

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

ERICA LEDESMA SCHÄFER

**O PANORAMA GERAL DO PROCESSO DE
CRIMINALIZAÇÃO NA SOCIEDADE CAPITALISTA**

CURITIBA

2009

ERICA LEDESMA SCHÄFER

**O PANORAMA GERAL DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO NA
SOCIEDADE CAPITALISTA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

ERICA LEDESMA SCHÄFER

O PANORAMA GERAL DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO NA SOCIEDADE CAPITALISTA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciência Jurídicas da Universidade Federal do Paraná pela seguinte banca examinadora:

Banca examinadora

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

Orientador

KATIE SILENE CÁCERES ARGÜELLO

Primeiro Membro

MAURÍCIO STEGEMANN DIETER

Segundo Membro

Curitiba, 18 de novembro de 2009.

Ministério da Educação e de Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da Monografia
(Trabalho Final de Curso) do(a) acadêmico(a) **ERICA
LEDESMA SCHÄFER**

Aos dezoito dias do mês de novembro do ano de 2009, às 12:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) acadêmico(a) ERICA LEDESMA SCHÄFER, sobre o tema “O Panorama Geral do Processo de Criminalização na Sociedade Capitalista”. A Comissão constituída pelos Senhores Professores, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS (Orientador), KATIE SILENE CÁCERES ARGÜELLO e MAURÍCIO STEGEMENN DIETER, atribuiu as seguintes notas respectivamente: **10,0** , **10,0** e **10,0**; perfazendo a média igual a **10,0**.

Curitiba-PR, 18 de novembro de 2009.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

KATIE SILENE CÁCERES ARGÜELLO

MAURÍCIO STEGEMANN DIETER

Curitiba, 18 de novembro de 2009.

Dedico este trabalho àqueles cujos mais belos versos não expressariam todo meu amor e gratidão, minha mãe Maria Lícia e meu irmão Eduard.

Àqueles dignos de admiração pelo exemplo de força e perseverança, minha “*tante*” Íris e meus primos Carla, Fabiana e Richard.

E à memória daqueles cuja ausência será sempre sentida com pesar em nossos corações, meu pai Ivo e meus avós Richard Eduard e Herta.

Agradeço àqueles cujo comprometimento com o magistério e com o trabalho científico de qualidade inspiraram este trabalho, Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos e Prof. Dra. Katie Silene Cáceres Argüello.

**Não precisamos de um Direito Penal melhor,
mas de qualquer coisa melhor do que o Direito Penal.**

Gustav Radbruch

RESUMO

O crime, objeto de estudo do Direito Penal, é tido, desde a concepção do *labelling approach* até a criminologia radical, como construção realizada pela sociedade. Essa construção se edifica através do processo de criminalização, fracionado para fins didáticos em duas etapas, a criminalização primária e a criminalização secundária. A primeira delas se caracteriza pela escolha dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal e pela atividade dos agentes executivos e políticos competentes para a edição de normas, responsáveis pela incriminação formal de condutas lesivas aos bens jurídicos selecionados. Além desses, muitos outros agentes contribuem para a concretização do processo, podendo ser institucionais ou não-institucionais, os últimos não idealizados pelo Estado para fins de persecução penal. Ambas as agências pautam suas atividades na seletividade por estereótipos, incrementada pela divulgação de certa regularidade nas características sociais e até mesmo físicas dos indivíduos que se encontram encarcerados. Ademais, tais informações não demonstram fidedignamente a situação prisional da sociedade, uma vez que muitos crimes acabam encobertos pelo manto das cifras negra e dourada da criminalidade. De outro viés, os indivíduos que são selecionados através da criminalização secundária e submetidos efetivamente à prisão, carregarão consigo o estigma de criminoso, o que propicia o ingresso consciente em verdadeiras carreiras criminosas. O processo de criminalização em sua integralidade será apreciado com o auxílio das categorias marxistas desenvolvidas com base na sociedade capitalista e nas relações de produção e distribuição desiguais daí decorrentes e responsáveis pela violência urbana, essencialmente estrutural.

Palavras-chave: Processo de criminalização. Criminologia radical. Seletividade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO	10
2.1 Objeto-crime: o enfoque da Criminologia Crítica (ou Radical).....	10
2.2 A conformação social e a reprodução das relações.....	14
3 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA	22
3.1 Bem jurídico-penal	23
3.2 Atividade legislativa: tipificação	25
4 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA	28
4.1 Agências institucionais / oficiais e agências não-institucionalizadas / não- oficiais	28
4.2 Seletividade por estereótipo e o “direito penal simbólico”	29
4.3 As cifras negra e dourada e a ineficácia das estatísticas na esfera criminal	35
4.4 Estigma DE criminoso	36
4.5 A identificação e a carreira criminosa	38
5 CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

A presente exposição tem por objetivo a análise do fato punível, não apenas como conduta humana transgressora de uma norma jurídica de direito penal, mas também e principalmente sob o enfoque da criminologia radical, tomando-se a noção de crime como construção social. A análise que se fará, portanto, levará em conta tanto o momento da produção legiferante (criminalização primária) quanto o atuar concreto da norma incriminadora através das agências oficiais de controle do Estado (criminalização secundária).

Buscar-se-á demonstrar que a criminalização primária é o resultado do trabalho legislativo realizado pelos membros da sociedade investidos, atualmente através do sufrágio universal, no poder de inovar o ordenamento jurídico, ou seja, pelos membros do Poder Legislativo e, em casos específicos, do Poder Executivo. Nessa medida, tem-se que uma conduta só será considerada crime em virtude da atuação destes agentes, que elegerão, em determinado momento histórico, os valores considerados primordiais. Tais valores são denominados bens jurídicos pelo Direito Penal e são tutelados pelo Estado em razão de sua alegada relevância social. Pretende-se, nesse ponto, evidenciar que a seleção dos bens jurídicos objeto de tutela pelo direito penal não é neutra, mas realizada com base nos interesses das classes de que provieram aqueles investidos no poder.

Visa-se também demonstrar que a criminalização secundária, por sua vez, é realizada por agências de controle social, cujos agentes atuam seletivamente através de estereótipos, resultando na associação entre determinadas características, como pobreza ou mesmo padrões estéticos reputados anormais, à figura do criminoso. Essa seletividade, assim, qualifica negativamente as pessoas e conduz ao seu enquadramento nos tipos penais criados pelo legislador.

Tal fato, por sua vez, gera distorções na aplicação das normas penais, bem como no conhecimento de estatísticas criminais, principalmente porque os agentes encarregados da persecução penal habitualmente atuam apenas em áreas afetadas pela pobreza, e quando agem em face das classes abastadas, assim o fazem meramente no exercício do chamado direito penal simbólico. Ressalte-se, ainda, a existência de outros delitos que se situam à margem das estatísticas criminais,

compondo as denominadas cifras negra e dourada da criminalidade, cujo vulto é desconhecido.

Como resultado desse processo, a partir do momento em que, através da seletividade por estereótipo o indivíduo é inserido no sistema penal, este passará a contar com o estigma do criminoso, acarretando seu isolamento social em razão desse sinal e dando azo, assim, à denominada *self fulfilling prophecy*.

Procurar-se-á demonstrar, por fim, a importância da criminologia radical nesse âmbito do estudo, pois, com lastro nas premissas legadas por Karl Marx, põe-se em evidência que tal circunstância é observada na sociedade capitalista em virtude da divisão social provocada pelo sistema de produção, em que uns são punidos pela condição de nada possuírem e outros, ao revés, beneficiam-se da prática de crimes que geram danos a toda uma coletividade, como nos casos de crimes de colarinho branco (ou *white-collar crimes*). Nessa esteira de pensamento, busca-se revelar que a seletividade, estigmatização e criminalização de certos setores da sociedade acabam por colaborar com a manutenção do *status quo*, produzindo e reproduzindo o sistema social e perpetuando o poder das classes dominantes.

Diante dessa breve exposição, faz-se mister ressaltar que não se pretende exaurir qualquer dos temas que envolvem o processo de criminalização – que certamente dariam ensejo a trabalhos individualizados, dadas as extensões e complexidades. Ao contrário, o intento do presente estudo é demonstrar todos os elementos que compõem o processo de criminalização, de que maneira o fenômeno se realiza e quais as consequências decorrentes.

2 PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

2.1 Objeto-Crime: o enfoque da Criminologia Crítica (ou Radical)

O Direito Penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas. (...) Assim definido, o Direito Penal tem por objeto *condutas humanas* descritas de forma *positiva* (ações) ou de forma *negativa* (omissão de ações) em tipos legais de condutas proibidas¹.

Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que prevêm os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução de sanções cominadas².

As definições enunciadas por CIRINO e BATISTA revelam uma característica nuclear do Direito Penal. O objeto de estudo desse ramo do Direito é o fato punível (crime), e não somente a pena, como se poderia pressupor da análise da locução que o denomina³.

O excerto da obra de CIRINO colacionado acima demonstra, ainda que implicitamente, as diferentes abordagens acerca do fato punível que serão contempladas nesse estudo.

A acepção formal do termo fato punível constitui uma transgressão à norma penal, o que resulta na acepção material do fato punível: a geração de um dano social ao lesionar bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Essa ação reconduzirá

¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 3.

² BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 24.

³ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 43-49. Na presente obra, o autor suscita discussão acerca da nomenclatura utilizada para denominar o ramo do Direito em voga: *direito penal* ou *direito criminal*? Assevera que o ilícito sancionado com pena é crime e que existe uma relação dialética entre ambos: (I) a pena, antes de ser mera consequência jurídica é condição de existência do crime e (II) o crime é condição de existência jurídica da pena. Segundo o autor, essas afirmações poderiam causar certa confusão na ausência das seguintes importantes premissas: (I) a opção do legislador contemporâneo pela expressão *direito penal*; (II) os enfoques doutrinários que pretendem destacar primeiramente o caráter sancionador desse direito; (III) e o mais importante: o “alcance descritivo da designação proposta, isto é, a sua capacidade de compreender determinados conteúdos. (...) a principal objeção à designação *direito penal* foi oposta pelo advento, no final do século XIX, das medidas de segurança”. O autor crê que, inobstante as posições doutrinárias trazidas *supra*, a expressão *direito penal* é a melhor, pois (I) a pena é condição jurídica do crime; (II) e “as medidas de segurança constituem juridicamente sanções com caráter retributivo, e portanto com indiscutível matiz penal”. Nesse sentido, Eugenio Raúl ZAFFARONI e Heleno FRAGOSO, aduzem que se a medida de segurança retira, de alguma forma, a liberdade individual, constitui-se em uma penalidade.

à acepção formal do fato punível, quando houver, posteriormente e no caso concreto, a instituição de uma pena ou medida de segurança como consequência⁴.

Contudo, as questões atinentes à escolha e determinação dos bens jurídicos salvaguardados pelo Estado através da tipificação serão oportunamente analisadas.

A acepção real do termo, por sua vez, debruça-se sobre a origem do fato punível, objeto de estudo da criminologia⁵, a qual se enquadra no presente tópico.

A criminologia tradicional foi orientada pelo paradigma etiológico, com enfoque sobre o autor. Explicava a origem da conduta do criminoso através do método positivista de causas fundadas em objetos naturais, como fatores biológicos, psicológicos e ambientais. O crime representava uma realidade ontológica pré-existente à reação da sociedade e do sistema de justiça criminal⁶.

Traduzem esse entendimento as vocações conservadoras das teorias clássicas e positivistas biológicas (genéticas, psicológicas, psiquiátricas) e as inclinações liberais das teorias positivistas sociológicas (patologia social, desorganização social e comportamento desviante)⁷.

Na metade do século XX, a criminologia tradicional das teorias fenomenológicas americanas do crime elaborou aquilo que seria considerado inovador para o estudo criminológico: o paradigma do *labelling approach* (teoria interacionista ou teoria da reação social)⁸. A criminalidade assumia outra representação: a de fenômeno social originado por valores e normas. O crime deixou de ser uma realidade ontológica pré-existente para se tornar uma construção realizada pela sociedade.

A *Teoria da Rotulação* ou *Teoria do Etiquetamento*, como é conhecida no Brasil, tem por alicerce epistemológico a constatação de que determinadas condutas são classificadas como criminosas em virtude da instituição de regras e aplicação de

⁴ Utilizou-se a palavra *consequência*, pois aqui não se pretende adentrar à discussão sobre as funções da pena: geral e especial, positiva e negativa.

⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 71-72.

⁶ ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*, p. 9. BARATTA, Alessandro. *Che cosa è la Criminologia Critica?* in **Dei Delitti e delle Pene**, p. 53-54. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 14, 160-161. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal*, p. 1-2. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 44. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 693-694.

⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 2-5.

⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 2-5.

sanções⁹. A qualidade “criminosa” é conferida a determinados comportamentos através de agências oficiais e não-oficiais do controle social¹⁰.

Nas palavras de BECKER, transcritas por CIRINO, “o crime não é uma qualidade do ato, mas um ato qualificado como criminoso por agências de controle social”¹¹. Assinala, ainda, que o autor desses atos determinados é identificado segundo “o sujeito ao qual se aplica com sucesso o rótulo de criminoso”¹².

O *labelling approach* contribuiu com os baldrames para o desenvolvimento da criminologia crítica na Europa e, posteriormente, na América Latina¹³.

A criminologia crítica diferiu da criminologia tradicional ao analisar o objeto de estudo sob perspectiva oposta: o delito não é mais concebido como realidade ontológica pré-existente, mas como construção social – legado do *labelling approach*.

Essa construção é erigida por duas atuações que constituem um mesmo processo: (I) a atividade legislativa e (II) a atividade das agências oficiais de controle do Estado e de agências não-oficiais que acabam por desempenhar, de certo modo, controle social. É o denominado *processo de criminalização*.

Por meio do processo de criminalização determinados fatos, e, principalmente sujeitos, se transformam em elementos constitutivos do crime e do *status* de criminoso. A performance das agências que exercem controle social é capaz de ilustrar a maneira pela qual o crime é uma qualidade atribuída a comportamentos e pessoas pelo sistema de justiça criminal.

O sistema de justiça criminal, por sua vez, materializa a criminalidade através de processos seletivos que têm por fundamento

estereótipos, preconceitos, idiosincrasias e outros mecanismos ideológicos dos agentes do controle social, desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, moradia em favelas etc¹⁴.

⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 18.

¹⁰ ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*, p. 10-11.

¹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 19.

¹² Definição de Becker contida in BARATTA, Alessandro. *Che cosa è la Criminologia Critica?* in **Dei Delitti e delle Pene**, p. 54 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 696.

¹³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 159. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 694-695.

¹⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 694.

Dessa forma, o processo de criminalização se realiza mediante dupla seleção: (I) a seleção dos bens tutelados pelo Direito Penal e dos comportamentos violadores das normas penais e (II) a seleção de “poucos”¹⁵ sujeitos enquadráveis na moldura acima exposta, dentre todos os sujeitos que cometem infrações a normas penalmente sancionadas na sociedade¹⁶.

A criminologia crítica inovou com relação ao paradigma do *labelling approach* no que concerne ao método de estudo do objeto.

De acordo com o que leciona CIRINO, o interesse despendido ao fato punível tem abrangência macrossociológica. A origem dos fenômenos do desvio não é mais examinada a partir do autor de condutas incriminadas – como acontecia com a criminologia tradicional – mas pelas condições objetivas, institucionais, estruturais, funcionais e empíricas que permeiam a conduta incriminada:

a abordagem do objeto (...) é substituída por um método adaptado à natureza dos *objetos sociais* – como são os fenômenos criminais, por exemplo –, assim constituído: a) ao nível do caso concreto, o método *interacionista* de construção social do crime e da criminalidade, responsável pela mudança do foco *do* indivíduo *para* o sistema de justiça criminal; b) ao nível do sistema sócio-político, o método *dialético* que insere a construção social do crime e da criminalidade no contexto da contradição *capital / trabalho assalariado*, que define as instituições básicas da sociedade capitalista¹⁷.

A criminologia crítica (ou radical) contextualiza o fato punível na sociedade capitalista, esclarecendo sua relação com as estruturas sociais e o desenvolvimento das relações de produção e distribuição¹⁸.

O processo de criminalização se traduz, na sociedade capitalista, em um embate entre os detentores dos meios de produção e aqueles que são obrigados a se submeter a esse poder, em virtude de nada possuírem¹⁹.

Na relação de desigualdade evidente que se estabelece, a criminalidade é denominada por BARATTA como um “bem negativo, distribuído (...) conforme a

¹⁵ A utilização da palavra *poucos* nesse momento entre aspas será evidenciada adiante, à p. 34.

¹⁶ BARATTA, Alessandro. *Che cosa è la Criminologia Critica?* in **Dei Delitti e delle Pene**, p. 56-57.

¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 694.

¹⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 51.

¹⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 9, 13-14, 160-161. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 693-694.

hierarquia dos interesses fixados no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”²⁰.

Diante do exposto, são valiosas as observações de BARATTA acerca da necessidade, contudo, da insuficiência do paradigma do *labelling approach* com relação à criminologia crítica²¹, sintetizadas por CIRINO no seguinte trecho:

(...) condição necessária porque mostra o crime e o comportamento criminoso como consequência da aplicação de regras e de sanções pelo sistema de justiça criminal – e não como qualidade da ação ou característica do autor, segundo a etiologia positivista; mas condição insuficiente porque não mostra os mecanismos de distribuição social da criminalidade, identificáveis pela inserção do processo de criminalização no contexto das instituições fundamentais das sociedades modernas – a relação capital / trabalho assalariado –, capaz de revelar que o poder de definir crimes e de atribuir a qualidade de criminoso a comportamentos e pessoas corresponde às desigualdades sociais em propriedade e poder das sociedades contemporâneas²².

Algumas premissas foram estabelecidas nesse tópico, pois, doravante, a abordagem que será desenvolvida acerca do fato punível ocorrerá com sustentáculo na criminologia crítica e radical da atualidade.

2.2 A conformação social e a reprodução das relações

O objeto da criminologia radical é o conjunto de relações sociais, compreendendo a estrutura econômica e as superestruturas jurídicas e políticas de controle social²³.

Do presente conceito, desenhado por CIRINO, observa-se que a criminologia radical se edifica essencialmente com substrato nas categorias marxistas delineadas a partir da sociedade capitalista. Tal característica pode ser notada no desenvolvimento do tópico anterior, quando foram mencionadas as relações sociais desiguais que decorrem da relação capital / trabalho assalariado.

²⁰ ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*, p. 11. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 161.

²¹ BARATTA, Alessandro. *Che cosa è la Criminologia Critica?* in **Dei Delitti e Delle Pene**, p. 55.

²² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 696. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal*, p. 2-3.

²³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 43.

Nesse sentido, a análise da evolução das estruturas sociais é imperativa para a compreensão da maneira pela qual as categorias observadas na forma capitalista da sociedade influenciam e constituem a criminologia radical. Interessa testemunhar, principalmente, as mudanças estruturais ocorridas desde o modo de produção feudal²⁴.

Esse período histórico foi marcado pela produção eminentemente agrícola. Na esfera das relações sociais, o servo laborava junto à terra e se vinculava ao senhor feudal – poucos proprietários de grandes parcelas de terra – que os oferecia proteção em contrapartida.

As cidades foram substituindo os campos a partir do século XV e ao longo dos demais séculos que contaram com o advento da Revolução Industrial se estabeleceu o modo de produção manufatureiro e, posteriormente, o modo de produção fabril, mediante avanços tecnológicos significativos capazes de implementar, com as novas relações entre o capital e o trabalho, o sistema econômico que vige na maioria das sociedades contemporâneas: o capitalismo.

Os servos migravam para as cidades sem que obtivessem qualquer instrução e capacitação acerca de como atuar no modo de produção capitalista, deixando, em alguns casos, de serem absorvidos pelo mercado de trabalho em virtude da inadaptação e inaugurando uma população de desocupados²⁵, enquanto a figura do senhor feudal se deslocava para a do capitalista: o detentor dos meios de produção.

Os detentores do capital representam, desde a conjuntura histórica supramencionada, parcela diminuta da sociedade que dissemina a premissa falaz de igualdade no sistema capitalista, abalizada pela idéia de mercado onde coexistam oferta e procura e traduzida na assertiva de que cada indivíduo pode oferecer livremente à sociedade aquilo que possui.

A crítica a essa suposta igualdade se situa na seara dos destituídos dos meios de produção inerentes ao sistema capitalista. Isso porque, se um sujeito não possui capacidade material de oferecer um produto ou serviço, deverá ofertar o único bem intangível de sua propriedade: a força de trabalho.

Essa breve e despreziosa amostra da teoria marxista relevante à criminologia radical engendrou a divisão em classes: de um lado, a classe social

²⁴ Histórico basilar extraído de ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 247-249.

²⁵ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 5.

hegemônica ou dominante, protagonizada pelos capitalistas; de outro, a classe social subalterna ou dominada, constituída de trabalhadores. ZAFFARONI observa que a separação em classes antagônicas ocorre em todas as sociedades, entretanto, com intensidades diferentes e diretamente proporcionais ao estágio de desenvolvimento.

É incongruente falar em isonomia quando, com a finalidade exclusiva de assegurar meios de subsistência, os indivíduos contratam sua mão-de-obra diante de quaisquer condições e percebendo remuneração não-equivalente à retribuição de sua produção. A mais-valia da força de trabalho representa essa expressiva porção da produção, “superior ao valor de troca (salário)”, que é apropriada pelo capitalista²⁶.

Diante de todas as situações expostas, parece elementar que quanto mais a sociedade capitalista se desenvolvesse, acentuando as desigualdades entre as classes, a criminalidade fosse aflorar nas cidades, pois conviviam em um mesmo espaço duas realidades conflitantes: a concentração de riquezas em propriedade de alguns e um número proporcionalmente maior de indivíduos que não logravam suprir suas necessidades. Por esse motivo, a melhor doutrina sustenta a existência de vinculação entre o surgimento do modo de produção capitalista e a origem da instituição carcerária moderna²⁷.

Importa mencionar que a situação de deficiência econômica das classes subalternas demonstra que nas sociedades capitalistas preponderam os crimes praticados contra o patrimônio e “de que mesmo a violência pessoal está ligada à busca de recursos materiais e o próprio crime patrimonial constitui tentativa normal e consciente”²⁸.

Com o incremento da criminalidade em desfavor dos capitalistas e o imperativo de instituição de um controle exemplar, o capitalismo competitivo dos séculos XIX e XX colaborou para a engenharia de novos e a potencialização de antigos aparelhos de controle social²⁹: “o novo critério que rege é o da capilaridade, da extensão e da invasão do controle”³⁰.

²⁶ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 6.

²⁷ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 20. Ademais, leia-se “a instituição carcerária moderna” em acepção ampla, significando a somatória dos métodos de controle social e das formas punitivas instituídas.

²⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 12.

²⁹ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 25.

³⁰ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 26.

Segundo BATISTA, “a instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penitenciária (...) grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbem de realizar o direito penal, chamamos sistema penal”³¹. ZAFFARONI reitera o entendimento de acordo com o qual o sistema penal corresponde ao controle social institucionalizado, que envolve a “atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução penal”³².

Sem embargo aos conceitos, o controle social também é desempenhado por organismos que não são institucionalizados pelo sistema penal e que traduzem de maneira fulgente o critério enunciado, principalmente no que concerne ao controle dirigido pelos princípios da capilaridade e da extensão³³: através “da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios massivos de comunicação, da atividade artística, da investigação científica, etc”³⁴.

FOUCAULT³⁵ realizou sua pesquisa relativamente aos modelos de controle disciplinar e aos mecanismos abstratos de funcionamento da instituição carcerária, não tendo se debruçado ao estudo desses outros organismos constituintes do controle social³⁶, que originariamente tinha o papel de “adestrar para o trabalho manufatureiro os ex-camponeses que se recusam a se submeter aos novos mecanismos de produção”³⁷.

Assim sendo, a função do cárcere era reproduzir sujeitos, “no sentido da transformação do criminoso rebelde em sujeito disciplinado e adestrado ao trabalho fabril”³⁸, assim como propunha FOUCAULT em sua abordagem positiva acerca da instituição carcerária:

o sistema punitivo seria um subsistema garantidor do sistema de produção da vida material, cujas práticas punitivas consubstanciam uma economia política do corpo para produzir docilidade e extrair utilidade das forças corporais. O objetivo de produzir corpos dóceis e úteis é obtido por uma dissociação entre corpo individual, como

³¹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 25.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 69.

³³ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 26.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 61-62.

³⁵ FOUCAULT, Michel. Na obra *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*.

³⁶ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 12.

³⁷ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 13.

³⁸ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 17.

capacidade reprodutiva, e vontade pessoal, como poder do sujeito sobre a energia do corpo, por meio da disciplina³⁹.

Em suma, para a classe social hegemônica ou dominante, o controle social tem finalidade protetiva de não enfraquecer e conservar o grupo. De outro modo, para a classe social subalterna ou dominada, o controle social é exercido severamente e de maneira seletiva.

Para CIRINO, a vultosa contribuição de FOUCAULT à criminologia crítica foi a definição do sistema penal como instrumento de gestão diferencial – e não de eliminação – da criminalidade⁴⁰, o que condiz com a paráfrase ao primeiro autor realizada por BATISTA: o sistema penal, que é

constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais, pretende afirmar-se como sistema garantidor de uma ordem social justa, mas seu desempenho real contradiz essa aparência⁴¹.

Assim, o controle social acaba por reproduzir as relações sociais e as condições materiais de vida, ou seja, mantém as diferenças e a divisão em classes opostas, conveniente à classe social dominante que se sustenta na hegemonia do controle jurídico e político do Estado.

Constituirá objeto de estudo específico dos próximos tópicos a distinta administração do controle social de acordo com o lugar de distanciamento ou proximidade das classes sociais ao poder. Por ora, a doutrina demonstrou que na sociedade capitalista, em que as relações de produção geram interesses e necessidades antagônicas entre sujeitos, culminando na divisão em classes sociais, os reflexos jurídicos e políticos que dessa relação decorrerem devem ser examinados no contexto da luta de classes.

Os objetivos reais do Direito Penal, quais sejam, a “instituição de garantia e de reprodução da estrutura de classes da sociedade, da desigualdade entre as classes sociais, da exploração e da opressão das classes sociais subalternas pelas classes sociais hegemônicas nas sociedades contemporâneas”⁴², podem ser

³⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *30 anos de Vigiar e Punir*, p. 2-3.

⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *30 anos de Vigiar e Punir*, p. 3.

⁴¹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 25.

⁴² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 8.

desvendados por intermédio das categorias projetadas pelo pensamento marxista – as forças produtivas e as relações de produção da vida material.

Do todo o exposto, sintetiza CIRINO,

Nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações de produção e de circulação da vida material, em que os indivíduos se relacionam como proprietários do capital ou como possuidores de força de trabalho – ou seja, na posição de capitalistas ou na posição de assalariados –, todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado devem ser estudados na perspectiva dessas classes sociais fundamentais e da luta de classes correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social.

Os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado – as formas jurídicas e os aparelhos de poder do Estado – instituem e reproduzem as condições materiais da vida social, protegendo interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados⁴³.

O objetivo declarado do Direito Penal de proteção aos bens jurídicos, exarado pelo discurso jurídico oficial, proclama uma atuação imparcial do sistema de justiça criminal, que se desmascara através da pesquisa das fontes materiais do ordenamento jurídico – relações de produção, ativadas pelas forças produtivas – que expressam o modo de produção da vida material, orientando as classes sociais dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado.

“É essa abordagem lógico-material (ou lógico-dialética) que é utilizada pela criminologia⁴⁴ como método de pensar o crime e o controle social nas sociedades contemporâneas”⁴⁵.

A sistemática acima delineada, que reproduz as relações sociais desiguais na sociedade capitalista através da insuperável separação em classes ou categorias sociais, tem no Direito Penal e no sistema de justiça criminal a principal – não a única – forma de controle social,

⁴³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 6-7.

⁴⁴ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 5: “Essa linha de pesquisa é crítica porque insere as questões do crime e do controle social na estrutura econômica e no sistema de poder político e jurídico das sociedades contemporâneas, pensadas com as categorias teóricas desenvolvidas pela tradição marxista, fundadas no conceito de *modo de produção* da vida social, que exprime a integração das *forças produtivas* materiais em determinadas *relações de produção* históricas, nas quais se manifesta a *luta de classes* da formação social capitalista”.

⁴⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 8.

a pena criminal é o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema social, como um todo⁴⁶.

Nessa esteira, ressalte-se a contribuição da obra de RUSCHE e KIRCHHEIMER, que enuncia no seguinte excerto a essência da pesquisa desenvolvida, bem como uma orientação ao trabalho de MELOSSI e PAVARINI: “todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”⁴⁷.

A segunda obra demonstra especialmente que o salário, difundido na idéia de retribuição equivalente ao trabalho que decorre da relação igualitária estabelecida entre os sujeitos, engendra, inversamente, uma relação desigual de dependência e subordinação do trabalhador ao capitalista, uma vez que a mais-valia, como assinalado anteriormente, significa retribuição desigual. Nessa medida, a fábrica consistiria no cárcere do trabalhador.

O “critério formal do valor na economia e no Direito” é expresso através do tempo e se tem que a formação econômico-social capitalista instituiu a pena criminal como forma punitiva elementar. A pena, segundo a acepção de PASUKANIS⁴⁸, como retribuição equivalente ao desvio comportamental, significa a troca da mão-de-obra por salário no mercado de trabalho pela liberdade medida em tempo, que engendra o cárcere como fábrica de trabalhadores “dóceis e úteis”, de acordo com FOUCAULT⁴⁹.

O histórico do desenvolvimento econômico-social da sociedade descrito no presente tópico, contou com a teoria materialista elaborada por Karl MARX, que fundamenta e orienta a pesquisa crítica criminológica, por julgar necessário à compreensão dos fenômenos sociais, como, por exemplo, o crime. Isso porque as modificações estruturais ocorridas no modo e nas relações de produção se refletiram também na esfera do controle social⁵⁰.

⁴⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 9.

⁴⁷ RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, p. 20. MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 5. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 61. ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*, p. 13.

⁴⁸ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do Direito e o Marxismo*, p. 144-166.

⁴⁹ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 8.

⁵⁰ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 26.

A relação entre o cárcere, como instituição central de controle social, e a fábrica, como instituição central de produção material, é a matriz histórica da sociedade capitalista, desde a transformação do camponês (separado do campo e de seus meios de produção) em trabalhador livre (sem meios de produção) adaptado à fábrica, até a reprodução das condições em que se fundamenta o modo de produção capitalista, a separação trabalhador / meios de produção⁵¹.

À criminologia radical esse esteio histórico é, por consequência, importante, ao evidenciar que os mecanismos seletivos do processo de criminalização encerram uma conexão com o desenvolvimento da formação econômico-social.

As relações travadas na sociedade regida pelo modo de produção capitalista são capazes de explicar através de seu desenvolvimento o funcionamento do processo de criminalização, que será analisado em detalhes nos próximos tópicos.

⁵¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 46-47.

3 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

O Estado, que se localiza na superestrutura do modo produtivo capitalista, é composto por uma infinidade de entes e relações. Apresentado⁵² pelo juiz na atividade jurisdicional, é o ente detentor do poder de atribuir consequências institucionalizadas à violação de normas jurídico-penais.

Desde a concepção do *labelling approach* até a construção da criminologia crítica (ou radical), o tratamento das condutas desviantes (institucionalizados ou não) e de suas consequências (institucionalizadas ou não) são geridos sobre uma diminuta parcela de pessoas, se comparadas ao número global de sujeitos que infringem normas jurídicas.

A atividade estatal no âmbito criminal, denominada por ZAFFARONI de *seleção penalizante*, não se orienta de maneira aleatória, “mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que conformam o chamado sistema penal”⁵³ (agências policial, judicial e penitenciária)⁵⁴, sem que se olvide a influência, também, das agências que não foram engendradas pelo Estado com finalidade criminal (família, mídia, religião etc).

Ambas as “agências” concretizam o processo de criminalização, que é desenvolvido em dois passos, designados respectivamente, criminalização primária e criminalização secundária, que serão doravante esmiuçados – mas não exauridos –, tendo em vista os interesses do presente estudo.

Não se pretende realizar o esgotamento de determinado aspecto que compõe o processo de criminalização, mas de demonstrá-lo em sua integralidade, trazendo à lume aqueles elementos essenciais à compreensão cabal desse fenômeno que se realiza na sociedade capitalista.

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 288. O autor explicita a diferença entre *presentar* e *representar*. Quem *representa* faz presente aquele que presente não está. Quando se trata de pessoa jurídica, como é o caso do Estado – pessoa jurídica de direito público – a única maneira por meio da qual ela se faz presente é através de seus agentes devidamente investidos: “*estar presente para dar presença à entidade de que é órgão*”.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 8.

⁵⁴ De acordo com as definições enunciadas por BATISTA, CIRINO e ZAFFARONI às fls. 17-18 do presente.

3.1 Bem jurídico-penal

A criminalização primária é menos complexa e extensa do que a criminalização secundária. O momento jurídico-político que inicia essa etapa do *processo de criminalização* é o da determinação dos objetos que serão protegidos pelo Direito.

Preceitua ZAFFARONI que os bens aos quais o legislador reserva importância são bens considerados juridicamente e, portanto, batizados de *bens jurídicos*, caracterizando-se como “valores relevantes para a vida humana individual e coletiva”⁵⁵. Quando esses bens recebem amparo do legislador penal, sob pena de que sua violação acarrete uma consequência penal, tornam-se *bens jurídicos penalmente tutelados*.

Na tentativa de estabelecer um conceito acerca do bem jurídico-penal, ZAFFARONI fez a seguinte observação:

Bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam⁵⁶.

O jurista entende que a proteção proporcionada pelo Estado não tem o escopo de estabelecer relação direta com a “coisa” objeto de tutela, que pode ser, com a finalidade de exemplificar alguns dos capítulos da Parte Especial do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940), a administração pública, a família, a fé, a honra, a incolumidade pública, a integridade e saúde corporais, a liberdade individual, a propriedade etc.

Destarte, tende a amparar todas as pessoas, titulares dos bens jurídicos, do direito de dispor destes, sejam eles corpóreos ou incorpóreos. Nos dizeres de ZAFFARONI, “os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos”. Na esteira adotada pelo autor, sob a premissa de uma “relação de disponibilidade”, o Direito atuaria a partir do instante em que a prerrogativa de dispor

⁵⁵ O autor notifica o leitor ao fato de que a criação do conceito de bem jurídico é atribuída a BIRNBAUM in CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 5.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 439.

da propriedade, por exemplo, fosse comprometida pela atuação de um terceiro estranho à relação titular-bem jurídico⁵⁷.

Para BARATTA e CIRINO, o conceito de bem jurídico estabelece um “referente material que exprime a negatividade das situações conflituais”⁵⁸. O segundo doutrinador mencionado identifica a perspectiva adotada por ZAFFARONI, e compartilhada por outros penalistas latino-americanos, sob a postura de questionar o bem jurídico como objeto de proteção penal, pois “no homicídio e no estupro, por exemplo, a pena criminal não protegeria a vida, nem a sexualidade das vítimas”⁵⁹. Assim sendo, o bem jurídico não poderia estar expresso nas figuras do Código Penal, porque a intervenção estatal somente aconteceria após a degradação dos objetos, deixando de constituir verdadeira proteção, no sentido de prevenção ao dano.

De acordo com CIRINO, essa afirmação desconsidera o Direito Penal como um dos únicos meios legítimos para controlar condutas na configuração atual da sociedade. Faz-se mister atentar para as características do Direito Penal, subsidiário, última *ratio* idealizada para avaliar condutas humanas, e fragmentário, incapaz de monitorar a infinidade de situações que permeiam a vida em sociedade, selecionando apenas algumas.

Ademais, o conceito de bem jurídico é indispensável para a formação capitalista das relações sociais, “como critério de criminalização e como objeto de proteção do Direito Penal, conforme reconhecem as teorias jurídicas e criminológicas modernas”⁶⁰.

À guisa de conclusão, leciona o ilustre jurista com discernimento peculiar:

Na verdade, o bem jurídico é *critério* de criminalização porque constitui *objeto* de proteção – e poderia ser aflitivo imaginar o que aconteceria com a vida e a sexualidade humanas se não constituíssem *objeto* de proteção penal, ainda uma *resposta legítima* para determinados problemas. Assim, o objetivo de evitar a criminalização da *vontade do poder*, ou das *expectativas normativas* etc. – fundamento da rejeição do bem jurídico como **objeto** de proteção penal –, parece insuficiente; além disso, admitir a *proteção* de bens jurídicos pela criminalização não exclui a necessidade de

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 439-440.

⁵⁸ BARATTA, Alessandro. *Che cosa è la Criminologia Critica?* in **Dei Delitti e Delle Pene**, p. 63-70. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 14.

⁵⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 15.

⁶⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 15.

relevância do bem jurídico para constituir objeto de proteção penal – sempre *subsidiária* e *fragmentária* –, nem implica incluir *todos* os bens jurídicos como objeto de proteção penal.

Mais ainda, se a *fonte exclusiva* de bens jurídicos selecionados para proteção penal é a Constituição da República – o fundamento político do moderno Estado Democrático de Direito –, então a criminalização da *vontade do poder* ou de meras *expectativas normativas* parece remota; ao contrário, a rejeição do bem jurídico como objeto de proteção *fragmentária* e *subsidiária* da criminalização poderia criar um vazio legal preenchível pela *vontade do poder*, ou pelas *expectativas normativas* como *objetos* de criminalização. Em suma, a tese do **bem jurídico** como *critério* de criminalização e como *objeto* de proteção penal – ainda que a concreta lesão do bem jurídico indique a ineficácia de proteção –, explica o Direito Penal como garantia jurídico-política das formações sociais capitalistas⁶¹.

3.2 Atividade legiferante: tipificação

O tópico anterior versou fundamentalmente sobre o conceito de bem jurídico, pois este constitui parte da atividade legislativa e apresenta função teleológica, indicando a finalidade para qual a norma foi instituída⁶².

Assevera CIRINO que o objetivo declarado do Direito Penal, proferido pelo discurso jurídico oficial, é a proteção de bens jurídicos⁶³. A maneira específica através da qual a defesa estatal se formaliza é a tipificação, que configura a primeira etapa do *processo de criminalização: a criminalização primária*.

No Brasil, os agentes políticos, eleitos a compor os quadros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, são os responsáveis pela criminalização primária⁶⁴, comumente denominada atividade legislativa, produção normativa, elaboração de normas etc.

Segundo ZAFFARONI, a criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material, que incrimina ou permite a punição de certas pessoas⁶⁵. Essa descrição exprime o inverso do desígnio que a atividade legislativa de natureza criminal deveria desempenhar: referir-se essencialmente a condutas e atos.

⁶¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 15-16.

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 439.

⁶³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 5.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 8.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 7.

As normas jurídico-penais, assim como todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, advêm de uma decisão política. Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal têm por substrato a Constituição da República de 1988, “que enuncia realidades ou potencialidades necessária ou úteis para a existência e desenvolvimento individual e social do ser humano”⁶⁶.

Inobstante a norma jurídica abrolhe de uma decisão política fundada na Constituição, não se pode conferir alargamento interpretativo a ela: seu limite é o princípio constitucional da legalidade, que não permite qualquer transgressão sob o argumento de que a vontade do legislador difere daquela que usualmente o ordenamento jurídico confere à norma⁶⁷.

A preocupação se faz pertinente nesse âmbito, pois as decisões políticas que ensejam normas jurídicas são sempre reflexos de um momento histórico-social e que, no estágio em que se encontra o capitalismo, representa a criminalização de condutas praticadas por uma parcela da sociedade que não detém o domínio dos meios de produção.

A norma jurídico-penal que consolida a criminalização primária é ato dotado de formalidade inerente ao processo legislativo, e tem caráter necessariamente programático. O Direito Penal, formalizado através da legislação penal, adverte sobre os comportamentos que, se realizados no plano fático, serão objeto de alguma das consequências penais. Significa, portanto, que o Direito Penal “não pode ser interpretado como um objeto que se esgota em si mesmo”⁶⁸, mas como objeto que se realiza mediante um programa estatuído pela legislação penal e, por essa razão, dotado de caráter programático.

Por conseguinte, assevera ZAFFARONI:

Não podemos cair no pensamento mágico de que a simples institucionalização formal realiza o programa, quando simplesmente o enuncia⁶⁹. (...) Apesar da criminalização primária implicar uma primeira etapa seletiva, esta permanece sempre em certo nível de abstração, porque, na verdade, as agências políticas que produzem as normas nunca podem saber sobre quem cairá a seleção que

⁶⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 5.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 129-130.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 80.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 80.

habilitam, que sempre se opera em concreto, com a criminalização secundária⁷⁰.

Diante dessas afirmações de ZAFFARONI, doravante partiremos ao estudo da segunda etapa do processo de criminalização: a *criminalização secundária*.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 7.

4 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

4.1 Agências institucionalizadas / oficiais e agências não-institucionalizadas / não-oficiais

O programa instituído através da criminalização primária com contornos abstratos é concretizado por meio da *criminalização secundária*. Ambas as etapas do processo de criminalização são realizadas por *agências*, assim qualificadas para anteparar a pertinência equívoca de características atribuídas a outros vocábulos. Anota ZAFFARONI: “*Agência* (do latim *agens*, participio do verbo *agere*, *fazer*) se emprega aqui em sentido abrangente – e neutro – de entes ativos (que atuam)”⁷¹.

O sistema penal, compreendido pelo conjunto das agências institucionalizadas, promove o processo de criminalização através de relações internas – desenvolvidas entre si – e externas – adjacentes às agências não-institucionalizadas.

Apesar da possibilidade de interação, as agências se pautam em “interesses setoriais e controles de qualidade”⁷² que nem sempre são harmonizáveis com o ideário de todos os seus membros. Se isso ocorre *interna corporis*, não poderia ser diferente com relação às outras agências, em virtude, inclusive, de interesses corporativos divergentes.

As agências que compõem o sistema como um todo – e não apenas o sistema penal – distinguem-se, por conseguinte, da concepção de sistema como “órgãos do mesmo tecido que realizam uma função”⁷³.

As agências políticas são as responsáveis, consoante examinado no tópico anterior, pela criminalização primária.

Exercem ação penal⁷⁴ sobre determinadas pessoas as agências de criminalização secundária institucionalizadas pelo Estado e se constituem em número de três: as agências policiais, as agências judiciais e as agências penitenciárias.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 8.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 18.

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 18.

⁷⁴ Em acepção abrangente e não procedimental do Direito Processual Penal.

O controle social é exercido, ainda, por agências não-institucionalizadas, entes que compõem o Estado, mas que não foram desenhados com a finalidade precípua de efetuar controle, embora tenham adquirido historicamente essa característica, o que demonstra que “a seleção secundária é produto de circunstâncias conjunturais variadas”⁷⁵. De acordo com ZAFFARONI, são as agências de comunicação social (radiotelefonia, televisão, imprensa), as agências de reprodução ideológica (universidades, faculdades, institutos de investigação jurídica e criminológica), as agências internacionais (organismos especializados da ONU, OEA) e as agências transnacionais (cooperação de países centrais, fundações, entes para bolsas e subsídios)⁷⁶. Ademais, essas agências comportam inúmeros desdobramentos que podem ser reconhecidos ao longo dos mais variados estratos da sociedade, a família, a educação, a religião, os partidos políticos, a atividade artística, a investigação científica etc⁷⁷.

A enorme extensão e complexidade do fenômeno do controle social demonstra que uma sociedade é mais ou menos autoritária ou mais ou menos democrática, segundo se oriente em um ou outro sentido a totalidade do fenômeno e não unicamente a parte do controle social institucionalizado ou explícito⁷⁸.

4.2 Seletividade por estereótipos e o “direito penal simbólico”

A instituição de uma consequência à violação da norma penal necessita se desenvolver de acordo com um procedimento de fases subsequentes para estar jungida ao princípio da legalidade. Trata-se do procedimento que deve ser adotado desde a constatação do fato criminoso e não exclusivamente daquele estabelecido pelo Código de Processo Penal para a ação penal pública ou privada.

Como que em um *script* determinado pela cronologia da burocracia penal no Estado Brasileiro, somente os comportamentos escolhidos pela agência policial, com fulcro na legislação penal, serão encaminhados para as demais agências

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 8.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 18.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 8, 18.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 62.

institucionalizadas: a agência judicial e, posterior e eventualmente, a agência penitenciária.

Dessa forma, embora seja a primeira e principal responsável pelo intróito do desempenho da atividade criminalizante secundária, a agência policial possui um déficit operacional de recursos humanos e tecnológicos, que esbarra na burocracia quando há tentativa de solucioná-los, e “termina por esquecer suas metas e substituí-las pela reiteração ritual, mas em geral conclui fazendo o mais fácil”⁷⁹.

A confissão dessas precárias condições de trabalho se traduz em duas consequências excludentes entre si: (I) a inatividade, que poderia induzir à provável extinção da agência policial ou (II) a atuação realizada mediante seleção, seletividade.

Embora discordemos do presente posicionamento, ele se reafirma, segundo ZAFFARONI, sob os argumentos (I) da impossibilidade de submeter todas as relações sociais ao processo de criminalização, pois acarretaria uma desordem ainda maior⁸⁰ e (II) do crescimento da criminalidade, que transformou seu controle em uma utopia negativa⁸¹, admitindo-se com naturalidade que o sistema opere de forma seletiva, como se essa fosse a única solução. Significa dizer, portanto, reiterar-se, que apenas uma diminuta parcela de pessoas serão criminalizadas secundariamente, se comparadas à totalidade das condutas que infringem o estatuído abstratamente pela criminalização primária.

Ainda de acordo com ZAFFARONI, os indivíduos recebem um *treinamento diferencial*⁸², orientado pela origem étnica, nacionalidade, família, classe social, escolaridade e profissão, ou seja, pelas condições materiais de vida a que está sujeito desde a infância. O crime cometido reproduz esses critérios, pois o indivíduo utiliza dos recursos que o tenham sido proporcionados pelo treinamento a que foi submetido.

O processo de criminalização secundária seleciona pessoas (I) cuja detecção do ato criminoso é mais fácil e (II) que constituam as classes subalternas da sociedade.

Para o primeiro elemento de seleção, o indicador *treinamento diferencial* assume importância fundamental, pois as classes subalternas possuem recursos

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 8.

⁸⁰ ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*, p. 10.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 7.

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 9.

primitivos para a execução do crime, e a falta de sofisticação e estratégia permite que sua existência seja percebida com maior facilidade.

O pertencimento à classe social subalterna norteia a seleção, outrossim, em virtude da deficiência de poder aquisitivo para contratar um bom advogado e mobilizar o interesse da mídia, agência não-institucionalizada que desempenha controle e influência social. Ou seja, “por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva”⁸³.

Prescreve o princípio constitucional da isonomia, artigo 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, de modo que ocorre infração quando há aplicação arbitrária do Direito Penal realizada pelas autoridades e expressa pela seletividade, assistindo razão à ZAFFARONI acerca da análise do fenômeno da seletividade sob a perspectiva jurídica.

Sob a perspectiva social, o comportamento criminoso proveniente da classe subalterna mobiliza a mídia exclusivamente com a finalidade de indicá-los como os únicos delitos cometidos na sociedade capitalista, contribuindo, assim, para a construção do estereótipo do criminoso no imaginário da população.

Esses sujeitos, na maioria das vezes desprovidos de condições elementares de vida, passam a ser também considerados “desprovidos de valores humanos” e suas características são associadas à criminalidade por indicadores “classistas, racistas, etários, de gênero e estéticos”⁸⁴.

O estereótipo criminal se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa – e por isso, com treinamento primitivo –, cujos eventuais delitos, habitualmente, somente podem ser obras grosseiras, o que não faz mais do que reforçar os prejuízos racistas e classistas⁸⁵.

O estereótipo se converteu no codificador basilar sobre o qual opera a criminalização secundária. A mídia, por sua vez, divulga a população carcerária do Brasil com uma regularidade referente ao pertencimento do autor de condutas incriminadas à classe social subalterna. É forçoso concluir que tal observação

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 8.

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 9.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, p. 11.

constate um fenômeno aleatório do sistema quando se verifica empiricamente que a criminalização é realizada mediante seleção de pessoas e não de condutas.

As estatísticas criminais, que serão em breve objeto de estudo, apregoam através da mídia que os comportamentos ilícitos que abarrotam as penitenciárias são delitos naturais, como o homicídio, o estupro, quando, na verdade, estão lotadas por autores de crimes patrimoniais. Essa constatação é importante, pois demonstra o desinteresse em divulgar a real natureza dos crimes selecionados e ocultar o fato de que, na maioria das vezes, são apenas as condutas praticadas em desfavor das classes hegemônicas que sofrem criminalização.

Ambas as notícias (do ‘tipo do criminoso’ e da natureza dos delitos) condicionam e confortam a atividade das agências institucionalizadas para o controle social, que inoperam no domínio, por exemplo, dos delitos cometidos pelo e contra o poder econômico (*white-collar crimes* ou crimes do colarinho branco), do terrorismo, que pode lesionar inúmeras culturas; e, principalmente, com relação aos criminosos que não se enquadram na moldura do estereótipo⁸⁶.

As condutas exequíveis por sujeitos pertencentes aos setores hegemônicos da sociedade capitalista e que causam prejuízos à totalidade da população, esquivam-se do processo de criminalização: “ou não são definidas como crime, ou o são de modo impreciso e vago, ou a natureza irrisória das penas transforma sua prática em algo lucrativo”⁸⁷. Ademais, quando esses comportamentos são submetidos ao processo de criminalização, a pretensão coletiva de gerar consequências criminais resta frustrada.

Essa é a função do direito penal simbólico. Fornece-se a impressão, de tempos em tempos, de que as pessoas que cometem crimes econômicos, ambientais, tributários e contra as relações de consumo, não ficarão impunes simplesmente por pertencerem à classe social dominante. Realiza-se o inquérito policial, procede-se à denúncia pelo Ministério Público Federal, contudo, as consequências criminais não incidem ou, quando incidem, vêm acompanhadas de inúmeros benefícios.

ZAFFARONI desenvolveu a “Teoria da Vulnerabilidade Seletiva”⁸⁸, que é capaz de sintetizar todo o exposto: as pessoas vulneráveis à criminalização

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 9.

⁸⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 12.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 9.

secundária são aquelas que possuem as características do estereótipo criminoso. “Cada uma delas tem um estado de vulnerabilidade ao poder punitivo que depende de sua correspondência com um estereótipo criminal”⁸⁹. Ou seja, a situação de vulnerabilidade corresponde à concreta posição de risco criminalizante.

Diante dessa concepção, duas situações representam de um modo geral a relação entre estereótipo, vulnerabilidade e criminalização. Se um sujeito possuir as características estereotipadas, necessitará de pequena diligência para se colocar em posição de risco criminalizante, independentemente de se tratar de um criminoso ou não, isso porque o estado de vulnerabilidade é alto. Inversamente, o sujeito que não possui o estereótipo do criminoso necessita de grande empenho para se colocar em posição de risco criminalizante, pois parte de um estado de vulnerabilidade muito baixo.

Por fim, a gravidade do delito somente configura um fator influente na criminalização quando eleva a vulnerabilidade do candidato.

A criminalização pautada na seletividade acontece em diferentes sistemas penais, nos quais a violência institucionalizada varia na mesma proporção em que se apresentem as características de estratificação, divisão desigual de riquezas e empecilhos para mobilidade social vertical. Anunciava ZAFFARONI:

A seletividade é estrutural e, por isso, não há sistema penal no mundo cuja regra não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato, não obstante de que em alguns essa característica estrutural alcance graus e modalidades aberrantes⁹⁰.

Retomando a questão referente às agências, como já foi dito anteriormente, a judicial é limitada pela atuação da policial, uma vez que, somente os casos de criminalização por esta chegará ao conhecimento daquela. À agência penitenciária são remetidos outros poucos submetidos à agência judicial e condenados, demonstrando que o sistema opera de forma oposta à difundida pelo discurso jurídico.

A agência policial é, via de regra, excluída da atividade criminalizante, que, por sua vez, seria realizada pelo legislador penal e pelo juiz criminal. Entretanto, como pudemos explorar no presente tópico, a seleção mais importante é realizada pela polícia e pode ser contida pelo juiz, a quem o legislador conferiu certa

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 11.

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 12.

liberdade, pois desconhecia os destinatários da criminalização abstrata que havia desenvolvido.

Sob todas essas filtragens, aparentemente o número de indivíduos criminalizados e aprisionados é pequeno ainda nos países em que a criminalização ocorre com mais intensidade. Poder-se-ia concluir que “o poder criminalizante é bastante escasso como poder de controle social”⁹¹.

Todavia, simplificar nessa assertiva um fenômeno como o da criminalização não é salutar.

A criminalização secundária é quase um pretexto para que as agências policiais exerçam um formidável controle configurador positivo da vida social, que em nenhum momento passa pelas agências judiciais ou jurídicas⁹².

São concedidas permissões desnecessárias e diferenciais às agências policiais, que culminam na maioria das vezes na violação à intimidade, à privacidade das pessoas, sob o manto da prevenção e vigilância para a segurança ou investigação com fins criminalizantes.

Constituem um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de modo tão arbitrário quanto desregulado, e que proporcionam um poder muito maior e enormemente mais significativo que o da reduzida criminalização secundária⁹³.

A revisão bibliográfica demonstrou que a aplicação das normas criminais depende da posição de classe do acusado, uma variável independente que minimiza ou cancela princípios de hermenêutica ou dogmática jurídica, instituindo um autêntico direito penal do autor: indivíduos pertencentes aos grupos marginalizados do mercado de trabalho reúnem as maiores probabilidades de criminalização; por outro lado, a posição precária no mercado de trabalho (subocupação, mão-de-obra desqualificada) ou defeitos de socialização ou escolarização, constituem variáveis intervenientes no processo de criminalização⁹⁴.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 13.

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 13.

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 13.

⁹⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 15.

4.3 As *cifras negra e dourada* da criminalidade e a ineficácia das estatísticas na esfera criminal

A criminalização é um programa tão imenso, que nunca e em nenhum país se pretendeu realizá-la em toda sua extensão, e nem sequer parcialmente considerá-la, pois é inimaginável⁹⁵.

Há discrepância substancial entre as condutas que se adéquam ao tipo penal prescrito através da criminalização primária e o número de condutas que efetivamente chegam ao conhecimento das agências oficiais do Estado para o controle social, descrita, basicamente, por meio de duas circunstâncias.

Especialmente nos crimes patrimoniais em que o dano seja mensurado como irrelevante e nos crimes sexuais, no mais das vezes constrangedores, as vítimas deixam de registrar ocorrência e acionar a agência policial. Ainda, provocam defasagem estatística os crimes sem vítima que não são investigados por desinteresse da agência policial.

A diferença entre a criminalidade real e a criminalidade aparente (registrada) é denominada *cifra negra* ou *oculta*⁹⁶. ZAFFARONI menciona em duas obras distintas passagem praticamente idêntica acerca dessa denominação: a diferença é tão grande, inevitável e inalcançável que o termo não é capaz de ocultá-la⁹⁷.

De outro viés, os crimes sistêmicos praticados pelo “poder político e econômico (a nível nacional e internacional), em prejuízo da coletividade e dos cidadãos e em proveito das oligarquias econômico-financeiras”, configurados como crimes econômicos, tributários, ambientais e contra as relações de consumo, não são investigados por interesse da agência policial, “conjugados às complexidades legais, às cumplicidades oficiais e à atuação de tribunais especiais”⁹⁸. A criminalidade do colarinho branco (*white-collar crimes*) é representada pela *cifra dourada*.

Diante do exposto, as estatísticas criminais devem ser consideradas mediante análise crítica, pois não são capazes de esclarecer fidedignamente a criminalidade real cometida na sociedade. Para o âmbito do presente estudo – o processo de

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 8.

⁹⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 21.

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 8. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 73.

⁹⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 11, 53.

criminalização – as estatísticas são convenientes, pois demonstram de que forma o sistema penal labora, menos repressivo sobre “certas pessoas ou ações, por circunstâncias estruturais ou acidentais imponderáveis”⁹⁹.

As empresas midiáticas, por sua vez, não informam sobre uma série de ilícitos, ocultando-os, enquanto divulgam e provocam a impressão pública de que a delinquência decorre somente dos setores subalternos da sociedade.

A criminalização dos estratos sociais carentes em nada altera o imenso oceano de ilícitos dos segmentos hegemônicos, praticados com maior refinamento e quase absolutamente impunes¹⁰⁰.

Devidamente inseridas na seara da pesquisa criminológica que ora se desenvolve, as estatísticas criminais são consideradas pela criminologia radical um produto da luta de classes nas sociedades capitalistas. Os crimes da classe trabalhadora desorganizada (*lumpenproletariado*, desempregados crônicos e marginalizados sociais, que compõem a *criminalidade-de-rua*) são super-representados nas estatísticas. Os crimes da classe trabalhadora organizada (integrada no mercado formal de trabalho, que compõem a *criminalidade de fábrica*) inexistem nas estatísticas por força da inevitável obstrução dos processos produtivos. Os crimes da pequena burguesia (profissionais liberais, burocratas, administradores), constituem a dimensão inferior da criminalidade de colarinho branco e raramente são computados nas estatísticas. Finalmente, os crimes praticados pelas classes dominantes (burguesia) são excluídos das estatísticas criminais¹⁰¹.

4.4 Estigma DE criminoso

Com o auxílio da “Teoria da Vulnerabilidade Seletiva”, desenvolvida por ZAFFARONI e exposta anteriormente, demonstrou-se que os indivíduos se encontram em situação desigual na sociedade principalmente perante a

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 73.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, p. 11.

¹⁰¹ CIRINO DOS SANTOS, Juares. *A Criminologia Radical*, p. 13-15.

criminalização secundária, que se orienta segundo características estereotipadas localizadas nas classes subalternas, substratos marginalizados e humildes.

As pessoas que se submetem ao processo de criminalização adquirem o rótulo de criminoso, que produz repulsa de grande parte da sociedade e identificação de outra parcela. A identificação será objeto de estudo do próximo tópico. O rótulo e a repulsa, por sua vez, provocam a consequência da estigmatização social. “Estigma - **1** Marca indelével. (...) **3** Marca produzida por ferrete, com que antigamente se marcavam escravos, criminosos etc. **4** Sinal infamante; labéu, ferrete. (...) **6** Cicatriz de uma ferida ou chaga”¹⁰². Acerca dessa marca causada em determinados sujeitos o histórico basilar será extraído da obra de BACILA¹⁰³.

Na antiguidade, o estigma era uma marca real feita no corpo ou no rosto de algumas pessoas. Hodiernamente, trata-se de um conceito abstrato, que significa um indicativo negativo, voltado à imagem social que se faz de um indivíduo e gera profundo descrédito que pode ser entendido como defeito, fraqueza ou desvantagem.

Deste modo, o estigma possui duas dimensões: (I) uma objetiva (v.g., um sinal, um uso, a cor da pele, a origem, a doença, a nacionalidade, a embriaguez, a pobreza, a religião, o sexo, a opção sexual, a deficiência física ou mental); (II) e uma subjetiva (a atribuição de valores negativos às pessoas que apresentam essas características ou estados).

É realizada uma associação de fatores quase que aleatoriamente que os atribuem significados como que em um determinismo. Os estigmas criam critérios e conseguem estabelecer regras de discriminação entre os sujeitos. Segundo o autor, criam-se regras para além das regras – as meta-regras –, que, ressalte-se, não são admitidas pelo Direito.

Em razão do que já foi exposto, é necessário pontuar uma diferenciação entre conceitos que, sem reserva, são utilizados indistintamente. O estereótipo “pode ser confirmado pelas instituições e transformar-se em desqualificação permanente da pessoa, criando um processo de estigmatização”. Significa dizer, a estigmatização é

¹⁰² Definição online de *MICHAELIS* – O Moderno Dicionário da Língua Portuguesa in <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=estigma>

¹⁰³ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*, 2008.

uma consequência da aplicação reiterada dos estereótipos, no processo de criminalização, para selecionar pessoas.

A estigmatização penal é a única diferença entre comportamentos obviamente idênticos, porque a condenação criminal depende, além das distorções sociais de classe, de circunstâncias de sorte/azar relacionadas a estereótipos criminais, que cumprem funções sociais definidas: o criminoso estereotipado é o ‘bode expiatório’ da sociedade, objeto de agressão das classes e categorias sociais inferiorizadas, que substitui e desloca sua revolta contra a opressão e exploração das classes dominantes¹⁰⁴.

Estigmatizar é também uma forma de promover controle social e manutenção das classes hegemônicas no poder. Não se olvide, outrossim, que o estigma não segrega exclusivamente a pessoa a que diretamente se remete, como também se estende a toda sua família e agregados.

“O Direito não é a única forma de afirmação de estigmas, aliás, torna-se difícil separar, na prática, as regras jurídicas das regras sociais estigmatizadoras”¹⁰⁵.

4.5 A identificação e a carreira criminosa

O estereótipo se constitui no principal critério seletivo da criminalização secundária, através do qual é observada certa regularidade na população carcerária. As teorias criminológicas tradicionais os denominavam como causas do delito, quando em verdade, como já se pode observar, são causas da criminalização.

Contudo, existe uma situação em que o estereótipo criminal se torna, grosso modo, causa do delito e que já era objeto de estudo do *labelling approach*. Isso se verifica “mediante os efeitos de estigmatização penal, sobre a identidade social do indivíduo, ou seja, sobre a definição que ele dá de si mesmo e que os outros dão dele”¹⁰⁶. Significa dizer que, a partir do momento que se inicia a persecução penal embasada em estereótipos, provocando estigmatização no sujeito, os efeitos daí decorrentes fazem com que ele se identifique com a atividade criminosa e marque o início de sua inserção em carreiras criminosas.

¹⁰⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 20.

¹⁰⁵ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*, p. 23-25, 29-31.

¹⁰⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*, p. 179.

A identificação e o ingresso em carreiras criminosas é

reforçado por processos de reação, que intervêm ao nível informal. Estes dizem respeito sobretudo “à distância social”, que isola a população criminosa do resto da sociedade, e à “proibição de coalizão”, que desencoraja toda forma concreta de solidariedade com os condenados e entre eles¹⁰⁷.

Como foi visto no tópico anterior, esses são os efeitos da estigmatização penal, que atuam, inclusive, não só no âmbito da pessoa criminalizada, como também de seus familiares e agregados.

De acordo com BARATTA, a constituição da população criminosa, de acordo com a atividade seletiva exercida pelas agências de controle social, demonstra a “real assunção, a nível de comportamento, de papéis criminosos por parte de um certo número de indivíduos, e a sua consolidação em verdadeiras e próprias carreiras criminosas”¹⁰⁸.

Dessa forma, o autor da conduta desviada, portador do estereótipo criminal, assume o papel que lhe é atribuído pelo sistema. A isso se denomina *self-fulfilling prophecy*, a profecia que se auto-realiza¹⁰⁹. A reincidência criminal é denominada *efeito reprodutor da criminalização* ou *desviação secundária*. Segundo o *labelling approach*, “o desvio secundário é uma resposta seqüencial à criminalização pelo desvio primário, que marca o comprometimento do criminalizado em uma carreira desviante, como impacto pessoal da reação social”¹¹⁰. Ou seja, a reincidência é uma demonstração dos efeitos que a primeira condenação tem sobre o indivíduo.

O sistema penal propicia a formação de carreiras criminosas principalmente com relação aos crimes patrimoniais que são cometidos.

Particularmente, dentre as pessoas originárias das camadas mais humildes da sociedade, o sistema seleciona aqueles que, tendo caído em uma primeira condenação, surgem como bons candidatos a uma segunda criminalização, levando-os ao ingresso no rol dos desviados, como resultado do conhecido fenômeno psicológico do “bode expiatório”¹¹¹.

¹⁰⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*, p. 180.

¹⁰⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*, p. 179.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*, p. 10. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 72. BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*, p. 27.

¹¹⁰ CIRINO DOS SANTOS. *A Criminologia Crítica*, p. 19-20.

¹¹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 13-14.

Com fulcro na análise desenvolvida pelos juristas, observou-se que o sistema penal não previne, mas condiciona o crime, criando verdadeiras carreiras criminosas. A prisão, reconhecida por seu evidente fracasso, não consegue mais esconder seus objetivos reais de gestão diferencial da criminalidade e de garantia das relações sociais desiguais da contradição capital / trabalho assalariado das sociedades contemporâneas¹¹².

¹¹² ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*, p. 16. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 13-14. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 228-239.

5 CONCLUSÃO

Sob a perspectiva das funções reais, pode-se evidenciar através da abordagem realizada no presente estudo, que o Direito Penal vem obtendo êxito aos propósitos que enuncia. O resultado da atuação da criminalização primária e da criminalização secundária, vale dizer, o processo de criminalização, assegura a reprodução social de condições desiguais entre os indivíduos nas sociedades contemporâneas.

Na esfera da criminalização primária, os bens jurídicos selecionados como objeto de tutela estatal incriminam condutas lesivas às relações de produção e circulação, mediante amparo aos interesses e necessidades que constituem crimes patrimoniais e, portanto, cuja maior probabilidade de execução recai sobre as classes sociais subalternas, carentes dos meios materiais de subsistência.

De outro viés, as classes sociais hegemônicas, que através dos métodos explicitados se perpetuam no poder, pretendem demonstrar a tipificação como atividade legislativa neutra e embasada em bens jurídicos gerais, que protegem interesses e necessidades de todos os sujeitos envolvidos nas relações de produção e circulação, independentemente da posição social ou da classe em que se encontrem.

Somadas essas características às da criminalização secundária revela-se empiricamente que a proteção de valores pelo Direito Penal é essencialmente desigual: a posição de classe do autor de condutas incriminada na formação social determinará o tratamento a que esse indivíduo será submetido. De acordo com CIRINO:

- a) titulares desses bens jurídicos pertencentes às classes ou categorias sociais hegemônicas são protegidos como *seres humanos*, os verdadeiros sujeitos da formação econômico-social;
- b) titulares desses bens jurídicos pertencentes às classes ou grupos sociais integrados nos processos de produção / circulação material como *força de trabalho* assalariada, são protegidos apenas como e enquanto *objetos*, ou seja, como energia necessária à ativação dos meios de produção / circulação e capaz de produzir valor superior ao seu preço de mercado: a *mais-valia*, extraída do tempo de trabalho excedente;
- c) titulares desses bens jurídicos pertencentes aos

contingentes marginalizados do mercado de trabalho, *sem função* na reprodução do capital (a força de trabalho excedente das necessidades do mercado), não são protegidos nem como *sujeitos*, nem como *objetos*: são destruídos ou eliminados pela violência *estrutural* das relações de produção, ou pela violência *institucional* do sistema de controle social, sem conseqüências penais¹.

Ainda, deve-se observar que a realidade concreta da aplicação seletiva da sanção penal, levada a efeito principalmente através da pena privativa de liberdade, acaba por completar o ciclo de preservação do modo de produção capitalista, eis que o sistema prisional, ao invés de reintegrar o indivíduo na sociedade, como declaradamente se propõe (prevenção especial positiva), acaba por desintegrar socialmente os indivíduos sem função na reprodução do capital e por docilizar os que constituem as molas propulsoras do sistema, como se verifica das análises de CIRINO e FOUCAULT.

Nesse sentido, o processo de criminalização, em sua integralidade teórica e empírica, sustenta o mito inerente ao Direito Penal, que consiste na premissa de um direito igualitário. Segundo essa premissa, os bens jurídico-penais são de interesse de todos os sujeitos que compõe a sociedade e são protegidos de maneira isonômica. Ainda se diz que inexiste distinção entre sujeitos a partir do momento que normas jurídico-penais são violadas.

As críticas a essas premissas indicam aquilo que foi apresentado pelo presente estudo: o Direito Penal só defende interesses essenciais, fazendo-o de modo fragmentário e com intensidades desiguais; a posição social dos indivíduos influencia o processo de criminalização, sendo percebida com maior facilidade na atividade das agências que realizam a criminalização secundária; esse processo desigual ignora a danosidade social dos atos incriminados, contudo, é fator de incremento quanto o ato é cometido pelas classes sociais subalternas, ou seja, reitere-se, em virtude da posição social do indivíduo.

Assim, e ante o exposto, parece ser lícito concluir que o processo de criminalização, abrangendo aqui as etapas primária e secundária, cumpre a função de conservação e de reprodução das condições sociais:

a punição de determinados comportamentos e sujeitos contribuiria para manter a escala social vertical e serviria de

¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 11.

cobertura ideológica a comportamentos de sujeitos socialmente imunizados, constituindo-se no mais poderoso mecanismo de reprodução das relações de desigualdade do capitalismo².

² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 15, 18.

REFERÊNCIAS

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>. Acesso em 19/03/2009.

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: Um Estudo sobre os Preconceitos*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal* / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. *Che cosa è La Criminologia Critica?* in **Dei Delitti e delle Pene**, n.1, 1991.

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

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalheite. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Trad. apres. e notas por Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Tomo I. Atualizada por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. *A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal*. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf. Acesso em 19/03/2009.

_____. *30 anos de Vigiar e Punir*. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/30anos_vigiar_punir.pdf. Acesso em 19/03/2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia – 2. ed. Buenos Aires – Argentina: Ediar, 2002.

_____. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral* / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.