

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOÃO PEDRO BECHARA CALMON

A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL E SUA DESCONSTRUÇÃO
CRIMINOLÓGICA.

CURITIBA

2008

JOÃO PEDRO BECHARA CALMON

**A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL E SUA DESCONSTRUÇÃO
CRIMINOLÓGICA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2008

Para Renata, por todo amor e carinho.

AGRADECIMENTOS

Se é este momento que simbolicamente representa o momento da graduação, não podem ser merecedores dos meus mais sinceros agradecimentos somente aqueles que de alguma forma contribuíram para o desenvolvimento *desta* monografia; mas sim todos aqueles que deixaram alguma marca ao longo destes cinco curtos anos de experiência.

É por esta razão que registro em primeiro lugar a felicidade e o orgulho de ser *filho, irmão e namorado* de quem sou: de fato, só há sentido na vivência se há alguém com quem compartilhá-la.

Agradeço também àqueles amigos que enriqueceram a minha graduação de toda e qualquer forma: aos *dezoito*, pelo companheirismo diário nestes cinco anos; e aos membros do grupo de estudos em Criminologia Crítica da UFPR por toda reflexão e discussão, em especial aos amigos Maurício Dieter e André Giamberardino e a professora Kátie Arguello.

Por fim, registro especial homenagem ao meu *mestre e orientador* Juarez Cirino dos Santos, de quem tive a honra de ser *aluno e monitor* ao longo da minha graduação e com quem tenho uma dívida incapaz de ser paga.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	1
2. A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL.....	3
2.1 O PRINCÍPIO DE LEGITIMIDADE.....	4
2.1.1. AS TEORIAS PSICANALÍTICAS DA CRIMINALIDADE.....	4
2.1.2. A PENA COMO SATISFAÇÃO DA NECESSIDADE INCONSCIENTE DE PUNIÇÃO.....	6
2.2. O PRINCÍPIO DO BEM E DO MAL.....	8
2.2.1 O DELITO COMO FATO SOCIAL, A NORMALIDADE E A ANOMIA.....	8
2.3. O PRINCÍPIO DE CULPABILIDADE.....	13
2.3.1. SUTHERLAND, WHITE COLLAR CRIME, E A TEORIA DAS ASSOCIAÇÕES DIFERENCIAIS.....	13
2.4. O PRINCÍPIO DO FIM OU DA PREVENÇÃO.....	18
2.4.1. LABELING APPROACH, TEORIA DO ETIQUETAMENTO, OU ENFOQUE DA REAÇÃO SOCIAL.....	18
2.5. O PRINCÍPIO DE IGUALDADE.....	23
2.5.1 A CIFRA NEGRA DA CRIMINALIDADE E A SELETIVIDADE PENAL.....	23
2.6. O PRINCÍPIO DO INTERESSE SOCIAL E DO DELITO NATURAL.....	27
2.6.1. O RECONHECIMENTO DO CONFLITO.....	27
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	29
4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E BIBLIOGRAFIA UTILIZADA.....	31

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo decompor a ideologia da defesa social, que sempre permeou de maneira fundamental toda teoria legitimadora do Direito Penal a partir da ascensão da burguesia no ambiente pós-revolucionário do século XIX, nos princípios que a constituem através do olhar da criminologia crítica. Os princípios a)de legitimidade, b)do bem e do mal, c)de culpabilidade, d)da finalidade ou prevenção, e)de igualdade, f)e do interesse social e do delito natural, dominam tanto a filosofia juridico-penal desde a Escola clássica até os dias atuais e as opiniões de senso comum, também chamadas de *every day theories*; inculcando como consenso a necessidade de um direito penal como garantidor de segurança jurídica e mascarando a existência de um direito penal como garantidor das desigualdades estruturais do sistema social no qual está inserido.

Palavras-chave: *Criminologia crítica – Ideologia da defesa social – labelling approach – Funções da pena.*

1.INTRODUÇÃO.

O presente trabalho monográfico busca, através do estabelecimento de conexões de conceitos, idéias e categorias de diversos autores e escolas da Sociologia, da Filosofia do Direito, do Direito Penal e especialmente da Criminologia, afirmar o conteúdo da ideologia da defesa social por meio de sua desconstrução principiológica; e assim, ser capaz de negar cientificidade à mesma.

E assumirá como marco teórico o pensamento de BARATTA, e da tradição criminológica nascida a partir do professor italiano. Em razão disto, o trabalho obedecerá a uma divisão precisa entre os seis princípios apontados por BARATTA como fundamentais para entender-se a ideologia da defesa social, a saber:

- a) Princípio de legitimidade: O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.
- b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois. O mal; a sociedade constituída, o bem.
- c) Princípio de culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável; porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- d) Princípio da finalidade ou da prevenção. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção concreta, exercer a função de ressocializar o delinquente.
- e) Princípio de igualdade. A criminalidade é violação da lei penal, e como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.

- f) Princípio do interesse social e do delito natural. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais da nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).¹

E a cada um dos princípios apontados serão apresentados argumentos variados para contestação da cientificidade dos mesmos, estabelecendo uma dialética entre a afirmação do conteúdo da ideologia da defesa social e a negação de validade e cientificidade do mesmo através de uma crítica interdisciplinar, abrangendo conceitos sociológicos, psicanalíticos e criminológicos.

Espera-se que, através desta desconstrução, seja possível demonstrar o conteúdo ideológico que fundamenta e legitima o discurso oficial de um direito penal essencialmente isonômico e garantidor de segurança jurídica, mas que no entanto é incapaz de verificação empírica, pois a realidade demonstra seu oposto: um direito penal essencialmente desigual em todos os seus níveis de atuação, seletivo em face das camadas marginalizadas da sociedade e instrumento de controle destinado a legitimação da violência estrutural do sistema capitalista.²

¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Pag.42-43.

² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. pag.46-47.

2.A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL.

No campo do saber jurídico, e em especial, no saber jurídico penal, todo modelo teórico de conhecimento elaborado, seja ele integrado ou não, fruto da Escola clássica ou positivista, deve necessariamente possuir um *leitmotiv*. Um motivo condutor, que apare as arestas e sirva de nó teórico e político, capaz de uniformizar o modelo teórico em um sistema de conhecimento destinado a produzir efeitos na prática.

A ideologia da defesa social é, dentro da epistemologia penal, este *leitmotiv*: nascida no ambiente revolucionário francês do final do século XVIII; e enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal.³

Herdada da Escola clássica pelas escolas positivistas, foi transformada até poder cumprir com as necessidades do novo modelo teórico, sem no entanto, perder seu conteúdo, passando por toda e qualquer Escola do Direito Penal; de FEUERBACH e LISZT, até o funcionalismo contemporâneo representado por ROXIN, JAKOBS e outros. Este conteúdo é dividido conforme o quadro apresentado na introdução, na série de princípios capaz de fundamentar a existência e a manutenção do saber penal: o conteúdo da ideologia da defesa social *é mais que um elemento técnico do sistema legislativo ou do dogmático,(...)tem uma função justificante e racionalizante com relação àqueles.*⁴

A busca de novas bases para o Direito Penal passa necessariamente pela reformulação de seu referencial político e ideológico, e é por isso que se buscará decompor e criticar na sequência cada um dos princípios que compõem o conceito da Ideologia da Defesa Social.

³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Pag.41.

⁴ Idem, pag.44.

2.1 O PRINCÍPIO DE LEGITIMIDADE.

2.1.1. AS TEORIAS PSICANALÍTICAS DA CRIMINALIDADE.

Conforme exposto anteriormente, entende-se como princípio de legitimidade no meio jurídico a atribuição por parte da sociedade de um poder legítimo ao Estado para que este possa direcionar suas instâncias oficiais de controle social à reprovação e condenação do comportamento desviante individual, e com isso reafirmar os valores sociais vigentes.

É notável aqui a influência contratualista para explicar a relação sociedade/Estado, entendida através da noção de um suposto contrato tácito - ou acordo, entre os indivíduos que compõem a coletividade com o intuito de por fim ao chamado estado natural e inaugurar o estado social e político humano⁵. Neste contrato, a disposição de parcela do poder individual de cada membro do corpo social reservaria ao Estado o dever de garantir a segurança da sociedade através da regulação social, e conseqüentemente, do próprio direito penal. É por assim dizer, o mito explicativo de todo Poder na Modernidade.⁶

Antes mesmo da mudança paradigmática efetuada pelo *labelling approach*, que buscou questionar a legitimidade e a validade de alguém determinar e definir o que e contra quem se orienta o processo de criminalização, a psicanálise já utilizava argumentos incompatíveis com o conteúdo do princípio de legitimidade através de dois eixos explicativos estreitamente conexos e desenvolvidos a partir de Freud.

Estas teorias, chamadas de teorias psicanalíticas da criminalidade partem dos conceitos freudianos de neurose e tabu, explicados no seguinte trecho:

“Em um importante capítulo de Totem und Tabu, Freud – depois de ter desenvolvido a analogia – mostra a diferença entre a neurose o tabu. A primeira

⁵ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. pag. 272, citando como exemplos Rousseau, Locke, Kant, Hobbes e Althusius. É possível afirmar que toda a Modernidade se instaura sobre este paradigma contratualista, em maior ou menos escala.

⁶ E embora hoje admita-se a superação da Modernidade de certa forma, ainda é inquestionável que a temos como referência epistemológica.

é uma doença individual, a segunda é uma formação social. O primitivo teme atrair sobre si, violando o tabu, uma grave pena, uma séria doença ou a morte. O doente, ao contrário, vincula à proibição o temor de uma pena, não para si, mas para um parente ou uma pessoa próxima. No caso da violação de um tabu, a punição ocorre de modo espontâneo; é somente uma forma secundária de pena a que se realiza com a intervenção do grupo social. A intervenção punitiva do grupo se verifica somente em função subsidiária à punição espontânea, posto que todos os componentes do grupo se sentem ameaçados pela violação do tabu e por isso se antecipam na punição do violador.”⁷

Afirma Freud que a repressão individual de instintos delituosos a partir do superego não seria suficiente para eliminá-los, mas somente capaz de sedimentá-los no inconsciente, onde acompanhariam um *sentimento de culpa*, uma certa tendência a confessar.⁸

E seria através do comportamento delituoso que o indivíduo superaria o sentimento de culpa e realizaria a tendência à confissão. Isto representa uma *radical negação do tradicional conceito de culpabilidade, e portanto, também de todo o direito penal baseado no princípio de culpabilidade.*⁹

Mas também colocam em dúvida a própria noção de legitimidade, e por consequência, a legitimação do direito penal. Nas palavras de BARATTA:

“A função psicossocial que atribuem à reação punitiva permite interpretar como mistificação racionalizante as pretensas funções preventivas, defensivas e éticas sobre as quais se baseia a ideologia da defesa social (princípio da legitimidade) e em geral toda ideologia penal. Segundo as teorias psicanalíticas da sociedade punitiva, a reação penal ao comportamento delituoso não tem a função de eliminar ou circunscrever a criminalidade, mas corresponde a mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizado aparece como necessário e ineliminável da sociedade.”¹⁰

⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do direito penal*. Pag.51

⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Pag.50.

⁹ Ibid. pág.51.

A intervenção punitiva do grupo social teria portanto como função a utilização do desviante como objeto de depósito do medo¹¹ por parte dos componentes do grupo gerado pela violação do tabu. Esse mecanismo de solidariedade punitiva é explicado pela tentação de imitar aquele que violou o tabu e assim, liberar os mesmos instintos reprimidos pelo superego e liberados através da prática do comportamento delituoso por parte do delinquente.

2.1.2. A PENA COMO SATISFAÇÃO DA NECESSIDADE INCONSCIENTE DE PUNIÇÃO E A SOCIEDADE PUNITIVA.

A partir da concepção freudiana do chamado “delito por sentimento de culpa”, REIK desenvolveu uma teoria psicanalítica do direito penal baseada na dupla função exercida pela pena, já anunciada pelo próprio discurso jurídico penal, como retribuição e prevenção.¹² Diversamente da fundamentação jurídica, a partir da análise psicanalítica a pena atuaria em dois planos: relacionado ao indivíduo em primeiro, para satisfazer a necessidade inconsciente de punição que impele a uma ação proibida; e também voltado a coletividade, para satisfazer a necessidade de punição da sociedade, inconscientemente identificada com o delinquente.

Este efeito liberador e a identificação da sociedade com o sujeito delinquente são os dois pólos de uma teoria psicológica do direito penal, atribuindo à função de retribuição o status de mera racionalização de fenômenos fundados no inconsciente humano. Assim, como aponta REIK:

¹⁰ Ibid, pág.50.

¹¹ O desviante torna-se dessa forma, um *inimigo*, a quem os demais direcionam suas angústias, medos e preconceitos em um processo de despersonalização que culmina na desconsideração da própria condição humana do indivíduo. Neste sentido, ZAFFARONI. *O inimigo no Direito Penal*. Pag. 5-14.

¹² Como função retributiva, entende-se a imposição de um mal supostamente justo – pena – em face de um mal injusto – crime; ou enunciado similar, pois incorpora em si a psicologia popular regida pelo Talião, a justiça retributiva divina na expiação do pecado e a concepção iluminista de afirmação do Direito pela negação de sua negação, como em Hegel. E por função preventiva, entende-se toda legitimação da pena voltada à coletividade pelo reforço da consciência normativa, pela coação psicológica exercida pela ameaça estatal, ou voltada ao indivíduo institucionalizado, neutralizado temporariamente para posteriormente ser reinserido ao seio social. Para maiores detalhes, CIRINO DOS SANTOS, *Teoria da pena*. Pags 1 -38. No mesmo sentido, ZAFFARONI e BATISTA, *Direito penal brasileiro*, pags.114-130.

“Deste ponto de vista, a teoria da retribuição tem uma consequencialidade psicológica, mas contradiz os progresso da cultura e da humanidade. A retribuição, como finalidade da pena, é simplesmente a representação de um impulso, transformada em teoria.”¹³

O efeito das funções de retribuição e prevenção da pena – seja em face da sociedade ou do autor do delito – são transferidas para o futuro, buscando influenciar a coletividade e delinquente em um sentido contradesviante. Porém, não o fazem na mesma medida em que alega a dogmática jurídica, porque a compreensão aqui só é possível se o ponto de partida for a investigação psicológica que Freud realizou do sentimento de culpa, “anterior ao delito e que, como se disse, aparece não como uma consequência da ação delituosa, mas como a sua mais profunda motivação”¹⁴.

A afirmação reikiana de uma função da pena voltada à satisfação da sociedade punitiva sofreu uma guinada com a relocação de seu foco para não mais a sociedade em geral, mas individualizada nos indivíduos que compõem os espaços de poder institucional – juízes, policiais, agentes de segurança, etc., porque haveria uma afinidade entre seus componentes derivada de fortes tendências anti-sociais não suficientemente reprimidas, as quais conduziriam-nas a um zeloso exercício da função punitiva.¹⁵

Ao mesmo tempo, os mesmos STAUB e ALEXANDER, responsáveis pelo giro do parágrafo anterior, deram continuidade a outro aspecto da teoria de REIK: a análise da pena não tanto do ponto de vista da sociedade em relação ao delinquente, mas do próprio indivíduo com a sociedade punitiva e os órgãos legitimados para exprimir uma reação penal ao desvio. A identificação entre o sujeito e a reação institucional reforçaria o superego por um lado, e de outro

¹³ REIK, Theodor. Apud: BARATTA, Alessandro. *Op.cit.* pag 51. Embora partindo de pressupostos diferentes, é a mesma crítica efetuada por autores como ZAFFARONI, CIRINO DOS SANTOS, ROXIN à função retributiva da pena.

¹⁴ BARATTA. *Op. cit.* pag. 52.

¹⁵ BARATTA, *Op. Cit.* Pag. 53.

causaria um desvio da agressão em uma forma legítima¹⁶: o acúmulo de impulsos anti sociais derivado das constantes inibições internas permaneceriam irresolvidas, até a ocorrência da identificação entre sujeito e sociedade punitiva com a prática de um delito por terceiro.

Ocorre portanto, uma verdadeira autofagia, no sentido em que o comportamento institucional frente ao desvio é causado por aquilo mesmo que gera como consequência, o que rompe com a tradicional visão do princípio da legitimidade: **não há como legitimar uma reação institucional que combata aquilo que lhe deu causa se é exatamente o combate que vai propiciar o eterno regresso a situação inicial.**

2.2. O PRINCÍPIO DO BEM E DO MAL.

2.2.1 O DELITO COMO FATO SOCIAL, A NORMALIDADE E A ANOMIA.

O desenvolvimento de uma teoria estrutural-funcionalista da anomia e da criminalidade foi iniciado por DURKHEIM e ampliada posteriormente por MERTON, e, ao serem absorvidas pela sociologia do direito penal, representaram uma verdadeira superação em relação às noções de criminalidade então vigentes.

O contraste com as concepções que buscavam isolar caracteres biopsicológicos do delinquente¹⁷ tornou a teoria funcionalista a responsável por estabelecer as bases de uma revisão crítica da criminologia positivista de orientação biológica e caracterológica¹⁸, abrindo a possibilidade de um

¹⁶ BARATTA, Op.cit. pag.53.

¹⁷ Como expoentes, LOMBROSO e a identificação biológica do criminoso, fundada em caracteres antropológicos e suposta identificação atávica com o selvagem; FERRI e as causas individuais, físicas e sociais do “criminoso nato”. De modo mais profundo, ANITUA, *Histórias dos pensamentos criminológicos*, pags 297- 315.

¹⁸ BARATA, Idem. Pag.59.

deslocamento do objeto de análise e de seu método para todas as teorias criminológicas posteriores ao condicionar a universalidade do delito à sua relação normal com a estrutura social, ao seu papel dentro de certos limites, positivo, para a consolidação e o desenvolvimento daquela.¹⁹

Como pressupostos da teoria estrural-funcionalista da anomia e da criminalidade teríamos a negação de fatores bioantropológicos e naturais como causas do comportamento desviante na dimensão do indivíduo. Além disso, também negaria-se qualquer caráter patológico do desvio em face da estrutura social; através da afirmação do desvio como um fenômeno normal no interior de toda estrutura social, e que este fenômeno só seria negativo a partir do momento em que limites de normalidade fossem ultrapassados - quando a estrutura social entraria em estado de desorganização no qual o sistema de regras de conduta perderia valor até a afirmação de um novo sistema normativo - caracterizando assim o chamado estado de *anomia*²⁰.

A negação de um caráter patológico do delito no pensamento de DURKHEIM é precisamente fruto de seu método sociológico: ao pesquisar a sociedade a partir de sua estrutura, é inegável assumir que o comportamento desviante a compõe, e que por esta razão, não pode ser considerado patologia ou deficiência, mas sim consequência necessária da estrutura social vigente²¹. O delito faz parte da normalidade, da fisiologia, e não da patologia da vida social. Afirmar o contrário seria confundir ambos os conceitos e atribuir um caráter negativo a um fenômeno inevitável e em muitos casos, derivado da constituição fundamental do ser.²²

Ainda, sendo o delito um fato social normal dentro das estruturas sociais, é possível atribuir-lhe ao menos uma função: ao ser cometido, o delito provocaria

¹⁹ BARATTA, Op. Cit. Pag 58.

²⁰ Idem, pag.60

²¹ Considerar o crime como uma doença social “significaria admitir que a doença não é algo accidental, mas ao contrário, deriva, em certos casos, da constituição fundamental do ser vivente”, em BARATA, idem, pag.60

²² DURKHEIM, *As regras do método sociológico*. 1a. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1984.

uma reação social reforçando o sentimento coletivo que sustenta a reprodução do sistema normativo vigente. O desvio, além de recriar consenso sobre os valores decorrentes desta consciência coletiva, ainda ocuparia outro papel no seio social, pois ainda que se aceite um caráter reprovável do ponto de vista valorativo, é também verdade que o comportamento desviante possui um importante papel no desenvolvimento moral da sociedade. Como afirma ZAFFARONI:

“se existe alguma dúvida acerca do enorme poder verticalizador do sistema penal, basta olhar para a experiência histórica: o sindicalismo, o pluralismo democrático, o reconhecimento da dignidade das minorias, a própria república, conseguiram estabelecer-se sempre em luta contra esse poder. Qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal; todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo.”²³

Da mesma forma, acaba por concluir BARATTA:

“o criminoso não só permite a manutenção do sentimento coletivo em uma situação suscetível de mudança, mas antecipa o conteúdo mesmo da futura transformação. De fato frequentemente o delito é a antecipação da moral futura, como demonstra, por exemplo, o processo de Sócrates.”²⁴

Estas conclusões levaram DURKHEIM a abandonar a concepção até então aceita acerca do delinquente enquanto um ser anti-social, patológico e inaceitável no interior do corpo social, para adotar a noção de delinquente como agente regulador da vida social.

Mas para permitir esta reformulação do enfoque dado à noção de delito, como fato compatível com a normalidade social, DURKHEIM desenvolveu uma teoria dos fatores sociais da anomia, capaz de explicar a possibilidade do desvio

²³ ZAFFARONI, E.R. *Direito Penal Brasileiro*. Pag. 98-99.

²⁴ BARATTA. *Op.cit.* pag. 61. No mesmo sentido, ANITUA, “Ele chegava à conclusão de que o delito é indispensável para a evolução normal da moral e do direito em uma sociedade. As relações de solidariedade mecânica baseiam-se principalmente na autoridade moral ou, em seu caso, na do direito repressivo, refletidas sempre em proibições”, em *Histórias dos pensamentos criminológicos*, pag. 445.

deixar de ser regulador da vida social para tornar-se fator de desequilíbrio da mesma, na situação de *anomia* – crise do equilíbrio entre o fim e os modelos de comportamento adequados àquele.

MERTON segue os pressupostos de DURKHEIM, e afirma o desvio *como um produto da estrutura social, absolutamente normal como o comportamento conforme às regras*²⁵. E como são igualmente derivados da própria estrutura social, suas disseminações no comportamento interpessoal partiriam das mesmas premissas a ponto de perceber-se que os comportamentos singulares são tão conformistas como desviantes, sem a prevalência referencial entre um e outro, ambos fruto da própria relação entre estrutura social e cultura. Conforme BARATTA:

“A cultura, em determinado momento do desenvolvimento de uma sociedade, propõe ao indivíduo determinadas metas, as quais constituem motivações fundamentais do seu comportamento (por exemplo, um certo nível de bem estar e de sucesso econômico). Proporciona também modelos de comportamentos institucionalizados, que resguardam as modalidades e os meios legítimos para alcançar aquelas metas. Por outro lado, todavia, a estrutura econômico-social oferece aos indivíduos, em graus diversos, especialmente com base em sua posição nos diversos estratos sociais, a possibilidade de acesso à modalidades e aos meios legítimos para alcançar as metas”.²⁶

A consequência desta análise é que é do descompasso existente entre as metas impostas pela cultura e os meios reconhecidos como legítimos para atingi-las que surge o comportamento desviante; o que não é automaticamente patológico porque, assim como DURKHEIM, MERTON também crê na utilidade do desvio como reforço do consenso sobre os próprios meios legítimos existentes em dada estrutura social até certo ponto – pois a situação de *anomia*²⁷

²⁵ BARATTA, Op.cit. pag. 62.

²⁶ BARATTA, Op.cit. pag. 63.

²⁷ A cultura é definida como “o conjunto de representações axiológicas comuns que regulam o comportamento dos membros de uma sociedade ou de um grupo”; a estrutura social, “o conjunto das relações sociais, nas quais os membros de uma sociedade ou de um grupo estão diferentemente inseridos”; e anomia é “a crise da estrutura cultural, que se verifica especialmente quando ocorre uma forte discrepância entre normas e fins culturais, por um lado, e as possibilidades socialmente estruturadas de

rompe com a própria condição estrutural da sociedade, ou ao menos a põe em crise.

Ainda, a constatação de que há no interior das relações sociais, grupos mais inclinados a um agir conformista, e outros a um agir desviante²⁸ reaparece com forte influência em teorias como a *culpabilidade por vulnerabilidade*²⁹, e a demanda pelo reconhecimento de um agir não conformista em condições sociais adversas como critério de exclusão de dirigibilidade normativa³⁰, por exemplo. Conforme MERTON:

“O acesso aos canais legítimos para enriquecer-se tornou-se estreito por uma estrutura estratificada que não é interiramente aberta, em todos os níveis aos indivíduos capazes (...). A cultura coloca, pois, aos membros dos estratos inferiores, exigências inconciliáveis entre si. Por um lado, aqueles são solicitados a orientar a sua conduta para a perspectiva de um alto bem-estar (...); por outro, as possibilidades de fazê-lo, com meios institucionais legítimos, lhes são, em ampla medida, negadas.”³¹

Tem-se assim que o conteúdo presente na ideologia social, de que o comportamento criminoso seria *sempre* patológico e indesejável, e portanto perigoso, determinando uma cisão onde há a sociedade constituída por um lado, e em outro, aqueles que em tese não a respeitariam se mostra falso na medida em que se reconhece a normalidade da conduta desviante – tanto pela impossibilidade de acesso por parte de todos a meios conformistas, como pela própria necessidade de oxigenação dos referenciais normativos de cada estrutura social.

agir em conformidade com aquelas, por outro lado”, conforme MERTON, Apud. BARATTA, Op.cit. pag 63.

²⁸ Precisamente, um agir inovador, de acordo com a classificação dos modelos de ação para MERTON - conformismo, inovação, ritualismo, apatia e rebelião.

²⁹ ZAFFARONI e BATISTA, Op.cit. pag 46.

³⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*

³¹ MERTON, Apud BARATTA, Op.cit. pag.65.

É justamente a negação da constatação trazida pelos estruturalismo e funcionalismo sociológico que acarreta em danosidade social que se pretendia confrontar: a consequência lógica da segregação entre a sociedade constituída e o indivíduo desviante é a ruptura da normalidade social e o fomento de discursos de intolerância, tradicionalmente destinados àqueles que são incapazes de oferecer maior resistência, uma vez que ocupam as classes mais marginalizadas.

É este o berço de qualquer discurso do *inimigo*: pois a atribuição deste tratamento diferenciado frente a parcela de indivíduos consiste na necessária negação de sua condição de pessoa pelo direito; afinal, se há cidadão e há inimigo, a especificidade deste se dá pela ausência do status jurídico e dos direitos individuais garantidos àquele.³²

Na medida em que a privação de proteção jurídica a determinados agrupamentos sociais é autorizada em virtude de um juízo de periculosidade – ao qual acompanha o rótulo de inimigo – e não somente as contenções admitidas quando passageiras ou diante de condutas lesivas e que devam ser detidas a título de coerção direta³³, há claro prejuízo para o princípio do Estado Democrático de Direito.

2.3. O PRINCÍPIO DE CULPABILIDADE

2.3.1. SUTHERLAND, WHITE COLLAR CRIME, E A TEORIA DAS ASSOCIAÇÕES DIFERENCIAIS

É do princípio de culpabilidade que advém o argumento de que o delito é expressão de uma atitude interior reprovável; porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador. E foi justamente esse conteúdo que a teoria das associações

³² ZAFFARONI, E. Raul. *O inimigo no direito penal*, pag. 18.

³³ Idem, pag.19.

diferenciais de maneira específica, e a teoria das subculturas criminais de um modo mais amplo, obtiveram êxito em desconstruir.

A primeira delas foi desenvolvida por SUTHERLAND e aplicada na análise da delinquência de colarinho branco, em um famoso ensaio intitulado *White-collar criminality*, publicado em 1940. Neste trabalho, SUTHERLAND lançou uma forte crítica contra as principais teorias gerais acerca do comportamento criminoso: tanto as que buscavam gênese do desvio em fatores sociopatológicos, como em psicopatológicos ou ainda nas condições econômicas; afirmando que todas elas não se mostravam verdadeiras pelos seguintes motivos: em primeiro lugar, porque a criminalidade oficial não corresponderia à criminalidade real, pois enquanto alguns setores eram super-representados nas análises, setores inteiros eram fortemente menosprezados – como é o caso da criminalidade de colarinho branco, que escapa dos dados tradicionais ainda que ocorra com grande frequência.³⁴

E em segundo lugar, nenhuma das generalizações é capaz de explicar a própria criminalidade do colarinho branco, porque seus autores não são pobres, geralmente provém de núcleos familiares estáveis, não são sociopatas ou dotados de qualquer sorte de deficiência³⁵: era em conta desse reducionismo que as tentativas engendradas por todo o positivismo criminológico eventualmente falharam.

Como sustenta SUTHERLAND, qualquer teoria com pretensão de explicar de maneira universal a criminalidade deve ter em conta um elemento

³⁴ *These statements obviously do not give a precise measurement of the relative criminality of the white-collar class, but they are adequate evidence that crime is not so highly concentrated in the lower class as the usual statistics indicate. Also, these statements obviously do not mean that every business and professional man is a criminal, just as the usual theories do not mean that every man in the lower class is a criminal.* Podendo ser traduzida como “Estas afirmações obviamente não garantem uma medida precisa da criminalidade relativa de colarinho branco, mas são evidências de que a criminalidade não está tão concentrada nas classes mais baixas como as estatísticas costumam demonstrar. Ainda, não significa que todo empresário seja um criminoso, assim como as teorias usuais não determinam que todo indivíduo das classes mais baixas também o seja. Em: SUTHERLAND, *White Collar Criminality*.

³⁵ BARATTA, *Op.cit.* pag.72.

comum a toda forma de crime; de forma que ele adota como tal as noções de aprendizado e associação.

A hipótese aqui sugerida em substituição das teorias convencionais, é que a delinquência de colarinho branco, propriamente como qualquer outra forma de delinquência sistemática, é aprendida; é aprendida em associação direta ou indireta com os que já praticaram um comportamento criminoso, e aqueles que aprende este comportamento criminoso não tem contatos frequentes e estreitos com o comportamento conforme a lei. O fato de que uma pessoa torne-se ou não um criminoso é determinado, em larga medida, pelo grau relativo de frequência e de intensidade de suas relações com os dois tipos de comportamento. Isto pode ser chamado de processo de associação diferencial.³⁶

Foi o que permitiu o desenvolvimento da teoria das subculturas criminais, representadas como a solução de problemas de adaptação aos seus componentes, quando a cultura hegemônica fosse incapaz de oferecer soluções satisfatórias aos indivíduos. Será no interior destas subculturas o espaço de intercâmbio de associações e aprendizados. Será dentro destas organizações diferenciais, que o processo de interação determinará o aprendizado comportamental de cada um; e isto inclui desde as técnicas de cometimento do delito quanto a própria racionalização do mesmo – motivação, justificativa, etc.³⁷

Como afirma ANITUA:

O comportamento se aprende quando as definições gerais do grupo mais influente são contrárias à norma, posto que cada indivíduo entra em contato com numerosos grupos, alguns dos quais podem ser reativos ao cumprimento das leis, enquanto outros podem ser favoráveis. O princípio do contato diferencial indica que uma pessoa se converte em delinquente porque em seu meio há mais

³⁶ SUTHERLAND apud BARATTA, *op.cit.* pag. 72.

³⁷ Um maior desenvolvimento neste aspecto foi realizado por SYKES e MATZA, na forma das técnicas de neutralização, que atuam como formas de integração entre os associados, através de tipos como a) a exclusão da própria responsabilidade; b) negação de ilicitude; c) negação de vitimização; d) condenação dos que condenam e e) apelo a instâncias superiores. Para tanto, *Technics of neutralization*, de ambos os autores.

definições favoráveis a infringir a lei e, por conta disso, consegue-se isolar os grupos que tendem a respeitá-la.³⁸

Esta proposta de SUTHERLAND acabou por enterrar – ainda que sejamos sempre reféns de um eterno regresso ao positivismo criminológico – todos os métodos explicativos anteriores, garantindo as bases para um novo paradigma criminológico.

A repercussão foi tão intensa à época que diversos estudos foram publicados se utilizando da teoria das associações diferenciais de SUTHERLAND. Em um deles, COHEN amplia o alcance das noções de aprendizado e associação para buscar um modelo explicativo capaz de fornecer dados acerca das subculturas dos bandos juvenis.

A questão fundamental posta por COHEN refere-se às razões de existência da subcultura e do seu conteúdo específico. Estas razões são individualizadas (de maneira diferente, mas complementar em relação à teoria de MERTON) reportando a atenção às características da estrutura social. Esta última induz, nos adolescentes da classe operária, a incapacidade de se adaptar aos *standards* da cultura oficial, e além disso faz surgir neles problemas de *status* e de autoconsideração. Daí, deriva uma subcultura caracterizada por elementos de “não-utilitarismo”, de “malvadeza” e de “negativismo” que permite, aos que dela fazem parte, exprimir e justificar a hostilidade e a agressão contra as causas da própria frustração social.³⁹

É em razão deste descompasso entre *standards* e cultura oficial que cada subcultura acaba por abranger concomitantemente tanto o sistema de valores oficial como um específico⁴⁰; negando portanto a idéia de que só haveria um complexo normativo na sociedade e que todo sujeito seria dotado de uma mesma capacidade de autodeterminação normativa ficta; assumindo, em troca, a idéia de

³⁸ ANITNUA, Op.cit. pag. 492.

³⁹ BARATTA, op.cit. pag 73.

⁴⁰ Os exemplos no cotidiano são de fácil percepção: o movimento hip-hop e a promoção do grafite como arte, em que pese não ser assim considerado pela legislação; o empresariado que sonega tributos afirmando que tal atitude é necessária para manter a competitividade, e que a carga tributária nacional opere como entrave no capitalismo brasileiro.

uma existência múltipla de sistemas de valores, cada qual circunscrito ao interior de determinados grupos, ou subculturas, impedindo o delito de ser considerado uma afronta a supostos valores e normas sociais gerais e por consequência, negando o princípio de culpabilidade.

A teoria das subculturas criminais, por esta perspectiva, acaba por se opor ao princípio de culpabilidade pois nega a necessária contrariedade do delito em relação a valores e normas gerais, porque a realidade nos mostra a existência de normas e valores específicos de cada grupo – ou subcultura – social.

E faz mais do que isso: juntamente com a teoria da anomia, a teoria das subculturas criminais ajudou a relativizar o sistema valorativo e de regras sancionadas pelo Direito Penal, em contraste com a **ideologia jurídica tradicional que buscou sempre o reconhecimento de suas previsões como a garantia de existência de um *mínimo ético* comum a todo indivíduo.**

Esta relativização acaba por colocar em crise a divisão artificial de discriminação assinalada pelo Direito entre atitude conformista (positiva) e atitude desviante (reprovável), assentada em indemonstrável livre-determinação do sujeito em agir *pelo* ou *contra* o sistema institucional de valores⁴¹; um agir consciente da negatividade de sua existência, promovido por uma parcela minoritária da sociedade, rebelde a respeito dos valores sociais universais, atuando como a *negação culpável do mínimo ético protegido pelo sistema penal*.⁴²

O resultado das investigações derivadas de SUTHERLAND acabam com isso, não só se opondo ao princípio de culpabilidade, mas ao próprio princípio da legitimidade e do bem e do mal: pois abala os alicerces de um sistema oficialmente legítimo para determinar quais valores, e de que modo, serão protegidos – pois o Direito Penal não exprime somente regras e valores aceitos via unanimidade, mas sim de acordo com a influência de cada grupo de poder

⁴¹ BARATTA, Op.cit. pag.74.

⁴² Idem, pag.75.

tanto na criação, como na aplicação das normas penais; ao mesmo tempo em que reafirma a existência de uma estrutura social pluralista e conflitual, onde cada grupo possui valores e regras específicas, em crítica a noção de um modelo positivo e negativo de comportamento social.

2.4. O PRINCÍPIO DO FIM OU DA PREVENÇÃO.

2.4.1. LABELING APPROACH, TEORIA DO ETIQUETAMENTO, OU ENFOQUE DA REAÇÃO SOCIAL.

O ambiente político e filosófico da década de 60 foi o palco da maior revolução paradigmática sofrida pela criminologia: em maior ou menor escala todos os modelos explicativos no campo da sociologia do direito penal até então determinavam como objeto de investigação ou o criminoso ou a criminalidade, no sentido de buscar em uma entidade natural seu objeto de investigação, e com isso, acabavam prendendo-se em estudos etiológicos e explicações causais do crime.

Ao se ocupar de questões como a valoração da conduta em favor ou contrária ao direito, por exemplo, pouca ou nenhuma atenção era dada ao papel que o processo de definição legal de condutas como lícitas ou ilícitas exercia sobre a realidade social. A definição do delito e suas implicações político-sociais nunca tivera sido o objeto da investigação sociológica. Foi com a percepção disto, e sua conseqüente absorção, que nasceu o *labeling approach*.⁴³

Sua premissa era que a compreensão da criminalidade só seria possível se a ação do sistema penal fosse o centro de análise, pois é justamente essa reação social que a define, tanto em um nível primário – legislativo e disposição de

⁴³ Seu nascimento se deve aos estudos de MATZA, LEMERT, BECKER, SCHUR, MEAD, SCHULTZ e outros.

condutas proibidas – como em um nível secundário – atuação das agências de controle social.⁴⁴

De acordo com BARATTA, há algo mais que distingue o *labeling approach* daquilo que lhe foi antecedente:

O que distingue a criminologia tradicional da nova sociologia criminal é visto, pelos representantes do *labeling approach*, principalmente, na consciência crítica que a nova concepção traz consigo em face da definição do próprio objeto da investigação criminológica e em face do problema gnosiológico e de sociologia do conhecimento que está ligado a este objeto (a criminalidade, o criminoso), quando não o consideramos como um simples ponto de partida, uma entidade natural para explicar, mas como uma realidade social que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e prática, mas é construída dentro desta experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam.⁴⁵

O *labeling approach* foi desenvolvido com base em duas grandes correntes da sociologia norte-americana: de um lado, remontando à psicologia social e à sociolinguística e inspirada em MEAD, o interacionismo simbólico; e de outro a etnometodologia decorrente da fenomenologia de SCHUTZ.

O interacionismo simbólico trouxe consigo a concepção de uma realidade social constituída por infinitas interações concretas entre seus membros – indivíduos, *aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem.*⁴⁶ Da etnometodologia, a idéia de que a sociedade não é passível de conhecimento sobre o plano objetivo, mas sim como produto de uma própria construção social decorrente de processos de definição e tipificação entre pessoas e grupos.

⁴⁴ ZAFFARONI e BATISTA. Op.cit. pags 33-52.

⁴⁵ BARATTA, Op.cit. pag 87.

⁴⁶ Idem, pag.87.

Exatamente por isso, o *labeling approach* tomou como premissa básica a necessidade de estudar a realidade social – e o desvio é parte dela – sob a perspectiva dos processos presentes na interação social, dos mais simples aos mais complexos; o que demonstra a revolução paradigmática em face do que era o *establishment*:

A criminologia liberal e positivista tomam por empréstimo do direito penal as suas definições de comportamento criminoso, e estudam este comportamento como se sua qualidade criminal existisse objetivamente.⁴⁷

E ao mesmo tempo assumiam como premissa a universalidade dos valores sociais e a existência de um consenso acerca desta proteção que e que eram contestadas pelo comportamento desviante.

A superação realizada pelo *labeling* se deu portanto, na própria metodologia de formação do conhecimento criminológico, invertendo indagações como: “*quem é criminoso?*”, “*por que se cometem crimes?*” para perguntas como: “*quem é definido como desviante?*”, “*em que condições este indivíduo se torna objeto de definição?*”, e em última análise, “*quem define quem?*”.

O estabelecimento de um novo paradigma na sociologia criminal (*labeling approach*) incompatível com aquele superado (etiológico) se dá sobretudo em razão deste giro questionatório.

Como afirma KECKEISEN:

O problema fundamental do paradigma etiológico, ao qual a maior parte da ciência, como também do senso comum, permanece fiel, pode ser identificado na interrogação: quais são as condições que podem ser atribuídas a um fato precedentemente existente, ou seja, o comportamento desviante?(...)

Ao contrário, o paradigma do controle parte de uma problematização da suposta validade dos juízos sobre desvio. Este paradigma se articula em duas ordens de questões: ‘1. Quais são as condições da intersubjetividade da atribuição de significados, em geral e particularmente do desvio. (...) e 2. Qual é o poder que

⁴⁷ BARATTA, Op.cit. pag.87.

confere a certas definições uma validade real.(...) ⁴⁸No paradigma do controle, a primeira pergunta fornece a dimensão da definição e a segunda, a dimensão do poder.

Haveria portanto, dois campos de investigação: por um lado, à formação da identidade desviante e seus efeitos; as consequências do processo de etiquetamento realizado pelas agências oficiais. E por outro, a busca por modelos explicativos capazes de resolver o problema da definição do que é e o que não é desvio: quem determina e de que modo o faz.

Entender, portanto, o conceito de crime enquanto produto de normas e de poder tem por consequência a aceitação da lei e do processo de criminalização como as reais “causas” do crime, e que *a criminalidade se mostra, na verdade, como como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a "definição" legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a "seleção" que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.*⁴⁹ o que desmonta o método positivista e reinaugura o foco na relação entre a estigmatização criminal e a criação de carreiras criminosas – também chamadas de *delinquência secundária*⁵⁰; e exemplo mais claro daquilo que é conhecido como *self-fulfilling prophecies*, ou então as profecias que cumprem a si mesmas, no sentido em que o indivíduo rotulado como criminoso, em virtude dos estigmas que carrega com o etiquetamento, acaba incorporando o julgamento coletivo feito sobre sua pessoa e dá início à um ciclo interminável entre rotulação e desvio.

Não obstante, o processo de rotulação ainda dá início a subculturas criminais pela aproximação de pessoas igualmente estigmatizadas, com o consequente aprendizado de normas sociais específicas destinadas geralmente a fazer cumprir o papel lhes atribuído com o rótulo imposto. E de fato, o estigma

⁴⁸ KECKEISEN, Apud. BARATTA. Op.cit. pag.91-92.

⁴⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum.** Pag.6

⁵⁰A delinquência secundária seria justamente a inteorização do estigma social trazido com a interferência das agências oficiais e a tendência a permanecer desempenhando o papel social lhe atribuído.

provocado é o único elemento em comum entre todos os tipos penais, o princípio unificador de um sistema destinado a etiquetar os indesejados e fazê-los *bodes expiatórios da sociedade, objeto de agressão das classes e categorias sociais inferiorizadas, que substitui e desloca sua revolta contra a opressão e exploração das classes dominantes.*⁵¹

Desta forma, as instâncias políticas responsáveis pelo etiquetamento em abstrato no momento do processo de criminalização primário de condutas pelo legislador, e as agências oficiais de controle social, responsáveis pela rotulação do indivíduo como criminoso ao final de uma verdadeira cadeia produtiva nos moldes do *fordismo*, com separação de tarefas específicas a cada um órgãos de controle – o sujeito é investigado, preso, e destinado a cumprir sua pena em estabelecimento prisional – é em última análise, a responsável pelo etiquetamento e estigmatização do indivíduo dentro do seio social.

E será muito em parte por causa deste método de seleção, rotulação e neutralização que boa parte dos alvos das instâncias de controle voltará a delinquir, a se comportar no sentido de autorizar uma nova cadeia produtiva sobre si. Esta atuação positiva no sentido de incentivar o comportamento desviante ao tirar da inércia o aparato penal e fazer recair sobre o acusado toda sorte de negatividades é incompatível com o discurso oficial de um Direito Penal que aplica sanções com o intuito de não só retribuir o “mal causado”⁵², como também de agir de forma preventiva – seja pela neutralização e correção do desviante, como também teoricamente reforçando a conformidade com o direito e desestimulando a ação contrária à norma.

É desta forma que o *labeling approach*, apesar de suas limitações e omissões, contesta o princípio da prevenção.

⁵¹ CHAPMAN, Apud CIRINO DOS SANTOS. *Criminologia radical*.Pag. 20.

⁵² Ainda que a expressão carregue aspas, não há dúvidas de que existem determinadas condutas negativas do ponto de vista social, pois interferem no exercício e gozo de direitos individuais de terceiros sem justa motivação. No entanto, não é aconselhável fazer uso do termo “mal”, por força da atribuição a justiça divina e ao iluminismo retributivo de KANT e HEGEL.

2.5. O PRINCÍPIO DE IGUALDADE.

2.5.1 A CIFRA NEGRA DA CRIMINALIDADE E A SELETIVIDADE PENAL.

A vitória burguesa no período das grandes revoluções do final do século XVIII e início do século XIX marcou a inauguração da defesa de uma igualdade formal entre todos os indivíduos da sociedade. Confirmada em todos os documentos políticos mais fundamentais do período e até o presente, a isonomia – representada pela concepção de que a lei é igual para todos – jurídica é um conceito muito representativo para uma classe social que já era detentora de poder econômico mas não encontrava correspondência formal em razão da proteção à nobreza nas monarquias européias.

Era inevitável portanto isso fosse absorvido por todos os ramos do Direito. E se havia igualdade entre os indivíduos no campo das obrigações – ou caso contrário, seria impossível a existência de uma relação entre capital/trabalho assalariado, igualdade entre os cidadãos representados pelo voto, era insustentável a manutenção de um Direito Penal classista e não isonômico, e em por isso mesmo uma ideologia que comportava este conceito passou a ocupar o posto de *leitmotiv* do sistema jurídico-penal da época – a Ideologia da Defesa Social e o princípio da igualdade.

No entanto, a vivência é especialmente perversa com a defesa no plano discursivo pelo menos, de que o nosso controle social realizado pelo direito penal obedece a este princípio. A seletividade é hoje, um dado incontestável até mesmo pelos setores mais conservadores da dogmática penal.

Na realidade, a seletividade já marca a própria criminalização primária, na medida em que seleciona, entre as infinitas condutas humanas possíveis – aquelas que serão rotuladas como crime. No entanto, se o programa da criminalização primária fosse efetivamente levado a cabo, isto é, caso todo delito resultasse em uma aplicação de pena à seu autor, simplesmente seria impossível a vida em sociedade.

Nem mesmo uma parcela significativa dos conflitos criminalizados que realmente ocorrem são conduzidos da forma como o programa de criminalização primária almeja.

A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma *cifra oculta*. As agências de criminalização secundária tem limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se natural que o sistema penal leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário.⁵³

O conceito de cifra oculta, ou cifra negra da criminalidade é originária da repercussão causada pelo trabalho de SUTHERLAND e a criminalidade do colarinho branco: se havia um número realmente significativo de crimes realizados por executivos e os dados oficiais nada demonstravam, a situação seria semelhante em tantos outros casos, agravada pelo inchaço legislativo que passou a tipificar condutas que dificilmente algum indivíduo tenha conhecimento de sua existência.

A questão então passou a ser definir de que forma a sub-representatividade de alguns extratos sociais e a super-representatividade de outros tinha origem. Se a constatação era de que toda sociedade de alguma forma incidia em algum tipo penal previsto no extenso programa de criminalização primária, e os estabelecimentos prisionais eram compostos de pessoas de mesma idade, cor e classe social, haveria algo informando as agências de criminalização secundária a selecionar sempre o mesmo substrato social.

Dois autores desenvolveram critérios distintos para a explicação deste fenômeno. Por um lado, SACK importou o conceito de meta-regras⁵⁴, originárias da linguística, para um plano objetivo sociológico. Conforme BARATTA:

⁵³ ZAFFARONI e BATISTA, *Direito penal brasileiro*. Pag. 44

SACK tem o mérito de ter sugerido um deslocamento da análise das “meta-regras” do plano preceptivo da metodologia jurídica para um plano objetivo sociológico. E é precisamente sobre este plano que o conceito das “regras de aplicação” não fica limitado às regras ou aos princípios metodológicos conscientemente aplicados pelo intérprete, mas se transforma no plano das leis e dos mecanismos que agem objetivamente na mente do intérprete, e que devem ser pressupostos para os fins de uma explicação sociológica da divergência entre a delinquência reconhecida e a delinquência latente. As meta-regras gerais, por outro lado, participam da estrutura socialmente produzida pela interação e, neste sentido, do que se pode definir, nos termos de Cicourel, como “common culture”, ou seja, os significados, ligados à cultura, que formam a substância de sentido de qualquer situação ou ação.⁵⁵

Sendo regras objetivas do sistema social, teriam fundamental importância no processo de filtragem da população e atividade criminal, *daqueles que contra os quais, afinal, se pronuncia uma sentença em nome do povo*.⁵⁶ E como regras informativas ao intérprete ao mesmo tempo em que derivam de uma espécie de senso comum, não são indissociadas de um conteúdo fortemente fundado nas relações de poder entre grupos sociais distintos.

De forma semelhante, ZAFFARONI afirma que a exclusão, ou déficit do processo comunicativo pela falta ou carência de poder de determinados setores da sociedade, marginalizadas nas relações de produção e acesso a tutela jurídica estatal tem por resultado uma maior vulnerabilidade destes segmentos à atuação das agências de criminalização secundárias.

A regra geral da criminalização secundária se traduz na seleção: a) por fatos burdos ou grosseiros (a obra tosca da criminalidade, cuja detecção é mais fácil), e b) de pessoas que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva).⁵⁷

⁵⁴ Baseada na diferenciação entre regras gerais, e regras de aplicação das regras gerais Este outro código presente na figura de todo agente jurídico informando por vezes inconscientemente o direcionamento do olhar sobre determinada questão ou pessoa.

⁵⁵ SACK, Apud BARATTA. Op.cit. pag.105.

⁵⁶ Idem, pag.105.

O resultado desta inevitável seletividade operacional da criminalização secundária acaba por reproduzir em escala cada vez mais aguda, a regra enunciada a pouco:

Atinge-se apenas aqueles que tem baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza).⁵⁸

A demonstração prática destas afirmações, tanto por SACK, como por ZAFFARONI, pode ser feita com a simples observação da composição dos estabelecimentos prisionais. Utilizando-se do exemplo norte-americano, WACQUANT confirma o que era incontestável no plano teórico:

Em 1995, os afro-americanos representavam 12% da população nacional, mas forneciam 53% dos internos das prisões, contra 38% um quarto de século antes. A taxa de encarceramento dos negros triplicou em apenas 12 anos, atingindo 1.895 em 100.000, no ano de 1993, ou seja, quase sete vezes mais do que a taxa dos brancos – 293 por 100.000, e vinte vezes as taxas comumente registradas nos principais países europeus naquela época.⁵⁹

Torna-se impossível sustentar um direito penal pautado no princípio da igualdade quando a experiência é tão distante da retórica.

⁵⁷ ZAFFARONI e BATISTA, Op.cit. pag 46

⁵⁸ Idem, pag. 47.

⁵⁹ WACQUANT. Loic. *Punir os pobres..* pag. 114.

2.6. O PRINCÍPIO DO INTERESSE SOCIAL E DO DELITO NATURAL.

2.6.1. O RECONHECIMENTO DO CONFLITO

O conteúdo do princípio do interesse social e do delito natural pode ser expresso a partir do seguinte enunciado:

O núcleo central dos delitos contidos nos códigos penais das nações civilizadas represente ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos”.⁶⁰

Dessa forma, somente uma pequena parcela do programa de criminalização primário seria resultado de arranjos políticos e combinações de força entre aqueles que controlam o poder nas relações sociais. Seriam o que FERRI denominava como delinquencia evolutiva, ou ainda artificial para outros autores.

Mais importante é reconhecer que a consequência desta classificação é a atribuição à uma parcela de delitos o caráter de naturalidade, contra a qual a sociedade constituída e o Estado como detentor do monopólio da força legítima deveriam sempre direcionar suas forças, visto que se trataria de um grupo de delitos ahistóricos e universais, pretensamente comuns a todos os povos e em todas as épocas. Desta forma, a *ideologia penal transmite a equívoca e acrítica concepção naturalista da criminalidade, própria da criminologia tradicional*.⁶¹

Seria portanto, atribuído a estes delitos uma qualidade ontológica, de pré-existência independente da ordem jurídica positivada e seu meio de atribuição da qualidade de crime a determinadas condutas; fundamentando assim uma espécie de jusnaturalismo penal e retirando da contingencialidade histórica e da afirmação da vida em sociedade pautada pelo conflito, a origem destes delitos.

Reafirmando os avanços do *labeling approach*, não prestar atenção às interações simbólicas que decorrem do processo de etiquetamento da conduta

⁶⁰ BARATTA, Op.cit. pag. 117.

⁶¹ Idem, pag. 117.

enquanto crime, o entendimento de uma conduta como criminosa *por si só*, garantindo-lhe uma ontologia e uma universalidade no tocante a representação de interesses comuns a todos os indivíduos parece deficitário de maior atenção, e incapaz de responder sob que critérios a conduta foi assim definida. E mais, como ignorar a dinâmica de poder nas relações interpessoais?

Aqui diversos autores⁶² do *labeling approach* contribuíram pautando-se em críticas ao modelo estrutural-funcionalista em especial razão porque este garante ao delito o status de fato social normal, universal por força do conceito.

O elemento em comum entre todas as críticas ao estruturalismo é a incorporação de conceitos como permanente disputa por espaços de poder, funcionalidade positiva do delito em relação à mudança social – o que é melhor expressado por ZAFFARONI:

“se existe alguma dúvida acerca do enorme poder verticalizador do sistema penal, basta olhar para a experiência histórica: o sindicalismo, o pluralismo democrático, o reconhecimento da dignidade das minorias, a própria república, conseguiram estabelecer-se sempre em luta contra esse poder. Qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal; todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo.”⁶³

O importante é ressaltar aqui que a concepção de um delito natural é incompatível com o reconhecimento dos processos de interação simbólicos levantados pela teoria da rotulação; e que o interesse social não resiste à idéia de disputa por espaços de poder e impossibilidade de que a criminalização de uma conduta atenda a um complexo de valores comuns a todos os indivíduos.

⁶² DAHRENDORF, COSER, SIMMEL, e VOLD são exemplos.

⁶³ ZAFFARONI, E.R. *Direito Penal Brasileiro*. Pag. 98-99.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Se é verdade que tradicionalmente toda teoria do delito requer uma teoria da pena que a legitime através da afirmação de funções declaradas da resposta penal ao fato punível, é verdade também que do saber penal em sua totalidade também exige-se uma espécie de prestação de contas acerca de sua legitimidade.

Afinal, se o saber penal por sua vez legitima o exercício de um poder, na indissociável relação entre saber e poder, deve ele ser objeto de investigação para que se observe *como* e *porque* desempenha seu papel no processo comunicativo social.

E é neste momento, da análise das motivações e método da ciência penal, que seu caráter ideológico vem a superfície, pois ser ideologia pressupõe uma abstratividade e permeabilidade únicas, enquanto estrutura, ou discurso, que marca pela sua influência, toda a construção de conhecimento em face ao qual guarda relação.

E o Direito Penal não é imune: desde a inauguração do Direito Penal Moderno – com a escola liberal clássica, até os dias de hoje, há um conjunto de premissas que se articulam no interior do conhecimento jurídico e agindo como referencial ideológico, ao qual seus operadores de modo mais ou menos consciente, acabam se reportando no exercício do poder punitivo.

Este conjunto de premissas, unificáveis sob a expressão Ideologia da Defesa Social, é em última instância o referencial cognitivo que responde a pergunta: O que é o Direito Penal e para que ele existe?

A afirmação de que é um ramo do conhecimento e de poder que orienta a elaboração, interpretação e aplicação de normas penais, enquanto resposta legítima do Estado em face ao comportamento desviante praticado por um indivíduo consciente de sua escolha e contrariedade ao sistema valorativo consensualmente estabelecido e que contém apenas proibições marcadas por seu caráter atemporal e impessoal; uma vez que o desvio é indesejado e representa

uma patologia, deformidade, do processo de adequação entre meios e fins na vivência coletiva; e mais, que direciona-se a força estatal para coibir futuros acontecimentos semelhantes tanto do desviante como dos demais, mas nunca favorecendo determinados segmentos sociais, pois se a lei é igual para todos, assim também é o direito penal é afirmar com todas as características, a ideologia da defesa social.

No entanto, a decomposição desta resposta em seus princípios, passível de generalização à grande parte do meio jurídico, e também do próprio cidadão comum, revela que a unidade deste discurso oficial esconde inconsistências incontornáveis e assume como verdadeiras afirmações indemonstráveis no plano da faticidade.

A negação de cada um de seus princípios formativos: legitimidade, culpabilidade, do bem e do mal, da finalidade, da igualdade e do delito natural, ainda que a própria realidade se incumba de demonstrar sua inconsistência, só é possível dentro do campo do conhecimento com a conjugação de saberes da sociologia, do direito penal e da criminologia, de modo que o resultado final de uma investigação acerca do tema é de que a realidade revela o exato oposto da afirmação oficial à pergunta fundamental há pouco anunciada.

Podemos inclusive afirmar – e não estamos sozinhos nesta posição – que o Direito Penal demonstra ser, na vivência, um saber cuja função é legitimar o poder instituído no plano da elaboração, interpretação e aplicação de normas penais capazes de garantir a tutela dos interesses das classes sociais dominantes, enquanto resposta seletiva do Estado em face dos indivíduos mais vulneráveis em virtude de sua própria condição humana; estabelecendo a retribuição equivalente de seu ato e o tempo de sua liberdade a ser suprimido, pois como é um saber historicamente condicionado, é incapaz de escapar da contradição básica do sistema social que busca sustentar, fundado na relação capital/trabalho assalariado; dessa forma, realiza a produção de docilidade e obediência das classes oprimidas e esconde, através da espetacularização do direito penal, a violência estrutural sob a qual o sistema capitalista permanentemente se funda.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E BIBLIOGRAFIA UTILIZADA.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. In: <<<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq30Andrade-ParadigmaEPRSMPPCCSC.pdf>>>. Acessado em 30/09/2008.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 7ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro, Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 12ª edição. Brasília, EUB, 2002.

CASTRO, Lola Anyar. *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª edição. Curitiba: ICPC, 2005

_____. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC, 2005

_____. *A criminologia radical*. ICPC, 2006.

DURKHEIM, Émile. *Émile Durkheim: coletânea*. Org: José Albertino Rodrigues. 2ª edição. São Paulo, Ática, 1981.

_____. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Ed. Nacional, 1984.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 31ª edição. Petrópolis: Vozes, 1987..

GALLIHER, John; MCCARTNEY, James. *Criminology: power, crime and criminal law*.1997.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*.Rio de Janeiro: Revan, 2008

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a administração da miséria nos Estados Unidos*. 3ªedição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 2ª edição.Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, E.Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume*. 2ªedição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.