to the framework of fundamental rights established for the people. Furthermore, the study will propose alternatives means that, in practice, will be carried out to concretize the values of equality applied by the Difference Principle.

KEYWORDS: Criminology. *Labeling Approach*. Interactionism. Etiology. Chicago School. Principle of Difference. Equality. Penal system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONTROLE SOCIAL¹: GARANTIAS NORMATIVAS E AS VELHAS LIMITAÇÕES OPERACIONAIS	12
1.1 DIREITO PENAL E INFLUXOS DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONTROLE SOCIAL	13
1.2 O manejo do poder punitivo vertical na história ocidental.....	15
1.2.1 Da evolução do poder punitivo a par do estudo de antigas fontes romanas	15
1.3 Cristianismo e influências contingenciais no direcionamento do poder punitivo	17
1.3.1 A inquisição eclesiástica voltada às bruxas - faces do discurso punitivo	21
1.4 Os reflexos dos discursos penais contingenciais (e sua clientela em potencial) no Brasil Colônia.....	23
1.5 O Iluminismo e as novas cores do discurso punitivo	25
1.5.1 A Diretiva Utilitarista.....	28
1.5.2 A diretiva contratualista	31
1.5.3 O contratualismo de Beccaria e seu impacto Criminológico	34
1.6 A problemática dos discursos dominantes na questão criminal: quem é mais, quem é menos igual?	37
1.6.1 A Orientação criminológica pós-iluminista:	37
1.6.2 Da orientação criminológica pré-positivista:	38
1.6.3. Ciência Penitenciária, Fisionomia, Frenologia e Antropologia:	38
1.6.4. A imersão científica e o perigo do apartheid criminológico como meio de controle social: a Escola Positiva	42
1.6.5 Criminologia sociológica de Ferri e a Eugenesia	45
1.6.6 A criminologia do pós- guerra (s)	47
2 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA NOS ESTADOS UNIDOS: EVOLUÇÃO INTERACIONISTA OU A CRIAÇÃO DO NOVO “HOMEM DELINQUENTE”? ...	48
2.1 Escola de Chicago	48
2.2 Composição de Teorias Conservadoras e Liberais e surgimento de um novo estudo criminológico: a Criminologia Crítica:.....	50
2.3 Movimentos Sociais e Criminologia Crítica: a rotulação e a personalidade como “construção social”	51
2.4 A produção de etiquetas como disfunção do controle social: consequências sociais da rotulação.....	52
2.5 Sistema penal da desigualdade e seu reiterado ritual desviante	53
2.5.1 Princípio da igualdade e distribuição justa: nuances e identidades	55
2.5.2 Igualdade formal: primeiro sentido.....	55

2.5.3 Igualdade substancial: segundo sentido.....	57
2.6 Criminalização e estigmatização – a criação do <i>label</i> segundo as etiquetas	59
2.6.1 Primeira direção do processo: criminalização de condutas	59
2.6.2 Segunda direção do processo : criminalização dos indivíduos	60
2.6.3 Terceira direção do processo: criminalização do desviante	60
2.6.4 Visibilidade e invisibilidade.....	61
2.6.5 Criação de auto-etiquetas.....	61
2.6.6 Surgimento de expectativas.....	61
2.6.7 Comportamento sequencial	61
2.6.8 Produção do desvio secundário.....	62
2.6.9 Hierarquização de delitos pelos expectadores	62
2.7 O <i>labeling approach</i> como instrumento da Criminologia Crítica: seria ele suficiente para a mudança do paradigma etiológico do controle social?	64
3 O FENÔMENO NORTE-AMERICANO PÓS - <i>LABELING APPROACH</i> E O REFLEXO BRASILEIRO - CONTINUAMOS ETIOLOGISTAS.	66
3.1 O modelo neoliberal em contraponto à estagnação do <i>labeling approach</i> nos Estados Unidos:	68
3.1.1 <i>A bulimia carcerária neoliberal na contramão dos estudos criminológicos.</i>	70
3.2 Sobrerrepresentação conforme o <i>racial profiling</i>:	73
3.3 <i>What is to be done about the law and order?</i> – a necessidade de enfrentamento de nuances etiológicas presentes na análise crítica da <i>urbe</i>.	75
3.3.1 <i>Efeitos das Décadas na América Latina</i>	76
3.3.2 <i>Efeitos das Décadas no Brasil: análise contemporânea à década de sucesso do Law and Order norte-americano.</i>	77
Tendo à mão a composição étnica da população paulista, passemos aos números acerca da vitimização de negros na Cidade de São Paulo em análise contemporânea à década de sucesso do Law and Order norte-americano:	78
3.3.3 <i>Paradigmas neoliberais, enfrentamento etiológico e princípio da isonomia.</i>	84
4 A REESTRUTURAÇÃO DO ESTUDO CRÍTICO-CRIMINOLÓGICO COMO AJUSTE À REALIDADE NEOLIBERAL NORTE-AMERICANA.....	87
4.1 O etiologismo não nos deixou. O controle social (a análise etiológica como ponto fulcral na busca de novas ações)	88
4.2 Por que, entretanto, se deve estudar a manutenção (e descontaminação do) do amálgama etiológico?	89
3.3 Alternativas Compensatórias à compreensão criminológico-radical. Criminologia da Diferença.....	91
4.3.1 <i>A nova proposta criminológica- Princípio da Diferença.</i>	92

4.4 O Princípio da Diferença aplicado	96
4.4.1 <i>Outras propostas compensatórias existentes</i>	97
4.5 Política Criminal Alternativa como atitude compensatória às distorções	98
4.6 O Direito como meio para se realizar a justiça.	99
REFERÊNCIAS	103

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a proposta de analisar as noções de seletividade e rotulação criminalizantes e as desigualdades formais e materiais que esses processos originaram ao longo da história e originam na atualidade. Historicamente, a plena efetividade do arranjo penal acabou, em muitos momentos históricos, por depender menos de condutas criminosas executadas e mais da posição do indivíduo na pirâmide social ou de suas raízes etiológicas. Tal ilogicidade culminou, assim como culmina hodiernamente, no rompimento do pensamento segundo o qual o crime teria existência por si mesmo, ontologicamente, passando a contar com a visibilidade diferencial da conduta delitiva.

Nesse espectro, os fenômenos do discurso criminológico são analisados no presente estudo, sempre com ênfase na compreensão de que a função do sistema penal deve estar sempre atrelada mais à realidade da qual se faz parte e menos àquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam.

Desde a influência do direito canônico, passando pela compreensão do saber criminológico pautado em ideais iluministas, o discurso punitivo pautou seu funcionamento em conjunturas e fatos alheios aos reais anseios estruturais do sistema.

Os aspectos da seletividade do comportamento desviante estão, portanto, presentes ao longo da história, denunciando que o sistema penal, quando dirige sua atenção a uma parte mínima da violência da sociedade através do conceito de criminalidade, restringe sua atuação a determinados delitos e delinquentes e viola uma série de princípios constitucionais, sobretudo o da igualdade, em todos seus aspectos.

Dando conta do fenômeno do desvio como resultado do discurso punitivo, a Criminologia lastreou seus estudos na ideia metodológico-sistemática do tipo antropológico de delinquente, e reagiu, com a Escola de Chicago, quando trouxe à baila o fenômeno da criminologia da reação social, ou *labeling approach*. Tal teoria preconiza que o caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de definição, que lhe atribuem tal caráter, e de seleção, que etiquetam o autor como delinquente. Os atributos da etiqueta revelam-se da seguinte forma: visibilidade e invisibilidade, criação de auto-etiquetas, surgimento de expectativas, comportamento sequencial, produção do desvio secundário e hierarquização de delitos pelos expectadores.

Atentando à realidade limitativo-operacional que faz parte o sistema punitivo, constata-se ao longo dos anos, portanto, que, para o pleno funcionamento do Estado de Direito, deve haver, em primeiro lugar, a compreensão de sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais.

Assim, são estudados meios concretos de compensação da rotulação do desvio, com propostas adequadas à realidade brasileira, tanto ao legislador, quanto ao aplicador da lei. A par de métodos alternativos para abrandar o problema da seleção por rótulos na criminalização secundária, apresenta-se a compreensão do princípio da igualdade à Luz do Princípio da Diferença, de Rawls.

Assim, vislumbra-se a gestão da compensação da seleção por rótulos realizada pelos agentes administrativos com atribuição para tal, sopesando situações em que, sob a ótica penal, a desigualdade será admitida quando for vantajosa aos menos favorecidos, ou seja, aqueles a quem o sistema etiqueta como criminosos em potencial.

Por fim, procura-se demonstrar a possibilidade de aplicação de meios concretos de mitigação da arbitrariedade estatal, que tanto desigualada cada vez mais os desiguais – assim, buscando-se o direito penal mínimo pelo direito social máximo.

1 CONTROLE SOCIAL¹: GARANTIAS NORMATIVAS E AS VELHAS LIMITAÇÕES OPERACIONAIS

O Estado de Direito possui como linha característica a compreensão de um sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais. A garantia desses direitos é a condição indispensável de convivência pacífica, e a positivação e formalização de tais regras traz ao cidadão maior segurança, além da crença na credibilidade e no senso de justiça do Estado, na medida em que as situações são resolvidas metodologicamente pela lei.

Para tanto, o Direito deve ser realizado com observância constante à positivação legal. No entanto, isso por si só não basta. A percepção da lei como objeto único do fenômeno jurídico nada mais é do que um reducionismo vinculado a uma tradição ideológica, uma vez que tal fenômeno possui variáveis mais dinâmicas do que o boletim de regras pré-fixadas. Nos dizeres de Lyra Filho:

Se o Direito é reduzido à pura legalidade, já representa a dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade; e este 'direito' passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério de uma pseudociência, que os juristas conservadores, não à toa, chamam de dogmática. (LYRA FILHO, 1982, p.47)

Nesse sentido, é de se compreender que a realidade social é a história, que se realiza de forma dinâmica. Assim, não é suposto que os diplomas legais formadores do arcabouço do controle social atenham-se nem à coercitividade cega de sua própria validade, nem à miragem de uma justiça imutável, mas sim no concreto processo histórico em que se insere. Isso porque é sabido que, embora o direito seja modelado pela sociedade - e, em última instância, não de prevalecer sempre as variáveis econômicas que determinam suas linhas fundamentais -, ele também interage com essa mesma sociedade. Em outras palavras, se o direito é condicionado pelas realidades do meio em que se manifesta, por outro lado, age também como elemento condicionante.

A propósito dessa realidade, o controle social como meio de efetividade do sistema penal padece há muito de um direcionamento em sua atuação, vez que, a par de contingências históricas, reparte-se o rótulo de criminoso com o mesmo critério de distribuição de bens positivos (fama, riqueza, poder, etc), levando-se em conta o *status* e o papel da pessoa.

Desse modo, a plena efetividade do arranjo penal acabou, em muitos momentos históricos, por depender menos de condutas criminosas executadas e mais da posição do

indivíduo na pirâmide social ou de suas raízes etiológicas. Tal ilogicidade culminou, assim como culmina hodiernamente, no rompimento do pensamento segundo o qual o crime teria existência por si mesmo, ontologicamente, passando a contar com a visibilidade diferencial da conduta delitiva.

Assim, para a plena eficácia do controle social como um dos meios de efetividade do direito no Sistema Penal, é necessária a observância de um conjunto complexo de fatores, a começar pela ciência de suas próprias limitações estruturais, como conclui Molina:

O controle social penal possui limitações estruturais inerentes à sua própria natureza, de modo que não é possível exacerbar indefinidamente sua efetividade para melhorar, de forma progressiva, seu rendimento. A prevenção eficaz do crime não deve se limitar ao aperfeiçoamento das estratégias e mecanismos do controle social. (MOLINA, 1984, p.18)

1.1 DIREITO PENAL E INFLUXOS DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONTROLE SOCIAL

Historicamente, nota-se a existência das mais variadas tentativas, por meio de métodos de controle social¹ dos mais diversos, de se estabelecer parâmetros para a conduta dos demais membros de uma sociedade, de forma a garantir, dentre vários fins, a convivência harmoniosa entre pares.

O controle social é condição básica da vida social. Com ele, se asseguram o cumprimento das expectativas de conduta e o interesse das normas que regem a convivência, conformando-os e estabilizando-os em caso de frustração ou descumprimento, com a respectiva sanção imposta por uma determinada forma ou procedimento. O controle social determina, assim, os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, ao mesmo tempo, um instrumento de socialização de seus membros. Não há alternativas ao controle social (HASSEMER, 1984).

Nesse panorama, embora a observação da evolução histórica demonstre que influxos morais e religiosos pautam sobremaneira o discurso punitivo, elegendo criminosos

¹ O controle social, compreendido como o conjunto de instituições, estratégias e sanções (legais e/ou sociais), tem por função promover e garantir a submissão do indivíduo aos modelos e normas sociais. Quando o controle social é realizado por meio de normas legais, ele é tido por controle social *formal*. No informal, de outro lado, o controle é realizado por intermédio de outras formas, ou seja, não há aplicação de normas legais para concretizar o controle social, pois outros mecanismos, como educação, escola, medicina, trabalho, igreja e mídia, atuam na manutenção e regulação das relações sociais.

em potencial, o Direito Penal assume papel de controle social institucionalizado, e desde seu nascedouro assume a posição de “válvula” de contenção social². Para Hassemer, a propósito:

O que diferencia o direito penal de outras instituições de controle social é, simplesmente, a formalização do controle, liberando-o, dentro do possível, da espontaneidade, da surpresa, do conjunturalismo e da subjetividade própria de outros sistemas de controle social. (HASSEMER, 1984. p. 421)

Dessa forma, como válvula de contenção social, a norma penal não cria valores desconexos aos das demais instâncias de controle social, tampouco constitui um sistema autônomo de motivação de comportamento humano em sociedade. É inimaginável um direito penal completamente desconectado das demais instâncias de controle social. Um direito penal que funcionasse assim seria absolutamente insuportável e a mais clara expressão de uma sociedade de escravos.

A norma penal, o sistema político-penal, o direito penal como um todo, só tem sentido, em qualquer conjunto social, se considerado como a continuação de um conjunto de instituições públicas e privadas de controle social. Um direito penal sem esta base social prévia seria tão ineficaz quanto insuportável, e ficaria vazio de conteúdo ou constituiria a tópica, que só teria eficácia como instrumento de terror. (MUNOZ CONDE, 2005).

Por esse prisma, a busca para justificar o chamado *jus puniendi* estatal sempre foi e ainda tem sido o objeto norteador da inquietação de vários jusfilósofos ao longo dos tempos. Em decorrência desse anseio por uma melhor definição do conceito ideal dos fins (e da finalidade) do Direito Penal, inúmeras alterações nos paradigmas originais da intervenção penal foram sendo propostas com as mudanças de contextos históricos³, e, com isso, por consequência, o arcabouço penal foi direcionado a sujeitos passivos reais (ou potenciais) dos mais diversos.

² “O direito penal, tanto nos casos em que sanciona quanto na forma de sancioná-los, é violência, mas nem toda violência é direito penal. A violência é uma característica de todas as instituições sociais criadas para a defesa ou a proteção de determinados interesses, legítimos e ilegítimos.” MUNOZ CONDE, Francisco. Direito Penal e Controle Social. Ed. Forense, 2005. p.05.

³ Nesse sentido, “A violência é, desde logo, um problema social, mas também um problema semântico, porque somente a partir de um determinado contexto social, político e econômico pode ser valorada, explicada, condenada ou defendida.” MUNOZ CONDE, Francisco. Direito Penal e Controle Social. Ed. Forense, 2005. P.04.

1.2 O manejo do poder punitivo vertical⁴ na história ocidental

O homem é um ser social, que não sobrevive isoladamente. Por isso, para garantir a ordem, há, em toda sociedade, um poder de coerção, além dos meios alternativos de controle social. Mas o poder punitivo institucionalizado, que reforça uma autoridade vertical do estado, por vezes não propriamente figura como solvedor de conflitos. Por isso, diferentemente do poder horizontal, também chamado de reparador, o poder punitivo surgiu em diversos lugares do planeta sempre que uma sociedade começou a verticalizar-se hierarquicamente.

1.2.1 *Da evolução do poder punitivo a par do estudo de antigas fontes romanas*

Na Europa, a verticalização da sociedade romana inicialmente se firmou com muita força⁵. Com o fortalecimento do Estado, houve a implantação do que se chamou vingança pública, que se caracterizava pela aplicação da lei e da pena como forma de proteger o próprio estado.

Após a vigência da vingança pública e com o extremo fortalecimento do estado, ganharam espaço as ideias do Direito Penal Romano, e o crime passou a ser visto de forma mais complexa. Nesse contexto, a primeira codificação de que se tem notícia - a “Lei das Doze Tábuas⁶ - foi elaborada pelos Decênviros (dez juristas), encarregados de pesquisar as fontes gregas e elaborar a lei. Grande importância teve essa codificação pelas inovações, entre elas

⁴ Expressão utilizada por Eugênio Raul Zaffaroni, ao explicitar a estrutura de poder que dada sociedade assume ao exercer o controle social. Para ele, “[...] a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis.

⁵ Em seguida, pelo advento dos povos bárbaros, com suas sociedades horizontais, houve a ocupação de territórios por dinâmica própria: os bárbaros, ainda que inseridos em comunidades primitivas extremamente incipientes, construíram um novo universo político capaz, mesmo que artificialmente, de criar uma série de questões que englobaram modelos em oposição, uma espécie de tarefa de fusão de ideias.

Portanto, não tendo instituições próprias para tal tarefa, os bárbaros adotaram o que estava mais próximo do seu alcance e que, bem ou mal, havia funcionado por longo tempo. Os germânicos, à época, resolviam seus conflitos de outra maneira: quando da ocorrência de um crime naquela sociedade, reuniam-se de imediato os anciões e os chefes de clã para que houvesse uma composição de interesses violados. A outra opção, não pacífica (*Blutrache*), em primeira análise, não convinha a nenhum deles. Assim, a situação se resolvia com a chamada reparação, ocasião em que, com o fim de compor o dano, negociavam-se animais, metais, entre outros bens (*Wertgeld*). Somente um crime autorizava, entre os germânicos, a aplicação direta do modelo punitivo: a traição (o traidor era pendurado em uma árvore).

⁶ A tábua sétima, por exemplo, mencionava a palavra delito (*De delictis*), além da expressão dolo, injúria, furto e mencionava as sanções aplicáveis.

a distinção entre direito público e direito privado.

O renascimento e fortalecimento do poder punitivo europeu revelaram-se em instrumentos de verticalização social que permitiram boa parte da colonização por parte dos países daquele continente. Sobre isso, aduz ZAFFARONI:

A decir verdade, la verticalización europea había comenzado un poco antes de los siglos XII y XIII, o sea, alrededor del año 1.000, cuando todas las leyes locales que iban surgiendo timidamente relularon las relaciones familiares y sexuales de manera detalladísima, más que la propiedad. (ZAFFARONI, 2012, p.34).

Embora o fortalecimento do poder punitivo tenha ganhado força com a colonização europeia de novos territórios, e ainda, com o aparecimento de outros instrumentos institucionalizados de controle social⁷, as normas que regulavam o sistema eram insuficientes para abarcar o já complexo sistema social que se formava.

Além de as leis existentes serem insuficientes para a complexidade que se formava, não havia, à época, um discurso legitimante do poder remanescente que se formava.

Paralelamente, já se constatava a formação de juristas em universidades, em especial no norte da Itália, que, para uniformizar o discurso penal, voltaram suas atenções ao estudo do Digesto, de Justiniano, em cujo corpo consolidaram-se os comentários dos grandes juristas romanos⁸.

As leis penais recompiladas no Digesto foram retocadas pelo imperador Justiniano⁹. Dessa forma, começou-se na Europa a estudar, de maneira sistematizada, a ciência jurídico-penal a partir do aprofundamento e importação, de Constantinopla, dos chamados “livros terríveis” (*libris terribilis*) do Digesto. Aos glosadores cabia, amparados pelo contexto político, comentar as leis que ali nasciam e eram paulatinamente legitimadas. Para muitos autores, porém, os glosadores - ou primeiros penalistas - nada mais fizeram do que ensaiar a lógica interna do discurso punitivo. Isso porque o trabalho de legitimação não incluía a análise

⁷ Uma das figuras de destaque no exército social, à época de ressurreição do poder punitivo horizontal, era o chamado *pater*- que impunha castigos aos seres inferiores (mulheres, crianças, servos, escravos, gays ou traidores, que não assumiam a etiqueta de *pater*).

⁸ O digesto é considerado obra de grande valor e utilidade, não só para a época e para o Império Romano do Oriente, mas sobretudo como repositório abundante e precioso, malgrado alterações e lacunas da literatura jurídica, atribuída a trinta e nove dos mais ilustres jurisconsultos romanos. A primeira edição do Digesto e Institutas (ambas as composições justinianas entraram em vigor na mesma data: 30 de Dezembro de 533 d.C.).

⁹ Que se considerava líder religioso desde a cristianização de Roma.

fática de que o poder punitivo tinha por efeito verticalizar e colonizar - a justificativa para cada lei penal baseava-se, sim, numa necessidade fundada em fatos do mundo real.

Assim, como se tratavam de legitimações sobre argumentos fáticos, os supostos comentários advindos de glosadores e pós-glosadores mesclavam direito penal com criminologia, e as palavras da academia acabaram por legitimar, durante anos, o instrumento de controle social vertical que possibilitou a colonização¹⁰. O estudo do poder punitivo, tendo em vista a evolução histórica pela qual se pautava o contexto penal, não resultava de uma curiosidade científica desinteressada, mas de parte do processo de expansão colonial. Por isso, tudo o que se dissesse a respeito levava em seu discurso uma carga política, na medida em que sempre se mostrava funcional ou disfuncional ao poder.

Nesse sentido, é inegável constatar que a evolução nos quadros do Direito Penal foi sobremaneira pautada na própria transição dos pensamentos que norteavam o funcionamento da sociedade feudal e do Estado, o que inevitavelmente movimentou o aparato punitivo estatal em conformidade com as contingências históricas experimentadas.

Existe inclusive a perspectiva através da qual se entende que o quadro criminal experimentado na Idade Média não ficou preso no passado - ou seja, o poder punitivo, com sua função verticalizante e as tendências expansivas penais estão em voga, em pleno século XXI. A respeito:

(...) los discursos legitimantes del poder punitivo de la edad media están plenamente vigentes, hasta el punto de que la criminología nació como saber autónomo en las postrimerías del medioevo y fijó una estructura que permanece casi inalterada y reaparece cada vez que el poder punitivo quiere liberarse de todo límite y desembocar en un masacre. (ZAFFARONI, 2012 p.37).

1.3 Cristianismo e influências contingenciais no direcionamento do poder punitivo

Com a queda do Império Romano, a dissipação dos povos germânicos e a instituição do feudalismo como sistema político-social, a Igreja Católica consolidou-se como a grande instituição da Idade Média. Favorecida por um cenário onde o religioso e o laico ainda se misturavam, a Igreja possuía poder suficiente para ditar um conjunto de regras jurídicas que se destacaram.

¹⁰ Como o poder punitivo é o braço estatal que mais violento à vida do cidadão pode se apresentar, seus críticos apontam que, tudo o que se diga a seu respeito é político, pois sempre será funcional ou disfuncional ao poder, o que não mudará, ainda que se ignore ou negue essa perspectiva.

Consequentemente, com a divisão do Império Romano em Ocidente e Oriente, houve um deslocamento de autoridade e do poder de Roma ao Chefe da Igreja Católica Romana. Esta, por sua vez, desenvolveu um direito canônico, estruturado num conjunto normativo laico e religioso que manter-se-ia até o século XX.

Como consequência, nas Idades Antiga e Medieval, e mesmo após a queda do império romano, o Direito, confundido com a Justiça, já sofria influências no controle social, elegendo clientelas e impulsionando o aparato punitivo a determinado público. A letra da lei, o Direito, era ditado pela Igreja, que, possuindo autoridade e poder, se dizia "intérprete de Deus na terra".

Posteriormente, com a manutenção das práticas canônicas e após o hiato do poder punitivo, o bispo de Roma, para reforçar então o monopólio religioso, estabeleceu uma jurisdição, ou seja, um corpo de juízes próprios, encarregados de determinar quem seriam aqueles que negavam a Deus e eventualmente perseguir a todos os revoltosos, assim chamados hereges - esse foi o tribunal do Santo Ofício, também chamada inquisição romana.

A reaparição do poder punitivo e o surgimento da inquisição mudaram tudo: até o momento, a verdade se estabelecia pelas chamadas provas de Deus, ou ordálias. Os juízes anteriores à volta do Digesto e aos inquisidores eram, na realidade, uma espécie de validadores, árbitros, haja vista que a ordália mais frequente e mais comum era o duelo - e quem vencia tinha razão, pois era a quem Deus permitia a vitória.

Com as leis romanas imperiais introduzidas pelos juristas, a verdade, portanto, passou a estabelecer-se por *inquisitio*: o imputado deveria ser interrogado, e a extração da resposta era permitida através de violência. Segundo Foucault, todo o saber adotou o método de interrogatório violento. A inquisição romana exercia o poder de julgar em toda a Europa, tendo e vista que, naquele momento histórico, não havia estados nacionais¹¹. Com o instrumento da violência, a inquisição avançou pelo continente e eliminou os hereges.

Com o tempo, o inimigo passou a ficar mais escasso, e, para justificar o poder punitivo, era necessário alargar o conceito de "inimigo", agregando maior complexidade e qualidade aos motivos de uso da violência legitimada. Assim, passou-se a utilizar a figura de

¹¹ Na Espanha, por exemplo, a sociedade já contava com seu exército, e o poder da inquisição não era papal, já que estava a serviço do rei, diferentemente do restante da Europa - por essa razão, a inquisição espanhola é tratada de forma separada aos demais países da Europa.

“Satã”, que em hebreu significa justamente inimigo. Como era difícil explicar semelhante poder sanguíneo como marco de uma religião em que Deus não era guerreiro, mas uma vítima executada em um instrumento de tortura próprio do poder punitivo do império romano, era necessário inventar-se um inimigo guerreiro, que atuasse com sua própria legião - assim, “Satã” terminou sendo o comandante de um exército.

Com isso, o representante da igreja católica explicava que o exército do inimigo era composto por seres humanos inferiores, a começar pelas mulheres, por razões genéticas e biológicas (ZAFFARONI, 2011). Ratificavam o argumento alegando que *femina* vem de *fe* e *minus*, ou seja, menos fé¹².

Assim a inquisição se dedicou a controlar o novo aparato punitivo, tendo sido o poder de Satã e seu exército estudado e teorizado pelos próprios encarregados pela inquisição, que foram os domênicos, da Ordem de São Domingos, fundada por São Domingo de Guzmán (*canes de Dominus*). Esses foram os primeiros criminólogos, como estudiosos da etiologia, ou origem do mal - por isso, eram chamados demonólogos.

Entretanto, a demonologia¹³ não deixou de criar contradições ao longo do período (ZAFFARONI, 2011). Os juristas - glosadores e pós-glosadores - haviam sistematizado suas especulações conforme certa lógica que tomavam da ética tradicional. Isso porque, na medida em que se quisesse dotar o discurso legitimante de certa lógica interna, surgiria o impedimento realizado pelo mínimo de limites, pois a necessidade é finita e justamente para eliminar tais limites é que se criou a necessidade quase infinita e absoluta - daí se autonomizar os estudos da criminologia.

O criminólogos elaboraram um discurso muito bem arquitetado para liberar o poder punitivo estatal de todas as amarras de limites, em função de uma “emergência” desatada por Satã e seus hereges, em combinação com as famosas bruxas¹⁴. E, embora o conteúdo do discurso punitivo tenha se modificado ao longo dos anos, para muitos autores, a estrutura permanece exatamente a mesma. Ao longo dos séculos que se seguiram, avançou-se e retornou-se na retroalimentação de um mesmo programa com outras informações, com

¹² Na realidade, *femina* vem do sânscrito, derivado de “amamentar”.

¹³ Ou o estudo da etiologia do mal. Entretanto, a maioria dos criminólogos não aceita essa origem (pois não se trata de um bom ponto de partida), reportando seu nascimento no Iluminismo do Século XIX.

¹⁴ O *Malleus maleficarum*, de 1484 foi a publicação que tratava, na época, sobre a etiologia criminal - a origem do crime.

contingência, novas emergências, críveis segundo as pautas culturais de cada momento particular.

O fato é que, desde a inquisição até os dias de hoje, se sucederam discursos com idêntica estrutura: primeiramente, alega-se uma emergência, como uma ameaça extraordinária que põe em risco a humanidade, ou quase toda ela, ou uma nação, e o medo da emergência é utilizado para eliminar qualquer obstáculo ao poder punitivo, que se apresenta como a única solução para neutralizá-lo. Tudo o que se queira opor a esse poder é também um inimigo, ou cúmplice. Por fim, vende-se como necessária não só a eliminação da ameaça como também a de todos que obstaculizam o poder punitivo em sua pretensa missão salvadora. Dessa forma, ao projetar-se na opinião pública como solução para tudo, não faz mais do que introjetar na civilização uma espécie de propaganda desleal. Nesse sentido, aduz Zaffaroni que:

Por supuesto que el poder punitivo no se dedica a eliminar el peligro de la emergencia, sino a verticalizar más el poder social; la emergencia es sólo ele elemento discursivo legitimante de su desenfreno (...) el poder punitivo, al proyectarse em la opinión de las personas como el remedio para todo, no es más que el máximo delito de propaganda desleal de nuestra civilización. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La cuestión criminal, p.43)

A esse respeito, ressalte-se que a inquisição romana teve seu auge durante o feudalismo. Entretanto, quando os estados nacionais se consolidaram como fortes monarquias, essas reclamaram para si seus poderes punitivos, afastando o poder papal de seus interesses, de modo que o direcionamento do sistema inquisitorial às mulheres passou a ser desempenhado por juízes estatais ligados à monarquia. Exemplo disso é que desde o século XV, ou seja, com a chamada contrarreforma, o controle social representado pelo detentor do *jus puniendi* modificou aos poucos seu foco de atenção no que diz respeito aos “perigosos em potencial”, tendo afastado as mulheres de questão e voltado sua atenção aos luteranos e reformados.

Entretanto, os juízes estatais da Europa central seguiram utilizando como manual o “Martelo das Bruxas¹⁵, obra escrita por dois inquisidores: Heinrich Kramer e Jakob Sprenger. ¹⁶”, consagrado, desde 05 de setembro de 1494, por Inocêncio VIII, mediante a *Bula Summis desiderantes affectibus, como guia oficial*. A esse respeito:

¹⁵ Durante duzentos anos, foi o livro mais impresso, após a bíblia.

El Malleus garantiza la reproducción de la clientela: a la mujer no se la torturaba para que confesase, sino para que revelase los nombres de sus cómplices, y la mera mención de un nombre dado bajo tortura autorizaba a torturar también a la persona mencionada. Toda emergência cuida que la clientela no se termine, porque si se agora perde sentido su poder punitivo, como se había sucedido al Papa después de las massacres de los cátaros y otros hereges. (ZAFFARONI, 2012, p.49).

É fato que uma leitura atual através de outra estrutura histórica, cultural e principalmente temporal nos permite visualizar os principais núcleos estruturais presentes há cinco séculos. Contudo, é possível também verificar que alguns daqueles núcleos permanecem, embora com outra roupagem, até a atualidade. Através das emergências levantadas, é possível afirmar que o crime que provocava a emergência era erigido como sendo o mais grave de todos. Com isso, os inquisidores misturavam a subversão do delito com a própria subversão causada pelo pecado original.

Ou seja: a gravidade do delito se exaltava ao máximo, haja vista que dela depende o grau de perigo da emergência e de seu correspondente poder repressivo.

1.3.1 A inquisição eclesiástica voltada às bruxas - faces do discurso punitivo

A condição de bruxa seguia coerentemente o conceito de inimigo já advindo do século anterior: a misoginia do *Malleus* era extrema, como não poderia deixar de ser. A obra pregava a inferioridade feminina nos âmbitos biológico e genético. A inferioridade, nessa linha, estendia-se: as filhas de bruxas tinham pré-disposição à bruxaria - e isso também se explicava por razões genéticas.

Com essa lógica quase cartesiana, o *Malleus* garantia a reprodução de sua clientela: a tortura direcionada à mulher, por exemplo, visava não à confissão, mas à revelação de nomes de cúmplices, e a mera menção de nomes autorizava a tortura daquelas pessoas citadas. Ou seja, a emergência criada no discurso repressivo bem cuidava para que a clientela se perpetuasse.

Nessa linha, quase todas as emergências passaram a ser promovidas com base em clientelas inferiores na história posterior: raças colonizadas, negros, homossexuais, enfermos, entre outros.

Em suma, essa é a estrutura fundacional do poder punitivo ilimitado que vigorou e foi trabalhada durante duzentos anos na Europa. Os inquisidores eclesiásticos do século XVI já não se ocupavam tanto das bruxas como foco do aparato repressor penal - houve

uma mudança na corporação hegemônica, e o primado do discurso acerca da questão penal passou dos “dominicanos” aos “jesuítas”. Ao mesmo tempo, o discurso se centrava nos luteranos e outros hereges e deixava de lado as bruxas, cuja combustão passou a ser decidida pelos juízes atrelados à monarquia, que seguiram praticando-a avidamente na Europa Central, validando sempre os ensinamentos do *Malleus*.

Entretanto, na contramão do contexto histórico, em 1631, Friedrich Spee¹⁷ publicou um livro destinado exclusivamente a desarticular todos os argumentos doutrinários que legitimavam a combustão das mulheres pela sua “condição de bruxas”.

Como era natural na época, por prudência, Spee publicou o livro anonimamente e sem a licença dos superiores de sua ordem, o que constituiria uma falta gravíssima. Seu livro, denominado “*Cautio Criminalis*” (cautela, prudência criminal), em realidade, encerrava uma ironia: a *Constitutio Criminalis* era a vigente (e brutal) ordenação criminal de Carlos V, ou seja, o texto legal de inusitada crueldade que teve vigência no direito penal comum alemão desde 1532 até fins do século XVIII. No livro, Spee afirma que não havia nenhuma bruxa dentre aquelas mulheres as quais haviam feito confissões antes de serem queimadas. Pelo contrário: afirmou Spee que, com o procedimento inquisitorial, qualquer um poderia ser condenado por bruxaria - para ele, se o poder punitivo não serve para o fim ao qual se pretende cumprir, não é proveitoso discutir a maldade com a qual o poder punitivo combate, mas simplesmente mostrar que ele - o poder punitivo - não combate.

O mais significativo desse texto é que, assim como o *Malleus* fixou a estrutura do discurso inquisitorial, a *Cautio* o fez com o discurso crítico. Em outras palavras, qualquer discurso crítico acerca do poder inquisitivo e do poder punitivo em geral, desde 1631 até o final, destacava: 1) o descumprimento de seus fins manifestos pelo poder punitivo; 2) a função e a influência dos meios de comunicação; 3) a função dos teóricos tradicionais, ou convencionais legitimantes; 4) a conveniência do discurso para o poder político .

Em que pese o esforço empreendido na feitura da *Cautio Criminalis*, seus ensinamentos passaram sem pena nem glória e os juízes seguiram usando o *Malleus* como livro base do poder punitivo estatal. Somente em 1701, o filósofo Christian Thomasius

¹⁷ Segundo Eugenio Raul Zaffaroni, em “La Questión Criminal (2012), *Friedrich Spee* não era um jurista, tampouco um criminólogo, mas um poeta, e, segundo os especialistas, o melhor poeta alemão de seu tempo, além de um excelente teólogo. Ao julgar pelos relatos dos biógrafos de Spee, o último fora encarregado da confissão de todas as bruxas de sua comarca antes de serem queimadas, e ele se traumatizou tanto que seus cabelos esbranquiçaram rapidamente, posto que era muito jovem.

desafiou novamente o *Malleus*, defendendo publicamente sua tese *Dissertatio de Crimine Magiae*. Três anos depois, a obra foi traduzida para o alemão, alcançando então grande difusão – e isso se explica: com Thomasius se anunciou o Iluminismo e, contemporaneamente, delimitaram-se as corretas bases de distinção entre moral e direito¹⁸, ainda que até hoje pululem opiniões que inadequadamente confundam os dois conceitos.

1.4 Os reflexos dos discursos penais contingenciais (e sua clientela em potencial) no Brasil Colônia

Em qualquer formação social, ainda que primitiva, sempre houve discursos sobre a força denominada poder punitivo. Entretanto, só um ou outro discurso se tornou hegemônico ou dominante, ao passo que certo setor social lho tornou funcional, adotando-o, institucionalizando-o e impulsionando-o. Isso teve e tem lugar quando há uma dinâmica social mais ou menos acelerada, ou seja, quando surge um conflito interno na sociedade e um setor de certa importância, que para deslegitimar o discurso do setor, desloca-o¹⁹.

O deslocamento do discurso hegemônico na Europa Central ao longo dos séculos XVII e XVIII deveu-se principalmente ao baixo grau de desenvolvimento das atividades econômicas internas em Portugal, na Prússia e na Áustria, e fizeram, por um lado, com que os próprios monarcas sentissem a necessidade de fomentar a atividade econômica (com vistas ao fortalecimento institucional de seus domínios). As esperanças de burgueses e setores intelectuais relativas à implementação de reformas acabaram recaindo sobre a figura do príncipe e este, por sua vez, começou a perceber nesse apoio uma base importante para a consolidação e extensão de seu domínio no plano interno e com relação a seus concorrentes externos.

¹⁸ Paralelamente, durante o período em que se inicia a secularização (laicização), os contratualistas John Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, entre outros, a par do estudo do contrato social (século XVII e XVIII), sustentaram um o direito do Estado baseado na razão, opondo-se ao direito romano, canônico e ao princípio da retribuição da pena, dando a ela um fim de utilidade comum e com isso, relativizando o pensamento acerca do controle social e seu destinatário.

¹⁹ Por essa razão não eram as sociedades colonialistas espanhola e portuguesa os melhores campos para as lutas entre as corporações, e por isso, este cenário foi transferido para a Gran Bretanha primeiro, e à França e Alemanha depois, de onde estava surgindo uma classe de industriais, comerciantes e banqueiros. Essa classe em ascensão necessitava controlar e impor limites ao poder da nobreza e do clero, que até então eram formados pelas classes dominantes. Por isso, o poder mais temível das castas hegemônicas era o punitivo, que ameaçava os novos empresários, assim considerados dissidentes perigosos.

Nesse contexto, o príncipe apareceu como o sujeito de reformas institucionais, e o discurso político começou a colocar como função do soberano a promoção do bem-estar dos súditos. E esse discurso político encontrou seu auge justamente na cultura iluminista que já se avizinhava - o Iluminismo deu um novo impulso a esta ideia de que o monarca, concentrado em suas mãos o poder, deveria usá-lo racionalmente na realização das mudanças que promovessem o bem-estar geral. Isso se explica: o culto às capacidades racionais do ser humano e, portanto, à capacidade humana de, pela razão, melhorar suas condições de vida e o culto ao progresso, que daí advém, foram características centrais do Iluminismo.

Nessa linha de transição do pensamento absolutista ao iluminismo, os influxos absolutistas²⁰ no Direito Penal português e conseqüentemente no Brasil colônia e a posição do monarca de garantidor do bem estar social²¹ (com notas de um poder punitivo ainda marcadamente moral) ainda eram visíveis sobretudo no período correspondente ao reinado de D. Maria I, no final do século XVIII.

Aliás, no Brasil colônia, à época, o controle social pelo Direito Penal era já corporificado na previsão de modelos de comportamento reprovados pelo sistema e na correspondente atribuição de pena com base nas Ordenações Filipinas, que perduraram até 1830.

Como a distinção entre direito, moral e religião ainda era incipiente e turva, logo nos primeiros títulos do livro V das Ordenações Filipinas era literal a previsão de penas, por exemplo, aos hereges e apóstatas, também aos blasfemadores, aos feiticeiros e benzedores de animais, revelando, em medida, a confusão que se fazia entre o direito penal voltado à repressão de fatos e a punição direcionada a determinados autores sociais. Mais uma vez, via-se no mesmo lugar comum: direito, religião e moral.

Abaixo, tabela das ordenações ab-rogadas, contendo o comparativo entre as legislações apostas pelas “Ordenações” e a então proposta de Melo Freire, ainda de teor marcadamente absolutista. As contingências que delineavam a “clientela” da vez demonstram o atemporal e perigoso ritual condicionante ao qual pode o controle social ser direcionado. Ou

²¹ As novas funções dadas ao soberano fazem com que a imagem do príncipe, em meados do século XVIII, comece a mudar. A antiga imagem, correspondente à estrutura das monarquias medievais, de um soberano que deve apenas zelar pela manutenção da ordem social, de uma ordem sagrada dada de antemão a qual ele não pode mudar de maneira alguma, a imagem de um príncipe que, estando no topo da ordem social, deve limitar-se apenas a zelar pela harmonia das ordens de poder inferiores sem, nntanto, interferir em suas autonomias passa a dar lugar à imagem de um príncipe que deve agir sobre a sociedade *governando* efetivamente, administrando-a, mudando-a quando necessário, criando leis para ela e em tudo a submetendo a desígnios utilitaristas. (FRIGO, Daniela. *op. cit.*, pp. 13-8; SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A polícia e o rei- legislador. In: *História do direito brasileiro: Leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 97-8).

seja, conforme o contexto conjuntural ou político, o poder punitivo cria determinada figura e reforça o rótulo criado, fazendo com que comportamentos ou pessoas que atendam ao perfil migrem da categoria de cidadãs ao grupo dos pré-excluídos pelo ordenamento.

A propósito:

QUADRO I
ORDENAÇÕES *AB-ROGADAS*, SEGUNDO AS *INSTITUIÇÕES*, DE MELO FREIRE
 (Quadro elaborado cruzando as propostas do jurista
 com as determinações das *Ordenações*)

Título	Matéria
III	Dos feiticeiros
XIII	Dos que cometem pecado de sodomia e com alimarias
XIV	Do Infiel, que dorme com alguma Cristã, e do Cristão, que dorme com o Infiel
XV	Do que entra em Mosteiro, ou tira Freira, ou dorme com ela, ou a recolhe em casa
XVII	Dos que dormem com suas parentes e afins
XIX	Do homem, que casa com duas mulheres, e da mulher, que casa com dois maridos
XXV	Do que dorme com mulher casada
XXVI	Do que dorme com mulher casada de feito, e não de direito, ou que está em forma de casada
XXXII	Dos Alcoviteiros, e dos que em suas casas consentem as mulheres fazerem mal de seus corpos
XXXVI	Das penas pecuniárias dos que matam, ferem, ou tiram arma na Corte
XXXVIII	Do que matou sua mulher por a achar em adultério
LX	Dos furtos, e dos que trazem artificios para abrir portas (Princípio)
LXVI	Dos Mercadores, que quebram: E dos que se levantam com fazenda alheia (§ 7 e 10)
LXIX	Que não entrem no Reino Ciganos, Arménios, Arabios, Persas, nem Mouriscos de Granada
LXX	Que os escravos não vivam per si, e os negros não façam bailes em Lisboa
LXXIX	Dos que são achados depois do sino de recolher sem armas, e dos que andam embuçados
LXXX	Das armas, que são defesas, e quando se devem perder
LXXXII	Dos que jogam dados, ou cartas, ou as fazem, ou vendem, ou dão tabolagem, e de outros jogos defesos
LXXXVI	Dos que põem fogos (§ 5)
XC	Que não façam vodas, nem baptismos de fogaça, nem os amos pecam por causa de seus criados
XCII	Dos que tomam insígnias de armas, e dão, ou apelidos, que lhes não pertencem
XCIII	Que não tragam hábitos, nem insígnias das Ordens Militares em jogos, ou em mascaras
XCIV	Dos Mouros e Judeus, que andam sem sinal
C	Das coisas, que se não podem trazer por dó
CI	Que não haja Alfeloeiros, nem obreiros
CIX	Das coisas, que são defesas levarem-se a terra de Mouros
CXXIII	Dos Coutos ordenados para se coutarem ou homiziados, e dos casos, em que lhes devem valer
CXXXIII	Dos tormentos

(SUBTIL, José. *Fazer e desfazer a história*. p.82)

1.5 O Iluminismo e as novas cores do discurso punitivo

Conforme visto, a forma de Estado predominante na modernidade europeia era a monarquia absolutista. Entretanto, se, por um lado, a Monarquia absolutista exerceu um papel modernizador, na medida em que representou, na área política, a saída da Europa da Idade Média, por outro, os elementos não tão modernos que ela ainda carregava consigo seriam rapidamente questionados naqueles lugares onde o desenvolvimento capitalista colocava as bases para a reivindicação de novas formas de poder político.

Dentre os agentes dessa lenta, mas progressiva crise de legitimidade da monarquia absolutista encontravam-se as novas formas de compreensão da política surgidas na modernidade, dentro de um processo maior de destruição dos fundamentos teóricos do Antigo Regime, acelerado a partir do século XVII.

Essa nova filosofia política, além de elaborar uma crítica das formas em que se davam as relações políticas, também criou uma nova forma de pensar estas relações, inaugurando uma abordagem que se pretendia fundamentada em um conjunto de métodos científicos pretensamente rigorosos e justificados.

Assim, na segunda parte do século XVIII, foi tomando corpo o saber das corporações de filósofos e pensadores no campo político em geral, e, por isso, dos juristas que seguiam a nova linha de pensamento que influenciaria o próprio poder punitivo. Nascia o Iluminismo, o século das luzes ou da razão, e a seu amparo seguiu o conceito de direito penal liberal. A propósito:

No pensamento do século XVIII têm ainda pleno valor os conceitos-base da filosofia jusnaturalista, tais como o estado de natureza, a lei natural (concebida como um complexo de normas que se coloca ao lado – ou melhor, acima – do ordenamento positivo), o contrato social. No contexto da realidade do Estado ainda domina o direito natural. O Estado, realmente, se constitui com base no estado de natureza, como consequência do contrato social, e mesmo na organização do Estado os homens conservam ainda certos direitos naturais fundamentais. (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. pp. 45).

O Iluminismo do século XVIII é apresentado geralmente na doutrina como a filosofia que preparou a Revolução Francesa e a tomada do poder pela burguesia. De tal forma, teria um estreito vínculo com o Liberalismo e seria, em princípio, oposto ao absolutismo monárquico²². O discurso iluminista do século XVIII, inclusive, teve como marca principal a

²² Sobre as relações entre absolutismo, Iluminismo e liberalismo Astuti observou: “O racionalismo iluminista, nas suas correntes liberais e democráticas, não se limita naturalmente a mostrar aos monarcas a via das reformas, mas depressa assume posições críticas frente ao absolutismo, que combate da forma mais aberta, ilustrando o

defesa da causa da emancipação humana pelo uso da razão. A fórmula célebre de Kant *sapere aude* (ousai saber), o apelo à autonomia do sujeito a partir das suas potencialidades racionais e o uso da ciência na dissolução da imagem mística e encantada do mundo são o que melhor caracteriza o pensamento das Luzes.

O novo discurso penal, nesse contexto, passou a ser obra das corporações dos filósofos e juristas que se enfrentavam com os legitimantes do antigo regime e frente ao qual houve várias reações diferentes.

Nos escritos dos autores iluministas voltava a despontar, com relativa importância, a chamada questão penal como um capítulo dentro da construção teórica do Estado moderno²³. E nesse sentido, é no decorrer do Iluminismo que se inicia o denominado período humanitário do direito penal, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVIII. O Iluminismo significaria, assim, a autoemancipação do homem da simples autoridade, preconceito, convenção ou tradição, com insistência no livre pensamento – atitudes que tais instâncias anteriormente não admitiam, posto que consideravam incriticáveis.

As ideias políticas dominantes começaram a ser revistas e as práticas canônicas, até então permitidas (embora em franca decadência), passaram a ser objeto de críticas, haja vista serem consideradas desconexas com o novo pensamento racional. Hugo Grotius desenvolveu o pensamento acerca do direito natural (*de iuri belli ac pacis*, 1625), e a evolução prosseguiu com as obras de Puffendorf, Thomasius e Cristhian Wolff, jusnaturalistas que fundaram o direito do Estado na razão, combatendo o direito romano e o canônico, bem como opondo-se ao princípio da retribuição, reconhecendo portanto o fim da pena na utilidade

fundamento contratualista e os limites precisos do poder soberano, e proclamando os direitos do homem e do cidadão frente ao Estado. O movimento liberal contra o despotismo desenvolve-se, antes de tudo, em Inglaterra, com as doutrinas políticas de Halifax e de Locke, florescidas no âmbito ideal da “glorious revolution” de 1688; exactamente no momento em que, nos Estados do continente europeu, o absolutismo monárquico atinge as suas expressões máximas e quando as condições da ordem política, fundada nas fortes autocracias pessoais e burocráticas, não favorecem decerto o desenvolvimento de doutrinas políticas e sociais de inspiração liberal, as quais apenas mais tarde se estabelecem, nomeadamente em França, em relação directa com a decadência do governo absoluto após o fracasso dos grandes designios hegemónicos de Luís XIV.” (ASTUTI, Guido. *O Absolutismo Esclarecido em Itália e o Estado de Polícia*. Tradução de António Manuel Hespanha. In HESAPANHA, António Manuel (org.). *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 254.)

²³ “Forse in nessun periodo come nella seconda metà del XVIII secolo è stato intensamente dibattuto il problema penale. Per ‘problema penale’ si intende un complesso di problemi tra loro connessi, di cui è difficile presentare una lista completa” (TARELLO, Giovanni. Il “problema penale” nel secolo XVIII. In: TARELLO, Giovanni (org.). *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Vol. V. Genova: Il Mulino, 1975, p. 15).

comum.

Em função dos ideais iluministas, em grande parte pelo advento da obra de Cesare de Bonessana, o Marquês de Beccaria²⁴, e seu eco em toda a Europa, percebeu-se um movimento de sanção de códigos, ou seja, derogou-se um emaranhado de compilações²⁵ de leis até então existentes. Desse modo, procurava-se dotar a letra legal de clareza, para que todos soubessem a lei prévia sob cuja égide se encontravam, dizendo-lhes o que é proibido ou permitido, subtraindo o cidadão à arbitrariedade dos juízes²⁶.

Houve, portanto, no iluminismo uma convergência de vias de conhecimento ou acesso à verdade: uns a buscavam mediante a verificação na realidade material, e outros, através da dedução de uma ideia dominante. Entretanto, como se verá a seguir, a inspiração do Marquês de Beccaria procurou dar às penas um caráter mais humano, e o indivíduo em conflito com a lei penal passou a ser visto também como um sujeito de direitos, e que, portanto, não poderia ser submetido a penas desumanas ou infamantes²⁷.

As ideias básicas do Iluminismo em matéria de justiça penal foram, em suma: a proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário; a abolição da tortura; a abolição ou imitação da pena de morte e a acentuação do fim estatal da pena, com afastamento das exigências formuladas pela igreja ou devidas puramente à moral, fundadas no princípio da retribuição (Liszt-Schmidt).

Ainda no campo criminológico, essa dupla corrente deu lugar a duas ordens teóricas: o utilitarismo disciplinante e o contratualismo.

1.5.1 A Diretiva Utilitarista

Os utilitaristas se baseavam no fato de que era necessário governar, dividindo a felicidade ao maior número de pessoas que fosse possível. Veja-se:

²⁴ A obra *Dei delitti e delle pene* foi certamente a mais significativa dentre as que, no seio da filosofia das luzes, ocuparam-se com o direito penal, vindo a marcar boa parte do debate sobre o tema.

²⁵ Tais ideias produziram resultados para o desenvolvimento de uma ampla mudança legislativa - movimento codificador - começa ainda no final do século XVIII. Na Rússia em 1767, Catarina II em suas Instruções dirigidas à comissão encarregada da elaboração de um novo Código Penal, as acolhe integralmente; o Código de Toscana de Leopoldo II de 1786; o Allgemeines Landrecht de Frederico, o Grande da Prússia 1794; o Código Penal Francês de Bavieira de 1813. A codificação alem de dar certeza ao direito, exprime uma necessidade lógica, por meio da qual são sistematizados princípios esparsos, facilitando a pesquisa, a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

²⁶ Os franceses chegaram a levar isso ao extremo, ao substituir as orações nas escolas pela leitura do Código Penal, para que todos tivessem aprofundado conhecimento.

²⁷ Este pensamento iluminista fundamentou e serve ainda hoje de referência para vários movimentos de Política Criminal como o Direito Penal Mínimo, o Garantismo Penal, o Abolicionismo, entre outros, todos frutos dessa forma “neo-garantista” de se vislumbrar a função última da pena, a ressocialização.

Se a justiça é, falando em sentido estritamente jurídico, o comportamento não arbitrário imposto mediante o sistema legal positivo, e então a justiça se funda na utilidade, posto que não há nada mais útil para a conservação da coesão social e para o desenvolvimento da vida coletiva que a conduta não arbitrária (no fundo, a teoria de Hobbes e Hume”). BACQUE, Jorge A. Derecho, filosofía y lenguaje. Buenos Aires: Astrea, 1976. xvi, 235p. (Colección mayor. Filosofía y derecho, p.123)

O utilitarismo filosófico, elaborado dentro do Iluminismo, com seu aprofundamento psicológico e sua teoria da motivação baseada em concepções hedonistas que buscavam descobrir quais eram os princípios que guiavam a conduta humana e, conseqüentemente, o próprio funcionamento da sociedade, também teria, por sua vez, muito a contribuir na construção dos métodos que permitiriam ao soberano direcionar o organismo social de acordo com seus desígnios.

Nesse sentido, Bentham construiu, assim, uma sofisticada classificação das espécies de ações, uma valoração de cada ato praticado por cada membro da sociedade. O cálculo hedonista consistia em atribuição de valor a certas unidades de bem, também tidas como unidades de prazer.

No momento em que se constrói um sólido conjunto normativo, teremos a capacidade de afetar a felicidade de outros que nos rodeiam, e segundo Bentham, (1979, p.65), “A ética privada tem por objetivo a felicidade, sendo este também o da legislação. A ética privada diz respeito a cada membro, isto é, à felicidade e as ações de cada membro, de qualquer comunidade que seja; a legislação, por sua vez, tem a mesma meta”.

Na formação do Estado-Máquina, era essencial que os indivíduos que o compunham funcionassem, como boas peças, do jeito desejado. A teoria do comportamento e da motivação do utilitarismo filosófico serviria para demonstrar como se podem moldar as peças da forma necessária ao bom funcionamento da máquina²⁸. Esse utilitarismo filosófico

²⁸ Sobre o Estado-Máquina, BATTISTA, A. M.. “*Stato macchina*” e crisi della morale comunitaria. In CARACCIOLO, A.. *La formazione dello Stato moderno*. Bologna: Zanichelli, 1970.

poderia constituir, por exemplo, um fundamento para um bom uso instrumental do direito, que seria tão caro aos reis do século XVIII.

O ícone mais visível da corrente utilitarista foi o inglês Jeremy Bentham.

O entendimento da teoria proferida por Bentham e sustentada por seus seguidores era que, para a interpretação da norma, dever-se-ia levar em consideração os efeitos reais produzidos. A qualificação dos efeitos teria como base a utilidade, sendo o bom aquilo que traz prazer, e o mau, o que causa dor. Complementando essa frase, sob o prisma social, bom e justo é tudo aquilo que tende a aumentar a felicidade geral. Veja-se:

(...) o que se chama habitualmente utilitarismo, sustenta a posição segundo a qual o fim o último é o maior bem geral - que um ato ou regra de ação é correto se, e somente se, conduz ou provavelmente conduzirá a conseguir-se, no universo como um todo, maior quantidade de bem relativamente ao mal do que qualquer outra alternativa; é errado o ato ou regra de ação quando isso não ocorrer e é obrigatório, na hipótese de conduzir ou de provavelmente conduzir a obtenção no universo, da maior quantidade possível de bem sobre o mal.(FRANKENA,1969, p.143. Tradução de Ethics. p.30-31).

Para Bentham, o cidadão deveria obedecer ao Estado na medida em que a felicidade geral viria como sua contribuição (obediência). Essa felicidade geral ou interesse da comunidade em geral seria como “uma equação” hedonista, isto é, uma soma dos prazeres e dores dos indivíduos. Assim, a teoria do direito natural é substituída pela teoria da utilidade, e o principal significado dessa transformação é a passagem de um mundo fictício para o mundo dos fatos (real). É no mundo empírico, afirma Bentham, que é possível a verificação de uma ação ou instituição, sua utilidade ou não. O direito de livre discussão na crítica é constituído pelo que é necessário em primeiro plano.

Do ponto de vista criminal, Bentham concebia a sociedade como uma grande escola, à qual devia ser imposta uma certa ordem, ou seja, uma escola em que o ponto chave seria a disciplina, para a qual o governo deveria repartir seus prêmios e castigos: como é óbvio, os prêmios significavam felicidade, enquanto os castigos significavam a dor. Os seres humanos são e equilibrados deveriam preferir, logicamente, o prêmio à dor e, justamente por isso, deveriam abster-se de cometer delitos. Ainda assim, os delitos eram cometidos, o que significava que havia a escolha pelo delito.

Para Bentham, o delito nada mais era do que a manifestação de um desequilíbrio, fruto da desordem mental do infrator - e portanto deveria ser corrigido. Para isso, projetou a prisão denominada panóptico, com uma estrutura radial, para que o preso saiba que está sendo observado desde o centro às áreas radiais, a qualquer momento. Desse modo, ele estaria submetido à ordem e, ao final, introjetaria a própria figura do auto-guardião.

O utilitarismo de Bentham encerrava uma concepção criminológica, pois, no que diz respeito ao controle social, atrelava a etiologia do delito à desordem da pessoa e, por conseguinte, surgia dela uma política destinada a combater o delito mediante disciplina.²⁹

1.5.2 A diretiva contratualista

Conforme exposto, a forma de Estado predominante na modernidade europeia era a monarquia absolutista. Esta, apesar de ser consequência do desenvolvimento de formas mercantilistas do capitalismo renascentista e até mesmo condição para o desenvolvimento e aprofundamento destas relações econômicas, passou a ser vista, com o passar dos anos e o aprofundamento das práticas mercantilistas, como ultrapassada. A busca por uma nova filosofia política demandou, ao mesmo tempo, a busca por novas compreensões acerca do ordenamento e a progressiva crise de legitimidade da monarquia absolutista.

Durante o período da história do pensamento político compreendido entre os séculos XVII e XVIII, o molde básico que orientou o estudo da política consistiu na ideia do contratualismo político, que possui inúmeras versões. As expressões contratualistas de Thomas Hobbes, por exemplo, foram difundidas antes mesmo do início da modernidade na filosofia política, mediante a substituição das categorias teológicas de legitimidade por uma teoria racional plenamente laica e composta por um argumento extremamente engenhoso.

Hobbes partia de dois pressupostos básicos: o homem é um ser essencialmente racional, e a natureza humana é basicamente egoísta. Por causa disso, afirmava que, antes da consolidação de um poder político organizado, os homens viviam em um estado de guerra, e ainda que:

desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto é uma consequência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há justiça. (HOBBS, 1983, cap. XIII, §§ 14/15).

Nessa guerra de todos contra todos, a única saída humana para a defesa de seus interesses seria um contrato com as outras pessoas, um acordo que garantisse condições mínimas de segurança. E, para manter esse acordo, seria necessário atribuir o poder a uma

²⁹ No entanto, tal concepção encerrava um transbordamento do conceito clássico de criminologia, que era exercitado à época, na qual os filósofos, inspirados pela doutrina de Rousseau, principalmente, afirmavam que a origem do crime está na sociedade e em seus valores e desvios.

pessoa ou uma assembleia que pudesse tomar decisões e impô-las aos membros da comunidade. Com esse raciocínio, Hobbes buscava fundamentar o poder político não na autoridade religiosa, mas no fato de que atribuir o governo da sociedade a um Estado absolutista era a única forma racional de organização. Ou seja: a ideia hobbesiana básica consistia na suposição de que os homens vivem em sociedade através de um pacto (tácito ou expresso) que serviria de fundamento legitimador das suas instituições políticas e que, sem este vínculo, nenhum compromisso social ligaria os homens entre si, podendo eles usufruir, nos limites da razão, da forma que quiserem de sua liberdade natural³⁰.

Já outras versões clássicas do contratualismo, formuladas no século seguinte por Locke e Rousseau, ofereceriam teorias propriamente iluministas, na medida em que não se tratava de uma refundação do poder tradicional, mas de uma justificativa da criação de um novo modelo social.

Através do pacto, os indivíduos constituiriam a sociedade política e as instituições a ela inerentes e, em benefício destas, renunciariam reciprocamente a uma parcela de seu direito natural ou a todo ele. Assim, esse pacto teria por função apenas preservar e garantir, de forma mais eficiente, a parcela dos direitos naturais de cada indivíduo que não foi objeto da renúncia, estabelecendo, para tanto, o respeito mútuo entre eles, por meio da criação de um poder comum, através da associação política. Partia-se daí, da ideia de consenso.

A ideia do Contratualismo expressava, entretanto, algo mais profundo, pois, na empreitada de cientificização do estudo da política, representa a tentativa de se criar uma abordagem científica dos problemas morais e políticos, aplicando a eles o método das ciências matemáticas. Levar a geometria cartesiana para a política e criar, para esta, uma verdadeira ciência (na acepção moderna deste termo) é o que fazia com que aqueles diversos autores recorressem à ideia do Contrato Social³¹.

³⁰A ausência ou a ruptura do pacto deixaria, portanto, os homens no chamado estado de natureza, onde o uso racional de todos os seus poderes inerentes à sua autonomia individual seriam seus direitos naturais.

³¹ Nas palavras de Bobbio: “Se há um fio vermelho que mantém unidos os jusnaturalistas e permite captar uma certa unidade de inspiração em autores diferentes sob muitos aspectos, é precisamente a ideia de que é possível uma ‘verdadeira’ ciência da moral, entendendo-se por ciências verdadeiras as que haviam começado a aplicar com sucesso o método matemático.” (BOBBIO, Norberto. Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna, p. 18.)

Dessa forma, o ponto comum da diretiva contratualista era a alteração da base mitológica do poder. A base do discurso jusnaturalista moderno era a concepção de que o homem é um ser naturalmente racional e que, graças a essa racionalidade, é também um ser naturalmente livre. Justamente por isso teria direitos natos, igualmente naturais, cuja eficácia na garantia seria o parâmetro para se medir a racionalidade do Estado e das leis.

O poder punitivo operava por delegação, mas essa passaria a ser popular (delegação do povo) e não mais teológica (delegação divina). Restava apenas uma via para essa validade objetiva do sistema jurídico: fundá-lo nas normas que todo ser humano deve admitir, independentemente dos seus desejos e interesses individuais, ou seja, nas normas racionais, desprovidas do sentimentalismo que regia certas práticas preconcebidas e desviadas no uso do aparato punitivo. Em razão disso, foram gradualmente abandonadas as teorias tradicionais, que apelavam para a teologia, buscando fundar a autoridade dos reis na autoridade divina.

A inspiração contratualista³² voltava-se, portanto, ao banimento do terrorismo punitivo, vez que cada cidadão teria renunciado a uma porção de liberdade para delegar ao Estado a tarefa de punir, nos limites da necessária defesa social. A pena ganhou um contorno de utilidade, destinada a prevenir delitos, e não simplesmente castigar (NUCCI, 2008).

Ao mesmo tempo, os estudos da criminologia clássica, inspirados principalmente na doutrina de Rousseau, afirmavam que a origem do crime estaria na sociedade e em seus valores e desvios. O crime seria considerado como um ente jurídico, desprezando-se sua realidade fenomênica enquanto ato humano. Além disso, a responsabilidade penal partiria da responsabilidade moral, admitido o livre arbítrio, e, por isso, a pena consistiria na retribuição ao mal causado pelo delincente, devendo, portanto, ser proporcional ao seu delito.

O consenso legitimaria o poder e legitimaria todas as manifestações de controle desse poder. Assim, no que diz respeito diretamente ao tema tratado, o código penal e suas leis consistiriam, pelo resultado do consenso, em monumento incontestado e incontestável - definidor supremo do bem e do mal. E, historicamente, a criminologia dele derivada é, portanto, uma criminologia acrítica e submissa (CASTRO, 2004).

³² Para o racionalismo contratualista, a sociedade não era nada natural, mas sim o produto de um artifício, de uma criação humana, ou seja, de um contrato. E como tal, afirma-se que o pensamento crítico acerca da questão criminal e do controle social penal alcançou um de seus momentos de mais alto conteúdo pensante com os contratualistas.

Por outro lado, para Rousseau, o consenso partiria sempre do princípio igualitário, o que significa a inadmissibilidade de se edificar uma democracia sobre a desigualdade social.

1.5.3 O contratualismo de Beccaria e seu impacto Criminológico

No final do século XVIII, Milão já contava com um novo círculo de intelectuais que se candidatava ao protagonismo cultural dos próximos anos. Esse novo grupo era composto por jovens, quase todos patrícios, dentre os quais se encontrava Cesare Beccaria³³. Sob a liderança de Pietro Verri³⁴, esses jovens formaram a chamada *Società dei Pugni*, destinada a ser uma associação para o livre pensamento e a livre discussão, sem estatuto ou mesmo um programa definido, e voltada a combater o atraso e o imobilismo da sociedade.

O novo grupo de jovens intelectuais inspirava-se entusiasticamente nas ideias do Iluminismo francês e, assim, acompanhando o espírito dessa filosofia, reivindicavam reformas que modernizassem a sociedade, que fomentassem o conjunto social segundo os parâmetros da razão. Em substituição à improvisação reformadora que orientou o reformismo precedente, os jovens filósofos, graças à vinculação à articulada ideologia constituída pela filosofia das Luzes e ao uso dos instrumentos intelectuais recebidos dela, puderam apresentar projetos mais ou menos sistemáticos de reforma e reorganização social.

Dentre tais jovens, destacou-se Cesare Beccaria, que foi, em seu tempo, o autor mais conhecido no exterior do Iluminismo lombardo e italiano em geral. A razão disso radicase, sobretudo, no impacto causado por sua obra, *Dei Delitti e delle Pene*, sobre a cultura

³³ Em uma obra didática dedicada ao direito penal brasileiro, Zaffaroni apresenta Beccaria com as seguintes palavras: “Beccaria nasceu em Milão, em 1738, e morreu na mesma cidade, em 1794. Pode ser considerado como o autor a quem coube a fortuna de lançar as bases do direito penal contemporâneo, posto que é em função de sua crítica, que a legislação penal européia começa a limpar-se, um pouco, de seu banho constante de sangue e tortura.” Depois de fixar assim a importância de Beccaria para a história do direito penal, ele afirma o seguinte: “Seu pensamento pertence mais ao pensamento revolucionário que ao despotismo ilustrado, visto que pertencia ao círculo revolucionário, em que sobressaíam os irmãos Verri, em Milão.” (ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Volume 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 234.). Acreditamos ser mais do que urgente apagarmos tanto esse *Beccaria jacobino* quanto outros muitos que pululam nas páginas dos livros latino-americanos.

³⁴ Pietro Verri foi um dos grandes iluministas do século dezoito. Horrorizado e indignado com a sobrevivência da tortura legal em Milão escreveu um dos livros mais chocantes e comoventes sobre a brutalidade da tortura. Nesse livro, Observações sobre a tortura, Verri indaga sobre a origem dessa prática pavorosa, humilhante e dolorosa para quem a sofre e degradante para aquele que a executa ou manda executar. O tema central do livro de Pietro Verri, escrito entre 1770 e 1777, é a reconstrução, apoiada em documentos, de um processo criminal realizado em Milão no ano de 1630.

iluminista e reformadora do século XVIII, um impacto que provocou ecos no mundo ocidental.

Contudo, a filiação de Beccaria à teoria contratualista já era constatada de plano, conforme se verifica nas primeiras páginas de *Dos Delitos e das Penas*³⁵.

Embora marcadamente contratualista, Beccaria por vezes apresentou em sua obra vertentes do discurso utilitarista³⁶ – e o sistema teórico do utilitarismo apresenta determinados princípios que, quando levados a todas as suas consequências, se mostram incompatíveis com os esquemas políticos contratualistas. Esta circunstância levou algumas vezes à observação crítica segundo a qual Beccaria perdeu-se na confusão de duas correntes tão distintas quanto contraditórias entre si. Com base nesses pressupostos, a obra do marquês italiano tentou desenvolver a total separação entre o delito e as concepções morais de “pecado” e de “lesa-majestade”, demonstrando como tal discurso do poder punitivo monárquico trazia confusão moral e sobretudo reais danos à sociedade³⁷.

Nesse aspecto, em 1766, Voltaire elaborou um comentário à obra de Beccaria, em que afirma:

Beccaria repousse toutes les idées d'expiation, de vengeance divine pour limiter à l'utilité sociale la fonction des châtimens. Il souhaite des peines modérées, certaines, promptes, il préfère la prévention à la répression. Il preconise l'égalité et la légalité des délits et des peines. Enfin, en matière de peine de mort, il est peut-être le premier des abolitionnistes, même s'il

³⁵ Na sua obra, além de ter sido influenciado pelas obras de Montesquieu e de Helvetius principalmente pelas *Lettres persanes*, do primeiro, e *L'esprit*, do segundo, Beccaria também resgatou diversos conceitos elaborados precedentemente pelo suíço Jean- Jacques Rousseau contrapondo ao princípio do velho direito penal – “é punido porque constitui delito” – o novo princípio: “é punido para que não se repita” .

³⁸ Riccardo Campa, em prefácio a uma edição brasileira de *Dos delitos e das penas*, talvez influenciado pelo próprio Mondolfo, afirma: “Beccaria talvez não perceba a contradição existente entre o utilitarismo e o contratualismo [...]” (CAMPANA, Riccardo. *Prefácio*. In: *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 13).

³⁷ Assim como Beccaria, Marat dedicou parte de sua obra ao exame do que ele afirmava serem “falsos crimes de Estado” (*Des faux crimes d'État*), tratando sobretudo dos crimes de lesa- majestade. Para ele, as estratégias utilizadas pelo Antigo ordenamento penal teriam por única e exclusiva intenção retirar a liberdade de todos os que se opusessem aos detentores do poder. Sem nenhum tipo de pudor, a análise realizada por Marat tentou desmontar tais estratégias, apresentando a figura de um rei que não estava preocupado com a racionalidade penal, mas com um discurso punitivo que exauria-se em se mesmo e causava uma série de desvios interpretativos, direcionando por fim seu aparato penal a clientelas ditas mais vulneráveis.

prévoit deux exceptions au principe d'abolition. (Citado em MARTINAGE, Renée. *Histoire du droit pénal en Europe*. Paris: PUF, 1998, p. 47.)³⁸

Entre os poucos pensadores que contribuíram para a formação da cultura penal iluminista e chegaram a vivenciar e combater pela *Révolution* encontra-se a figura de Jean-Paul Marat. Em seu *Plan de législation criminelle*, Marat criticou severamente as consequências injustas do contrato social. Como se pode constatar, a análise realizada por Marat no campo criminológico tem como pressuposto as injustiças sociais vividas pelas classes mais desfavorecidas naquele modelo de sociedade. Segundo o autor, tais injustiças estariam intimamente ligadas a uma sociedade na qual o discurso punitivo possibilitava que a atuação penal fosse direcionada, sem racionalidade plausível, mais a uns do que a outros.

Na prática, o leque de possíveis variáveis políticas a respeito da máxima contratualista poderia também, por isso, tornar-se algo perigoso para a própria sociedade que impulsionava o contratualismo e que defendia a igualdade, mas também começava a sucumbir-se a conjunturas que distinguiam entre os mais ou menos iguais, na medida em que determinadas classes ainda detinham a posição discursiva dominante.

Assim, o momento político e econômico, carecedor de cuidados, enfrentado pelo continente europeu trouxe consigo o discurso sobre a necessidade de criação de medidas urgentes para o ajuste do controle social penal. A resposta emergiu por meio da ciência, que despontava como detentora universal das soluções, propondo a resolução dos problemas através do conhecimento. Esse novo modelo de entendimento da realidade se estendeu para todos os ramos do saber, influenciando decisivamente o pensamento jurídico e penalista da época³⁹.

³⁸ “Beccaria rejeita todas as ideias de expiação, de vingança divina, para limitar à utilidade social a função das punições. Ele aspira penas moderadas, certas, rápidas, ele prefere a prevenção à repressão. Ele preconiza a igualdade e a legalidade dos delitos e das penas. Enfim, em matéria de pena de morte, ele é o primeiro dos abolicionistas, mesmo prevendo duas exceções ao princípio de abolição.”

³⁹ Outras variáveis do contratualismo despontaram, como por exemplo, o chamado “Contratualismo Socialista”, defendido pelo revolucionário francês Jean Paul Marat. Para ele, a lei de Talião era a forma mais justa de punição; entretanto, só funcionaria em uma sociedade completamente justa, o que não era o caso de nenhuma. Analogicamente, um século e meio antes, Spee afirmava que o juiz que condenava um cidadão à pena de morte em uma sociedade injusta deveria ser igualmente considerado um assassino.

1.6 A problemática dos discursos dominantes na questão criminal: quem é mais, quem é menos igual?

No controle social, a par do pensamento contratualista, corriam paralelamente os estudos da Criminologia Clássica- produto das ideias do Iluminismo, dos Reformadores e do Direito Penal “clássico” – que assumiram o legado liberal⁴⁰, racionalista e humanista do iluminismo, especialmente sua orientação jusnaturalista.

A Escola Clássica Criminológica simbolizou o trânsito do pensamento mágico, sobrenatural, ao pensamento abstrato, do mesmo modo que o positivismo representou a passagem ao mundo naturalístico e concreto, conforme se verá a seguir.

1.6.1 A Orientação criminológica pós-iluminista:

A denominada “Criminologia Clássica” assumiu o legado liberal, racionalista e humanista do Iluminismo, especialmente em sua orientação jusnaturalista.

A Criminologia Clássica concebia o crime como algo individual, isolado, como mera infração à lei: uma contradição com a norma jurídica que dá sentido ao delito, sem que fosse necessária uma referência à personalidade do autor ou à sua realidade social, para compreendê-lo – o decisivo seria o fato, não o autor.

A imagem do homem como ser racional, igual e livre, a teoria do contrato social como fundamento da sociedade civil e do poder, assim como a concepção utilitária do delito, não desprovida de apoio ético, constituiriam os três sólidos pilares do pensamento clássico. A Escola Clássica simbolizaria o trânsito do pensamento mágico, sobrenatural, ao pensamento abstrato, do mesmo modo que o positivismo representou a passagem ulterior para o mundo naturalístico e concreto.

Contudo, um dos pontos de fraqueza de tal doutrina foi o intento de abordar o fenômeno do crime menosprezando o exame da pessoa do delincente, assim como do seu meio ou relacionamento social, como se fosse possível conceber o delito como uma abstração jurídico-formal. Entretanto, enfrentou o antigo regime e um sistema penal caótico e muitas vezes arbitrário das monarquias absolutas.

⁴⁰ A criminologia da escola clássica, portanto, tem como marco de filosofia política as ideias liberais do contratualismo e como modelo sociológico o consenso. É o mesmo marco da criminologia liberal chamada “organizacional”, praticada principalmente nos Estados Unidos e Canadá, que busca pragmaticamente melhorar o sistema de controle social e formular, enfim, a política criminal através de pesquisas valorativas e propostas de reforma.

Sob o ponto de vista político criminal, os estreitos traços da Escola Clássica legitimaram o uso sistemático do castigo como instrumento de controle do crime, justificando a práxis e seu eventual excesso – como dito, para as autoridades, a teoria pactista do contrato social consolidava o status quo e resultava atraente, tendendo a tornar insubstituível o rol das estruturas de poder.

1.6.2 Da orientação criminológica pré-positivista:

Baseado na observação da pessoa do delinquente, tal Criminologia passou a utilizar-se do método empírico-dedutivo, operando no mundo das “Ciências Naturais”, não mais no das “Ciências do Espírito”. Esse método antecedeu o positivismo criminológico em anos e suas investigações foram realizadas nos mais diversos ramos do saber:

1.6.3. Ciência Penitenciária, Fisionomia, Frenologia e Antropologia:

No campo da Ciência Penitenciária, seus pioneiros Howard e Benthan analisaram, descreveram e denunciaram a realidade penitenciária europeia do século XVIII, conseguindo importantes reformas legis, ou ainda, formulando a tese da reforma do delinquente como fim prioritário da Administração, assim como da necessidade de valer-se do emprego de estatísticas. Como penitenciarista, destacam-se os estudos de Benthan acerca da prisão celular – o “panóptico de Benthan”-, cujo modelo, tido como referência, foi seguido por diversas instituições penitenciárias norteamericanas.

Já nos estudos da Fisionomia, destacaram-se Della Porta e Lavater, cuja maior preocupação era o estudo da aparência externa do indivíduo, ressaltando a inter-relação entre o somático (corpo) e o psíquico. A observação e a análise foram os métodos empregados pelos fisionomistas. O método mais conhecido foi atribuído a Lavater - o “retrato robô”, que revelava o “homem de maldade natural”, baseado em suas supostas características somáticas. E, na práxis, o conhecido “Édito de Valério”(“quando se tem dúvida entre dois presumidos, condena-se o mais feio”) ou a forma processual que, ao que parece, foi imposta no século XVIII pelo Marquês de Moscardi (“ouvidas as testemunhas de acusação e de defesa e visto o rosto e a cabeça do acusado, condeno-o...”), que se vinculam a tais concepções fissionômicas, de escasso rigor teórico- científico, porém com grande apoio nas convicções populares e na práxis criminológico-penitenciária.(PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006).

Para Lavater, a vida intelectual do indivíduo poderia ser observada na frente; a moral e sensitiva nos olhos e no nariz; a animal e vegetativa no maxilar inferior. De acordo com Garcia; Molina; Gomes (2002), Lavater, o precursor do “homem delincente” teria as seguintes características:

(...) nariz oblíquo em relação com o rosto, que é disforme, pequeno e amarelado; não tem a barba com a ponta aguçada; tem a palavra negligente; os ombros cansados e pontiagudos; os olhos grandes e ferozes, brilhantes, sempre irancudos (coléricos), as pálpebras abertas, ao redor dos olhos pequenas manchas amarelas e dentro, pequenos grãos de sangue brilhante como o fogo, envolvidos por outros brancos, círculos de um vermelho sombrio rodeiam a pupila, olhos brilhantes e pérfidos e uma lágrima colocada nos ângulos interiores; as sobranceiras rudes, as pálpebras direitas, a mirada feroz e muitas vezes atravessada.(GARCIA; MOLINA; GOMES (2002, p. 179)

A Frenologia tratou de localizar no cérebro humano as diversas funções psíquicas do homem e explicou o comportamento criminoso como consequência de malformações cerebrais⁴¹. Para Gall, seu ícone, o crime é causado por um desenvolvimento parcial e não compensado do cérebro, que ocasiona uma hiperfunção de determinado sentimento - esse autor acreditou ter localizado em diversos pontos do cérebro o instinto de agressividade, o instinto homicida, o sentido moral, entre outros.

Nesse aspecto, encontram-se os estudos de Cubi y Soler, que, três décadas antes de Lombroso, antecipava a teoria deste (PABLOS DE MOLINA, 1992:106). A contribuição mais significativa desse autor residiu no âmbito metodológico, já que foi um dos poucos que utilizou um método positivo experimental, chegando a realizar inclusive reconhecidos trabalhos de campo em determinadas comarcas nas quais haviam elevadas taxas de bócio e imbecilidade. Cubi y Soler considerava o delincente como o verdadeiro enfermo com necessidade de tratamento.

O campo da Psiquiatria teve, por seu turno, a atuação de Pinel como um dos pesquisadores mais famosos. Pinel realizou os primeiros diagnósticos clínicos separando os delinquentes dos enfermos mentais. Esquirol⁴², teórico da Psiquiatria e discípulo de Pinel,

⁴¹ Destaca-se a obra de Gall, autor do trabalho “*De Craeologia*”, desenvolveu um conhecido mapa cerebral dividido em trinta e oito regiões de análise.

⁴² Jean Étienne Dominique Esquirol (1772-1840), junto de seus colaboradores, trabalhou na preparação da Lei de 30 de junho de 1838, que foi modelo para muitos países, no que diz respeito à assistência aos insanos. Um de seus efeitos foi a obrigatoriedade da criação de estabelecimentos públicos para os insanos, que ele denominou de asilos. Em 1838, publicou o trabalho “*Des maladies mentales consideres sous les rapponts medical, hygienique*

assumiu o enfoque frenológico quando estudou as “manias” - loucuras parciais, setoriais - distinguindo três classes delas: intelectivas, afetivas e instintivas (Anitua, 2008). Assim como seu mestre, teve que enfrentar a convicção da época, que via nestes e em outros transtornos o reflexo de uma personalidade demoníaca.

Prichard e Despine, por sua vez, elaboraram a teoria da loucura moral do delinquente. Para eles, o delinquente seria um indivíduo sem livre arbítrio e sem abertura moral no mundo dos valores éticos. Prichard, inclusive, é o autor da expressão “moral insanity” (AUGSTEIN, 1996), inicialmente livre de conotação moral. Para ele, consistiria em:

uma perversão mórbida dos sentimentos naturais, dos afetos, inclinações, temperamentos, hábitos, disposições morais e impulsos naturais, sem transtorno algum digno de menção, nem defeito de seu intelecto ou em suas faculdades de percepção e raciocínio, e, particularmente, sem fantasias ou alucinações típicas de enfermidades. (PRICHARD, 1835, p. 6, traduzido.)

Especial interesse despontou a chamada Estatística Moral ou Escola Cartográfica, cujos principais representantes são Quetelet e Guerry, genuínos precursores do método estatístico voltado à análise criminológica, que cria a concepção do delito como fenômeno coletivo e fato social – regular e normal – regido por leis naturais, como qualquer outro acontecimento, e que deve ser submetido a uma análise quantitativa.

Quetelet sustentava, assim, que os fatos humanos e sociais são regidos também pelas leis que governam os fatos naturais, por leis físicas. Antecipando-se às “leis de saturação”, de Ferri, ressaltou aquele autor a absoluta regularidade com que ano a ano se repetem os delitos, afirmando que, se conhecêssemos as complexas leis que regulam o fenômeno social do crime, assim como sua dinâmica, estaríamos em condições de antecipar o número exato e, inclusive, a classe de delitos que se produziriam em uma sociedade, em um dado momento. Tal autor foi o criador das chamadas “leis térmicas” (interdependência entre fatores térmicos e clínicos e as diversas classes de criminalidade), assim como seus estudos comparativos da criminalidade masculina e feminina e da influência da idade na delinquência. Guerry, por sua parte, realizou os primeiros mapas da criminalidade na Europa, conferindo especial importância ao fator térmico, assim como Quetelet. Observou também o volume constante da criminalidade em um país, assim como a necessidade de explicá-la não a partir de leis metafísicas ou abstratas, senão com um método (estatístico) que contemple o homem

et medico-legal”. Nesse trabalho, definiu uma série de fenômenos psicopatológicos que são empregados até hoje, tais como a idiotia, a demência, as alucinações.

real em situações históricas concretas e determinadas, capaz de formular cientificamente as leis naturais do ser e do não dever ser, que governam o fenômeno coletivo e social da criminalidade.

Para os representantes da estatística moral, como o caso dos autores por último citados, assim, o crime teria uma magnitude estável, ou seja, existiria em volume constante e regular na sociedade. Ademais, Quetelet e Guerry não eram os únicos na Europa a cultivar a ideia de física social. Na França, Augusto Comte já tratava do mesmo assunto, ao que mais tarde chamou de Sociologia.

Por fim, a Antropologia se uniu estreitamente às origens do positivismo criminológico, com os estudos de crânios de assassinos, realizados por Broca, neurologista e patologista que acreditou ter detectado anomalias nos crânios de delinquentes, em estudo comparativo aos crânios normais. Na mesma linha investigativa de reclusos estão os estudos de Thompson, que sustentou o caráter hereditário da degeneração, acreditando ter encontrado estigmas congênitos físicos e mentais nos delinquentes habituais, que ele qualificou como “subespécie inferior” (PABLOS DE MOLINA, 1992).

Na linha pré-positivista, particular relevância teve a obra de Hegel. Os ideólogos da questão criminal que invocaram Hegel partiam de uma afirmação de que o espírito avança dialeticamente. O *espírito*, ou *Geist*, seria o espírito da humanidade como potência intelectual. Em quase todas as histórias da Filosofia, Hegel é classificado como racionalista, mas deve-se advertir que, para ele, a razão era algo dinâmico, e não um simples modo ou via de conhecimento.

Na esquematização hegeliana, o direito pertenceria ao momento objetivo, pois era neste plano que se relacionavam os seres livres. O certo de sua consciência prática é que quem não tem autoconsciência não é livre e, por conseguinte, não pode passar ao momento objetivo - ou seja, sua conduta não é jurídica. Mais ainda: os hegelianos sustentavam que a conduta não livre não seria ⁴³ uma conduta para o direito.

Por fim, os criminólogos clássicos e penalistas concluíam que os seres humanos se dividiam em livres e não livres, e o direito era patrimônio dos primeiros. Quando um não livre lesionava ao outro, não cometia um delito, mas se operava um ato sem nenhuma

⁴³ Há muito se percebeu que, no sistema de *Dei delitti e delle pene*, a argumentação de Beccaria muitas vezes vale-se de ideias de índole *utilitarista*. Aliás, o utilitarismo, como sabem os leitores de Bentham, era profundamente hostil às ideias de contrato social e de direito natural. SONTAG, Ricardo. (*Lei penal e exemplaridade econômica*. A execução das penas como extensão dos enunciados legislativos em Jeremy Bentham.)

relevância jurídica, haja vista que o que ele realizava não era propriamente uma conduta. Ao contrário, somente poderiam cometer delitos os livres, que eram aqueles que estavam habilitados naturalmente a realizar condutas⁴⁴.

Para os penalistas hegelianos, os não livres eram os loucos, e também os delinquentes, reincidentes, multirreincidentes, criminosos profissionais e habituais, pois, com seu comportamento, comprovavam que não pertenciam a nenhuma comunidade jurídica, ou seja, não compartilhavam valores sociais.

Para Hegel⁴⁵, tampouco eram livres os selvagens colonizados. A respeito, em “Lições sobre a filosofia da história universal”, os colonizados eram um produto de índios inferiores sem história, de negros em estado de natureza e sem moral, de árabes, mestiços e aculturados islâmicos fanáticos, decadentes e sensuais sem limites e de latinos que nunca alcançaram o período do mundo germânico⁴⁶. (HEGEL, 1976)

1.6.4. A imersão científica e o perigo do apartheid criminológico como meio de controle social: a Escola Positiva

Os estudos científicos - a ciência, genericamente falando -, eram a nova ideologia dominante. Particular relevância teve a obra de Darwin – três de suas teses foram assumidas imediatamente pela Escola Positiva: a concepção do delinquente como espécie atávica, não evoluída; a máxima significação concedida à carga ou legado que um indivíduo recebe por meio da hereditariedade; e uma nova imagem do ser humano, privado da importância e do protagonismo que lhe conferira o mundo clássico.

Com argumentos darwinistas aplicados ao controle social, Herbert Spencer concebeu a derivação do que se chamaria darwinismo social. Partindo do pensamento de que,

⁴⁴ O efeito prático de tal pensamento era que aos livres haveria a retribuição do Estado com penas proporcionadas, a pretexto da liberdade com que haviam decidido praticar o delito; entretanto, aos não livres que causavam danos, só seria possível submetê-los a medidas de segurança, que não eram penas. Portanto, a eles não era atribuída culpabilidade ou liberdade suficiente, mas unicamente era considerada a medida de perigo que eles representariam aos livres.

⁴⁵ Embora para alguns autores o pensamento hegeliano tenha sido utilitaristamente lançado a pretexto da dominação colonial e dominação de classe, o pano de fundo do discurso seguia como idealismo. Ou seja, para Hegel o poder punitivo se explicava por uma via dedutiva, e o delito era a negação do direito. Por consequência lógica, a pena era a negação do delito, como a negação de uma negação é uma afirmação, a pena seria a afirmação do direito.

⁴⁶ A ideia que Hegel tinha da América Latina provinha de Buffon, que escreveu muitos tomos de História Natural, embora cuidasse dos jardins reais. Para ele, éramos um continente em formação, e isso seria comprovado pelos vulcões e abalos sísmicos. Como as montanhas corriam em revés (de norte a sul, ao invés de fazê-lo corretamente, de leste a oeste, como na Europa), os ventos eram cortados e por isso tudo seria de úmido a podre. Por isso, haveria muitos animais pequenos, inclusive os humanos. Para Buffon, toda a América Latina tinha uma evolução retardada.

na geologia e na biologia, tudo avança propulsionado por catástrofes, Spencer concluiu que o mesmo acontece na sociedade. Por isso, os seres humanos mais fortes sobrevivem, e dessa forma ocorre a evolução humana. A eliminação dos mais frágeis, para ele, seria um detalhe inevitável.

Por isso, sustentava que auxiliar os mais frágeis seria privá-los de seu direito de evoluir, que a filantropia era um erro, e por isso pregava a renúncia a qualquer plano social por parte dos governos europeus. O controle social (controle de insubordinação) por meio de uma polícia parecia ser a principal função do estado.⁴⁷ Segundo Zaffaroni:

El spencerianismo fue el reduccionismo biologista llevado a lo social que sirvió de marco ideológico común al neocolonialismo y al saber médico que legitimó el poder policial con el nombre de positivismo criminológico, que bien podría llamarse apartheid criminológico. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La cuestión criminal, p.91)

É válido ressaltar que o laboratório dos positivistas resumia-se àquelas pessoas que estavam no sistema carcerário, e não à população em geral.

O chamado positivismo criminológico foi-se consolidando em todo o hemisfério norte e se estendeu a outros locais, como parte de uma ideologia racista generalizada, na segunda metade do século XIX, que focava exponencialmente no indivíduo e que culminou catastroficamente na Segunda Guerra Mundial.⁴⁸

Por trás da Escola Positivista está também o modelo de consenso, embora o positivismo recuse expressamente qualquer enquadramento sócio-político. Sua insistência numa suposta neutralidade não pode enganar, porque, apesar de, como filosofia, centralizar toda a autoridade e todo o poder na ciência, o positivismo como criminologia não questionou a ordem dada, e saiu, código na mão, fazendo assim tão pouca ciência quanto a que criticava nos criminólogos anteriores a essa escola (CASTRO, 2004).

A chamada “etapa científica” tinha por base a “Scuola Positiva” italiana, que foi encabeçada por Lombroso, Garófalo e Ferri. Surgiu como crítica e alternativa à denominada Criminologia Clássica, dando lugar a uma polêmica doutrinária, que foi, em última análise, uma polêmica sobre métodos e paradigmas, do Científico frente ao método empírico-indutivo dos positivistas. A Scuola Positiva italiana, no entanto, apresentou duas direções opostas: a antropológica de Lombroso e a sociológica de Ferri, que, como se verá a

⁴⁷ Argumento análogo ao que hoje afirmam os “Think Tanks” norte-americanos, o qual se verá a seguir.

⁴⁸ A bem da verdade, outros ícones já traziam consigo um ideal separatista para o foco do controle social. Benedict Augustin Morel expulsou em 1857 sua “Teoria da Degeneração” segundo a qual, em razão da mistura de raças humanas, eram cominados materiais genéticos muito diversos, o que resultava muitas vezes em seres humanos muito inteligentes e sagazes, mas moralmente degenerados e desequilibrados.

seguir, acentuam a relevância etiológica do fator individual e do fator social em suas respectivas explicações do delito.

A Escola Positiva apresentou-se como superação do liberalismo individualista clássico, na demanda por uma eficaz defesa da sociedade. Fundamentava o direito de castigar na necessidade da conservação social e não na mera utilidade⁴⁹, antepondo os direitos dos “honrados” aos direitos dos “delinquentes”. Para Ferri, a propósito:

Tem-se exagerado muito a favor dos delinquentes (...). E a consciência universal reclama que se ponha fim a exagerados sentimentalismos a favor dos criminosos, quando se esquecem a miséria e as dores de tantos milhões de pobres honrados...todavia, existe um feito doloroso..., o feito revelado pela estatística criminal é que a delinquência aumenta continuamente, e que as penas até agora aplicadas, enquanto não servem para defender os honrados, corrompem ainda mais aos criminosos. (FERRI, E. *Os novos horizontes do Direito e do procedimento penal*, p.06.)

Com a ideia do criminoso nato, desdobrava-se um trabalho de fisionomia que por eles era atribuído a Aristóteles e que, recobrando forças no decorrer do Renascimento, trouxe uma série de consequências: Cesare Lombroso, por exemplo, deixou um legado das melhores descrições criminais de seu tempo⁵⁰.

Entretanto, a principal contribuição de Lombroso para a Criminologia não residiu tanto em sua tipologia (quando destacou a figura do criminoso nato), mas no método que utilizou em todas as suas investigações: o método empírico.

Sua teoria do “delinquente nato” foi formulada com base em resultados de mais de quatrocentas autópsias de delinquentes e seis mil análises de delinquentes vivos; e o atavismo que, conforme seu ponto de vista, caracteriza o tipo criminoso – ao que parece -, contou com o estudo minucioso de vinte e cinco mil reclusos de prisões europeias.

Para os seguidores de tal pensamento, os delinquentes seriam seres distintos por caracteres especiais, comprovados por exame físico a que todos eles são submetidos. De acordo com seu ponto de vista, o delinquente padeceria de uma série de estigmas degenerativos comportamentais, psicológicos e sociais (fronte esquiva e baixa, grande desenvolvimento dos arcos supraciliares, assimetrias cranianas, fusão dos ossos atlas e occipital, grande desenvolvimento das maçãs do rosto, orelhas em forma de asa, etc). Em sua

⁴⁹ FERRI, E. *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, IX. Establecimiento tipográfico de José Góngora (Madrid), 1887.

⁵⁰ Entretanto, não se ocupou dos criminosos, mas também daqueles que avançaram mais além do esperado, ou seja, dos gênios, ao ponto em que se empenhou em conhecer alguns, como foi o caso de Tolstoi. Tanto ele quanto Max Nordeau escreveram livros sobre o homem e gênio. Este último advertia, em dois grandes volumes, sobre o perigo do gênio louco ou degenerado.

teoria da criminalidade, Lombroso interrelacionava o atavismo, a loucura moral e a epilepsia: o criminoso nato é um ser inferior, atávico, que não evoluiu, igual a uma criança ou a um louco moral, que ainda necessita de uma abertura ao mundo dos valores; é um indivíduo que, ademais, sofre alguma forma de epilepsia, com suas correspondentes lesões cerebrais.

Os adeptos da teoria antropológica afirmam, com firmeza, que só quem não adentrou uma vez na prisão é quem poderia contestar o perfil do delinquente.

Dessa forma, o motor que propulsionava o controle social acabava por direcionar o aparato punitivo a determinados grupos de pessoas, deixando entrever que a propensão de certos tipos físicos ao crime era maior do que outros. Isso significa que a figura do “criminoso em potencial” seguia quase que desatrelada ao fato criminoso, tornando o sistema penal cada vez mais desviado.

1.6.5 Criminologia sociológica de Ferri e a Eugenesia

Outra derivação da criminologia positivista que desviou os olhares do discurso penal de controle social ao homem delinquente é a teoria de Enrico Ferri, penalista que sustentou que, no controle social, a pena deveria ter a medida da periculosidade que, logicamente, na falta de um dispositivo medidor, seria tomada pelo contato visual. O juiz se converteria em um policial a mais. O determinismo monista de Ferri pregava que tudo estava mecanicamente determinado - por isso, em sua tese de doutorado, Ferri rechaçou o livre arbítrio, qualificando-o como “mera ficção”.

Ferri entendia que a criminalidade é um fenômeno social como outros, que se rege por sua própria dinâmica, de modo que o cientista poderia antecipar o número exato de delitos e a classe deles, em uma determinada sociedade e em um momento concreto, se contasse com todos os fatores individuais, físicos e sociais antes citados e fosse capaz de quantificar a incidência de cada um deles.

Muitos historiadores e estudiosos⁵¹ afirmam que o domínio mundial hierarquizou os seres humanos e considerou os colonizados inferiores em relação aos colonizadores. Isso aconteceu com o colonialismo do século XV e com o neocolonialismo do século XVIII.

Nesse norte, para Zaffaroni *et al* (2003, p. 443), o racismo teve uma explicável permanência no discurso penalístico republicano brasileiro, fato que muito se deveu à

⁵¹ Zaffaroni, Baratta, Wacquant, entre outros.

contribuição do saber médico agregado à técnica policial. Dessa combinação, resultou, em finais do século XIX, uma verdadeira intervenção higienista, bem sintetizada pela frase do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Viveiros de Castro: “[...] o crime é o efeito do contágio, transmite-se como um micróbio” (ZAFFARONI *et al.*, 2003).

O racismo neocolonialista, com seu reducionismo biologista, foi utilizado para legitimar o poder do domínio colonialista e controlar as classes mais fracas dos países centrais. Tal discurso foi funcional, mas entrou em colapso quando utilizado para legitimar um poder punitivo sem limitações dentro de uma mesma Europa, e ainda, por uma potência que era considerada a ponta da civilização.

O até então útil instrumento de poder policial vertical que legitimava esse racismo não era exercido em toda sua amplitude na Europa controlada pelas classes dominantes tradicionais. Porém, quando a Europa resultou arrasada após a Primeira Guerra Mundial, e ainda, quando a frágil República de Weimar compulsou-se, em um cenário humilhante, no pagamento de altas indenizações, abriu-se o espaço político para um pensamento extra- sistema.

Os novos condutores do pensamento social alemão tomaram em suas mãos o poder punitivo e o utilizaram para homogeneizar o pensamento interno, erigindo um novo inimigo e elevando ao máximo o verticalismo social, com o objetivo de preparar a sociedade para a colonização de todo o planeta, seguindo a lógica de que a verticalização sempre anuncia a colonização.

O nacional socialismo alemão não teve um discurso criminológico original: o aniquilamento de todas as raças inferiores foi quase um ponto comum e necessário no ponto de partida eugenésico. Por consequência, resultava claro que os campos de concentração, de trabalho forçado e de extermínio foram legitimados com racionalizações provenientes do racismo positivista.

Ao mesmo tempo, o advento do neokantismo distinguia os saberes entre ciências naturais e ciências da cultura. E como o direito era uma ciência, havia o embate entre os dois saberes, o que para os penalistas, encerrava-se quando se constatava que a criminologia era considerada somente um conjunto de conhecimentos auxiliares do direito penal que eram convocados quando este era considerado conveniente - e nada mais

Entretanto, tal situação revelava-se tão somente um debate acadêmico, haja vista que a criminologia seguia sendo exatamente a mesma do reducionismo biologista, e tão racista como antes.

A criminologia estudada nas faculdades de direito enriqueceu seu biologicismo com as novidades médicas, fundamentalmente com o descobrimento da endocrinologia, o que motivou estudos, sobretudo na área da conduta sexual. Mas o que mais impactou a criminologia acadêmica foram as classificações segundo os biótipos, em que se correlacionavam caracteres físicos e psicológicos. Ademais, a endocrinologia dava nova base ao próprio racismo, na medida em que, por meio de classificações biotipológicas, estabelecia cinco biótipos humanos: leptosomático, atlético, pícnico, displásico e misto.

1.6.6 A criminologia do pós- guerra (s)

A Primeira Guerra Mundial foi o prenúncio da crise total que se abateu sobre a Europa. O continente já não era o mesmo; havia perdido a influência no mundo; mergulhava rapidamente em uma crise que duraria até as vésperas de outra guerra.

Em outro sentido, ambas as guerras também acirraram as contradições do capitalismo, a ponto de provocar posicionamentos acalorados cerca de uma nova forma de sociedade: a socialista.

Justamente, quando do final da Segunda Guerra Mundial, o advento da Declaração Universal de 1948 anunciou a mudança de paradigma no plano mundial⁵². Entretanto, a criminologia seguia sendo etiológica, o delinquente deixava de ser uma variável do ser humano, e, por fim, a criminologia perdia seu objeto diferenciado e natural, seu “homem delinquente”.

Como se pode perceber pela compreensão do conteúdo de crime e criminoso, ao longo da história a flexibilidade dos conceitos acabou por ser moldada de acordo com as contingências experimentadas, com os contextos históricos e até mesmo com as deficiências estruturais de máximas teóricas, o que somente pode ser percebido muitas vezes com a superação do pensamento anterior.

Do direito de castigar pela mera utilidade “à conservação social”, da anteposição dos direitos dos “honrados” aos direitos dos “delinquentes”, a clientela não só variava como cada vez mais imergia a necessidade de que o criminoso não fosse visto de maneira reducionista, mas como mais um componente do complexo arranjo social.

⁵² O primeiro congresso mundial de criminologia no pós-guerra realizou-se em Paris, em 1950, e foi presidido por Donnedieu Vabres, juiz francês em Nuremberg. Consequência reflexa do fim da segunda guerra e dos resultados devastadores da ideologia exacerbada biologicista, a nova criminologia não sustentou o discurso racista tampouco o biologicismo reducionista.

2 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA NOS ESTADOS UNIDOS: EVOLUÇÃO INTERACIONISTA OU A CRIAÇÃO DO NOVO “HOMEM DELINQUENTE”?

A criminologia do pós-guerra foi resultado da crise por que passava o pensamento criminológico positivista, que, nos estudos acerca da aplicação do controle social, ainda acabava por eleger o criminoso essencialmente a partir de caracteres físicos.

A inquietação da nova criminologia de transição assinalava que a hegemonia do discurso criminológico pronto deixaria, a partir dali, de estar nas mãos de médicos ou advogados para passar a ter a contribuição de outra corporação que desde há muito mais tempo tratava a questão criminal no controle social. Começava a era da sociologia^{53, 54}.

O clima de pós-guerra, somado à conhecida autonomia acadêmica norteamericana, fez com que a questão criminal e o conseqüente controle social despontassem em estudos sociológicos naquele país, sendo trabalhados com investigação de campo.

Assim, a proposta era não mais trabalhar com um conceito pré-concebido de criminoso, passando a perguntar o que condiciona o delito na sociedade. Desse modo, iniciou-se uma nova etapa na criminologia e no modo de pensar o aparato punitivo penal.

Com a intenção de sepultar a carga de racismo manifesto de seu precedente, a nova etapa do discurso punitivo-criminológico encararia o problema por outra via, e esse seria o passo necessário para chegar ao que hoje parece quase evidente: não se pode explicar o delito sem analisar o aparato de poder que decide, que define (a clientela) e que reprime o delito.

2.1 Escola de Chicago

Nos estudos da nova etapa da análise do fenômeno criminológico, o berço da Sociologia Moderna centrou-se na chamada “Escola de Chicago”, e esta, por sua vez, deu

⁵³ Entretanto, tudo começou bem antes, quando entre 1830 e 1850, dois personagens – o belga Adolph Quetelet e o francês André-Michel Guerry chamaram a atenção às irregularidades que, a par do controle social, ocorriam na Europa, mais especificamente no tocante aos homicídios e suicídios.

⁵⁴ A importância dos principais sociólogos da época, como os franceses Émile Durkheim e Gabriel Tarde, e como os alemães Max Weber e Georg Simmel, não se deveu, pela presente análise, tanto ao que sustentaram, senão ao que projetaram ao futuro dessa ciência (Durkheim e Weber, por exemplo, foram os pioneiros do que mais tarde se denominou sociologia funcionalista e sistêmica, enquanto Tarde e Simmel abriram caminho para o que mais tarde se chamou de interacionismo).

vazão a várias outras correntes. Caracterizou-se por seu empirismo e por sua finalidade pragmática, isto é, pelo emprego da observação direta em todas as investigações, pela finalidade prática por meio de que se orientavam: um diagnóstico confiável sobre os urgentes problemas sociais da realidade norte-americana de seu tempo.

A Escola de Chicago trouxe à baila o estudo do crime como fenômeno estudado no âmbito da “sociologia da grande cidade” – sob esse ponto de vista, era natural que os investigadores sociais daquele período centrassem suas atenções à sociologia urbana, haja vista que todos os maiores conflitos produzidos pela súbita explosão econômica nos Estados Unidos aconteciam nas cidades, no meio urbano. Na época da fundação da universidade, Chicago era a terceira maior cidade dos Estados Unidos e experimentava a continuidade de tal crescimento, com a expansão da indústria, redução da taxa de mortalidade, mudanças nas relações de produção e significativa chegada de imigrantes europeus e de outras regiões norte-americanas, o que ocasionava um grande déficit na oferta de vagas de empresa e também na área habitacional. O mencionado contexto acabava por proporcionar ambiente propício para o aumento dos conflitos sociais e, conseqüentemente, do crime e de sua repressão (FREITAS, 2005).

Becker⁵⁵ (2008) fez então uma espécie de genealogia das conclusões da Escola de Chicago, apresentando seus principais autores⁵⁶, ideias e influências, as quais a finalidade do presente trabalho não permite aprofundar.

Em geral, a Escola de Chicago⁵⁷ representou um notório progresso nos Estados Unidos, em virtude de seu antirracismo e por inaugurar uma sociologia criminal urbana aparentemente muito mais razoável ao destinatário da lei e ao que se propunha o poder punitivo naquele contexto.

Entretanto, a Escola ainda direcionava suas conclusões, na medida em que a criminalidade que observava era restrita aos pobres, e à zonificação de Burges, própria de

⁵⁵ De acordo com Howard Becker, é comum designar como uma escola, um grupo de autores que pensam de forma razoavelmente semelhante, o que é verificado por outros pensadores, anos após a produção dos primeiros. Porém, no que se refere à Escola de Chicago, o autor considera tratar-se não apenas uma escola de pensamento, mas principalmente uma escola de atividade, que consiste em um grupo de pessoas que trabalham em conjunto, não sendo necessário que os membros da escola de atividade compartilhem a mesma teoria; eles apenas têm de estar dispostos a trabalhar juntos (BECKER, 2008).

⁵⁶ Importa ressaltar apenas que autores, tais como Robert E. Park, Herbert Mead, Everett Hughes, entre outros, deram grande relevo à análise da cidade, tida como seu verdadeiro laboratório, aonde seria possível observar as interações repetitivas entre as pessoas.

⁵⁷ A figura mais destacada da Escola de Chicago foi William I. Thomas, que revolucionou a metodologia sociológica em uma investigação sobre “*El campesino polaco em Europa y em America*”. Um de seus aportes mais importantes foi o chamado “Teorema de Thomas”, segundo o qual “se os homens definem as situações como reais, suas conseqüências também são reais”. Ou seja, pouco importa a frequência nas taxas de criminalidade ou ainda, sua gravidade: se as taxas são altas, é certo que deve haver maior repressão.

uma sociedade muito dinâmica, em crescimento permanente. Todavia, por outro lado, não podia explicar os fenômenos de zonas precárias das grandes concentrações urbanas, o que acabava, por outra via, por enriquecer a rotulação de classes delitivas em potencial.

Em sua incursão, a Escola de Chicago, atenta ao impacto da mudança social, especialmente evidenciado pela compreensão de novas clientelas nas grandes cidades daquele país, especialmente interessada pelos grupos e culturas minoritários e conflituivos, aprofundou-se no coração da grande *urbe*, e propôs-se a conhecer e compreender “desde dentro” o mundo dos desviados, suas formas de vida e cosmovisões, analisando os mecanismos de aprendizagem e transmissão das ditas “condutas desviadas”.

2.2 Composição de Teorias Conservadoras e Liberais e surgimento de um novo estudo criminológico: a Criminologia Crítica:

Tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, na década de 60⁵⁸, as teorias radicais germinam nas lutas políticas por direitos civis, no caso dos ativistas negros americanos, nos movimentos contra a guerra, generalizados durante o genocídio do Vietnã, no movimento estudantil, em 1968, nas revoltas em prisões e nas lutas de libertação anti-imperialistas dos povos de Terceiro Mundo. Esse vínculo prático de criminólogos radicais com as lutas políticas e movimentos sociais da segunda metade do século desenvolve-se, progressivamente, em uma crítica vertical ao discurso penal pautado nos contornos da criminologia convencional liberal⁵⁹ que hegemonizava a teoria e a pesquisa sobre crime, desvio e controle social, com a literatura mais influente, técnicos e consultores governamentais, o predomínio em comissões para o estudo do comportamento antissocial⁶⁰ e a elaboração de programas de prevenção geral e especial.

⁵⁸ Ao mesmo tempo, nos Estados Unidos, quando da nomeação de Lyndon Johnson para presidência, em 1965, a economia americana gozava de uma posição invejável, como destaca Galbraith (1994), onde o desemprego estava na casa de 5%, ou seja, 95% da população estava empregada. A economia expandia-se a uma taxa saudável, somente os preços e os salários continuavam em ascensão, mas não era relevante o risco de uma séria inflação. O estado do bem-estar só não estava completo, pois a população pobre dos Estados Unidos continuava crescente. O programa que havia sido elaborado, visando à diminuição da pobreza americana, não vigorou, pois durante a guerra do Vietnã, a maior parte dos recursos disponíveis iam para este fim, ficando a luta contra a pobreza, mais uma vez adiada (GALBRAITH, 1994).

⁵⁹ Como visto, para as teorias conservadoras, a ordem estabelecida (*status quo*) era o parâmetro para o estudo do comportamento criminoso ou desviante, e, por isso, a base das medidas de repressão e correção do crime e desvio. A ideologia das teorias conservadoras baseava-se essencialmente na repressão: fundada na hierarquia e dominação, como bases da lei e da ordem, teve um significado prático de legitimação da ordem social desigual (TAYLOR et al, 1980). Já as teorias liberais caracterizavam-se pela prescrição de reformas, concentrando-se em pesquisas sociológicas para sugerir mudanças institucionais (descriminalização, tratamento penitenciário, etc.) e sociais (habitação, assistência, etc.) como meios de prevenção do comportamento antissocial.

⁶⁰ Mas a conexão ideológica entre conservadores e liberais para a formação de uma criminologia correicionalista esteve na noção comum de que a maioria do comportamento social é convencional, ou seja, ajustada aos parâmetros normativos, enquanto o comportamento não convencional, constituído pelo crime e desvio, seria a

A posição de compromisso do enfoque representou, portanto, uma composição de tendências de um discurso conservador (teorias clássicas e positivistas), biológico e liberal (teorias positivistas sociológicas e as fenomenologias do crime) da criminologia dominante. Desse modo, abriu-se uma nova etapa na criminologia acadêmica, a qual, por incorporar o poder punitivo em suas análises, se chamou “Criminologia da reação social”, embora muitos a denominem “Criminologia Crítica”.

2.3 Movimentos Sociais e Criminologia Crítica: a rotulação e a personalidade como “construção social”

No contexto estadunidense da década de 60, desenvolvia-se, a par do crescimento da população dita pobre, uma criminologia de percepções e atitudes, sendo elaborada uma construção criminológica da fenomenologia chamada “Teoria da Rotulação”, também conhecida como “Interacionista” ou “Teoria da Reação Social”, erigida sobre os trabalhos de Edwin Lemert e de Howard Becker, com acréscimos vigorosos da área de Psiquiatria e Psicologia Social⁶¹. Assumindo que em sociedades pluralistas todos experimentam impulsos desviantes e realizam condutas exorbitantes dos chamados “parâmetros normativos”, a “Teoria da Rotulação” construía uma “concepção de mundo” numa dupla perspectiva: das pessoas definidas (por outras) como desviantes e das pessoas que definem (as outras) como desviantes⁶².

O objeto de estudo da teoria da rotulação⁶³ compreendia, portanto, a constituição das regras sociais e as práticas de aplicação dessas regras: tendo-se a

minoría do comportamento social. O enfoque comum de conservadores e liberais não questionava a estrutura social, ou suas instituições jurídicas e políticas, mas se dirigia ao estudo da chamada minoría criminosa, elaborando etiologias do crime fundadas em patologia individual, em traumas e privações da vida passada, em condicionamentos deformadores do sistema nervoso autónomo, em anomalias na estrutura genética ou cromossômica individual, etc., em relação com as circunstâncias presentes, cuja recorrência produz tendências fixadas, psicológicas, fisiológicas ou outras. No estudo dessa etiologia (e suas relações), o criminólogo realizaria uma tarefa neutra, independente de interesses pessoais e do sistema de reação contra o crime, com seus condicionamentos políticos e ideológicos.

⁶¹ Ronald Laing (1959), Erving Goffman (197), Thomas Szasz (1975) e outros.

⁶² A mudança de enfoque em relação à criminologia positivista dominante está na orientação para a subjetividade, enfatizando questões de valor e de interesse e abandonando os estudos etiológicos e as explicações causais do crime.

⁶³ A teoria da rotulação distingue entre a) a criminalização primária, um processo de natureza “poligenética”, excluída do esquema explicativo da teoria; b) criminalização secundária, uma resposta sequencial à criminalização primária, que marca o comprometimento do criminalizado em uma “carreira desviante”, como impacto pessoal da reação oficial – na verdade, o ponto de incidência das análises da teoria.

personalidade como “construção social”, o modo como pensamos e agimos são produtos parciais do modo como os outros pensam e agem em relação a nós.

De acordo com essa perspectiva interacionista, não se poderia compreender o crime prescindindo da própria reação social, do processo social de definição ou seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como delitivas. Delito e reação social são expressões interdependentes, recíprocas e inseparáveis. A desviação não seria tão somente uma qualidade intrínseca da conduta, senão uma qualidade que lhe é atribuída por meio de complexos processos de interação social, altamente seletivos e discriminatórios.

Tal constatação, de viés sociológico, seria o ápice crítico em relação ao pensamento regente de toda a compreensão pretérita de criminoso e ponto de partida para sanar qualquer errônea conclusão puramente etiológica sobre crime e criminoso.

2.4 A produção de etiquetas como disfunção do controle social: consequências sociais da rotulação.

Como consequência do êxito desse enfoque interacionista, passou-se a compreender que já não se poderia mais estudar o problema criminal prescindindo da própria reação social, do processo social de definição e de seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como delitivas. Nesses termos, a etiqueta social seria uma designação ou nome estereotipado, imputado a uma pessoa, baseando-se em alguma informação que se tem sobre ela. A etiqueta, portanto, seria uma forma de se classificar indivíduos.

O rótulo criminal, principal elemento de identificação do criminoso, produziria, assim, as seguintes consequências: assimilação das características do rótulo pelo rotulado, expectativa social de comportamento do rotulado conforme as características do rótulo, perpetuação do comportamento criminoso mediante formação de carreiras criminosas e criação de subculturas criminais através de aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados (CASTRO, 2004).

Da rotulação do comportamento desviante e dos consequentes atributos que são imputados ao rotulado, constatou-se que não se poderia compreender a criminalidade se não se estudasse a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas e indo até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes), e que, por isso, o status social de delinquente pressuporia, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência. Noutro giro, não adquiriria esse status aquele que,

apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias.

Nesse sentido, a ideia do *labeling approach* era se ocupar principalmente das reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob esse ponto de vista, tais instâncias estimulariam a máquina prisional a prender-se ao estigma de ação desviante, ao estigma de delinquente.

De acordo, portanto, com o histórico do poder punitivo global, que em várias passagens históricas elegeu o discurso mais adequado à atuação penal tão somente com base em emergências criadas pelo próprio sistema, o controle social, tanto na década de 60, quanto atualmente (como se verá) ainda permanece discriminatório e seletivo, vez que repartem o rótulo de criminoso com o mesmo critério de distribuição dos bens positivos: levando-se em conta o *status* e o papel da pessoa.

Deste modo, conclui-se que as chances ou riscos de um indivíduo ser etiquetado como delinquente não dependeriam tanto da conduta executada (delito), senão da posição dele na pirâmide social, das suas raízes etiológicas e das baixas oportunidades oferecidas.

Guardadas as particularidades de cada ordenamento e os contextos históricos em que se inserem, é inevitável a análise de similaridade dos processos de criminalização, que, ademais, vinculam-se há muito ao estímulo de uma visibilidade diferencial da conduta delitiva.

2.5 Sistema penal da desigualdade e seu reiterado ritual desviante

Conforme visto, segundo os ensinamentos do *labeling approach*, a seleção criminalizante tornava-se perigosa não somente por orientar-se por suas próprias limitações, como também por condicionar o pensamento de suas agências ao reiterado ritual desviante. Embora entendido como um fenômeno de ocorrência ao longo da evolução histórica e em escala mundial, verifica-se que o ritual desviante permanece vivo na atualidade, reforçando cada dia mais a perda dos objetivos do complexo sistema penal, à medida que se opta por fazer o mais simples, o mais emergencial, o mais simbólico.

Entretanto, para que as instituições incumbidas de materializar o sistema penal de um ordenamento fossem (e sejam) idôneas e aptas a conformar-se com o ideal de Estado Democrático de Direito otimizado por soluções justas, deveriam (e devem) elas ater-se

constantemente a um arcabouço com permanente observância aos princípios que guarneçam os bens primários⁶⁴.

Na unidade do ordenamento jurídico, a norma fundamental identifica e orienta a interpretação e aplicação do direito. Em contraponto, essa norma fundamental representa conjunto de valores, princípios e direitos fundamentais onde todo ordenamento jurídico pretende ser uma estrutura completa e autossuficiente para regular todas as exigências e necessidades básicas individuais e coletivas, onde haja coerência com todos os seus elementos, a fim de eliminar contradições.

Como se pode ver, entretanto, o direito não é capaz de prever todos os conflitos, tampouco de ser um sistema constitucional hermético e livre de falhas.

Nesse sentido, a função do sistema penal deve estar sempre atenta às mazelas conjunturais e principalmente atrelada mais à realidade da qual faz parte e menos àquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam. E, referindo-se a esta realidade, assevera Santos (1979) que, apesar da pretensão de firmador de garantias de uma ordem social justa, o sistema penal há muito apresenta desempenhos que contradizem essa aparência.

Portanto, nas considerações de Zaffaroni e Batista (2003), para o *labeling approach*, o sistema penal acabava por dirigir sua atenção a uma parte mínima da violência da sociedade através do conceito de criminalidade, e restringe sua atuação a determinados delitos e delinquentes, e, por isso, a resposta penal é simbólica e não instrumental ao fenômeno da criminalidade e à insegurança urbana.

No plano jurídico, essa seleção lesionaria uma série de princípios constitucionais, especialmente o da isonomia. Nos dizeres de Zaffaroni:

No plano jurídico, é óbvio que esta seleção lesiona o princípio da igualdade, desconsiderado não apenas perante a lei, mas

⁶⁴ Em *Local Justice*, Jon Elster classifica os bens a serem considerados por uma teoria de justiça distributiva em: a) os suscetíveis de distribuição pelas instituições sociais, como renda e riqueza, oportunidades e poderes, direitos e liberdades; b) os não suscetíveis de distribuição direta pelas instituições sociais, mas que são influenciados pela distribuição dos primeiros, como o conhecimento e o auto-respeito; e, por último, c) os não influenciáveis pela distribuição de quaisquer bens, como as capacidades físicas e mentais dos seres humanos (Vita, 1999, p. 41). O raciocínio desenvolvido por Rawls reflete diretamente nos dois primeiros tipos de bens da classificação elsteriana, os quais são denominados de bens primários, e cujo direito a uma parcela se justifica simplesmente pelo fato das pessoas estarem empenhadas em alcançar uma existência digna, o que não seria possível sem a disposição desses recursos.

também na lei. O princípio constitucional da isonomia é violável não apenas quando a lei distingue pessoas, mas também quando a autoridade pública promove uma aplicação distintiva (arbitrária) dela. (ZAFFARONI, 2003, p.46).

2.5.1 Princípio da igualdade e distribuição justa: nuances e identidades

O princípio da isonomia é, dentre todas as diretrizes a serem seguidas no sistema penal estrito e garantidor, um dos mais complexos. Isso porque, além de vários fatores constitutivos, inclui as diferenças pessoais, considera as diferenças sociais e lida com ambas conforme a concepção de justiça através da qual se compreenda o processo.

Tal princípio comporta vários sentidos - todos eles com o objetivo primordial de resguardar as garantias fundamentais do cidadão e tornar a mitigação das diferenças um processo a ser obrigatoriamente observado, especialmente no que diz respeito ao estigma pré-constituído do *labeling approach*.

2.5.2 Igualdade formal: primeiro sentido

Em um primeiro sentido, a igualdade residiria no valor associado indistintamente a todas as simples e isoladas pessoas, isto é, sem distinção, como preceitua o artigo 5^o, *caput* e inciso I da Constituição da República. Nesse sentido, igualdade e diferença não apenas não seriam antinômicas, mas se implicariam mutuamente.

O valor bruto da igualdade, segundo esta primeira acepção, consistiria precisamente no igual valor atribuído a todas as diferentes identidades que fazem de qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros e de qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras. Passa-se, dessa forma, a individualizar os limites da tolerância, a qual reside no respeito de todas as diferenças que formam as diversas identidades das pessoas, como do intolerável, que, ao contrário, reside na inadmissibilidade de suas violações.

Com a compreensão pura da igualdade formal⁶⁵, convencionou-se que os homens devem ser considerados como iguais, propriamente, prescindindo-se do fato que eles

⁶⁵ Evidentemente que a ideia de igualdade jurídica somente é possível posteriormente à fundamentação teórica da própria noção de igualdade entre os indivíduos. Nesta linha podemos situar Hobbes no século XVI e Locke no séc. XVII. Para ambos no estado da natureza, todos os homens são iguais, embora saibamos que o estado da natureza para Hobbes é o estado de guerra permanente e para Locke no estado da natureza os homens vivem em perfeita liberdade. Kant é o grande teórico da existência de um direito universal que pode ser compartilhado e percebido pela razão. Ainda hoje, em um mundo em que todos reivindicam o respeito à singularidade, todos

são diversos, isto é, das suas diferenças pessoais de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política e afins.

Mas isso, no entanto, não seria o suficiente para a compreensão total do princípio: a máxima cartesiana de igualdade, se visualizada isoladamente, conduziria ao pensamento utilitarista de que para se alcançar a plena justiça, deve-se agir de modo que se obtenha o maior benefício para a maioria das pessoas.

Por outro lado, a propósito da ideia de igualdade perante a lei ligada à construção do conceito da pessoa como sujeito único de direito, Giovanni Tarello esclarece :

Ahora bien, ningún sistema jurídico puede ser estructuralmente simple, em el sentido apenas aclarado, si confugura diferencias subjetivas debidas a la clase social, a la religión, a la ciudadanía, a la raza, al sexo, al estado familiar, y asi sucessivamente.

(...)

Esta igualdad ante la ley no significó otra cosa que unicidad de sujeto jurídico, y por esto fue, más que uma ideología política, un instrumento técnico de simplificación de los sistemas jurídicos. (TARELLO, 1975, p.24)

Portanto, resta claro que a ideia de igualdade jurídica, formal, não possuiria um caráter de melhor distribuição de bens ou oportunidades⁶⁶ para o alcance da igualdade material, como se verá a seguir, mas seria tão-somente uma ideia de representação da unicidade do sujeito perante a lei.

Ainda que o utilitarismo acerca da igualdade, mormente no que diz respeito à distribuição igualitária, conduzisse a juízos matematicamente corretos acerca da igualdade, ele poderia ser visto também como ameaça aos direitos individuais, pois uma compreensão exclusivamente formal correria o risco de não atribuir valor intrínseco à igualdade, mas apenas valor instrumental.

Dito de maneira ampla: para que a igualdade fosse entendida de forma plena - aqui entendida como igualdade perante o sistema penal -, seu anteparo deveria lastrear-se

querem ser também reconhecidos como iguais. Assim, a base da universalidade dos direitos humanos é justamente a possibilidade de compartilhar a razão e reconhecer no outro um igual, ainda que a comunidade atual seja bem maior do que a Europa de Kant.

⁶⁶ Segundo o conceito de liberdade natural, uma estrutura básica justa da sociedade deverá aliar economia de mercado e igualdade formal de oportunidades. Para tanto, além das instituições de mercado, são imprescindíveis instituições que garantam o acesso de todos às posições sociais mais favorecidas (Rawls, 2008, p. 80). Entretanto, tal sistema não impede que a distribuição de recursos seja afetada por uma preliminar distribuição de benefícios definida por condições naturais, sociais e culturais alheias à preferência individual.

primeiramente na distribuição igualitária de bens, a não ser que a distribuição desigual fosse justificada conforme matizes de justiça. Para Rawls:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito – devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos (RAWLS, 2008, p. 75).

A sutileza desse pensamento é a seguinte: tratar as pessoas como iguais não implicaria em remover todas as desigualdades, mas apenas aquelas que trazem desvantagens para alguém. Se dar mais dinheiro a uma pessoa do que a outra promove mais os interesses de ambas do que simplesmente dar-lhes a mesma quantidade de dinheiro, então uma consideração igualitária dos interesses não proibiria essa desigualdade⁶⁷.

2.5.3 Igualdade substancial: segundo sentido

Em um segundo sentido, ao revés, a igualdade residiria no desvalor associado a um outro gênero de diferenças: a todas aquelas de ordem econômica e social. Nesse sentido, as diferenças, em lugar de serem conotadas pelas diversas identidades das pessoas, se resolveriam em privilégios e discriminações sociais que lhes deformariam a identidade e lhes determinariam a desigualdade, lesando-lhes ao mesmo tempo o igual valor. É por isso que estas, na base do mesmo princípio da igualdade, seriam, além de certo limite, intoleráveis. Só que o limite entre tolerância e intolerância é, neste caso, bem mais problemático e incerto. Nem todas as desigualdades jurídicas são intoleráveis. Somente aquelas que obstam a vida, a sobrevivência e, principalmente, em nosso caso, a liberdade.

Com a prescrição da igualdade substancial, convencionou-se que os homens devem ser considerados tão iguais quanto possível⁶⁸, e, por isso, não se deve prescindir do fato que eles são social e economicamente desiguais.

Robert Alexy, ao analisar a questão dos direitos subjetivos sob a ótica da

⁶⁷ Por exemplo, pode ser preciso pagar mais dinheiro aos professores para os incentivar a estudar durante mais tempo, diminuindo assim a taxa de reprovações. As desigualdades serão proibidas se diminuirmos a tua parte igual de bens sociais primários. Se aplicarmos este raciocínio aos menos favorecidos, estes ficariam com a possibilidade de vetar as desigualdades que sacrificam e não promovem os seus interesses.

⁶⁸ Fábio Konder Comparato lembra que foi somente com a Constituição de 1934 que incorporamos no Brasil ao conceito de igualdade jurídica o significado de não-discriminação em razão de qualquer característica do indivíduo nos moldes do artigo 113, inciso I daquela Carta: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.

igualdade jurídico-formal, em paralelo com a igualdade material, assim explicita as nuances do tema:

Este cuadro obtiene un mayor refinamiento si se consideran los derechos de igualdad prima facie abstratos de los cuales – al igual que en el caso de los principios definitivos abstratos – hay dos. Uno de ellos responde al principio de la igualdad de iure, el otro, al de la igualdad fáctica. El derecho prima facie a la igualdad de iure puede ser formulado como derecho prima facie a la omisión de tratamientos desiguales; en cambio, el derecho prima facie a la igualdad fáctica es un derecho prima facie a acciones positivas del Estado. (ALEXY, 2002, p. 54).

Em todos os casos, para a análise, entre igualdade jurídica e direitos fundamentais deve existir um nexo biunívoco: não apenas a igualdade seria tal enquanto for constitutiva dos direitos fundamentais, mas, ainda, os direitos fundamentais seriam tais enquanto fossem constitutivos de igualdade. Por esse motivo, entende-se que, para haver uma contenção dessa desigualdade, dever-se-ia levar em conta a perigosa facilidade de justificar a prisionização pela seletividade operacional.

Dessa forma, segundo os postulados do *labeling approach*, sendo o Direito Penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, deveria ele ser minimamente utilizado e constantemente corrigido em sua aplicação.

Como se percebe, para o *labeling approach*, o problema se encontrava nas questões estruturais (econômicas, sociais e políticas) que fundamentavam a existência de uma desigualdade na atuação do controle social e seu instrumento, o sistema penal, que operava, e ainda hoje opera, à margem da legalidade, ao criminalizar uma infinidade de condutas (ou de pessoas), o que pode sobrecarregar os órgãos incumbidos da repressão criminal, a despeito de tais agências disporem de uma capacidade operativa muito inferior à magnitude da demanda.

Consigne-se que, na história e contexto atuais, agrava a situação se ainda se cogitar dos crimes praticados que desde muito passam ao largo do conhecimento e da atuação do Sistema Penal⁶⁹. Em contrapartida, há condutas praticadas pelas classes dominantes, consideradas nocivas à sociedade, contra as quais o Sistema Penal não reage. Algumas pessoas são protegidas de tal forma que, por mais criminosas que sejam, jamais terão sobre si a etiqueta de criminosas. Mesmo quando processadas, saem ilesas, seus crimes não são computados nas

⁶⁹ Para Queiroz, o sistema penal atual, o cenário penal está estruturado para que, de fato, não funcione, haja vista a intervenção estatal só ocorrer em um reduzidíssimo número de casos, reforçando a idéia de que as pessoas de baixo *status* social são potencialmente criminosas.

estatísticas e, provavelmente, jamais o serão, porque não basta a descrição legal de um fato nocivo - é preciso resolver toda uma realidade político-social que causa a distorção do princípio constitucional da igualdade encontrado na máxima de Aristóteles, na qual a igualdade consiste em aquinhoar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade, o que muitas vezes deságua na impunidade.

Assim, na esteira interacionista, diante de qualquer sistema penal que possua uma realidade desigual, uma política de transformação dessa realidade, uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e de garantias constitucionais, um projeto político alternativo e autônomo dos setores populares deveria considerar o Direito Penal como uma atitude de defesa. Defesa, antes de tudo, perante os ataques realizados em nossos dias contra as garantias liberais asseguradas nas Constituições dos Estados de Direito. Defesa, além disso, em face do próprio direito penal, no que signifique contenção e redução de seu campo de intervenção tradicional, e, sobretudo, de seus efeitos negativos e dos custos sociais que pesam, particularmente, sobre as camadas selecionadas mediante rótulos, e que contribuem, dessa forma, para dividi-lo e debilitá-lo material e politicamente. Defesa, também, através do direito penal, na medida em que, no momento, pode ser ainda considerado como uma resposta legítima ante a falta de alternativas para resolver os problemas sociais (BARATTA, 2002).

2.6 Criminalização e estigmatização – a criação do *label* segundo as etiquetas

A combinação do conjunturalismo, da desviação do controle social e do direcionamento do sistema penal aos públicos mais vulneráveis resulta no que se chamou processo de criminalização.

A criação de etiquetas, analisadas pela Teoria Interacionista, preconizava que o processo de criminalização de condutas, segundo Aniyar de Castro (2004), poderia se dar em três diferentes direções:

2.6.1 Primeira direção do processo: criminalização de condutas

A primeira direção do processo de criminalização diz respeito à criminalização de condutas, que seria o ato ou conjunto de atos dirigidos no sentido de transformar uma conduta, que antes era lícita, em ilícita, mediante a criação de uma lei penal. Exemplo disso

nos Estados Unidos são os *squeegements*⁷⁰, que tiveram suas condutas como foco de prisonização em Nova York, anos mais tarde.

Neste rumo, manifesta-se Loïc Wacquant ao dizer que:

Em Nova York, sabemos onde está o inimigo”, declarava Bratton [...] na campanha de penalização da pobreza: os “squeegee men”, esses sem-teto que acoçam os motoristas nos sinais de trânsito para lhes propor lavar seu para-brisa em troca de uns trocados (o novo prefeito Rudolph Giuliani fez deles o símbolo amaldiçoado da decadência social e moral da cidade, e a imprensa popular os assimila abertamente à epidemia: “*squeegee pests*”), “os pequenos passadores de droga, as prostitutas, os mendigos, os vagabundos e os pichadores”. Em suma, o subproletariado que suja e ameaça. É nele que se centra prioritariamente a política de “tolerância zero” visando restabelecer a “qualidade de vida” dos nova-iorquinos que, ao contrário, sabem se comportar em público. (WACQUANT, 2001, p. 26-27)

2.6.2 Segunda direção do processo : criminalização dos indivíduos

A segunda vertente relaciona-se com a criminalização dos indivíduos, que consiste nos procedimentos, situações, ritos ou cerimônias que levarim a marcar como delinquentes determinadas pessoas em vez de outras, embora todas tenham praticado atos semelhantes, mediante um sistema de seleção que não é sempre fácil de determinar.

Nesse ponto, estaria presente a leitura etiológica do controle social, que ainda na atualidade elenca seus sujeitos passivos em potencial e, assim, direciona seu aparato punitivo a determinados indivíduos. Nesta senda, manifesta-se Vera Malaguti Batista (2003, p. 80), que, ao parafrasear Zygmunt Bauman, refere que:

Os estranhos “não se encaixam no mapa cognitivo, moral ou estético do mundo”, eles “poluem a alegria com a angústia”, embaralham as fronteiras e por isso produzem mal-estar e insegurança. Na guerra contra os estranhos apresentam-se duas estratégias: uma é antropofágica, que ao devorar assimila, a outra é antropeômica, que ao vomitar exclui. (BATISTA, 2003, p. 80)

2.6.3 Terceira direção do processo: criminalização do desviante

⁷⁰ Em verdade, nesse ponto, a primeira e a segunda direção do processo em muito se aproximam.

A terceira direção refere-se à criminalização do desviante, que compreenderia ao processo psicológico e social mediante o qual quem não é mais do que um simples desviante transforma-se em criminoso, quer dizer, o processo de formação de carreiras criminais.

Neste ponto, a criminalização do desviante, em sintonia com a estigmatização exposta nos fatores do desvio, foi o foco central da atenção da escola interacionista, através do *labeling approach*. O *label*, assim, possuiria as seguintes características:

2.6.4 Visibilidade e invisibilidade

Primeiramente, a visibilidade caracterizar-se-ia como o principal elemento de identificação: elevando o indivíduo por cima dos que o rodeiam, tornando-o visível e, ao mesmo tempo, invisível. Mais visível porque é assim que sua verdadeira identidade se perderia. A etiqueta, pois, obscurece e esconde todas as demais características do indivíduo.

2.6.5 Criação de auto-etiquetas

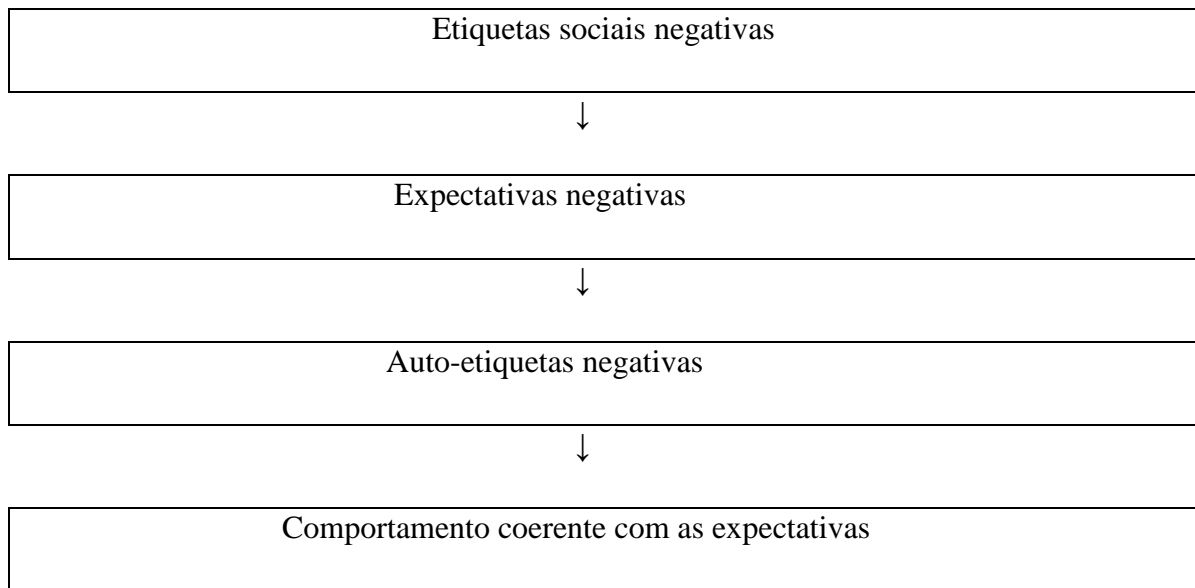
As etiquetas sociais criam autoetiquetas. Isto quer dizer que a pessoa se perceberia a si mesma como sente que os demais a veem. A auto-percepção encontra-se, assim, compelida a situar-se no molde da percepção dos outros. Através de um processo de resignação e de sentimento de vergonha, o indivíduo começa a percorrer o corredor que vai conduzi-lo a um novo papel. Isto é importante, pois a partir desse momento, à medida que se avança por esse corredor, as possibilidades de reabilitação diminuem.

2.6.6 Surgimento de expectativas

As etiquetas criariam expectativas: a audiência social, enfrentada por quem tenha sido etiquetado, espera desta pessoa um comportamento coerente com a definição que lhe foi dada.

2.6.7 Comportamento sequencial

As etiquetas poderiam ocasionar o comportamento ilustrado por Payne (PAYNE, 1973) no quadro:



Ou seja: as etiquetas sociais negativas criariam expectativas igualmente negativas, que levariam os rotulados, a, inevitavelmente, sentirem-se compelidos a situar-se no molde da percepção dos expectadores que os veem. Neste cenário estigmatizante, os comportamentos do rotulado tornar-se-iam coerentes com aqueles esperados pelos que não são estigmatizados, e que, nesta conjuntura, esperam que tais condutas sejam realizadas.

2.6.8 Produção do desvio secundário

A essa altura, as etiquetas produziriam desvio secundário: assim, pois, as formas desviantes de comportamento muitas vezes extraem seu alimento das mesmas instâncias que foram criadas para inibi-las. Assim, cria-se o paradoxo de que o próprio processo de tratamento cria a conduta estereotipada.

Na medida em que as forças policiais concentram as suas atenções e suas atividades de prevenção e de repressão sobre certos grupos que foram anteriormente etiquetados, isso criaria ressentimentos e hostilidade nas pessoas, que estariam ainda menos dispostas a prestar sua cooperação aos agentes de controle social e ao próprio grupo. Este comportamento, por seu lado, intensificaria a reação social e aglutinaria como consequência uma conduta que será cada vez mais desviante. A brecha entre o rotulado e a comunidade seria aprofundada paulatinamente, podendo instaurar-se uma carreira criminal.

2.6.9 Hierarquização de delitos pelos expectadores

As etiquetas produziriam uma hierarquização de delitos, guiada pela chamada vontade de punir. Guardadas as particularidades na análise do *iter criminis* de cada delito no caso concreto, verifica-se que os delitos direcionados à ordem pública ganham com isso uma etiquetagem diferente daqueles mais corriqueiramente cometidos, como os de bem jurídico patrimônio, vida ou Administração, entre outros. A gravidade mais ou menos intensa de um tipo de delito faria pensar na maior ou menor frequência que ele ocorre.

Bauman (1999), por sua vez, explica a necessidade das pessoas pela manutenção da beleza, pureza e ordem, razão pela qual a chegada de um estranho estremece a segurança, o espaço público, já que ele é comparado à sujeira. Isso demonstra o porquê das sociedades lutarem por classificar, separar, confinar, exilar ou aniquilar os estranhos (BATISTA, 2003).

Igualmente, a luta pela pureza moderna hoje se expressa diariamente nas ações punitivistas contra as classes perigosas, enquanto que a pureza pós-moderna se revela na ação punitiva contra moradores de rua pobres e de áreas urbanas proibidas, vagabundos e indolentes (BAUMAN, 1999).

O processo em estudo configura, nos termos do *labeling approach*, os conceitos de desvio primário e desvio secundário, sendo este último um produção dependente da reação social originada pelo primeiro, geralmente como um meio de ataque, de defesa ou de adequação à reação social.

O desvio secundário não seria, entretanto, sempre a mesma conduta - pode ser uma conduta nova. Assim, uma viciada em drogas que não fosse capaz de pagar o preço da droga, uma vez estigmatizada, poderia tornar-se prostituta ou cometer furtos para obter dinheiro. Algo parecido acontece hoje com a repressão de manifestações públicas. Nestes casos, a violência abre uma espiral de consequências quase previstas.

Ou seja, com o desvio secundário, as etiquetas se generalizariam e contagiariam. Com efeito, a uma determinada etiqueta, acrescentar-se-iam apreciações secundárias dependentes da primeira.

Por outro lado, tais estigmas contagiariam outras pessoas por associação, como se fossem uma doença: a culpa de um estelionatário se transmitiria à família, por exemplo. A má reputação de um membro da família deterioraria a imagem dos demais e a sociedade reagiria diante deles como se a etiqueta daquele também pertencesse a estes.

2.7 O *labeling approach* como instrumento da Criminologia Crítica: seria ele suficiente para a mudança do paradigma etiológico do controle social?

Como visto, toda criminologia da reação social, a criminologia crítica, pelo simples fato de introduzir em seu campo o sistema penal e o poder punitivo, não poderia menos que criticá-lo. A crítica ao sistema penal atualmente revela-se também uma crítica ao poder e, por isso, pode permanecer em nível de crítica ao sistema penal, ou ainda elevar-se a diferentes níveis de poder social. Sendo assim, pode analisar e criticar o que faz a polícia, os juízes ou ir além, analisando sua funcionalidade para todo o poder social, econômico ou político, até chegar a uma crítica ao poder em geral.

Isso se deve ao modelo de conflito (oposto ao modelo de consenso), conteúdo da Criminologia Crítica, iniciado por Hegel, que retomou a crítica de Rousseau (abandonando o liberalismo) da sociedade civil como expressão do predomínio econômico-político dos detentores da propriedade⁷¹.

Consequentemente, para esse modelo, o código penal não representaria um consenso, mas a garantia preferencial dos interesses da classe dominante. A sociedade não tem os mesmos valores - é plural. Assim, uma criminologia que derive desse ponto de vista não deveria, portanto, sair em busca dos seres presumidamente anormais que violem a lei, para puni-los, melhorá-los ou readaptá-los, mas liberar-se da camisa de força dos códigos penais e estabelecer autonomamente seu objeto de estudo.

No momento em que o modelo do conflito dá sustentação à Criminologia Crítica, a função legitimadora da Criminologia começa a ser questionada.

Assim, segundo Lola Aniyar de Castro, a criminologia deixa de ser uma ciência auxiliar do direito penal, instaurando-se entre ambas as instâncias acadêmicas uma relação inversa, na qual o direito penal seria parte do objeto de estudo da criminologia, por ser um dos múltiplos elementos que compõem o controle social.

Mas o que efetivamente propôs a Criminologia Crítica?

Essa nova criminologia teve por base o seguinte questionamento: qual deveria ser um conteúdo justo de um código penal que represente interesses válidos? Dessa forma,

⁷¹ Marx, pelo contrário, denuncia o caráter classista de todo Estado fundado em uma sociedade de classes, pois esta condição seria pressuposto básico para todo e qualquer tipo de diferenciação por parte do Estado, incluindo a do sistema penal sobre os indivíduos. O proletariado seria para esse autor a única classe universal, pois sua existência não depende da dominação de outras, e, portanto, expressa os únicos interesses que podem ser generalizáveis.

também procura centrar melhor seu objeto de estudo sobre o que seria o “socialmente negativo”.

Sob esse questionamento, instaurou-se o momento mais delicado da trajetória da criminologia e da busca de entendimento acerca do controle social, que historicamente passou por um sem número de desvios: entre o relativismo absoluto proposto pelo *labeling approach* e uma definição puramente emocional ou política do que é “danoso”, surge a necessidade de construir um referencial material do delito, projeto iniciado por Alessandro Baratta⁷².

A busca de uma reformulação dos conteúdos dos códigos penais se baseia em um discurso que pertence à ética, à epistemologia e à ciência política, na medida em que esses campos se vinculam aos fenômenos do controle social formal e mesmo à possível categorização científica da criminologia.

Pertence à ética porque implica o reconhecimento do caráter de verdade das questões práticas ou morais, isto é, uma possibilidade cognitiva dessas questões, em vez de uma conformação às posições decisionistas características da análise sistêmica em ciência política. Ou seja, não se tratou de assumir objetivos comprometidos com valores arbitrariamente selecionados, como se fossem atos de fé, mas de ensaiar uma definição do que é socialmente danoso não necessariamente vinculada a uma codificação legal inquestionável, com uma discussão livre e racional que descubra quais os critérios para identificar os interesses generalizáveis. Essa intersubjetividade do discurso, necessariamente simulada pela incapacidade estrutural de dar a ambas as partes em conflito a igualdade requerida para uma autêntica formação de vontade, foi assumida por Baratta em seus textos de Criminologia. Esse compromisso não foi fundamentado em uma tomada de posição de caráter afetivo, mas na aceitação do valor e do sentido de interesses que são próprios de uma classe majoritária e subalternizada, portadora de interesses generalizáveis e, portanto, emancipadores, no momento histórico atual.

Mas a crítica por si só, aliada ao conjunturalismo político e econômico mundial, não foram suficientes para que o *labeling approach* alavancasse com a força necessária.

A Criminologia Crítica, ao concentrar-se no surgimento do capitalismo e nas mudanças que esse sofrera ao longo da história, trouxe outro tipo de inquietude: a um nível prático parecia que o único fruto do *labeling approach*, a não intervenção, havia degenerado em uma intervenção menos estigmatizadora.

⁷² Através da tribuna da revista *Dei Delitti e delle Pene*.

Entretanto, essa intervenção menos estigmatizadora, que poderia ser tida como resultado da política criminal impulsionada pelos criminólogos críticos, havia resultado desastrosa.

Em nível teórico, existiu certo estancamento. Partindo da perspectiva de etiquetamento, a nova criminologia teve por objetivo desenvolver um programa que uma década depois seguia sem sequer ser elaborado. Seguíamos estancados na perspectiva do etiquetamento com notas de materialismo.

Inclusive a Criminologia oficial, neste período, experimentou mudanças que mantinham seu foco na crítica ao positivismo, formando o que Elena Larrauri chamou de “Criminologia Administrativa Ateórica”, como se verá no capítulo 4.

Em alguns anos, certa desilusão tomara os pensamentos acerca do desenvolvimento do pensamento criminológico, dos estudos acerca do controle social, sobre o *labeling approach* - seus avanços teóricos pareciam não ser tais e sua política criminal havia conduzido a resultados inesperados e indesejados.

A esse mal-estar somou-se uma espécie de desorientação - se antes parecia claro sobre em que direção avançar, passou-se a se ter menos certeza do que antes. Com o passar das décadas, produziu-se uma certa revisão das afirmações sustentadas frente ao positivismo e reconheceu-se que se havia operado uma inversão das assunções positivistas, admitindo-se a necessidade de se recuperar aspectos das antigas teorias criminológicas.

Em outras palavras: os avanços teóricos do *labeling approach*, inicialmente recebido como uma teoria imbuída de mudanças, não pareceram ser tão efetivos, e sua política criminal, nas décadas que se seguiram, pareceu processar inclusive resultados indesejados, como se verá a seguir.

3 O FENÔMENO NORTE-AMERICANO PÓS - LABELING APPROACH E O REFLEXO BRASILEIRO - CONTINUAMOS ETIOLOGISTAS.

Como se viu, o controle social exercido a partir de normais legais, embora trouxesse em seu bojo a precípua função de promover e garantir a submissão do indivíduo aos modelos e normas sociais, muitas vezes permaneceu à mercê do conjunturalismo, que eleva a níveis de importância alarmante a condição física e social dos candidatos a autores de crimes.

A propósito, questões contingenciais por muitas vezes acabaram por travestir situações que mereceriam maior engajamento social em emergencialismos solucionados única e exclusivamente pelo recrudescimento penal.

Proliferaram tanto no berço da Criminologia interacionista quanto em outros pontos do globo programas destinados a constituir alternativas ao sistema penal, mas o entusiasmo demonstrado pelas esferas governamentais não acompanhou o dos teóricos. Em outro nível, houve uma série de estancamentos – partindo da premissa do etiquetamento, a nova criminologia havia planejado desenvolver um programa que, após uma década, seguia ainda sem ser elaborado. Isso não significa que nada foi feito, pois foram escritas séries de artigos e realizados Congressos e investigações acerca do *labeling approach*, mas a Criminologia Crítica não havia conseguido o principal: a mudança de paradigma.(LARRAURI,1992).

Somado a isso, a partir da década de sessenta, após o auge das ideias criminológico-críticas em seu berço – os Estados Unidos –, a reengenharia e a reestruturação do Estado como agência principal foram essencialmente trabalhados por tendências neoliberais.

O neoliberalismo revelou-se, a partir daí, como uma articulação entre Estado, mercado e cidadania, aparelhando o primeiro para impor a marca do segundo à terceira. Consequência disso é que essa concepção repatria a penalidade para o centro da produção de um Estado-centauro nas entranhas profundas do gigantesco sistema carcerário dos Estados Unidos e, dali, à controversa questão de neoliberalismo e da reestruturação do Estado numa escala global (WACQUANT, 2009).

Figuras precursoras do neoliberalismo ganharam destaque, combatendo a ideia de Estado Prestacional (*Welfare State*), – voltado a questões referentes à coletividade – verdadeiros entrave ao Mercado/Economia. Havia, assim, um processo de ‘naturalização’, no qual o mercado seria o divisor de águas (entre os que *têm* e fazem *parte*, e os que *não tem*, e são *excluídos*).

Com esse slogan mantenedor do *status quo* (mercado-consumo), o Estado passou a ser mínimo na justiça social e máximo na esfera penal. Nesse diapasão, as desigualdades (miséria x acúmulo de capital) passam, por consequência, a fazer parte do progresso.

Resumindo, a penalização da clientela mais vulnerável como foco do controle social exercido pelo sistema penal emergiu nas décadas seguintes, tomando o papel de elemento central da implementação doméstica e da difusão através das fronteiras do projeto neoliberal, do “punho de ferro” do Estado penal, unido à “mão invisível” do mercado, ambas em conjunção com o esgarçamento da rede de seguridade social.

3.1 O modelo neoliberal em contraponto à estagnação do *labeling approach* nos Estados Unidos:

Em escala mundial, a partir de meados do século XX⁷³, constatada a incapacidade estatal para atender às demandas crescentes de sua estruturação providencial, o Estado norteamericano inclinou-se à crise, fazendo emergir o modelo neoliberal de acumulação de riquezas. Com isso, evidenciaram-se novas formas de exclusão, relacionadas à perda do *status* de cidadão dos indivíduos hipossuficientes.

Essa perda não se deu apenas em decorrência das restrições econômicas, impostas às parcelas mais débeis da população, mas, também, em razão de “[...] qualquer característica que as possa diferenciar (raça, nacionalidade, religião *et coetera*)” (CARVALHO, 2004, p. 192) –, impulsionando a formação de movimentos sociais em defesa das minorias, sobretudo étnicas e sexuais, mas, em contrapartida, reforçando a grande insegurança social que culminou no recrudescimento do controle social direcionado àquelas minorias.

Assim, a par dos pensamentos criminológicos radicais, que, pelo interacionismo, apontavam que o delito poderia ser delineado por pré-etiquetas sociais, nas décadas que se seguiram, os Estados Unidos, na contramão, contaram com um aumento vertiginoso do número de cidadãos pobres: a população considerada como muito pobre, ou seja, que sobrevivia com menos de “50% da quantia do limite de pobreza federal” (limite regularmente reduzido ao longo dos anos), dobrou entre 1975 e 1995, atingindo 14 milhões de pessoas, e o fosso econômico que as separava do restante do país não deixou de aumentar.

Os americanos “de baixo” não poderiam contar com o sustento do estado, uma vez que as verbas sociais destinadas “às famílias pobres eram as menores dos grandes países

⁷³ O ponto decisivo da derrocada do Estado Intervencionista foi o governo de Margareth Thatcher, na Inglaterra (1979), e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos (1980). Tais políticos passaram a utilizar os ensinamentos de Friedrich August von Hayek e Milton Friedman como bases teóricas para suas ações governamentais. Hayek e Friedman eram economistas que, nos anos de 1944 e 1950, respectivamente, defendiam o retorno dos preceitos liberais clássicos, propulsionados pelo mínimo envolvimento do Estado na Economia.

industrializados”. Assim, a principal ajuda social caiu 47% em valor real entre 1975 e 1995, ao passo que sua taxa de cobertura se reduziu a menos da metade das famílias monoparentais contra os dois terços que abrangia no início do período.

De fato, os frutos do crescimento americano das décadas de 80 e 90 foram abocanhados por uma ínfima parte de privilegiados: 95% do saldo de 1,1 trilhão de dólares gerado entre 1979 e 1996 caíram nas algibeiras dos 5% mais ricos dos americanos.

Percebe-se que o declínio do *welfare state*, nos padrões clássicos que assumiu basicamente entre o final da Segunda Guerra e o início dos anos 80, teve o reforço de condicionantes complexas e ainda não absolutamente claras⁷⁴.

Entretanto, certo é que a chave da prosperidade norte-americana e a solução para o desemprego em massa residiu basicamente na fórmula “menos Estado”: é verdade que os Estados Unidos reduziram fortemente seus gastos sociais, virtualmente erradicaram os sindicatos e podaram vigorosamente as regras de contratação, de demissão (sobretudo), de modo a instituir o trabalho assalariado dito “flexível” como verdadeira norma de emprego, até mesmo de cidadania, via instauração conjunta de programas de trabalho forçado (*work-fare*) para os beneficiários de ajuda social. Os partidários das políticas neoliberais de desmantelamento do Estado-providência gostam de frisar como essa “flexibilização” estimulou a produção de riquezas e a criação de empregos. Estão menos interessados em abordar as consequências sociais devastadoras do *dumping* social que elas implicam: no caso, a precariedade e a pobreza em massa, a generalização da insegurança social no cerne da prosperidade encontrada e o crescimento vertiginoso das desigualdades, o que alimenta segregação, criminalidade e o desamparo das instituições públicas (WACQUANT, 2011).

Ocorre que esses fatores combinados expressaram um cenário social que apresentou inúmeros desafios. Entre estes desafios, a produção de uma miserabilidade estrutural que por sua vez encontrou como resposta política a criminalização - os custos sociais e humanos diretos do sistema de insegurança social, ao passo que significavam a atrofia do estado social, geraram a hipertrofia distópica do chamado Estado Penal.

Como resultado de uma trama de insegurança social (e salarial) gerada,

⁷⁴ De qualquer forma, os argumentos apontam para duas questões: o declínio de um modelo de proteção social e suas formas institucionais; e a redução da capacidade de oferta de emprego ao mesmo tempo em que se aprimoram os processos de desregulação do trabalho e sua consequente desqualificação.

sobretudo, pelos efeitos da queda do *welfare*, a partir da década de 80, os Estados Unidos passaram por um processo de crescimento astronômico da população carcerária, que pode ser atribuído ao modelo baseado na “tolerância zero” às mínimas infrações.

3.1.1 A bulimia carcerária⁷⁵ neoliberal na contramão dos estudos criminológicos.

Especialistas em sociologia penal afirmam que o aumento da população presa decorreu de um crescente apelo por maior rigor punitivo que tomou todo o mundo, conforme os Estados de bem-estar social foram sucumbindo ao neoliberalismo e deixando de oferecer ampla segurança aos cidadãos. Ao mesmo tempo em que cresceu a insegurança social, principalmente para os setores excluídos, também cresceu a sensação de medo e risco da violência na população em geral.

Dados de Loic Wacquant (2011) indicam que, de 1981 a 2007, a população carcerária aumentou 628% nos EUA, passando de 369 mil presos para cerca de 2,3 milhões. Fernando Salla, pesquisador do Núcleo de Estudos de Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), acrescenta outros dados divulgados pelo jornal *The New York Times*, que dão a dimensão astronômica desse número. Segundo ele, apesar de os Estados Unidos representarem apenas 5% da população mundial, esses 2,3 milhões de presos correspondem a um quarto da população encarcerada mundial. Há, nos EUA, uma média de 700 presos para cada 100 mil habitantes, ou, de outra forma, um preso para cada cem indivíduos adultos. Como exemplo, compara-se a situação punitiva nos Estados Unidos em 1997 a países da União Europeia:

Tabela 1⁷⁶
O encarceramento nos Estado Unidos e na União Europeia em 1997

País	Quantidade de Prisioneiros	Índice para cada 1000.000 habitantes
Estados Unidos	1.785.079	648

⁷⁵ Expressão utilizada por Loic Wacquant em “As prisões da miséria”(2001)

⁷⁶ Fonte: Bureau of Justice Statistics, *Prison and Jail Inmate at Mid-Year 1998*, Washington, Government Printing Office, mas 1999, para os Estados Unidos; Pierre Tournier, *Atatistique pénale annuelle du Conseil de l'Éurope*, Enquête 1997, Estrasbusgo, Conselho da Europa, no prelo, para a União Europeia.

Portugal	14.634	145
Espanha	42.827	113
Inglaterra/ Gales	68.124	120
França	54.442	90
Holanda	13.618	87
Itália	49.477	86
Áustria	6.946	86
Bélgica	8.342	82
Dinamarca	3.299	62
Suécia	5.221	59
Grécia	5.557	54

Essa bulimia carcerária, considerada um fenômeno sem precedentes nem comparação com qualquer outra sociedade democrática, tem sua explicação. Investigando o perfil dos encarcerados, em somatório com os discursos políticos e midiáticos adotados, Loic Wacquant afirma que:

(...) contrariamente ao discurso político e midiático dominante, as prisões americanas estão repletas não de criminosos perigosos e violentos, mas de vulgares condenados pelo direito comum por negócios com drogas, furto, roubo ou simples atentados a ordem pública, em geral oriundos das parcelas precarizadas das classes trabalhadora e, sobretudo, das famílias do subproletariado de cor das cidades atingidas diretamente pela transformação conjunta do trabalho assalariado e da proteção social. (...) Nas prisões dos condados, seis penitenciários em cada 10 são negros ou latinos; menos da metade tinha emprego em tempo integral no momento de ser pista atrás das grades e dois terços provinham de famílias dispostas de uma renda inferior a metade do “limite da pobreza”. (WACQUANT, Loic. 2011, p.91).

Ao longo da década de 80, Charles Murray, em colaboração com o psicólogo Richard Herrnstein, escreveu “*The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life*”, o que, para muitos, não passou de um tratado de racismo erudito. O livro sustentou que as desigualdades de classe e raciais na América refletem as diferenças individuais de

“capacidade cognitiva”(WACQUANT, 2011).

Wacquant, desdobrando o teor do livro, afirma que Murray deixa claro que todas as patologias sociais que afligem a sociedade americana estão ‘notadamente concentradas na base de distribuição de seu quociente intelectual’, o que, desafortunadamente, contraria todos os ensinamentos emanados da Escola Interacionista.

Em suma: nos anos que se seguiram após o advento da teoria interacionista, seguiu-se a lógica de que o Estado deve se abster de intervir na vida social para tentar reduzir desigualdades fundadas na natureza, sob pena de agravar os males que tenta atenuar, perpetuando as “perversões do ideal igualitário surgido com a Revolução Francesa” (WACQUANT, 2011).

A inflação carcerária nos EUA, desta forma, seria resultado da criação e alteração de leis e instituições da justiça criminal, da recolocação da pena de morte no debate público, do aumento dos contingentes policiais e da adoção de programas de policiamento urbano conhecidos como “Tolerância zero⁷⁷”, tal como o da cidade de Nova Iorque.

Como se a inflação carcerária já não fosse um grande problema, a doutrina da “tolerância zero” tornou-se instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência - e propagou-se através do globo em uma velocidade espantosa. E, com ela, emergiu também a retórica militar da “guerra ao crime” e da “reconquista do espaço publico”, que assimilava os delinquentes, reais ou imaginários, sem-teto, mendigos e outros marginais a invasores estrangeiros, facilitando o amálgama com a imigração, retórica essa sempre rentável eleitoralmente.

⁷⁷ A “tolerância zero” representou duas fisionomias diametralmente distintas segundo se é branco ou negro, isto é, de acordo com o lado onde se encontra essa barreira de casta que a ascensão do Estado penal americano tem como efeito – ou função – restabelecer e radicalizar. A esmagadora maioria dos negros daquela cidade considera a polícia uma força hostil e violenta que representa para eles um perigo: 72% julgam que os policiais fazem uso abusivo da força. Já os nova-iorquinos brancos são 50% e 87% a declarar o contrário: elogiam a prefeitura por sua intolerância com respeito ao crime e sentem-se unanimemente menos ameaçadas em sua cidade.

Nesta ótica, legitimou-se a divisão de mundos em bons (ordeiros) e maus (desordeiros), impondo-se a estes últimos leis mais severas, tendo como ideologia o pensamento da Nova Escola Penal⁷⁸.

Essa fala era fomentada pela linguagem, pelo registro no mandamento simbólico, no dever de obediência, necessário para a manutenção do laço social, para o não retorno à barbárie. A política da tolerância zero passou a ser nada mais do que um exemplo manifesto da dissimulação de discurso através do maniqueísmo, com o escopo de combate aos inimigos sociais, aqueles que na verdade a sociedade não gosta de ver nas ruas – o senso comum teórico impôs, assim, um viés discriminatório, estigmatizando a casta menos favorecida, como se estas determinantes representassem a escolha do sujeito e como se sua severa punição (profilaxia) contribuísse para contenção da violência, antecipando-se à lesão.

3.2 Sobrerrepresentação conforme o *racial profiling*:

Na cruzada rumo à reconquista do espaço público, a sobrerrepresentação dos alvos vulneráveis seguia também o chamado *racial profiling*:

Tabela 2⁷⁹

Diferença quantitativa de encarceramento entre negros e brancos (incluindo latinos) em número de detentos para cada 100.000 adultos

	1985	1990	1995
Negros	3.544	5.365	6.926
Branco	528	718	919
Diferença	3.016	4.647	6.007
Proporção	6,7	7,4	7,5

Com efeito, já desde o final dos anos setenta, quando a reação racial e de classe contra os avanços democráticos dos movimentos sociais da década precedente assumiu toda

⁷⁸(...) pensam que a nova escolar penal nasceu de um jacto do cérebro de Lombroso como a Minerva do paganismo saiu logo do cérebro de Júpiter pronta, armada e forte. É um grande erro. O papel de Lombroso na criação da antropologia criminal pôde ser comparado ao do eminente pensador francês na criação da *philosophia positiva* (DR. VIVEIROS DE CASTRO, A NOVA ESCOLA PENAL.)

⁷⁹ Fonte: Bureau of Justice Statistics, *Correctional Populations in the United States, 1995*, Washington Government Printing Office, 1997.

sua amplitude, a prisão voltou bruscamente para o primeiro plano, ao oferecer-se como solução ao mesmo tempo simples e universal para todos os problemas sociais do momento. Problemas dentre os quais figurava, na primeira fila, o “desabamento” da ordem social na *inner city*, eufemismo político-acadêmico que designa incapacidade patente do gueto negro de conter em seu seio uma população supérflua despida de honra e já considerada não apenas como desviante, mas também como eminentemente perigosa em razão dos violentos enfrentamentos travados entre negros e polícia.

Enquanto os muros do gueto tremiam e ameaçavam desabar, os das prisões se estendiam, se alargavam e se reforçavam, e o “encarceramento de diferenciação”, visando manter um grupo à parte levava a melhor sobre o “encarceramento de segurança” e o “encarceramento de autoridade”. Logo, o gueto negro, convertido em instrumento de pura exclusão pela contração simultânea da esfera do trabalho assalariado e da assistência social, e desestabilizado ainda mais pela penetração crescente do aparelho penal do estado, viu-se ligado ao sistema carcerário por uma tripla relação de equivalência funcional, de homologia estrutural e de sincretismo cultural, tanto que eles constituem hoje um único e mesmo *continuum* carcerário que encerra uma população redundante de jovens homens negros que circulam em circuito fechado entre esses dois polos, segundo um ciclo auto-perpetuado de marginalidade social e legal de consequências pessoais e sociais devastadoras. (WACQUANT,2001).

Assim, o aumento rápido e contínuo da distância entre brancos e negros não resultou de uma súbita diferença: ele mostrou acima de tudo o caráter discriminatório das práticas policiais e judiciais implementadas no âmbito da política da “lei e ordem” das duas últimas décadas, resultado de um duplo fenômeno: as consequências desastrosas da queda do estado de bem-estar, significando um menos estado menos político e mais prisional; e, ainda, a estagnação de teorias criminológicas que perpetuaram suas críticas no papel, sem evoluir a projetos mais palpáveis.

Um exemplo: segundo Wacquant, os negros na década de noventa representavam 13% dos consumidores de droga (o que corresponde ao seu peso demográfico) e, no entanto, eram ao mesmo tempo um terço das pessoas detidas e três quartos das pessoas encarceradas por infração à legislação sobre drogas. Em 1995, seis novos condenados, em cada 10, eram colocados atrás das grades por portar ou comercializar droga, e a maioria dos presos por esse contencioso provinha de bairros pobres afro-americanos.

3.3 *What is to be done about the law and order?* – a necessidade de enfrentamento de nuances etiológicas presentes na análise crítica da *urbe*.

Nos Estados Unidos, somado ao arroubo causado pela retração das políticas sociais, o reforço de uma criminologia oficial (administrativa ateórica) parecia não avançar satisfatoriamente nas décadas que se seguiram, trazendo, portanto, certo desassossego: na prática, o que se via nos Estados Unidos seria a volta da questão etiológica de controle social?

Alguns doutrinadores advogavam no sentido de que os Estados Unidos se esqueceram dos ensinamentos dos anos sessenta, com o início dos movimentos sociais; outros persistiram na convicção de que aquele havia sido um período idealista e romântico, que carecia de uma dose de realismo.

Com os estudos da Criminologia Crítica, a proposta era exatamente alterar o enfoque até então reinante. Deixou-se de analisar o homem delincente (desviante) e suas marcas (estigmas), para ver que este sujeito faz parte de um contexto social propenso ao etiquetamento.

Descartada a figura do criminoso, passou-se a analisar a realidade social: as classes mais vulneráveis tornam-se mais vulneráveis à criminalização/normatização.

Mas o contexto que se seguiu assinalou uma realidade distante daquela proposta doutrinariamente nos estudos do *labeling approach*: a conjuntura norteamericana indicava que o paradigma etiológico parecia persistir nos estudos da *urbe*.

Ainda assim, o discurso oficialmente dominante era o de superação do positivismo criminológico. De fato, a necessidade de superar o etiologismo era explorada, mas o contrassenso contingencial mostrava que mais emergencial seria a necessidade de se produzir uma teoria que possibilitasse integrar um enfoque estrutural com o estudo das interações (aspectos macro e micro).

A esse estado de coisas não foi surpreendente uma nova divisão da Criminologia Crítica: de um lado, os “novos realistas”; do outro, os “realistas de esquerda”. As duas frentes⁸⁰ partiam do seguinte princípio: o delito é um problema para as classes sociais

⁸⁰ Além das duas correntes, agruparam-se contemporaneamente os “abolicionistas” e os “minimalistas”. Os abolicionistas gozavam de uma antiga tradição nos países escandinavos. Para os primeiros, o que denominamos como delito em verdade são problemas sociais, catástrofes, riscos, causalidades. A postura minimalista,

mais vulneráveis da sociedade. Desconhecer esse fato supõe deixar o terreno abandonado para que os setores conservadores se portem como paladinos da lei e da ordem; a tarefa da criminologia é, por conseguinte, lutar contra o delito. Para esse combate, deve-se recuperar a polícia, utilizar o sistema penal e elaborar um programa de controle do delito que seja mínimo e democrático.

3.3.1 Efeitos das Décadas na América Latina

Na América Latina, o positivismo spenceriano serviu e perdurou durante anos, subjungando minorias étnicas e justificando relações de exploração Norte-Sul, ao estabelecer um suposto vínculo entre o subdesenvolvimento, meio geográfico e delinquência (CASTRO, 2004).

A influência criminológico positivista na conformação de atitudes e valores foi ampla na América Latina - e no Brasil não poderia ser diferente -, e, muito embora os argumentos criminológicos críticos tenham tomado relevância no mundo ocidental, os efeitos das etiquetas perdurou e serviu de argumento para a manutenção da desviação no continente sul-americano.

Os efeitos neoliberais globais, somados à pretensa clientela vulnerável em foco, em toda parte (inclusive na América Latina) passaram a reverberar o pungente refrão sobre a inércia das autoridades, a imperícia da justiça e a indignação apavorada ou exaltada das pessoas comuns. E aqui não foi diferente: o governo multiplicou paulatinamente as medidas ostensivas de repressão⁸¹, as leis duvidosamente necessárias e o controle social lastreado em *label* de vulnerabilidade.

Anyiari de Castro (2004) diz que especialmente neste âmbito situaram-se os casos de promulgação de leis cuja realidade esteve determinada, quando não fortemente influenciada, por grupos importantes de pressão. A título de exemplo, temos este efeito em meados da década de 90, no Brasil, com a publicação da Lei número 8.072/90⁸²- a Lei dos Crimes Hediondos. Tal lei surgiu em reação a uma série de delitos e acontecimentos que

intermediária foi defendida por Alessandro Baratta, que entendia ser necessária uma política intermediária capaz de ser defendida na atualidade, que seria pautada por um direito penal mínimo e limitado por princípios legais.

⁸¹ Medidas as quais mesmo seus membros menos argutos argumentam pela a total ineficácia sobre os problemas de que deveriam tratar. Um exemplo é a compra excessivamente dispendiosa de um colete à prova de balas para cada policial francês, quando 97% deles nunca chega a entrar em contato com qualquer bandido armado durante toda a sua carreira e o número de policiais mortos em serviço tenha diminuído pela metade em dez anos.

⁸² O mesmo se diga de sua última atualização, a Lei 11.464/07.

suscitaram uma espécie de “inquietação” popular em massa, fabricada nos contornos dos anseios da mídia, especialmente a televisionada.

Na Venezuela, a Direção de Prevenção ao Delito dedicou seu tempo quase que inteiramente ao problema das drogas durante o período de 1970 a 1974, mesmo quando o delito convencional tinha tal extensão que justificaria mais atenção a este. Nisso influíram fatores de natureza diversa, incluída a moda e a imitação de padrões estrangeiros de política preventiva, mas, sobretudo, a grande facilidade que este tipo de campanha oferecia para justificar um trabalho oficial de prevenção cumprida. Nessa época, o problema da droga pareceu aniquilado diante da opinião pública e a campanha não cessou até serem criadas as diversas Comissões contra o uso indevido de droga, a nível regional e nacional, que culminaram no Anteprojeto de Lei sobre Substâncias Estupefacientes e Psicotrópicas de 1974 (CASTRO, 2004).

3.3.2 Efeitos das Décadas no Brasil: análise contemporânea à década de sucesso do Law and Order norte-americano.

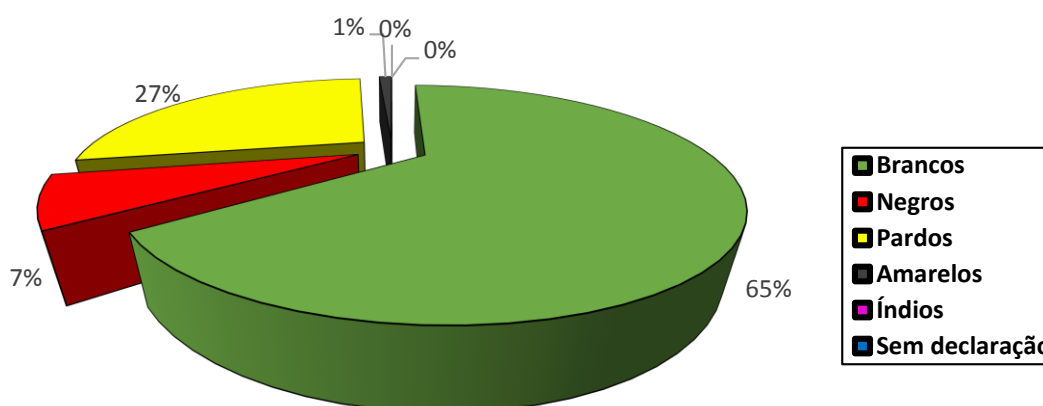
O Brasil é ao mesmo tempo o país de maior miscigenação do mundo e um dos países de sincretismo menos exercido no que diz respeito à criminalização e vitimização secundárias. Guardadas as peculiaridades de um passado escravocrata distinto dos demais países do continente sul americano, o Brasil teve, somado a seu já existente histórico racista, o incremento da influência neoliberal mundial. A influência se deu especialmente na década de noventa, em que muito se falou de política econômica e da inserção brasileira no processo das reformas neoliberais, bem como do processo de privatização ao longo desses anos, confrontando os fins neoliberais com a agenda do setor público nesse período.

As influências neoliberais (em plena década de noventa), pairando sobre um país marcadamente subdesenvolvido e de forte herança positivista - como é o caso do Brasil - , não mostraram outro cenário senão a predileção do sistema penal pela clientela dita vulnerável.

As diferenças entre a população carcerária branca e negra (incluindo os pardos) brasileira, e entre os vitimizados brancos e negros é gritante. Pesquisas disponíveis em contemporaneidade à análise norte-americana (década de noventa) datam de 1995 (LIMA) e restringem-se a homicídios praticados na cidade de São Paulo. Por esse motivo, é preciso saber a composição étnica da capital paulista naquele ano.

A pesquisa encontrada que mais proximamente oferece essa informação é o Censo populacional de 1995, do IBGE. A despeito de a pesquisa ser estadual, e não municipal como a de Lima, essa diferença não inviabiliza a análise que ora se pretende fazer, já que a composição étnica do Estado de São Paulo é razoavelmente uniforme, não apresentando variações significativas da Capital para o interior. Os dados sobre a divisão étnica da população paulista em 1995 são apresentados no gráfico abaixo.

Gráfico 1
Composição étnica da população do estado de São Paulo, 1995
Fonte: IBGE (1995)



83

Conclui-se, por esses dados, que a população paulista em 1995 era composta majoritariamente por brancos (65%), sendo que pardos e negros correspondiam, em conjunto, a aproximadamente metade (34%) do total de brancos. A união de negros e pardos é pertinente porque, na pesquisa de LIMA, uns e outros são incluídos sob uma mesma categoria (negros).

Tendo à mão a composição étnica da população paulista, passemos aos números acerca da vitimização de negros na Cidade de São Paulo em análise contemporânea à década de sucesso do Law and Order norte-americano:

⁸³ As pesquisas aqui dispostas datam de 1995 (LIMA) e foram utilizadas neste trabalho a fim de que sejam visualizadas em contemporaneidade à análise norte-americana (década de noventa).

Gráfico 2
Cor das vítimas de homicídio de autoria conhecida em São Paulo, 1995

Fonte: LIMA

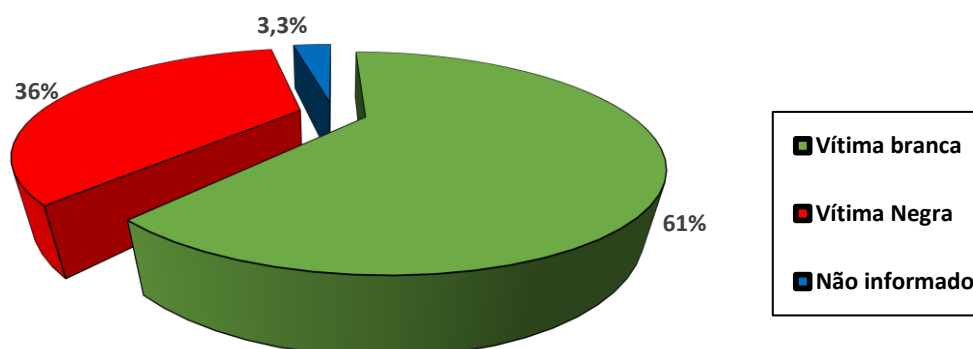
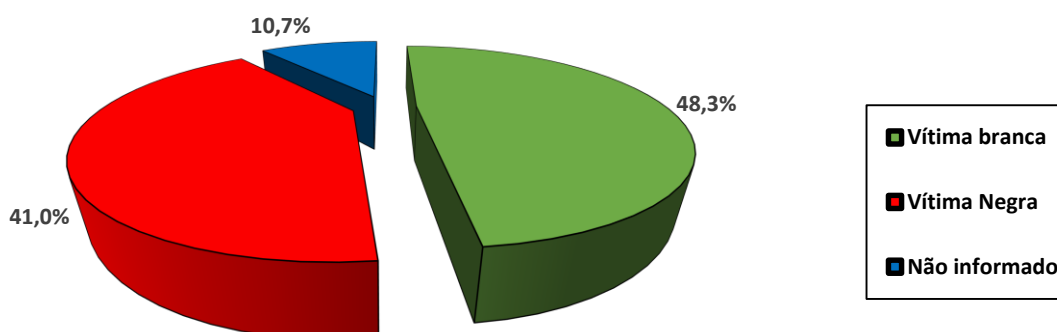


Gráfico 3
Cor das vítimas de homicídio de autoria desconhecida em São Paulo, 1995

Fonte: LIMA



Os dados levantados pela pesquisa de LIMA mostram que, no ano de 1995, a parcela de negros (leia-se: negros e pardos) entre as vítimas de homicídios variou entre 35,5% (casos de autoria conhecida) e 41% (casos de autoria desconhecida), enquanto, naquele mesmo ano, apenas 34% da população era composta por negros (7%) e pardos (27%), segundo o IBGE (1995). Verifica-se, pois, que os homicídios na cidade de São Paulo naqueles anos vitimaram proporcionalmente mais negros.

A sobre-representação de negros entre as vítimas de homicídios deve ser explicada à luz de fatores de desvio, dos pontos que elevam a vulnerabilidade de determinada clientela: etiológicos ou sócio-econômicos, por exemplo. Como vítimas, negros e pardos são a etnia que mais figuram, proporcionalmente, nas estatísticas de homicídios. Nos homicídios praticados pela polícia, a sobre-representação de vítimas negras ou pardas é ainda mais acentuada.

O assassinato de um jovem negro⁸⁴ pela polícia paulista no início dos anos 2000 (tendo-se em conta o recorte temporal proposto), com um tiro no peito, por ter sido ele confundido com um assaltante trouxe, à tona novamente⁸⁵ a discussão acerca dos procedimentos policiais e suas variações segundo a etiologia dos suspeitos.

A título de análise, ainda que esse caso determinado tenha ganho maior visibilidade na época proposta para esse estudo, ele é uma representação daquilo que estatística e proporcionalmente mais se verifica atualmente nos incidentes letais na segurança pública paulistana e, por conseguinte, na brasileira: mortes de negros causados por ação policial. A propósito, a ordem de serviço do 8º Batalhão da Polícia Militar elucidava essa realidade ao explicitar procedimentos de praxe na abordagem de transeuntes. Veja-se, pois:

⁸⁴<http://www.pco.org.br/negros/policial-executa-homem-confundido-com-ladrao-o-suspeito-era-negro/epsz,a.html>

⁸⁵ No dia 3 de fevereiro de 2004, o jovem dentista negro Flávio Ferreira Sant'Ana, então com 28 anos de idade, foi morto por seis policiais militares na zona norte da cidade de São Paulo. Confundido com ladrão, Flávio foi assassinado com dois tiros. Os policiais forjaram a cena do crime tentando encobrir o erro. Fonte: <http://omenelick2ato.com/especial/3-de-fevereiro/>.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA SEGURANÇA PÚBLICA
POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

Campinas, 21 de dezembro de 2012.
ORDEM DE SERVIÇO Nº 8º BPMI-822/20/12
Do Comandante da 2ª Cia PM.
Aos CGP II – Equipe "TODOS".
Assunto: Intensificação do policiamento – Taquaral.





1. Esses CGP II deverão conhecer e providenciar para que a viatura do Taquaral (AISP 208-AB) realize o patrulhamento preventivo e ostensivo (saturação), pela Rua Castro Alves, Avenida Júlio Diniz, Rua Baronesa Geraldo de Resende e Rua do Oratório – Campinas – SP, na proximidade do Colégio Liceu Salesiano e imediações aos sábados no horário das 11h00min as 14h00min, sem prejuízo no atendimento de ocorrências, no período de

focando em abordagens a transeuntes e em veículos em atitude suspeita,

especialmente indivíduos de cor parda e negra

das rondas, referenciando esta ORDEM DE SERVIÇO.


UBIRATAN DE CARVALHO GÓES BENEDEUCCI
Cap PM – Comandante

Equipe "A"	1º Sgt PM Donelli	Data: 22/12/12	Ass: 
Equipe "B"	1º Sgt PM Fernando	Data: 28/12/12	Ass: 
Equipe "C"	3º Sgt PM Contiero	Data: 24/12/12	Ass: 
Equipe "D"	Sub Ten PM Belletti	Data: 29/12/12	Ass: 

Na década de 90 e no início dos anos 2000, em comparação à mesma época de crescente prisonização amparada pelo movimento Law and Order norte americano, verificou-se estatisticamente que entre os jovens brasileiros, há explícita disparidade entre negros e pardos, de um lado, e brancos, de outro: alguns estados brasileiros apresentavam, à época, índice de mortalidade de jovens pardos e negros mais de cinco vezes maior que o de jovens brancos.

Não é só na posição de vítima que negros e pardos mostravam-se sobre-representados nas estatísticas sobre violência. Analisados os dados referentes a indiciamentos, processos, condenações e execuções de pena considerando a etnia dos réus, percebe-se também a sobre-representação como agentes da violência.

É possível notar que, entre os crimes violentos, como roubo, homicídio e estupro, a sobre-representação de negros e pardos durante a década de noventa no Brasil

atingiu índices assustadores. Entre crimes menos graves ou não violentos, como o furto e o tráfico de entorpecentes, os negros também são sobre-representados, mas em menor grau. Em ambos os casos, no entanto, verificou-se uma maior proporção de negros condenados e de brancos absolvidos, tanto nos processos julgados por juízes singulares, quanto nos de competência do Tribunal do Júri.

Gráfico 12
Composição Étnica de Processos e Condenações por roubo, São Paulo, 1991-1998
Fonte: Seade

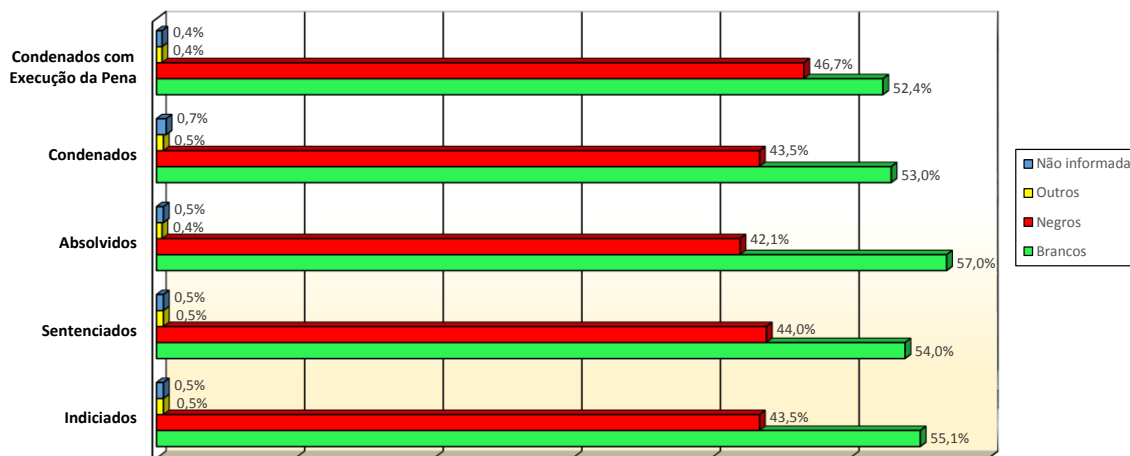
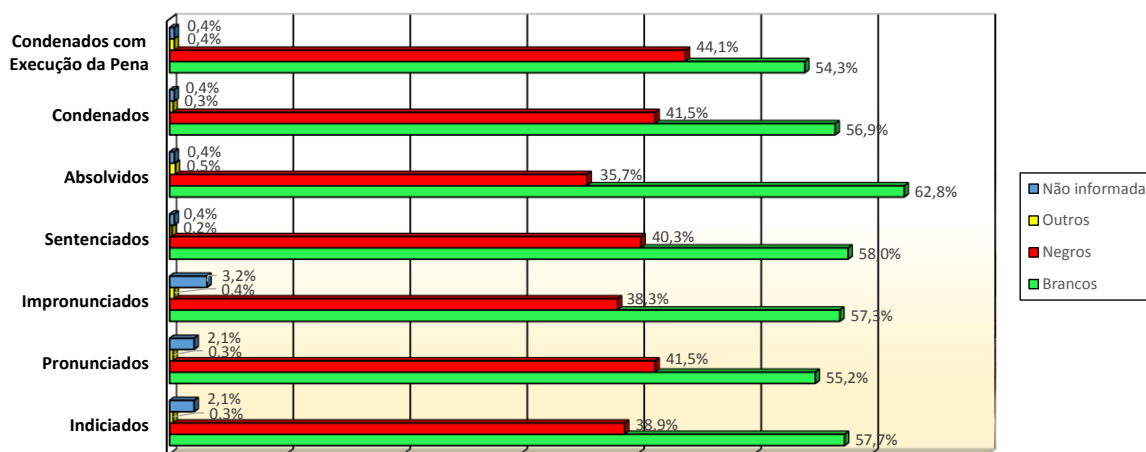


Gráfico 13
Composição Étnica de Processos e Condenações por homicídio, São Paulo, 1991-1998
Fonte: Seade



Em ambos os casos, notou-se que há também uma distorção referente à porcentagem de condenações e absolvições. No caso do roubo, se tomarmos em consideração a porcentagem de indiciados em comparação com a de condenados e absolvidos, vemos que,

além de sobrerrepresentados na Justiça Penal em geral, os negros são mais condenados e menos absolvidos do que os brancos. Nos crimes de homicídio, o mesmo fenômeno se repete: tomada a composição étnica dos pronunciados, mais brancos são absolvidos do que negros – e deve-se levar em conta que, no caso dos homicídios, a decisão condenatória ou absolutória é dada não pelo juiz penal, mas sim por um júri popular.

Portanto, pelo extrato da década de noventa no Brasil, é perceptível que, em todo o ciclo da violência e da Justiça Penal brasileira, considerando a posição de agressor ou de vítima, a população negra e parda é protagonista. O perene receio de “haitianização” do Brasil durante o século XIX e a construção do aparato policial republicano como substitutivo às formas escravistas de controle da mobilidade dos indivíduos, oriunda do “medo branco”, talvez expliquem, em pequena parte, o porquê o imaginário coletivo nacional ainda continuar a associar, mais de século depois da Abolição, negros a violência e, conseqüentemente, criminalidade. Logicamente, o primeiro passo para se superar essa clara predileção pela análise etiológica no sistema penal é estar ciente de que ela existe.

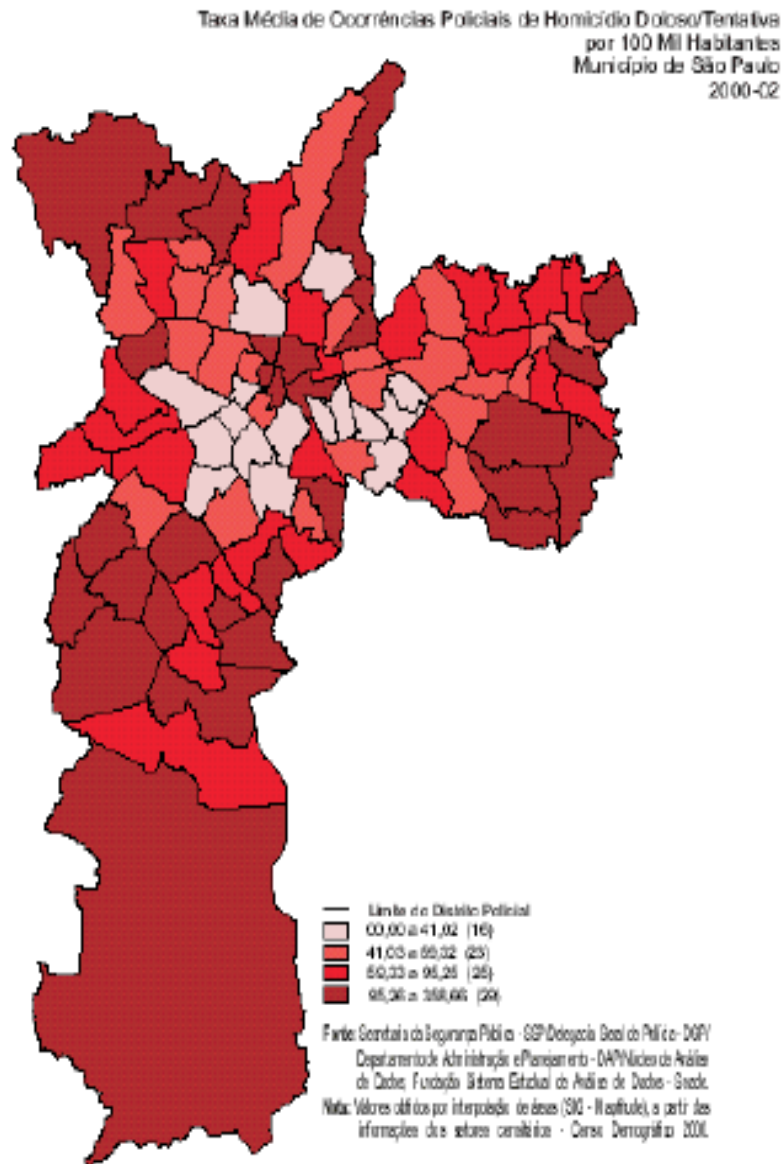
No que tange à análise socioeconômica, percebe-se que o ponto de vista é variável: o delinquente de classe baixa que luta por seu território, pela área em que atua, está fazendo o que considera necessário e correto, embora os mestres, os trabalhadores sociais e a polícia o vejam de modo diferente (BECKER, 2008).

O Brasil e, especificamente, os centros urbanos da região Sudeste são exemplos de desigualdades sociais. Isso torna a análise de delitos por localização periférica mais visualizável nas grandes cidades, como São Paulo.

FIGURA 1

HOMICÍDIOS EM SÃO PAULO-SP, 2000-2002

FONTE: SEADE



Na mesma década, pela análise geolocal de homicídios, verifica-se pelos dados levantados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo que o maior número de registros se deu exatamente nos distritos policiais mais periféricos ou nos bairros centrais mais degradados da capital paulista.

3.3.3 Paradigmas neoliberais, enfrentamento etiológico e princípio da isonomia.

Assim, conforme aduzido por Baratta (2002), a constatação de que a estigmatização impelida aos ditos mais vulneráveis, à parte a qual o sistema neoliberal conscientemente selecionou, rompe de imediato com o princípio de igualdade defendido, teoricamente, pelos adeptos do Direito Penal liberal. Essa ação seletiva semeia a perda de legitimidade do sistema penal, em especial por suas características indutoras de estigmas sociais e pelo uso de altos níveis de violência física (ZAFFARONI, 1991).

A análise do cenário norteamericano, em contraponto com o ainda forte positivismo presente na América Latina, demonstra que o contexto de ação seletiva do controle social produz uma grave consequência: o rompimento do consenso segundo o qual o crime teria existência por si mesmo, ontologicamente. É possível, a partir dessa premissa, concluir que a legitimidade das formas de controle penal e, principalmente, da latência de sua clientela, torna-se bastante questionável⁸⁶.

O significativo bem jurídico altera o seu significado com um escopo claro: os interesses da classe dominante. Deixa-se de tutelar os bens jurídicos necessários à vida digna da maioria, para promover a defesa de interesses determinados. O conceito analítico de crime (conduta típica, antijurídica e culpável) passa a ser um recurso cada vez mais próximo da retórica, pois a sua determinação só é observada quando quem se enquadra em seus estratos faz parte da clientela do sistema.

A ‘função’ Penal Constitucional, que prima pelo tratamento lastreado na isonomia, acaba desviando seu curso, e o direito, numa visão resultante da deturpação de sua finalidade, passa a não mais ter o cidadão comum como destinatário, mas poucos privilegiados que levariam consigo o rótulo de criminoso em potencial.

⁸⁶ Tal se constatou em pleno auge da aplicação da “Tolerância zero”, em Nova York. O apossamento policial direcionado a determinadas “clientelas” foi seriamente questionado naquela metrópole, depois do assassinato, em janeiro de 1999, de Amadou Diallo, um jovem imigrante da Guiné de 22 anos abatido por 41 balas de revólver (das quais 19 acertaram o alvo) por quatro policiais membros da “Unidade de luta contra os Crimes de Rua” que perseguiam um suposto estuprador. Ao passo que ele estava tranquilo, sozinho na portaria de seu prédio. Esse assassinato policial, que aconteceu depois do caso “Abner Louima”, um imigrante haitiano vítima de tortura sexual em um posto policial de Manhattan no ano precedente, desencadeou a mais ampla campanha de desobediência civil que os Estados Unidos conheceram depois de anos. Ao longo de dois meses, manifestações cotidianas foram realizadas em frente ao escritório da direção da polícia municipal, quando 1.200 manifestantes pacíficos- dentre eles, uma centena de políticos afro-americanos locais e nacionais, dentre os quais o antigo prefeito de Nova York David Dinkins, presidente da National Association for the Advancement of Colored People (NAACP), e policiais negros aposentados – foram presos, algemados e acusados de “distúrbios à ordem pública”.

Em contraste, aqueles que não correspondessem ao rótulo de criminoso ficariam à margem do controle social, o que significa que seria a tais destinatários garantida a imunidade ao sistema penal.

4 A REESTRUTURAÇÃO DO ESTUDO CRÍTICO-CRIMINOLÓGICO COMO AJUSTE À REALIDADE NEOLIBERAL NORTE-AMERICANA

Como se viu, o modelo de conflito deu sustentação à criminologia crítica⁸⁷ ou radical, baseada em fundamentação marxista⁸⁸, mais ou menos ortodoxa segundo a diretiva seguida. O Estado, por essa ótica, seria fundado por uma sociedade de classes, sendo a classe universal composta pelos interesses das classes dominantes.

Segundo a linha marxista, uma criminologia derivada desse pensamento não deveria, por conseguinte, sair em busca dos seres presumidamente anormais que violam a lei, para puni-los, melhorá-los ou readaptá-los, mas liberar-se da camisa de força dos códigos penais e estabelecer autonomamente seu objeto de estudo (CASTRO, 2004).

Entretanto, os dados prisionais norteamericanos contradisseram os ditames da criminologia crítica desde seu nascedouro, e o contrassenso aumentou exponencialmente nos anos seguintes. Nesse momento, segundo Lola Aniyar de Castro, é que a função legitimadora da criminologia começa a ser questionada. Assim, de maneira problemática, a criminologia deixa de ser uma ciência auxiliar do direito penal, instaurando-se entre ambas as instâncias acadêmicas uma relação inversa, na qual o direito penal seria parte do objeto de estudo da criminologia, por ser um dos múltiplos elementos que compõem o controle social.

Os criminólogos radicais norte americanos interrogam-se sobre o motivo pelo qual sua iniciativa sucumbe diante do surgimento de uma acachapante “nova direita” criminológica⁸⁹ nos Estados Unidos. Platt destaca essa situação de desconhecimento real da teoria marxista por parte dos que se pretenderam criminólogos marxistas, os quais, em condições de grande repressão acadêmica, não tiveram a oportunidade de se desenvolver teoricamente (CASTRO, 2004).

⁸⁷ Parte da doutrina afirma que a criminologia interacionista, que não é marxista, e é a síntese da oposição família-sociedade civil e estaria submetida à historicidade geral do Espírito, como proposto por Hegel.

⁸⁸ Marx, ao contrário do modelo proposto por Rousseau, denuncia o caráter classista de todo Estado fundado em uma sociedade de classes. A classe universal de Hegel (que lidera o modelo de conflito, em contraposição ao de consenso) não é, para Marx, nada mais que a representante dos interesses dominantes, e trabalha a seu serviceio. O proletariado seria, para esse autor, a única classe universal, porque sua existência não depende da exploração de outras, e portanto, expressa os únicos interesses que podem ser generalizáveis.

⁸⁹ Em recente livro, Edson Lopes faz no Brasil, com arte e argumento, a crítica da obsessão pela segurança e seus artefatos: a segurança cidadã, as novas modalidades de expansão dos policiamentos: dos comunitários às milícias. Um dado surpreendente é a cooptação da sociologia brasileira pelo paradigma da segurança, com suas consultorias neutras e técnicas, que vem conduzindo as ciências sociais a um abismo ético-metodológico.

Ali, a criminologia teria ficado na antítese, mesmo antes de produzir um sistema teórico.

A propósito do período, Lola Aniyar de Castro aduz:

Uma nova criminologia se estende atualmente pelos Estados Unidos: por um lado, o regresso à clínica, à criminologia médica, genética, biológica e até morfológica, com uma força nova – o poder da sofisticada tecnologia norte-americana, que até o momento, havia sido utilizada em pesquisas meramente sociológicas sobre o delito. Fala-se agora de novo da *black box*, ou *boite noire*, ou caixa preta: o mistério do cérebro. A chamada sociobiologia intervém arrastando os pesquisadores para a procura de propriedades genéticas do mais forte na espécie. Trata-se de um tipo de regressão à teoria atávica de Lombroso, que tampouco oferecerá soluções, porque é parcial. (CASTRO, 20004, p.86).

4.1 O etiologismo não nos deixou. O controle social (a análise etiológica como ponto fulcral na busca de novas ações)

Depois do longo tempo de dominação do que se denominou paradigma causal, paradigma etiológico, criminologia positivista, centrado na busca das causas do “por que” delinquem as pessoas, tudo indicava que essas questões do controle social haviam sido superadas pelo *labeling approach*. Esse último afirmou que a busca ou a explicação do comportamento delitivo não deveria partir do “por que” as pessoas delinquem, mas do “por que” essa atividade é definida pelo controle social como delitiva. Durante algumas décadas, isso foi tido como uma mudança de paradigma da criminologia. A explicação da delinquência não residia na ação (individual), mas na reação (social) do sistema penal.

Assim, aprofundou-se a questão do crime e criminoso sob uma ótica sociológica, enfrentou-se o problema partindo do princípio de que o paradigma etiológico estaria superado pelas notas de Criminologia Crítica em contraponto ao já falido modelo Clássico, quando, na realidade, as reações do sistema ainda delineavam contornos etiológicos, embora dissolvidos no contexto de estudos da *urbe*, do comportamento social da sociedade frente à conduta criminosa.

Todas essas declarações configuravam um difícil amálgama, produto, segundo Elena Larrauri, da dificuldade da criminologia crítica de compaginar o enfoque nos órgãos de controle social, com crítica das condições sociais e econômicas existentes nas sociedades capitalistas atuais, mormente após os efeitos neoliberais experimentados nas décadas que se

seguiram ao *labeling*. Essa crítica parecia ganhar mais peso conquanto se conseguia demonstrar que eram críticas genuinamente criminais.

4.2 Por que, entretanto, se deve estudar a manutenção (e descontaminação do) do amálgama etiológico?

De acordo com Young, o abandono da pergunta causal na criminologia oficial não se deveu aos embates da criminologia crítica, mas tão somente ao surgimento de uma nova criminologia administrativa⁹⁰.

Esta criminologia administrativa, da qual Wilson (1975) parece ser o maior expoente, gerou a prescindibilidade de aventurar-se em um estudo das causas do delito. Segundo Wilson, averiguar as causas é um tema extremamente complexo, pois são numerosas, e há, ademais, certo grau de livre opção que poderia levar a conclusões desastrosas.

Além disso, aduz Wilson que:

Não há nada que impeça que os criminólogos, tal e qual essa profissão está hoje definida, sejam assessores políticos. A busca pelas causas do delito é uma empresa intelectual e séria.[...]Eu só destaco que um compromisso com a análise causal, especialmente um que contemple os processos sociais como cruciais, conduzirá raramente a descobrir as bases para a produção de opções políticas(...). (Wilson, 1975, p. 29)

Posicionamentos doutrinários davam conta de que, quando se pretendeu afetar as raízes últimas do fenômeno delitivo com uma intervenção de caráter social que diminuísse a pobreza, elevaram-se os níveis de educação, criaram-se mais centros juvenis, mais centros esportivos, e, no entanto, o resultado foi o incremento da delinquência entre as décadas de 60 e 70 na Europa, por exemplo.

Diante do cenário até então experimentado, e do prognóstico de que o controle social nos Estados Unidos (e no ocidente) permaneceria com o pensamento etiológico na busca de sua “clientela”, mostrava-se crítico superar o paradigma causal.

⁹⁰ A criminologia administrativa consiste em uma série de ações estatais contra o crime desenvolvidas por Ron Clarke e sua equipe de investigação do Home Office em Londres e, paralelamente, por Jan Van Dijk, alto funcionário do Ministério da Justiça, em Haia. Jock Young nominou este movimento governamental de “nova” criminologia administrativa, em atenção às evidentes convergências com a teoria clássica do Século XVIII, que havia sido definida por George Vold como “criminologia administrativa”.

Primeiramente, porque desde o início dos estudos do *labeling approach*, a pergunta “por que as pessoas delinquem” deveria ter sido feita somente após definir legalmente o que é delinquência. Se o ordenamento jurídico define determinados comportamentos como delitivos, perguntar o porquê as pessoas realizam tais atividades implicaria aceitar que há uma diferença intrínseca de comportamentos que deve ser explicada. Além disso, explicar um comportamento delitivo não é só explicar a atuação, mas também explicar a atribuição desse comportamento a um tipo legal – e somente então poderíamos falar de delito.

Segundo, porque investigar a pergunta causal a partir de paradigmas etiológicos seria ter por base uma compreensão precipitada de quem são os delinquentes. Como destacou Hess (1986), o paradigma etiológico funcionou como uma espécie de profecia que se autorrealiza, dando azo a um dos mitos mais frutíferos da atualidade, o da criminalidade identificada com certo tipo de autor. Na medida em que a criminalidade era somente aquela, podia-se elaborar uma tipologia de autores que reproduziam determinados caracteres físicos. Esta tipologia produzia uma explicação particular de criminalidade - famílias desestruturadas, baixo nível educacional e profissional, bairros degradados, etc. - a qual foi absorvida tanto pelos agentes controladores responsáveis pelos meios de comunicação quanto pela população. Os sujeitos que apresentavam maior número de caracteres físicos danosos tinham maiores chances de serem “suspeitos”.

Terceiro, porque estudar o “homem delinquente” é atribuir uma unidade existente a um catálogo de comportamentos. Elena Larrauri observa que a falácia consiste em, havendo uma palavra que se chama delito, necessariamente dever haver algo em comum aos sujeitos aos quais o delito se aplica. Para a sociologia, isso é falso, já que essa unidade é fictícia, haja vista que é autorreferente: é delito o que assim é definido.

Como se pôde ver, a aparente superação da análise etiológica do crime e do criminoso acabou por ofuscar uma realidade ainda etiológica e pendente de enfrentamento à luz de uma teoria criminológica ajustada ao novo panorama.

Dessa forma, quando se inicia a autorreflexão, se observa que o que se questionou com o *labeling approach* foi o determinismo psicológico e biológico, mas não o sociológico; são frequentes as queixas de que a criminologia crítica ainda permaneceu

ancorada no paradigma causal; se afirma que o que foi tido como a mudança de paradigma terminou sendo a integração em uma espécie de análise multifatorial da delinquência.

Diante disso, para muitos autores, é certo o fracasso da Criminologia liberal, que, ao trazer consigo resquícios etiológicos, assimilou desvios sociológicos e não os questionou, ou os questionou de forma insuficiente. O que sinaliza, então, o retorno da “mão pesada contra o crime”, ou a preocupação mais com a eficácia de procedimentos sancionadores, a despeito da necessidade de se estudar os desvios de um controle social seletivo?

Para Lola Aniyar de Castro, esse retrocesso foi justificado nos Estados Unidos em virtude do que se assumiu como fracasso da criminologia positivista e reformista: nem a *probation* reduz significativamente os índices de reincidência, nem nenhum tipo de tratamento (Martinson) demonstrou ser eficaz, deixando de analisar a conduta e incidindo somente sobre a pessoa.

Se a criminologia “nova” nos Estados Unidos é, segundo a autora, a morte da criminologia liberal, a morte do regresso à mera legitimação pelo direito – isto é, a velha criminologia -, o que resta a fazer para enfim partir-se a outra etapa da criminologia, da análise do sistema penal e do controle social?

Logicamente, não se pode prescindir das sanções do sistema penal, mas é certo que devem ser realizadas profundas reformas estruturais. A política criminal deveria ser apenas uma arte da política social; e a política penal, a *ultima ratio*, ao contrário do que ocorre ultimamente.

3.3 Alternativas Compensatórias à compreensão criminológico-radical. Criminologia da Diferença.

Como outrora explicitado, há em nosso sistema uma desigualdade e uma seletividade estruturais que privilegiam os interesses das classes dominantes, isentando dos processos de criminalização os comportamentos socialmente danosos, típicos dos indivíduos pertencentes aos extratos isentos de fazer parte dos tipos de estereótipos-alvo. Tal pensamento é, até certo ponto, banhado pelas nuances de uma falha política causada pela criminologia tradicional, que toma por dada a ideologia dominante, e que enfatiza a racionalidade burocrática, reforçando, neste processo, também as falhas operativas causada pela complexidade fenomênica, ao longo dos tempos.

Entretanto, conforme dito alhures, as declarações teóricas da Criminologia Crítica que permeavam as décadas marcadamente neoliberais posteriores a 1960 insistiam na superação do paradigma etiológico quando, entretanto, este parecia pressuposto nas novas explicações, sem ser verdadeiramente enfrentado, sem que fosse posteriormente desenvolvido, verticalizado.

Entretanto, já na “nova criminologia” se pôde vislumbrar que, apesar de todos os ataques ao positivismo e do entusiasmo com que se acolheu uma “mudança de paradigma etiológico ao paradigma da reação social”, a estrutura social desigual é, em última análise, a causa da delinquência. Por isso, é premente a necessidade de produzir uma teoria que possibilite integrar um enfoque macro, estrutural, com o estudo das micro-interações.

4.3.1 A nova proposta criminológica- Princípio da Diferença.

Desde o final da primeira guerra mundial até a década de sessenta, a teoria política foi fortemente marcada pela preocupação em garantir a realização da justiça através da efetivação de bens materiais aos indivíduos, seja através de uma maximização do bem-estar da coletividade (utilitarismo), seja através da coletivização dos meios de produção e planificação da economia (socialismo marxista). Todavia, em ambas as concepções citadas, o foco prioritário das instituições básicas da sociedade se voltou à alocação e à distribuição de bens, o que, por si só, asseguraria aos indivíduos os meios de efetivação de sua felicidade.

Consequência da adoção dessas perspectivas “materialistas” da justiça foi a justificação de uma desmedida intrusão a liberdades e garantias individuais em nome da efetivação de um bem estar ou de uma situação de igualdade a serem usufruídos por todos – configurava-se a era do estado prestacional.

Em resposta a essas e outras críticas levantadas à crescente intromissão do Estado no âmbito privado, verificou-se veemente reação, o neoliberalismo (visto anteriormente), que se voltou especificamente à estrutura econômica da sociedade e sua relação com a intervenção estatal no mercado e abriu caminho a uma generalizada renovação da compreensão filosófica acerca da liberdade e, por conseguinte, acerca da própria justiça.

A implementação doméstica e a difusão através das fronteiras do projeto neoliberal, do Estado penal, unido à “mão invisível” do mercado, ambos em conjunção com

o esgarçamento da rede de seguridade social, contribuíram para o desequilíbrio da reengenharia econômica e a prisonização.

Esta última, como se viu nos capítulos anteriores, direcionou seu aparato à penalização da clientela mais vulnerável como elemento central nas décadas posteriores.

Assim, a teoria de Rawls constitui, em grande parte, uma reação ao utilitarismo clássico, embora não voltada especificamente a aspectos penais, mas interpretada de maneira ampla, tendo por foco princípios de justiça.

De acordo com essa teoria, se uma ação maximiza a felicidade, não importa se a felicidade é distribuída de maneira igual ou desigual. Grandes desníveis entre ricos e pobres parecem em princípio justificados.

Nas palavras de Rawls:

(...) as desigualdades sociais e econômicas devem ser dispostas de modo a que (...): se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa (...) (RAWLS, John, 2008, p. 376).

Ou seja, as desigualdades sócio-econômicas só serão aceitáveis caso acarretem benefícios aos mais desfavorecidos na ordem de distribuição das parcelas dos recursos sociais. Em outras palavras, a ideia intuitiva é que a ordem social não deve instituir e garantir as perspectivas mais atraentes dos que estão em melhor situação, a não ser que isso seja vantajoso também para os menos afortunados (2008, p. 91).

No princípio da diferença, John Rawls pretendeu sustentar uma concepção de Justiça que conciliasse indivíduos com diferentes projetos pessoais de vida dentro de uma sociedade plural respeitadora dessas diversas concepções de mundo⁹¹. Para tanto, ele recorre

⁹¹ De início Van Parijs (2001) denuncia que, ao possibilitar a consideração de esquemas totalmente justos (*just throughout*) para a cooperação social, mas não perfeitamente justos (*perfectly just*), a Teoria da Justiça de Rawls não empenha todas as suas forças em promover a vocação igualitarista a que se pode destinar. Pois dentro do esquema totalmente justo (*just throughout*) sempre haverá a possibilidade de se fazer mais pelos menos afortunados, ao menos que se alcance uma relação entre expectativas dos mais e desfavorecidos não poderiam ser elevadas a um nível superior. Todavia, essa distinção se faz sob a suposição de que há uma situação de “entrelaçamento” (*close-knitness*), ou seja, que alterações em qualquer posição de uma das situações representativas têm o condão de afetar as demais no mesmo sentido, como define o próprio Rawls: “*Suponhamos ainda que as expectativas estão intimamente entrelaçadas: ou seja, é impossível elevar ou abaixar a expectativa de qualquer homem representativo sem elevar ou abaixar a expectativa de qualquer outro homem representativo, especialmente a do menos favorecido. Não há pontas soltas, por assim dizer, no modo como as expectativas se entrelaçam. Ora, com essas suposições há um sentido em que todos se beneficiam quando o*

a uma renovada teoria do contrato social enquanto recurso lógico de fundamentação daquilo que permitiu o consenso de base acerca dos princípios da Justiça. Assim, toda a teoria é construída em referência à posição original na qual:

(...) seres livres e racionais, preocupados em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios de justiça eu chamarei de justiça como equidade. (RAWLS, John, 2002, p. 12)

Entretanto, há uma diferença entre: 1) se atribuir legitimidade às desigualdades sociais existentes, através de verificações realizadas nos atuais esquemas de distribuição de vantagens sócio-econômicas, especialmente de modo a justificar uma conformação dos desfavorecidos em relação a sua sorte – o que é feito pela versão menos igualitarista; e 2) buscar uma coerência no que tange ao modo como se deve estruturar a divisão de vantagens sócio- econômicas de acordo com o recurso ao véu da ignorância, em resgate ao acordo que se faria na posição original. (VAN PARIJS, 2001)

Em contraponto a uma possível alegação conformista de que os indivíduos que atualmente encontram-se nas condições mais desfavoráveis deveriam jogar as mãos para os céus e agradecer que há a possibilidade de um outro esquema viável onde os mais afortunados se tornam ainda mais privilegiados, na medida em que os desfavorecidos se agarram ao pouco que têm para não perdê-lo, ou que em nome de qualquer melhora em sua atual condição, justifica-se um enorme abismo entre os que mais têm e os que menos têm, é importante lembrar a prudente ponderação de Van Parijs:

(...) the difference principle is defined by Rawls in terms of anonymous positions, not in terms of proper names. For it to be satisfied, the worst off must be at least as well off as they would be under any other feasible scheme, but at least as well off as the worse off, whoever they may be, would be under any other. (PARIJS, Van, 2001, p.13)

O que Van Parijs afirma, portanto, é que, para que o princípio da diferença seja satisfeito em sua versão mais igualitarista, essa estrutura deve somente aceitar desigualdades

princípio da diferença é satisfeito. Pois o homem representativo que está em melhores condições em qualquer comparação de mão-dupla ganha pelas vantagens que lhe são oferecidas, e o homem em piores condições ganha por meio das contribuições originadas pelas desigualdades” (RAWLS, 2002, p.85)

justificadas no interior desses esquemas. Por conseguinte, devem ser rejeitadas aquelas desigualdades que não promovam uma redução entre a posição dos mais favorecidos e dos menos desfavorecidos (hipótese de entrelaçamento); ou ainda aquelas justificadas em nome da manutenção da atual situação dos menos favorecidos, em promoção dos mais afortunados (hipótese de ausência de entrelaçamento). Pois afinal, o que se está a tratar, em última instância, é de um critério para distribuições justas de bens e vantagens, que assim nunca poderiam ser qualificadas caso aceita a versão menos igualitária do princípio da diferença ambiguamente sugerida por Rawls.

Sintetizando a ideia central da justificação do princípio de diferença, todos os elementos responsáveis, de uma forma geral, por um poder de resultados mais eficiente são moralmente arbitrários, o que sugere que o que não for uma distribuição igualitária de bens primários não é passível de justificação.

Em síntese, ainda que o utilitarismo conduza a juízos corretos acerca da igualdade, Rawls pensa que tal corrente comete o erro de não atribuir valor intrínseco à igualdade, mas apenas valor instrumental – visto de outro modo, sob a ótica penal, já é possível entrever que a aplicação da igualdade formal como meio de reequilíbrio social não é o foco da doutrina de Rawls. Isto porque, para o autor, a igualdade não é boa em si — é boa apenas porque produz a maior felicidade total.

Por consequência, o ponto de partida de Rawls é bastante diferente, e sobre ele a concepção alternativa criminológica do presente estudo passará a tratar: Rawls parte de uma concepção geral de justiça que sinaliza que todos os bens sociais primários — liberdades, oportunidades, riqueza, rendimento e as bases sociais da autoestima (um conceito impreciso) — devem ser distribuídos de maneira igual, a menos que uma distribuição desigual de alguns ou de todos estes bens beneficie os menos favorecidos.

O ponto fulcral é o seguinte: tratar as pessoas como iguais não implica remover todas as desigualdades, mas apenas aquelas que trazem desvantagens para alguém. Se dar mais condições a uma pessoa do que a outra promove mais os interesses de ambas do que simplesmente dar-lhes as mesmas condições, então uma consideração igualitária dos interesses não proíbe essa desigualdade.

Assim, propõe o autor a compreensão do princípio da diferença: a sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, exceto se a existência de desigualdades econômicas e sociais gerar o maior benefício para os menos favorecidos.

4.4 O Princípio da Diferença aplicado

Ao identificar que sob a ótica de um sistema penal real e não normativo a criminalidade passou a ser, e ainda é o resultado de uma construção social da qual resultam padrões de comportamento e principalmente padrões de “potenciais clientes do sistema”, tão atual quanto inevitável é a sensação de que as intuições morais de justiça e igualdade não são respeitadas. Surge assim a pergunta: Como é possível uma sociedade em que o sistema penal funcione de forma justa? Este problema pode ter formulações mais precisas. Uma delas é a seguinte:

O ponto de partida da concepção rawlsiana, e que também leva à construção da proposta teórica do princípio de diferença, é a ideia de que só serão admitidas as desigualdades sociais que gerem vantagens aos menos favorecidos. Sua concepção de justiça visa, portanto, preservar a proposta liberal de se reservar ao indivíduo o direito de como conduzir sua própria vida em convívio com os demais, sem deixar que os bens necessários para tanto fiquem condicionados tão somente a contingências naturais e sociais.

Embora o ideal inicial do princípio de diferença desenvolvido por Rawls acredite que a obrigação motivacional dos mais favorecidos seja atrelada à desigualdade social permitida e vantajosa aos menos favorecidos, este estudo propõe a adaptação do princípio da diferença à concretização prática da igualdade material sob a ótica Rawlsiana. Assim, vislumbra-se a gestão da compensação da seleção por rótulos realizada pelos agentes administrativos com atribuição para tal, sopesando situações em que, sob a ótica penal, a desigualdade será admitida quando for vantajosa aos menos favorecidos, ou seja, aqueles a quem o sistema etiqueta como criminosos em potencial.

Em síntese, o aplicador da lei passa a tomar importância de agente que, vestido da independência funcional que lhe outorga a Constituição da República, aplica o direito aos casos concretos que lhe são submetidos, com o único compromisso e submissão aos ditames de justiça amparados pela Constituição e à sua própria consciência, extraindo, assim, a regra jurídica que expressa os anseios da comunidade, tornando a justiça uma realidade social,

através de sua decisão. Nesse sentido, o resgate da legitimidade do Estado de Direito é um trabalho contínuo, que deve ser feito coletivamente, por toda a sociedade. Não se limita ao plano normativo, sendo uma luta social cotidiana para assegurar o cumprimento das garantias Constitucionais, sob pena de cairmos na falácia normativista, em que o direito vigente é incontestavelmente tido como válido, e continuarmos submetidos a sistemas desiguais e manipuladores, que sustentam o Estado como única forma legítima de produção e aplicação do direito.

4.4.1 Outras propostas compensatórias existentes

Quanto aos métodos compensatórios da seleção por rótulos na criminalização secundária, Zaffaroni propõe a compreensão de um novo conceito de delito, que nada mais é que a síntese dos requisitos que devem estar presentes em qualquer ação conflituosa de um autor selecionado pelo poder do sistema penal, para que a agência judicial responda afirmativamente quanto ao prosseguimento do processo de criminalização já em curso. Esse conjunto mais ou menos orgânico de requisitos constitui o nível máximo de seletividade tolerada, ou seja, aquele que traduz um programa com vistas à redução da violência seletiva e ilegítima praticada pelo sistema penal. Nesse contexto, a análise gira em torno de um nível elementar (a ação) e um nível mínimo (tipicidade e ilicitude).

Baratta (2002), no entanto, propõe quatro indicações estratégicas para dirimir o problema. Em primeiro lugar, numa sociedade de classes, a política criminal deve estruturar-se como política de transformação social e institucional. A perspectiva de fundo dessa política criminal é radical, porque procede de uma teoria que reconhece que a questão penal não está somente ligada a contradições que se exprimem sobre o plano das relações de distribuição, e não é, por isso, resolúvel, atuando apenas sobre estas relações, para corrigi-las, mas liga-se, sobretudo, às contradições estruturais que derivam das relações sociais de produção. Por isso, uma política criminal alternativa coerente com a própria base teórica não pode ser uma política de substitutivos penais, que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas uma política de reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade e da democracia.

Em segundo lugar, devem-se empreender dois movimentos, quais sejam: instituir a tutela penal em campos que afetem interesses essenciais para a vida, a saúde e o bem estar da comunidade, e 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. Mas se trata, principalmente, de aliviar, em todos os sentidos, a pressão negativa do sistema punitivo sobre as classes subalternas, e os efeitos negativos dessa pressão para o destino dos indivíduos e para a unidade da classe operária, que o sistema penal concorre para separar, drasticamente, de suas camadas marginais.

Em terceiro lugar, denota o fracasso da prisão e sugere as táticas de reavaliação do trabalho carcerário, implantação de substitutivos penais, elaboração de órgãos locais, dentre outros.

Em quarto lugar, tem-se que, no interior de uma estratégia político-criminalmente alternativa, deveria se ter na máxima consideração a função da opinião pública e dos processos ideológicos e psicológicos que nesta se desenvolvem, em sustentação e legitimação do vigente direito penal desigual.

4.5 Política Criminal Alternativa como atitude compensatória às distorções

Para que haja a devida obediência aos princípios constitucionais, especialmente ao da igualdade, que nada mais faz do que tutelar as diferenças, e remover ou compensar as desigualdades intoleráveis, é necessária a adoção de uma política de contrapeso às diferenças operacionais - uma política alternativa. Portanto, a Política Criminal Alternativa, para Baratta (2002), não pode ser uma política de substitutos penais, que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia de forma de vida comunitária e civil, alternativas e mais humanas, e do contra poder proletário, em vista da transformação radical e da superação das relações sociais de produção capitalistas.

Como se percebe, o problema se encontra nas questões estruturais (econômicas, sociais e políticas) e fundamentam a existência de uma desigualdade na atuação do Sistema Penal que opera à margem da legalidade ao criminalizar uma infinidade de condutas, sobrecarregando os órgãos incumbidos da repressão criminal, a despeito de tais agências disporem de uma capacidade operativa muito inferior à magnitude da demanda, sem contar com os crimes que diariamente são praticados e que passam ao largo do conhecimento e da atuação do Sistema Penal, que para Queiroz está estruturado para que, de fato, não funcione, haja vista a intervenção estatal só ocorrer em um reduzidíssimo número de casos, reforçando a ideia de que as pessoas de baixo *status* social são potencialmente criminosas.

Em contrapartida, há condutas praticadas pelas classes dominantes, consideradas nocivas à sociedade, contra as quais o Sistema Penal não reage. Algumas pessoas são protegidas de tal forma que, por mais criminosas que sejam, jamais terão sobre si a etiqueta de criminosas. Mesmo quando processadas, saem ilesas, seus crimes não são computados nas estatísticas e, provavelmente, jamais o serão, porque não basta a descrição legal de um fato nocivo; é preciso resolver toda uma realidade político-social que causa a distorção do princípio constitucional da igualdade encontrado na máxima de Aristóteles, na qual a igualdade consiste em aquinhoar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade, provocando a impunidade.

Agrava ainda mais a situação o fato de que a maioria esmagadora dos crimes ocorridos não chega ao conhecimento do sistema penal (HULSMAN, 2000). Com isso, afirma-se que a eficácia de um sistema penal cujo conteúdo é delineado por desvios e definatoriedade do próprio conceito de crime e criminoso é insignificante, pois, ao revés, se houvesse plena eficiência por parte do mesmo, chegar-se-ia ao paroxismo de que a totalidade dos membros dos grupos sociais teria sido alvo de criminalização.

4.6 O Direito como meio para se realizar a justiça.

Aristóteles afirmava que o homem é um animal político, com o claro sentido de que o homem não poderia viver senão em sociedade. A sociedade necessita de um conjunto de normas, formando um sistema normativo, dentro do qual desenvolve a vida de um grupo organizado exigindo de cada indivíduo um determinado comportamento.

O direito passa a ser assim um produto do poder político de cada Estado, como ordem jurídica entendida na qualidade de ordem coativa, capaz de fazer valer contra os transgressores, também recorrendo à força.

Não há dúvida de que esse poder, para ser considerado legítimo, deve ser exercido a justo título e será justo se autorizado por uma norma ou por um conjunto de normas gerais que estabelecem quem, em uma determinada comunidade, tem o direito de comandar e de ter seus comandos obedecidos.

Nesse compasso, surge o papel garantidor do juiz, que, diante do desrespeito a uma norma, faz valer o direito inscrito na mesma, assegurando ao *súdito* o bem da vida respectivo.

Não há mais espaço, no Estado Democrático de Direito, para o entendimento de que a justiça visa a realizar o direito. Pelo contrário. É o direito que deve ser utilizado como meio para se alcançar a justiça, entendido como normas positivadas e supra legais (ou naturais, como querem os jusnaturalistas).

Hodiernamente, assistimos a uma crise moral do poder e, conseqüentemente, a sérios desrespeitos a direitos previstos nas normas jurídicas vigentes no Estado, exigindo dos fatores da lei uma postura garantidora dos referidos direitos.

Dessa forma, nasce uma crise no direito que, bem delineada por Ferrajolli (2000), apresenta um tríplice aspecto: a) crise de legalidade; b) crise do Estado social e; c) crise do Estado nacional, traduzindo-se em uma crise da democracia, porque equivale à crise de princípios constitucionais, à sujeição do poder público, na qual se fundam tanto a soberania popular quanto o paradigma do Estado de Direito.

O Judiciário passa a ser assim uma reserva moral de garantia do cidadão frente às violações de seus direitos por parte dos desmandos das autoridades públicas. A última porta que a sociedade tem para bater clamando por socorro.

CONCLUSÃO

O Estado de Direito possui, como linha característica, a compreensão de

sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais. A garantia desses direitos é a condição indispensável de convivência pacífica, sendo que o controle social possui grande eficácia como um dos meios de efetividade do direito no Sistema Penal.

Entretanto, o controle social penal possui limitações estruturais inerentes à sua própria natureza, de modo que não é possível exacerbar indefinidamente sua efetividade para melhorar seu rendimento. Assim, a plena efetividade do arranjo penal acabou, em muitos momentos históricos, por depender menos de condutas criminosas executadas e mais da posição do indivíduo na pirâmide social ou de suas raízes etiológicas. Tal ilogicidade culminou, assim como culmina hodiernamente, no rompimento do pensamento segundo o qual o crime teria existência por si mesmo, ontologicamente, passando a contar com a visibilidade diferencial da conduta delitiva.

Ou seja, do modo como está estruturado, o sistema penal dirige sua atenção a uma parte mínima da violência da sociedade através do conceito de criminalidade, restringe sua atuação a determinados delitos e delinquentes, e, por isso, a resposta penal é simbólica e não instrumental.

A partir do estudo acerca da evolução do poder punitivo, em contraponto ao desenvolvimento dos estudos criminológicos, analisou-se a estrutura criminológica influenciada pelo modus feudal, absolutista, iluminista e positivista, culminando na criminologia da reação social, que possui diversos graus e expoentes. Uma primeira orientação é a chamada criminologia interacionista, também chamada teoria da rotulação ou da estigmatização. Suas proposições renovaram a compreensão da criminologia positivista, que teve por expoente o aparecimento do Homem Delinvente, de Cesare Lombroso.

Para a doutrina do *labeling approach*, não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas, indo até a ação das instâncias oficiais. O status social de delinvente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias.

Não apenas a igualdade é tal enquanto for constitutiva dos direitos fundamentais, mas, ainda, os direitos fundamentais são tais enquanto forem constitutivos de igualdade. Por esse motivo, entende-se que, quando há violação da igualdade pela seletividade, há um abalo na credibilidade do Estado na salvaguarda dos direitos fundamentais.

O caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de definição que lhe atribuem tal caráter, e de seleção, que etiquetam o autor como delinquente. Os atributos da etiqueta revelam-se da seguinte forma: visibilidade e invisibilidade, criação de auto-etiquetas, surgimento de expectativas, comportamento sequencial, produção do desvio secundário e hierarquização de delitos pelos expectadores.

Considerando os efeitos da rotulação estigmatizante, conclui-se que a criminalidade torna-se não só uma qualidade intrínseca da conduta, mas o resultado de uma construção social da qual resultam padrões de comportamento, sendo necessária a utilização de meios de defesa alternativos, o que configura um caráter compensatório perante a seleção por rótulos, adequando tais meios às premissas constitucionais de uma ordem democrática e justa.

A par de métodos alternativos para abrandar o problema da seleção por rótulos na criminalização secundária, apresenta-se a compreensão do princípio da igualdade à Luz do Princípio da Diferença, de Rawls. Assim, vislumbra-se a gestão da compensação da seleção por rótulos realizada pelos agentes administrativos com atribuição para tal, sopesando situações em que, sob a ótica penal, a desigualdade será admitida quando for vantajosa aos menos favorecidos, ou seja, aqueles a quem o sistema etiqueta como criminosos em potencial.

Em síntese, o aplicador da lei passa a tomar importância de agente que, vestido da independência funcional que lhe outorga a Constituição da República, aplica o direito aos casos concretos que lhe são submetidos, com o único compromisso e submissão aos ditames de justiça amparados pela Constituição e à sua própria consciência, extraíndo, assim, a regra jurídica que expressa os anseios da comunidade, tornando a justiça uma realidade social, através de sua decisão. Nesse sentido, o resgate da legitimidade do Estado de Direito é um trabalho contínuo que deve ser feito coletivamente, por toda a sociedade.

Os meios de defesa disponíveis à realidade brasileira configuram, assim, um caráter compensatório perante a seleção por rótulos. No plano jurídico, o que se faz é evitar a violação de princípios constitucionais - garantistas mediante o uso formal e material do próprio princípio da igualdade.

Tais compensações não são senão a tentativa de conter a progressiva desnaturação do sistema em vista da desordenada busca de eficiência ao controle social, conjugada à necessidade de respostas à sociedade - necessidade essa decorrente do fenômeno

comunicativo - que atrela sua sede de respostas penais à própria eficácia do sistema penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Problemas da Teoria do Discurso*. In “O novo em Direito e Política”. Organ. José Alcebiades de Oliveira Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid. Editora

Centro de estudos políticos y constitucionales, 2002.

ANITUA, Gabriel Inacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.

ASTUTI, Guido. *O Absolutismo Esclarecido em Itália e o Estado de Polícia*. Tradução de António Manuel Hespanha. In HESAPANHA, António Manuel (org.). *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

AUGSTEIN, J C Hannah Franziska. *Prichard's Concept of Moral Insanity- a Medical Theory of the Corruption of Human Nature*, revista *Medical History*, .1996,40:311-343, disponível em <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1037128/pdf/medhist00031-0053.pdf>

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na idade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Editora Revan, 2003.

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

BACQUE, Jorge A. *Derecho, filosofía y lenguaje*. Buenos Aires: Astrea, 1976

BAUMAN, Zygmunt. *A Liberdade*. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

_____. *Globalização: As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi de. *Dos Delitos e Das Penas*. 2. ed.

São Paulo: Martins Fontes: 1998.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Revisão técnica Karina Kuschnir. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

_____. *Uma Teoria da Ação Coletiva*. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Revisão técnica de Gilberto Velho – Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

BENTHAM, Jeremy. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979 p.65

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, (trad. Carlos Nelson Coutinho) 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 332:

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Pensamento Criminológico*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004.

CASTRO, DR. Viveiro de. *A Nova Escola Penal*. Rio Janeiro, 1894.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DURKHEIM, Émile. *Sociologia e filosofia*. São Paulo: Ícone Editora, 2004

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Ed. Trotta, 1999. Trad. Perfeito Andrés Ibañes y otros.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime/ Enrico Ferri*; prefácio do Prof. Beleza dos Santos; tradução de Paolo Capitanio. 2a ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FERRI, E. *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, IX. Establecimiento tipográfico de José Góngora (Madrid), 1887.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Trad. Álvaro de Vita. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1999

FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. *Direito penal: parte geral*, tomo 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FRANKENA, Willian K. *Ética*. Rio de Janeiro : Zahar, 1969.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio & Luiz Flávio Gomes. *Criminologia*, São Paulo, RT, 1997.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GUSTIN, Miracy B. S., DIAS, Maria Tereza F. *Repensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HASSEMER, *Fundamento del Derecho Penal*, trad. Arroyo Zapatero e Munoz Conde, Barcelona 1984.

HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espirito*, Petrópolis, Editora Vozes, 2ª ed, 2002.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, Lisboa, Guimarães Editores, 1976.

HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Abril, 1983. (Coleção “Os Pensadores”).

JAKOBS, Günter. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y la teoría de la imputación*. 2. ed. Traducción de Joaquim Cuello Contieras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Porto: Porto Editora, 1996.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Trad. Luís Carlos Borges. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

LYRA FILHO, Roberto. *A Criminologia Radical*. Revista de Direito Penal, n.º 31, Rio de Janeiro, 1982.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MARTINS, José Salgado. *Preparação à Filosofia*. Porto Alegre: Globo, 1969.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Brasília: EdUNB, 1979.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MUNOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal e Controle Social*. Ed. Forense, 2005.

NOGARE, Pedro Dalle. *Humanismos e Anti-Humanismos: Introdução à Antropologia Filosófica*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: parte geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*: 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PAYNE, William D. *Etiquetas Negativas. Paradizos y Prisiones*. In: OLMO, Rosa Del. *Estigmatización y Conducta Desviada*. Venezuela: Universidad de Zulia, 1973.

PRICHARD, J. C. *A treatise on insanity and other disorders affecting the mind*. Londres: Sherwood, Gilbert, & Piper, 1835. Disponível em <archive.org/stream/atreatiseoninsa00pricgoog#page/n6/mode/2up>. Acesso em mai. 2012.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Paternot. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROCHA, Fernando Galvão da. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ROUSSEAU, J. J. *Do Contrato Social*. São Paulo: Abril, 1983. Os Pensadores.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría de delito. Traducción de Diego – Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valência: Tirant lo blanch, 2000.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*, 3. ed. Lisboa: Vega, 1993.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SÁ, Alvino Augusto de, 2013. *Criminologia Clínica E Psicologia Criminal - 3ª Ed.* Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013.

SUBTIL, José. *Fazer e desfazer a história*. Publicação Quadrimestral. Número 12: Portugal, Edições Cosmos e Cooperativa Penélope, 1993.

TARELLO, Giovanni. Il “problema penale” nel secolo XVIII. In: TARELLO, Giovanni (org.). *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Vol. V. Genova: Il Mulino, 1975.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*, v. 1, São Paulo: Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VAN PARIJS, Philippe, “*Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI?*”. *Estud. av.* [online], vol. 14, nº 40, 2001.

VITA, Álvaro de. *O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. *Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo: ANPOCS, v. 14, n. 39, p. 41-59, fev./1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1721.pdf>>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____ *Em busca das penas perdidas*. Buenos Aires: Editora Revan, 1989.

_____ *Política Criminal Latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

_____ *Criminologia. Aproximación desde el margen*. Santa Fé de Bogotá: Ed. Temis, 1993

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

_____. A Ascensão do Estado Penal nos EUA. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Em busca das penas perdidas*, 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____ ; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, 2. ed. Buenos Aires: Ed

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.