

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL - ICPC
RAFAEL COTLINSKI CANZAN**

A DESIGUALDADE DO DIREITO PENAL

**CURITIBA
2007**

A DESIGUALDADE DO DIREITO PENAL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Criminologia do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Prof. Orientador: Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2007

“Percorrei os locais onde se julga, se prende, se mata... Um fato nos chama atenção sempre: em toda parte vedes duas classes bem distintas de homens, dos quais uns se encontram sempre nos assentos dos acusadores e dos juízes, e os outros nos bancos dos réus e dos acusados”.

MICHEL FOUCAULT

RESUMO

O direito penal é apresentado como um direito necessário à manutenção da ordem social, mais do que isso, necessário à própria existência da civilização.

Contudo, uma análise histórica do direito penal evidencia que este é utilizado como meio de manutenção de regimes e políticas, ou seja, enquanto reveste forma de justiça natural, tem como finalidade real a manutenção da estrutura social, a concentração de poder e a submissão dos indivíduos e das classes mais desfavorecidas.

Isto posto, coloca-se para análise os métodos de criminalização primária; os interesses velados na definição dos tipos penais; a formação do direito penal simbólico; a ação das agências estatais responsáveis pela criminalização secundária; e a criação e disseminação de um estereótipo do criminoso.

A observação destes fenômenos como meio para constituição e aplicação de uma política criminal dirigida a um fim determinado (e não revelado), pois, vem demonstrar que o direito penal não é constituído como meio de permitir a convivência harmoniosa em sociedade, mas para submeter as classes afastadas do poder político, contendo e punindo o comportamento desviante ou “anormal”.

O direito penal, a partir da noção do Estado liberal nascido com a Revolução Francesa, é edificado sob a falácia de uma sociedade que trata todos os homens igualmente, mas ignora que as diferenças entre os homens e entre as classes sociais se acentuam sob a tutela de uma norma “igual”.

Por fim, a seleção da criminalidade pelas agências estatais também colabora para tornar ainda mais evidente a desigualdade do direito penal, intensifica a formação de um estereótipo do criminoso – que advém proeminente das classes mais baixas – e aumenta a cifra negra da criminalidade, reforçando o chamado direito penal simbólico.

A desmistificação da igualdade do direito penal, portanto, é necessária para que este possa ser visto e desenvolvido de forma distinta: não como uma defesa necessária da sociedade contra os indivíduos desviados, ou da preservação da norma contra o comportamento perigoso, mas como forma de proteger os indivíduos do poder do Estado.

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO.....	01
1. A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA.....	04
1.1 As premissas da criminalização primária dentro do discurso oficial.....	04
1.2 O poder de decisão e seleção na criminalização primária.....	07
1.3 A criminalização primária e a estigmatização do criminoso.....	12
1.4 A ampliação dos horizontes do Direito Penal.....	13
2. A CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA.....	16
2.1 A formação das agências de criminalização secundária.....	16
2.2 O funcionamento dos filtros na criminalização secundária.....	17
3. A CONSTATAÇÃO DA DESIGUALDADE DO DIREITO PENAL.....	23
4. AS RAÍZES DA DESIGUALDADE DO DIREITO PENAL.....	27
CONCLUSÃO.....	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	32

INTRODUÇÃO

Segundo a concepção clássica liberal, o direito penal é um instrumento através do qual os comportamentos nocivos a todos os indivíduos e, portanto, à própria sociedade, são capitulados e reprimidos mediante o estabelecimento de uma pena correspondente.

A concepção clássica do direito penal é universalista e parte da idéia de que a sociedade, como um todo, tem uma mesma concepção do que seja crime. Nasce a idéia de um “delito natural”, ou seja, de ações humanas que são essencialmente criminosas.

Como decorrência deste pensamento, a criminalização primária, realizada mediante a codificação das ações e omissões tidas por ontologicamente criminosas, fortalece uma ideologia de que o direito penal é um instrumento da verdade, da justiça e da igualdade – um bem para toda a sociedade.

Como consectário lógico, se o direito penal representa o bem, faz-se necessário que o Estado, senhor e tutor dos interesses de toda a sociedade, se dedique a perseguir e punir o mal que representa o comportamento desviante, anormal e subversivo.

A tarefa do Estado, portanto, se torna monstruosa: defender a sociedade dos males praticados por aqueles que não a respeitam, não a toleram e, em verdade, desejam o seu fim.

Com a finalidade de promover a fraternidade, o Estado encarrega diversos agentes, com diferentes finalidades: a polícia, para encontrar o criminoso e prendê-lo; um processo judicial para receber as queixas contra o malfeitor, reunir provas e julgá-lo segundo as premissas legais; e a prisão, para proteger a sociedade e “curar” o criminoso, um alienado, doente e anormal cuja cegueira o impede de reconhecer a vantagem da vida em sociedade.

Todo o discurso do direito penal, portanto, revela a dádiva de uma sociedade moderna, construída sob princípios universais que beneficiam a todos e sob a proteção de uma superestrutura chamada de Estado.

Entre os princípios essenciais deste Estado se encontra a igualdade.

Ora, se o direito penal não submeter todos às mesmas regras, perderá sua legitimidade, pois a sociedade se encontrará desprotegida em face de alguns criminosos e a arbitrariedade que caracteriza o Estado de Polícia poderia tomar o lugar do Estado de Direito “concebido como a contenção do estado de polícia, orientado pelo modelo teórico em que todos os partícipes se submetem por igual à lei”¹.

Mas a igualdade é mais do que a regra, é um princípio. Está na base do direito penal e não pode ser afastada: “todos são iguais perante a lei”, “não se admitirão tribunais ou juízos de exceção”.

Enfim, o direito penal é uma resposta necessária para os anseios comuns a todos os que vivem e desejam viver em sociedade.

Este é o discurso do direito penal, repetido e reinventado a todo o tempo para cativar as massas, mantendo-a com disciplina dentro da sociedade moderna.

Contudo, a sociedade moderna foi construída sob os pilares do capitalismo, um sistema de produção tão ou mais desigual quanto os sistemas que o precederam, um sistema que mantém concentrado o poder com aqueles que dominam os recursos econômicos e sujeita a grande maioria à mera subsistência.

A concentração do poder econômico também mantém a concentração do poder político, que permite a construção de normas iguais que, contudo, não atingem a todos, pois visam condutas próprias daqueles que nada ou pouco possuem - como o amplo programa de criminalização dos atos contra a propriedade.

Este poder também afasta a criminalização de atos próprios daqueles que mantêm o poder, como no caso dos crimes econômicos. Nestas situações, mesmo quando há a previsão legal de ações desta natureza, esta é por demais abstrata para permitir que as etapas seguintes da aplicação da lei penal venham a suceder.

Finalmente, a escolha das ações criminalizadas, concentradas sobre ações próprias dos mais desfavorecidos, estabelece um rótulo nos indivíduos, cria um estereótipo do criminoso que acentua ainda mais a desigualdade do direito penal e da sociedade.

¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.602.

O rótulo que se estabelece sobre minorias e sobre as classes mais baixas, por sua vez, orienta as agências estatais dirigidas para a aplicação do projeto do direito penal e seleciona de forma mais evidente e eficaz a ação contra os mais desfavorecidos dentre os desfavorecidos.

Desta forma, a igualdade é apenas um ponto de apoio do direito penal e daqueles que se permitem exercer seu controle. O direito penal, pois, se resume a um discurso voltado à legitimação do poder e do modelo da sociedade capitalista.

Ao contrário do que sustenta, a seleção do crime e do “criminoso” não é natural, mas absolutamente dirigida e arbitrária.

A aplicação da norma penal em sua última etapa, ou seja, no momento da aplicação e cumprimento da pena, por derradeiro, não tem a finalidade de prevenir o crime ou a de ressocializar os indivíduos desviantes. De forma absolutamente distinta, como todas as demais etapas do processo seletivo da criminalização, a pena tem por finalidade manter o poder concentrado, em uma sociedade estratificada e vertical – desigual por excelência.

1. A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

1.1 As premissas da criminalização primária dentro do discurso oficial.

O direito penal se assenta sob a premissa de regular a vida em sociedade, permitindo que cada conduta nociva à constituição e manutenção deste estado de fraternidade possa ser reprimida e corrigida.

Dentro de um estado de direito, a premissa básica para a repressão e a correção decorre necessariamente do princípio da legalidade, afastando o arbítrio do Estado e de seus agentes.

A legitimidade da norma penal e, via de consequência, da autoridade daquele que é responsável pela sua aplicação (ou que assume a responsabilidade de aplicá-la em supressão e substituição da vítima) requer que a ação criminalizada seja repulsiva aos olhos de todos.

Essa natureza universalista é necessária também para que o direito penal seja permanentemente visto como saber colocado em benefício e proteção da sociedade e, portanto, igualmente de todos os indivíduos que dispuseram de parte de sua liberdade para pertencer a ela.

Como ressalta Alessandro Baratta:

Entre os elementos em que se pode articular a ideologia oficial do direito penal contemporâneo, existe um que, em certo sentido, reabsorve todos os outros. Denominâmo-lo, no segundo capítulo, *princípio do interesse social e do delito natural*, enunciando-o do seguinte modo: “o núcleo central dos delitos contidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda a sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos”.²

O ressaltado princípio do interesse social e do delito natural, justifica a criminalização primária e legitima o sistema penal na medida em que a afasta de uma seleção arbitrária das condutas.

² BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.117.

Dentro da finalidade do discurso oficial, a incorporação deste princípio afasta a concepção de que os parâmetros utilizados para reconhecer e atribuir um caráter negativo às ações ou omissões descritas na norma penal sejam objeto de uma reflexão ou eleição seletiva – o que seria revelaria a sua desigualdade.

Desde logo, então, uma maneira de legitimar a criminalização foi através de um conceito de delito natural, segundo o qual o crime existe ontologicamente. Assumindo a existência de condutas criminosas em sua essência, a suprapositividade sugere e determina a criminalização.

Aplicável à teoria do injusto, a idéia racional implica que a contrariedade ao direito, por derivar de procedimento gnosiológico de princípios *a priori* e não unicamente legais, se assenta como uma questão de suprapositividade. Isto quer dizer que o poder de punir não se legitima tão-só com a ruptura formal dos deveres legalmente impostos ou com a violação da proibição positivada, senão pelo atendimento do processo racional de sua criação.³

A suprapositividade, portanto, auxilia o discurso oficial na medida em que afasta a criminalização primária de um processo de seleção arbitrária do legislador e o transporta para um processo de defesa de interesses homogêneos e fundamentais dos indivíduos e da sociedade. Há mais um fundamento, portanto, para a legitimação da lei penal e do próprio poder punitivo.

No processo de fortalecimento do poder punitivo, seletivo e arbitrário por verificação histórica e mera observação da realidade atual, o processo de criminalização precisa ser natural.

A criminalização das condutas naturalmente repudiadas por sua essência criminosa, que é necessária em face da aplicação do princípio da legalidade, retira a arbitrariedade da punição, pois esta se torna a consequência natural da violação da norma e não da vontade humana.

Assim exposto, a norma se torna uma necessidade e a pena uma decorrência natural da violação da norma: “que o castigo decorra do crime; que a lei pareça ser uma necessidade das coisas, e que o poder aja mascarando-se sob a força suave da natureza”⁴.

³ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.13.

⁴ FOCAUL, Michel. *Op. Cit.* p. 88.

Por sua vez, a idéia de que o interesse social norteia a atividade de seleção primária da criminalidade ganha relevo com a idéia de uma sociedade reunida em torno de um contrato tácito.

Como elemento essencial de toda teoria do contrato, a igualdade de seus signatários é indispensável para legitimar os termos estabelecidos por este pacto.

Assim, tomados como indivíduos iguais, reunidos sob princípios iguais e condições iguais de tomar decisões livres, toda a sociedade se reúne e se protege através de normas que buscam a sua manutenção (estabilidade) e harmonia.

Esta idéia revela a importância e a influência burguesa a partir do lema da Revolução Francesa: “Igualdade, Liberdade e Fraternidade”. Homens iguais e absolutamente livres para pensar e decidir, unem-se para formar uma sociedade fraterna.

O contrato social, pois, obriga “igualmente” e retira “igualmente” uma parte da liberdade de todos. Por outro lado, este contrato também é desejado “igualmente” por todos os que vivem em sociedade e sua violação, ou negação, transporta o indivíduo ao desvantajoso estado de natureza ou ao nefasto estado de guerra.

Dentro do exame contratualista, necessário à formação de um estado voltado à proteção de interesses comuns (iguais), a pena é imperativa para a sua manutenção e estabilidade:

a pena é um *dever* do estado civil, a ponto que se *deva* impor sempre que um delito for cometido; se se resolvesse rescindir o pacto, antes de fazê-lo a pena *deveria* ser imposta ao último dos delinqüentes porque do contrário, o pacto não seria rescindido e sim rompido por descumprimento⁵.

Mais uma vez se verifica a legitimação do poder punitivo respaldada num alicerce presumido da igualdade dos indivíduos que compõe a sociedade e, por derradeiro, o Estado.

Ora, dentro de tal análise, está legitimada toda a ação do Estado que se volta à luta contra seu inimigo - aquele que busca romper o contrato social. Desta forma, a criminalização primária adquire o *status* de fonte de estabilidade da sociedade, da garantia de sua sobrevivência e da convivência igualitária de seus indivíduos.

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.522.

Repousa neste fim a idéia de interesse social, que legitima a criminalização de ações ou omissões cujo conteúdo não mais atenta, apenas, contra um indivíduo, mas contra toda a sociedade constituída.

Ora, se o contrato social está na base da formação do Estado e este recebe poderes outorgados em igualdade de condições por todos os indivíduos, com o fim e o dever de protegê-los, a criminalização primária é um instrumento de defesa prévia desta sociedade, um instrumento hábil para dissuadir os desviantes da vontade de romper a norma e segregar aqueles que atentam contra a mesma.

O fortalecimento desta ideologia mais uma vez respalda a criminalização primária na medida em que o fim almejado consiste na proteção de todos os indivíduos, igualmente, e a norma estabelecida não faz distinção acerca do infrator – não admite imunidades.

Em suma, velado pelo princípio da igualdade que norteia seus atos e todo o direito penal, o processo do Estado que se dirige à criminalização primária recebe sua legitimação e prospera na manutenção da sociedade – concebida e arquitetada, logicamente, por aqueles que detêm o poder e seu controle.

1.2 O poder de decisão e seleção na criminalização primária.

Em um primeiro momento, o poder punitivo se manifesta através da escolha das ações ou omissões que são tipificadas, ou seja, no momento em que são escolhidos os crimes e também os criminosos.

A afirmação acima pode parecer equivocada, se concebida dentro do discurso oficial, posto que a norma apenas estabelece as ações e omissões proibidas a partir de interesses comuns à sociedade, tutelando e protegendo-a de condutas ontologicamente criminosas.

O erro ainda se acentua se o homem for considerado absolutamente livre para conduzir suas ações ou omiti-las, de forma que pode portar-se conforme as leis da sociedade.

Contudo, como demonstra a avaliação histórica e a realidade, não apenas o direito penal se estende imoderadamente sobre condutas irrelevantes como a criminalização primária abraça primordialmente as condutas que são próprias das classes mais baixas da população, justamente aquelas que possuem menos acesso

ao poder de definição e que são mais afetadas pelo sistema vertical de organização da sociedade.

Zaffaroni e Nilo Batista⁶ definem a criminalização primária como “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”. Ainda, acrescentam que “Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária”.

Com esta definição de ZAFFARONI e BATISTA, verifica-se que a criminalização primária é um ato político, um conteúdo programático idealizado e concretizado por aqueles que detêm o poder de criar a norma penal.

Dentro da concepção moderna de Estado, os indivíduos que convivem em sociedade outorgam a alguns indivíduos o dever de zelar por seus direitos, seja estabelecendo positivamente as normas que permitem a proteção de seus interesses fundamentais, seja no plano administrativo, criando mecanismos que permitam e fiscalizem o cumprimento das regras estabelecidas.

A outorga de poderes, contudo, não é resultado do acaso, mas resultado de um sistema em que a propriedade material e a detenção dos meios de produção condicionam a distribuição dos papéis desempenhados dentro do Estado, de forma que o poder de criminalizar se concentra com aqueles que estão no topo da pirâmide social.

Isto considerado, não é difícil imaginar o motivo pelo qual a lei penal se dirija preferencialmente aos crimes contra o patrimônio - aos crimes contra o capital – atos próprios daqueles indivíduos que possuem condição de vida mais precária.

Vale considerar que esta preocupação com os ilícitos próprio das massas é fenômeno que remonta ao surgimento do capitalismo:

A intensificação dos conflitos sociais em Flandres, no norte da Itália, Toscana e no norte da Alemanha, que marcou a transição ao capitalismo entre os séculos XIV e XV, levou a criação de leis criminais duras, dirigidas contra as classes subalternas.

(...)

A criação de uma lei específica para combater delitos contra a propriedade era uma das grandes preocupações da burguesia urbana emergente. Onde detivesse o monopólio da legislação e jurisdição, ela insistia neste ponto com muita força.⁷

⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.43.

⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.118.

De outro lado, os crimes que envolvem a ação nas esferas mais elevadas do poder – sempre intimamente ligados ao capital – são deixados à margem das codificações, estabelecidas em leis especiais, e normalmente não guardam o mesmo grau de objetividade própria da lei penal comum.

Como asseverou Alessandro Baratta, o direito penal não só se afasta dos comportamentos socialmente danosos típicos das classes mais altas através da seleção de formas de desvios típicos das classes mais baixas, mas também através da formulação técnica dos tipos penais:

Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais tem por objeto a criminalidade economia, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes à classe no poder.⁸

O ato de criminalizar explícita e exaustivamente as ações que se quer reduzir é considerado por FOCAULT⁹ como parte da “semiotécnica” com que se procura firmar o poder de punir e se combina com a individualização da pena conforme as características do criminoso.

Desta concepção, retoma-se a idéia inicialmente esposada de que a criminalização não busca estabelecer as condutas, ações ou omissões, que devem ser repelidas. Seu fim é selecionar a clientela da norma penal – contra quem ela será aplicada.

Enquanto o discurso oficial não pode admitir que, no seio da sociedade democrática, os indivíduos estão desigualmente representados, deixa-se de discutir sobre o conteúdo da norma penal.

Essa ausência de crítica, por exemplo, se verifica em autores como Gunter Jakobs, para o qual a função do direito penal se traduz na estabilidade jurídica - na afirmação da norma, o que atende perfeitamente o discurso oficial. Em seu entendimento, como revela Klaus Roxin¹⁰, toda declaração sobre a legitimidade ou ilegitimidade de conteúdos da norma teriam conotação não científica.

⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.165.

⁹ FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 33 Ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 79-81.

¹⁰ ROXIN, Klaus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p.33-34.

A ausência de um discurso crítico realmente organizado contra as premissas oficiais que sustentam o direito penal e a (falsa) ingenuidade acerca dos desígnios que movem a criminalização primária, permite que se ignore que esta pode derivar (e deriva) das concepções e interesses daqueles que concentram o poder de definição das condutas proibidas.

A falta de uma consciente e crítica referência ao poder de decisão e de seleção, que certas pessoas e certas instituições possuem em face de certas outras, constitui a carência teórica que está na base das definições de criminalidade e das controvérsias correspondentes: “a controvérsia sobre definições, escreve Sack, criticando os estudos tradicionais – é uma controvérsia sobre a descrição pontual da atividade dos detentores do poder de decisão, sem que a atividade destes últimos torne-se, de algum modo, objeto de reflexão, para não dizer de análise empírica”. Quanto ao segundo nível do problema, as indicações que Sack nos fornecem são de ordem geral, mas unívocas no que se refere a uma linha de interpretação da relação entre os detentores do poder de decidir e os sujeitos submetidos a tal poder, relação baseada precisamente sobre a estratificação e o antagonismo entre os grupos sociais. Por um lado, é verdade (e a mais recente sociologia jurídica trouxe uma contribuição fundamental à interpretação classista deste processo), o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detido por um grupo específico de funcionários que, pelos critérios segundo os quais são recrutados e pelo tipo de especialização a que são submetidos, exprimem certos extratos sociais e determinadas constelações de interesses. (...) uma ciência que queira estudar a manifestação e a distribuição das oscilações da criminalidade “deve, antes de tudo, estudar o comportamento das pessoas à disposição das quais se em contra a qualidade de criminoso”.¹¹

Ora, se o poder de decisão da criminalidade é concentrado e exprime o pensamento ou os interesses de uma classe que dirige a criminalidade para uma categoria de indivíduos, não é possível sustentar a sua igualdade. Em verdade, pois, a centralização do poder de decidir as condutas criminosas permite a manutenção e ampliação das desigualdades conforme discursou Young¹²:

A tese da lei como “expressão direta” dos interesses das classes dominantes, que controlam os meios de produção material e de reprodução ideológica da sociedade, permite definir o comportamento da classe trabalhadora e dos marginalizados sociais normalmente como crime, porque se opõe aos interesses das classes dominantes e à lei que expressa esses interesses. O crime é, simultaneamente, produto das estruturas econômicas e políticas do capitalismo e evento proto-revolucionário, como desafio às relações de propriedade existentes, ou forma de manifestação da violência pessoal dos marginalizados sociais contra o poder organizado das classes

¹¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.111.

¹² YOUNG, J., in SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 2^a Ed. Curitiba: ICPC: Lumen Júris, 2006. p.28.

dominantes, representado pelo Estado, que legaliza a violência de classe dos criminosos reais que estão no poder.

Todo este discurso corresponde ao pensamento de Focault¹³, que concebe a penalidade como maneira de gerir diferencialmente as ilegalidades – um instrumento de manutenção do poder das classes dominantes.

É importante perceber, pois, como a constatação de que o conteúdo do direito penal se sujeita à disciplina diferencial estabelecida por aqueles que detêm o poder de definição da norma, se contrapõe ao discurso oficial do direito penal.

Ora, se o crime é um fato decorrente da definição legal da norma penal, um ato qualificado pela ação humana do legislador, é certo que a condição e formação deste exerce influência decisiva no conteúdo da norma penal.

Os teóricos do conflito social revelavam essa pressão de classes influentes no desenvolvimento da definição dos tipos penais, ainda que ignorassem a função política das definições legais.

Mas a criminalização primária é mais do que um produto das idiossincrasias, preconceitos e particularidades do legislador, é um ato político fundado na diferença de classes e da distribuição material, uma decisão com uma função específica (e oculta) de manutenção do poder e reprodução das desigualdades - o exercício do poder não supõe ingenuidade de seus protagonistas.

De qualquer forma, o discurso oficial, ainda com suas raízes da ideologia da defesa social e que sustenta a natureza ontológica do crime e o interesse social da criminalização primária, não pode passar de mera ideologia (tomada na definição de Marx), destinada a esconder sua finalidade real de manutenção não apenas dos atores do poder mas também do cenário em que eles atuam.

A sociologia do conflito afrontou o princípio do interesse social e do delito natural. Dahrendorf¹⁴ atacou diretamente o contrato social, ao afirmar que “as sociedades e as organizações sociais não se mantêm unidas pelo consenso, mas pela coação, não pelo acordo universal, mas pelo domínio exercido por alguns sobre outros”. Uma vez derrubado o contrato social, perde legitimidade o Estado e se afasta do discurso de uma das premissas legitimadoras do poder punitivo:

¹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 33 Ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 227.

¹⁴ DAHRENDORF, Ralf in BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.123.

a proteção de interesses universais de uma sociedade de indivíduos formalmente iguais.

Como finaliza Pasukanis¹⁵, a ideologia penal da proteção da sociedade (portanto, de indivíduos iguais e livres) “é uma ‘alegoria jurídica’, que, na verdade, significa proteção das condições fundamentais da ‘sociedade de produtores de mercadorias’”.

Ao concluir a matéria, Pasukanis afirma que essa alegoria jurídica forma

os objetivos ideológicos do aparelho punitivo, que escondem os objetivos reais de proteção de privilégios fundados na propriedade privada dos meios de produção, de luta contra as classes exploradas e oprimidas – os assalariados, na sociedade capitalista -, de garantia do domínio de classe pela repressão política legitimada sob a aparência de ‘correção pessoal’.

1.3 A criminalização primária e a estigmatização do criminoso.

Como já se afirmou anteriormente, a criminalização primária seleciona não apenas ações e omissões que devem ser criminalizadas pelo seu potencial lesivo (seja para a norma, seja para os bens jurídicos), mas em uma análise mais cuidadosa, seleciona os indivíduos que serão atingidos pela lei penal.

A estratificação da sociedade e a concentração de poder na posse dos senhores dos meios de produção induzem a criminalização das condutas próprias das classes mais desfavorecidas.

Ora, quem senão aqueles que estão vivendo à margem da sociedade – afastado dos meios de produção e de alocação dentro da “fábrica” - ingressam na “carreira criminosa” da vadiagem, dos pequenos furtos, etc. A ascensão da burguesia e, mais tarde, o desenvolvimento da sociedade comercial e industrial, germe do sistema capitalista, afastou os olhares do direito penal da ilegalidade dos direitos e concentrou-os na ilegalidade dos bens.

De outro lado, “a forma legal burguesa de crime exclui a criminalidade estrutural absoluta das classes dominantes. – os chamados ‘crimes sistêmicos’, em

¹⁵ PASUKANIS, E. in SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 2^a Ed. Curitiba: ICPC: Lumen Júris, 2006. p.87.

especial a superexploração dos povos e das riquezas naturais das áreas subdesenvolvidas e dependentes”¹⁶.

O ingresso na “carreira criminosa”, portanto, não decorre de uma decisão livre de um indivíduo igual, mas pelo filtro da criminalização primária que o seleciona em face de sua condição material – sua posição de classe.

A “gestão diferencial” da criminalidade decorre de uma “dissociação política” da criminalidade: o recorte jurídico das ilegalidades proibidas (tipicidade) produz a delinqüência convencional – e o delinqüente comum, como sujeito “patologizado” – abrindo espaço para as ilegalidades permitidas do poder econômico e político, excluídas da estratégia de controle social.¹⁷

Assim sendo, o processo de criminalização primária já seleciona o sujeito da norma penal, ou seja, o delinqüente. A propaganda da defesa social (que afirma que a tutela da norma recai essencialmente sobre o delito natural e o interesse social), por sua vez, remete o olhar das massas e dos agentes responsáveis pela interpretação àqueles que são mais vulneráveis à sanção em decorrência da precariedade de condições materiais.

Isto posto, é possível afirmar que a desigual distribuição dos tipos penais exerce um papel fundamental na definição do criminoso – então rotulado como inimigo da sociedade – atribuindo um estereótipo particular que orienta a seleção praticada na criminalização secundária e amplia as desigualdades entre os indivíduos formadores e mantenedores do Estado Democrático de Direito.

1.4 A ampliação dos horizontes do Direito Penal

O direito penal trabalha com verdades absolutas, propagadas sem nenhuma comprovação científica ou empírica, mas que percorrem a sociedade e ganham força sempre que um conflito social não pode ser resolvido pelas rédeas administrativas do Estado constituído.

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 2^a Ed. Curitiba: ICPC: Lumen Júris, 2006. p.50.

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op Cit.*.. p.83.

Essas verdades são representadas por afirmações como as que seguem¹⁸: “a pena dissuade”, “o legislador é o único que estabelece as penas”, “a intervenção punitiva tem efeito preventivo”, “se se tipifica uma conduta, sua freqüência diminui”, “a pena estabiliza o direito”.

O discurso punitivo, pois, valendo-se da mídia, especialmente nos casos violentos em que sucede um processo de comoção social, fortalece o direito penal no seu discurso de imprescindibilidade e igualdade, ampliando seus horizontes para pacificar a sociedade e asseverar seu olhar igualitário a todos os indivíduos.

Este fenômeno de incorporação de novas condutas ao rol dos tipos penais decorre, pois, das verdades “absolutas” incorporadas ao discurso oficial. Contudo, como o programa estabelecido pela criminalização primária já é amplo o suficiente para que não seja cumprido, a criação de novos tipos penais, bem como a identificação e perseguição destes novos criminosos não se revela na prática. Forma-se, então, o direito penal simbólico.

Uma vez que a constituição e a verificação do direito penal simbólico se evidenciam propriamente na ação das agências encarregadas de aplicar a norma penal, para a análise da criminalização primária importa reconhecer que a criação de novos tipos penais tem importância em si mesmo para o exercício do poder punitivo.

A criminalização de atos próprios das relações empresariais, na esfera econômica, financeira e política transmite a sensação de que o direito penal se dirige indistintamente em favor da sociedade como um todo, contra todos os que atentam contra sua rotina e estabilidade.

De outro lado, normalmente a criminalização primária, como já se esclareceu no capítulo anterior, perde sua objetividade quando descreve essa natureza de atos ilícitos, dificultando sua caracterização precisa e sua demonstração incontestável no decorrer do processo penal – elementos indispensáveis para a punição do indivíduo em um regime democrático que é instituído sob a proteção do princípio da legalidade.

¹⁸ Exemplos extraídos de ZAFFARONI, Eugênio Raúl, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.66-67.

A criminalização primária, portanto, da mesma forma como estende de forma imoderada o horizonte de aplicação do direito penal, cria os entraves para que o projeto estabelecido possa ser cumprido pelas agências responsáveis pela criminalização secundária..

De toda maneira, enquanto o direito penal descarta a demonstração empírica da validade prática de seu discurso, o ato legislativo de criação da norma penal satisfaz os anseios populares que clamam por justiça contra todos os “criminosos” (concebidos, neste plano, como aqueles que realizam uma ação ou omissão proibida), independentemente de classe social ocupada por estes.

A importância da criminalização primária e a ampliação do número de ações e omissões tuteladas pela norma penal, pois, se revela na apresentação do direito igual por excelência – um instrumento para alcançar a harmonia social e proteger indistintamente todos os cidadãos os cidadãos – mas, na verdade, amplia a cifra negra da criminalidade e fortalece o direito penal simbólico.

2. A CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

2.1 A formação das agências de criminalização secundária.

Na monarquia, o poder de punir sempre estava ligado ao seu chefe, o qual detinha legitimização para determinar os fatos intoleráveis perante o seu reinado, podendo vingar-se dos traidores do reino ou perdoá-los conforme a sua vontade.

Havia uma centralização do poder punitivo que, abertamente, condicionava a punição ao arbítrio daquele que era senhor da seleção abstrata e concreta das condutas proibidas.

Com o contrato social, rompeu-se o elo que ligava a punição de um individuo com o poder monárquico. Como esclarece Focault¹⁹:

Supõe-se que o cidadão tenha aceito de uma vez por todas, com as leis da sociedade, também aquela que poderá puni-lo. Ele rompeu o pacto, é portanto inimigo da sociedade inteira, mas participa da punição que se exerce sobre ele. O menor crime ataca toda a sociedade; e toda a sociedade – inclusive o criminoso – está presente na menor punição. O castigo penal é então uma função generalizada, coextensiva ao corpo social e a cada um de seus elementos. (...) O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade.

A separação teórica entre o monarca e o poder punitivo, deslocando-o para a própria sociedade, evidentemente, ocorre no plano da teoria - uma vez que o monarca ainda defende a sociedade e, portanto, detém os meios de controle social.

Com o cenário de mudanças no pensamento do Século XVIII, o poder punitivo requer legitimidade e esta somente pode decorrer da validade da norma para todos os cidadãos, independentemente da posição que ocupem. Para realizar tal feito, a legitimidade da punição requer a dissociação do poder acusador do poder julgador e, ambos, do poder político.

Em sua obra, *“De l’Espirito des Lois”*, afirma Montesquieu²⁰:

Nos Estados despóticos, o príncipe pode julgar por si próprio. Nas monarquias isso não é permitido: a constituição seria destruída, os poderes intermediários independentes seriam aniquilados, ver-se-ia cessarem todas as formalidades dos julgamentos, o terror apossar-se-ia de todos os espíritos, ver-se-ia a palidez em todos os rostos, não mais existiriam confiança, honra, amor e a própria monarquia.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 33 Ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 76.

²⁰ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2004. p.91.

Assim, o Estado permanece presente no aparato do poder punitivo, mas o faz através de suas agências, até porque substitui a vítima dentro do processo penal, mas seu papel não deve ser exercido com discricionariedade.

A decisão jurídica, portanto, que fundamenta a intervenção do Estado, mediante a afirmação de que determina conduta é injusta, só terá legitimidade se for pronunciada sob a perspectiva de uma política de garantia individual, tomada sobre a base de argumentos racionais, que tem como pressuposto a imparcialidade do órgão jurisdicional e todos aqueles critérios que fundamentam o discurso ideal, dentro do qual se devem incluir, necessariamente, todos os argumentos em favor da proteção dos direitos humanos. Nesta linha de raciocínio, entende ROBBERS, a partir do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que um Estado só será democrático na medida em que reconheça a separação dos poderes e o respeito pelos direitos humanos.²¹

Outrossim, Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, inspira a forma moderna das democracias disciplinarem a divisão tripartite do Estado em Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Dentro do processo de criminalização secundária orientado pelo Estado Democrático de Direito, o Poder Executivo desempenha o papel de polícia e de acusador – sempre cumprindo o programa da criminalização primária estabelecido pelo Poder Legislativo. O Poder Judiciário, por sua vez, desempenha a função de processar, julgar e condenar ou absolver aqueles que são acusados de atos ilícitos.

2.2 O funcionamento dos filtros na criminalização secundária.

O sistema penal “opera em forma de filtro” (Zaffaroni e Batista²²) para selecionar os sujeitos que serão atingidos pelo regime da “gestão diferencial das desigualdades”.

Enquanto a criminalização primária compõe um primeiro filtro de seleção dos *indivíduos* que serão objeto da norma penal, o que se dá mediante o processo legislativo de tipificação das ações e omissões proibidas, a criminalização secundária exerce esta função através das agências policiais e judiciais.

²¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.200-201.

²² ZAFFARONI, Eugênio Raúl, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.49.

As agências judiciais limitam-se a resolver os poucos casos selecionados pelas policiais e, finalmente, as penitenciárias recolhem algumas pessoas entre as selecionadas pelo poder das agências anteriores. Isto demonstra ser a realidade do poder punitivo exatamente inversa à sustentada no discurso jurídico, que pretende colocar em primeiro lugar o legislador, em segundo o juiz, e quase ignora a polícia: na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualmente exercida.²³

A constatação deste procedimento seletivo destrói um conceito imanente à ideologia da reação social: a igualdade do direito penal. Ora, se a norma penal obriga a todos os indivíduos da sociedade, não é possível admitir a punição de alguns e a imunidade de outros.

Importa verificar que a constatação da seletividade do sistema se agrava na medida em que a “filtragem” da população pelas agências do poder punitivo não decorre da sua estrutura deficitária, da incompetência ou da incapacidade destas cumprirem o programa estabelecido pela criminalização primária.

Se o problema da seleção decorresse de fatores meramente estruturais das agências, poderia se afirmar que a criminalização secundária dependeria da sorte (ou azar) do indivíduo apanhado no aparato do poder punitivo – donde se poderia dizer que a igualdade remanesceria nas chances iguais de serem “sorteados”.

Porém, a criminalização secundária não é realizada através de um processo de amostragem cega de indivíduos em todos os estratos da sociedade. Há diversos fatores que apontam um norte para a sua atividade, o que importa em reconhecer que a igualdade do direito penal reside na igual possibilidade de indivíduos das classes baixas serem objeto de marginalização pelo poder punitivo e na igual possibilidade de indivíduos das classes altas não o serem.

O sistema penal de controle do desvio revela, assim como todo o direito burguês, a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos, que, nesse caso, se manifesta em relação às chances de serem definidos e controlados como desviantes.²⁴

²³ ZAFFARONI, Eugênio; Raúl, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.51.

²⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.164.

Como se passa a demonstrar, as chances de um indivíduo ser definido e controlado como desviante é inversamente proporcional às condições materiais de que dispõe.

Isto porque a ação da agência policial é vinculada ao programa estabelecido pelo legislador e, como já se demonstrou, este programa se concentra nos tipos ilícitos que são próprios das classes mais baixas da população, especialmente quanto aos crimes de natureza patrimonial.

Por sua vez, os indivíduos pertencentes a estas classes se reúnem especialmente nas periferias das grandes cidades, nas favelas, nos guetos, etc, fornecendo um referencial objetivo para a ação das agências policiais nestas áreas.

Como fator relativamente atual, observa-se que a concentração da população nas grandes cidades, com o consequente aumento das taxas de desemprego, combinadas com o déficit educacional, favorecem o ingresso dessa massa marginalizada no tráfico ilícito de entorpecentes – que mais uma vez acabam formando suas células de atividade no meio das áreas que habitam.

Reforça-se, pois, o estereótipo do criminoso como produto do meio em que vive e conduz o medo da sociedade e os olhos das agências policiais para as regiões onde se concentra a população mais pobre, as classes mais baixas da estrutura social.

De outro lado, enquanto a agência policial se volta para as classes baixas, alcançando normalmente suas “obras mais toscas”, a criminalidade organizada e mais complexa própria das classes mais altas são negligenciadas.

Neste sentido, nota-se que para estas formas de ilegalidades, não estão preparadas as agências policiais.

Em primeiro lugar porque não há um estereótipo definido daqueles que praticam essa natureza de delitos. Em segundo lugar, porque também não é possível dirigir fisicamente o loco da atuação e vigilância policial – em oposto a concentração periférica das classes baixas. Por fim, pondera-se que os crimes das classes mais altas, como os crimes financeiros e econômicos, normalmente envolvem ações mais complexas, dissimulações negociais e corrupção de agentes do Estado e, inclusive, de agentes responsáveis pela criminalização secundária.

Desta maneira, seja pelo aparato precário dessas agências, seja porque dificilmente as ações investigativas deixam de receber influência de forças maiores na esfera do poder, os crimes dos estratos mais elevados da sociedade tendem a não ser objeto da seleção das agências policiais.

Por sua vez, as agências judiciais não atuam de forma menos seletiva que as agências policiais. Tal afirmação decorre da constatação de que o poder jurisdicional é predominantemente composto e dirigido por indivíduos que advém das classes mais altas da sociedade e, portanto, sempre estão mais suscetíveis e preocupados com a ilegalidade dos bens do que com a ilegalidade dos direitos.

Focault²⁵ atesta que, na passagem do século XVIII para o século XIX, a prisão é estabelecida como “peça essencial no conjunto das punições” e marca “um momento importante na história desses mecanismos disciplinares que o novo poder de classe estava desenvolvendo, o momento em que aqueles colonizam a instituição judicial”.

A ascensão da burguesia e a incorporação dos ideais iluministas (inclusive o germe da legitimidade do poder julgador a partir da separação dos poderes - derivada do pensamento de Locke e Montesquieu), apresenta um quadro de substituição do poder do monarca pelos interesses burgueses, como revela os sistema de juízes de paz ingleses no século XVIII:

A situação política colocou, portanto, a administração judicial nas mãos das classes proprietárias. O poder da *gentry* era desproporcionalmente grande, mas eles viam na administração da justiça criminal o interesse comum de todo o estrato superior da sociedade: a conservação da propriedade era a questão principal para a sociedade.²⁶

Assim, a classe burguesa, que passa a dominar o poder econômico e o poder político, também se apropria do Poder Judiciário. Não obstante a independência formal deste Poder em relação aos demais, o discurso sustenta e legitima suas decisões e a seleção desigual da criminalidade que realiza.

Seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige

²⁵ FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 33 Ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 195.

²⁶ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.118.

principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem:

Percorrei os locais onde se julga, se prende, se mata... Um fato nos chama atenção sempre: em toda parte vedes duas classes bem distintas de homens, dos quais uns se encontram sempre nos assentos dos acusadores e dos juízes, e os outros nos bancos dos réus e dos acusados.

Diante destas considerações, é absolutamente lícito afirmar que “A independência do judiciário tem duas funções. Positivamente, garante liberdade e igualdade diante da lei; negativamente, oculta o poder de criação de leis dos juízes”²⁷.

Outrossim, cabe ponderar que o processo de filtragem dos indivíduos pelo direito penal – e, desta maneira, a desigualdade que conduz sua aplicação – é fortalecido pela aplicação da pena da prisão.

Este método de punição é também considerado como igualitário (em substituição às diferentes penas aplicadas não em decorrência do mal causado, mas conforme a posição de classe daquele que transgredisse à norma). Tal ponderação advém da concepção de que o cárcere retira “um bem que pertence a todos da mesma maneira” – a liberdade –, de forma que sua “perda tem portanto o mesmo preço para todos”²⁸.

Contudo, o cárcere guarda uma função nunca apresentada pelos representantes do discurso oficial: a uniformização da massa carcerária, sua união e identificação mútua, que permite o controle de uma “sociedade de criminosos”, um grupo particular e segregado, sobre os quais se lança o estigma da delinqüência.

A concentração dos condenados, sob a vigia permanente e a construção de sua biografia, permite que o condenado seja um indivíduo a conhecer e, assim

se estabelece um conhecimento “positivo” dos delinqüentes e de suas espécies, muito diferente da qualificação jurídica dos delitos e de suas circunstâncias: mas distinto também do conhecimento médico que permite ressaltar a loucura do indivíduo e apagar, consequentemente, o caráter delituoso do ato. Ferrus enuncia claramente o princípio:

²⁷ RUSCHE, Georg; Kirchheimer, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.117.

²⁸ FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 33 Ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 196.

"Os criminosos considerados em massa são apenas loucos; haveria injustiça para com esses últimos, se os confundíssemos com homens coincidentemente perversos".

Nesse novo saber importa qualificar "cientificamente": o ato enquanto delito e principalmente o indivíduo enquanto delinquente. Surge a possibilidade de uma criminologia.²⁹

O estudo do delinquente a partir das prisões, por derradeiro, como no estudo de Lombroso, fortalece a aplicação da lei penal contra os indivíduos já condenados e seus pares. Esses estudos passam dos muros da prisão para as sentenças judiciais que devem considerar os estigmas definidos da delinquência.

Ela é que tem que ser conhecida, avaliada, medida, diagnosticada, tratada, quando se proferem as sentenças, é ela agora, essa anomalia, esse desvio, esse perigo inexorável, essa doença, essa forma de existência, que deverão ser considerados ao se reelaborarem os códigos.³⁰

Na medida em que o cárcere identifica os indivíduos, agora transformados em delinqüentes, apresenta sua raça, sua religião, seu local de origem e sua posição social, forma-se um saber a serviço das outras agências de criminalização secundária, para as quais as marcas da criminalidade reproduz e acentua a desigualdade da seleção do direito penal.

Enfim, a realidade apontada na fundação da sociedade burguesa não é muito distante da que se apresenta na sociedade capitalista atual, de tal forma que os conceitos positivistas e liberais da criminalidade são sistematicamente reiterados, reforçando o conceito do criminoso como patológico, anormal ou decorrente dos meios precários de subsistência.

²⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 33 Ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 212-213.

³⁰ FOUCAULT, Michel. Op. Cit. P. 213.

3. A constatação do processo seletivo e da desigualdade do direito penal.

Enquanto funciona como um sistema de filtros, o direito penal deixa um rastro que o afasta do discurso oficial que o tornaria legítimo. Isso é demonstrado pela simples presunção da igualdade de indivíduos protegidos e obrigados sob os comandos da lei.

Como já se afirmou, os critérios que norteiam a atividade das agências responsáveis pela criminalização secundária se alimentam de preconceitos criados e recriados pelo próprio sistema do poder punitivo.

Uma avaliação crítica do direito penal, portanto, não mais pode se centrar na ótica positivista ou liberal da criminologia, que avaliava a origem da criminalidade a partir do indivíduo desviante que fora encontrado e condenado pelo sistema, reconhecendo nele uma patologia, uma doença, uma monstruosidade inata.

Assim, feita uma avaliação do processo de seleção realizado pelas agências oficiais de criminalização secundária, o *labeling approach* ocupou-se em demonstrar a criminalidade como produto da rotulação dos indivíduos, entendendo, pois

Que 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 até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito das atividades de 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. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como delinquente.³¹

O crime, portanto, foge da natureza do criminoso para que este seja considerado como um *status* atribuído pela lei e pela ação das agências que se incumbem da criminalização secundária.

Como já se afirmou, a seletividade da norma já denota a desigualdade do direito penal. Outrossim, os parâmetros de condicionamento da seleção demonstram mais claramente como se procede esta distinção entre aqueles que ferem a norma penal e são incluídos no *status* de desviante e aqueles que não o são.

³¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.86.

Em uma análise primária, vale considerar que a separação procedida por Fritz Sack³² entre regras e meta-regras, notadamente na sua aplicação na teoria do direito: “ao lado do conjunto de regras sociais de comportamento, existe um conjunto de regras de interpretação e de aplicação das regras gerais”.

Com estas considerações, é possível ponderar que a seleção realizada no processo de criminalização secundária não é isenta - como afirma o discurso da igualdade do direito penal.

Nesse sentido, as regras sobre aplicação (*basic rules*, meta-regras), conscientemente ou não, pelas instâncias oficiais do direito, e correspondentes às regras que determinam a definição de desvio e de criminalidade no sentido comum, estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, baseadas sobre relações de poder (e de propriedade) entre grupos e sobre as relações sociais de produção.

(...)

Dentro da proposição de Fritz Sack, portanto, a criminalidade, como *realidade social* não é uma entidade *preconstituída* em relação à atividade dos juízes, mas uma qualidade *atribuída* por estes últimos a determinados indivíduos. E isto não somente conforme o comportamento destes últimos se deixe ou não subsumir dentro de uma figura abstrata do direito penal, mas também, e principalmente, conforme as *meta-regras*, tomadas no seu sentido objetivo antes indicado.³³

Uma análise mais acurada dos juízos atributivos do *status* de desviantes apresenta um quadro de desigualdade que deriva não de um acaso estrutural da sociedade estratificada e vertical, mas de uma ordem produzida e reproduzida mediante a distribuição de bens positivos e negativos, sendo os privilégios (bens positivos) para as classes altas e a criminalidade (bem negativo) para os estratos mais baixos da pirâmide social.

Nesse sentido, ganha importância o estudo do *labeling approach* tal como recebido pela doutrina alemã, donde se infere um caminho que aproxima a criminologia da análise crítica proposta por Alessandro Baratta. Este estudo se concentra na avaliação da “criminalidade do colarinho branco” e no estudo da “cifra negra” da criminalidade.

³² SACK, Fritz, in BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.104.

³³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.105-107.

O estudo da “criminalidade do colarinho branco” desenvolvida por Edwin Sutherland, antes utilizada para explicar a criminalidade pela formulação de uma teoria de associação diferencial e nos processos de neutralização da teoria das subculturas criminais (apontando a origem dos crimes cometidos pelas classes mais altas e afastando o mito de que a criminalidade se detinha aos estratos inferiores da sociedade) passa a servir à demonstração de como essa forma de criminalidade, própria das classes mais altas, passa à margem do processo de criminalização secundária.

Trata-se, como se sabe, de fatores que são de natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe, ao contrário para as infrações típicas dos estratos mais desfavorecidos), ou de natureza jurídico-formal (a competência de comissões especiais, ao lado de competência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações, em certas sociedades), ou, ainda, de natureza econômica (a possibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio, ou de exercer pressões sobre os denunciantes etc).

Ou seja, ao invés de tentar simplesmente explicar, ou justificar, a origem da criminalidade do colarinho branco dentro dos estratos superiores da sociedade, o *labeling approach* vem apresentar que sua repercussão limitada no âmbito do direito penal é fenômeno decorrente do desinteresse dos órgãos oficiais e do sistema econômico-social em que ele se integra.

O estudo da cifra negra da criminalidade, incorporada no campo de estudo do *labeling approach*, por sua vez, evidencia que apenas uma pequena parte dos atos praticados em infração da norma penal é encontrada e atingida pelas agências do poder punitivo, o que revela ainda mais o caráter desigual da aplicação do direito penal.

Por certo que a cifra negra não se limita à “criminalidade do colarinho branco”. Juarez Cirino dos Santos³⁴, fazendo uma análise a partir dos estudos das infrações praticadas por adolescentes, avalia que a cifra negra

não é um problema acadêmico, mas de aplicação da lei: se todo adolescente pratica ações criminosas (ou *infrações*), então porque somente *algumas* infrações são

³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O adolescente infrator e os direitos humanos**. Artigo publicado no sítio eletrônico do Instituto de Criminologia e Política Criminal.

registradas e apenas *alguns* adolescentes são processados? Independentemente dos critérios que determinam a filtragem da *minoria* criminalizada – e não se trata de exigir processos contra a *maioria* não-criminalizada, mas de mostrar o absurdo da seleção da minoria criminalizada -, parece óbvio que o processo seletivo de criminalização constitui injustiça institucionalizada que infringe outro direito fundamental do ser humano: o direito constitucional da igualdade.

Seja pelo estudo dos “crimes do colarinho branco”, seja pela análise da “cifra negra da criminalidade”, o *labeling approach* constata a natureza unicamente ideológica do princípio da igualdade no discurso oficial do direito penal.

Revela, ainda, que o discurso oficial, blindado na premissa da igualdade, apenas esconde sua verdadeira intenção: ser um instrumento manipulável conforme os interesses daqueles que são beneficiados pelo sistema de verticalização da sociedade e de concentração de poder; um instrumento de se movimenta a partir da rotulação e repressão das mais desfavorecidos.

4. As raízes da desigualdade do direito penal.

Uma vez que a máscara que cobre a realidade social é retirada, torna-se possível um exame consciente da vergonha que se esconde no discurso e pode-se pensar numa proposta que, ao invés de encobrir os problemas existentes, discuta soluções para sua resolução.

A evolução da criminologia, especialmente a constatação da desigualdade do direito penal a partir do *labeling approach*, revela a insustentabilidade do discurso oficial do direito penal diante da realidade.

Contudo, este papel de investigação do discurso oficial sem limitar-se ao conceito legal de delito e, especialmente, de designação do criminoso, é realizado com consistência e força pela nova criminologia, a chamada Criminologia Crítica.

A criminologia crítica nasce como um ataque frontal ao mito da igualdade do direito penal, revelando-o como essencialmente desigual enquanto sustentado pelo seu discurso antagônico.

Em sua avaliação, revela a hipocrisia da teoria contratualista tomada em seu pressuposto de pacto celebrado por indivíduos iguais, uma vez que a igualdade formal, contrastada com a disparidade da distribuição dos bens, acaba por aumentar a desigualdade real e de aplicação do direito penal.

Na análise da relação entre conteúdo e forma do Direito (1975, p. 232 e ss.), Marx demonstra que o conteúdo do Direito é *desigual* (como todo o direito), porque Direito igual supõe *homens iguais*, mas em face de *homens desiguais*, somente um direito *desigual* seria direito *igual*: a forma *igual* significa, de fato, direito *desigual* para trabalho (duração e intensidade) e homens (capacidades e necessidades) *desiguais*, que somente podem ser *iguais* com um direito *desigual*. A forma *igual* do Direito nas sociedades de produção de mercadorias é inseparável de seu conteúdo *desigual*: regula relações entre *sujeitos desiguais*.³⁵

A criminologia crítica, pois, descobre o véu que cobre o nexo funcional de ligação dos mecanismos seletivos do processo de criminalização com a estrutura econômica de formação da sociedade capitalista.

³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 2^a Ed. Curitiba: ICPC: Lumen Júris, 2006. p.94.

Ressaltando a disparidade na distribuição dos bens materiais, afasta a igualdade entre os indivíduos como pilar do direito penal, revelando-o como sendo uma fonte de reprodução da desigualdade e de manutenção da ordem social estabelecida.

Outrossim, dentro de um estudo que se propõe a apresentar o contraste do discurso da igualdade frente à realidade de um sistema constituído para manutenção da desigualdade (“Um sistema penal deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las todas”³⁶), a criminologia crítica ganha especial importância. Sua avaliação, realizada a partir do sistema de produção, abandona a superfície da discussão.

Sob essa nova perspectiva, portanto, não é o indivíduo, as normas em si ou os seus aplicadores que tornam o direito penal um direito desigual, mas um sistema organizado e programado para este fim - um sistema fundado na distribuição desigual de bens e na exploração do trabalho pelo capital, que reproduz e amplia constantemente a desigualdade inerente a todos os homens.

A desigualdade é uma qualidade ontológica do sistema capitalista de produção, sem a qual esse não se sustentaria.

Como mecanismo de controle e dominação, a aplicação seletiva da pena precisa ser dirigida contra as classes dominadas, de forma a gerenciar desigualmente as ilegalidades e perpetuar o sistema regulador.

A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não “reprimiria” pura e simplesmente as ilegalidades; ela as “diferenciaria”, faria sua “economia” geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação.

Com efeito, não há possibilidade de igualdade dentro do sistema de produção capitalista, de forma que não há possibilidade de um direito penal igual. O processo de seleção da criminalidade, para o bem da verdade, tampouco se revelou igual em tempos passados, mas não há dúvida de que as desigualdades se acentuam sob o modo atual de produção.

³⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 33 Ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 75.

A superioridade do capitalismo em relação às formas de disciplina social anteriores reside no primado do direito abstrato, com sujeitos legais e processo judicial formal; mas a substância do liberalismo político que informa a ideologia jurídica – a aparência de “liberdade” e de “igualdade” – deve ser examinada no contexto da relação capital/trabalho assalariado: a troca de equivalentes (salário por força de trabalho) na esfera de circulação exclui a coação física na esfera de produção, substituída pela “coação das relações econômicas”. Assim, as relações de produção condicionam as relações de circulação, sob forma do Direito “livre” e “igual”, produzindo, de modo crescente, desigualdade e crises sociais (Picciotto, 1979, p.173-74).³⁷

A criminologia crítica, finalmente, expõe a base da desigualdade do direito penal, revelando-a como fruto de um quadro de desigualdade muito maior - um sistema de produção que separa o trabalhador dos meios de produção e se alimenta dessa separação para favorecer o capitalista, enquanto sustenta sua fábula na igualdade formal de todos os indivíduos.

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 2^a Ed. Curitiba: ICPC: Lumen Júris, 2006. p.102.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha a vocação inicial de apresentar a disparidade entre o discurso do direito penal, como direito igual por excelência, frente à desigualdade que se impõe desde a definição das infrações penais até a aplicação da pena estabelecida em correspondência à norma violada.

A constatação inicial que se apresenta é sintetizada na obra de ZAFFARONI e BATISTA, ou seja, de que o discurso oficial jamais pôde enfrentar a realidade do processo de seleção que o direito penal realiza, “porque se converteria necessariamente em deslegitimante ao não poder compatibilizá-lo com a igualdade perante a lei como premissa do estado de direito”³⁸.

Desta forma, importa destacar a necessidade de crítica do conteúdo da norma penal para constatar que ela não apenas afirma ações ou omissões proibidas, cuja prática se sujeita à aplicação de uma pena correspondente, mas verdadeiramente seleciona indivíduos dentro do corpo social que serão submetidos a esta punição.

Portanto, aqueles que se colocam na posição da definição dos tipos penais não exprimem uma consciência universal das condutas indesejadas, tampouco projetam na norma os princípios do delito natural. Em verdade, apresentam um programa que atende prioritariamente seus próprios interesses, acentuando as condutas ilícitas sobre a criminalidade própria dos estratos sociais mais baixos da população.

Outrossim, partindo-se do fato que a prática de condutas tipificadas na norma penal não se restringe a uma minoria da população, nota-se que a identificação e punição do “desviantes” decorrem de um processo de seleção das agências responsáveis pela interpretação e aplicação da norma penal (agências policiais, judiciais e penitenciárias).

Aponta-se, por sua vez, que a escolha desse indivíduo não acontece de forma aleatória, mas norteada pela sua condição de vulnerabilidade – naturalmente decorrente das condições de classe que este ocupa e a assimilação desta com a natureza do comportamento criminoso, sendo que a prisão tem relevante papel na formação de um estigma que conduz a seleção e reprodução desta criminalidade.

³⁸ ZAFFARONI, Eugênio; Raúl, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.67.

Como consectário legal desta seleção de indivíduos que é realizada através dos processos de criminalização primária e secundária do direito penal, revela-se a impossibilidade de sustentação de seu discurso de proteger e submeter igualmente todos os cidadãos.

Ainda, a avaliação da desigualdade do direito penal, demonstrada a partir do paradigma do *labeling approach*, permite afastar definitivamente do indivíduo a análise da origem do crime - que passa a ser compreendido como *status* atribuído em face do processo de criminalização primária e secundária do direito penal.

Em um apontamento sintético, Alessandro Baratta³⁹ define com precisão as conclusões acima apresentadas:

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o *status* do criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
- c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e de sua intensidade.

Finalmente, mediante a reflexão crítica da nova criminologia, liberta dos conceitos pré-estabelecidos pelo discurso oficial que sustenta o direito penal, é possível concluir que a desigualdade não é uma consequência de uma falha no sistema punitivo ordenado pelo direito penal, mas uma condição intrínseca do sistema de produção capitalista que se sustenta na reprodução desta desigualdade.

Isto posto, contata-se que muito distantes estão o discurso do direito penal e a realidade. Esta certeza impressiona ainda mais porque não decorre do acaso, mas de um projeto de gestão diferencial das ilegalidades, destinada a um fim desigual por excelência.

Contudo, resta a importância da revelação apresentada pelos críticos do discurso oficial, o único meio de iniciar uma discussão honesta para reduzir a desigualdade a seu mínimo, enquanto a sociedade não se organizar em torno de outro sistema em que a igualdade possa ser uma premissa real.

³⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.105-107.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 33 Ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- ROXIN, Klaus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 2^a Ed. Curitiba: ICPC: Lumen Júris, 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **O adolescente infrator e os direitos humanos**. Artigo publicado no sítio eletrônico do Instituto de Criminologia e Política Criminal (http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/adolescente_infrator.pdf).
- TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ZAFFARONI, Eugênio; Raúl, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.