

CARLOS ROBERTO BACILA

ESTIGMAS COMO META-REGRAS DA ATIVIDADE POLICIAL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná.

**Orientador:
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

CURITIBA

2004

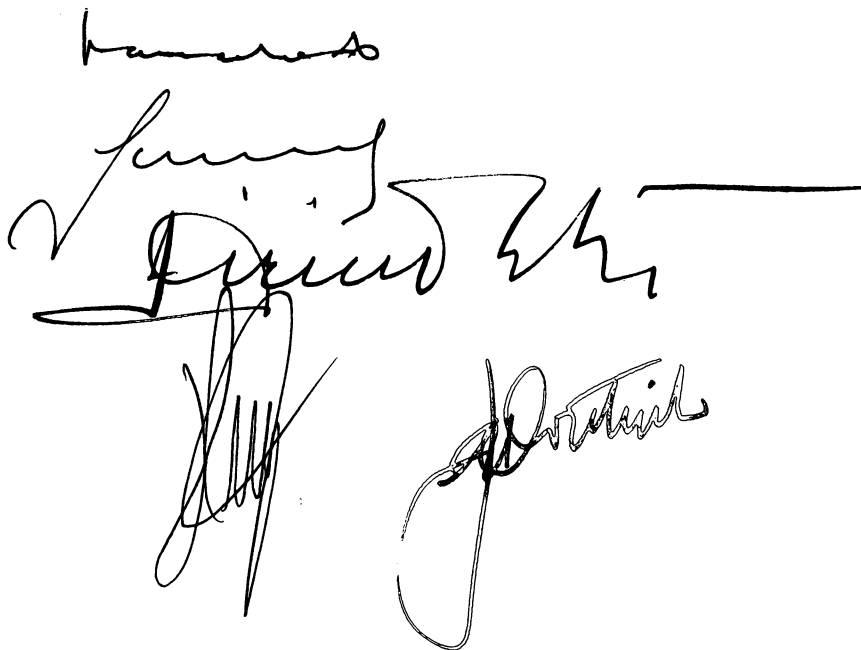
TERMO DE APROVAÇÃO

CARLOS ROBERTO BACILA

ESTIGMAS COMO META-REGRAS DA ATIVIDADE POLICIAL

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, no Curso de Pós-Graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Universidade Federal do Paraná

The block contains five handwritten signatures in black ink. The signatures are arranged in a cluster, with some overlapping. The names are not legible due to the cursive style.

Curitiba, de de 2004

AGRADECIMENTOS

Para a realização deste trabalho, concorreram de forma decisiva algumas pessoas que devem ser lembradas mais uma vez.

Primeiramente devo mencionar aqueles que colaboraram diretamente com entrevistas pessoais, extremamente gentis, num momento em que a luta pela construção da tese estava em andamento – e, saliente-se, o socorro prestado nesta fase é muito mais sensível. Entre essas pessoas, destaco: o Professor Doutor Luiz Alberto Machado, meu eterno mestre de Direito Penal, com quem, felizmente, mantenho contato desde a graduação na Universidade Federal do Paraná e que sempre enfatizou o caráter estigmatizador da atuação do sistema penal; o Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos, que tantas lições me ensinou, especialmente sobre meta-regras, textos em alemão e outros temas de Criminologia, sendo o meu eterno mestre da disciplina; a Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho que, além de doutrinar-me sobre a questão feminina, emprestou-me obras inestimáveis (mais de uma dezena de livros) devidamente empregadas e citadas; o Professor de Criminologia Doutor Fritz Sack, que me recebeu no Instituto de Hamburgo e durante horas discorreu sobre suas idéias de meta-regras e seu pensamento atual; o Professor de Direito Penal e Processual Penal Doutor Kai Ambos, do Instituto Max-Planck, de Freiburg in Bresgau, por ter, tanto na Alemanha quanto no Brasil, me deixado compartilhar dos seus ensinamentos; o Professor de Direito Penal Hans Jescheck, que me recebeu em Freiburg e generosamente debateu sobre os temas solicitados; o Professor de Filosofia e Direito Penal Doutor Günther Jakobs, que fraternalmente me recebeu na Universidade de Bonn e, que ao saber da minha admiração pelo seu antecessor na Cátedra, o Professor Hans Welzel, pacientemente falou-me sobre o mestre da Teoria Finalista da Ação, inclusive permitindo-me o acesso ao Tratado de Direito Penal Alemão rascunhado pelo Doutor Welzel para a segunda edição; o Professor Doutor Eugenio Raúl Zaffaroni que, em sua rápida passagem pela cidade de Curitiba, pacientemente discorreu sobre aspectos fundamentais do Direito Penal; o Professor Mestre Paulo Rangel, da Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro, que incansavelmente prelecionou sobre temas de Processo Penal; o Professor de Direito Penal Doutor Richard Vogler, da Universidade de Sussex que, debateu durante várias oportunidades em São Paulo e Curitiba sobre a polícia e o sistema britânicos; o Professor de Direito Processual Penal Doutor Juan-Luís Gómez Colomer, que, na cidade de São Paulo, incansavelmente revelou-me aspectos práticos e teóricos da polícia na Espanha; os Professor de Processo Penal Doutor Julio Maier, que durante valiosas ocasiões prelecionou-me sobre garantismo; em se tratando de

garantismo, sempre serei grato pelos primeiros ensinamentos recebidos do Professor Salo de Carvalho; o Professor Doutor Luiz Edson Fachin, pelos ensinamentos que transcendem a sala de aula; os Professores Doutora Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor (Argentina), Alfongo M. Dorado E. (Bolívia); Fauzi Hassan Choukr (Brasil), Claudio Díaz Uribe (Chile), Oscar Julián Guerrero Peralta (Colômbia), Daniel González Álvarez e Helena Ulloa Ramírez (Costa Rica), Ramón de la Cruz Ochoa (Cuba), Jaime Martínez Ventura (El Salvador), Julio César Rivera Clavería (Guatemala), Ernesto López e Sergio Guarezma Terán (Nicarágua), César San Martín Castro (Peru), José Luis G. González (Uruguai), Sergio Brown Cellino (Venezuela) e Ezequiel Malarino (Itália), pelo debate sobre polícia na América Latina, sob a coordenação do Professor Kai Ambos e do Instituto Max-Planck, o que culminou com a obra conjunta *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*.

Outros apoios importantes foram da Professora Antônia Schwinden, porque, nos momentos de caos, mostrou que a ordem deve imperar, e de Léia Rachel Castellar, pelo paciente trabalho de editoração.

De igual forma, existem outras pessoas especiais e instituições às quais não posso deixar de agradecer profundamente: à Jussara, à Sandra, à Laura, Fátima e à Cris, empenhadas profissionais da UFPR; aos servidores do Instituto Max-Planck; à PUCPR e à Universidade Tuiuti; aos Professores e servidores do Instituto de Criminologia de Hamburgo; às polícias da Inglaterra, Itália, Alemanha, San Marino, Estados Unidos, Argentina e Brasil e, finalmente, à casa que me criou, a Universidade Federal do Paraná.

Sobre o meu orientador, Professor de Processo Penal Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, devo falar em separado porque o seu trabalho comigo vem desde a orientação da dissertação para a obtenção do título de Mestre. Neste sentido, muito eu já havia aprendido com ele a respeito de aprofundar as pesquisas e as fontes e da necessidade de conhecer a literatura da forma mais ampla possível. Isto facilitou muito o trabalho da tese, pois me restava apenas seguir o mesmo caminho. Mas, como se isto só não bastasse, o Professor Jacinto não recusou uma só entrevista ou ensinamento e, diga-se de passagem, olhando para o texto e elaborando um processo hipotético de eliminação, sem o meu orientador, não sobraria nada. As conversas duraram muitas e muitas horas, os livros emprestados foram muitos – à maioria deles eu não teria acesso sem percorrer distâncias sem fim. A leitura integral da tese e a rigorosa correção deixaram-me mais seguro e confiante e, principalmente, com um débito que só posso recompensar se eu exercer o magistério com a mesma solidariedade e generosidade que o Professor Jacinto o exerce.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1
1 META-REGRAS.....	6
1.1 A NORMA E A LEI PENAL	6
1.2 META-REGRAS.....	38
2 ESTIGMAS.....	73
2.1 A ORIGEM DOS ESTIGMAS.....	73
2.2 CONCEITO	74
2.3 CARACTERÍSTICAS: ASPECTO OBJETIVO E SUBJETIVO	82
2.4 CONSEQUÊNCIAS	83
2.5 ESTEREÓTIPOS	84
2.6 ESPÉCIES DE ESTIGMAS	87
2.7 ORIGEM HISTÓRICA DOS ESTIGMAS.....	89
2.8 O PRENÚNCIO DOS ESTIGMAS NO DIREITO: VINGANÇA PRIVADA E VINGANÇA DIVINA	99
2.9 VINGANÇA PÚBLICA E INCREMENTO DOS ESTIGMAS	104
2.10 O ESTIGMA DA RELIGIÃO	127
2.11 PERSPECTIVAS MODERNAS E CONTEMPORÂNEAS.....	149
3 POLÍCIA.....	167
3.1 POLÍCIA E ESTIGMAS	167
3.2 POLÍCIA ANTIGA	169
3.3 POLÍCIA NA IDADE MÉDIA	173
3.4 ABSOLUTISMO	176
3.5 ILUMINISMO E PERFIL ATUAL	177
3.6 POLÍCIA E ESTIGMAS – META-REGRAS – DA ATUALIDADE	183

4	POLÍCIA E DIREITO ESTIGMATIZADOR	258
4.1	INTEGRANTES DO SISTEMA PENAL.....	258
4.2	SISTEMA JURÍDICO	263
4.3	VARIANTES DO RESULTADO DO ESTUDO DA POLÍCIA A PARTIR DE ESTIGMAS E META-REGRAS.....	292
	CONCLUSÃO	329
	REFERÊNCIAS	333

RESUMO

O presente trabalho demonstra que a polícia, em geral, interpreta as regras jurídicas por meio de meta-regras – mecanismos que a influenciam na aplicação da lei, tais como regras, princípios, traumas, preconceitos – e que meta-regras fundamentais (as ilegítimas) são os estigmas. Este fator – estigma – faz com que o projeto de atuação da polícia seja, desde o início, comprometido, porque tem o seu eixo deturpado. Com efeito, a polícia opera com uma legislação que, em geral, privilegia alguns (favorecidos economicamente – não estigmatizados) e prejudica outros (pobres, raças não predominantes, mulheres, religiosos, idealistas – estigmatizados). Onde, a própria lei está centrada em estigmas. Além disso, quando a lei 'parece' igualitária, as partes desfavorecidas sofrem a perseguição preferencial da polícia, como se fossem verdadeiros 'clientes' do sistema, em decorrência do direito aplicado na realidade, mediante meta-regras decisivas. A doutrina já havia concluído que a interpretação do direito por meio de certas meta-regras, ao atribuir o caráter de criminoso a alguém, estigmatiza. O presente estudo demonstra que as próprias meta-regras são baseadas em estigmas que, por sua vez, geram outros estigmas, num círculo vicioso. Constatado o problema, passa-se a propor um sistema policial com o eixo centrado no respeito à dignidade humana, sem discriminar ninguém ou atender à legislação discriminadora ou ainda proceder de forma preconceituosa; conclusões estas que, aliás, bem poderão servir para todos os operadores do direito e, quiçá, a todos os seres humanos. Estas propostas têm base, afinal, num raciocínio lógico: não se deve perguntar 'por que excluir estigmas?'; a pergunta que se formula e responde é: 'por que criar e manter estigmas?'.

Palavras-chave: Estigmas; Meta-Regras; Polícia.

ABSTRACT

This study shows that the police, in general, interprets legal rules through meta-rules – mechanisms that affect law enforcement, such as rules, principles, trauma, prejudice – and that fundamental meta-rules (the illegitimate ones) are the stigmata. This element – stigma – affects police action from the start, since its axis is distorted. In fact, the police operates within a legislation which, in general, privileges a few (those better-off economically – non-stigmatized), and harms others (the poor, those of a non-predominant ethnic background, women, religious people, idealistic people – the stigmatized). Therefore, law itself is centered on stigmata. In addition, when law “seems” to be equalitarian, the parties held in disfavor are especially persecuted by the police, as if they were the true “clients” of the system, due to the law being applied in fact through decisive meta-rules. Doctrine had already concluded that the interpretation of law through certain meta-rules, as it characterizes someone as a criminal, stigmatizes. This study shows that the meta-rules themselves are based on stigmata which, in turn, generate other stigmata, in a vicious circle. The problem having been acknowledged, we go on to propose a police system focused on the respect for human dignity, neither discriminating anyone nor complying with a discriminating legislation, nor even acting in a prejudicious way. Such conclusions may well be suitable to all law enforcers and, perhaps, to all human beings as well. Our proposals are based on logical reasoning: instead of asking “why exclude the stigmata?”, what we should ask and answer is: “why create and maintain stigmata?”

Key words: Stigmata; Meta-Rules; Police.

INTRODUÇÃO

Se é certo que a legislação penal atual enfrenta alguns problemas fundamentais em sua elaboração, tais como a agressão aos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e lesividade, entre outros – afrontas essas normalmente conexas com a promulgação excessiva de leis criminalizadoras provenientes de reformas legislativas insensatas –,¹ também é correto afirmar que a interpretação das regras penais e processuais penais não tem encontrado um porto seguro, isto é, mesmo a análise dos métodos hermenêuticos tradicionais e, posteriormente, daqueles mais críticos, demonstra que os estudiosos do Direito já não se satisfazem com as teorias vigentes, a ponto de, vez ou outra, surgirem, em decorrência da perplexidade diante da impossibilidade de uma interpretação pacífica das regras, teorias que pretendem afastar qualquer solução sistemática.²

Mas as tormentas das aplicações das regras não param por aí. Outra questão a ser considerada é o fato de que, numa sociedade que tem a maior parte da população praticando delitos de toda natureza, talvez um por cento das pessoas que efetivamente praticam crimes sejam concretamente criminalizadas. Significa dizer que uma multidão pratica atos reprováveis juridicamente, mas somente uns poucos são chamados a responder criminalmente. Esse processo passa por uma filtragem ou seleção de pessoas que segue o seguinte itinerário: além dos métodos formais de interpretação das regras jurídicas (interpretação literal, autêntica, sistemática, teleológica entre outras) – métodos esses que demonstraram sua insuficiência para trazer 'precisão' quando da aplicação da regra jurídica –, existem outras regras, leis, princípios e mecanismos que

¹"De qualquer sorte, as reformas parciais não têm sentido quando em jogo está uma alteração que diga respeito à estrutura como um todo, justamente porque se haveria de ter um patamar epistêmico do qual não se poderia ter muita dúvida." (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v.78, p.688, 2002. (Separata)

²Afinal, "... ela, a lei, diz aquilo que o intérprete diz que ela diz..." (MIRANDA COUTINHO, Efetividade..., op. cit., p.694.).

se denominam 'meta-regras'³ e que atuam nos operadores do direito e em todas as pessoas da sociedade, fazendo com que a aplicação da lei seja diferenciada e direcionada a atingir determinadas pessoas e não outras. No âmbito criminal, selecionam-se por meio de meta-regras as pessoas que receberão a atribuição de 'criminoso', estigmatizando-as assim, tornando-as marcadas em razão da passagem pela penitenciária; rotuladas como criminosas, 'anormais', em geral essas pessoas não podem ter um emprego razoável ou um recomeço de vida sem discriminações.

O presente estudo demonstra, inicialmente, que os estigmas não são apenas o resultado da criminalização (primária e secundária) – fato este que já está claro –, mas que são também – os estigmas – os responsáveis principais pela atribuição do rótulo de criminoso às pessoas. Essa conclusão encontra-se vez ou outra em rápidas passagens das obras mais críticas, como é o caso da seguinte citação de Aury Lopes Jr.: "Os socialmente etiquetados sempre foram os clientes preferenciais da polícia e, com o aval dos governantes, nunca se matou, prendeu e torturou tantos negros, pobres e latinos. A máquina estatal repressora é efficientíssima quando se trata de prender e arrebentar hipossuficientes."⁴ Assim, importa evidenciar

³Meta é prefixo de origem grega "que entra na composição de várias palavras e significa: depois de, além de..." (AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 5.ed. Rio de Janeiro: Delta, 1986. v.3).

⁴LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.103. Lopes Jr. apresenta ainda, na mesma obra, comentário fundamental sobre o assunto: "Conjugado isso à doutrina do *labeling approach* podemos compreender perfeitamente que a sociedade é excludente e que o sistema penal, por ser uma fiel representação dela, é igualmente excludente. A sociedade coloca o indivíduo não-consumidor à margem (literalmente marginal), introduzindo-o no sistema penal, que na sua atividade de seleção, atuará com toda dureza sobre o rotulado, o etiquetado, o não-consumidor. Até porque, quem não é consumidor não é visto como cidadão.

Por isso, quem não tem poder econômico para consumir acaba sendo o cliente preferencial do sistema punitivo. Ao não consumir, a sociedade o exclui. Ao ser excluído e estigmatizado, torna-se o alvo ideal para as instâncias formais de controle atuarem com toda sua prepotência, pois, afinal, não há com o que se preocupar: devemos servir e proteger (apenas) o cidadão (consumidor)." (op. cit., p.108 e 109).

que existem regras que atuam sistematicamente para selecionar o estigmatizado, ou seja, meta-regras que constituem a força motriz do aparato policial.

Na seqüência, este estudo apresenta um esboço sobre os principais estigmas (pobreza, raça, mulher, religioso e outros), demonstrando que o caráter depreciativo que se imputa ao estigmatizado não existe 'essencialmente', mas é tão-somente fruto de circunstâncias históricas aleatórias e casuais. Neste ponto, da perspectiva histórica e sistematização dos estigmas, a exposição dos motivos que levaram a sociedade humana a estigmatizar pessoas e grupos de pessoas desvela um campo espetacular de possibilidades teóricas para a polícia e, por que não dizer, para o direito e sociedade, tudo de forma tão simples que até o espírito de 'criança' descrito por Charles Baudelaire veria com naturalidade:

E as coisas renascem no papel, naturais e, mais do que naturais, belas; mais do que belas, singulares e dotadas de uma vida entusiasta como a alma do autor. A fantasmagoria foi extraída da natureza. Todos os materiais atravancados na memória classificam-se, ordenam-se, harmonizam-se e sofrem essa idealização forçada que é o resultado de uma percepção *infantil*, isto é, de uma percepção aguda, mágica à força de ser ingênua!⁵

Dando prosseguimento à análise, trata-se das meta-regras que ocorrem na atuação policial, tendo em vista os principais estigmas. Como ímã que atrai o ferro, os estigmas atraem o policial para a criminalização dos estigmatizados, atuando com força de 'regras' no momento de aplicação das regras jurídicas, isto é, meta-regras. Então, pretender estudar a polícia somente a partir das normas jurídicas, sem levar em conta os estigmas que atuam como meta-regras, seria o mesmo que tentar aplicar a mecânica de Galileu-Newton para entender as estrelas: isto não seria adequado, a não ser que se considerem as estrelas fixas e sem executar movimentos circulares.⁶

⁵BAUDELAIRE, Charles. **Sobre a modernidade**: o pintor da vida moderna. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p.24.

⁶EINSTEIN, Albert. **A teoria da relatividade especial e geral**. 1.reimp. Tradução de: Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p.18.

Mas a temática específica da polícia não impede que sejam possibilitadas outras vias de discussão para o tratamento sem estigmas em todo o ordenamento jurídico. Por isso, outra aborgadem que se faz tem em vista que o policial está interligado com todo o sistema normativo e que o direito pode centralizar as suas regras num eixo que desconstitui estigmas ou nega estigmas na elaboração e na aplicação das leis, fato que não tem sido levado a um patamar satisfatório, até então. Aqui, algumas perguntas são necessárias: por que as questões mais discutidas são de 'pobres praticando crimes contra ricos' (furto de carteira na rua, roubo ou extorsão diante do caixa eletrônico) ou de pessoas insanas que saem nas ruas e matam pessoas sem motivos aparentes? Por que não se aceita o fato de que o crime é mesmo uma prática comum e generalizada entre as pessoas (corrupção passiva e ativa, lesão corporal, injúria, tráfico de entorpecentes, abuso de autoridade, sonegação fiscal, peculato, apropriação indébita etc.)? Enfim, por que se sustenta a idéia de que o crime é praticado por estigmatizados e não por 'pessoas'?

Se os estigmas formaram-se no desenrolar da história e incrustaram-se na cultura e nos princípios das pessoas, hoje eles são muito mais sutis do que antigamente. Contudo, olhando-se para os estigmas do passado, eles parecem absurdos e exagerados, assim como parecerão absurdos os atuais estigmas para as futuras gerações. É preciso, pois, como alerta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, respeitar a diferença.⁷ Entretanto, por enquanto, o retrato da polícia que permanece é o do 'moço Jazevedão', delegado profissional, pintado por João Guimarães Rosa, daquele policial que, sem cerimônia e dando gargalhadas, pisa nos coitados, pois no "...sertão é onde manda quem é forte".⁸

Finalmente, restaria a pergunta decisiva: por que combater os estigmas? Em verdade, a formulação da pergunta está ao máximo reduzida, isto é, ao

⁷MIRANDA COUTINHO, Efetividade..., op. cit., p.687.

⁸ROSA, João Guimarães. **Grande sertão veredas**. 19.ed., 3.reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p.34 e 35.

demonstrar-se que os estigmas são erros históricos, a questão é: por que criar e manter estigmas? Uma vez aceita esta reformulação como correta, o problema das meta-regras (estigmas) na polícia pode ser elucidado, desde que o policial tenha em consideração todas as pessoas como suspeitas e como inocentes ao mesmo tempo, sem se inclinar para nenhuma delas motivado pela cor da pele ou qualquer outra marca, e, se pretender levar uma investigação rigorosamente até o final, desde que tenha em mente também que o ser humano não é uma programação de estigma.

1 META-REGRAS

1.1 A NORMA E A LEI PENAL

1.1.1 Juízo Hipotético e Juízo Disjuntivo

Ismael estava cansado de viver na terra⁹ e, então, decidiu conhecer as coisas do mar.¹⁰ Para navegar, empregou-se num navio baleeiro de nome Pequod, que tinha como capitão um homem furioso chamado Ahab. O capitão Ahab ansiava por matar a baleia branca – assassina de homens – Moby Dick, que lhe havia amputado a perna. Mas, para matar Moby Dick, Ahab faz uma viagem insana que compromete a vida de quase toda a tripulação do Pequod. Porém, Ismael sobrevive, pois ele não está embriagado pelo ódio de Ahab, e então pode voltar para a terra e narrar a história de uma caçada mortal.¹¹

Quando Herman Melville escreveu *Moby Dick*,¹² talvez tenha pretendido abordar o conflito do homem e do seu destino, tendo feito a baleia representar o mal

⁹O que pode ser interpretado como o cansaço de viver a mesmice, a rotina devastadora.

¹⁰Conhecer o mar ou navegar pode simbolizar querer ver além ou sair da ignorância ou do obscurantismo.

¹¹Quando Herman Melville escreveu *Moby Dick* (aproximadamente no ano de 1850), muitos acreditaram que se tratava somente de uma história de caçada de baleias, até que no início do século XX, na época da Primeira Grande Guerra, sua obra foi redescoberta, quanto à simbologia que abrigava, possibilitando interpretações múltiplas. (Ver 'Nota Sobre o Autor' da obra de: MELVILLE, Herman. **Moby Dick**. Tradução de: Berenice Xavier. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1981. p.15-16). Sobre *Moby Dick*, Rachel de Queiroz afirmou: "Se me perguntassem qual foi o livro que mais me marcou os primeiros anos de leitura, eu responderia sem hesitar que esse livro foi *Moby Dick*, a história da baleia branca também chamada a Fera do Mar. (...) E até hoje, passado tanto tempo, quando a maioria das leituras de meninice perdeu o seu encanto, e até Jules Verne se relê com certo tédio, *Moby Dick* mantém a sua singular capacidade de ser 'redescoberto' a cada releitura, sempre fascinante, misterioso e terrível." (QUEIROZ, Rachel de. *Moby Dick, a fera do mar*. Prefácio da obra de MELVILLE, Herman. **Moby Dick**. Tradução de: Berenice Xavier. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1981. p.17-19).

¹²MELVILLE, Herman. **Moby Dick**. London: Penguin Books, 1994. p.21 e segs.

infinito contra o qual Ahab opõe-se plenamente,¹³ querendo o capitão do Pequod atingir o mal ou o bem, Deus ou o diabo, a felicidade ou infelicidade, o absoluto ou o ideal, enfim, quer ele atingir o inatingível. Por isso Ahab morre.

Assim, analogamente, é possível que o ser humano tenha perseguido toda a sua plenitude mediante o direito, desejando ardentemente que as regras jurídicas resolvessem todos os males – assim como Ahab quis matar Moby Dick. Mas como isso não é possível, há uma permanente prostração com o direito, uma incompreensão com o seu caráter paradoxal e, por que não dizer, letal.

Também o navio Pequod – que é composto por uma tripulação complexa de pessoas¹⁴ de várias raças e credos, com defeitos físicos e opções sexuais distintas, ou marcadas no corpo ou na alma – bem pode simbolizar o mundo¹⁵ e as suas diferentes pessoas que procuram estabelecer tratamentos diferentes para cada um, para atingir a grande baleia branca, querendo mesmo resolver o bem e o mal. Contudo, toda a tripulação do Pequod deveria perceber que todos são um só, isto é, todos estão irmanados na figura do caçador (ser humano). Ismael percebe isso,¹⁶ mas os outros não. É por isso que todos são infelizes: os caçadores que vivem no Pequod e o ser humano que vive no mundo. É por isso que há tanto abatimento.

Com a descoberta das regras jurídicas, o ser humano passou a ser temerário, empregando-as para solucionar todos os seus desejos e ideais, até mesmo os mais remotos como a vontade de exterminar os seus inimigos, a sua intemperança, a sua infelicidade, enfim, de atingir o inatingível, deixando de observar a sábia advertência de Starbuck, no sentido de que não queria no navio

¹³QUEIROZ, R. de, op. cit., p.18.

¹⁴MELVILLE, op. cit., 1981, p.37 e segs.

¹⁵"Sim, o mundo é um navio em plena travessia e que não terminou a viagem, e o púlpito é a sua proa." (MELVILLE, op. cit., 1981, p.61).

¹⁶Por exemplo, na seguinte passagem: "Experimentarei um amigo pagão – pensei – já que a bondade cristã não tem sido para mim, até agora, senão cortesia oca." (MELVILLE, op. cit., 1981, p.69).

dele homem que não tivesse medo de baleia, pois a temeridade poderia ser mais perigosa do que a covardia.¹⁷ Logo, o estudo dessa relação das pessoas e das sociedades com as regras, será bastante útil para compreender também o conflito gerado entre o ser humano e a sua infinita vontade de atingir o inatingível por meio das regras, quando, em verdade, poderia tentar sair da terra, navegando, mas sem perder-se no mar.

Com efeito, desde o início de sua fundação a humanidade passou a pretender resolver seus problemas e conceder importância para a instituição de regras para estruturar as ações intersubjetivas. Como essas regras têm por objeto disciplinar de forma coercitiva e reconhecida a vida do grupo, são designadas de normas. A norma é uma regra jurídica não escrita¹⁸ que teria por finalidade a proteção de bens jurídicos tutelados pelo Estado, contra agressões futuras de pessoas responsáveis.¹⁹ Assim, os fatos fundamentais de uma sociedade, para serem melhor resolvidos, foram sistematizados por uma ordem jurídica. Esta, segundo conceito preciso de Aldacy Rachid Coutinho, "...enquanto ordem normativa, nada mais é do que um conjunto de regras que exprimem critérios segundo os quais se ordenam e apreciam fenômenos considerados relevantes, determinando a juridicização, indicando soluções aos casos em que se aplicam".²⁰

¹⁷"Não quero no meu navio homem que não tenha medo de baleia', dizia Starbuck. Com isso parecia querer dizer não somente que a coragem mais útil e mais segura é a que surge da mais justa estimativa do perigo enfrentado, como também que um homem extremamente temerário é um companheiro mais perigoso do que um covarde." (MELVILLE, op. cit., 1981, p.109).

¹⁸KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de: Editora Rio. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p.24-25. "Mas no linguajar jurídico dos romanos já passou a retratar a relação entre o procedimento geral, que se conformava com a regra, e o comportamento concreto que dela se desviava. Dali passou a designar a própria regra." (KAUFMANN, op. cit., p.59).

¹⁹KAUFMANN, op. cit., p.26-27. "A toda norma Binding liga um bem jurídico. Nos delitos de agressão 'a casca da desobediência' oculta 'o núcleo formado pela violação dum bem jurídico', que é mais intensa nos delitos de resultado, menos intensa nos de perigo." (KAUFMANN, op. cit., p.27).

²⁰COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000. p.12-13.

A importância das normas jurídicas para regular o convívio das pessoas²¹ fez desenvolver teorias que procuraram explicar o conteúdo daquelas. Durante muito tempo a norma jurídica foi considerada um imperativo ou uma ordem²² aos súditos ou um império do Estado,²³ até que Hans Kelsen passou a tecer considerações distintas sobre ela. Para Kelsen, a norma não é um mandado, mas um juízo hipotético de dever-ser, embora o legislador não necessite expressar-se lingüisticamente com um enunciado de 'dever ser'.²⁴ Abstrai-se aí o valor positivo ou negativo da norma, abandonando-se a lógica aristotélica do 'ser' (causalidade) e substituindo-a pela lógica do 'dever ser' (imputação).²⁵ Por conseguinte, nem tudo que 'deve ser' ocorrerá. Daí também se infere o seu aspecto de contingência e não de necessidade.²⁶ Concordando parcialmente com esta idéia, porém entendendo que a norma é um juízo disjuntivo e não hipotético, Carlos Cossio trará um desenvolvimento ainda maior para as considerações conceituais da norma jurídica. Segundo Cossio, o ilícito é a 'não-prestação da conduta devida' (o homicídio é uma não-prestação do dever de respeitar a vida do próximo, dever este que está

²¹LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. Tradução de: Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p.13.

²²"Tal é, além da posição espontânea do homem comum, também a perspectiva doutrinária das mais ilustres concepções fundamentadoras da jurisprudência, tais o jusnaturalismo, o exegetismo, o historicismo e o sociologismo." (MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p.136)

²³Sempre a pretensão de matar-se a 'baleia branca'.

²⁴"Em particular, as normas gerais devem ser normas nas quais certa sanção é tornada dependente de certas condições, sendo essa dependência expressada pelo conceito de 'dever ser'. Isso não significa que os órgãos legislativos tenham necessariamente de dar às normas a forma de um enunciado com um 'dever ser' hipotético. Os diferentes elementos de uma norma podem estar contidos em produtos bem diferentes do procedimento legislativo e podem ser exprimidos lingüisticamente de várias maneiras diferentes." (KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 2.ed. 1. reimp. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p.48).

²⁵Esse seria, para Machado Neto, o "grande mérito de Kelsen" (MACHADO NETO, op. cit., p.136).

²⁶MACHADO NETO, op. cit., p.137 e 138.

enunciado na endonorma).²⁷ Será sempre lícita a conduta que estiver adequada à 'endonorma'. O não-cumprimento da 'endonorma' constitui a conduta que está conforme a 'perinorma', devendo o sujeito cumprir a sanção²⁸ que, no direito penal, leva o nome de 'pena'. Enquanto Kelsen apresenta a norma como um juízo hipotético, 'se é T, A deve ser S', acreditando que bastariam, para caracterizar a experiência jurídica, a transgressão (T), o transgressor (A), o órgão estatal e a sanção (S), Cossio apresenta a norma como juízo disjuntivo, isto é, 'dado-H deve ser P, ou dado não-P deve ser S'.²⁹ Como este juízo disjuntivo contempla a 'não-prestação', a norma jurídica adquire um caráter científico e, neste sentido, de neutralidade ao contemplar o lícito e o ilícito.³⁰

²⁷COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p.453. Nesse sentido, MACHADO NETO, op. cit., p.185.

²⁸*"Si la conducta está conforme con el primer miembro de la norma (la endonorma), la conducta es monovalente: siempre es lícita; si está conforme con el segundo miembro (la perinorma), la conducta es bivalente: primero es ilícita y después deviene lícita. La libertad metafísica fenomenalizada se ha especificado, así, en jurídica y antijurídica."* Tradução livre: "Se a conduta está conforme com o primeiro membro da norma (a endonorma), a conduta é monovalente: sempre é lícita; se está conforme com o segundo membro (a perinorma), a conduta é bivalente: primeiro é ilícita e depois se torna lícita. A liberdade metafísica fenomenalizada se especificou, assim, em jurídica e antijurídica." (COSSIO, **La teoría...**, op. cit., p.662).

²⁹*"Fácilmente se comprende que esta teoría de la norma, de Kelsen, para la teoría egológica resulta, en consecuencia, una finísima analítica de las partes. Es una analítica porque resulta del mero análisis del conocimiento jurídico efectivo; y lo es sólo de las partes, porque versa sobre las normas aisladas sin considerar el ordenamiento que constituyen al enlazarse."*

Pero Kelsen, avanzando en esta analítica, presenta la norma como un juicio hipotético: 'si es T, A debe ser S'; creyendo que bastan del Estado y la sanción (S), para conceptualizar la experiencia jurídica." Tradução livre: "Facilmente se compreende que esta teoria da norma, de Kelsen, para a teoria egológica resulta, em consequência, uma finíssima analítica das partes. É uma analítica porque resulta da mera análise do conhecimento jurídico efetivo; e só o é das partes, porque versa sobre as normas isoladas sem considerar o ordenamento que constituem ao enlaçar-se.

Porém Kelsen, avançando nesta analítica, apresenta a norma como um juízo hipotético: 'se é T, A deve ser S'; acreditando que bastam do Estado e a sanção (S), para conceituar a experiência jurídica." (COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1987. p.103-104).

³⁰MACHADO NETO, op. cit., p.137 e 138.

Não obstante as normas serem neutras em sua conceituação, elas constituem instrumentos para fins, e não um fim em si mesmo. Foram feitas pela sociedade que emite valores e as concebe para atender uma vida real (fatos) e, neste aspecto, geram-se crises e desentendimentos. Além disso, a norma não esgota o conteúdo do direito, direito este que depende de todas as áreas do saber: antropologia, sociologia, psicologia,³¹ física, química, biologia, história, política etc. Por isso, se por um lado é importante conhecer a estrutura lógica da norma penal, por outro é indispensável 'voltar às coisas',³² isto é, mirar a realidade e as conseqüências perseguidas e resultadas pela ordem normativa.

Com efeito, as normas podem ser emanadas de diversas fontes: legislativas – *ius scriptum* – ou leis num sentido restrito,³³ consuetudinárias, jurisprudenciais e doutrinárias.³⁴ As leis são de vital importância para o sistema romano-germanístico, devendo-se mencionar alguns problemas estruturais na esfera penal que atingem a elaboração e a qualidade da legislação penal.

³¹DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p.19.

³²Ao comentar a obra de Louk Hulsman, Rolf S. de Folter assim se manifesta: "*Tenemos que dejar de lado los esquemas reduccionistas de interpretación del sistema de justicia penal para tener una mayor sensibilidad sobre lo que realmente ocurre en el mundo cotidiano. Tenemos que volver al mundo de la vida o al mundo de experiencias vividas directamente.*" Tradução livre: "Temos que deixar de lado os esquemas reducionistas de interpretação do sistema de justiça penal para ter uma maior sensibilidade sobre o que realmente ocorre no mundo cotidiano. Temos que voltar ao mundo da vida ou ao mundo de experiências vividas diretamente." (FOLTER, Rolf S. de. Sobre la fundamentacion metodologica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal: una comparacion de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. In: FOLTER, Rolf S. et al. **Abolicionismo penal**. Tradução de: Mariano Alberto Ciafardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989. p.67).

³³A expressão 'lei jurídica' pode ser empregada em dois sentidos diferentes. Um, restrito ou equivalente à lei escrita. Nesse sentido, 'lei' (direito escrito) opõe-se ao 'costume jurídico' (direito não escrito). Em outra acepção, ampla, o vocabulário 'lei' abrange todas as normas jurídicas: lei escrita, costume jurídico, jurisprudência, etc." (MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 22.ed. São Paulo: RT, 1994. p.305-306).

³⁴MACHADO NETO, op. cit., p.142.

1.1.2 Problemas da Legislação Penal Atual

1.1.2.1 Agressões aos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da lesividade

Três princípios de Direito Penal que são coligados, dada a sua importância, deveriam ser mais respeitados com o escopo de melhorar o funcionamento da norma criminalizadora, quais sejam, o Princípio da Subsidiariedade, o Princípio do Caráter Fragmentário da Norma Penal e o Princípio da Lesividade do Delito.

Segundo o Princípio da Subsidiariedade da proteção de bens jurídicos, o Direito Penal funciona como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico e da política social, somente atuando quando falharem outros meios de solução de problemas das comunidades.³⁵ Assim, v.g., a ausência do empregado ao trabalho ou a falta de pagamento de aluguéis pode resolver-se, no plano jurídico, mediante sanção trabalhista (desconto de salário) ou sanção civil (despejo ou execução da dívida), respectivamente, não sendo mister que o Direito Penal tipifique tais condutas. Claus Roxin, para trazer exemplo de desnecessidade de tutela penal, invoca a possibilidade de regulamentações policiais, em alguns casos.³⁶

O Princípio do Caráter Fragmentário da Norma Penal deriva da subsidiariedade de proteção ao bem jurídico, pois somente um 'fragmento' do bem jurídico é tutelado e diante de 'formas de ataque concretas'.³⁷ Assim, o patrimônio, v.g., não é protegido integralmente pelo Direito Penal, mas também pelo Direito Civil, Trabalhista, Administrativo etc., que estabelecem sanções para condutas que afetem

³⁵ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general – fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p.65.

³⁶"...como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc." Tradução livre: "...como a ação civil, as regulações de polícia ou técnico-jurídicas, as sanções não penais, etc." (ROXIN, **Derecho penal**..., op. cit., p.65).

³⁷ROXIN, **Derecho penal**..., op. cit., p.65.

o patrimônio em suas respectivas áreas (ex.: o furto também constitui infração trabalhista, passível de indenização etc.).

Quanto ao Princípio da Lesividade do Delito, importante ainda a observação de Francesco C. Palazzo, sobre a elaboração de tipos penais que regulamentam condutas consideradas socialmente indiferentes e inofensivas. Fere-se, com isso, o Princípio da Lesividade ou da Ofensividade do Delito, segundo o qual não devem constituir ações ilícitas aquelas que não ofendem ou não são perigosas a bens jurídicos tutelados.³⁸

Na atualidade, a legislação penal sofre um problema extremamente crítico e que afeta a sua credibilidade, legitimidade e aplicação: a elaboração exagerada de leis criminalizadoras.³⁹ Ao invés de procurar solucionar o aumento de condutas que afetam negativamente bens jurídicos, praticando-se ações sociais, ofertas de trabalho, participação política etc., propõem-se a criminalização de condutas, o aumento de penas ou de medidas coercitivas que são, em verdade, medidas intimidatórias ou simbólicas⁴⁰ que fazem ressaltar ainda mais a insuficiência do poder punitivo da pena para tentar resolver todos os problemas da vida em sociedade⁴¹ e só procuram

³⁸PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Tradução de: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p.79 e 80.

³⁹Segundo Winfried Hassemer, a *"...política criminal 'moderna' está caracterizada con claridad. No opera, como hasta hace algún tiempo, con la nueva descriminalización y atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas."* Tradução livre: *"...política criminal 'moderna' está caracterizada com clareza. Não opera, como até há algum tempo, com a nova descriminalização e atenuação de penas, senão com a nova criminalização e agravamento das penas."* (HASSEMER, Winfried. **Crítica ao derecho penal de hoy**. Tradução de: Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p.54).

⁴⁰HASSEMER, op. cit., p.88. Neste sentido: TAVARES, Juarez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In: **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998. p.637 e 647.

⁴¹FIERRO, Guillermo J. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In: **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998. p.627. *"Ahora bien, lo único que en el Derecho expresa claramente una prohibición y un castigo a la desobediencia es la pena y cuando se llegó a este punto se tocó fondo en ese proceso perverso que nace a partir del exceso regulatorio. Cuando a pesar de la amenaza penal se sigue robando, la ley represiva no puede hacer*

satisfazer os anseios populares imediatos, trazendo uma 'nova criminalização' que invariavelmente vem acompanhada de um 'déficit de execução'.⁴²

Sem a tão preconizada imparcialidade, combate-se de forma implacável a 'criminalidade de rua' e também do 'concorrente econômico', fazendo-se apelo de massa para que isso ocorra e propondo-se sempre novos tipos, penas graves (pena de morte), diminuição da idade para a caracterização da imputabilidade penal e outros.⁴³ Esta reforma quase que diária da legislação penal, estimulada pelos meios de comunicação, no dizer de Juarez Tavares, faz com que a polícia esteja freqüentemente a procurar criminosos nas favelas, porém algumas armas ali encontradas são fornecidas pelo próprio exército.⁴⁴ Com o castigo escrito pelo legislador, que é 'ignorante e autoritário', não se obtém cooperação do destinatário da norma que poderia cumprir seus deveres espontaneamente, mas que pela excessiva alienação e distância do direito, nem sequer conhece todas as leis.⁴⁵ Ora, ao tentar-se regulamentar todos os setores e matérias, desce-se a detalhes que revelam a transitoriedade do assunto.⁴⁶

nada más. Acaso haya otros medios y procedimientos alternativos para que no se robe o se robe menos; desde elevar el nivel de vida de la sociedad, hasta el mejoramiento de la iluminación en los barrios y el aumento en la vigilancia policial. Pero la norma prohibitiva del robo, como tal, cuando há establecido una sanción há hecho lo más que podía hacer, y salvo el aumentar sua gravedad, no tiene otra opción." Tradução livre: "Agora bem, o único que no Direito expressa claramente uma proibição e um castigo à desobediência é a pena e quando se chegou a este ponto se tocou fundo nesse processo perverso que nasce a partir do excesso regulatório. Quando apesar da ameaça penal se segue roubando, a lei repressiva não pode fazer nada mais. Acaso tenha outros meios e procedimentos alternativos para que não se roube ou se roube menos; desde elevar o nível de vida da sociedade até o melhoramento da iluminação nos bairros e o aumento na vigilância policial. Porém a norma proibitiva do roubo, como tal, quando já estabeleceu uma sanção fez o máximo que poderia fazer, e salvo aumentar sua gravidade, não tem outra opção." (FIERRO, op. cit., p.625 e 626).

⁴²HASSEMER, op. cit., p.88.

⁴³TAVARES, J., op. cit., p.646.

⁴⁴TAVARES, J., op. cit., p.647.

⁴⁵FIERRO, op. cit., p.624.

⁴⁶PALAZZO, op. cit., p.47.

Inobstante, conforme bem assinala Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, a Constituição brasileira de 1988, ao invés de concentrar os seus dispositivos nas garantias fundamentais, reproduz em forma de normas o discurso voltado para a criminalização de condutas⁴⁷ e Salo de Carvalho exemplifica o excesso constitucional com a restrição das garantias individuais na hipótese de crimes hediondos.⁴⁸ Veja-se, por exemplo, o preceito do artigo 5.º, XLIII, da Constituição Federal:

...a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Na tentativa de apontar soluções para esses e outros problemas legislativos, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, as teorias que sustentam a importância da transformação do Direito Penal em um Direito Penal Mínimo não solucionam a questão da necessidade de uma profunda mudança social e não de somente pequenos 'retoques' na legislação criminal, pois só assim o direito estaria do lado dos mais fragilizados. Porém, toda a perspectiva histórica aponta no sentido contrário, isto é, o poder estatal posiciona-se sempre do lado do mais forte.⁴⁹ Contudo, o crescimento desmedido de leis e disposições penais no direito contemporâneo tem gerado, para Zaffaroni, alguns 'riscos' para o sistema, que

⁴⁷PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **CANOTILHO e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003. p.66.

⁴⁸CARVALHO, Salo de. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **CANOTILHO e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003. p.73.

⁴⁹A crítica de Zaffaroni é apontada para a obra 'Dritto e Ragione', de Luigi Ferrajoli, conforme se depreende da observação daquele na nota de rodapé da mesma página em que critica a idéia do direito penal mínimo (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal**. Buenos Aires: Biblos, 2000. p.29).

são denominados por ele de descodificação, transnacionalização, frontalismo, renormalização, fiscalização e banalização.⁵⁰

1.1.2.2 Outros problemas

Dentre os problemas da Legislação Penal podem ainda ser relacionados: descodificação, transnacionalização, frontalismo, renormalização e criminalização vaga, fiscalização e banalização. Mencionam-se de forma sucinta tais problemas para reafirmar a situação crítica da legislação penal, que já é reconhecida pelos juristas; na sequência, tratar-se-á do problema oculto das metas-regras.

Sem os textos das leis codificados, perdem-se a clareza, a integralidade do sistema e o organismo ao qual faz parte o dispositivo jurídico, conquistas estas conseguidas no período da Ilustração.⁵¹ Com a 'descodificação', contraria-se a idéia de Beccaria de um texto legal familiar, conhecido pelo povo e não somente acessível a um pequeno número de "depositários e intérpretes das leis".⁵²

Outro risco citado por Zaffaroni é a imposição transnacional de legislação penal especial, como é o caso da lei de tóxicos e tantas outras, ou a alteração da lei processual penal, atingindo garantias fundamentais, v.g., sigilo, limitações ao direito de defesa, prêmios aos delatores, autorização judicial para cometer delitos etc.⁵³

'Frontalista' é a legislação que impressiona pela 'monumentalidade' ou arquitetura autoritária devido à proposição de penas radicais como a de morte ou de muitos anos de prisão, derivadas de verdadeiras políticas gerenciais de uma

⁵⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In: **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998. p.614 e 615.

⁵¹ZAFFARONI, La creciente..., op. cit., p.615.

⁵²BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000. p.24.

⁵³ZAFFARONI, La creciente..., op. cit., p.615.

campanha de 'lei e ordem' gerada em seguida a um aumento de conflito ocasionado pela decadência econômico-social do modelo globalizante.⁵⁴

A criação de tipos e regras incertos e vagos como é o caso do 'assédio sexual', impulsionada pela 'sociedade de comunicação' que promulga dispositivos que regulamentam bens jurídicos já tutelados, como ocorre com os crimes sexuais, denomina-se 'renormalização'.⁵⁵ Quando trata do tema da 'criminalização vaga', Winfried Hassemer menciona o progressivo abandono da proteção de bens jurídicos clássicos e concretos do indivíduo (vida, saúde, liberdade etc.) e a criminalização de bens jurídicos da generalidade, descrições amplas e vagas como a 'proteção do bem-estar, da saúde pública, da capacidade de funcionamento dos mercados de capital, do fomento estatal da economia', além da tipificação de crimes de perigo, com necessidade diminuta de provas.⁵⁶

O Estado muitas vezes procura resolver o problema de arrecadação promulgando leis penais, porém normalmente atinge os setores menos favorecidos economicamente. O interesse do Direito Penal fiscal não é o de prevenir, mas o de arrecadar, diz Zaffaroni.⁵⁷

Finalmente, tem-se propagado uma prática legislativa que procura incorporar em quase toda lei não penal, tipos penais que ainda têm a agravante de serem redigidos por assessores que não têm o menor cuidado e que estão preocupados com outras finalidades e portadores de outras incumbências. Estas práticas têm sido denominadas 'administrativização', mas Zaffaroni prefere chamá-

⁵⁴ZAFFARONI, La creciente..., op. cit., p.615 e 616.

⁵⁵ZAFFARONI, La creciente..., op. cit., p.616.

⁵⁶HASSEMER, op. cit., p.54.

⁵⁷ZAFFARONI, La creciente..., op. cit., p.616.

las de 'banalização' do Direito Penal⁵⁸, com razão. Quanto mais clara for a lei, mais fácil será o seu cumprimento.⁵⁹

Sobrecarregando-se a legislação penal, sobrecarregam-se a justiça, as prisões e, em especial, a polícia. A crítica em geral tem esperado muito da atuação policial e 'minimizado' o compromisso de outras instituições. A discussão da 'luta contra o crime' passa então a girar em torno da "...ronda policial, o número de policiais, a tecnologia policial, etc.",⁶⁰ deixando-se de lado, como já foi frisado, outras soluções sociais possíveis e muito mais eficientes.

Como se não bastassem as condições críticas em que são promulgadas, as normas penais ainda devem ser interpretadas e aplicadas por juízes, advogados, policiais, promotores etc. Daí começam a surgir outros problemas derivados da interpretação.

⁵⁸ZAFFARONI, La creciente..., op. cit., p.616. Francesco C. Palazzo emprega a expressão 'administrativização' em direito penal, no trato da política criminal e de mudanças sociais desejadas por intermédio de tipos abertos ou de elementos normativos do tipo (PALAZZO, op. cit., p.26).

⁵⁹HASSEMER, op. cit., p.22.

⁶⁰"Hay una tendencia dentro del campo del control del delito a acentuar el rol de la policía, la justicia criminal, el derecho penal y las cárceles. Hablando del papel de la policía, comentaristas de todas las creencias políticas, tanto de derecha como de izquierda, han elevado a una posición primordial su función en el control del delito. El compromiso de otras instituciones es minimizado, los recursos son asignados de acuerdo con esta creencia, y toda la discusión sobre el control del delito gira alrededor del éxito o el fracaso de la ronda policial, el número de policías, la tecnología policial, etc. en la lucha contra el crimen." Tradução livre: "Há uma tendência dentro do campo do controle do delito de acentuar o rol da polícia, da justiça criminal, o direito penal e as prisões. Falando do papel da polícia, comentaristas de todas as crenças políticas, tanto da direita como da esquerda, tem elevado a uma posição primordial sua função no controle do delito. O compromisso de outras instituições é minimizado, os recursos são prescritos de acordo com esta crença, e toda a discussão sobre o controle do delito gira em torno do êxito ou do fracasso da ronda policial, o número de policiais, a tecnologia policial, etc. na luta contra o crime." (LEA, John; MATTHEWS, Roger; YOUNG, Jock. El estado y el control del delito: enfoques relativos a la actividad diversificada de sus agencias. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). **Sistema penal e intervenciones sociales**: algunas experiencias en Europa. Barcelona: Hacer, 1993. p.28).

1.1.3 Interpretação da Lei

A doutrina tem classificado a interpretação da lei conforme o tipo de intérprete, geralmente da seguinte forma: a) *autêntica* ou *legislativa*, quando uma nova lei surge para interpretar a lei primária; b) *judiciária* ou *usual*, quando interpretada pelo juiz ou julgador que aplicará o direito; c) *científica* ou *doutrinal*, para a interpretação elaborada por jurista como cientista do direito.⁶¹ *Pública* é a interpretação por órgãos estatais, isto é, dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. Logo, denomina-se *privada* a interpretação feita por particulares.⁶²

O policial precisa cumprir a Constituição, as leis federais (Código Penal, Código de Processo Penal etc.), estaduais e administrativas e, para cumpri-las, mister se faz que ele as interprete para o caso concreto. Assim, decidir sobre a prisão ou não de alguém que está supostamente em estado de flagrante delito ou se a conduta de determinada pessoa está adequada a um tipo legal etc., significa assumir atitudes que criarão conseqüências na área policial e que implicam, sobretudo, atos de interpretação das leis e regulamentos.

Atento a fatos como esse, R. Limongi França alerta sobre interpretações públicas que são distintas daquelas realizadas por órgãos dos poderes Legislativo e Judiciário e que estariam sendo olvidadas, isto é, as interpretações administrativas. França subdivide a interpretação administrativa em 'regulamentar' e 'casuística', esclarecendo que a primeira faz-se por intermédio de decretos, portarias e outras

⁶¹MACHADO NETO, op. cit., p.217. Caio Mário da Silva Pereira adota a denominada interpretação 'quanto à origem' que pode ser autêntica, judicial ou doutrinária (PEREIRA, Cáo Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.125). Washington de Barros Monteiro refere-se à interpretação quanto 'às fontes' para em seguida enunciar a interpretação autêntica, jurisprudencial e doutrinal (MONTEIRO, Whashington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.35).

⁶²FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.6 e 7.

espécies que procuram esclarecer leis ordinárias, enquanto a interpretação 'casuística' refere-se às dúvidas especiais quando da aplicação das normas aos casos concretos.⁶³

Quando trata da 'aplicação das normas', Manuel Atienza atribui essa atividade em sentido estrito ao juiz, ou então num sentido mais amplo aos órgãos administrativos, ou ainda, nas palavras de Atienza, 'por simples particulares'.⁶⁴

De outro lado, após conceituar a interpretação da norma como "...uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior", Hans Kelsen explica que, neste processo, procura-se encontrar o conteúdo de uma 'norma individual', a partir de uma sentença judicial ou de resolução administrativa, ambas fundamentando-se na norma geral (lei) para resolver o caso concreto. Para Kelsen, a interpretação pode ser de todas as normas (normas individuais, sentenças, ordens administrativas, negócios jurídicos etc.) na medida da necessidade de aplicação destas.⁶⁵ Aliás, a divisão da interpretação das normas jurídicas seria em duas espécies: a realizada pelo órgão que aplica o Direito e a que não é efetuada por um órgão de aplicação do Direito. Nesta última hipótese estariam a ciência jurídica e as pessoas privadas.⁶⁶ Embora Hans Kelsen não diga expressamente, a interpretação que o policial faz da lei seria a da primeira espécie, isto é, interpretação do órgão que aplica o direito, pois o próprio jurista austríaco formula exemplo que se enquadra perfeitamente a esta proposição, para esclarecer que a norma nunca é completa e que sempre necessita de complementação:

⁶³FRANÇA, op. cit., p.7.

⁶⁴ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução de: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. p.19.

⁶⁵KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5.ed. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.387.

⁶⁶KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.387-388.

Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.⁶⁷

O problema é que o policial pode trazer várias soluções 'adequadas' a partir da norma⁶⁸ e, dentre estas soluções uma será efetivamente aplicada.⁶⁹ Na seqüência deste trabalho, será visto que, ao dispor de certa liberdade para interpretação da norma jurídica, o policial atua influenciado por meta-regras que o direcionam a perseguir e 'aplicar' o Direito contra o estigmatizado. Destarte, entre as várias possibilidades de aplicação, 'opta-se' pelo prejuízo do estigmatizado.

A seguir, serão examinadas algumas questões que são tradicionalmente encontradas nos métodos de interpretação da lei.

1.1.3.1 Métodos hermenêuticos tradicionais

A norma jurídica constitui importante elemento de composição da teoria do direito e da dogmática jurídica e é essencialmente uma contínua simbologia da linguagem que precisa ter o seu significado descoberto.⁷⁰ A Hermenêutica Jurídica

⁶⁷KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.388. Kelsen cita ainda outros exemplos de interpretações realizadas por autoridades administrativas e judiciárias: "Assim, o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre – em correspondência com a natureza desta norma geral – sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas. Uma lei de sanidade determina que, ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de um pena, tomar certas disposições para evitar um alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a determinar estas disposições por diferente maneira, conforme as diferentes doenças. A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas – podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo." (KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.389).

⁶⁸KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.390.

⁶⁹KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.391.

⁷⁰Para Winfried Hassemer a lei é "*...el centro de una empresa gigantesca relativa a la significación de los símbolos del lenguaje.*" Tradução livre: "*...o centro de uma empresa gigantesca relativa à significação dos símbolos da linguagem.*" (HASSEMER, op. cit., p.16).

trata de forma sistêmica dos meios que procuram expressar o alcance e o sentido das expressões normativas.⁷¹

Segundo o positivismo jurídico seria função da ciência do direito uma atividade de mera reprodução do direito (e não de produção), extraíndo por métodos lógico-formais o conteúdo das normas.⁷² Sob este prisma, são conhecidos os principais métodos tradicionais hermenêuticos: gramaticais, sistemáticos, históricos e teleológicos.⁷³

Se todo o Direito estivesse contido na lei, como era a pretensão da Escola da Exegese fundada na França, no século XIX,⁷⁴ o método de interpretação mais importante seria o gramatical, que procura extrair o estrito significado dos termos usados pelo legislador⁷⁵, estabelecendo o exato alcance de cada palavra do texto da lei.⁷⁶ Contudo, o mais antigo método empregado e que domina a hermenêutica do continente europeu até aproximadamente 1880⁷⁷ é considerado insuficiente para trazer resultado satisfatório.⁷⁸ O método gramatical, bem como a sua variante, o método exegético (faz predominar a vontade histórica do legislador), constitui uma ficção, um impedimento do dinamismo da norma e uma pressuposição falsa de que

⁷¹MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica jurídica e aplicação do direito**. 18.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. p.01.

⁷²BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p.212.

⁷³A classificação dos métodos de interpretação segue quase na íntegra a terminologia de Norberto Bobbio (BOBBIO, op. cit., p.214 e 215). Em seguida serão vistas outras possibilidades de interpretação (analogica, constitucional etc.).

⁷⁴REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 2.ed. São Paulo: Bushatsky, 1974. p.307-308.

⁷⁵Norberto Bobbio prefere chamá-lo de meio léxico (BOBBIO, op. cit., p.214).

⁷⁶FRANÇA, op. cit., p.8.

⁷⁷ATIENZA, op. cit., p.107.

⁷⁸FRANÇA, op. cit., p.8-9.

a função judicial é puramente silogística e praticada por um juiz neutro e mecânico.⁷⁹ Afinal, o medo de um absolutismo antecedente⁸⁰ fez do método gramatical uma outra maneira de despotismo sob a forma de garantia.

Já, segundo o método de interpretação sistemática, a norma deve ser interpretada de forma 'unitária e coerente' e deve ser vista em sua relação com as demais,⁸¹ suprimindo-se assim contradições e análises isoladas que deixariam de preservar a 'unicidade' do ordenamento jurídico.⁸² Inicialmente, entendia-se que havia dois métodos distintos: o lógico e o sistemático. Conforme o primeiro, dever-se-ia procurar apenas o valor lógico das palavras, para somente depois empregar-se o método sistemático, isto é, levando-se em conta o conjunto do ordenamento jurídico. Posteriormente, esta idéia foi abandonada, pois compreendeu-se que a interpretação lógica e a sistemática não podem ser vistas separadamente.⁸³ É a decorrência natural dos preceitos da Escola Exegética que, juntando o método gramatical e o sistemático atendiam à denominada 'jurisprudência conceitual', fazendo prevalecer o conceito jurídico, muito embora estivesse contrário ao interesse social.⁸⁴

Corolário da enorme distância entre o rígido texto da legislação napoleônica e a passagem para a revolução técnica que emergia, com a natural desatualização legal, surgia a necessidade de um método que observasse a

⁷⁹ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: RT, 1992. p.32 e 33.

⁸⁰ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.35.

⁸¹BOBBIO, op. cit., p.214.

⁸²NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.323.

⁸³REALE, **Lições...**, op. cit., p.310.

⁸⁴REALE, **Lições...**, op. cit., p.309.

evolução histórica da sociedade.⁸⁵ Por intermédio do emprego de documentos que esclareçam a 'vontade do legislador', debates sobre o então projeto de lei etc., o método de interpretação histórica procura descobrir também o sentido da norma.⁸⁶ Assim, ela 'desprende-se' da pessoa do legislador, como uma criança que se 'livra do ventre materno'.⁸⁷ Considera-se a gênese da norma, mas também o momento de sua incidência.⁸⁸

Considerado um 'método auxiliar' dos demais,⁸⁹ não resiste à seguinte pergunta: o que se deve fazer quando este processo de adaptação interpretativa não mais encontra tal elasticidade?⁹⁰

Antes de descobrir-se a motivação do legislador, é mais importante desvendar o 'fim implícito' da lei, que não é imutável, e que deve ser atualizada conforme a evolução social.⁹¹ O método teleológico tem por objetivo descobrir a finalidade ou a razão da norma.⁹² O legislador teve por escopo a proteção de um valor ou o impedimento da ocorrência de um desvalor.⁹³ Resta saber se a escolha foi adequada para o melhor convívio social.

⁸⁵REALE, **Lições...**, op. cit., p.312.

⁸⁶BOBBIO, op. cit., p.215.

⁸⁷REALE, **Lições...**, op. cit., p.314.

⁸⁸ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.38.

⁸⁹ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.42.

⁹⁰"A elasticidade do texto tem um limite, além do qual começa o artifício da interpretação, conferindo aos termos uma significação que, a rigor, não lhes corresponde." (REALE, **Lições...**, op. cit., p.314). Paulo Nader afirma que a interpretação histórica tem valor relativo, pois não deve prevalecer sobre a finalidade atual da lei (NADER, op. cit., p.324).

⁹¹NADER, op. cit., p.324-325.

⁹²BOBBIO, op. cit., p.214.

⁹³REALE, **Lições...**, op. cit., p.322.

1.1.3.2 Outros métodos ou 'problemas' de interpretação

A criação de tipos penais por analogia é vedada em nosso sistema jurídico,⁹⁴ como uma das consequências do princípio da legalidade⁹⁵ – *nullum crimen, nulla poena sine lege* foi a fórmula enunciada por Anselm Von Feuerbach, no ano de 1801⁹⁶ – previsto no artigo 5.º, XXXIX, da Constituição Federal e artigo 1.º, do Código Penal (mais precisamente do princípio da tipicidade⁹⁷), consolidado no século XVIII⁹⁸ e formulado por Beccaria na obra 'Dos Delitos e das Penas'.⁹⁹ "A primeira consequência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social."¹⁰⁰ Na atualidade procura-se, como corolário da legalidade, ater-se o máximo possível ao texto elaborado pelo legislador.¹⁰¹

⁹⁴ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 14.ed. Milano: Giuffrè, 1997. p.97. MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. 3.ed. Padova: Cedam, 1992. p.105 e segs. SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.274. BACILA, Carlos Roberto. **Polícia X direitos humanos. Diligências policiais de urgência e direitos humanos: o paradigma da legalidade**. Curitiba: JM, 2002. p.139.

⁹⁵ROSAL, M. Cobo del; ANTÓN, T. S. Vives. **Derecho penal**: parte general. 4.ed. Valencia: Tirant to Blanch, 1996. p.66. ROXIN, **Derecho penal...**, op. cit., p.140. FLORA, Giovanni; TONINI, Paolo. **Nozioni de diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1997. p.4 e 5.

⁹⁶WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Tradução de: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956. p.27.

⁹⁷MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**. São Paulo: RT, 1987. p.58.

⁹⁸MAXIMILIANO, op. cit., p.320.

⁹⁹BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.99.

¹⁰⁰BECCARIA, op. cit., p.20.

¹⁰¹HASSEMER, op. cit., p.42-43.

Contudo, a interpretação analógica no Direito Penal não encontra obstáculos, ainda que empregada em prejuízo do agente, como bem assinala Luiz Alberto Machado, pois ela "...não alarga o significado léxico das palavras".¹⁰²

Segundo Winfried Hassemer, a proibição da analogia, como regra geral, não estatui um limite fixo nem seguro para a interpretação, constituindo apenas argumento de duvidosa capacidade para evitar a 'perigosidade do direito penal'.¹⁰³ Para ele, a interpretação das leis "...é um ato de compreensão de textos e, por isto, marcado também com todas as limitações, preconceitos, subjetivismo, rotinas e espontaneidade que as demais formas de compreensão."¹⁰⁴

Outra questão a ser considerada é que a norma jurídica somente é válida se estiver de acordo com a Constituição, o que exige uma compreensão anterior do sentido da Constituição e de Constituição. A interpretação segue o mesmo raciocínio.¹⁰⁵ Para Luigi Ferrajoli, a sujeição à letra da lei só pode sê-lo como lei válida, e, para ele, a validade legislativa é verificada segundo a coerência com a

¹⁰²MACHADO, **Direito...**, op. cit., p.57. "Assim no crime continuado (art. 71): o Código Penal, adotando a teoria objetiva pura, determina os elementos que devem coexistir, para que se considere a repetição dos crimes como uma continuação. Mas essa citação não é exaustiva, tanto que o texto fala '...e outras semelhantes'. Embora o entendimento de Correia, de repúdio à interpretação analógica, à qual reconhece valor apenas no domínio do elemento histórico, não há negar que o Direito permite, expressamente, a possibilidade de interpretação analógica (cf. as qualificativas do crime de homicídio: fogo, veneno ou outro meio insidioso ou cruel, isto é, outro meio analogicamente insidioso como o veneno ou cruel como o fogo)." (MACHADO, **Direito...**, op. cit., p.57). Arnaldo Vasconcelos, alertando que o 'processo analógico de integração' é afastado, concorda, porém, com a interpretação analógica, "...quando o legislador deixa ao intérprete o encargo de completar a tábua de exemplificações." Lembra, o referido autor, o delito de estelionato, do artigo 171 do Código Penal Brasileiro, que estabelece: "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa." (VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria geral do direito**: teoria da norma jurídica. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.33).

¹⁰³HASSEMER, op. cit., p.40.

¹⁰⁴Tradução livre. "*La interpretación judicial de las leyes es un acto de comprensión de textos, y por ello, marcado también con todas las limitaciones, pre-juicios, subjetivismos, rutinas y espontaneidad que las demás formas de comprensión.*" (HASSEMER, op. cit., p.40-41).

¹⁰⁵STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.22.

Constituição.¹⁰⁶ Nesse sentido, o pensamento de Paulo Rangel sintetiza bem o garantismo: "...para que possamos aplicar a ordem jurídica infraconstitucional, mister se faz observarmos se a mesma encontra validade frente a Constituição, pois não obstante ter vigência poderá não ter validade, bastando, para tal, violar a Constituição".¹⁰⁷

A interpretação da norma penal deve ser conforme a Constituição¹⁰⁸ e incorporar no seu processo os valores constitucionais, tanto de forma legislativa quanto pela via jurisdicional. Na segunda hipótese, o cuidado deverá consistir no atendimento ao princípio da legalidade, o que não deixa de ser problemático,¹⁰⁹ pois a interpretação tende ora a ampliar, ora a reduzir o teor da lei, e os limites não são claros.¹¹⁰ Mas se os métodos de interpretação revelam que os sentidos possíveis da lei estão contrários à Constituição, não há como 'salvar' a lei: ela é inconstitucional e não pode ser aplicada com interpretação inovadora, inclusive porque o juiz estaria usurpando a função do legislador.¹¹¹ Assim, há dois problemas: 1) o de não aplicar

¹⁰⁶FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p.26.

¹⁰⁷RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.10.

¹⁰⁸ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.27. J. J. Gomes Canotilho explica: "Ora, o princípio da interpretação conforme a constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei." (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.1.265). Nesse sentido: CARVALHO, Amilton Bueno de. As majorantes nos crimes sexuais violentos. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.126 e WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro. WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.18 e 19, etc.

¹⁰⁹PALAZZO, op. cit., p.30 e 31.

¹¹⁰PALAZZO, op. cit., p.30-40.

¹¹¹CANOTILHO, **Direito...**, op. cit., p.1267.

uma lei inconstitucional; 2) se ela não comportar a incorporação de valores constitucionais, não se pode 'forçar' a interpretação. A lei seria de todo inválida.¹¹²

O fato é que não se pode retirar a autoridade da Constituição, pois, como adverte Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, isto pode provocar "...entre outras coisas, a possibilidade de se retirar programas de ordem estatal que são imprescindíveis numa caminhada democrática, mas, antes disso, numa caminhada de construção de uma cidadania que efetivamente ainda não temos".¹¹³ Segundo J. J. Gomes Canotilho, a manutenção da Constituição brasileira no que se refere ao estado de direito, é motivada por uma repulsa ao retorno de uma 'polícia política' que seja deletéria aos cidadãos.¹¹⁴

No entanto, se os valores constitucionais têm sido, aos poucos, incorporados no ordenamento jurídico, não houve, contudo, uma completa transformação orgânica do sistema penal à luz destes princípios constitucionais.¹¹⁵ Exemplo disso, na área policial, é a relutância em respeitar os direitos constitucionais, que sucede quando a polícia restringe a interpretação da Constituição segundo o Código de Processo Penal e não o contrário, como deveria ser feito.¹¹⁶

Ao lado disso, há métodos críticos que pretenderam resolver a problemática da interpretação da lei, como o método da livre pesquisa científica.

¹¹²Daí J. J. Gomes Canotilho afirmar que uma "...norma legal não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição". (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p.405).

¹¹³MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **CANOTILHO e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003. p.27.

¹¹⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **CANOTILHO e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003. p.29.

¹¹⁵PALAZZO, op. cit., p.117.

¹¹⁶Conforme LOPES JR., Aury. A crise do inquérito policial. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.78 e 105.

Há duas acepções básicas do método da livre pesquisa científica que devem ser considerados: a extremada e a moderada. A primeira prega que o juiz pode julgar contra a lei, se isto for necessário para atingir o direito justo. Já a corrente moderada sustenta a decisão *praeter legem*, isto é, o juiz deve criar o direito, na falta de dispositivo legal escrito ou costumeiro.¹¹⁷ O método desagradou a muitos que o qualificaram de metafísico, racionalista, ingênuo, mal situado (deveria ser discutido nas lacunas do direito) e semelhante ao método histórico-evolutivo.¹¹⁸

Muito próximo do método da livre pesquisa está a Escola do Direito Livre, que preconiza, ora argumentos sociológicos, ora de justiça, para fundamentar uma imensa liberdade do julgador, a tal ponto que o sistema foi designado de anárquico.¹¹⁹ Nesse sentido, a vontade do intérprete predominaria sobre a lei ou a pretensão do legislador num processo ilimitado e com base na prevalência da 'sociedade humana' em contestação à falibilidade do Estado.¹²⁰

Para o método do positivismo sociológico, a ênfase está no aspecto social, explicando-se a partir deste a solução jurídica.¹²¹ Várias críticas foram feitas a este método, tais como a de ser normativista (o elemento axiológico está em empregar o fato social como explicador da normatividade jurídica), ou jusnaturalista, ideológico etc.¹²²

De outro lado, conforme o realismo jurídico norte-americano, se há regras formais, elas têm um certo valor e podem fundamentar a sentença, mas o juiz deve

¹¹⁷ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.42.

¹¹⁸ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.44 e 45.

¹¹⁹ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.47-51.

¹²⁰COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.255-259.

¹²¹"O jurista passa então a assimilar os diversos métodos utilizados pela sociologia, baseados na observação, experimentação etc. substituindo o positivismo normativista pelo positivismo sociológico, o que significa priorizar e privilegiar os fatos em relação às normas legais." (ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.45).

¹²²ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.46 e 47.

laborar no direito conforme o caso concreto, e é isto o que importa segundo o realismo norte-americano. Consoante este método, os princípios subordinam-se à realidade, isto é, com base na sociologia jurídica. A realidade dinâmica deve incorporar este dinamismo na decisão.¹²³ Contudo, critica-se este método por ser ele o radicalismo oposto do normativismo dogmático.¹²⁴

Já o realismo jurídico escandinavo fundamenta o seu método num sistema de signos para a aplicação do direito, predominando, portanto, o estudo da linguagem em seus mais variados aspectos (sintaxe, semântica, pragmática etc.). Outrossim, a norma que deve ser aplicada é aquela considerada socialmente obrigatória pelo juiz, numa observação empírica sobre a validade da norma, o que levaria à contradição de que a norma mais efetivamente cumprida pouco apareceria nos tribunais.¹²⁵

A literatura menciona ainda outros métodos interpretativos ou teorias da argumentação jurídica que rejeitam a lógica formal para propor soluções jurídicas,¹²⁶ citando-se como exemplos: o método 'tópico-retórico', que parte de um interesse ou

¹²³"Esse positivismo fático identifica a realidade concreta do direito com o direito dos juízes e tribunais, apresentando um ceticismo axiológico, com a eliminação de considerações teleológicas e valorativas; às vezes o direito é substituído pela psicanálise dos juízes ou reduzido a uma técnica jurídica, baseada numa generalização indutiva do comportamento dos órgãos judiciais. O seu alcance metodológico principal é a acentuação dos fatos reais no direito." (ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.64).

¹²⁴ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.63.

¹²⁵ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.64-67. "O realismo jurídico escandinavo nega uma interpretação jusnaturalista e apriorística do direito, que é concebido como fato social. Os conceitos jurídicos devem ser interpretados como concepções da realidade social; o direito deve ser concebido como fato do ser e as normas jurídicas como normas do ser, ou seja, normas que enunciam como se conduzem de fato os aplicadores. Assim a validade do direito é interpretada em termos de efetividade social, de modo que a ciência do direito está fundada em princípios empiristas, visto que sua função é verificar a conduta futura dos operadores do direito, principalmente os juízes." (ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.67).

¹²⁶ATIENZA, op. cit., p.59.

bem comum ou princípio¹²⁷ (enfim, um *topoi*) para tratar do caso concreto e a partir deste (método indutivo) resolver o problema,¹²⁸ porém a teoria da tópica recebe a crítica de ser um estilo e não um método,¹²⁹ além de não se estabelecer hierarquias entre os tópicos, o que levaria, no caso de emprego de tópicos diferentes, a resultados distintos (outro problema é que a noção de tópica é imprecisa);¹³⁰ a 'lógica do razoável', que procura demonstrar que a ciência jurídica não tem condições de adotar um único método de interpretação, e então, deve-se procurar trazer a solução mais satisfatória ou razoável,¹³¹ conceito esse que, em muitos casos, torna-se de difícil enunciação;¹³² a 'nova retórica', que preconiza a argumentação ao invés da análise científica ou do silogismo puro: prevalece, segundo Chaïm Perelman o sentido de fornecer uma solução aceitável, baseada na argumentação, que convence mais do que a 'verdade pura' ou um raciocínio

¹²⁷"Segundo a ótica da dogmática jurídica, os tópicos podem ser equiparados aos princípios gerais do direito, que é, deste modo, um pensamento por princípios. Mas tais princípios não são princípios científicos; são expressões do direito natural, que passam a ter um caráter histórico e contingentes." (ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.74).

¹²⁸ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.73. "A tópica, segundo Viehweg, parte do problema concreto para solucionar, ao invés de partir da norma para interpretar. O problema toma e conserva a primazia. Assim problema é toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar. Os *topoi*, como pontos de vista aceitáveis em toda parte, enumerados de um modo mais ou menos completo, são os que nos podem ajudar, em relação a cada problema, a obter os raciocínios dialéticos." (ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.71).

¹²⁹ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.72.

¹³⁰ATIENZA, op. cit., p.66. Ver ainda, do mesmo autor e obra, as páginas 72, 75, 76 e 77.

¹³¹"A lógica do razoável de Luis Recaséns Siches está montada sobre a matriz aristotélica da eqüidade. Esta orientação revaloriza a doutrina aristotélica da eqüidade, conferindo-lhe uma nova perspectiva. Por isso diz Recaséns Siches que a lógica do razoável é uma versão qualificada e refinada da eqüidade. A função da eqüidade não é corrigir a lei, mas interpretá-la razoavelmente. (...) Os diversos métodos de interpretação revelam apenas um aspecto da verdade. Mas a lógica do razoável dá a síntese final em cada caso concreto, de modo que os vários elementos se solidarizam reciprocamente." (ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.82).

¹³²ATIENZA, op. cit., p.119.

estritamente de 'ciência'¹³³ (contudo, a imprecisão dos conceitos nucleares,¹³⁴ a falta de distinção entre argumento forte e fraco¹³⁵ e, principalmente, o fato de que o argumentador pode ser parcial e portador de ideologias – e, por que não dizer, preconceitos – torna o método questionável¹³⁶); a 'hermenêutica jurídica estrutural ou globalizante', que envolve na interpretação o aspecto normativo, axiológico e fático, flexibilizando assim de forma global estes três elementos¹³⁷ etc. Entretanto, estes e outros métodos propostos e discutidos pela doutrina¹³⁸ – argumentativos ou

¹³³"As teorias jurídicas, a do abuso do poder ou a que precisa noções difíceis tais como 'a ordem pública internacional', não se impõem porque são verdadeiras ou porque permitem, como em ciência, prever melhor fenômenos desconhecidos, mas porque fornecem justificações que permitem restringir ou ampliar o alcance das regras de direito de uma forma aceitável pelas Cortes e Tribunais. É na medida em que elas fornecem as razões de uma solução *aceitável* que serão adotadas pela jurisprudência. Elas se empenham, através de sua argumentação, em convencer os legisladores, os juízes e a opinião pública de que, sobre esses dois pontos, o caráter aceitável das soluções e o valor das justificações são preferíveis às concepções concorrentes." (PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.631). ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.86. "Chaim Perelman elabora uma nova retórica, como uma nova doutrina do diálogo, da deliberação e da confrontação de argumentos contrários. Para o jusfilósofo belga, a lógica jurídica, especialmente a judicial, equivale a uma argumentação." (ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.86).

¹³⁴ATIENZA, op. cit., p.110.

¹³⁵ATIENZA, op. cit., p.114.

¹³⁶ATIENZA, op. cit., p.120, 121, 129 e 130.

¹³⁷ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.97. "A teoria tridimensional do direito, de caráter específico e dinâmico, de Miguel Reale, como concepção integral do direito, culmina numa hermenêutica jurídica própria, de natureza estrutural ou globalizante." (ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.97).

¹³⁸Manuel Atienza, cita ainda como exemplos de métodos da teoria da argumentação os propostos por Tolmin, Neil MacCormick, Robert Alexy e Habermas. Além de inúmeras críticas específicas a cada autor, Atienza pondera que as teorias da argumentação jurídica não podem ignorar outros estudos sobre argumentação que se realizam fora do direito: lógica, filosofia, linguística, psicologia cognitiva, etc. Contudo, um dos argumentos mais interessantes parece ser esse: para "...que uma teoria da argumentação jurídica possa cumprir essa função de caráter instrumental (dirigida tanto aos práticos do Direito quanto aos cultivadores da dogmática jurídica) ela terá de poder oferecer um método que permita reconstruir o processo real da argumentação, além de uma série de critérios para fazer um julgamento sobre a sua correção; como se acaba de indicar, essa é uma tarefa que, em considerável medida, ainda está para ser cumprida." (ATIENZA, op. cit., p.333).

tradicionais, críticos ou conservadores –, além das críticas usuais, serão passíveis das observações que virão a seguir, e, principalmente, das considerações que serão feitas sobre as meta-regras, pois estas condicionarão a interpretação e a aplicação das normas jurídicas a fatores que não estão previstos formal ou explicitamente naquelas normas, condicionando, por conseguinte, todo o processo de formação de linguagem e de argumentação.¹³⁹

Ao lado disso, as teorias da argumentação normalmente discutem sobre questões criadas diante de regras jurídicas formadas numa suposição de que quaisquer pessoas lhes são sujeitas. Ora, um dos problemas que será adiante abordado é justamente o da seleção de pessoas (os estigmatizados) realizada por todo o sistema penal. Diante desse quadro crítico já formado, os 'problemas' em discussão, para argumentar ou interpretar perante as regras jurídicas, já estariam previamente marcados, isto é, delimitados sobre determinadas pessoas (os estigmatizados), mas não sobre qualquer pessoa. Constatar-se-á, pois, a fragmentação de pessoas – que obedece a um processo de estigmas – num universo dentro do qual o direito está inserido.

1.1.3.3 Crítica geral aos métodos convencionais e não-convencionais

Há alguns anos, Hans Kelsen detectou um problema intrínseco existente nos métodos convencionais de interpretação que pouco preocupou a doutrina tradicional, isto é, o de que não se tem uma 'única' solução correta para o caso diante da hipótese legal, porém várias. A solução apontada é apenas uma das soluções possíveis¹⁴⁰ e não há um método que contrarie este postulado.¹⁴¹ Haveria,

¹³⁹Sobre esse último aspecto, vide citação supra de ATIENZA, op. cit., p.333.

¹⁴⁰KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.391.

¹⁴¹KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.390.

assim, uma 'moldura' formada pelo Direito, permitindo várias possibilidades em sua concretização¹⁴² e tornando um esforço inútil querer excluir interpretações diversas dentro da 'moldura', ainda que fundamentando-se com argumentos jurídicos. Para Kelsen, não há qualquer critério que determine se deve ser empregado este ou aquele método de interpretação,¹⁴³ não há uma forma 'correta' de se aplicar o Direito positivo pois não se trataria de teoria geral do Direito, mas sim de política do Direito.¹⁴⁴ Então, se os métodos de interpretação não são assim tão determinantes e seguros e se a questão da interpretação é, também, um fator político, quais seriam os fatores preponderantes a influenciar a aplicação do Direito?

As dificuldades usuais da interpretação da norma jurídica já são bastante conhecidas e apontadas, isto é, a falta de dados sobre o caso concreto e a indeterminação semântica dos conceitos normativos.¹⁴⁵ Não obstante, há outras críticas agudas que se fazem a estes e outros métodos convencionais de interpretação, ou seja, que seriam estáticos e não se preocupam com a adaptação histórico-social exigida numa sociedade que evolui.¹⁴⁶ Além disso, a idéia positivista de que o intérprete

¹⁴²"O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível." (KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.390).

¹⁴³"...não há qualquer critério que permita saber quando deva ser empregado um e quando deva ser utilizado o outro." (KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.392).

¹⁴⁴"A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito." (KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.393).

¹⁴⁵DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.7-10.

¹⁴⁶BOBBIO, op. cit., p.214.

deve declarar ou reproduzir o texto sob a forma de um conhecimento contemplativo e passivo¹⁴⁷ é criticada pelos que afirmam que interpretar é criar o direito e contribuir na sua produção,¹⁴⁸ é deixar fluir a força das ciências sociais e reconhecer o caráter de transformação do direito.¹⁴⁹ Em verdade, interpretar é também aplicar o direito¹⁵⁰ e os métodos que não analisam a fundo os processos de interpretação e aplicação da norma, criam a falsa idéia de que serão eles (os métodos tradicionais) e, exclusivamente eles, os fatores preponderantes e decisivos na realização do direito, o que está longe de ser verdadeiro. Some-se a tudo isto a infinita gama de diferenças sociais e políticas que propiciam a existência de uma interpretação ilimitada da norma, tornando difícil um modelo comum.¹⁵¹ Corrobora-se, pois, o dizer de Luiz Edson Fachin, no sentido de que ocorre a "...impossibilidade de apreender o fenômeno jurídico apenas a partir da sua exegese estrita e inóspita."¹⁵²

¹⁴⁷BOBBIO, op. cit., p.211.

¹⁴⁸BOBBIO, op. cit., p.211. Aliás, para Bobbio "...interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada. Ora, a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos, é uma *species* do *genus* signo (tanto é verdade que é substituível por outros signos, por exemplo os gestos da mão, embora seja mais perfeito porque mais rico e maleável)." (BOBBIO, op. cit., p.212).

¹⁴⁹ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.140.

¹⁵⁰"Nesse sentido lato – pois no restrito hermenêutica é sinônimo de interpretação – a hermenêutica abrange a interpretação e integração e, quiçá, a própria aplicação, que é a finalidade última de toda interpretação e integração. Desse modo, a hermenêutica estaria para a prática interpretativa assim como a ciência está para a técnica ou o estudo dos princípios gerais para a aplicação prática desses princípios." (MACHADO NETO, op. cit., p.216).

¹⁵¹HASSEMER, op. cit., p.26.

¹⁵²FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000. p.318.

Seguramente, pode-se afirmar com Winfried Hassemer que a

...prática na interpretação da lei não se atém às regras científicas do método, tal como se pode ver com facilidade em uma análise mais profunda; ao não fazê-lo, como é natural, não procede meramente lesionando regras (isto seria o melhor resultado para a teoria do método), senão, por sua parte, estabelecendo regras: existiria uma 'teoria da prática' que, obviamente de maneira informal, conteria, respeitaria e, dado o caso, sancionaria, um conjunto de regras para a compreensão e interpretação das leis; este conjunto de regras se diferenciaria materialmente do da teoria do método.¹⁵³

Nessa atividade criativa, há regras não escritas que são fundamentais para decidir sobre o que deverá ocorrer quando da aplicação das regras jurídicas (normalmente escritas). Aquelas, são estruturas objetivas da sociedade que são apreendidas subjetivamente no processo de aplicação das leis penais: trata-se das meta-regras. Em termos mais concretos: se um policial fosse investigar um fato humano que está tipificado como roubo¹⁵⁴ num conjunto de mil pessoas que efetivamente praticaram tal crime e dirigisse ele a investigação para apenas dez delas e, regra geral, predominantemente para aquelas que apresentassem determinadas características (pobre, raça não predominante, religião 'x' etc.), então, os métodos hermenêuticos tradicionais deveriam ser profundamente revistos.

Por outro lado, ainda uma vez mais, se somente delitos que se supõe (erroneamente) serem praticados por uma camada social específica – pobre – como é o caso do roubo obtêm a atenção quase que total da polícia, em detrimento de outros tão ou mais graves para a sociedade quanto este crime contra o patrimônio (corrupção passiva, fraudes, lavagem de dinheiro etc.), ou delitos que outra camada

¹⁵³Tradução livre. *"La práctica en la interpretación de la ley no se atiene a las reglas científicas del método, tal como se puede ver con facilidad en un análisis más profundo; al no hacerlo, como es natural, no procede meramente lesionando reglas (esto sería el mejor resultado para la teoría del método), sino, por su parte, estableciendo reglas: existiría una 'teoría de la práctica' que, por supuesto de manera informal, contendría, respetaría y, dado el caso, sancionaría, un conjunto de reglas para la comprensión e interpretación de las leyes; este conjunto de reglas se diferenciaría materialmente del de teoría del método."* (HASSEMER, op. cit., p.24-25).

¹⁵⁴Artigo 157 do Código Penal brasileiro: "Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa."

social pode igualmente praticar¹⁵⁵ tanto quanto o pobre (tráfico, dirigir embriagado gerando perigo de dano etc.) então, uma vez mais, os fatores de interpretação das normas penais, definitivamente, não estão sendo estudados nos livros de direito ou nos manuais de polícia.¹⁵⁶

Diante disso, faz-se mister evidenciar o lado social da norma jurídica,¹⁵⁷ procurando conhecer mais de perto a realidade do que se pretende interpretar.¹⁵⁸ É preciso, pois, parafraseando Carlos Maximiliano,¹⁵⁹ descobrir o verdadeiro sentido da regra positiva. E mais: é necessário verificar o quanto o intérprete está imerso no objeto que analisa e o quanto há de armadilha nesse universo em tela.¹⁶⁰

¹⁵⁵"We think of the person who commits a traffic violation or gets a little too drunk at a party as being, after all, not very different from the rest of us and treat his infraction tolerantly. We regard the thief as less like us and punish him severely. Crimes such as murder, rape, or treason lead us to view the violator as a true outsider." Tradução livre: "Nós pensamos que a pessoa que comete um tráfico ou fica um pouco embriagada numa festa está sendo, apesar de tudo, não muito diferente de nós e tratamos a infração dele tolerantemente. Nós consideramos um ladrão de forma inferior e o punimos severamente. Crimes como homicídio, roubo, ou liderança de traição transformam o infrator em um verdadeiro *outsider*." (BECKER, Howard S. **Outsiders. Studies in the sociology of deviance**. 21.ed. New York: MacMillan, 1973. p.3).

¹⁵⁶Nesse sentido, considerações como estas, aproximam-se das preocupações do chamado 'processo sociológico de interpretação das normas'. "Por influência do aparecimento da sociologia, e da notável repercussão teórica que a novel ciência encontrou no seio dos juristas, até a forma extremada do sociologismo, surgiu o processo sociológico de interpretação das normas. Seus objetivos pragmáticos são óbvios: a) conferir a aplicabilidade da norma às relações sociais que lhe deram origem (empírica); b) estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; c) temperar o alcance do preceito normativo, a fim de fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social." (MACHADO NETO, op. cit., p.217).

¹⁵⁷SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. 30.ed. Tradução de: Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1988. p.16.

¹⁵⁸ANDRADE, C. J. de, op. cit., p.142.

¹⁵⁹MAXIMILIANO, op. cit., p.01.

¹⁶⁰ELBERT, Carlos Alberto. **Manual básico de criminologia**. Tradução de: Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p.27.

1.2 META-REGRAS

1.2.1 A Cifra Oculta

Muito há que evoluir o estudo da psique humana para a compreensão dos motivos que levam à prática do delito. A idéia de fazer-se algo 'errado' ou 'criminoso' não está longe da normalidade e, pode-se dizer, da própria rotina das pessoas, desde crianças. Transgredir a lei como uma forma de usufruir mais é, assim, um elemento tão próximo de todos quanto próximos estão o bandido e o herói.¹⁶¹ O 'querer levar vantagem em tudo' seria uma lei generalizada que faz com que o 'malandro' não perceba que também pode estar sendo enganado.¹⁶² Talvez a aceitação de que a 'transgressão' à norma faz parte da rotina social de todos os indivíduos seja o início de um tratamento mais humano para aqueles que acabam submetidos ao sistema penal.

Com efeito, a grande maioria da população pratica delitos, mas somente uma pequena parcela é descoberta e incriminada. A diferença entre a criminalidade

¹⁶¹"No fim das contas, quem não roubou algumas balas da mãe ou uma barra de chocolate do irmão, tomado pelo trêmulo sentimento de que a bondade essencial de si próprio não ficaria nem minimamente alterada? Eis ali, nesse fato singelo, o fundamento da identificação com aquele que, apesar de transgredir a lei, conserva seus bons sentimentos para com seus semelhantes. É a esperança, que todos compartilhamos, de gozar um pouco além do permitido, sem por isso perturbar ninguém. Ultrapassar a barreira da lei sem alterar a lei. (...) Sempre ficamos gratos àquele que não culpabiliza nossos atos, supomos que ele fez conosco uma exceção. Precisamente essa é a esperança: constituirmos a exceção de poder gozar um pouco mais do que os outros, sem ter de pagar nada por isso." (JERUSALINSKY, Alfredo. Mocinhos ou bandidos? A lei não se sustenta quando prevalece o imaginário. **Psicanálise em Tempos de Violência**, Porto Alegre: Ano VI, n.12, p.67-68).

¹⁶²"Sem poder saber: a crença na sua malandragem faz dele o melhor otário.

Stanislaw Ponte Preta, com fina ironia, notou o paradoxo inerente à corrupção generalizada e lançou uma máxima: 'restabeleça-se a moralidade ou então locupletemo-nos todos'. Vale a pena observar que enquanto o 'levar vantagem em tudo', de Gerson, é cínico, o 'locupletemo-nos todos', de Ponte Preta, é irônico. Retenhamos esta diferença." (GOLDENBERG, Ricardo. O cão. **Discurso Psicanalítico**: Goza! Capitalismo, Globalização e Psicanálise, Salvador, n.6, 1997. p.259).

real e a aparente denomina-se 'cifra negra', ou obscura ou delinqüência oculta.¹⁶³ Este é o ponto de partida das teorias de Fritz Sack. Segundo ele, que tem predileção pelo emprego da estatística criminal,¹⁶⁴ oitenta a noventa por cento da população total da Alemanha cometeria delitos, ainda que de forma casual, mas só uma ínfima parte é incriminada,¹⁶⁵ chegando-se à estimativa irrisória de um por cento de efetiva incriminação de todas as condutas criminosas realizadas.¹⁶⁶ Numa empresa situada em Friburg (Alemanha) observaram-se oitocentos fatos que poderiam ser criminalizados, mas somente um deles o fora.¹⁶⁷ Acredita-se que na Holanda a taxa de criminalização real de pessoas seja de um por cento, a ponto de Louk H. C. Hulsman afirmar que a "...regra é a não criminalização, a exceção é a criminalização".¹⁶⁸ No ano de 1975, uma pesquisa na América Latina concluiu que a cada cinco delitos praticados, quatro não são comunicados pelas vítimas,¹⁶⁹ o que

¹⁶³CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução de: Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.68.

¹⁶⁴"More than other sciences, criminology has its immediate roots in political and administrative requirements and exigencies and the development of criminal statistics." Tradução livre: "Mais do que outras ciências, a criminologia tem imediatas raízes na política e necessidades e exigências para o desenvolvimento nas estatísticas criminais." (SACK, Fritz. **Crime, law and social change – socio-political change and crime: a discourse on theory and method in relation to the new face of crime in Germany**. Netherlands: Kluwer Academic, 1995. p.53).

¹⁶⁵BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.105-106.

¹⁶⁶CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de: Eliana Granja et al. São Paulo: RT, 1995. p.165.

¹⁶⁷CERVINI, op. cit., p.168.

¹⁶⁸"La regla es la no criminalización, la excepción es la criminalización." (Tradução livre). Louk H. C. Hulsman afirma ainda que em sua opinião "...hay una subestimación de la cantidad de delitos no registrados. De todas maneras, no hay dudas de que rara vez se produce la criminalización real de los hechos criminalizables, aún en el campo del delito tradicional." Tradução livre: "...há uma subestimação da quantidade de delitos não registrados. De todo modo, não há dúvida de que raramente se produz criminalização real dos fatos criminalizáveis, ainda que no campo do delito tradicional." (HULSMAN, Louk H. C. et al. **Abolicionismo penal: la criminología critica y el concepto de delito**. Tradução de: Mariano Alberto Ciafardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989. p.96).

¹⁶⁹CERVINI, op. cit., p.169.

sempre acaba trazendo para ponderação se é válido somente explicar a criminalidade em função da atuação do agente, sem levar em conta a atribuição a ele de um tipo penal, isto é, quais critérios atuaram para que ele fosse criminalizado concretamente.¹⁷⁰ Estima-se que apenas um por cento dos crimes sexuais são registrados; os homicídios são catalogados como 'desaparecimentos', 'acidentes', 'suicídios' etc.¹⁷¹ Há muito tempo a quantidade de crimes que a polícia registra aumenta, mas a taxa de elucidação diminui.¹⁷² No Brasil, a legislação penal é tanta que, provavelmente, quase ninguém escape de ser teoricamente considerado um 'criminoso'.¹⁷³

Finalmente, pode-se considerar ainda outro aspecto que não está exatamente dentro do conceito de cifra oculta, mas que está relacionado a este: muitas pessoas que são condenadas não cumprem as penas.¹⁷⁴

¹⁷⁰Elena Larrauri analisa a idéia de "– que la responsabilidad es atribuida (Sack, 1988:19). *Explicar un comportamiento delictivo, no es sólo explicar la actuación, sino explicar la atribución de este comportamiento a un tipo legal, sólo entonces podemos hablar de delito. Puede explicarse por qué esta persona ha actuado de tal o cual manera, pero explicar por qué ha delinquirido no puede realizarse sin tomar en consideración qué criterios han funcionado para que su actuación fuese subsumida en un tipo legal. Explicar el delito por consiguiente no es explicar una actuación, es explicar una actuación y una atribución.*" Tradução livre: "– que a responsabilidade é atribuída (Sack, 1988: 19). Explicar um comportamento delitivo, não é só explicar a atuação, senão explicar a atribuição deste comportamento a um tipo legal, só então podemos falar de delito. Pode explicar-se porque esta pessoa atuou de tal ou qual maneira, porém explicar por que delinuiu não pode fazer-se sem levar em consideração que critérios funcionaram para que sua atuação fosse subsumida em um tipo legal. Explicar o delito por conseguinte não é explicar uma atuação, é explicar uma atuação e uma atribuição." (LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. 2.ed. México (DF): Siglo Veintiuno, 1992. p.202-203).

¹⁷¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.10. Sobre a cifra oculta nos crimes sexuais, ver também: BOVINO, Alberto. Delitos sexuales y justicia penal. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal**. Buenos Aires: Biblos, 2000. p.214, 215 e 245.

¹⁷²HASSEMER, op. cit., p.100.

¹⁷³MIRANDA COUTINHO, Videoconferência, op. cit., p.111.

¹⁷⁴SILVA, Jorge da. A ação da polícia e direitos humanos. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coord.). **Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v.2. p.300-301.

Pode-se afirmar que a polícia conhece um número de crimes muito inferior daqueles que efetivamente foram praticados.¹⁷⁵ Ela tem o dever de cumprir as leis, apurando infrações penais,¹⁷⁶ porém não o faz num índice sequer razoável. Muitos aspectos podem ser apontados para que isso ocorra: a) capacidade operacional desprezível, se comparada à necessidade;¹⁷⁷ b) ausência de manifestação das vítimas;¹⁷⁸ c) desonestidade ou ineficiência da polícia;¹⁷⁹ c) a polícia pretende proteger a reputação da cidade;¹⁸⁰ d) o fato não foi descoberto;¹⁸¹ e) a perda de credibilidade no sistema;¹⁸² constataram-se obsoletas as tipificações da legislação;¹⁸³ g) as condutas são culturalmente aceitas;¹⁸⁴ h) há um desacordo entre a programação da criminalização primária (legislação) e a criminalização secundária

¹⁷⁵SUTHERLAND, Edwin H. **Princípios de criminologia**. Tradução de: Asdrubal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949. p.42.

¹⁷⁶"Rules may be of a great many kinds. They may be formally enacted into law, and in this case the police power of the state may be used in enforcing them." Tradução livre: "Regras podem ser de muitas espécies. Elas podem estar formalizadas na lei, e nesse caso o poder de polícia estatal pode ser usado para fazê-las cumprir." (BECKER, **Outsiders. Studies...**, op. cit., p.2).

¹⁷⁷"A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população.

Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p.26).

¹⁷⁸SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.42.

¹⁷⁹SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.42.

¹⁸⁰SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.42.

¹⁸¹CASTRO, op. cit., p.69 e 70.

¹⁸²CERVINI, op. cit., p.163.

¹⁸³CERVINI, op. cit., p.163.

¹⁸⁴CERVINI, op. cit., p.163.

(falta de recursos administrativos);¹⁸⁵ i) após o esclarecimento do crime, nem sempre é intentada a ação penal;¹⁸⁶ j) ainda que ajuizada a ação penal, nem sempre o acusado é condenado;¹⁸⁷ l) a polícia pode entender equivocadamente que não ocorreu delito;¹⁸⁸ m) teme-se a polícia ou o delinqüente;¹⁸⁹ n) as testemunhas não querem envolvimento com a polícia¹⁹⁰ etc.

Então, como a polícia não pode atender nem de longe à demanda da criminalidade real, ela seleciona as pessoas que estão vulneráveis.¹⁹¹ Este é o 'filtro' mais importante envolvido com a cifra oculta: o descobrimento ou não do fato, a atitude da polícia e a atitude¹⁹² e a pessoa da vítima. Não há uma categoria especial de pessoa que pratica delitos, mas há pessoas que são selecionadas, por serem mais vulneráveis.¹⁹³ Gera-se uma 'distribuição diferenciada da imunidade',¹⁹⁴ formando uma nova classe de estigmatizado que constitui a do criminoso oficialmente rotulado pelo sistema penal. A injustiça desta desafortunada seleção é

¹⁸⁵CERVINI, op. cit., p.165.

¹⁸⁶CERVINI, op. cit., p.166 (nota de rodapé).

¹⁸⁷CERVINI, op. cit., p.166 (nota de rodapé).

¹⁸⁸CERVINI, op. cit., p.170.

¹⁸⁹LEA, MATTHEWS e YOUNG, op. cit., p.31.

¹⁹⁰Esse aspecto pode ocasionar na prática, inclusive, a condenação de um inocente em razão da ausência de esclarecimentos, segundo Jorge Candido S. C. Viana (VIANA, Jorge Candido S. C. **Como peticionar no juízo criminal**: alguns comentários sobre as matérias abordadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.46).

¹⁹¹ZAFFARONI, **Em busca...**, op. cit., p.26.

¹⁹²"O filtro mais importante da cifra obscura é, sem dúvida, a dos primeiros níveis (descobrimento do fato, atitude da vítima e atitude da polícia). Aí fica a maioria dos fatos cometidos. Nos níveis processuais superiores, a cifra negra tem menos possibilidades de crescer, à medida que se ascende às etapas do processo. Nestes níveis funcionam com preferência o fator poder econômico e político e o tráfico de influência." (CASTRO, op. cit., p.69).

¹⁹³HULSMAN, op. cit., p.90.

¹⁹⁴CERVINI, op. cit., p.163.

reconhecida pelo público e a perda da reputação do sistema repressivo é inevitável, deflagrando um sentimento desagregador.¹⁹⁵

Donde, quando Raúl Cervini lança a pergunta sobre "...quais são os caracteres que possuem aqueles indivíduos que são efetivamente detectados e processados?", ele faz comentário decisivo: "Faz-se necessário, então, recorrer às noções de estigma e de estereótipo do delinqüente, as quais fazem seu finca-pé na existência de uma idéia ou idéias preconcebidas, sobre qual ou quais são as características do delinqüente, sobre cuja base projetam-se e se dirigem, inclusive, as medidas e operações policiais."¹⁹⁶

1.2.2 Personagens

Para Fritz Sack, pode-se demonstrar "...que os procedimentos de atribuição (do caráter de desviado) não constituem em privilégio ou traço específico dos tribunais, polícias ou outras pessoas ou instituições do controle social; ao contrário, eles supõem uma característica geral dos processos interativos e comunicativos entre os homens".¹⁹⁷ Logo – segundo esse autor –, personagens que 'selecionam' pessoas de uma forma geral (e segundo as finalidades 'classistas' já referidas anteriormente) são:

- a) juízes;
- b) policiais;

¹⁹⁵CERVINI, op. cit., p.163. A perplexidade que se reflete por causa da seletividade está ressaltada com as teorias que se polarizam, desde a da prevenção positiva até o abolicionismo. O tema da prevenção positiva será abordado adiante. Quanto ao abolicionismo, a crítica mais aguda é a da impossibilidade de aceitar-se um sistema que intervém apenas tangencialmente na sociedade. O próprio conceito de crime estaria à prova "...pois a cifra negra indica claramente que os fatos aos quais a lei denomina de delitos 'não são vividos como fatos considerados à parte, separados por outros acontecimentos'". (CERVINI, op. cit., p.173).

¹⁹⁶CERVINI, op. cit., p.165. Mais adiante será visto que as noções de estigma e de estereótipos são complementares.

¹⁹⁷Apud BERGALLI, op. cit., p.254. Tradução livre.

- c) outras pessoas do controle social;
- d) outras (característica geral do sistema).¹⁹⁸

Por outro lado, os personagens que atuam do outro lado, isto é, os selecionados, são os mais débeis economicamente,¹⁹⁹ de forma que frente a frente são colocados "...de um lado, o que se comporta de modo desviante, e de outro, o que define este comportamento como desviante".²⁰⁰ O estudo dos estigmas possibilitará ver que, de forma semelhante à consideração de Fritz Sack, todos participam do processo de estigmatização e incriminação, porém não é só o desfavorecido economicamente que integra o rol dos selecionados para o sistema penal – aqui, separa-se do pensamento de Sack –, mas sim todos aqueles estigmatizados.

Outrossim, o 'filtro' das pessoas ocorre de forma escalonada, percorrendo desde o legislador, o autor do delito, a vítima, a testemunha, o promotor, o juiz e a polícia,²⁰¹ comprovando o mito impossível da neutralidade do operador jurídico de que fala Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, acrescentando ainda o Professor de Processo Penal que é preciso o "reconhecimento da diferença".²⁰²

¹⁹⁸ *"El aspecto del 'poder' relativiza la afirmación anterior puesto que la asignación social de funciones determinadas (por ej. la policía, jueces, abogados, funcionarios de la ejecución penal, etc.) que están entregadas de modo especial a los procesos de definición, y cuya diferenciación está dotada de legitimidad, son las dominantes."* Tradução livre: "O aspecto do 'poder' relativiza a afirmação anterior uma vez que a prescrição social de funções determinadas (por exemplo a polícia, juízes, advogados, funcionários da execução penal etc.) que estão entregues de modo especial aos processos de definição, e cuja diferenciação está dotada de legitimidade são dominantes." (BERGALLI, op. cit., p.254).

¹⁹⁹ BARATTA, **Criminologia**..., 1.ed., op. cit., p.107.

²⁰⁰ Apud BARATTA, **Criminologia**..., 1.ed., op. cit., p.108.

²⁰¹ CERVINI, op. cit., p.166.

²⁰² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Reforma Penal e o Ministro Cernicchiaro. **Estudos Jurídicos**, Curitiba, v.2, n.1, p.174, ago. 1995.

Certa vez, ao estudar a aplicação da regra jurídica, Chaïm Perelman concluiu que o direito está imerso em ideologias e, nesse universo, a ciência perde terreno.²⁰³ A idéia cartesiana de um conhecimento livre de preconceitos ou de erros é fortemente contestada pelo autor, que não acredita em critérios absolutos ou infalíveis e que sejam livres de intuições e convicções. Ainda que diante de um suposto texto legal claro e objetivo – o que não é tão comum – a aplicação do princípio *interpretatio cessat in claris* deixa em aberto, para Perelman, as seguintes questões: "Mas quando se poderá dizer que um texto é claro? Quando é claro o sentido que o legislador antigo lhe deu? Quando o sentido que se lhe dá atualmente é claro para o juiz? Quando os dois sentidos claros coincidem?"²⁰⁴

Em seguida, Perelman utiliza exemplo de atuação policial para demonstrar que na aplicação da lei não há texto tão claro que enseje uma solução única:

Suponhamos que um regulamento municipal proíba a entrada de veículos num parque público. Essa regra irá forçar o policial de guarda a impedir a entrada de uma ambulância que veio buscar um passeante vítima de um enfarto? Se não, isso significa que a regra que não contém, em seu enunciado, nenhuma restrição, subentende uma cláusula limitativa, tal como 'salvo circunstâncias graves ou excepcionais, salvo caso de força maior', cujo alcance compete, cada vez, ao intérprete precisar.²⁰⁵

²⁰³PERELMAN, *Ética...*, op. cit., p.621. Sobre a regra jurídica, outras preocupações de Perelman foram evidenciadas, v.g., na obra 'Tratado da Argumentação': pois quando trata do fundamento da regra de justiça, Perelman afirma que para a demonstração rigorosa da referida base "...os objetos aos quais ela se aplica deveriam ser idênticos, ou seja, completamente intercambiáveis. Mas, na verdade, isso nunca acontece. Os objetos sempre diferem em algum aspecto, e o grande problema, o que suscita a maioria das controvérsias, é decidir se as diferenças constatadas são ou não irrelevantes ou, em outros termos, se os objetos não diferem pelas características essenciais, isto é, os únicos a serem levados em conta na administração da justiça." (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.248).

²⁰⁴"A teoria cartesiana do conhecimento é uma teoria do conhecimento não-humano, mas divino, de um espírito único e perfeito, sem iniciação e sem formação, sem educação e sem tradição." (PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Tradução de: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.159. Ver ainda a página 160).

²⁰⁵PERELMAN, *Ética...*, op. cit., p.623.

Então, Perelman procura responder à pergunta que ele mesmo faz:

Quem decide da importância de um texto? Aquele que é competente para dizer o direito na espécie que lhe é submetida. Será o juiz de primeira instância e, se for o caso, o juiz de apelação ou de cassação.

Mas, em muitas situações, será, antes dos tribunais, um funcionário público, um policial, um substituto, que deverá interpretar a lei no caso submetido à sua apreciação, presumindo que ele seria aprovado pelos tribunais se estes tivessem de conhecê-lo.²⁰⁶

Ora, a escolha do personagem 'polícia' como objeto de estudo, deve-se ao fato de que esta é uma das mais importantes instituições que controla a atribuição do caráter de criminoso a alguém. É a linha de frente das ideologias e preconceitos e que faz a triagem inicial dos futuros estigmatizados pelo sistema penal. É com razão, pois, que Jorge de Figueiredo Dias afirma que a "...polícia constitui o símbolo mais visível do sistema formal de controlo, o mais presente no quotidiano dos cidadãos e, por via de regra, o '*first-line enforcer*' da lei criminal. O seu papel no processo de seleção é, por isso, determinante."²⁰⁷ Apontada por alguns autores como o segmento que tem o maior poder de seleção, a polícia detém algumas pessoas, mas outras não, interroga e pressiona aquelas de determinadas classes sociais que confessam e muitas vezes têm medo de retratar-se depois, devido à provável represália.²⁰⁸ A polícia elaborou formas complexas de meta-regras que merecem pesquisa e análise. Segundo Cicourel, a polícia elabora "...teorias sobre os indivíduos e os grupos, a moralidade e a imoralidade, as pessoas boas e más, as instituições, as práticas e as tipificações das formas comunitárias e emprega estas teorias ou construções de forma rotineira..."²⁰⁹

²⁰⁶PERELMAN, *Ética...*, op. cit., p.624.

²⁰⁷FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p.443.

²⁰⁸MARTINEZ, Milton Hugo Cairolí. **El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales**. Montevideo: Fundacion de Cultura, 2000. p.17.

²⁰⁹Apud FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.451.

1.2.3 Conceito e Terminologia de Meta-Regras

Verificou-se inicialmente a complexidade e até a insuficiência gerada pela tentativa de aplicação de determinados métodos para interpretação e aplicação das regras jurídicas. Diante da realidade viva, eles tornam-se superficiais e distanciam-se de uma explicação da efetiva racionalidade que envolve o processo interpretativo.

Segundo Aldacy Rachid Coutinho, a

...interpretação de uma mesma situação fática procedida pelos Tribunais pode variar dependendo de condições históricas que gravitem em diferentes momentos.

A ordem jurídica pertence ao mundo da cultura, pertence ao mundo do 'dever ser'. Os objetos culturais são por excelência históricos, valorativos, contingentes, como é o jurídico, eis que surgem como criação humana. Portanto, não é possível explicar o fenômeno jurídico como se demonstra uma lei física, senão compreendê-lo.²¹⁰

Nesse sentido, a lição de Hans-Georg Gadamer, de tão lúcida, também precisa ser reproduzida:

Entender e interpretar os textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo. Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele, em primeiro lugar, não é estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência – embora, sem dúvida, se trate também aqui do conhecimento e da verdade. Ao se compreender a tradição não se compreende apenas textos, mas também se adquirem juízos e se reconhecem verdades. Mas que conhecimento é esse? Que verdade é essa?²¹¹

Com base em Gadamer, Lenio Luiz Streck afirma que para interpretar faz-se mister uma pré-compreensão, pois o sentido do texto já vem com o 'mensageiro'.

²¹⁰COUTINHO, A. R., op. cit., p.14.

²¹¹GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4.ed. Tradução de: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002. p.31.

Há uma 'fusão de horizontes' na interpretação. O que implica sempre interpretar. Interpretar com posição prévia, visão prévia e concepção prévia.²¹²

Quer dizer que a 'mensagem' das regras jurídicas deve estar em grande parte com o intérprete que opera com conceitos (ou 'pré-conceitos') que estão latentes em sua formação e na cultura da sociedade da qual provém. As 'regras' ocultas às regras oficiais são processos naturais que o ser humano emprega para captar um sentido de um texto. Mas são regras que estão além das regras jurídicas, isto é, constituem meta-regras. Para compreender-se o fenômeno da interpretação e aplicação das regras jurídicas é indispensável o estudo das meta-regras.

Meta-regras, pois, são mecanismos constituídos de regras, princípios e atitudes subjetivas que influenciam o operador do direito no momento de aplicação da regra jurídica.²¹³ São conhecidas também do alemão '*Metaregeln*'²¹⁴, do espanhol '*super-reglas*'²¹⁵ e do inglês '*basic rules*'²¹⁶.

²¹²"Apoiado em Gadamer, tem-se que o caráter da interpretação é sempre produtivo. Esse aporte produtivo forma parte inexoravelmente do sentido da compreensão. É impossível ao intérprete se colocar em lugar do outro. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos horizontes para si mesmos. Sempre interpretamos, pois. E para interpretar, precisamos compreender. Para compreender, temos que ter uma pré-compreensão (por exemplo, para uma adequada compreensão da Constituição, necessitaríamos de uma prévia teoria da Constituição), constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsich*) e concepção prévia (*Vorgriff*) – que já une todas as partes (textos) do 'sistema'." (STRECK, **Jurisdição...**, op. cit., p.21).

²¹³BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p.105. "A incidência de regras, princípios e atitudes subjetivas sobre o momento da 'concretização' do direito, por ação dos operadores jurídicos, há muito está no centro do interesse das correntes antiformalistas e realistas da jurisprudência; mas a teoria da transformabilidade do direito através da ação do intérprete conduziu à acentuação, na ciência jurídica, principalmente das considerações metodológicas preceptivas (as regras da interpretação correta), com exceção de algumas correntes, de mais marcada inspiração sociológica, da jurisprudência americana. Juntamente com Cicourel, 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." (BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.105).

²¹⁴BERGALLI, Roberto. **La recaída en el delito**: modos de reaccionar contra ella. La perspectiva histórico-penal en la República Argentina y su análisis según el enfoque del etiquetamiento – 'Labelling-Approach'. Barcelona: Sertesa, 1980. p.252.

²¹⁵BERGALLI, op. cit., p.252.

²¹⁶Apud BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.104.

Ao lado das regras (regras gerais) há um outro conjunto de regras de interpretação e aplicação daquelas que se denominam meta-regras. Cicourel chama as primeiras de 'regras superficiais' (regras gerais) e às segundas de '*basic rules*'.²¹⁷ Para explicar melhor esta diferença, Fritz Sack²¹⁸ fez uma analogia com a distinção que a lingüística contemporânea faz entre '*langue*' e '*parole*'. A primeira é objetiva e geral e pode ser conhecida por um dicionário ou um livro de gramática. Porém, a segunda – '*parole*' – é a língua falada nas ruas, concretamente por pessoas reais. A '*langue*' fundamenta as regras de gramática tradicionais 'de superfície'²¹⁹. A '*parole*' sustenta a 'estrutura gramatical profunda'²²⁰ e permite que as pessoas utilizem com correção a linguagem objetiva.²²¹ Para Ferdinand Saussure, a 'língua' não é função e o indivíduo a registra passivamente. Ao contrário, a 'fala' pressupõe ato individual e pessoal, segundo um código para a expressão do pensamento. Trata-se de um "...mecanismo psico-físico que lhe permite exteriorizar essas combinações".²²² A

²¹⁷Apud BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.104.

²¹⁸Em escrito mais recente Fritz Sack não se referiu expressamente às meta-regras ('*Metaregeln*') quando tratou do assunto, limitando-se a estabelecer analogias dos mecanismos das estruturas superficiais da linguagem e o potencial de realização (em princípio ilimitado – e que constituem as meta-regras) com o pensamento de outros autores – v.g. o de Niklas Luhmann ('*Legitimation durch Verfahren*'. Neuwied 1969) – (SACK, Fritz. *Selektion und Selektionsmechanismen*. In: KAISER, Günther et al. (Org.). **Kleines Kriminologisches Wörterbuch**. Stuttgart: C.F.Müller, 1993. p.463, 464 e 469).

²¹⁹SACK, *Selektion...*, op. cit., p.463, 464 e 469.

²²⁰"Assim como Cicourel, Sack apresenta esta distinção, delineando uma analogia com a distinção introduzida na lingüística contemporânea, entre '*langue*' – definida por de Saussure como estrutura objetiva e geral, de modo que podemos conhecê-la por meio de uma manual de gramática e de um dicionário – e '*parole*', a língua falada em situações concretas por indivíduos determinados, segundo de Saussure. Sobre a primeira se fundam as regras da gramática tradicional (a 'estrutura gramatical de superfície', segundo Chomski). Sobre a segunda se apóia o que Chomski denomina 'estrutura gramatical profunda' ou 'gramática' generativa." (BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.104). Ver ainda: SACK, *Selektion...*, op. cit., p.463, 464 e 469.

²²¹"Esta contém o conjunto das regras que permitem a quem fala e a quem escuta utilizar-se corretamente da linguagem objetiva, ou seja, de interpretar e de aplicar as regras gerais da gramática e da semântica, em uma situação concreta." (BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.104).

²²²SAUSSURE, op. cit., p.22.

língua pode ser exemplificada com a escrita, o alfabeto dos surdos-mudos, os ritos simbólicos, militares e as regras de etiqueta.²²³ Entretanto, historicamente, a fala antecede e fez evoluir a língua: "...são as impressões recebidas ao ouvir os outros que modificam nossos hábitos lingüísticos. Existe, pois, interdependência da língua e da fala; aquela é ao mesmo tempo o instrumento e o produto desta. Tudo isso, porém, não impede que sejam duas coisas absolutamente distintas."²²⁴

Alessandro Baratta esclarece que "...na teoria do direito existe uma distinção semelhante: ao lado do conjunto de regras gerais de comportamento, existe um conjunto de regras de interpretação e de aplicação das regras gerais".²²⁵ Fritz Sack e Cicourel sugeriram a transferência da análise das 'meta-regras' da metodologia jurídica para a sociologia criminal.²²⁶ Daí que o tema das 'meta-regras' aqui estudadas, não se restringe aos métodos convencionais aplicados pelo intérprete (agências oficiais) "...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".²²⁷ Os métodos interpretativos usuais – literal, lógico, teleológico etc. – não devem criar a falsa idéia de que o direito se esgota no texto da lei,²²⁸ isto é, a lei não determina aquela realidade²²⁹

²²³SAUSSURE, op. cit., p.24.

²²⁴SAUSSURE, op. cit., p.27.

²²⁵BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.104.

²²⁶BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.105.

²²⁷BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.105. "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." (BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.105).

²²⁸WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.32.

²²⁹WARAT, op. cit., p.74.

escrita e também não esgota ou determina a sua 'textualidade'²³⁰. Afinal, conforme esclarece Dennis Chapman, há outros componentes causais que definem o que é o crime e quem é o autor.²³¹

O juiz, o advogado, o promotor, o policial, enfim, os operadores jurídicos selecionam pessoas que responderão criminalmente, em detrimento de outros que também praticaram delitos mas não serão rotulados.²³²

As meta-regras, pois, são regras objetivas do sistema social, que podem orientar-se para o que Sack chama 'a questão científica decisiva', que ele relaciona à diferença intercorrente entre a criminalidade latente e a criminalidade perseguida: o problema de como devemos representar o 'processo de filtragem' da população criminal, ou seja, em última análise, 'daqueles contra os quais, afinal, se pronuncia uma sentença em nome do povo'.²³³

As meta-regras são seguidas conscientemente ou não pelos órgãos oficiais²³⁴ mas são ligadas às regras, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade e estão baseadas sobre relações de poder.²³⁵

²³⁰WARAT, op. cit., p.32.

²³¹Dennis Chapman refere-se às 'variáveis causais' do delito: lugar, época, vítima, polícia, advogados, juízes, jurados... *"That a 'crime' is a behavior, defined in place and time, of a person, in some cases with another person (victim), with police, lawyers, magistrates, and/or judges and juries. All these variables are causal in the scientific sense."* Tradução livre: "Que o 'crime' é um comportamento, definido no tempo e espaço, de uma pessoa, em alguns casos com outras pessoas (vítimas), com policiais, advogados, magistrados, e/ou juízes e jurados. Todas essas variáveis são causais no sentido científico." (CHAPMAN, Dennis. **Sociology and the stereotype of the criminal**. London: Tavistock Publications, 1968. p.4).

²³²BARATTA, **Criminologia**..., 1.ed., op. cit., p.105.

²³³BARATTA, **Criminologia**..., 1.ed., op. cit., p.105.

²³⁴BARATTA, **Criminologia**..., 1.ed., op. cit., p.105.

²³⁵"Os dados da sociologia criminal relativos à 'cifra negra' permitem, com efeito, negar a hipótese explicativa de que o recrutamento desta restrita população criminosa, dentro do grande número dos que, pelo menos uma vez, de um modo ou de outro, violaram normas do direito penal (Sack acredita poder inferir que, em uma sociedade como a da Alemanha Ocidental, esta cifra representa cerca de 80 a 90% da população total), se realiza de modo casual. Neste sentido, as regras sobre aplicação ('*basic rules*', meta-regras) seguidas, conscientemente ou não, pelas instâncias oficiais do direito, e correspondentes às regras que determinam a definição de desvio e de criminalidade no sentido comum, estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, baseadas sobre relações de poder (e de propriedade) entre grupos e sobre as relações sociais de produção." (BARATTA, **Criminologia**..., 1.ed., op. cit., p.105 e 106).

1.2.4 Características e Objeto

As meta-regras são regras 'interpretativas', de caráter informal – e não se referem ao método técnico-jurídico. Estão presentes efetivamente no momento de aplicação da lei e são vistas sob o enfoque social.

Apresentam aspecto objetivo e subjetivo. São objetivas porque constituem 'práticas de interpretação' e se fundamentam também em fatores externos, portanto, são estruturas objetivas da sociedade.²³⁶ Não há novidade em falar em 'práticas de interpretação', conforme explica Winfried Hassemer, quando argumenta que a teoria dos métodos de interpretação não está cumprindo o seu papel.²³⁷ Por outro lado, têm seu lado subjetivo ao implicarem 'mecanismos psíquicos'²³⁸ e atitudes subjetivas.²³⁹ Enfim, são 'leis' e 'mecanismos' "...que agem objetivamente na mente do intérprete".²⁴⁰

As meta-regras foram estudadas sob o prisma do materialismo histórico e do valor para observação de toda a sociedade – pois estruturam-se em classes do poder econômico.²⁴¹ Assim, para Fritz Sack, o critério de seleção do sistema penal não está voltado para o comportamento, mas sim para uma estrutura de grupos informais (interação cotidiana) e instâncias formais, assumindo estas últimas um papel decisivo no etiquetamento ou atribuição de definições.²⁴² É importante frisar que esta última

²³⁶BARATTA, *Criminologia...*, 1.ed., op. cit., p.105 e 106.

²³⁷HASSEMER, op. cit., p.25-26.

²³⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Prefácio. In: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p.13.

²³⁹BARATTA, *Criminologia...*, 1.ed., op. cit., p.105.

²⁴⁰BARATTA, *Criminologia...*, 1.ed., op. cit., p.105.

²⁴¹BERGALLI, op. cit., p.253-254.

²⁴²BERGALLI, op. cit., p.255. Ver ainda: SACK, *Selektion...*, op. cit., p.462-469.

conclusão de Sack é bastante aceita entre os críticos das teorias etiológicas da criminalidade. Veja-se, por exemplo, a opinião de Peter-Alexis Albrecht:

A criminalidade como fenômeno individual é produzida através de um processo de atribuição e não consiste, como supunha a criminologia tradicional, em uma qualidade objetiva da ação. Daí segue-se: se a criminologia crítica quer esclarecer carreiras criminosas, então ela tem que pesquisar as relações recíprocas dos processos de descobrimento e informações processuais que transformam um cidadão em um criminoso. Para isso deve-se pesquisar nos seguintes níveis:

- a exigência de investigação dos órgãos de persecução penal, feita pelo cidadão,
- a intervenção e esclarecimento policial,
- o impulso processual do ministério público,
- a defesa penal,
- a decisão judicial e finalmente
- a execução jurídica penal das sanções estatais, as **meta-regras** e os processos de de tratamento para a aplicação das regras jurídicas.²⁴³

Por outro lado, as meta-regras são seguidas de forma consciente ou não²⁴⁴ e têm o condão de atribuir, no plano jurídico, responsabilidade penal e, na esfera social, estigma,²⁴⁵ demonstrando também o caráter de desigualdade do sistema

²⁴³ALBRECHT, Peter-Alexis. **Kriminologie**: Juristische Kurz-Lehrbücher. München: C.H. Beck, 1999. p.83. Tradução livre. No original apontado está assim: "*Kriminalität wird als individuelles Phänomen durch einen Zuschreibungsprozeß erzeugt und besteht nicht, wie die traditionelle Kriminologie vermutet, als objektive Handlungsqualität.*

Daraus Folgt: Wenn die Kritische Kriminologie kriminelle Karrieren erklären will, so hat sie den Entdeckungs -, Ermittlungs - und verfahrens förmigen Überführungszusammenhang zu untersuchen, der einen Bürger in einen Straftäter verwandelt. Dabei sind auf den Ebenen

- der Inanspruchnahme der Strafverfolgungsorgane durch die Bürger (vgl.4.Kapitel),
- der polizeilichen Ermittlung und Aufklärung (vgl.5.Kapitel),
- der staatsanwaltschaftlichen Verfahrensecledigung (vgl.6.Kapitel),
- der Strafverteidigung (vgl.7.Kapitel),
- der gerichtlichen Entscheidung (vgl.8.Kapitel) und schließlich
- der vollstreckungsrechtlichen Durchsetzung staatlicher Sanktionen (vgl.9.Kapitel) die **Metaregeln** und die Prozesse der machtförmigen Aushandlung zu untersuchen, die das formale Rechtliche Regelwerk überformen und Durchdringen."

²⁴⁴BARATTA, **Criminologia**..., 1.ed., op. cit., p.105. "*El comprende la criminalidad no como un 'bien negativo, análogo a los bienes positivos tales como propiedad, ingresos, privilegios'...*" Tradução livre: "Ele compreende a criminalidade não como um 'bem negativo', análogo aos bens positivos tais como propriedade, ingressos, privilégios'..." (BERGALLI, op. cit., p.247).

²⁴⁵BARATTA, **Criminologia**..., 1.ed., op. cit., p.107.

penal. O seu principal teórico, Fritz Sack, é o representante mais puro da teoria do *labelling approach* na Alemanha, mas também muito criticado pelo seu radicalismo.²⁴⁶

No sentido aqui tratado, as meta-regras constituem mecanismos de seleção que funcionam como bens negativos, de modo análogo aos bens positivos. Fritz Sack descreve a criminalidade como o "...exato oposto de privilégio."²⁴⁷ Destarte, v.g., se o patrimônio e renda são bens positivos, as meta-regras no sistema penal representam os bens negativos. "A criminalidade, em suma, não é considerada como um comportamento, mas como um 'bem negativo', análogo aos bens positivos, como patrimônio, renda, privilégio", explica Alessandro Baratta.²⁴⁸

A orientação fundamental para Fritz Sack está na teoria criminológica do *labelling approach*, porém, acrescenta como fator diferenciador desta o enfoque das meta-regras (*'Metaregeln'*), que deveriam servir para uma teoria geral da sociedade.²⁴⁹ Outro entendimento necessário é o da manifestação de Fritz Sack no sentido de que a sua concepção para a criminologia se reveste de um profundo conteúdo marxista.²⁵⁰

²⁴⁶BERGALLI, op. cit., p.251.

²⁴⁷BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.108.

²⁴⁸BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.108. No mesmo sentido: BERGALLI, op. cit., p.247.

²⁴⁹BERGALLI, op. cit., p.252. CIRINO DOS SANTOS, Prefácio, op. cit., p.12.

²⁵⁰"El favorecimiento de una teoría marxista en relación a los problemas del comportamiento desviado es asimismo auspiciada por Sack, pues él cree que el conocimiento materialista que se genera en la contradicción dialéctica entre la esencia y la aparición de aquel tipo de conducta sería ineludible. De aquí, él concluye (Sack, 1973ch), 253): 'Me parece que la teoría 'labelling' le corresponde un papel central en la reconstrucción teórica de la combinación de la esencia y la aparición de la criminalidad'." Tradução livre: "O favorecimento de uma teoria marxista em relação aos problemas do comportamento desviado é assim mesmo desejada por Sack, pois ele crê que o conhecimento materialista que se gera na contradição dialética entre a essência e a aparição daquele tipo de conduta seria ineludível. Por conseguinte, ele conclui (Sack, 1973 ch), 253): 'Parece-me que a teoria 'labelling' corresponde um papel central na reconstrução teórica da combinação da essência e a aparição da criminalidade'". (BERGALLI, op. cit., p.253).

1.2.5 Conseqüências

A consequência principal das meta-regras é a seleção de certas pessoas para o sistema penal. Muitos praticam crimes (segundo os autores que tratam do tema, a maioria da população), mas somente alguns são 'escolhidos' pelo sistema para responder. Mas esta 'seleção' de pessoas não é por acaso, pois obedece às 'meta-regras', que Fritz Sack chama de 'questão científica decisiva' neste 'processo de filtragem' de toda a população criminosa.²⁵¹ Pode-se dizer que uma seleção como esta cria o 'bode expiatório' do sistema e produz uma sensação de injustiça.²⁵²

Inferência natural é a de que a criminalidade não é uma 'realidade social', preexistente, preconstituída, mas sim atribuição que se faz a determinadas pessoas.²⁵³ Onde não importa se a pessoa praticou ou não uma conduta típica, antijurídica e culpável, o que importa é que as meta-regras trataram de incriminá-la, isto é, a consequência jurídica é a responsabilidade penal.²⁵⁴

²⁵¹BARATTA, **Criminologia**..., 1.ed., op. cit., p.105.

²⁵²CERVINI, op. cit., p.64 e 163.

²⁵³BARATTA, **Criminologia**..., 1.ed., op. cit., p.107. "Um indivíduo torna-se delinqüente quando etiquetado pelo grupo social. As críticas do interacionismo às instituições penais convergem para a crítica ao direito penal e processual penal." (ALBERGARIA, Jason. **Criminologia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988. p.29).

²⁵⁴"Dentro da proposição de Fritz Sack, portanto, a criminalidade, como 'realidade social', não é uma entidade 'preconstituída' em relação à atividade dos juízes, mas uma qualidade 'atribuída' por estes últimos a determinados indivíduos. E isto não somente conforme o comportamento destes últimos se deixe ou não subsumir dentro de uma figura abstrata do direito penal, mas também, e principalmente, conforme as 'meta-regras', tomadas no seu sentido objetivo antes indicado." (BARATTA, **Criminologia**..., 1.ed., op. cit., p.107).

Outra consequência fundamental da seleção é a estigmatização.²⁵⁵ A pessoa que recebe a 'atribuição de criminoso' passa a ser um estigmatizado do sistema penal, causando-lhe desdobramentos que irão desde a exclusão do 'mercado de trabalho' até a condução à prática de outros delitos.²⁵⁶ Isso traz à reflexão a assertiva de Juarez Cirino dos Santos no sentido de que o sistema de controle do crime procura dominar e disciplinar o excedente da força de trabalho através das prisões, e, por outro lado, causar temor no trabalhador ativo "...garantindo a produção material e a reprodução da ordem social".²⁵⁷

A polícia, a justiça e a penitenciária encaminham o condenado à rejeição da sociedade²⁵⁸ pois o sentenciado à pena de prisão é perseguido permanentemente pelas autoridades como suspeito²⁵⁹ ou, então, é considerado pela sociedade como o sujeito 'mau', uma casta diferente de pessoas.²⁶⁰ Segundo Luiz Alberto Machado, o "...cumprimento da pena, portanto, longe de significar o resgate do preço do crime, é o

²⁵⁵"De fato, Sack considera os juízos mediante os quais se atribui um fato punível a uma pessoa, como juízos 'atributivos' que produzem a qualidade criminal desta pessoa, com as consequências jurídicas (responsabilidade penal) e sociais (estigmatização, mudança de *status* e de identidade social etc.) conexas." (BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.107). No sentido de que o sistema penal produz estigmas: CIRINO DOS SANTOS, **A criminologia...**, op. cit., p.29. "...a política penal oficial é delimitada pelos processos de criminalização e de estigmatização penal (definição de crimes, aplicação da lei penal e execução das penas e medidas de segurança),..." (CIRINO DOS SANTOS, **A criminologia...**, op. cit., p.82).

²⁵⁶CERVINI, op. cit., p.65.

²⁵⁷CIRINO DOS SANTOS, **A criminologia...**, op. cit., p.29.

²⁵⁸ALBERGARIA, op. cit., p.29.

²⁵⁹"A posterior perseguição por parte das autoridades como permanentes suspeitos incrementa a estigmatização social do criminalizado." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 1997. p.74).

²⁶⁰Segundo Nils Christie, a "...descrição é correta, em alguns casos extremos. Mas muitos casos não o são. E aqui começa a dissonância. Muitos condenados são pessoas comuns, não são uma casta especial, não são bandidos, têm que ser responsabilizados pelo que fizeram, mas não são animais selvagens." (CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Tradução de: Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.28).

estigma indelével que o *desviant* carrega pela vida toda".²⁶¹ No plano jurídico, esta estigmatização se reflete no instituto da reincidência, no registro das condenações²⁶² e antecedentes etc., e, na esfera social, na dificuldade de encontrar emprego ou inserir-se numa normalidade de vida comunitária.²⁶³ Tudo se resume no fracasso do projeto de 'ressocialização' daquele que praticou crime e que é submetido à pena privativa de liberdade, sanção esta que surgiu inicialmente como uma proposta humanitária, mas falhou em seus propósitos principais.²⁶⁴ Francesco Carnelutti fez comentário magistral sobre este estigma.

O encarcerado, saído do cárcere, crê não ser mais encarcerado; mas as pessoas não. Para as pessoas ele é sempre encarcerado; quando muito se diz ex-encarcerado; nesta fórmula está a crueldade do engano. A crueldade está no pensar que, se foi, deve continuar a ser. A sociedade fixa cada um de nós ao passado. O rei, ainda quando, segundo o direito, não é mais rei, é sempre rei; e o devedor, porquanto tenha pago o seu débito, é sempre devedor. Este roubou; condenaram-no por isto; cumpriu a sua pena, porém...²⁶⁵

²⁶¹MACHADO, Luiz Alberto. O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coord.). **Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: RT, 1992. p.248.

²⁶²CERVINI, op. cit., p.65.

²⁶³"É fora de dúvida o fato de que a prisão marca o indivíduo até o ponto de criar-lhe um problema de adaptação de tais dimensões, que dificilmente voltará a ter uma vida social normal. (...) A rejeição que sente um indivíduo com etiqueta de ex-presos, a qual quase sempre fecha os caminhos para um trabalho honrado para sobreviver e sustentar a família, cria, também, uma rejeição em relação ao meio social, o que é acrescido pelo ressentimento resultante do período de tempo que passou na prisão." (CERVINI, op. cit., p.43 e 44).

²⁶⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal**. Porto Alegre: Acadêmica e Edipucrs, 1992. p.148 e 150. Neste sentido ainda: MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito penal**. 2.ed. Bauru: Edipro, 2001. p.179.

²⁶⁵O texto continua contundente. "Neste porém, dizia, está a crueldade e o engano. Porém poderia roubar ainda; afirmo: trabalho não lhe dou. Assim as pessoas raciocinam. E não importa que, assim raciocinando, antes de mais nada, desatinam ao invés de raciocinar. Se raciocinassem se aperceberiam de que, agora, não o futuro depende do passado, mas o passado do futuro; se isto não fosse verdadeiro seria negar a redenção, aliás a ressurreição. A fórmula do 'ex' é sacrílega justamente por isto. Os homens, que vêem tudo ao contrário, continuam persuadidos de que como um foi continuará a ser. E não as pessoas vulgares somente, mas também os homens de grande cultura e, por fim, aqueles que fazem profissão de cristianismo. Todavia, também se esse fosse um justo raciocínio, estes esquecem que a um certo ponto não basta raciocinar: o raciocinar é necessário; mas não é o suficiente. Se não nos fosse a razão, não teríamos a caridade. A caridade, essencialmente, é insensatez. Se São Francisco tivesse raciocinado, nunca teria beijado o leproso, com o risco de se contagiar." (CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de: José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995. p.75 e 76).

Entretanto, a reinserção social é mera ilusão e os preconceitos se perpetuarão a cada dia, sem que o egresso tenha a libertação do seu passado ou da sua marca até o fim de sua vida.²⁶⁶ Por outro lado, como 'exigir' que a pessoa arrume um emprego, se mesmo aqueles que não foram estigmatizados encontram enormes dificuldades para trabalhar?²⁶⁷ Os dogmas penais efetivamente, com razão, tornaram-se suscetíveis de muitas críticas.²⁶⁸

1.2.6 As Espécies de Meta-Regras e o Estudo dos Estigmas

Embora a matéria das meta-regras precise ser mais desenvolvida e pesquisada, depreende-se da leitura dos especialistas que elas são constituídas de:

- a) 'leis';
- b) 'regras';
- c) 'mecanismos';

²⁶⁶Certamente, admitir ao serviço um ex-ladrão, na própria casa, é um risco: poderia estar mas também poderia não estar curado. O risco da caridade! E as pessoas racionais procuram evitar os riscos *in dubiis abstinere*. Assim o ex-ladrão fica sem trabalho. Bate nesta porta; bate à outra porta: são todas pessoas racionais aquelas que poderiam dar-lhe a maneira de ganhar o pão. Essas pessoas racionais querem garantir-se; para elas garantia não estabelece a certidão criminal? Fora então o certificado penal! O ex-ladrão, assim, é marcado na fronte: quem lhe dá o trabalho? Ah! As ilusões do cárcere, quando se contavam ansiosamente os dias faltantes para a libertação." (CARNELUTTI, **As misérias...**, op. cit., p.76).

²⁶⁷"Que prazo será razoável em uma sociedade cheia de preconceitos com os estigmatizados pela prisão, onde os homens sem tal estigma passam meses sem conseguir um emprego? Como exigir que o egresso em exíguo tempo consiga o que milhares de pessoas passam a vida toda sem conseguir?" (BITENCOURT, **Lições...**, op. cit., p.278).

²⁶⁸Álvaro Mayrink da Costa analisou a concepção de Fritz Sack sobre o assunto. "A defesa social acompanhada da noção chave de 'ressocialização (sustentamos a reinserção à macro-sociedade)' se insere na mesma ordem de idéias, a) todos os fundamentos metafísicos e filosóficos de dogmas penais são rejeitados com maior vigor; b) a responsabilidade do autor torna-se cada vez mais difícil de provar e o comportamento criminal é considerado o resultado de um reflexo ou de um complexo não imputável de fatores. Segue-se que o Direito Penal, o campo normativo, continua a evoluir de um Direito Penal do ato em direção do Direito Penal do autor: Sack não vê no caso oposição fundamental entre o Direito Penal da culpa e o Direito Penal da defesa social: *Man mag mehr sehen, als nur eine Kontroverse, um richtige und erfolgreiche Behandlungsmethoden des Normbrechers.*" (MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Exame criminológico: execução penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.354).

- d) 'princípios';
- e) 'atitudes subjetivas';
- f) 'regras ou práticas de interpretação';
- g) 'estruturas objetivas da sociedade'.²⁶⁹

Essas 'leis', 'regras', 'mecanismos' etc. agem sobre o intérprete e aplicador da norma penal, e têm base "...sobre relações de poder (e de propriedade) entre grupos e sobre as relações sociais de produção."²⁷⁰ Ora, faz-se mister mergulhar em um aspecto que parece nuclear no estudo das meta-regras e que se reveste de relações de poder e propriedade: os estigmas.

Os estigmas têm características que se inserem nas meta-regras, isto é, atuam como mecanismos decisivos no ato de interpretar e aplicar a norma. Eles influenciaram toda a história da humanidade e o seu direito, ora atuando diretamente sobre a legislação, ora decidindo como seria aplicado o direito que tinha ares de igualdade, mas era só aparência.

Contendo um aspecto objetivo que é a marca (sexo, raça, condição social, defeito físico, religião etc.) e outro subjetivo (valoração negativa ou depreciativa), o estigma fere a igualdade entre as pessoas e a aplicação do direito. Este será o enfoque principal do trabalho: os estigmas como meta-regras que afetam o exercício da polícia.

²⁶⁹BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.104-106.

²⁷⁰BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.105-106.

1.2.7 Críticas

1.2.7.1 Paradigma etiológico

Às idéias de meta-regras de Fritz Sack não foram poupadas críticas. Na Alemanha, Karl-Dieter Opp contestou Sack afirmando que ainda é válida a pergunta sobre as causas do comportamento criminal e legítima a pergunta diante de um juiz se 'A é um ladrão', porque baseada em acontecimentos reais.²⁷¹ Talvez o antagonismo atribuição/explicação etiológica possa ser melhor trabalhado em termos dialéticos. "Sack denomina este problema em conjunto como 'ideologia da convergência' (o da 'antiga' e a 'nova' Sociologia criminal) e Opp o reprova dizendo-lhe que, ao contrário, o que ele sustenta é uma 'ideologia da divergência'. Não obstante, ambos os autores estão de acordo em que as duas tendências não devem excluir-se reciprocamente, senão que tem que ser aproveitadas no mesmo sentido."²⁷² Talvez, por isso, Elena Larrauri afirme que explicar o delito "...não é explicar uma atuação, é explicar uma atuação e uma atribuição".²⁷³

²⁷¹BERGALLI, op. cit., p.249.

²⁷²"Sack denomina este problema en conjunto como 'ideologia de la convergencia' (el de la 'antigua' y la 'nueva' Sociologia criminal) y Opp le reprocha diciéndole que, por el contrario, lo que él sostiene es una 'ideologia de la divergencia'. Sin embargo, ambos autores están contestes en que las dos tendencias no deben excluirse recíprocamente, sino que tienen que ser aprovechables en el mismo sentido." (BERGALLI, op. cit., p.250). Tradução livre

²⁷³Tradução livre. "Explicar el delito por consiguiente no es explicar una actuación, es explicar una actuación y una atribución." (LARRAURI, op. cit., p.203). Elena Larrauri cita, em nota de rodapé, o seguinte: "Los argumentos en contra de abandonar o a favor de mantener la pregunta causal en la agenda de la criminología crítica deben mucho a las acaloradas discusiones sostenidas con Fritz Sack, Sebastian Scheerer y Wolfgang Deichsel, del Instituto de Criminología de Hamburgo." Tradução livre: "Os argumentos a favor ou contra manter ou abandonar a pergunta causal na agenda da criminologia crítica deve-se muito às discussões acaloradas sustentadas por Fritz Sack, Sebastian Scheerer e Wolfgang Deichsel, do Instituto de Criminologia de Hamburgo." (LARRAURI, op. cit., p.202).

Contudo, décadas passaram e Fritz Sack persiste em atacar a escola positivista em razão de sua procura 'infinita' pelas causas do crime como comportamento, contrariando, nesta busca, a natureza histórica e a objetividade das leis, num sentido científico.²⁷⁴

1.2.7.2 Paradigma integrativo

Para tentar trazer luz ao impasse, fala-se em 'paradigma integrativo' entre os enfoques tradicionais e os modernos (*behavioural-approach* e *labelling approach*).²⁷⁵ Roberto Bergalli procurou fazer uma síntese das teorias sobre o comportamento desviante, com dois componentes:

- a) o comportamento em si mesmo (a atividade humana);
- b) a definição do mesmo, ou seja, seu controle.

Ambos possuem uma certa variabilidade que depende da estrutura (complexidade) social dos respectivos sistemas sociais. Ambos também influem sobre a variação do comportamento criminal em uma sociedade e, por isso, ambos devem ser analisados; em consequência, não deveriam ser tratados separadamente um do outro (pelo menos em uma micro-dimensão).²⁷⁶

²⁷⁴"The first option, which is that of the positivist school of criminology, consists in searching endlessly and restlessly, with the inbuilt principle of hope for ultimate success, for the causes of crime by conceiving crime as behavior. This is how positivism is conceptualized in criminology within and from the workshops of the penal law. The epistemological upshot and social product of this means essentially to bestow upon the historical nature of criminal laws the dignity and objectivity of laws and regularities in the scientific sense." Tradução livre: "A primeira opção, que é aquela da escola positivista de criminologia, consiste em pesquisar interminavelmente e sem sossego, com o forçado princípio que ela espera ter um sucesso final, para as causas do crime concebidas como um comportamento. Isto é como o positivismo é conceituado na criminologia sob o ponto de vista e na prática da lei penal. O resultado epistemológico e o produto social significam essencialmente negar a natureza histórica das leis criminais a dignidade e objetividade de leis e regularidades num sentido científico." (SACK, **Crime...**, op. cit., p.51).

²⁷⁵Apud BERGALLI, op. cit., p.250.

²⁷⁶"a) el comportamiento en sí mismo (la actividad humana), y b) la definición del mismo, o sea, su control. Ambos poseen una cierta variabilidad que depende de la estructura (complejidad) social de los respectivos sistemas sociales. Ambos también influyen sobre la variación del comportamiento criminal en una sociedad y, por eso, ambos deben ser analizados; en consecuencia, no deberían ser tratados separadamente uno de outro (por lo menos en una micro-dimensión."

Fritz Sack destacou especialmente o processo de atribuição de crime (desvio), que entende como "...a combinação de um acontecimento (fato, ação) físico (não interpretado) com situações mentais, processos psíquicos e fenômenos intencionais".²⁷⁷ Isto acaba construindo a "...carreira social de um acontecimento físico imediato... a transformação do comportamento em ações sociais".²⁷⁸

(Tradução livre) (BERGALLI, op. cit., p.250-251). *"Esto revelaría la teoría interaccionista, en su tendencia alemana. De ello surgiría inmanente la consideración integrativa de los aspectos del comportamiento y de su definición. Una interacción que se integraría por acción y reacción, por el comportamiento y su definición (conf. Rüther, 1975, 61).*

Este último es el punto de encuentro al que han llegado quienes se ocupan de los problemas acerca de la conducta desviada en la República Federal de Alemania, habiéndose arribado al corolario de que el 'labelling-approach' 'no expone una teoría sino sólo una perspectiva especial de los aspectos definicionales en el cuadro de una teoría general del comportamiento desviado'. Con esta orientación, Günther Kaiser (conf. Kaiser, 1979, 77) efectúa el análisis terminante de las definiciones, selecciones y mecanismos de control del comportamiento. El adopta el 'labelling-approach' no por el aspecto de sus afirmaciones radicales, sino sólo como un principio de investigación general, lo cual es asumido como guía en el 'Forschungsgruppe Kriminologie' que Kaiser dirige dentro del 'Max-Planck Institut' de Freiburg i/Br."

Tradução livre: "Isto revelaria a teoria interacionista, em sua tendência alemã. Daí surgiria imanente a consideração integrativa dos aspectos do comportamento e de sua definição. Uma interação que se integraria por ação e reação, pelo comportamento e sua definição (conf. Rüther, 1975, 61).

Este último é o ponto de encontro a que chegou aqueles que se ocupam dos problemas acerca da conduta desviada na República Federal da Alemanha, tendo-se chegado ao corolário de que 'labelling-approach' 'não expõe uma teoria senão só uma perspectiva especial dos aspectos definicionais no quadro de uma teoria geral do comportamento desviado'. Com esta orientação, Günther kaiser (conf. Kaiser, 1979, 77) efetua a análise terminante das definições, seleções e mecanismos de controle do comportamento. Ele adota o 'labelling-approach' não pelo aspecto de suas afirmações radicais, senão só como um princípio de investigação geral, o qual é assumido como guia em 'Forschungsgruppe Kriminologie' que Kaiser dirige dentro do 'Max-Planck Institut' de Freiburg i/Br." (BERGALLI, op. cit., p.251)

²⁷⁷*"la combinación de un suceso (hecho, acción) físico (no interpretado) con situaciones mentales, procesos psíquicos y fenómenos intencionales". (apud BERGALLI, op. cit., p.251).*
Tradução livre

²⁷⁸*"carrera social de un suceso físico inmediato...la transformación del comportamiento en acciones sociales". (apud BERGALLI, op. cit., p.251).* Tradução livre

1.2.7.3 Nuances do '*Labelling Approach*'

Roberto Bergalli destaca que o ponto fundamental diferenciador do posicionamento de Fritz Sack e dos demais teóricos do *labelling* está no fato de que aquele se caracteriza por afastar as investigações sobre as causas da criminalidade (enfoque etiológico).²⁷⁹ Os outros teóricos do *labelling-approach* não seriam tão radicais, como é o caso dos norte-americanos adeptos desta teoria que investigam também as causas do comportamento desviado. Roberto Bergalli esclarece que:

Sack acentúa esta problemática enquanto agrega a imposição de normas a existência de certas meta-regras (*Metaregeln*), que determinam a conformação daquelas quanto ao seu conteúdo e aplicação (conf. Sack, 1968, 459).

Assim mesmo, Sack se distancia de modo especial de outros representantes do '*labelling*' quando sustenta que este enfoque deveria integrar-se como perspectiva teórica em uma teoria geral da sociedade, constituindo este o aspecto mais relevante de sua posição (Sack, 1973 ch), 252): 'A admissão de uma teoria da sociedade me parece ineludível, apesar de que no momento seu desenvolvimento é mais um programa do que uma realidade'.²⁸⁰

1.2.7.4 Observação de Juarez Cirino dos Santos

No prefácio que fez à obra de Alessandro Baratta, Juarez Cirino dos Santos sintetizou a crítica à teoria de Fritz Sack:

Mas as críticas ao próprio '*labelling approach*' formuladas pelo autor também não seriam desprezíveis: se a criminalidade é criminalização mediante definições legais e rotulação oficial, desapareceria o comportamento real como ação socialmente negativa – um conceito nuclear para a questão criminal, que permitiria aprofundar o estudo dos fenômenos até à lógica material que os produz, ou seja, do crime para a estrutura social subjacente; se a reação social tem origem em comportamentos concretos que perturbariam a normalidade da vida, a constituição da qualidade criminosa de ações ou de indivíduos por regras (jurídicas) e meta-regras (psíquicas) pareceria excluir precisamente as condições determinantes daqueles conteúdos, que explicariam por que certas ações

²⁷⁹BERGALLI, op. cit., p.252.

²⁸⁰"Sack acentúa esta problemática mientras agrega a la imposición de normas la existencia de ciertas super-reglas (*Metaregeln*), que determinan la conformación de aquéllas en cuanto sostiene que este enfoque debería integrarse como perspectiva teórica en una teoría general de la sociedad, constituyendo éste el aspecto más relevante de su posición (Sack, 1973ch), 252): 'La admisión de una teoría de la sociedad me parece ineludible, aunque de momento su desenvolvimiento es más un programa que una realidad'". (BERGALLI, op. cit., p.252). Tradução livre

são criminalizadas e outras não; enfim, a teoria descreveria os mecanismos de criminalização e de estigmatização, mas não explicaria a realidade social nem o significado do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização – justificando, portanto, a crítica de parecer a outra cara da ideologia oficial.²⁸¹

Outrossim, segundo Alessandro Baratta, Fritz Sack deixa de responder quais crimes deveriam ser perseguidos e desloca a questão das causas do comportamento criminoso para explicar a probabilidade de certas pessoas serem rotuladas como criminosas, e nisto estaria o perigo de "...uma contaminação do realismo marxista pelo idealismo interacionista".²⁸²

Efetivamente, a visão realista não pode se afastar das pesquisas da Criminologia. Todavia, não se pode negar a necessidade de contestar a criminalização de pessoas que tem sido feita por critérios econômicos, políticos e de poder e que motivam e fazem valer a pena o trabalho criminológico crítico. Em trabalho publicado na década de noventa, Fritz Sack faz aguda crítica à invasão 'subversiva' de raciocínio econômico na criminologia e política criminal, caracterizando verdadeiro 'neo-utilitarismo'.²⁸³

²⁸¹CIRINO DOS SANTOS, Prefácio, op. cit., p.12 e 13.

²⁸²BARATTA, **Criminologia...**, 1.ed., op. cit., p.110-112.

²⁸³"*There has been, however, a sort of subversive invasion of economic reasoning in criminology and in criminal policy that, until now and due to the notorious reluctance of a great part of criminologists to the theory part of their business, has not yet attracted the attention that it deserves. It comes along in a more general guise and amounts to the resurrection of the classical utilitarian economic-man model of the nineteenth century and the renewal of its imperialistic claim of an all-embracing competence for the explanation and for the regulation and the governing of human behavior. It is variously called as neo-utilitarianism for new political economy and its most depoliticized and theoretically pretentious version presents itself as rational choice theory or RTC.*" Tradução livre: "Tem havido, de qualquer maneira, uma espécie de invasão econômica no raciocínio da criminologia e da política criminal que, até agora e devido à notória relutância de grande parte dos criminologistas, ainda não deu conta em seus estudos. Sob o pretexto do utilitarismo clássico do modelo do homem-econômico do século XIX renovou-se a reclamação da adotada competência para a explicação e a regulação e o controle do comportamento humano. Isto é diversamente chamado de neoutilitarismo para a nova política econômica e mais despolitizada e teoricamente pretenciosa versão presente ela mesma como racional escolha teórica ou RTC." (SACK, **Crime...**, op. cit., p.60).

Além disso, uma outra análise poderá alterar o entendimento da substancialidade ou não das meta-regras.

1.2.8 Comentários da Doutrina Brasileira

A doutrina brasileira pouco manifestou-se a respeito das meta-regras, não obstante a importância do assunto como objeto decisivo de atribuição de criminalidade. Um dos pioneiros em nossa literatura foi Juarez Cirino dos Santos.

Professor de Criminologia e Direito Criminal, Juarez Cirino dos Santos traduziu para o português '*Criminologia Crítica e Crítica del Diritto Penale*', de Alessandro Baratta,²⁸⁴ obra que contém valiosos comentários sobre meta-regras, além de elaborar na edição brasileira, prefácio que vale como verdadeira doutrina. Seus comentários esclarecem sobremaneira as preleções de Baratta.

Segundo o autor, a contribuição germânica do *labeling approach* teria acentuado o papel das *meta-regras* na interpretação das regras jurídicas: leis e mecanismos psíquicos atuantes na pessoa do intérprete ou aplicador do direito, aparecem como a 'questão científica decisiva' no processo de filtragem da população criminosa e responsável, em última instância, pela distorção na distribuição social da criminalidade.²⁸⁵

No livro *A Ilusão de Segurança Jurídica – do Controle da Violência à Violência do Controle Penal* –, Vera Regina de Andrade trata do 'segundo código' ou das meta-regras, sem no entanto referir-se literalmente a elas, mas fornecendo importantes lições baseadas também na obra de Alessandro Baratta:

...o campo de intervenção vital da Dogmática Penal está limitado pelo fato de que o seu código tecnológico, isto é, o instrumental construído para a racionalização garantidora das decisões judiciais, não cobre o *second code* judicial e os processos de influência que, excluídos e predominando sobre aquele, condicionam, latentemente, a seletividade das decisões judiciais.

(...)

²⁸⁴BARATTA, *Criminologia...*, 1.ed., op. cit.

²⁸⁵CIRINO DOS SANTOS, Prefácio, op. cit., p.12.

Os conceitos de *second code* e *basic rules*, (entendidos como regras objetivas do sistema social) conectam precisamente a seleção operada pelo controle penal formal com o controle social informal, mostrando como os mecanismos seletivos presentes na sociedade colonizam as decisões judiciais num processo interativo de poder entre controladores e controlados (público), perante o qual a assepsia da Ciência e da Técnica jurídica para exorcizá-los, assumem toda a extensão do seu artificialismo.²⁸⁶

Ao publicar no ano de 1998 *Estigmas da Criminalização – Dos Antecedentes à Reincidência Criminal* –, Francisco Bissoli Filho procura subsídios de sua orientadora Vera Regina Pereira de Andrade e nos livros de Alessandro Baratta para escrever:

Os diversos agentes do sistema penal detêm, individualmente, uma parcela do poder decisório, que deve ser exercido nos limites da lei e da Dogmática Penal. No entanto, o que se verifica, é que não é somente o instrumental das leis e da Dogmática que interfere na tomada de decisões, pois estas recebem a interferência de outras regras, denominadas *second code* (segundo código), *basic rules* (regras básicas), meta-regras ou regras de aplicação, as quais, segundo McNaughton-Smith e Cicourel, designam a totalidade do complexo de regras e mecanismos reguladores latentes e não oficiais que determinam efetivamente a aplicação da lei penal pelos agentes do controle penal. Sack, partindo da distinção entre regras e meta-regras, ou seja, entre as regras gerais e as regras (práticas) sobre interpretação e aplicação das regras gerais, considera, na esteira de Cicourel, que as primeiras correspondem às regras superficiais, e as segundas, às regras básicas. (Baratta, 1997, p.104-5).²⁸⁷

²⁸⁶ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.300. A referida autora cita o seguinte trecho de Alessandro Baratta para fundamentar o seu pensamento: "...as regras administradas pela metodologia e a dogmática do Direito Penal e processual penal, cobrem somente parte do processo decisório. A maioria das regras derivadas de fatores como o comportamento e a socialização do juiz penal, regras que encontram expressão em seus prejuízos e esterótipos (sic), escapam da competência da ciência jurídico-penal. Igualmente escapam a ela outras condições de aplicação da lei que não dependem da consciência individual dos juizes, mas que influem de maneira não menos intensa em sua atividade decisória, como por exemplo os processos de influência derivados da estrutura organizativa e comunicativa do aparato judicial." (BARATTA, Alessandro. Apud ANDRADE, V. R. P. de, **A ilusão**..., op. cit., p.300).

²⁸⁷BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p.108.

Adotando de forma atualizada o garantismo penal de Luigi Ferrajoli no Brasil,²⁸⁸ Salo de Carvalho também refere-se às meta-regras em sua obra 'Aplicação da Pena e Garantismo', da seguinte maneira:

Em realidade, o que se percebe é uma composição de dados acerca da biografia da pessoa acusada que propicia a formação de um *second code*, isto é, de regras e de mecanismos extra-oficiais que atuam invisivelmente e que passam a integrar objetivamente o conjunto de meta-regras e a interferir na ação dos operadores jurídicos, tanto na produção dogmática, como na aplicação das normas, resultando daí uma influência maior do que aquela prevista no Direito Positivo.²⁸⁹

1.2.9 A nova perspectiva

A Criminologia Crítica tem evidenciado o caráter estigmatizador das criminalizações, que se subdividem desde a criação de tipos penais até a produção da reincidência e criam expectativas ruins sobre os condenados no processo penal.²⁹⁰ Outrossim, as correntes 'interacionistas' referiam-se, direta ou indiretamente, ao fato de que as etiquetas, rotulações e estigmas são fatores cruciais na valoração de um ato

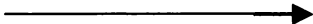
²⁸⁸CARVALHO, A. B. de, As majorantes..., op. cit., p.5-91.

²⁸⁹CARVALHO, A. B. de, As majorantes..., op. cit., p.91.

²⁹⁰"A noção de crime como produto de normas (criação do crime) e de poder (aplicação do rótulo) define a lei (e o processo de rotulação) como 'causa' do crime, rompe o esquema teórico do positivismo e dirige o foco para a relação entre estigmatização criminal e carreira criminosa: a criminalização primária produz rotulação, que produz criminalizações secundárias (reincidência). O rótulo criminal (principal elemento de identificação) produz as seguintes conseqüências: assimilação de suas características pelo rotulado, expectativas sociais de condutas correspondentes ao seu significado, perpetuação do comportamento criminoso (carreira criminosa) e subculturas (aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados) (Aniyar, 1977, p.111-14). A estigmatização penal é a única diferença entre comportamentos objetivamente idênticos (a condenação criminal depende do azar e de distorções sociais de classe), mas serve de base à produção de estereótipos criminais, que cumprem funções sociais definidas: o criminoso estereotipado é o 'bode expiatório' da sociedade, como objeto da agressão das classes dominadas, que substitui e desloca a sua revolta contra as classes dominantes (Chapman, 1968, p.197 e segs.)." (CIRINO DOS SANTOS, A **criminologia**..., op. cit., p.14-15).

como bom ou ruim e, por conseguinte, delinqüente ou não.²⁹¹ Essas valiosas pesquisas indicam que é preciso continuar na busca de respostas para resolver questões como as seguintes: quais são os principais estigmas e como surgiram? Como funciona a interpretação das normas por parte do policial? Quais seriam as 'regras paralelas' às regras jurídicas que lhe interferem na decisão?

Este estudo pretende demonstrar – dentre outros objetivos –, que as meta-regras não só produzem estigmas ou causam estigmatização em decorrência da atribuição criminal ou seleção de pessoas,²⁹² mas que os próprios e variados estigmas geram a seleção positiva e negativa de pessoas para o sistema penal e, portanto, podem ser equiparados às meta-regras. Assim, criminalizam-se os estigmatizados por causa dos estigmas e deixa-se de criminalizar pessoas porque não apresentam estigmas relevantes. No caso, será salientado o papel da polícia neste processo. É como se a proposta fosse discorrer sobre especulação feita certa vez por Jorge de Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade: "Tudo está em saber em que medida os estigmas são um *prius* ou um *posterius*, uma 'causa' ou um 'efeito' em relação ao envolvimento no universo penal formal."²⁹³

Estigmas  meta-regras

²⁹¹AMAR, Ayush Morad. **Temas de criminologia**. São Paulo: Resenha Universitária, 1982. v.2. p.75.

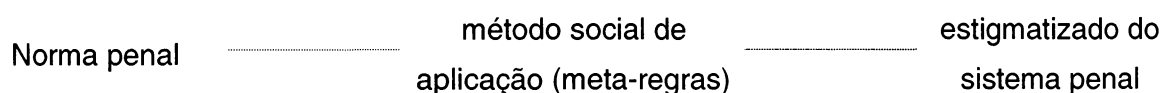
²⁹²"A estigmatização significa que a reação social estigmatiza o criminoso." (ALBERGARIA, op. cit., p.29).

²⁹³FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.177. "Não desconhece a criminologia nova que há certos tipos de pessoas, portadoras de determinados estigmas negativos, que têm uma presença privilegiada entre a população delinqüente, entre, por exemplo, a população prisional." (FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.177).

1.2.10 O Estigma como Meta-Regra Fundamental

O estudo dos estigmas demonstrará aspectos que contribuirão para a compreensão do direito e a atuação dos operadores jurídicos. Trata-se – o estigma – de elemento que influencia o comportamento econômico e de poder e é por eles influenciado, atingindo fatalmente a atividade jurídica. Quando Fritz Sack afirma que as meta-regras influenciam o operador (e outros setores) e que criam socialmente alguém com novo *status*, isto é, nova condição social, um novo estigmatizado (o estigmatizado do sistema penal), deve-se acrescentar que isto é uma decorrência de um sistema de estigmas, isto é, estigmas que criam outros estigmas.

As meta-regras podem ser avaliadas sob o aspecto da estigmatização que lhes dá vida na interpretação e aplicação das regras jurídicas. Diante disso, a teoria de Fritz Sack poderia ser assim representada:



Talvez a falta de um aprofundamento ainda maior no tema das meta-regras (e isto é uma especulação devida a manifestações de Sack) deva-se ao fato de Fritz Sack preferir indagar a responder, ter idéias ao invés de verdades... E esta é uma posição que persiste nele até os seus mais recentes escritos,²⁹⁴ devendo-se reconhecer o alto valor da constante insatisfação científica nesta atitude.

O presente estudo deixará claro que os estigmas estão de tal forma presentes na sociedade humana (poder, economia, discriminações variadas) que as meta-regras são determinadas por eles, decidindo a interpretação e aplicação da norma penal e gerando um outro tipo de estigmatizado (o do sistema penal), num ciclo vicioso e demonstrável assim:

²⁹⁴SACK, **Crime...**, op. cit., p.62-63.

Estigmas	meta- regras	elaboração da lei penal e aplicação da lei penal	outros estigmas (do sistema penal)
----------	-----------------	---	---------------------------------------

Essa construção não é completamente estranha à doutrina da criminologia mais crítica. Eugenio Raúl Zaffaroni, por exemplo, refere-se aos 'estereótipos' – conceito, aliás, muito próximo do conceito de estigmas e que será visto adiante – como construtores de imagens negativas influenciadas por parte dos preconceitos e que efetuam a seleção criminalizante que seria o produto final de todas as discriminações.²⁹⁵

Contudo, parece necessário tornar mais evidente o mecanismo de atuação dos estigmas como processo decisivo de interpretação das regras. Em verdade, a pesquisa do processo de meta-regras através de estigmas – que seriam então espécies de meta-regras (gênero) – deixará clara a seleção negativa e positiva dos

²⁹⁵ "El poder punitivo siempre opera selectivamente: se reparte conforme a la vulnerabilidad y ésta responde a estereotipos. Los estereotipos se construyen en relación con imágenes negativas cargadas con todos los prejuicios que contribuyen al sostenimiento cultural de las discriminaciones. Por carácter transitivo, puede afirmarse que la selección criminalizante es el producto último de todas las discriminaciones. A ello obedecen las características comunes de los prisionizados, que pueden ser clasificados según los prejuicios que determinaron su selección. En este sentido, la obra de Cesare Lombroso, que describe lo que vio en las cárceles y manicomios de su tiempo, es en definitiva la mejor descripción que se ha hecho de todas las discriminaciones traducidas en estereotipos criminales (selectivos). Nadie con las características que describió Lombroso podía quedar indemne al poder punitivo de la época. Incluso era cierto – y lo es hasta hoy – el escaso número de mujeres en relación con el de varones prisionizados." Tradução livre: "O poder punitivo sempre opera seletivamente: reparte-se conforme a vulnerabilidade e esta responde a estereótipos. Os estereótipos se constroem relacionados com imagens negativas carregadas com todos os preconceitos que contribuem para a sustentação cultural das discriminações. Por caráter transitivo, pode afirmar-se que a seleção criminalizante é o produto último de todas as discriminações. A isto obedecem as características comuns dos aprisionados, que podem ser classificados segundo os preconceitos que determinaram sua seleção. Neste sentido, a obra de Cesare Lombroso, que descreve o que viu nos cárceres e manicômios do seu tempo, é em definitiva a melhor descrição que se fez de todas as discriminações traduzidas em estereótipos criminais (seletivos). Ninguém com as características que descreveu Lombroso poderia ficar imune ao poder punitivo da época. Inclusive era certo – e o é até hoje – o escasso número de mulheres com relação a homens aprisionados." (ZAFFARONI, El discurso..., op. cit., p.28).

estigmatizados, demonstrando ainda que os estigmas estão mais próximos do resultado hermenêutico do que se pode supor. Enfim, é mister demonstrar que, além de os estigmas constituírem força decisiva na aplicação das regras jurídicas, estão submetidos à excessiva manipulação do poder policial.

Ao desenvolver-se o estudo dos estigmas, observa-se o quanto a história da humanidade adotou caminhos (os estigmas) desnecessários e que não eram obrigatórios de serem seguidos. O Direito regulou os estigmas e a estigmatização por meio de normas, centralizando (núcleo) a sua atuação em uma legislação discriminadora, mas que passava quase sorrateira diante de uma sociedade que assistia a tudo amarrada pelo poder e pelos preconceitos que se desenrolavam na história.

Esses estigmas ainda estão presentes – às vezes de forma sub-reptícia – e devem ser investigados para que todo o projeto legislativo e de aplicação de regras seja centralizado em regras não estigmatizadoras. A religião, a aparência, o sexo e, o principal elemento, a condição econômica não devem ser os fatores fundamentais de elaboração e aplicação das leis.

Se essa visão prevalecesse, como seria o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Constituição e como procederiam os diversos intérpretes das regras jurídicas? Certamente seriam mais equilibrados, mais simples, mais centralizados nos direitos humanos interligados.

Esta visão geral do direito tem nexos com um terreno bastante prático que diz respeito à concretização do direito e é objeto da pesquisa específica que é a da atuação policial.

O assunto das meta-regras precisava ser mais aprofundado e desenvolvido para demonstrar como estes mecanismos de interpretação das normas estão incrustados nas mentes e na forma de proceder.

Ao perceber isto a instituição polícia poderá passar a considerar – e estudar – mais estes mecanismos, aprimorando seus métodos e constatando que poderá até 'elucidar' mais casos que estavam encobertos ou deixar de acreditar que certas pessoas devem ser criminosas, somente pelo estigma que carregam!

A polícia é dependente do sistema penal que estigmatiza, mas a consciência desta estigmatização pode se tornar tão clara que aquela pode atuar com um projeto distinto, mais próximo da desconsideração de estigmas, um projeto que não procura pobres ou ricos, homens ou mulheres, feios ou bonitos, brancos ou negros, mas sim responsáveis por condutas típicas que representam agressões a bens jurídicos fundamentais. Significa tornar mais emancipada a atuação da polícia, enquanto se reconhece que todo o direito e toda a sociedade devem rever as meta-regras estigmatizadoras.

Sem dúvida, no futuro esta lógica poderá ser empregada no estudo de outras instituições, deixando-se de aceitar práticas 'repetitivas' e atitudes 'estáticas' ligadas às profundas meta-regras: estigmas. Talvez, então, seja possível atender à reivindicação de Manoel Pedro Pimentel para enfrentar os problemas hodiernos surgidos em Criminologia,

...para sacudir as posições, tirando os observadores das atitudes estática e repetitiva, atitudes até agora preconizadas como as mais adequadas ao cientista penal, para colocá-los em atuação dinâmica; ver a realidade como ela é, sem apriorismos embaraçosos e limitações opostas *pelo que está estabelecido*, caminhando rumo a um completo descondicionamento para desvendar a realidade que se esconde atrás de uma espessa trama de preconceitos.²⁹⁶

²⁹⁶PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: RT, 1983.

2 ESTIGMAS

2.1 A ORIGEM DOS ESTIGMAS

Os soldados preparavam-se para a batalha, que era mais uma tentativa de expulsar os invasores do território romano. A cena que estava sendo filmada dá lugar a um outro foco da câmera: a cabeça de um cachorro que iria auxiliar os soldados. Parece que o significado desta passagem é que a guerra, ou as violências ou os confrontos, ou as diferenças expõem o lado animal do homem. Antes disso, mostrou-se a plantação de trigo maduro, e um pássaro que voou tranqüilo: um sonho de liberdade...

Essas foram as primeiras imagens do bem-sucedido filme "Gladiador", estrelado por Russel Crowe, que foi baseado na vida do Imperador Marco Aurélio²⁹⁷ e na sucessão do Império Romano pelo seu filho Cômodo. O personagem "Máximo Décimo Merídio" representa – com as devidas ficções e adaptações de Hollywood para o entretenimento – Narciso Mérida, o gladiador que matou Cômodo no ano de 192 d.C.²⁹⁸ O fato é que, antes da apoteose, ao desiludir-se dos ataques traiçoeiros que lhe foram impingidos por *Cômodo*, *Máximo* raspa a tatuagem do seu braço que continha a inscrição *SPQR*.²⁹⁹ Esta marca era utilizada por pessoas de classe inferior –

²⁹⁷Marco Aurélio reinou no período de 161 a 180 d.c. e o seu mais grave equívoco foi entregar o poder ao seu filho Cômodo (Imperador de 180 a 192 d.c.) (ROSTOVITZ, M. **História de Roma**. 2.ed. Tradução de: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p.210).

²⁹⁸GEHRINGER, Max et al. A verdade sobre GLADIADOR. **Super Interessante**, São Paulo, Ano 15, n.4, p.84-89, 2001. GEHRINGER, Max et al. Pizza à califórnia. **Vip**, São Paulo, Ano 20, n.4. p.98-101, 2001.

²⁹⁹Ou seja: '*Senatus Populus Que Romanus*', que significa "Para o Senado e o Povo de Roma" ou "o senado e a comunidade dos cidadãos romanos" (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2.ed. Tradução de: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p.83).

como eram considerados os soldados – e como a palavra *STIGMA* significa em latim "tatuagem", carregar um "estigma" implica portar um sinal negativo.

Conforme será visto, a origem dos "estigmas" é muito anterior ao Império Romano e os estigmas que foram culturalmente criados subsistem até hoje. Outra peculiaridade é que, a exemplo do que ocorre no filme "Gladiador", no qual raspar um "estigma" acarreta sangramento no braço do guerreiro, também na História a remoção de estigmas é altamente sanguinária... Rara exceção é manifestada naqueles que, a exemplo de Marco Aurélio, procuravam ver a alma das pessoas e não o seu revestimento material.³⁰⁰ Exceções à parte, a marca exterior propicia que tanto o 'estigmatizado' quanto o 'estigmatizador' permaneçam com a forte impressão de um senso de inferioridade portada por aquele: o processo todo caracteriza-se por meta-regras que constituem estigmas.³⁰¹

2.2 CONCEITO

Estigma é um sinal ou marca³⁰² que alguém possui que recebe um significado depreciativo.³⁰³ Entretanto, não se trata somente de atributos,³⁰⁴ mas de

³⁰⁰"Vê que teu mal não reside na alma alheia, nem em qualquer modificação de teu corpo material. Onde, então? – Em ti mesmo, na parte que registra os males. Que tua alma não faça o mal e tudo irá bem. Mesmo quando teu vizinho mais próximo, que é esse corpo miserável, seja despedaçado, queimado, roído de chagas ou apodreça, cabe a essa parte pensante conservar-se calma, ou seja, não achar que é um bem ou um mal aquilo que pode advir igualmente ao mau e ao bom. Isso porque o que sucede neutro a quem vive contra ou segundo a natureza, não é nem contra nem segundo a natureza." (AURÉLIO, Marco. **Meditações**. Tradução de: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2001. p.40).

³⁰¹"Hoje, saí de todas as dificuldades. Melhor, expulsei-as, pois não residiam fora de mim, mas em mim, nas minhas opiniões". (AURÉLIO, op. cit., p.90). As 'meta-regras' serão tratadas adiante.

³⁰²"O estigma é uma marca oficial, que antes era gravado a fogo nas costas ou na cara de escravos ou sujeitos que cometiam certas ações." (ELBERT, op. cit., p.25).

³⁰³Nesse sentido: ELBERT, op. cit., p.26.

³⁰⁴"Podemos definir o estigma social como atributo derogatório imputado à imagem social de um indivíduo ou grupo e visto como instrumento de controle social." (AMAR, op. cit., p.75).

'linguagem de relações', para empregar expressão de Erving Goffman,³⁰⁵ que compreende que o estigma gera profundo descrédito e pode também ser entendido como defeito, fraqueza e desvantagem.³⁰⁶ Daí a criação absurda de duas 'espécies de seres': os estigmatizados e os 'normais',³⁰⁷ pois, afinal, considera-se que o estigmatizado não é 'completamente humano'.³⁰⁸

2.2.1 O Estigmatizado com Ele Mesmo

Na Idade Média, Etienne de La Boétie questionou o 'porquê' dos seres humanos servirem ao tirano, que é um só. De onde viria a raiz de tal servidão? Por que milhares de pessoas servem a um só?³⁰⁹ Essa pergunta não é tão simples de responder, tanto que motivou agudas críticas ao seu autor.³¹⁰ É que o processo de servidão é complexo, assim como complexo é o processo de estigmatização. Mas discutir a estigmatização pode auxiliar a tornar evidente o próprio processo de servidão, embora não seja esse o específico objeto do estudo proposto, ainda que válida a analogia.

Poder-se-ia indagar sobre os motivos que levam os estigmas a se perpetuarem. Às vezes, o próprio estigmatizado se vê num dilema, o de não ver no *Outro* para enxergar a si próprio. O alcoólatra, v.g., não se vê, embora esteja claro o problema que sofre. Segundo a psicologia, ele procuraria um 'pai' e sente-se

³⁰⁵GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4.ed. Tradução de: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988. p.13.

³⁰⁶GOFFMAN, **Estigma**..., op. cit., p.12.

³⁰⁷GOFFMAN, **Estigma**..., op. cit., p.14.

³⁰⁸GOFFMAN, **Estigma**..., op. cit., p.15.

³⁰⁹LA BOÉTIE, Etienne de. **Discurso da servidão voluntária**. 2.ed. Tradução de: Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Brasiliense, 1982. p.12-17.

³¹⁰LA BOÉTIE, op. cit., p.109 e segs.

completamente só.³¹¹ Em geral, os toxicômanos procuram nas drogas uma sensação de prazer e um 'amortecedor' para as preocupações a respeito dos problemas, mas o resultado é fugidio e a energia consumida pelo organismo é tão grande que posteriormente o corpo humano reage com pensamentos e atos desequilibrados.³¹²

Talvez, o pior de tudo seja o fato de o estigmatizado não se ver como estigmatizado e passar a contemplar com passividade e aceitação o tratamento diferenciado que recebe da sociedade.³¹³ Assim, no mercado de trabalho, v.g., ele não tem consciência da discriminação, porque ele não compara o seu tratamento com o de outras pessoas (fator cognitivo). Ou então, o estigmatizado evita identificar-se com o papel de vítima – que seria a própria responsável por sua situação –, ou ainda não aceita o estereótipo da vítima/vilão que a imagem do discriminado induz, ou finalmente, não vê solução para o problema que reputa injusto e não encontra apoio de outros estigmatizados para resolvê-lo (fatores

³¹¹"Em outras palavras, o alcoolismo não tem pai. Ele procura um pai porque sente-se sempre terrivelmente só. Quero dizer que, nesta posição onde ele não tem pai, não há semelhante ao nível do imaginário. Procura um semelhante para poder se ver a si próprio. Não é por amor ao semelhante, é para verificar a cara que ele mesmo tem, já que não a tem no Outro. Pois o que vocês poderão observar no alcoolista, é o quanto ele não se vê. Chega diante de nós roxo, com o rosto marcado, vermelho e diz: 'Quem? Eu bebi?'. Esta espécie de indiferença radical do alcoolista quanto à sua imagem quer dizer que para ele não há olhar no Outro, pois se ver é isto. Para se ver, é necessário sempre supor um olhar no Outro. E na medida em que para ele não há olhar neste Outro, isto cria uma espécie de paradoxo." (MELMAN, Charles. **Alcoolismo, delinquência, toxicomania**: uma outra forma de gozar. Tradução de: Rosane Pereira. São Paulo: Escuta, 1992. p.132).

³¹²"Devemos a tais veículos não só a produção imediata de prazer, mas também um grau altamente desejado de independência do mundo externo, pois sabe-se que, com o auxílio desse 'amortecedor de preocupações', é possível, em qualquer ocasião, afastar-se da pressão da realidade e encontrar refúgio num mundo próprio, com melhores condições de sensibilidade. Sabe-se igualmente que é exatamente essa propriedade dos intoxicantes que determina o seu perigo e a sua capacidade de causar danos. São responsáveis, em certas circunstâncias, pelo desperdício de uma grande quota de energia que poderia ser empregada para o aperfeiçoamento do destino humano." (FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução de: José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p.27).

³¹³VALENZUELA, María Elena. Igualdade de oportunidades e discriminação de raça e gênero. In: POSTHUMA, Anne Caroline (Org.). Abertura e Ajuste do Mercado de Trabalho no Brasil: Políticas para Conciliar os Desafios de Emprego e Competitividade. Tradução de: Christina Có. São Paulo: Editora 34, 1999. p.171.

motivacionais).³¹⁴ Esses fatores de não se exergar como estigmatizado não deixam de ser compreensíveis, pois sociedades inteiras negam a existência ou a gravidade de certos estigmas.³¹⁵

De outro lado, as denominadas 'instituições totais'³¹⁶ (manicômios, prisões, etc.) usualmente acabam aniquilando o 'eu' dos internados, fazendo sentirem-se, no dizer de Erving Goffman, "inferiores, fracos, censuráveis e culpados".³¹⁷ O tempo de vida deles é colocado à disposição dos dirigentes, alienando-se a capacidade de trabalho.³¹⁸ Em verdade, ocorre uma 'mortificação' da pessoa,³¹⁹ decorrente da imposição de uma rotina todos os dias, do alijamento de bens pessoais,³²⁰ de correr

³¹⁴VALENZUELA, op. cit., p.171. Para a referida classificação de fatores cognitivos e motivacionais Valenzuela cita os autores CLAYTON, S.D. e CROSBY, F.J. (**Justice, gender and affirmative action**. Michigan: The University of Michigan Press, 1992).

³¹⁵No Brasil, v.g., acreditava-se que não existiam preconceitos raciais ou que eles era mínimos, até que estudos de 1950 e 1960 demonstraram o contrário. (REZENDE, Claudia; MAGGIE, Yvonne. Prefácio. In: ____ (Org.). **Raça como retórica: a construção da diferença**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p.13, 14 e 18).

³¹⁶"Toda instituição conquista parte do tempo e do interesse de seus participantes e lhes dá algo de um mundo; em resumo, toda instituição tem tendências de 'fechamento'. Quando resenhamos as diferentes instituições de nossa sociedade ocidental, verificamos que algumas são muito mais 'fechadas' do que outras. Seu 'fechamento' ou seu caráter total é simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão excluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos. A tais estabelecimentos dou o nome de *instituições totais*, e desejo explorar suas características gerais." (GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 6.ed. Tradução de: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1999. p.16).

³¹⁷GOFFMAN, **Manicômios...**, op. cit., p.19.

³¹⁸GOFFMAN, **Manicômios...**, op. cit., p.21.

³¹⁹GOFFMAN, **Manicômios...**, op. cit., p.24.

³²⁰Os bens pessoais têm profunda relação com o 'eu', e, o despojo destes bens pode causar uma lesão à própria identidade da pessoa (GOFFMAN, **Manicômios...**, op. cit., p.28). "Mais tarde, na medida em que o estabelecimento espera, oficialmente, alterar as tendências autorreguladoras do internado, pode haver confissão individual ou de grupo – psiquiátrica, política, militar ou religiosa – de acordo com o tipo de instituição. Nessas ocasiões, o internado precisa expor a novos tipos de audiências fatos e sentimentos sobre o eu. Os exemplos mais espetaculares dessa exposição nos são dados pelos campos comunistas de confissão e pelas sessões de *mea culpa* que constituem parte da rotina das instituições católicas." (GOFFMAN, **Manicômios...**, op. cit., p.31).

o risco de contaminação por falta de higiene, de alimentar-se diariamente com comida ruim, de viver num ambiente imundo,³²¹ de receber apelidos grotescos, ou agressões verbais ou de ser tratado como se não estivesse presente (tanto por parte dos dirigentes quanto dos internados)³²² e de ter que fazer coisas absurdas para cumprir um ritual sem sentido.³²³ O aspecto físico também torna-se decadente, pois a reclusão causa problemas que vão desde a obesidade até ferimentos corporais.³²⁴

No próximo passo, logo após a imposição social dos 'padrões' de estigma que a pessoa deveria seguir, como o padrão do louco, do criminoso, do pobre desajustado, do vagabundo – padrões estes que procuram satisfazer o estereótipo –, o estigmatizado conforma-se com o estigma, passando a assumir o papel que dele se espera.³²⁵ Talvez seja uma forma encontrada de servir o grupo, de cumprir a ordem de ser 'mau' e conseguir, finalmente, aprovação.³²⁶ Então, o louco age como louco, o ladrão como ladrão, o vagabundo como vagabundo. O criminoso pode confessar – ainda que não se tenham elementos suficientes para a condenação – simplesmente pela ânsia de auto-expiar e ser perdoado ou ter aceitação de quem quer que seja.³²⁷ É o abandono da autonomia pessoal, do dizer a si próprio como portar-se diante do mundo e, afinal, ser. É o início da derrota do ser humano.

³²¹GOFFMAN, **Manicômios**..., op. cit., p.33.

³²²GOFFMAN, **Manicômios**..., op. cit., p.30.

³²³"O extremo desse tipo de mortificação dos sentimentos se encontra, evidentemente, na literatura sobre os campos de concentração: 'Um judeu de Breslau, chamado Silbermann, precisou ficar imóvel, enquanto o sargento Hoppe, da SS, brutalmente torturou seu irmão até matá-lo. Silbermann ficou louco ao ver isso e, tarde da noite, criou o pânico com os seus gritos alucinantes de que as barracas estavam pegando fogo.'" (GOFFMAN, **Manicômios**..., op. cit., p.39-40).

³²⁴GOFFMAN, **Manicômios**..., op. cit., p.29. Goffman refere-se ainda, à 'morte civil' que ocorre pela perda de alguns direitos, temporariamente, outros, permanentemente. (GOFFMAN, **Manicômios**..., op. cit., p.25).

³²⁵CIRINO DOS SANTOS, **A criminologia**..., op. cit., p.16.

³²⁶AMAR, op. cit., p.86.

³²⁷AMAR, op. cit., p.86.

Pode-se afirmar que os estigmatizados, convivendo internamente com os seus problemas e recebendo reflexos negativos externos da sociedade sentem-se infelizes, inobstante a possibilidade de desenvolvimento de mecanismos de defesa para suportar as adversidades.³²⁸ Afinal, Sigmund Freud afirmava que o sofrimento ligado à infelicidade pode advir de três fontes: do próprio organismo físico que apresenta sinais da decadência; do mundo externo e suas forças esmagadoras que se voltam contra o ser e dos relacionamentos entre as pessoas. Este último item seria o mais árduo.³²⁹

O organismo humano apresenta naturalmente uma série de deficiências visíveis e invisíveis e, à medida que o tempo passa para o adulto, o corpo sente o cansaço, do jeito que descreveu Ernest Hemingway:

O velho pescador era magro e seco e tinha parte posterior do pescoço vincada de profundas rugas. As manchas escuras que os raios do sol produzem sempre nos mares tropicais, enchiam-lhe o rosto, estendendo-se ao longo dos braços, e suas mãos estavam cobertas de cicatrizes fundas que haviam sido causadas pela fricção das linhas ásperas enganchadas em pesados e enormes peixes. Mas nenhuma destas cicatrizes era recente.³³⁰

Mas Hemingway viu uma beleza transcendental na luta do velho contra o grande peixe, o que demonstra que nem sequer o acréscimo da característica do estigmatizado é empecilho para a luta pelos ideais: todos podem ser pescadores. Ao contrário, muitas vezes o estigmatizado pode ver o que o 'normal' não vê, desde que

³²⁸Sigmund Freud afirmava que "...no caso da possibilidade mais extrema de sofrimento, dispositivos mentais protetores e especiais são postos em funcionamento...", por isso, Freud entende que é "...impossível nos colocarmos no lugar dessas pessoas – adivinhar as modificações que uma obtusidade original da mente, um processo gradual de embrutecimento, a cessação das esperanças e métodos de narcotização mais grosseiros ou mais refinados produziram sobre a perceptividade delas às sensações de prazer e desprazer." (FREUD, op. cit., p.41). Apesar dessa conclusão, o próprio Freud estabeleceu critérios para a 'infelicidade', que serão analisados no texto principal.

³²⁹FREUD, op. cit., p.25.

³³⁰HEMINGWAY, Ernest. **O velho e o mar**. 15.ed. Tradução de: Fernando de Castro Ferro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1973. p.10. (Ortografia atualizada)

navegue em águas mais profundas. "Tudo o que nele existia era velho, com exceção dos olhos que eram da cor do mar, alegres e indomáveis."³³¹

Quanto às forças externas esmagadoras as quais se refere Freud, é preciso reconhecer que há várias maneiras de se conseguir conquistar uma realização pessoal. Além disso, fugir do sofrimento não significa o encontro do prazer.³³²

Finalmente, quanto aos relacionamentos humanos, Freud exalta que a defesa mais próxima é o isolamento voluntário, distanciando-se dos outros.³³³ É verdade que os 'outros' também se distanciam do estigmatizado, e uma das explicações psicológicas desse distanciamento está na idéia de 'ataque-exclusão': atribuindo vícios e culpas ao outro, 'livra-se' deles. Descarrega-se o 'peso' no bode expiatório escolhido.³³⁴ Mas há uma via melhor a ser caminhada: "...o de tornar-se membro da comunidade humana e, com o auxílio de uma técnica orientada pela ciência, passar para o ataque à natureza e sujeitá-la à vontade humana".³³⁵ O sofrimento "...nada mais é do que sensação; só existe na medida em que o sentimos, e só o sentimos como consequência de certos modos pelos quais nosso organismo está regulado".³³⁶

³³¹HEMINGWAY, op. cit., p.10. (Ortografia atualizada)

³³²"Não admira que, sob a pressão de todas essas possibilidades de sofrimento, os homens se tenham acostumado a moderar suas reivindicações de felicidade – tal como, na verdade, o próprio princípio do prazer, sob a influência do mundo externo, se transformou no mais modesto princípio da realidade –, que um homem pense ser ele próprio feliz, simplesmente porque escapou à infelicidade ou sobreviveu ao sofrimento, e que, em geral, a tarefa de evitar o sofrimento coloque a de obter prazer em segundo plano. A reflexão nos mostra que é possível tentar a realização dessa tarefa através de caminhos muito diferentes e que todos esses caminhos foram recomendados pelas diversas escolas de sabedoria secular e postos em prática pelos homens." (FREUD, op. cit., p.25).

³³³FREUD, op. cit., p.26.

³³⁴ELBERT, op. cit., p.25.

³³⁵FREUD, op. cit., p.26.

³³⁶FREUD, op. cit., p.26.

Os estigmas do toxicômano ou do escravo, do judeu/muçulmano ou do herege, do louco ou do preso, simbolizam limitações sociais que não diferem em nada das limitações que têm as pessoas 'normais'. Os 'normais' adoecem ou envelhecem e morrem. Ou então tornam-se estigmatizados em razão da superveniência de defeitos físicos³³⁷ ou morais. Todas as pessoas sentem as limitações que lhes são peculiares, inclusive as de não poder atingir os seus ideais. O que importa é a postura que se tem diante do mundo. Neste aspecto, a lição de "O Velho e o Mar", de Ernest Hemingway é soberba.

Ser 'velho' é, por si só, um estigma que todo ser humano que consiga sobreviver com sucesso atingirá – a velhice, pois. Por isso o 'Velho' pode representar as limitações humanas, isto é, que são inerentes a toda espécie humana e que se voltam para a reflexão do 'eu':

'Detesto as câibras', pensou o velho pescador. 'É uma traição do corpo. É humilhante ser atacado de diarreia devido a um envenenamento de ptomainas ou, pela mesma causa, nos vemos obrigados a vomitar.' Mas uma câibra, se não era humilhante ante os outros, era-o sobretudo perante ele mesmo, muito especialmente quando estava sozinho.³³⁸

As limitações também podem ser representadas pela impossibilidade de se atingir 'o grande peixe', pois, afinal, 'Santiago' de Hemingway – que é o homem que vai além dos outros – não consegue conquistar o 'peixe inteiro'.³³⁹ Do outro lado está

³³⁷Certamente uma grande quantidade de estigmatizados existiria se não fossem descobertas as lentes para corrigir os defeitos visuais, por exemplo.

³³⁸HEMINGWAY, op. cit., p.65. (Ortografia atualizada)

³³⁹"Um dos tubarões veio trincar na cabeça do espadarte e o velho soube então que tudo acabara. Bateu com o leme na cabeça desse tubarão quando o viu com as mandíbulas agarradas à cabeça do peixe, que não queria desprender-se. Bateu uma, duas, três vezes. Ouviu o estalo do leme que se partia e continuou a atacar a fera com o pedaço de madeira que lhe ficara na mão. Sentiu que lhe acertara em cheio e desfechou outra pancada. O tubarão largou e voltou-se de lado. Era o último tubarão do compacto grupo que desfechava aquele ataque. Afastaram-se todos pois já não havia nada para comer.

Agora o velho mal podia respirar e sentia na boca um gosto estranho. Era um gosto de cobre, ao mesmo tempo doce, e durante um instante assutou-se. Mas o gosto não era lá muito intenso.

Cuspiu no oceano e disse:

– Comam isso, *Galanos*. E saibam que mataram um homem." (HEMINGWAY, op. cit., p.123-124. Ortografia atualizada).

o mar: grande, infinito lugar de lutas para aqueles que não se conformam com a mesmice, mas também um vale de solidão para os que não se encontram com os outros.³⁴⁰

2.3 CARACTERÍSTICAS: ASPECTO OBJETIVO E SUBJETIVO

Conforme se depreende do seu conceito, o estigma apresenta aspectos objetivo e subjetivo, fato esse que está de acordo com muitos comportamentos e atitudes estudados socialmente e que apresentam faces complexas.³⁴¹

Objetivamente é caracterizado por constituir um sinal exterior: um defeito físico, a cor da pele, uma religião seguida, a vida pobre, o sexo. Subjetivo é o significado negativo ou ruim do estigmatizado. Estes dois pólos – objetivo/subjetivo – contêm o ingrediente equivalente das regras, v.g., a relação lei/norma: "Art. 121. Matar Alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos." (lei)/ quando a norma é 'não matar'.

Assim, em termos de estigma temos: raça negra/mal. Nesse sentido, pode-se identificar o estigma como um princípio ou regra, isto é, dada a raça negra (marca), ter-se-ia um mal.

O fato é que este princípio ou regra pode gerar outros princípios ou regras que, quando não utilizados explicitamente na linguagem escrita da lei, denominam-se 'meta-regras'. Pode-se exemplificar o exposto da seguinte forma: O artigo 155 do Código Penal Brasileiro estabelece: "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia

³⁴⁰– O oceano é muito grande e a canoa muito pequena e difícil de descobrir, disse o velho. Notava como era agradável ter com quem conversar, em vez de ter de falar sozinho ou conversar com o mar. – Senti a sua falta, continuou. E você, o que pescou?" (HEMINGWAY, op. cit., p.130. Ortografia atualizada).

³⁴¹Veja-se, por exemplo, de forma analógica, a seguinte passagem de Alessandro Baratta: "*En la criminología crítica, las dimensiones de la definición y del poder se desarrollan en el mismo nivel y se condicionan entre sí. Esto significa que los procesos 'subjetivos' de definición en la sociedad son estudiados en conexión con la estructura material 'objetiva' de la propia sociedad;...*" etc. (BARATTA, Alessandro. El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal**. Buenos Aires: Biblos, 2000. p.57).

móvel: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa." Se o suspeito principal pertence, via de regra, à raça negra, há então uma economia de análise pois a meta-regra 'raça negra/mal' (estigma), acrescentada de outra meta-regra (neste rol de pessoas, este estigmatizado deve ser o ladrão) foi decisiva na aplicação da norma penal.

2.4 CONSEQÜÊNCIAS

2.4.1 Exclusão Social

Consoante se infere, são conseqüências dos estigmas a exclusão da relação social normal, a falta de percepção de qualidades da pessoa e expectativas ruins dos 'normais' em relação aos estigmatizados.³⁴² As discriminações são tantas que Goffman chega a afirmar que com isto se reduz as chances de vida do estigmatizado.³⁴³ A idéia de inferioridade e de perigo³⁴⁴ que o estigmatizado representa é racionalizada.

2.4.2 Manutenção de Poder

A manutenção de estigmatizados propicia, conforme será visto adiante, enorme poder de sustentação de classes 'privilegiadas' ou de 'normais' em detrimento dos primeiros (estigmatizados) que recebem tratamento desumano. Assim, pode-se afirmar que a estigmatização opera como 'neutralização institucional'.³⁴⁵

³⁴²GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.14.

³⁴³GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.15.

³⁴⁴GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.15.

³⁴⁵Ayush Morad Amar emprega a expressão 'segurança institucional', mas num sentido um pouco diverso: "O impulso à estigmatização está presumivelmente vinculado à agressão do próprio indivíduo e à agressão aleatória nos grupos. Negatividade intrínseca e tensão do grupo encontram, pelo menos, alívio parcial pela rotulagem derogatória dos outros. O estigma social é válvula de segurança institucional e funcionalmente similar às lutas dos gladiadores romanos, touradas, enforcamentos públicos, lutas romanas e disputa de boxeadores." (AMAR, op. cit., p.78).

Afinal, o estigma não deixa de representar uma forma de 'neutralizar' o 'inimigo', isto é, quando se estigmatiza alguém, diminui-se artificialmente o valor da pessoa. Nesse sentido, a crítica de Ayush Morad Amar é providencial para a compreensão do tema: "Se não posso ser tão bom quanto Sócrates, posso, pelo menos, neutralizar seu sucesso, rebaixando-o para meu nível."³⁴⁶

2.5 ESTEREÓTIPOS

As expectativas ruins dos 'normais' em relação aos estigmatizados fazem um profundo nexos com o 'estereótipo', podendo-se afirmar que são conceitos complementares. Erving Goffman afirma, inclusive, que o estigma é "...um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo..."³⁴⁷ Jorge de Figueiredo Dias chega a empregar indistintamente as duas expressões estigma/estereótipo quando está tratando da seleção dos estigmatizados para a prisão.³⁴⁸ Carlos Alberto Elbert

³⁴⁶AMAR, op. cit., p.79. "O estigma social em uma cultura obcecada por feitos heróicos serve de técnica ilusória da façanha quando o feito verdadeiro fracassou ou é insuficiente (como é definido pelo estigmatizador). Sendo a façanha relativa, um indivíduo pode realizá-la rotulando detrativamente outros. Quando um indivíduo ou grupo obcecado por 'façanhas', desejando sucesso como compensação pela insegurança e inquietação, não alcança com êxito essas metas, tentará conquistar vantagem diminuindo o *status* do estigmatizado. Essa é a função real do estigma, identificável na tagarelice pejorativa das matronas ao depreciar uma rival, bem como na disposição contínua da incerta e socialmente humilhada classe-média baixa, para odiar grupos externos, manifestar o anti-semitismo e a discriminação racial." (AMAR, op. cit., p.79).

³⁴⁷E continua o autor "...embora eu proponha a modificação desse conceito, em parte porque há importantes atributos que em quase toda a nossa sociedade levam ao descrédito." (GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.13). Esta conclusão se deve a um raciocínio anterior de Goffman: "Observe-se que há outros tipos de discrepância específica entre a identidade social real e a virtual como, por exemplo, a que nos leva a reclassificar um indivíduo antes situado numa categoria socialmente prevista, colocando-o numa categoria diferente mas igualmente prevista e que nos faz alterar positivamente a nossa avaliação. Observe-se, também, que nem todos os atributos indesejáveis estão em questão, mas somente os que são incongruentes com o estereótipo que criamos para um determinado indivíduo." (GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.12 e 13).

³⁴⁸"Simplesmente, o que importa saber – e nisto reside a novidade – é se este fenómeno não deve explicar-se devido à eficácia selectiva de determinados estereótipos e, mais do que isso, se não serão mesmo a prisão e os 'tratamentos' institucionais os responsáveis por tais estigmas." (FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.177).

destaca que o estereótipo pode ser confirmado pelas instituições e transformar-se em desqualificação permanente da pessoa, criando um processo de estigmatização.³⁴⁹ Também assinala que os pré-conceitos são generalizados pelos estereótipos. Assim, segundo Elbert, a conhecida imagem de cinema ou novela do ladrão com roupa listrada, gorro, máscara e nariz quebrado, induz suspeição de qualquer pessoa com essas características e, desde cedo, apreendem-se esses processos de 'internalização'.³⁵⁰

Como comportamentos desaprovados,³⁵¹ Dennis Chapman fornece exemplo de estereótipos que são criados por diversos meios como a televisão e o rádio, v.g., e que exibem as fórmulas predominantes de resolução simbólica de tensão: aqueles que praticam crimes contra a propriedade ou assassinatos são descritos como pessoas de aparência desagradável e de características que não comportam atrativos, ao contrário dos policiais ou detetives que são extraordinariamente inteligentes e que somente levantam a voz, mas não as mãos. Por outro lado, quando se trata de 'espiões' assassinos ou ladrões (que seria o estereótipo do criminoso que interessa ao regime predominante) atuando contra a antiga 'Cortina de Ferro' marxista, daí, o criminoso é retratado como encantador e

³⁴⁹ELBERT, op. cit., p.25.

³⁵⁰ELBERT, op. cit., p.23 e 24. Para o referido autor, o "estereótipo é, então, a adjudicação apriorística de características não-confirmadas pela razão, ciência ou experimentação a pessoas, grupos, raças ou nacionalidades, para assinalá-los e detectá-los sem análise prévia." (p.25). E, ainda, que os "...pré-conceitos e estereótipos costumam operar como uma expressão do conflito de grupos em sociedade, *afastando os diferentes e enaltecendo o seu próprio segmento social*. Essas ferramentas são poderosas, porque usadas para neutralizar, prejudicar ou eliminar rivais. Há rivalidade com outros, por muitos motivos: trata-se de potenciais competidores por um cargo, um negócio ou alguma vantagem; em suma, de pessoas que aspiram ao mesmo que outras. Em toda sociedade há grupos ou forças que se opõem e que mantêm uma luta silenciosa por poderes ou privilégios. As diferenças podem ser de classe, nacionalidade, religião, hierarquia profissional e outras." (ELBERT, op. cit., p.24).

³⁵¹CHAPMAN, op. cit., p.3.

charmoso...³⁵² Logo, o controle social não é feito exclusivamente por ações administrativas do Estado, como é o caso da perseguição e punição criminal, mas por manipulação de símbolos e modelos que garantem, também, a manutenção do poder.³⁵³ Isso explica, em parte, por que para comportamentos idênticos objetivamente uns recebem aprovação, mas outros reprovação,³⁵⁴ v.g., uma pessoa que não represente o 'modelo' que deve seguir o ladrão (pobre, aparência ruim) deverá sair ilesa e até elogiada por sua conduta.

³⁵²*"These 'real' activities are important in the long run, but marginal in the immediate situation. Here forms of symbolic tension-resolution predominate. There is the dramatic form of 'popular' fiction, the drama, radio, television, where the author describes either murder or major crimes against property by persons generally of unattractive appearance and unpleasant social and personal characteristics, crimes which are almost inevitably solved by charming and highly intelligent policemen and detectives who only raise their voices and never their hands in moments of extreme exasperation. Incidentally, identical behaviours form the subject-matter of the next most popular form of drama, the spy story. Here the murders and thefts are undertaken by the charming ones, their victims (from behind the Iron Curtain) the ugly ones. It is interesting to observe the parts played by well-know television actors as they switch roles from night to night.*

The stereotype presented in dramatic form is generally difused and it permits both the direction of the aggression of the majority towards the under-privileged and the redefinition of the situation of the majority in relation to their own moral conflicts." Tradução livre: "Estas reais atividades são importantes a longo prazo, mas marginais na situação imediata. Predominam as formas de resolução simbólica de tensão. Existe a forma dramática de 'popular' ficção, o drama, rádio, televisão, em que o autor descreve cada assassinato ou crimes principais contra propriedade por pessoas geralmente sem aparência atrativa e com características pessoais e sociais desagradáveis, crimes os quais sempre são inevitavelmente resolvidos pelos charmosos e altamente inteligentes policiais e detetives que sempre mantêm o tom de voz nunca erguem as mãos em momentos de extrema exasperação. Incidentalmente, idênticas formas de comportamentos são da mais popular forma de drama, a história de espionagem. Aqui os assassinos e ladrões são os mais charmosos e suas vítimas (atrás da Cortina de Ferro), os mais feios. É interessante observar as personagens de televisão mudando de papéis. O estereótipo apresentado na forma mais dramática é geralmente difundido e permite ambas as direções de agressão da maioria para o privilégio e redefinição da situação em relação aos seus próprios conflitos morais." (CHAPMAN, op. cit., p.12-13).

³⁵³CHAPMAN, op. cit., p.1-3.

³⁵⁴CHAPMAN, op. cit., p.3-5.

Este 'feio' e menos favorecido economicamente que é o modelo do criminoso será analisado adiante, quando se critica o estereótipo do delinqüente formulado por Lombroso.

2.6 ESPÉCIES DE ESTIGMAS

Erving Goffman classifica os estigmas em três espécies distintas. Em primeiro lugar estariam os defeitos físicos ou 'abominações do corpo'. Em segundo lugar, as 'culpas de caráter individual', nelas incluídas, v.g., desonestidade, distúrbio mental, prisão, vícios, homossexualismo, desemprego, radicalismo político, tentativas de suicídio etc. A terceira espécie refere-se às raças, nações, religiões...³⁵⁵

Procurando manter-se fiel ao conceito de estigma, far-se-á outra classificação, tendo em vista a pesquisa histórica e a ênfase para aspectos jurídicos e policiais, sem contudo excluir os demais estigmas, que também são importantes e merecem outros estudos, e que serão, inclusive, mencionados eventualmente. Enfim, não há que se limitar a investigação sobre os estigmas, pois a descoberta ou surgimento de outros estigmas é ilimitada.

2.6.1 Amálgama de Estigmas

Os estigmas freqüentemente estão relacionados entre si, gerando discriminações diversas sobre os estigmatizados,³⁵⁶ isto é, um estigmatizado pela raça, v.g., pode também sê-lo em razão da pobreza, de ser mulher e adepto de uma determinada religião (as características somadas). Logo, uma visão separada e fragmentária dos estigmas enfraqueceria um objetivo comum de superação ou

³⁵⁵GOFFMAN, *Estigma...*, op. cit., p.14.

³⁵⁶Sobre discriminações combinadas entre gênero e raça: VALENZUELA, op. cit., p.150-176 e REZENDE e MAGGIE, op. cit., p.20.

negação de estigmas.³⁵⁷ Assim, por exemplo, o estigma da mulher e o estigma da raça negra criaram na mente de um juiz do início do século XX o estereótipo da mulher negra promíscua. Segundo aquele juiz, a palavra da *nigger* estigmatizada não poderia valer contra a palavra de um homem branco. Ao mesmo tempo, considerava o julgador que o delito existente, 'mais horrível que a morte', seria a violação de uma mulher branca por um homem negro.³⁵⁸

2.6.2 Principais Estigmas

Para efeito deste trabalho, consideram-se como principais estigmas aqueles referentes à pobreza, sexo, raça não predominante e religião, conforme fundamentação que segue. Este último – estigma da religião – será analisado posteriormente, junto com o Sistema Inquisitório, porquanto o fortalecimento fundamental deste estigma surge em momento histórico distinto dos demais estigmas tratados no início.

³⁵⁷Para Alessandro Baratta *"...se trata de una relación compleja pues las variables, en lo que atañe al hecho de pertenecer a géneros, etnias y posiciones sociales diferentes (mujeres-varones, blancos-negros, ricos-pobres, instruidos-sin instrucción, adultos-menores, ciudadanos-inmigrantes), pueden combinarse unas con otras de las más diversas formas. Este hecho, a su vez, produce una fragmentación de las luchas específicas de los grupos en ventaja, tanto en el campo de la justicia criminal como en el del poder social."* Tradução livre: "...trata-se de uma relação complexa pois as variáveis, no que diz respeito ao fato de pertencer a gêneros, etnias e posições sociais diferentes (mulheres-varões, brancos-negros, ricos-pobres, instruídos-sem instrução, adultos-menores, cidadãos-imigrantes), podem combinar-se umas com outras das mais diversas formas. Este fato, por sua vez, produz uma fragmentação das lutas específicas dos grupos em vantagem, tanto no campo da justiça criminal como no do poder social." (BARATTA, *El paradigma...*, op. cit., p.58).

³⁵⁸BOVINO, op. cit., p.206.

2.7 ORIGEM HISTÓRICA DOS ESTIGMAS

2.7.1 A Igualdade Originária

Com efeito, já os gregos marcavam as pessoas com fogo ou cortes no corpo, sinais estes que identificavam que o portador era mau, ou seja, mais especificamente um escravo, um criminoso, ou um traidor.³⁵⁹

Mas há que retroceder mais no tempo, pois a origem dos mais importantes estigmas³⁶⁰ é bem mais antiga do que o apogeu grego, e o conhecimento histórico³⁶¹

³⁵⁹GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.11. "...uma pessoa marcada, ritualmente poluída, que devia ser evitada; especialmente em lugares públicos." (GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.11) "Anticamente, marchio impresso sulla fronte di malfattori o schiavi." Tradução livre: "Antigamente, marca impressa sobre a fronte dos malfeitores ou escravos." (ZINGARELLI, Nicola. **Vocabolario della lingua italiana**. 12.ed. Bologna: Zanichelli, 1995. p.968).

³⁶⁰Adiante será assinalado que os mais importantes estigmas são aqueles relativos à mulher, à raça e à condição econômica. Considerável, também, o estigma religioso e outros.

³⁶¹O estudo da História é o caminho seguro para a compreensão da atual Civilização, em seus diversos aspectos e, para o presente estudo, de forma especial, como se verá. São autores que rendem encômios à alta importância do estudo histórico, por exemplo: VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899. p.4 e 5; FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.4. GILISSEN, op. cit., p.13-14. BORGES, Vavy Pacheco. **O que é história**. 2.ed. 5.reimp. São Paulo: Brasiliense, 2000. p.56-58. MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. 2.ed. reimp. Tradução de: P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999. Prólogo. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 2.ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p.25-26. BEVILAQUA, Clovis. **Criminologia e direito**. Campinas: Red, 2001. p.12, 13 e 117. "Felizmente, o passado nunca morre completamente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas deste passado guardará sempre a recordação. Com efeito, tal como se apresenta em cada época, o homem é o produto e o resumo de todas as suas épocas anteriores. E se cada homem auscultar a sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas, e o que cada um desses períodos lhe legou." (COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Tradução de: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.5); quanto ao conhecimento da influência ideológica, MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal argentino**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. Tomo I. v.1b. p.18-19. "O Direito não pode ser corretamente compreendido no contexto da sociedade atual ignorando-se o seu passado." (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1999. p.31). Depois de afirmar que "...a história deve ser deixada aos historiadores..." Giuseppe Bettiol 'distrai-se' e diz que "...é suficiente iniciar nos fins do século dezessete..."! (BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Campinas: Red, 2000. p.25-26); quanto à imprescindibilidade para a verificação das estruturas do processo penal: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal: o papel do novo juiz no processo penal**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001. p.18.

sobre o assunto será altamente revelador da verdade que envolve a estigmatização. Não se trata, pois, somente de compreender a racionalidade dos estigmas nos dias atuais, pois a história fornece elementos complementares indispensáveis de uma tradição³⁶² que vinculou todas as crenças populares e o direito. Daí, porque as regras que se estabelecem sobre as pessoas e que são vinculadas a valores negativos e interpretadas sistematicamente na aplicação do direito, não podem se dissociar do entendimento do que ocorreu no passado das civilizações.³⁶³ Igualmente importante será a observação do nexos entre o público e o privado, o formal e o informal no curso da História, além de outros elementos que tornam complexa a relação de poder que influencia o Direito.³⁶⁴

Não obstante, os inúmeros movimentos emancipatórios dos principais estigmatizados e seus solidários, bem como os estudiosos sobre o assunto, pouco ou nada ressaltaram as origens remotas dos estigmas.³⁶⁵ Como se pode contestar sem

³⁶²"A história é, realmente, uma fonte de verdade diferente do que a razão teórica. Já Cícero tinha isso em vista, quando a denomina de *vita memoriae*. Seu direito próprio repousa no fato de que as paixões humanas não podem ser regidas através de prescrições genéricas da razão. Mais do que isso, para tanto são necessários exemplos convincentes, que somente a história pode fornecer. É por isso que Bacon denomina a história, que apresenta tais exemplos, como um outro caminho do filosofar (*alia ratio philosophandi*).\" (GADAMER, op. cit., p.66).

³⁶³"La cualidad de desviados de los comportamientos de los individuos puede entenderse si se la refiere a reglas o a valores históricamente determinados, que definen ciertas clases de comportamientos y de sujetos como desviados y, en tanto tales, son etiquetadas, en concreto, ciertas actitudes y personas.\" Tradução livre: \"A qualidade de *desviados* dos comportamentos dos indivíduos pode entender-se se se a refere a regras ou a valores historicamente determinados, que definem certas classes de comportamentos e de sujeitos como desviados e, como tais, são etiquetados, *em concreto*, certas atitudes e pessoas.\" (BARATTA, El paradigma..., op. cit., p.56).

³⁶⁴BARATTA, El paradigma..., op. cit., p.62. Segundo Baratta, na esfera pública (economia, política, etc.) predomina o controle sobre os homens e na esfera privada os espaços femininos. O sistema penal, como um integrante da área pública, teria – para o Autor – um controle duplamente residual: para disciplinar o trabalho dos marginalizados e assegurar a ordem pública e a 'normalidade' das relações de produção. (BARATTA, El paradigma..., op. cit., p.62-63).

³⁶⁵Erving Goffman vai além, afirmando mesmo que os \"...estudiosos, entretanto, não fizeram muito esforço para descrever as precondições estruturais do estigma, ou mesmo para fornecer uma definição do próprio conceito.\" (GOFFMAN, **Estigma**..., op. cit., p.11).

conhecer? Provavelmente por intuição. Mas a intuição favorável à igualdade, ou a contrária (estigmas que constituem meta-regras), deve ser pesquisada objetivamente para a avaliação da sua correção ou não, e – o que é mais importante –, em constatando-se imprópria, promover a sua desconfiguração.

As primeiras comunidades de *homo sapiens*³⁶⁶ eram constituídas por nômades. Havia grande igualdade social, sem hierarquia de classes, sem padrões e empregados, ou propriedade particular,³⁶⁷ nem tampouco pobres e ricos ou homens

³⁶⁶Muita coisa há que ser descoberta a partir de estudos sobre os hominídeos, isto é, os ancestrais do ser humano. Depois de afirmar a dificuldade de estabelecer-se com precisão as datas de acontecimentos distantes, Hazel Mary Martell faz a seguinte cronologia: o *Australopithecus* viveu há mais de três milhões de anos atrás. Seus descendentes, o *Homo habilis*, aproximadamente dois milhões de anos e o *Homo erectus* trezentos mil anos. O *Homo Sapiens* surgiu cerca de duzentos mil anos atrás. O homem atual é chamado de *Homo sapiens sapiens*. (MARTELL, Hazel Mary. **O mundo antigo**. 5.ed. Tradução de: Antivan Guimaraens Mendes. São Paulo: Melhoramentos, 2001. p.8 e 11). Enquanto o *Homo habilis* fabricava ferramentas de madeira, pedra e osso, o *Homo erectus* lidava com o fogo. O *Neanderthal* desapareceu há 35 mil anos e pesquisas científicas revelam que ele teria uma quantidade de neurônios maior do que o *homo sapiens*. Contudo, recentes notícias informam a localização de restos de um hominídeo na África que data de sete milhões de anos. "A ossada – composta por um crânio quase completo, fragmentos da mandíbula inferior e três dentes – foi achada em julho de 2001 em Chade, na África Central, por uma equipe de franceses e chadianos. Com o aval de mais de 40 paleontólogos, o fóssil foi apresentado ontem como o mais antigo parente do homem moderno. A descoberta, que já é vista como a mais importante do ramo, superando a primeira vez que se achou um homem-macaco, há 77 anos, é o tema da edição da revista científica Nature com data de hoje. O paleontólogo norte-americano Bernard Wood, da George Washington University, nos EUA, diz num comentário na revista que o achado poderá 'mudar fundamentalmente a maneira como reconstruímos a árvore da vida. Isso tem o efeito de uma pequena bomba atômica no estudo da evolução humana', avaliou Daniel Liberman, da Universidade de Harvard, um dos cientistas que já chegaram a ver o crânio. O fóssil recebeu o nome científico de Sahelantropus tchadensis, mas foi apelidado de Homem de Toumaï, que no idioma da região significa 'esperança de vida'." (ACHADO o mais antigo fóssil de ancestral humano. **Gazeta do Povo**, Curitiba, quinta-feira, 11 de julho de 2002. Mundo. p.27).

³⁶⁷"O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: *Isto é meu*, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado aos seus semelhantes: 'Evitai ouvir esse impostor. Estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém!' Porém, ao que tudo indica, então as coisas já haviam chegado ao ponto de não mais poder permanecer como eram, pois essa idéia de propriedade, dependente de muitas idéias anteriores que só puderam nascer sucessivamente, não se formou de uma só vez no espírito humano." (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 2.ed. Tradução de: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.203). Os aborígenes da Austrália (53.000 a.C. – 600 d.C.) acreditavam que eles pertenciam à terra, e não o contrário (MARTELL, op. cit., p.141).

subjugando mulheres.³⁶⁸ Não há servidão, pois as pessoas nascem livres.³⁶⁹ A igualdade era uma característica dos povos mais primitivos e errantes.³⁷⁰ Conforme ensinou Immanuel Kant, o 'meu' e o 'teu' não existem originariamente.³⁷¹ Seria absurdo conceber que o nômade fosse proprietário de terras ou fixasse residência...³⁷² As tribos tinham posse temporária e defendiam o seu território

³⁶⁸SCHMIDT, Mario Furley. **Nova história crítica**. São Paulo: Nova Geração, 1999. p.57 e segs.

³⁶⁹LA BOÉTIE, op. cit., p.16, 17, 18 e 80.

³⁷⁰"Mas uma certa liberdade e uma certa igualdade evaporaram-se da vida humana, assim que os homens cessaram de ser errantes. Os homens pagaram em liberdade e pagaram em trabalho árduo, a segurança, o abrigo e a alimentação regular." (WELLS, Herbert Georges. **História universal**. 7.ed. Tradução de: Anísio Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p.354). Sobre o abandono da liberdade, interessante o texto de LA BOÉTIE, op. cit., p.83.

³⁷¹"Não há nada exterior que seja originariamente meu; porém posso adquiri-lo originariamente, isto é, sem derivação do Seu de outro, seja quem for. O estado de comunidade do Meu e do Teu (*communio*) nunca pode ser concebido como original, e sim adquirido por um ato de direito exterior, ainda quando a posse de um objeto exterior possa ser original e comum. Assim, quando se pensa (à maneira de problema) na sociedade original (*communio mei et tui originaria*) deve-se ter o cuidado de distingui-la de uma sociedade primordial (*communio primaeva*), a qual teria de ser considerada como instituída entre os homens nos primeiros tempos de suas relações jurídicas, e que não pode, por ser primeira, fundar-se em princípios, mas sim, unicamente na História: em todo caso esta última comunidade deveria ser considerada como adquirida e derivada (*communio derivativa*).\" (KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. 2.ed. Tradução de: Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p.80). Kant explica o 'procedimento' e as proposições ideais da aquisição: "O princípio da aquisição exterior é concebido, pois, desta maneira: é meu o que eu submeto ao meu poder (segundo a lei da liberdade exterior), do que tenho a faculdade de usar como objeto de meu arbítrio (segundo o postulado da razão prática); é meu, enfim, o que eu quero (conforme a idéia de uma vontade coletiva possível) que o seja." (KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.80-81). Isto tem validade, só que o aspecto originário da propriedade tem uma complexidade tal, que só a história pode constituir-se em fonte reveladora fundamental, isto é, as distinções de propriedade e poder são freqüentemente decorrentes das intempéries da natureza ou do acaso e a explicação de lógica pura parece não resolver o problema. Assim como não é questão de lógica, a estigmatização da mulher, do pobre ou da raça não predominante. Há uma consolidação gradativa e fática dos estigmas.

³⁷²"A propriedade só pode convir ao povo (e não coletivamente considerado, mas sim distributivamente). É preciso, todavia, excetuar um povo no estado nômade, caso em que não há lugar para nenhuma propriedade privada de uma terra." (KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.166). "Viver por conta própria era uma idéia tão absurda quanto fixar residência." (SAGAN, Carl. **Pálido ponto azul**: uma visão do futuro da humanidade no espaço. Tradução de: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p.13).

enquanto isso era possível.³⁷³ Quando o homem começa a apropriar-se de objetos e de armas, de presas e de bens em geral, iniciam-se também as ambições e os conflitos que lhes são peculiares.³⁷⁴

2.7.2 Mulher

Com o passar do tempo, houve a descoberta da vantagem de especializar-se em alguma tarefa: elaborar cestos, utensílios domésticos, ou então caçar e pescar, ou participar de guerras. Esta divisão de ofícios criará estratos sociais divididos em classes, e estas classes lutarão entre si.³⁷⁵

Com efeito, como as mulheres tinham habilidade para cuidar dos filhos e, freqüentemente, estavam esperando bebês, acabavam cuidando das tarefas caseiras.³⁷⁶ O instinto maternal preponderava,³⁷⁷ mas faria a diferença no futuro.³⁷⁸ Talvez, a competência única da mulher para a sobrevivência da espécie, alimentando e protegendo as crianças, tenha sido geradora de uma divisão de atividades.³⁷⁹ Os homens partiam para as guerras e conquistas, e, futuramente, para tratar dos negócios.

³⁷³BEVILAQUA, op. cit., p.142.

³⁷⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.4. p.64.

³⁷⁵BEVILAQUA, op. cit., p.134 e 135.

³⁷⁶SCHMIDT, op. cit., p.71.

³⁷⁷LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991. p.16. "Tudo leva a crer que o afastamento do homem à procura da caça e a conseqüente permanência da mulher junto ao grupo (ou tribo) ocorreu da forma mais espontânea possível. Tudo indica que a mulher, envolvida com a procriação e todas as deficiências físicas decorrentes de partos simultâneos, não se encontrasse em condições favoráveis a longas e extenuantes caçadas." (LEITE, op. cit., p.17).

³⁷⁸"Aqui não nos encontramos mais no terreno das hipóteses, porém, diante de realidades inegáveis. A divisão das tarefas entre homens e mulheres é dado importantíssimo que, de certa forma, vai acompanhar irremediavelmente a história da humanidade até o século XX." (LEITE, op. cit., p.16).

³⁷⁹MARTÍNEZ, Soares. **Filosofia do direito**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1995. p.44.

Logo, os homens passaram com o tempo a concentrar cada vez mais poder. Isto gerou um dos primeiros e mais importantes estigmas: a inferioridade feminina. Portanto, não existiu *a priori* uma 'superioridade masculina', mas sim um processo cultural – de repetição – que se desenvolveu em razão de circunstâncias ou particularidades aleatórias.³⁸⁰ Logo, abordar o gênero feminino, implica a necessidade inseparável de apontar as diferenças sociais e jurídicas de tratamento enfrentadas pelas mulheres, bem como os motivos que levaram a tais diferenças a nascerem e persistirem.³⁸¹ Finalmente, importa descobrir os sistemas de linguagem e representação simbólica de processos inconscientes que decidem os tratamentos diferenciados.³⁸²

Em verdade, em um determinado momento histórico, a mulher passou a ter várias 'polícias' para vigiar-lhe a conduta, desde o pai de família (*pater familiae*) subordinando-a culturalmente, ou o poder do conhecimento que lhe foi cerceado ou, por derradeiro, a vigilância do poder punitivo que lhe policiava dos 'perigos reivindicatórios'.³⁸³ Daí, para a polícia do Estado atuar de forma discriminatória diante da mulher – que representa praticamente a metade da população mundial – foi um corolário explicável em decorrência de tradições que se estabeleceram e que formularam regras sociais estigmatizadoras.

³⁸⁰"Os elementos até aqui arrolados nos levam a concluir que a situação de desigualdade sexual não foi imposta pela supremacia masculina, nem, tampouco, que decorreu de uma omissão feminina. Foi fruto, sim, de uma mera circunstância, que, a força de se repetir, acabou se transformando num costume, aceito sem qualquer contestação: ao homem cabe a subsistência da família; à mulher, os cuidados com a prole." (LEITE, op. cit., p.18).

³⁸¹"El concepto de género permitió registrar las formas en que las mujeres y los varones son percibidos por un entorno estructurado por la diferencia sexual, y ha promovido el estudio de las formas de control social ejercidas sobre las mujeres." Tradução livre: "O conceito de gênero permitiu registrar as formas em que as mulheres e os homens são percebidos por um meio ambiente estruturado pela diferença sexual, e foi promovido o estudo das formas de controle social exercidas sobre as mulheres." (BIRGIN, Haydée. Prólogo. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal**. Buenos Aires: Biblos, 2000. p.11).

³⁸²BIRGIN, op. cit., p.11.

³⁸³ZAFFARONI, El discurso..., op. cit., p.20 e 21.

Assim, se o poder patriarcal controla informalmente as mulheres, as crianças e os idosos e o poder punitivo se ocupa preferencialmente de controlar os homens jovens e adultos,³⁸⁴ parece que a real criminalidade feminina é 'esquecida' ou deixada de lado ou interpretada com meta-regras pela polícia, que leva em conta o estigma da mulher. Seguindo uma racionalidade parecida e baseada no mesmo estigma feminino, a mulher tem sido 'esquecida' pelos representantes do poder público no momento em que mais precisa deles: quando é vítima de delitos que, além de afetarem a sua integridade física e moral, fortalecem a redução do seu valor na sociedade.

2.7.3 Pobre

Há mais ou menos dez mil anos, na região da Mesopotâmia, os nômades derrubaram sementes na terra e perceberam que poderiam colher os seus frutos. Passaram então a permanecer naquelas redondezas e finalmente fixaram-se nas terras.³⁸⁵ O homem tornava-se sedentário.³⁸⁶ Algumas obras de construção de canais de irrigação e estradas, por exemplo, eram realizadas em conjunto, e, as tarefas continuavam sendo divididas: alguns especializaram-se em orientar as atividades e realizar um labor mais intelectual e diferenciado. Também aqui houve um privilégio criado: estas funções passaram a trazer algumas vantagens a estes orientadores que se destacavam dos trabalhadores que só precisavam usar os

³⁸⁴ZAFFARONI, El discurso..., op. cit., p.25.

³⁸⁵A região que se estende desde o extremo norte do Golfo Pérsico até o vale do rio Nilo denomina-se 'Crescente Fértil' e era local apropriado para a fixação do homem, pois "...o trigo e a cevada, carneiros e cabras já se encontravam lá em estado selvagem. Quando grupos humanos começaram a se estabelecer nessa região, podiam plantar mais do que era necessário." (MARTELL, op. cit., p.17).

³⁸⁶"A noção de sedentariedade, fixando grupos em caráter permanente em determinados lugares, é decorrência direta destes dois fatores: a agricultura e a fundição do ferro." (LEITE, op. cit., p.21).

braços.³⁸⁷ A cada geração, as atividades intelectuais eram transferidas de pai para filho. Esse fator, somado com as pragas, enchentes e secas que ocorriam para uns, mas não para outros, começou a criar ricos – agora proprietários³⁸⁸ – e pobres. Note-se que o aspecto decisivo aqui é a força da natureza e não a preguiça ou a falta de capacidade etc.³⁸⁹ Assim, inicia-se outro estigma: o pobre. Daí, um bom argumento para manter o pobre trabalhando sem reclamar, com serviço barato e com altos tributos pagos aos ricos era a satisfação aos 'deuses'. Um critério místico inicialmente bastava para o controle da situação.³⁹⁰ As pessoas podiam reclamar da fome ou das condições de trabalho demasiado árduas, mas era um 'descontentamento ingênuo', pois, quando se chegava ao 'ponto crucial', não se discutia sobre a legitimidade do Rei ou do Faraó ou equivalente,³⁹¹ porque o argumento místico que estes utilizavam não é simples de ser avaliado e contestado

³⁸⁷SCHMIDT, op. cit., p.55 e segs. "O homem comum escraviza-se à medida que a civilização progredia; os cabeças, os chefes e os líderes cresceram em poder e autoridade, e o homem comum não os acompanhou, nessa mudança; foi mergulhando, sem o sentir, imperceptivelmente, em uma tradição de dependência e subordinação crescentes." (WELLS, op. cit., p.355).

³⁸⁸"Com a extensão e complexidade progressivas do govêrno, o número de *casas* se multiplicava. Subordinadas à casa do rei, cresciam as casas dos grandes ministros e funcionários; o templo expandia-se nas próprias casas dos seus funcionários; não é difícil compreender como as construções e a terra iam tornando, naturalmente, a propriedade dos ocupantes, alienando-se com o andar do tempo definitivamente do originário deus-proprietário. Os impérios mais primitivos do Egito e da China passaram ambos por um estágio feudal, em que famílias, originariamente oficiais, se tornaram, por certo tempo, famílias nobres independentes e, como tais, grandes proprietárias.

Nas últimas fases da civilização da Babilônia, encontramos uma crescente classe de proprietários na estrutura social, que não eram nem escravos, nem camponeses, nem sacerdotes, nem funcionários, mas viúvas e descendentes dessa gente, ou prósperos comerciantes e mercadores – todos, gente *sem senhor*." (WELLS, op. cit., p.358-359). Para Clovis Bevilacqua o direito da propriedade imóvel "...se foi perpetuando com a introdução da agricultura, até especializar-se para cada família e depois para cada indivíduo. A propriedade móvel se definiu mais cedo, mas em contrário, era mais sujeita a se espoliada." (BEVILAQUA, op. cit., p.142. Ortografia atualizada).

³⁸⁹SCHMIDT, op. cit., p.65.

³⁹⁰WELLS, op. cit., p.354-355.

³⁹¹WELLS, op. cit., p.354-356.

de forma racional. Então, para serem obtidas coisas indevidas ou ilegítimas falava-se a palavra da 'magia'.³⁹²

2.7.4 Raça Não Predominante

As tribos que perdiam suas colheitas ou passavam fome³⁹³ precisavam reagir para sobreviver e, em estado de necessidade, atacavam outros povoados para apanhar víveres. Aqueles que perdiam as batalhas resistiam até morrer ou se tornar escravos. Com o passar do tempo, até endividar-se poderia representar um perigo de escravidão. Os reis e comandantes militares absorviam mais a mão-de-obra escrava³⁹⁴ enriquecendo-lhes ainda mais e tornando o escravo cada vez mais, uma 'coisa'. Outra forma de submissão similar era o exercício de atividades então consideradas inferiores, como os ofícios.³⁹⁵ Esta escravidão foi então responsável por estabelecer uma diferença econômica e estigmatizar as raças das pessoas que por quaisquer eventualidades eram tornadas escravas ou submissas, criando-se, então, o racismo.³⁹⁶

³⁹²"Se temos o nome ou a fórmula de encantamento que lhe diz respeito, pode-se controlar o espírito, gênio, entidade ou qualquer que seja o poder. Salomão sabia os nomes de todos os espíritos, e, tendo os seus nomes, mantinha-os sujeitos à sua vontade." (JAMES, William. **Pragmatismo**: cartas, conferências e outros escritos. Tradução de: Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1989. p.20).

³⁹³"Às vezes, a população de uma região aumentava tanto que os alimentos não eram suficientes para todos. Em outros casos, um desastre natural, enchente ou seca, por exemplo, tornava impossível a permanência numa determinada área." (MARTELL, op. cit., p.14).

³⁹⁴WELLS, op. cit., p.356-358.

³⁹⁵WELLS, op. cit., p.358.

³⁹⁶Javier de Lucas divide o racismo em três espécies: 1.^a) o racismo 'adicional', "...esto es el que se produce como conjunción de las primeras manifestaciones del factor de 'alarma social' anteriormente aludido y el mecanismo de identificación física (la lectura más sencilla del factor racial) de diferencia." 2.^a) o denominado "...racismo 'concurrente' o de 'competencia', que tiene como motor 'la defensa del control simbólico y material sobre el territorio y las fuentes de riqueza...' e 3.^a) "...el racismo 'cultural' o 'etnocentrismo' (Manconi), que también podemos calificar como 'diferencial' (Balbo, Serri): se trata de un mecanismo de afirmación de la superioridad de la propia cultura,

Donde se depreende que as primeiras guerras e – quem sabe – os 'crimes' eram decorrentes da necessidade de sobrevivência e não da maldade humana.³⁹⁷ O futuro carregará sobremaneira esta carga da prática do crime pela necessidade: na Revolução Burguesa de 1789 as pessoas furtavam por causa da fome³⁹⁸ e na Revolução Comunista de 1917 também,³⁹⁹ mas nos dois casos os famintos eram mortos pelos revolucionários. A carência veio antes das ideologias... Razão assistia ao revolucionário Jean-Paul Marat, para quem o homem que praticasse um atentado contra o seu semelhante era como um lobo que ataca uma ovelha e deixa transparecer o seu instinto para saciar as necessidades.⁴⁰⁰ O fato é que os estigmas mais fortes estavam consolidados e marcavam com um sinal tão profundo a humanidade que até hoje subsistem: a inferioridade no tratamento da mulher, dos desfavorecidos economicamente e de povos e raças que não predominavam no poder e, finalmente, o estigma religioso. O conhecimento da origem do acaso destes

tradición, estilo de vida, con el correlativo rechazo del ajeno." Tradução livre: "...isto é o que se produz como conjunção das primeiras manifestações do fator de alarme 'social' anteriormente aludido e o mecanismo de identificação física (a leitura mais simples do fator racial) de diferença. (...) racismo 'concorrente' ou de 'competência', que tem como motor 'a defesa do controle simbólico e material sobre o território e as fontes de riqueza (...) o racismo 'cultural' ou 'etnocentrismo' (Manconi), que também podemos qualificar como 'diferencial' (Balbo, Serri): trata-se de um mecanismo de afirmação da superioridade da própria cultura, tradição, estilo de vida, como o correlativo rechaço do alheio." (LUCAS, Javier de. **Europa: convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías.** Reimpressão. Madrid: Tecnos, 1994. p.42).

³⁹⁷SCHMIDT, op. cit., p.57 e segs.

³⁹⁸"Em 1789, a revolta dos camponeses foi provocada pelas más colheitas, pelo desemprego e fome. Condenados a viver sem trabalhar, perambulavam por estradas e campos, em grandes levadas, e ao longo dos caminhos esmolavam ou roubavam para comer..." OSTERMANN, N. W.; KUNZE, I. C. **Às armas, cidadãos! A França Revolucionária (1789-1799).** 2.ed. São Paulo: Atual, 1995. p.42-43. Neste sentido também COQUARD, Olivier. **Marat: o amigo do povo.** Tradução de: C.H. Silva. São Paulo: Scritta, 1996. p.195, 200-201. HOBBSAWM, Eric J. **A Revolução Francesa.** Tradução de: Maria Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p.16-31.

³⁹⁹GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel: as concepções de estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci.** 16.ed. Tradução de: Dario Canali. Porto Alegre: L&PM, 2001. p.79.

⁴⁰⁰Apud COQUARD, op. cit., p.200.

preconceitos possibilita uma nova maneira de tratá-los e combatê-los.⁴⁰¹ Mas note-se que os traços dos estigmas não permaneceram só externamente ou objetivamente pois incrustaram-se no subconsciente das pessoas, isto é, mesmo que superados nas legislações mais avançadas, os estigmas influenciam subjetivamente a todos: são meta-regras que impedem um tratamento igualitário da lei. Os estigmas, por vezes, estão explícitos nas leis, outras vezes ocultos nos costumes ou nas tradições, mas o estudo das primeiras civilizações até os tempos atuais demonstrará a manutenção da tríade estigmatizada: mulher, pobre e raça não predominante (e, conforme será visto adiante, o estigma da religião). A estes sobrarão a perseguição violenta pela prática de delitos, ou então o subemprego. Às vezes ambos. Punidos e mal pagos.⁴⁰²

2.8 O PRENÚNCIO DOS ESTIGMAS NO DIREITO: VINGANÇA PRIVADA E VINGANÇA DIVINA

As primeiras comunidades organizadas não faziam distinção entre Direito, Moral, religião⁴⁰³ e, por conseguinte, não havia investigação policial, processo penal e

⁴⁰¹"Lembra-te de que dentro de ti mesmo se esconde o que te move, ou seja, o cordel do fantoche. Aí está a voz que persuade, aí está a vida, aí está, verdadeiramente, o homem. Não o confundas jamais com o invólucro que o embrulha nem com os órgãos de que se serve. Os órgãos são como instrumentos, com a característica própria de terem sido dados pela natureza. Certamente, separados do princípio que os anima, tornam-se tão inúteis como a lançadeira sem a tecelã, o lápis sem o escritor, o chicote sem o cocheiro." (AURÉLIO, op. cit., p.106).

⁴⁰²A expressão é de Nilo Batista, para quem a punição "...se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupros, etc.). Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem bem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjam rápido emprego e desfrutam do salário mínimo (punidos ou mal pagos). Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir o salário, porque a polícia prende e arrebenta (punidos e mal pagos)." (BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p.38-39).

⁴⁰³BRUNO, A. **Direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.67-68. "Podemos pois assinalar a pena como um fato histórico primitivo, e não erraremos, se virmos justamente no direito penal a primeira e a mais velha camada da história da evolução do direito, e considerarmos o injusto como alavanca tanto do direito como da moral." (VON LISZT, op. cit., p.5. Adaptado à nova ortografia).

direito penal no sentido que conhecemos hoje. Sem polícia, juiz, ou legislador.⁴⁰⁴ A especialização dos grupos era primária, assim como primitiva era a compreensão de comportamentos estranhos à rotina diária. Dependendo da natureza do crime, a resposta pode ser desigual, ou então procede-se a um ressarcimento.⁴⁰⁵ A idéia de crime⁴⁰⁶ é indefinida e também será incerto o responsável, isto é, sem critérios prévios,⁴⁰⁷ qualquer um pode ter que pagar, ainda que seja inocente. O castigo pode voltar-se, inclusive, para animais e coisas, ou para parentes e amigos do suspeito, sem que se encontre uma explicação racional para tanto.⁴⁰⁸ Entretanto, o estudo do sistema punitivo demonstrará o grau de sofisticação de cada povo para: a) conceituar o delito (direito penal); b) apurar a responsabilidade e punir (investigação policial e processo penal). As histórias do Direito Penal, da investigação policial e do processo penal confundem-se, isto é, evoluem com a humanidade numa tendência de especialização, separação⁴⁰⁹ e aprimoramento,⁴¹⁰ mas nem sempre num processo

⁴⁰⁴LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Tradução de: Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978. p.37.

⁴⁰⁵BRUNO, op. cit., p.69.

⁴⁰⁶"**CRIME** é uma palavra especial para a Ciência Penal. **CRIME**: apenas cinco letras e as mais importantes e decisivas para a compreensão deste ramo do Direito Público.

Tentar entender o Direito Penal sem saber o que é crime, seria o mesmo que dissertar sobre o mar, desconhecendo a existência da água..." (BACILA, Carlos Roberto. **Síntese de direito penal**. 3.ed. Curitiba: JM, 2001. p.7).

⁴⁰⁷"A pena, em sua origem remota, era apenas a vingança contra a agressão sofrida, geralmente desproporcional com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça." (MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. Bauru: Edipro, 2001. p.33-34).

⁴⁰⁸DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2.ed. Tradução de: Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p.44.

⁴⁰⁹MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. Tradução de: Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. p.57.

⁴¹⁰Mas a ligação dos institutos é inquebrantável e necessária até os dias de hoje. "O processo penal sugere a idéia da pena e esta, a idéia do delito. Por isso o processo penal corresponde ao direito penal, assim como o processo civil corresponde ao direito civil. Mais concretamente, o processo penal se faz para castigar os delitos, inclusive para castigar os crimes." (CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2.ed. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001. p.17).

linear, plano.⁴¹¹ A falta de seguimento homogêneo destas punições evidencia-se com a prevalência, por mais tempo, da vingança privada para os germânicos e da vingança divina para os povos orientais, ou de uma transposição mais rápida de fases como aconteceu com os romanos.⁴¹² A aplicação da pena demonstra o grau de desenvolvimento do Direito Penal e Processual de cada povo. Regra geral, a sanção penal avança de um regime de vingança privada⁴¹³ para vingança divina, pública e período humanitário.⁴¹⁴

⁴¹¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1995. p.319.

⁴¹²BRUNO, op. cit., p.74.

⁴¹³"Fala-se comumente da vingança privada como uma forma de reação que se tenha manifestado desde as origens, nos grupos mais primitivos." (BRUNO, op. cit., p.70). Neste sentido: FRAGOSO, op. cit., p.26. Sebastián Soler desconfia da afirmação de que a vingança privada foi a forma precursora de reagir contra o crime, pois pareceria "...arriesgada la afirmación de que la venganza individual y privada represente el origen de la actividad represiva. De ella puede decirse que es una forma de pena, pero no parece que pueda elevarse hasta considerarla el origen mismo de la actividad represiva." Tradução livre: "...arriscada a afirmação de que a vingança individual e privada represente a origem da atividade repressiva. Dela pode dizer-se que é uma forma de pena, porém não parece que possa elevar-se-lhe até considerá-la a origem mesmo da atividade repressiva." (SOLER, S. **Derecho penal argentino**. 5.ed. 11. reimp. Buenos Aires: Tea, 1999. p.62). Mas a razão parece estar com os autores que entendem no sentido de que a vingança privada foi a primeira forma de punição pois, até mesmo a intuição indica que a resposta individual iniciou primitivamente a racionalidade da punição, isto é, antes mesmo de organizar-se, o indivíduo reage sozinho. Veja-se, ainda sobre o assunto, as notas seguintes.

⁴¹⁴NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.20. São diversas as classificações da evolução da pena ou do Direito Punitivo: "...perda da paz, ou vingança indeterminada, vingança limitada pelo talião, composição voluntária, composição legal, pena pública,..." (BRUNO, op. cit., p.74); "*Más tarde la pena pasa de privada a pública, lo que supone un marcado progreso social y un avance en el ámbito de nuestra disciplina;...*" Tradução livre: "Mais tarde a pena passa de privada a pública, o que supõe um marcado progresso social e um avance no âmbito de nossa disciplina;..." (BALESTRA, Carlos Fontán. **Tratado de derecho penal**. 2.ed., 4.reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p.95).

O período de vingança privada⁴¹⁵ desenvolve-se da vingança individual para a coletiva. Caracteriza-se pela desproporção⁴¹⁶ entre a conduta que corresponde a um mal naquela coletividade primitiva e a resposta a este mal que pode consistir desde a simples restituição do objeto subtraído até a expulsão da tribo (o que fatalmente levaria à morte em razão das intempéries da natureza – ataques de animais, mal tempo, agressões de outras tribos) até a morte do imputado ou de sua família, ou clã ou tribo.⁴¹⁷ O fato é que a 'mácula' do crime deveria ser apagada, custasse o que custasse. Contudo, além do problema da sanção desproporcional, havia a dúvida quanto à certeza do culpado. Punir é destruir simbolicamente o crime, pague por isso o autor do delito ou um inocente, o importante é acalmar o rumor do grupo.⁴¹⁸ Isto é, não há qualquer critério probatório. Basta a suspeita, a reação estranha daquele que é observado, ou a imputação arbitrária do líder. O que importa é 'achar um culpado' para satisfazer a ira do grupo. Curioso que este 'método' aparece muitas vezes nos dias atuais sob a forma de investigações precipitadas que somente serão desmascaradas tarde demais, quando o suspeito já pagou o que não devia, não raro com a própria vida.

⁴¹⁵"O Sentimento inato da *vingança privada* foi elevado, nas sociedades primitivas, de sua natureza de desejo à altura de um direito: direito exigível, direito hereditário, direito resgatável ao arbítrio do ofendido, direito que por vários séculos foi considerado como *exclusivo do ofendido* e de sua família. Tal é a origem *histórica*, ou seja, o processo histórico, da penalidade. Vemo-lo nos livros de Moisés, em Homero; e os viajantes a reencontraram na Ásia, na África e nos povos do novo mundo." (CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. Tradução de: José Luiz V. de Franceschini e J. R. Prestes Barba. São Paulo: Saraiva, 1957. v.2. p.47).

⁴¹⁶MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.35. TELES, Ney Moura. **Direito penal**. São Paulo: LED, 1996. p.50.

⁴¹⁷BRUNO, op. cit., p.70-71.

⁴¹⁸"A punição do homem é a destruição simbólica do crime. E tal exigência é tão imperiosa que, desconhecido o verdadeiro agente, vai, muitas vezes, o ato punitivo incidir sobre qualquer outro, a quem seja atribuído o fato pela própria vítima ou seus parentes, ou por processo de natureza mágica. É a responsabilidade flutuante, em busca de um responsável para a pena, que libertará o clã da impureza com que o crime o contaminou." (BRUNO, op. cit., p.69).

A vingança divina⁴¹⁹ tem origem mágica e religiosa e refere-se às diversas proibições ou *tabus* ou *tapus*.⁴²⁰ Vivia-se no ambiente mágico (*vedas*) e sob o domínio das forças dos deuses (*totem*)⁴²¹ atribuídas aos fenômenos desconhecidos da natureza (raios, enchentes, pragas, fogo). As divindades garantem a paz e o requisito da vingança é a lei divina.⁴²² Também se encontra aqui a idéia precursora do "tabelamento de provas": qual seria o critério sob o influxo das forças místicas? Mais tarde isso se torna claro com as ordálias do direito germânico, que prescrevia com tanta intensidade os 'julgamentos divinos' que autores especializados apontam, de maneira equivocada, os bárbaros como os povos que principiam o sistema de prova legal fazendo valer a intervenção da divindade para quem estivesse com a razão.⁴²³ Mas a tendência irresistível de evolução do direito é no sentido de conscientização e de racionalidade⁴²⁴ e do maior poder de análise das conseqüências advindas do castigo desmedido ao ser

⁴¹⁹"Depois, civilizando-se os homens por obra da religião, assumiu esta a direção universal de seus sentimentos. Daí a idéia de que os sacerdotes deviam ser os *reguladores* da vingança privada. Por isso, uma vez introduzida na penalidade a concepção religiosa, e levados os juízos à forma teocrática ou semiteocrática, o conceito da *vingança divina* se foi substituindo ao da vingança *privada*. Tal pensamento, em seu nascedouro foi utilíssimo e civilizador, porque aquêles homens, ferozes na sua altivez, e que consideravam como direito próprio a vingança, não se teriam submetido a resignar o suposto direito nas mãos de outros sêres, a êles semelhantes. Foi fácil, ao invés, persuadi-los à abnegação de tal sentimento, insinuando-lhes que a sua satisfação era um direito exclusivo de Deus." (CARRARA, op. cit., p.47-48).

⁴²⁰ASÚA, Luis Jiménez. **Tratado de derecho penal**. 4.ed. Buenos Aires: Losada, 1964. p.241. Neste sentido: PIMENTEL, op. cit., p.118 e 119.

⁴²¹MIRABETE, **Manual...**, op. cit., p.35.

⁴²²Como "...a paz está sob a protecção dos deuses, a vingança tem o seu fundamento no preceito divino." (VON LISZT, op. cit., p.7). "A pena é, assim, expiação religiosa." (FRAGOSO, op. cit., p.26). "A infração totêmica ou a desobediência do tabu levou a coletividade à punição do infrator para desagrar a entidade, gerando-se assim o que, modernamente, são denominados crime e pena." (MAGGIO, **Infanticídio**, op. cit., p.33).

⁴²³CAMARGO ARANHA, J. Q. T. **Da prova no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p.52. Na verdade, os gregos já adotavam esse sistema, conforme será visto adiante.

⁴²⁴RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6.ed. Tradução de: L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p.193.

humano.⁴²⁵ É por isso que se passa a pensar uma nova resposta ao crime. Tanto a vingança privada quanto a vingança divina mostraram-se insatisfatórias formas de resposta ao crime, pois podem gerar a guerra entre as famílias, clãs e tribos e causar a extinção de toda a comunidade com a luta entre os grupos antagônicos. Era preciso encontrar um meio mais equilibrado, isto é, um modo de lidar com o crime que 'acomodasse' a sociedade. Esta idéia de acomodar a sociedade parece ser mais importante do que a própria apuração do delito e punição. A solução da época veio com a vingança pública.

2.9 VINGANÇA PÚBLICA E INCREMENTO DOS ESTIGMAS

2.9.1 Primeiros Povos Sedentários: Mesopotâmicos

Com a ocupação da Mesopotâmia pelos primeiros povos sedentários, os sumérios,⁴²⁶ eles criam a escrita em aproximadamente 2000 a.C.,⁴²⁷ facilitando os registros históricos e, em especial, as primeiras codificações de que se tem

⁴²⁵"Com o desenvolvimento da civilização, adquiriram os povos, entretanto, a idéia do *Estado*; e, personificada por essa forma a sociedade civil, sôbre esta nova idéia basearam as ordenações governativas, depurando-as, pouco a pouco, de qualquer mistura teocrática. Então, à nova idéia adaptaram o velho pensamento da *vingança* nas penas. Não mais foi o *delito* considerado como ofensa ao *particular* ou à *divindade*, mas como ofensa à *sociedade* inteira. A pena não mais foi tida como vingança *privada*, ou como vingança *divina*, mas como vingança da *sociedade ofendida*." (CARRARA, op. cit., p.48).

⁴²⁶"Foram os sumerianos o primeiro povo que, nessa parte do mundo, ou, talvez, em todo o mundo, construiu cidades e fundou uma civilização." (WELLS, op. cit., p.253).

⁴²⁷BARBEIRO, Heródoto. **Curso de história geral**. São Paulo: Harper & Row do Brasil, 1984. p.31. John Gilissen esclarece que é preciso "...distinguir a pré-história do direito e a história do direito, distinção que repousa no conhecimento ou não da escrita." A 'pré-história' "...escapa quase inteiramente ao nosso conhecimento..." Reconhece o autor que, "...no momento em que os povos entram na história, a maior parte das instituições civis existem já, nomeadamente o casamento, o poder paternal e ou maternal sobre os filhos, a propriedade (pelo menos mobiliária), a sucessão, a doação, diversos contratos tais como a troca e o empréstimo. Do mesmo modo, no domínio daquilo a que hoje chamamos direito público, uma organização relativamente desenvolvida dos grupos sociopolíticos existe já em numerosos povos sem escrita." (GILISSEN, op. cit., p.31). É por isso que no presente trabalho procurou-se voltar ainda mais no tempo, porque os estigmas surgem antes da escrita.

conhecimento⁴²⁸ dos povos entre os rios Tigre e Eufrates.⁴²⁹ Esta anotação é importante pois marca o início da denominada 'vingança pública'.⁴³⁰ *Anu*, o deus do céu que promulgava decretos e representava a autoridade cósmica, e *Enlil*, o deus da tempestade que refletia a necessidade de coerção e de força para os desobedientes, eram reverenciados pelos mesopotâmicos;⁴³¹ mas mister se fazia um critério proporcional de pena, e o grande símbolo,⁴³² embora não fosse o pioneiro, é, sem dúvida, o Código do Rei Hamurabi, da Babilônia, datado de aproximadamente 1950 a.C.⁴³³

⁴²⁸O Código de Ur-Namur seria o mais antigo, datado de 2040 a.C., conforme registra João Gualberto Garcez Ramos. (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.60), informação que confere com as citações de rodapé de Walter Vieira do Nascimento, citando como fonte Samuel Noah Kramer: "De datas anteriores, podem ser seguramente mencionados pelo menos outros três estatutos, a saber: a) o Código de Lipit-Istar, de 1900, vigente na Suméria; b) o Código de Bilalama, de 1770, vigente na Babilônia; c) o Código de Ur-Namu, de 2050, portanto, o mais antigo de que se tem notícia até agora, vigente na Suméria (cf. Samuel Noah Kramer, *La historia empieza en sumer*, p.101 e segs.). Tem-se ainda notícia de um outro, o Código de Eshnunna, que teria aparecido entre 1825 e 1787 a.C. Eshnunna era o nome de uma das muitas cidades-reinos que se formaram após a quebra de unidade do império sumeriano, na Mesopotâmia, em fins do século XXI a.C. (cf. Emanuel Bonzon, *As Leis de Eshnunna*, p.15 e segs.)." (NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p.26-27).

⁴²⁹Equivalente ao Iraque.

⁴³⁰Conforme se viu, a resposta desmedida para a prática do *crimen* representava ameaça para a própria existência do grupo social. A vingança não se restringia ao suspeito, mas atingia a família, o clã, a tribo... e a organização comunitária daquela época necessitava de algo mais equilibrado.

⁴³¹LLOYD, op. cit., p.15.

⁴³²LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito**. Tradução de: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.56-57.

⁴³³SOLER, op. cit., p.69. Os autores não entram num consenso quanto à data do Código de Hamurabi. Para Luis Jiménez de Asúa: 2250 a.C. (ASÚA, op. cit., p.270). Neste sentido (2.250 a.C.): PIMENTEL, op. cit., p.124. Eugenio Raúl Zaffaroni refere-se à mais importante legislação penal, que teria sido inaugurada no período compreendido entre 2285 e 2242 a.C. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1981. p.325). João José Leal, embora concorde com a importância da legislação, menciona data de 1680 a. C. (LEAL, João José. **Curso de direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.45). João Gualberto Garcez Ramos, em nota de rodapé, menciona data de 1694 a.C. (RAMOS, op. cit., p.60). Walter Vieira do Nascimento menciona, em nota de rodapé, a data de 1750 a.C. para o Código de Hamurabi (NASCIMENTO, op. cit., p.26); Aníbal Bruno menciona 2083 a.C. (BRUNO, op. cit., p.75); ou 1728-1686 a.C. (GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao direito romano**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991. p.230); ou 1700 a.C. (ELBERT, op. cit., p.40); etc.

2.9.2 Talião Material e Imaterial

O talião poderia ter consistido na grande evolução da antigüidade em termos de aplicação de uma pena justa e proporcional e, num certo sentido, foi considerado um passo adiante dos costumes vingativos mais primários.⁴³⁴ Mas a primeira legislação da qual se conhece o teor na íntegra, falhará nos propósitos de 'justiça' e de 'proporcionalidade' para todos, pois para os estigmatizados, encontrar-se-ão os rigores da lei.

Com efeito, o Código de Hamurabi traz o talião material, como é o caso do artigo 196: "Se um homem destruiu um olho de outro homem, destruirão o seu olho." E artigo 197: "Se quebrou o osso de um homem, quebrarão o seu osso." Acontece que se a vítima fosse um 'homem' estigmatizado, o talião material não era empregado contra o autor do delito: "Art. 198. Se destruiu o olho de um homem vulgar ou quebrou seu osso, pesará uma mina de prata." "Art. 199. Se destruiu o olho do escravo de um homem ou quebrou o osso do escravo, pesará a metade de seu preço. Nos artigos 200 e 201 volta-se a salientar que as punições são diferentes para estigmatizados e para 'normais': "Art. 200. Se um homem arrancou um dente de um outro homem livre igual a ele, arrancarão o seu dente. Art. 201. Se ele arrancou o dente de um homem vulgar pagará um terço de uma mina de prata".⁴³⁵ Mas também é previsto o talião simbólico ou imaterial: "Art. 6.º Se um homem roubou bens de deus ou do palácio, deverá ser morto juntamente com aquele que recebeu o objeto roubado."

⁴³⁴PIMENTEL, op. cit., p.121.

⁴³⁵Os artigos a seguir transcritos também possibilitam a idéia da estigmatização que se fazia na legislação que adota o 'talião' para uns e não o faz para outros: "Art. 202. Se um homem agrediu a face de um outro homem que lhe é superior, será golpeado sessenta vezes diante da assembléia com um chicote de couro de boi. Art. 203. Se o filho de um homem agrediu a face de outro filho de homem, que é igual a ele, pesará uma mina de prata. Art. 204. Se um homem vulgar agrediu a face de outro que lhe é igual, pesará dez siclos de prata."

2.9.3 Composição

A composição igualmente tem ampla previsão na legislação da Babilônia, junto com os privilégios da classe mais favorecida economicamente; o artigo oitavo é bastante esclarecedor: "Se um homem roubou um boi ou uma ovelha ou um asno ou um porco ou uma barca, se é de um deus ou do palácio deverá pagar até trinta vezes mais; se for de outra pessoa, restituirá até dez vezes mais. Se o ladrão não tem com que restituir, será morto."

O estigmatizado pobre encontra aqui, então, uma das primeiras opressões efetuadas pela força pública constituída. Quem mais pode precisar furtar uma ovelha do que aquele que tem fome e conta com escassas condições de sobrevivência? E neste caso a pena será a de morte. Porém, para a classe não estigmatizada, é suficiente pagar uma multa.⁴³⁶

Veja-se outro exemplo de punição 'exemplar' de crime contra o patrimônio: "Art. 22. Se um homem cometeu um assalto e foi preso, deverá ser morto." Este dispositivo merece ser mencionado porque é seguido de outro preceito que demonstra o grau de preocupação de manutenção do patrimônio da classe que domina o poder e, conseqüentemente, domina a elaboração das leis: "Art. 23. Se o assaltante não foi preso, o assaltado declarará diante de deus todos os objetos

⁴³⁶Quanto ao critério de prova, havia destaque no Código babilônio, que é inaugurado com previsão de pena capital para aquele que não comprovar determinadas acusações:

"Art. 1.º Se um homem acusou outro homem e lançou sobre ele suspeita de morte, mas não pode comprovar, seu acusador será morto."

E:

"Art. 127. Se um homem estendeu o dedo contra uma sacerdotisa ou contra a esposa de um outro e não comprovou, arrastá-lo-ão diante do juiz e raspar-lhe-ão a metade do seu cabelo." Os 'juízos de deus' são claramente empregados: "Art. 2.º Se um homem lançou contra outro homem uma acusação de feitiçaria, mas não pôde comprovar, aquele contra quem foi lançada a acusação será mergulhado no rio. Se o rio o dominar, seu acusador tomará para si a sua casa. Se rio purificar e ele sair ileso, aquele que lançou a acusação de feitiçaria será morto e o que mergulhou no rio tomará para si a casa de seu acusador." Destarte, não se pode concordar com Luis Jiménez de ASÚA, quando trata do Código de Hamurabi e afirma que "...aunque atribuido al dios del Sol, no contiene preceptos sagrados o religiosos". (ASÚA, op. cit., p.270). Em verdade, o Código da Babilônia não consegue se desvincular das forças místicas religiosas.

roubados; a cidade e o governador, em cuja terra e distrito foi cometido o assalto, o compensarão por todos os objetos perdidos."

A criação de um estigma pode ocorrer repentinamente, pela prática de um fato culposo ou caso fortuito: "Art. 218. Se um médico fez uma incisão difícil com lanceta de bronze em um homem livre ou se lhe abriu a região superciliar e destruiu o olho do homem, eles cortarão a sua mão." Ou então, cria-se um outro estigma em alguém que já é estigmatizado: "Art. 205. Se um escravo de um homem agrediu a face do filho de um homem, cortarão a sua orelha."⁴³⁷ O artigo 117 demonstra a preponderância absoluta do fator econômico sobre a liberdade das pessoas, bem como o *status* da mulher naquela sociedade: "Art. 117. Se uma dívida pesa sobre um homem e ele vendeu esposa, seu filho ou sua filha ou entregou-se em serviço pela dívida: trabalharão durante três anos na casa de seu comprador ou daquele que os tem em sujeição. No quarto ano será feita a sua libertação."

2.9.4 China

A influência religiosa será marcante nas culturas do Antigo Oriente, mas o talião e a composição, de regra, serão adotados.⁴³⁸

Na China, aplicavam-se as denominadas 'cinco penas' com o emprego do talião material e o simbólico.⁴³⁹ As 'cinco penas' foram estabelecidas por Sun, um dos imperadores 'místicos', cerca de XXII a.C, tempo em que os chineses já contavam com

⁴³⁷Outro exemplo: "Art. 282. Se um escravo disse ao seu proprietário: 'Tu não és meu senhor', ele comprovará que é o seu escravo e o seu proprietário cortar-lhe-á a orelha."

⁴³⁸BRUNO, op. cit., p.74. ASÚA, op. cit., p.267. Para os caldeus a invocação dos deuses contra o maldito ocasionava graves castigos. Negar o vínculo de sangue era um delito gravíssimo. A multa já era aplicada. Os assírios eram extremamente cruéis, aplicando penas que variavam da crucificação até o lançamento às feras, mas adotavam a vingança, o talião e a multa. (ZAFFARONI, **Tratado...**, op. cit., p.325).

⁴³⁹ASÚA, op. cit., p.268.

uma legislação sistemática.⁴⁴⁰ A estigmatização daquele que sobrevive à aplicação da sanção é notável: ao ladrão, amputavam-se as pernas, porque 'ladrão' e 'fugir' eram palavras escritas de forma idêntica.⁴⁴¹ As lesões recebiam a mesma resposta do furto pois também eram punidas com a amputação de um ou dois pés, o homicídio com a morte (talião material), o estupro com castração, o estelionato com amputação do nariz e os delitos menos graves com marcas de ferro. Restaria ao estigmatizado pela possível prática do crime carregar o estigma de 'ladrão', 'estelionatário', enfim 'criminoso' pelo resto dos seus dias, ainda que aquela tenha sido uma conduta isolada e inusitada na vida da pessoa. O problema é que se o estigmatizado estivesse próximo do local de um crime 'sem solução', quem seria o principal suspeito? Mais grave ainda é o exemplo da dinastia Chou (século III a.C.), que estendia a pena aos familiares do delinqüente.⁴⁴² Outra vez, estigmatizar e ser estigmatizado é, na maioria das vezes, um critério aleatório. O que não é eventual é o sofrimento das conseqüências dos estigmas.⁴⁴³ Do tradicionalismo de Confúcio entre os séculos VI e V a.C., que sustentará o conformismo da mulher e do escravo diante do marido e do senhor, a China mudará para o legalismo iluminista dos 'legistas' e implanta na lei a alternativa pública de defesa da mulher contra o marido opressor e a defesa dos oprimidos em geral, mas culminará com o comunismo dos tempos de hoje que pretere o direito em prol do governo.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ZAFFARONI, *Tratado...*, op. cit., p.321. Os outros 'imperadores místicos' eram Yao e Yu (ZAFFARONI, *Tratado...*, op. cit., p.321).

⁴⁴¹ASÚA, op. cit., p.268.

⁴⁴²ZAFFARONI, *Tratado...*, op. cit., p.321.

⁴⁴³"A China hesitou entre direito e não-direito. Dessas duas vias, que seus eruditos esclareceram com brilho, ela escolheu a segunda, na qual parece persistir até hoje." (ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Tradução de: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.95).

⁴⁴⁴ASSIER-ANDRIEU, op. cit., p.95-97. "Na China existem, desde tempos remotos, essas massas de população de cidade, sem nenhuma propriedade quase, homens que não são nem servos nem escravos, mas presos ao seu trabalho quotidiano pela absoluta penúria econômica." (WELLS, op. cit., p.380). A China influenciará, v.g., a antiga Coréia, após esta abandonar as 'Oito Proibições de Kija'- homicídio, lesões, roubo...- (ZAFFARONI, *Tratado...*, op. cit., p.324).

2.9.5 Pérsia

Na Antiga Pérsia, antes do predomínio do islamismo – até o século VII d.C. –⁴⁴⁵ era vigente o talião, após, o entendimento de que o crime atenta contra a majestade do soberano é acompanhado de penas crudelíssimas: lapidação,⁴⁴⁶ crucificação, esquartejamento, escafismo⁴⁴⁷ e mutilações corporais que causavam estigmatização física sensível, incluindo dentre elas amputações de nariz, orelhas, mãos, pés e a cegueira causada pelo derrame do azeite quente. Até a memória dos mortos era marcada, deixando-se de sepultar os cadáveres de alguns condenados.⁴⁴⁸ A divisão dos homens era feita em razão da 'alta' ou 'baixa' origem. Os primeiros não recebiam pena corporal, mas apenas nas roupas.⁴⁴⁹ Igual sorte não tinham os segundos que, condenados por crimes, eram apedrejados (lapidação) e morriam ou viviam 'mutilados' de uma vida 'normal'.

⁴⁴⁵ZAFFARONI, **Tratado**..., op. cit., p.330.

⁴⁴⁶"Antigo suplício que consistia em apedrejar o criminoso." (SILVA, Adalberto Prado e. **Nôvo dicionário brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Melhoramentos, 1964. v.3. p.68).

⁴⁴⁷ASÚA, op. cit., p.269. Asúa cita Ladislao Thot, que descreve o escafismo: "*Ejecutábase la pena de scaffismo de modo que el condenado fuera apretado entre dos botes iguales entre sí, de manera que la cabeza, los pies y las manos se hallaban por fuera; entonces picábase los ojos y echábase miel y leche encima de la cara y de los miembros, mandando volver entonces el cuerpo hacia el sol. De inmediato el cuerpo era invadido por las moscas, que iban dilacerándolo; y los vermes derivados de los excrementos del condenado terminaban royéndole los intestinos. Esta horrible pena fue usada en Persia por mucho tiempo. El Rey Mitrídates sufrió esta pena por 17 días*". Tradução livre: "Executava-se a pena de escafismo de modo que o condenado fosse apertado entre dois botes iguais entre si, de maneira que a cabeça, os pés e as mãos se encontravam por fora; então picavam-se os olhos e derramava-se mel e leite em cima do rosto e dos membros, mandando voltar então o corpo para o sol. De imediato o corpo era invadido pelas moscas, que iam dilacerando-o; e os vermes derivados dos excrementos do condenado terminavam roendo-lhe os intestinos. Esta horrível pena foi usada na Pérsia por muito tempo. O Rei Mitrídates sofreu esta pena por 17 dias." (Apud ASÚA, op. cit., p.269).

⁴⁴⁸ZAFFARONI, **Tratado**..., op. cit., p.330. "*También conocieran el destierro, la confiscación de bienes y la infamia*." (ZAFFARONI, **Tratado**..., op. cit., p.330).

⁴⁴⁹ZAFFARONI, **Tratado**..., op. cit., p.330.

2.9.6 Índia

Na Índia, o Código de Manú (Manava-Dharma-Sastra), que remonta ao século XIII a.C. atribui o direito de castigar ao deus Brahma, que o delega ao rei.⁴⁵⁰ A legislação que já conseguia distinguir o dolo da culpa e do caso fortuito,⁴⁵¹ entretanto, pertencia a um povo rigorosamente dividido em classes sociais, baseado na crença religiosa mas que, no fim de tudo, fazia com que ricos não sofressem penas corporais e que os membros das castas superiores ficassem impunes ainda que praticassem crimes.⁴⁵² "Um Ksatriya, por ter injuriado um Brâmane, merece uma multa de cem panas; um Vaisya, uma multa de cento e cinqüenta ou de duzentos, um Sudra, uma pena corporal."⁴⁵³ O talião simbólico é aplicado aos pobres. "Por ter furtado vacas pertencentes a Brâmanes e lhes ter perfurado as ventas; enfim, por ter subtraído animais a Brâmanes, o malfeitor deve ter logo a metade do pé cortada."⁴⁵⁴ O terceiro furto era punido com pena de morte. "Que ele faça cortar dois dedos a um cortador de bolsas pelo primeiro furto; na reincidência, um pé e uma das mãos; na terceira vez, que ele o condene à morte."⁴⁵⁵ Mas quando o 'exemplo' poderia partir de 'cima', o talião não valia. "Não há no mundo maior iniquidade que o assassinato de um Brâmane; eis porque o rei não deve mesmo conceber a idéia de condenar à morte um Brâmane."⁴⁵⁶ A lei realmente é feita para os outros, e o medo da punição da classe mais elevada marca as leis hindus. "Que o rei se abstenha de matar um

⁴⁵⁰ASÚA, op. cit., p.270-271. O Siam, v.g., será influenciado pelo Código de Manú (ZAFFARONI, **Tratado...**, op. cit., p.324).

⁴⁵¹ZAFFARONI, **Tratado...**, op. cit., p.323.

⁴⁵²ZAFFARONI, **Tratado...**, op. cit., p.323.

⁴⁵³Artigo 264 do Código de Manu.

⁴⁵⁴Artigo 322 do Código de Manu.

⁴⁵⁵Artigo 693 do Código de Manu.

⁴⁵⁶Artigo 378 do Código de Manu.

Brâmane, ainda que ele tivesse cometido todos os crimes possíveis; que ele o expulse do reino, deixando-lhe todos os bens, e sem lhe fazer o menor mal."⁴⁵⁷ Contudo, alguns estigmatizados tinham alguma consideração. "Um cego, um idiota, um homem entrevado, um septuagenário e um homem que presta bons serviços às pessoas muito versadas na Escritura Santa, não devem ser submetidos por nenhum rei, a nenhum imposto."⁴⁵⁸ Mas o lugar da mulher era bastante claro. "Dia e noite, as mulheres devem ser mantidas num estado de dependência por seus protetores; e, mesmo quando elas têm demasiada inclinação pelos prazeres inocentes e legítimos, devem ser submetidas por aqueles de quem dependem à sua autoridade."⁴⁵⁹ "Que os maridos, por mais fracos que sejam, considerando que é uma lei suprema para todas as classes, tenham grande cuidado de velar pela conduta de suas mulheres."⁴⁶⁰ "O proprietário do macho que engendrou com vacas, jumentas, camelas, raparigas, escravas, búfalas, cabras e ovelhas, não tem nenhum direito à primogenitura: a mesma coisa tem lugar para as mulheres dos outros homens."⁴⁶¹

O rígido controle por castas era uma das mais explícitas estigmatizações de que se tem notícia. Não se podia mudar de casta ou casar-se com alguém de outra casta; não se podia alimentar-se na companhia de alguém de casta distinta e devia-se necessariamente obedecer aos limites estabelecidos: os *brâmanes* eram os sacerdotes ou mestres, os *catrias* ou *xátrias* os chefes guerreiros, os *banianos* ou *vaixás* os homens livres – comerciantes, pastores, proprietários de terras, os *sudras* que eram escravos ou servos e os *párias* que não pertenciam sequer às castas e

⁴⁵⁷Artigo 377 do Código de Manu.

⁴⁵⁸Artigo 391 do Código de Manu.

⁴⁵⁹Artigo 419 do Código de Manu.

⁴⁶⁰Artigo 423 do Código de Manu.

⁴⁶¹Artigo 465 do Código de Manu.

eram considerados impuros ou inexistentes.⁴⁶² Essas 'idéias' de divisões em classes sociais devem-se aos arianos, um povo nômade que abandonou o sul da Rússia por volta de 1800 a.C. e após passar pela Anatólia, Pérsia e o Hindu Kush chegaram no Vale do Indo e, como eram acostumados com clima rigoroso, subjugarão as tribos mais fracas.⁴⁶³ 'Aria', em sânscrito, quer dizer 'nobre'.

Mas só o mais puro hegeliano poderia prever que em 563 a.C., um príncipe envolvido no luxo dos palácios, de nome Siddharta Gautama, iria ver e socorrer estigmatizados pela idade, doença ou pobreza, procurar a paz no Nirvana e transformar-se em Buda (o iluminado).⁴⁶⁴ Era a revolta individual contra a iniquidade do trato com os estigmatizados. Na luta contra tantas discriminações e tantas barreiras para a convivência verdadeiramente livre, um dos mais importantes intérpretes do budismo, Arthur Schopenhauer, encontra o significado exato da palavra *Nirvana*: extinção.⁴⁶⁵

2.9.7 Egito

Os egípcios, também fazendo grande vinculação do delito com a lesão à divindade, aplicavam o talião e estigmatizavam: cortavam-se a língua do espião, os

⁴⁶²FAZOLI FILHO, Arnaldo. **História geral**. São Paulo: Editora do Brasil, 1981. p.48. WELLS, op. cit., p.375-378. MARTELL, op. cit., p.56.

⁴⁶³MARTELL, op. cit., p.56.

⁴⁶⁴MARTELL, op. cit., p.61. "Passou então por várias cidades, pregando a busca da paz, através da justiça, nos sete caminhos fundamentais: visão, intenção, palavra, ação, vida, esforço e concentração.

Apesar de o mestre ter deixado obscuro, segundo os budistas, o Nirvana resume-se em: 'domínio de si próprio, investigação da verdade, energia, serenidade, concentração e magnanimidade'. (FAZOLI FILHO, op. cit., p.49). "A sua doutrina prevaleceu na Índia, por alguns séculos; difundiu-se pela China, Tibete, Japão, Birmânia, Ceilão, Turquestão, Mandchúria; é, hoje, a religião de uma grande parte da espécie humana, mas foi finalmente vencida e afastada da vida indiana, pela persistência e vigor dos brâmanes e de suas idéias de casta." (WELLS, op. cit., p.378).

⁴⁶⁵SCHOPENHAUER, Arthur. **Da morte e sua relação com a indestrutibilidade do nosso ser-em-si**. Tradução de: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p.74-75.

órgãos genitais do estuprador e o nariz da mulher adúltera.⁴⁶⁶ Para outros delitos eram previstas penas como os trabalhos forçados e a escravidão.⁴⁶⁷ Na VI Dinastia adota-se um regime de estilo feudal, mas nos séculos XXVIII-XXV a.C.⁴⁶⁸ o poder passa a concentrar-se na pessoa do rei. A lei é aplicada com mais eqüidade, mas os prisioneiros de guerra continuam num regime escravocrata. Há certa igualdade entre marido e esposa e o casamento é monogâmico, menos para o rei.⁴⁶⁹ Mas a partir da V dinastia esta acomodação parcial muda com a evolução para o regime senhorial e as desigualdades mais explícitas voltam a prevalecer com as oligarquias, poder patriarcal, economia fechada, culminando com o declínio do Egito.⁴⁷⁰ Outras mudanças ocorrem. A partir do século XII a.C. é extinta a escravidão por dívidas, a mulher passa a ter capacidade jurídica, as filhas têm equiparação com os filhos. Então, os persas e depois os romanos invadem o Egito.⁴⁷¹

2.9.8 Hebreus

As fontes do Direito hebreu estão nos Cinco Livros da Bíblia, o Pentateuco ou Torah, e no Talmud. O delito é ofensa à divindade,⁴⁷² desconhecendo-se, portanto, a distinção entre direito sacro e profano,⁴⁷³ e o talião é previsto em alguns

⁴⁶⁶ASÚA, op. cit., p.271. ZAFFARONI, **Tratado...**, op. cit., p.324.

⁴⁶⁷ASÚA, op. cit., p.271. ZAFFARONI, **Tratado...**, op. cit., p.324.

⁴⁶⁸Antigo Império.

⁴⁶⁹GILISSEN, op. cit., p.54-55.

⁴⁷⁰ GILISSEN, op. cit., p.55.

⁴⁷¹GILISSEN, op. cit., p.56.

⁴⁷²ASÚA, op. cit., p.272.

⁴⁷³RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4.ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1997. p.169.

casos.⁴⁷⁴ O homem que fosse infiel não praticava o crime de adultério, mas a mulher sim e, para ela, inicialmente se punia com a lapidação, depois, com fogo e força.⁴⁷⁵ Além do talião, estabeleceram-se critérios para os testemunhos no Deuteronômio, "tabelando provas" e constituindo um dos marcos iniciais do Princípio das Provas Legais ou das Tarifas ou do Tabelamento:

Contra um homem não será admitida uma só testemunha, qualquer que seja o delito ou pecado. A sentença se apoiará na palavra de duas ou três testemunhas. Se aparecer uma testemunha falsa contra uma pessoa, acusando-a de um delito, os dois interessados na causa se apresentarão perante o Senhor, diante dos sacerdotes e juízes em exercício nesse tempo. Se após diligente investigação, os sacerdotes averiguarem que a testemunha mentiu e levantou falso testemunho contra o irmão, deverás castigá-la tratando-a como ela pretendia tratar o irmão. Assim extirparás o mal do meio de ti. Ao sabê-lo, os outros temerão e não cometerão esta má ação em teu meio.⁴⁷⁶ Não terás compaixão: vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé.⁴⁷⁷

A composição também era prevista. "Se um homem encontrar uma moça ainda não comprometida, a agarrar à força para dormir com ela e forem surpreendidos, o homem que dela abusou dará ao pai da jovem cinquenta siclos de prata e ela será sua esposa, uma vez que a deflorou, e não poderá repudiá-la enquanto viver."⁴⁷⁸ A escravidão era consuetudinária. "Quando um irmão hebreu, homem ou mulher, se tiver vendido, te servirá seis anos, mas no sétimo tu o despedirás livre de tua casa."⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ASÚA, op. cit., p.272.

⁴⁷⁵ASÚA, op. cit., p.272. Mas nem sempre isto ocorre de forma linear. "Se um homem encontrar na cidade uma moça ainda virgem, noiva de outro, e dormir com ela, levareis os dois às portas da cidade e os apedrejareis até à morte: a jovem, por não ter gritado, apesar de estar na cidade, e o homem, por haver desonrado a mulher do próximo. Assim extirparás o mal de teu meio." (BÍBLIA. **Estudando a palavra de Deus**. São Paulo: FTD; Petrópolis: Vozes, 1995. Deuteronômio 22:23-24. p.170). Outro exemplo que não confere com a citação de ASÚA: "*Se um homem for apanhado dormindo com uma mulher casada, ambos serão mortos, o homem que se juntou com a mulher, e a mulher.*" (BÍBLIA. Deuteronômio 22:22. p.170).

⁴⁷⁶Uma idéia de pena com função de prevenção geral negativa.

⁴⁷⁷BÍBLIA. Deuteronômio 19:15-21. p.168.

⁴⁷⁸BÍBLIA. Deuteronômio 22:28-29. p.170-171.

⁴⁷⁹BÍBLIA. Deuteronômio 15:12-13. p.165.

A virgindade da mulher era questão primordial⁴⁸⁰ e as exclusões de pessoas das reuniões culturais dependiam da natureza do estigmatizado.⁴⁸¹

2.9.9 Grécia

O sistema greco-romano, e por extensão, o ocidente, de uma maneira geral e conforme salientou Max Weber, apresentará uma estrutura jurídica cujo racionalismo suplanta em muito as nações orientais,⁴⁸² mas a estigmatização em nada diminui, ao contrário, torna-se mais sofisticada.

⁴⁸⁰"Se um homem depois de ter desposado e conhecido uma mulher vier a odiá-la, e lhe imputar falsamente delitos e a difamar, dizendo: 'Casei-me com esta mulher mas, ao conhecê-la, descobri que não era virgem', os pais da jovem colherão as provas da sua virgindade e as apresentarão no tribunal aos anciãos da cidade. O pai da jovem dirá: 'Dei minha filha para esposa a este homem mas, porque começou a sentir-lhe aversão, a acusa agora de coisas desonrosas, dizendo: Não a encontrei virgem. Eis as provas da virgindade de minha filha'. E desdobrarão a roupa diante dos anciãos da cidade. E os anciãos tomarão aquele homem e o farão castigar. Imporão a ele uma multa de cem siclos de prata, que entregarão ao pai da jovem, por haver aquele homem espalhado a difamação de uma virgem de Israel. Ele terá de tomá-la por esposa e não poderá repudiá-la enquanto viver.

Mas, se a acusação for verdadeira, tendo-se verificado não ter sido virgem a jovem, ela será levada até à entrada da casa do pai e os homens da cidade a apedrejarão até à morte, por haver cometido uma infâmia em Israel, prostituindo-se na casa paterna. Assim extirparás o mal de teu meio." (BÍBLIA. Deuteronômio 22:13-21p.170).

⁴⁸¹"Não será admitido na assembléia do Senhor o homem que tenha os testículos amassados ou o membro viril amputado.

Também o bastardo não entrará na assembléia do Senhor, nem mesmo na décima geração; não poderão entrar nunca na assembléia do Senhor, porque não saíram ao vosso encontro no caminho para oferecer pão e água, quando saístes do Egito." (BÍBLIA. Deuteronômio 23:1-5. p.171) Vale ainda destacar o direito asteca que era muito rigoroso e estigmatizador, caracterizando-se pela vingança e o talião e penas como a morte, escravidão, desterro, confisco, etc. Os incas eram diferenciados entre nobres e plebeus, com tratamento mais benigno para os primeiros. As penas eram de morte para condutas como homicídio, adultério, estupro, incesto, relação sexual com as 'vírgens do sol', aborto, traição, etc. A pena mais infamante era a morte da pessoa que era arrastada (ZAFFARONI, *Tratado...*, op. cit., p.331).

⁴⁸²WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001. 2001. p.22. "A erudição histórica chinesa, altamente desenvolvida, não possuía o método de Tucídides. É verdade que Maquiavel teve predecessores na Índia; mas todo o pensamento político da Índia carecia de um método sistematizado como o de Aristóteles e, de fato, de conceitos racionais. Nem todas as antecipações da Índia (Escola de Mimamsa), nem as extensas codificações, especialmente no Oriente Próximo, nem todos os livros de

O direito grego terá grande influência na Europa Ocidental, mas o ponto nuclear será a sua filosofia e política.⁴⁸³ Cada cidade-estado tinha sua própria estrutura. Em Atenas, no ano de 621 a.C., Drácon torna obrigatório o recurso aos tribunais para resolver os conflitos entre os clãs. Sólon (594-593) suprime a propriedade coletiva dos clãs e a servidão por dívida, limita o poder paternal e fortalece a 'polis' democratizando-a.⁴⁸⁴ São características do processo penal ateniense: tribunal popular, acusação popular, publicidade, oralidade, igualdade entre acusador e acusado. Admitiam a tortura e os juízos de deus e a valoração da prova tinha base na íntima convicção dos juízes que votavam a favor ou contra, sem previsão de recurso da decisão.⁴⁸⁵ Mas a famosa democracia ateniense não continha isonomia entre os seus habitantes. Para os escravos e os estrangeiros (metecos) que consistiam na maioria não sobrava quase nenhum direito,⁴⁸⁶ só estigmas. Os homens derrotados nas guerras eram sacrificados aos deuses. As mulheres e crianças eram escravizadas e a escravidão passava a ser hereditária. A

leis da Índia e de outros lugares possuíam formas estritamente sistemáticas de pensamento, tão essenciais a uma jurisprudência racional como a lei romana e o direito ocidental por ela influenciado. Uma estrutura como o cânone jurídico é conhecida apenas no Ocidente." (WEBER, op. cit., p.22). *"Con Grecia y Roma hacen su entrada la racionalidad de la reacción penal, es decir, que se mundaniza, se seculariza marcadamente la legislación penal. No será un logro definitivo, puesto que, como habremos de ver, hay un complicado juego de marchas y contramarchas, pero, de toda forma, es cuando en la antigüedad se alcanza el mayor grado de secularización. El genio griego no mostró predilección por lo jurídico, aunque sentó las bases por donde circularían las primeras escuelas o tentativas de escuelas jurídicas romanas."* Tradução livre: "Com Grécia e Roma fazem sua entrada a racionalidade da reação penal, quer dizer, que se mundaniza, seculariza-se marcadamente a legislação. O gênio grego não mostrou predileção pelo jurídico, apesar de que assentou as bases por onde circulariam as primeiras escolas ou tentativas de escolas jurídicas romanas." (ZAFFARONI, **Tratado...**, op. cit., p.333).

⁴⁸³GILISSEN, op. cit., p.73.

⁴⁸⁴GILISSEN, op. cit., p.74.

⁴⁸⁵MAIER, op. cit., p.33.

⁴⁸⁶GILISSEN, op. cit., p.74.

tentativa de fuga era castigada com morte.⁴⁸⁷ Na Grécia Clássica (V a.C) a proporção era de três ou quatro escravos para cada homem livre.⁴⁸⁸ Os espartanos preparavam-se desde cedo para a guerra com o intuito de protegerem-se contra ataques de estrangeiros, mas também para manter os escravos subjugados e evitar revoltas destes como a que ocorreu em 640 a.C.⁴⁸⁹ Os meninos aprendem música, leitura, escrita, poesia e matemática. As meninas aprendiam a cuidar da casa.⁴⁹⁰ Isto explica por que os grandes filósofos eram homens.

2.9.10 Roma

Fundada em 753 a.C.,⁴⁹¹ Roma⁴⁹² passará grande parte de sua existência tentando manter os estigmatizados com o seu *status* ou, então, agravando as condições de vida já difíceis da maioria 'excluída' do processo de decisão da

⁴⁸⁷WALKER, Joseph M. **La Grecia antigua**. Madrid: M. E. Editores, 1997. p.423.

⁴⁸⁸BORGES, op. cit., p.44.

⁴⁸⁹MARTELL, op. cit., p.71.

⁴⁹⁰ MARTELL, op. cit., p.73.

⁴⁹¹OGILVIE, Robert M. **Le origini di Roma**. Tradução de: Milena Dai Pra Piovesana, Bologna: Il Mulino, 1984. p.9. CARBASSE, Jean-Marie. **Histoire du Droit Pénal et de la Justice Criminelle**. Paris: Presses Universitaires de France, 2000. p.29.

⁴⁹²Roma foi colonizada por latinos e etruscos. Estes, por sua vez haviam sido influenciados pelos gregos. (MARTELL, op. cit., p.79). *"Como se há señalado, el espíritu romano recurrió primeramente a la especulación griega porque respondía a sus exigencias íntimas, y luego se fue desarrollando en forma paralela porque estaba dominado por las mismas preocupaciones que se imponían aquella."* Tradução livre: "Como se assinalou, o espírito romano recorreu primeiramente à especulação grega porque respondia a suas exigências íntimas, e logo se foi desenvolvendo em forma paralela porque estava dominado pelas mesmas preocupações que se impunham àquela." (LEVI, Adolfo. **Historia de la filosofía romana**. 2.ed. Tradução de: Héctor Pozzi. Buenos Aires: Eudeba, 1979. p.266-267).

cidade.⁴⁹³ Quando da promulgação da mais importante das leis republicanas – a Lei das Doze Tábuas, de 450 ou 451 a.C.⁴⁹⁴ – os plebeus foram excluídos do conhecimento dos mistérios religiosos⁴⁹⁵ e da plena capacidade jurídica⁴⁹⁶ e não podiam ocupar cargos públicos, embora constituíssem a grande massa da população romana, isto é, camponeses, trabalhadores urbanos e comerciantes.⁴⁹⁷ Por outro lado, os patrícios eram ricos proprietários de terras e governavam a cidade, passando a depender dos escravos,⁴⁹⁸ que geralmente eram provenientes de filhos de prisioneiros cativos das cidades conquistadas nos campos de batalhas e estigmatizados de forma múltipla.⁴⁹⁹ As Doze Tábuas retratam aspectos históricos,

⁴⁹³Montesquieu cita alguns exemplos e dentre eles: "*M. Livio estigmatizó al pueblo mismo; de treinta y cinco tribus, treinta y cuatro fueron rebajadas a la categoría de las que no participaban en los privilegios de la ciudad. (...) Servio Tulio había establecido la famosa división por centurias, que tan bien nos han explicado Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso. Distribuyó ciento noventa y seis centurias en seis clases; todo el pueblo bajo estaba colocado en la última centuria, que por sí sola formaba la sexta clase. Se ve que esta disposición excluía al pueblo bajo del sufragio, no de derecho, pero sí de hecho.*" Etc. Tradução livre: "M. Livio estigmatizou ao próprio povo; de trinta e cinco tribos, trinta e quatro foram rebaixadas à categoria das que não participavam nos privilégios da cidade. (...) Servio Tulio havia estabelecido a famosa divisão por centúrias, que tão bem nos explicaram Tito Livio e Dionísio de Halicarnaso. Distribuiu cento e noventa e seis centúrias em seis classes; todo o povo baixo estava sob sufrágio, não de direito, porém sim de fato." (MONTESQUIEU. **Grandeza y decadencia de los romanos**. Madrid: Alba, 1999. p.45 e segs.) Neste sentido ainda: MAUDALE, Jacques. **César**. Tradução de: Alberto Horovitz. 4.ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1981. p.10 e segs.

⁴⁹⁴GIORDANI, op. cit., p.163-164.

⁴⁹⁵OGILVIE, op. cit., p.128.

⁴⁹⁶OGILVIE, op. cit., p.131.

⁴⁹⁷MARTELL, op. cit., p.80.

⁴⁹⁸MARTELL, op. cit., p.80.

⁴⁹⁹GUHL, E.; KONER, W. **Los romanos: su vida y costumbres**. Tradução de: María Jesús Sevillano. Madrid: M.E. Editores, 1997. p.280. "*Los comerciantes de esclavos (mangones, venalicii) siempre seguían a los ejércitos o compraban su mercancía humana en los mercados principales de Roma y Delos. Los esclavos ordinarios se exhibían sobre un andamio (catasta) erigido para el propósito: una tabla (titulus) atada al cuello del cautivo indicaba su país, edad, logros o debilidades corporales e intelectuales y también su inocencia de crimen. Los esclavos expertos, especialmente de origen griego, se guardaban en habitaciones separadas de tabernas y sólo se exhibían a los clientes*

políticos e jurídicos⁵⁰⁰ que deixam explícito o caráter estigmatizador dos romanos. "O rico será fiador do rico; para o pobre qualquer um poderá servir de fiador;"⁵⁰¹ (...) "Se o furto ocorre durante o dia e o ladrão é flagrado, que seja fustigado e entregue como escravo à vítima. Se é escravo, que seja fustigado e precipitado do alto da rocha Tarpéia."⁵⁰² A dívida não paga poderia tornar o devedor escravo. "Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até o máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor;"⁵⁰³ O direito de vida e morte⁵⁰⁴ que o pai⁵⁰⁵ tinha sobre sua família⁵⁰⁶ autorizava-lhe, v.g., a matar um filho feio ou bonito ou vendê-lo como escravo. "É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos".⁵⁰⁷ "O pai terá sobre os filhos nascidos de

ricos. Para distinguir-los de los cautivos nacidos libres, los hijos de padres esclavos o de una madre esclava se llamaban vernaes o esclavos domésticos, con referencia a los dueños a los que pertenecían por nacimiento." Tradução livre: "Os comerciantes de escravos (*mangones*, *venalicii*) sempre seguiam aos exércitos ou compravam sua mercadoria humana nos mercados principais de Roma e Delos. Os escravos ordinários se exibiam sobre um andaime (*catasta*) erigido para o propósito: uma tábua (*títulus*) atada ao pescoço do cativo indicava seu país, idade, vantagens ou debilidades intelectuais e também sua inocência de crime. Os escravos espertos, especialmente de origem grega, guardavam-se em habitações separadas de tabernas e só se exibiam aos clientes ricos. Para distingui-los dos cativos nascidos livres, os filhos de pais escravos ou de uma mãe escrava chamavam-se *vernaes* ou escravos domésticos, com referência aos donos aos quais pertenciam por nascimento." (GUHL KONER, op. cit., p.280).

⁵⁰⁰OGILVIE, op. cit., p.124. Não havia, v.g., distinção entre o direito público e privado (OGILVIE, op. cit., p.124).

⁵⁰¹Tábua Primeira, inciso 7.º.

⁵⁰²Tábua Segunda, inciso 4.º.

⁵⁰³Tábua Terceira, inciso 6.º.

⁵⁰⁴*Jus vitae et necis*.

⁵⁰⁵*Pater familias*.

⁵⁰⁶"Atenuados progressivamente embora, esses poderes não desaparecem inteiramente em todo o curso da história romana." (BRUNO, op. cit., p.80).

⁵⁰⁷Tábua Quarta, inciso 1.º.

casamento legítimo o direito de vida e morte e o poder de vendê-los".⁵⁰⁸ O instituto do 'parricidium' – morte de um pai de família – garantia a proteção do 'pater familias' que, juntamente com o *perduellio* – crime contra a segurança e existência da cidade – consistiam nos crimes públicos que geralmente eram punidos com a morte.⁵⁰⁹ A palavra 'família' vem de *famulus*, que quer dizer escravo, e deve ter origem na expressão 'osca famel' (*servus*). 'Família', que por muitos séculos,⁵¹⁰ significou o conjunto de servos que estavam sob a autoridade do 'pater familias', funda-se sobre relações de poder e desigualdade.⁵¹¹ A mulher era completamente submissa ao homem.⁵¹² "A mulher que residiu durante um ano em casa de um homem como se fora sua esposa, é adquirida por esse homem e cai sob o seu poder, salvo se se ausentar da casa por 3 noites."⁵¹³ Foi a mulher, o primeiro escravo da família.⁵¹⁴

Com o advento do Império (27 a.C.) as penas são aplicadas com extrema desigualdade, castigando mais os humildes.⁵¹⁵ Todos os poderes concentram-se na

⁵⁰⁸Tábua Quarta, inciso 2.º. Outra versão, atribuída a Ortolan: "Disposição relativa ao poder do pai sobre os filhos: direito durante toda a vida, de os prender, castigar, submeter a trabalhos rústicos, vender e matar, mesmo quando ocupam altos cargos da República." Apud VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi, Código de Manu, Lei das XII Tábuas**. Bauru: Edipro, 1994. p.151.

⁵⁰⁹BRUNO, op. cit., p.80. O 'parricidium' e o *perduellio* eram os 'crimina pública' que se distinguiam dos *delicta privata* cuja punição era de responsabilidade da vítima (BRUNO, op. cit., p.80).

⁵¹⁰"Na origem da palavra, divisa-se uma idéia de subordinação que vai acompanhar, através dos séculos, a noção de família." (LEITE, op. cit., p.40).

⁵¹¹SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: RT, 1994. p.17. Neste sentido: FERRIN, Emma Montanos; SANCHEZ-ARCILLA, Jose. **Estudios de historia del derecho criminal**. Madrid: Jacaryan, 1990. p.17.

⁵¹²LAST, Hugh. Família e vida social. In: BAILEY, Cyril (Org.). **O legado de Roma**. Tradução de: Mauro Papelbaum e Luiz Carlos Lucchetti Gondim. Rio de Janeiro: Imago, 1992. p.243.

⁵¹³Tábua Sexta, inciso 6.º.

⁵¹⁴LEITE, op. cit., p.40.

⁵¹⁵FRAGOSO, op. cit., p.30. "...distinguem-se os *honestiores* (senadores, cavaleiros, decuriões) dos *humiliores*, que eram as restantes pessoas livres (plebs)." (FRAGOSO, op. cit., p.30).

mão do Imperador⁵¹⁶ e a liberdade dos cidadãos cada vez diminui mais.⁵¹⁷ Seguindo a linha do ditador César, o imperador Augusto publicou lei que considerava crime de lesa majestade as injúrias contra o chefe de Estado. Este era um conceito genérico que afetava qualquer cidadão e trazia grande insegurança.⁵¹⁸ Os imperadores pretenderam ser venerados como divindades⁵¹⁹ e aqui está claro o fortalecimento de um estigma já precedente em outros povos: o religioso. O 'enigmático' poder místico-religioso é um expediente utilizado pelos líderes políticos como amparo de

⁵¹⁶GILISSEN, op. cit., p.83-84. MACHADO, **Direito**..., op. cit., p.22.

⁵¹⁷GILISSEN, op. cit., p.87. Como que antevendo o futuro, Caio Júlio César contestou o tribuno Metelo que alegava que aquele não poderia tomar o tesouro público, porque as leis o proibiam: "o tempo da guerra não é o tempo das leis". (PLUTARCO. Alexandre e César. **Vidas comparadas**. Tradução de: Hélio Veja. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1985. p.122).

⁵¹⁸MOMMSEN, op. cit., p.368. *"La pena señalada a la quaestio de lesa majestad, primero por la ley cornelia y después por la julia, era el extrañamiento (o sea, según la expresión técnica, la interdicción del techo, el agua y el fuego) de Italia, por toda la vida del reo, conminando a este con imponerle pena capital en caso de quebrantamiento de su destierro (p.348). En un principio, al penado con extrañamiento se le dejaba el derecho de ciudadano y su propio patrimonio; pero ya el dictador César, primero, y después Augusto, empezaron a privar a los condenados de que se trata de una parte de sus bienes o de todos ellos, y más tarde les privaba del derecho de ciudadano y se les enviaba a un lugar destinado a extinguir su pena, es decir, se les deportaba, conforme diremos más al pormenor en el siguiente libro. Hallábase legada con estas disposiciones la necesidad de que el tribunal que funcionara en todos estos casos fuese el alto tribunal por jurados de dentro de Roma; y ya hemos dicho (p.372) que no raras veces se condenaba también a penas pequeñas."* Tradução livre: "A pena assinalada para a *quaestio* de lesa majestade, primeiro pela lei cornélia e depois pela júlia, era o desterro (ou seja, segundo a expressão técnica, a interdição do teto, da água e do fogo) da Itália, por toda vida do réu, cominando a este a pena capital no caso da quebra do desterro (p.348). A princípio, o apenado com desterro se deixava o direito de cidadão e seu próprio patrimônio; porém já o ditador César, primeiro, e depois Augusto, começaram a privar aos condenados de que se trata de uma parte de seus bens ou de todos eles, e mais tarde lhes privava do direito de cidadão e lhes enviava a um lugar destinado a extinguir sua pena, quer dizer, se lhes deportava, conforme diremos mais ao pormenor no seguinte livro. Encontrava-se legada com estas disposições a necessidade de que o tribunal que funcionara em todos estes casos fosse o alto tribunal por jurados de dentro de Roma; e já dissemos (p.372) que não raras vezes se condenava também a penas pequenas." (MOMMSEN, op. cit., p.375).

⁵¹⁹MOMMSEN, op. cit., p.368.

justificação de poder. É um 'reforço' dos demais estigmas, que torna estigmatizado aquele que não se enquadra no 'modelo de normal'.⁵²⁰ Esta 'pitada de sal' nos estigmas agora tradicionais – pobre, mulher e raça não predominante – entorpece o raciocínio do estigmatizado, fazendo com que ele não perceba que este discurso estigmatizador só segue uma lógica: a da manutenção do poder ou do *status*. Os romanos aperfeiçoam uma 'técnica' já existente e empregada por babilônios e hindus, egípcios e hebreus, só que com aquele 'racionalismo' ocidental 'superior' aos orientais que falara Max Weber.⁵²¹ A armadilha é a mesma, mudando somente o tipo de isca. Roma sempre trabalhou bem com lendas fantásticas que entorpeceram os seus habitantes desde a sua origem,⁵²² fazendo deles crédulos e concordes com os estigmas que lhe eram impostos, acreditando, porém, que eram racionais. Ascendendo o cristianismo, outra seria também a divindade...⁵²³

⁵²⁰Vavy Pacheco Borges segue a trilha da História que antecedeu os romanos: "Conhecemos a existência, entre o IV e o III milênios a.C., de sociedades mais complexas, nas quais existe a escrita e um governo centralizado, que dirige uma sociedade organizada em uma hierarquia social. Nessas sociedades, as fontes históricas mais remotas são as inscrições, assim como os anais religiosos (listas de sacerdotes, cerimônias religiosas, etc.).

Esse governo é em geral monárquico, e a sua origem é sempre vista como divina. Os reis representam os deuses e são eles que tudo decidem, sendo seus atos registrados em anais. São esses os primeiros registros voluntários para a posteridade. São limitados, pois têm objetivos bem explícitos." (BORGES, op. cit., p.14).

⁵²¹WEBER, op. cit., p.22.

⁵²²"Estes e outros episódios legendários que repetiam os poetas e historiadores romanos não eram certamente inocentes. Faziam parte de uma literatura de propaganda, destinada a influenciar o público, a persuadir, a massificar, como hoje se diria." (TAVARES, António Augusto. **Impérios e propaganda na antiguidade**. Lisboa: Presença, 1988. p.108).

⁵²³"Em todos os casos é evidente que o grupo mais forte impõe a sua autoridade por formas de governo e também pelos símbolos da sua identidade, no fundo símbolos do seu poder, nomeadamente os seus deuses que vão substituir os deuses das populações vencidas ou então relegá-los para um segundo lugar." (TAVARES, A. A., op. cit., p.12).

Durante mais de dois séculos a religião cristã era considerada inimiga dos romanos e os seus seguidores eram punidos por imputação de crime de lesa majestade.⁵²⁴ Diocleciano, v.g., perseguia aqueles que não viam no imperador um deus. Estas pessoas representavam ameaça ao Império.⁵²⁵ Coube a Constantino (306 a 337 d.C.) revogar muitas medidas de Diocleciano. O Editto de 13 de junho de 313 de Constantino e Licínio aboliu a antiga religião romana e decretou a liberdade religiosa.⁵²⁶ Tanto os politeístas (pagãos) quanto os monoteístas (judeus, cristãos, etc.) estavam numa frágil igualdade que não suportou as preferências à fé cristã.⁵²⁷ Daí para frente alguns 'cristãos', que até então eram estigmatizados, passariam a estigmatizar profundamente as pessoas que não se enquadrassem no novo 'sistema'. Os cristãos ortodoxos diziam representar a 'verdadeira fé' (*fides orthodoxa*) e o novo estigmatizado era aquele que tinha 'opinião privada' (*haeresis*).⁵²⁸ O direito diminuirá cada vez mais para aquele que não é cristão ortodoxo e, o que é pior, receberá o estigma de 'herege'.⁵²⁹

No ano de 379 d.C. a liberdade 'aparente' de culto é extinta de forma oficial e a única religião 'verdadeira' passava a ser o cristianismo.⁵³⁰ A Igreja era autônoma com relação ao Estado para estabelecer os princípios da fé. Teodoro Mommsen afirmou que a idéia de 'Igreja de Estado' independente, supostamente contraditória,

⁵²⁴MOMMSEN, op. cit., p.377.

⁵²⁵MARTEL, op. cit., p.86.

⁵²⁶MOMMSEN, op. cit., p.377.

⁵²⁷MOMMSEN, op. cit., p.377-378.

⁵²⁸MOMMSEN, op. cit., p.381.

⁵²⁹MOMMSEN, op. cit., p.381.

⁵³⁰MOMMSEN, op. cit., p.377-378. João Bernardino Gonzaga apresenta pequena variação de data: "Nesse ínterim, graças à conversão de Constantino (313), o cristianismo se torna tolerado em Roma e, em 380, galga o posto de religião oficial." (GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p.93).

veio a decidir os destinos do mundo.⁵³¹ Daí em diante as doutrinas consideradas heréticas submeter-se-ão ao que Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assinala como o 'maior engenho jurídico'.⁵³²

2.9.11 Germânicos

O direito germânico antigo é do tipo acusatório, de iniciativa privada; não há distinção entre infrações civis e penais e o resultado do delito é a perda da paz (*FRIEDLOS*).⁵³³ Antes da invasão de Roma, os germânicos primavam pelos

⁵³¹MOMMSEN, op. cit., p.378. *"Legalmente, la Iglesia se hallaba sometida al Estado. Todos los cánones de los concilios, aun en asuntos de fe, no significaban otra cosa, desde el punto de vista legal, sino dictámenes que daban al gobierno unos hombres peritos en la materia, a quienes él mismo había encomendado tal misión; dictámenes obligatorios para la conciencia del soberano, por cuanto este reconocía su autoridad, pero a los que daba validez jurídica la ley imperial que sancionaba el acuerdo tomado por la mayoría del concilio. Como desde Teodosio I y Graciano todos los emperadores reconocieron la fe cristiana, el cristianismo pudo ser designado como religión del Estado; sin embargo, el verdadero cristianismo, la fe ortodoxa, fue siempre aquella que profesaba el emperador reinante. Este cristianismo político fue el último y supremo encumbramiento de la monarquía absoluta, y no fue este medio de fuerza el que menos contribuyó a que el poder imperial, ya en decadencia, pudiese conservar su dominación sobre las diversas naciones a que se extendía; mientras subsistió el Imperio romano, subsistió también, así de derecho como de hecho, la Iglesia nacional romana. Estaba reservado a épocas posteriores de la historia el colocar fuera de la acción del poder del Estado a la totalidad de los obispos o a uno solo de ellos."* Tradução livre: "Legalmente, a Igreja se achava submetida ao Estado. Todos os cânones dos concílios, ainda que em assuntos de fé, não significavam outra coisa, desde o ponto de vista legal, senão ditames que davam ao governo uns homens peritos na matéria, a quem o mesmo havia encomendado tal missão; ditames obrigatórios para a consciência do soberano, porquanto este reconhecia sua autoridade, porém aos que dava validade jurídica a lei imperial sancionava o acordo tomado pela maioria do concílio. Como desde Teodósio I e Graciano todos os imperadores reconheceram a fé cristã, o cristianismo pode ser designado como religião do Estado; sem embargo, o verdadeiro cristianismo, a fé ortodoxa, foi sempre aquela que professava o imperador reinante. Este cristianismo político foi o último e supremo encobrimento da monarquia absoluta, e não foi este meio de força o que menos contribuiu a que o poder imperial, já em decadência, pudesse conservar sua dominação sobre as diversas nações a que se estendia; apesar de que subsistiu o Império romano, subsistiu também, assim de direito como de fato, a Igreja nacional romana. Estava reservado a épocas posteriores da história o colocar fora de ação do poder do Estado a totalidade dos bispos ou a um só deles." (MOMMSEN, op. cit., p.379).

⁵³²MIRANDA COUTINHO, **Crítica...**, op. cit., p.18.

⁵³³MAIER, op. cit., p.24.

costumes (e não leis escritas) e a pena é expiação religiosa.⁵³⁴ Aplicavam há muito a *compositio* segundo a qualidade da pessoa, sexo e idade.⁵³⁵ Aquele que não pudesse pagar a composição sofria a pena corporal.⁵³⁶ Mas tanto a composição quanto as dores aplicadas às pessoas eram formas de humilhação.⁵³⁷ O procedimento era oral, diante do público, em lugares abertos, debaixo de árvores, nas colinas, durante a lua nova ou cheia, mas nas terças-feiras. Podia-se pagar por um homem assassinado (*WERGELD*), mas os crimes de maior gravidade (*FRIEDLOSLEGUNG*) faziam com que o criminoso se convertesse em *WELWOLF* (homem lobo) e todos os integrantes da tribo eram chamados para matá-lo.⁵³⁸ As *ordálias* tentavam descobrir o criminoso, mas o que decidia mesmo era a força ou a sorte.⁵³⁹ Com a *prova da água*, o acusado era amarrado e lançado na água: se afundasse era salvo por ser considerado inocente; se flutuasse, era considerado culpado porque a água pura lhe havia recusado. O suspeito de homicídio beijava as feridas do morto: se sangrasse, era culpado.⁵⁴⁰ Os servos eram considerados

⁵³⁴FRAGOSO, op. cit., p.31.

⁵³⁵VON LISZT, op. cit., p.23.

⁵³⁶FRAGOSO, op. cit., p.32.

⁵³⁷ZAFFARONI, **Tratado...**, op. cit., p.342.

⁵³⁸ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de: Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p.557. Os germânicos apresentam características muito semelhantes aos gregos: tribunal popular, acusação popular, publicidade e oralidade. Admitiam a tortura e os juízos de deus e a valoração da prova tinha base na íntima convicção dos juízes que votavam a favor ou contra (MAIER, op. cit., p.33).

⁵³⁹BRUNO, op. cit., p.84-85.

⁵⁴⁰"El derecho probatorio obedecía a reglas legales rigurosas. Él era primitivo al extremo: para su defensa, el acusado podía jurar que era inocente (juramento depurador: REINIGUNGSEID); conjuradores (EIDESHELFER) presentados por él afirmaban su convicción sobre la pureza (=la verdad) de ese juramento; ellos no eran precisamente testigos de descargo que declaraban sobre observaciones propias. Con frecuencia, también eran comunes los juicios de Dios, así, el duelo o la prueba del agua (el acusado era arrojado al agua atado; si se hundía, era inocente y se lo sacaba del agua; si flotaba en la superficie, era considerado culpable porque el agua pura no lo aceptaba). Especialmente por mucho tiempo se mantuvo el BÄHRRECHT; el sospechoso de un asesinato debía

'coisas' e castigados pelo 'senhor', podendo apanhar ou morrer.⁵⁴¹ O Código Visigótico, v.g., dentre outras penas, aplicava a descalvação, a fustigação e o confisco.⁵⁴²

2.10 O ESTIGMA DA RELIGIÃO

2.10.1 Sistema Feudal, Acusatório e os 'Ordálios'

Os escravos e o exército sustentaram a grandeza de Roma perante o mundo por aproximadamente quinhentos anos⁵⁴³ até que os militares se revoltassem e os escravos fugissem de todas as partes gerando grande crise.⁵⁴⁴ Além disso, os povos que viviam nas fronteiras e que foram estigmatizados de 'bárbaros' – isto é,

besar el cadáver del muerto; si sus heridas comenzaban a sangrar, era culpable." Tradução livre: "O direito probatório obedecia a regras legais rigorosas. Ele era primitivo ao extremo: para sua defesa, o acusado poderia jurar que era inocente (juramento depurador: REINIGUNGSEID); conjuradores (EIDESHELFER) apresentados por ele afirmavam sua convicção sobre a pureza (=a verdade) desse juramento; eles não eram precisamente testemunha de descargo que declaravam sobre observações próprias. Com freqüência, também eram comuns os juízos de Deus, assim, o duelo ou a prova da água (o acusado era arremessado na água atado; se afundava, era inocente e tiravam-no da água; se flutuava na superfície, era considerado culpado porque a água pura não o aceitava). Especialmente por muito tempo se manteve o BAHRRRECHT; o suspeito de um assassinato devia beijar o cadáver do morto; se suas feridas começavam a sangrar, era culpado." (ROXIN, **Derecho procesal...**, op. cit., p.557).

⁵⁴¹ZAFFARONI, **Tratado...**, op. cit., p.343. Outrossim, considerando que os germânicos tinham apreciação puramente objetiva do fato causado (SOLER, op. cit., p.81), a influência romana e cristã trará a valorização do aspecto subjetivo do delito (FRAGOSO, op. cit., p.33) e o crescente poder estatal (ASÚA, op. cit., p.287).

⁵⁴²ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Processo criminal brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920. p.56.

⁵⁴³SCHMIDT, op. cit., p.207.

⁵⁴⁴HERMIDA, Borges. **História geral**: antiga e medieval. São Paulo: FTD, 1994. p.200.

qualquer um que não fosse romano⁵⁴⁵ – quiseram 'integrar-se' à sociedade romana.⁵⁴⁶ Convencionou-se o ano 476 a.D. para marcar o fim da Antigüidade e o início da Idade Média com a invasão e o domínio dos bárbaros sobre o Império Romano, excetuando-se o domínio romano oriental – Império Bizantino – que somente cairá em 1453 com a queda de Constantinopla que foi tomada pelos turcos otomanos.⁵⁴⁷ Contudo, se o Império Romano Ocidental caiu, o mesmo não ocorreu com a língua,⁵⁴⁸ os costumes, outros aspectos culturais e o direito romano que subsistiu e se misturou com o dos invasores.⁵⁴⁹ As leis germânicas não possuíam caráter geral como era o caso da legislação romana. Uma das raras exceções era o Código Visigótico que consistia, no entanto, numa mistura de direito germânico, romano e canônico. Aliás, esta mistura será a tendência da Europa medieval⁵⁵⁰ e será denominada Direito Penal Comum, porém com predomínio do direito romano.⁵⁵¹

Entretanto, para os feudos – formados em decorrência da fuga dos poderosos das cidades invadidas e da sua insegurança – o direito dos servos e escravos era ditado pelos senhores feudais (nobres), que governavam, julgavam os

⁵⁴⁵"Como os bárbaros invadiram a Europa com atos de violência, a palavra bárbaro passou a significar selvagem, grosseiro, cruel, desumano e sanguinário. Depois, começou a ser usada também para exprimir espanto ou admiração diante de algo estranho, não comum." (SANTOS, Maria Januária Vilela. **História antiga e medieval**. 23.ed. São Paulo: Ática, 1995. p.133). Os 'vândalos' saquearam Roma em 455 A.D. e destruíram muitas obras de arte. Daí a designação de 'vândalo' para aqueles que praticam atos violentos (SANTOS, M. J. V., op. cit., p.133).

⁵⁴⁶SCHMIDT, op. cit., p.209.

⁵⁴⁷SCHMIDT, op. cit., p.211-233.

⁵⁴⁸SAUSSURE, op. cit., p.29.

⁵⁴⁹Segundo Clovis Bevilacqua, essa mistura ocorreu até como um reconhecimento dos germânicos da qualidade da civilização romana (BEVILAQUA, op. cit., p.182-183).

⁵⁵⁰BEVILAQUA, op. cit., p.194.

⁵⁵¹BRUNO, op. cit., p.87.

crimes e aplicavam as penas com medidas discricionárias.⁵⁵² Para os nobres, cavaleiros e homens livres aplicava-se o sistema 'acusatório'. Neste tipo de processo, sob a jurisdição do senhor feudal, o autor apresentava a acusação oral e em público e o acusado (que se fazia presente) ou se defendia das acusações ou se calava, mas se se calasse, estaria consentindo. As testemunhas – *conjuradores* – e as demais provas representavam um rol que tinha valor preestabelecido para atestar ou não um fato.⁵⁵³ Quando os juramentos ou as testemunhas não eram suficientes, havia duas alternativas autenticamente germânicas: o duelo ou os 'Juízos de Deus' ou ordálios. Sob a crença de que a divindade favoreceria o inocente, esperava-se que o vencedor do duelo estivesse com a razão.⁵⁵⁴ Os ordálios eram submetidos ao acusado ou às testemunhas e consistiam em provas de fogo ou de água que variavam do transporte de ferro incandescente – o inocente, segundo a crença, depois de alguns dias, não apresentaria queimaduras ou infecção – até o mergulho do braço do acusado numa caldeira cheia de água fervente – a expectativa era de que o acusado confessasse antes. Porém, se o nobre fosse de alto nível (v.g. um príncipe ou um conde) poderia 'indicar' um subordinado para participar destas provas em seu lugar.⁵⁵⁵ Poderia também jurar com os aliados e ficar livre das acusações.⁵⁵⁶ A pressão do sentimento coletivo repercutirá na decisão judiciária.⁵⁵⁷

⁵⁵²SANTOS, M. J. V., op. cit., p.135-143. "Os membros das classes servis estavam inteiramente submetidos à vontade dos seus senhores, sujeitando-se a medidas punitivas discricionárias." (GONZAGA, op. cit., p.24).

⁵⁵³GONZAGA, op. cit., p.22-24.

⁵⁵⁴"No duelo, batiam-se acusador e acusado, reconhecendo-se razão àquele que vencesse. Não deixaria de haver aí alguma perspicácia: esperava-se que o mentiroso, sabedor da própria culpa, que Deus também conhecia, lutasse com menor ardor, mais facilmente sendo derrotado." (GONZAGA, op. cit., p.23).

⁵⁵⁵GONZAGA, op. cit., p.23-24. "Em suma, no regime feudal o juiz se reduzia a mero árbitro, limitando-se a verificar a presença ou não de provas formais concludentes. O julgamento era imediato, oral e dele não cabia recurso. Reconhecida a culpa do réu, as sanções aplicadas eram normalmente de natureza patrimonial." (GONZAGA, op. cit., p.23).

⁵⁵⁶CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986. p.39.

⁵⁵⁷CORDERO, **Guida...**, op. cit., p.40.

Nesse sistema acusatório, o juiz atua como árbitro, aferindo o valor das provas, julga de imediato e oralmente e não há possibilidade de recurso. Aplicam-se as sanções patrimoniais. Predomina o interesse particular da vítima – e não o interesse público –, sem a qual o processo não tem andamento, mas, por outro lado, a instrução é contraditória.⁵⁵⁸ Reitere-se: os pobres não faziam parte deste processo. Por outro lado, a atividade policial seria completamente empírica, intuitiva, descentralizada, particular e... aleatória, mas sempre sob o comando do senhor feudal.⁵⁵⁹ Além disso, consoante já afirmado anteriormente, o processo que predominará é o do direito romano.⁵⁶⁰

2.10.2 Sistema Inquisitório

Os romanos passaram a adotar o procedimento para apurar as infrações penais por iniciativa do juiz, secreto e por escrito. Decorrência da centralização do poder de julgar, o debate oral e público perde relevo no novo sistema. É o prenúncio da Inquisição.⁵⁶¹ O poder agora está cada vez mais sob o domínio da Igreja Católica

⁵⁵⁸GONZAGA, op. cit., p.23-24.

⁵⁵⁹"O senhor feudal legisla, julga, governa, administra, exerce todos os direitos de soberania, sem oposição, nem contrasteamento." (CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.2. p.15).

⁵⁶⁰Neste sentido: GONZAGA, op. cit., p.25. BRUNO, op. cit., p.87.

⁵⁶¹Em Roma, o "...procedimiento de oficio, por iniciativa del propio magistrado, resucita de entre los escombros producidos por el derrumbe del sistema acusatorio; con él aparecen las características siempre ligadas a su realización: la escritura como forma de proceder para documentar los actos procesales, el secreto de los actos, la recurribilidad de las decisiones por ante aquél que la abía delegado el poder de administrar justicia, en una suerte de devolución de esse poder. Aunque se conservó el debate oral y público como culminación del enjuiciamiento penal, que nunca desapareció, lo cierto es que la instrucción escrita y secreta, derivada de los poderes crecientes del aparato oficial para perseguir penalmente, ganó terreno considerablemente hasta constituirse en la parte principal del procedimiento, es el germen de la Inquisición, como apunta Alfredo Vélez Mariconde, desarrollada con precisión en el Derecho canónico." Tradução livre: "...procedimento de ofício, por iniciativa do próprio magistrado, ressuscita dos escombros produzidos pela queda do sistema acusatório; com ele aparecem as características sempre ligadas à sua realização: a escritura como forma de proceder para documentar os atos processuais, o segredo dos atos, a recorribilidade das decisões diante

e ele é exercido com o abandono da forma *actus trium personarum* (acusador, defensor e julgador), passando a empregar a figura do 'inquisidor' que acusa, julga⁵⁶² e acumula praticamente todas as funções do Estado, mas está livre de controle e correição⁵⁶³ e torna-se o senhor supremo da verdade. Mas crime e pecado confundem-se; se o grau de subjetividade é grande, também incerto será o futuro de quem é submetido ao poder do 'representante do bem'.⁵⁶⁴ O desconhecido causava medo e, aliado ao poder dos⁵⁶⁵ 'normais', cuidava mais uma vez dos julgamentos dos estigmatizados. Essa forma sub-reptícia de fazer a instrução processual, sem muitas possibilidades de defesa e esclarecimentos será a tormenta de um novo tipo de estigmatizado, isto é, daquele que por um motivo ou outro não se 'enquadra' no sistema religioso. Roma se encarregará de fornecer as armas políticas⁵⁶⁶ e jurídicas para a implementação do novo estigma. Cria-se o crime de 'lesa-majestade divina' que se equiparava ao já existente 'crime de lesa-majestade' (contra o poder civil).⁵⁶⁷

daquele que havia delegado o poder de administrar a justiça, numa espécie de devolução deste poder. Apesar de que se conservou o debate oral e público como culminação do enjuizamento penal, que nunca desapareceu, o certo é que a instrução escrita e secreta, derivada dos poderes crescentes do aparato oficial para perseguir penalmente, ganhou terreno consideravelmente até constituir-se na parte principal do procedimento, é o gérmen da Inquisição, como aponta Vélez Mariconde, desenvolvida com precisão no Direito canônico." (MAIER, op. cit., p.50-51).

⁵⁶²MIRANDA COUTINHO, **Crítica...**, op. cit., p.23.

⁵⁶³HASSEMER, op. cit., p.84.

⁵⁶⁴MIRANDA COUTINHO, **Crítica...**, op. cit., p.24. "Como *crime* e *pecado* passam a ser sinônimos, o processo é imaginado e posto em prática como um mecanismo terapêutico capaz de, pela punição, absolver. Tudo continuava a ser, não obstante, uma fórmula de descoberta da *verdade* e ninguém melhor do que o acusado para dela dar conta." (MIRANDA COUTINHO, **Crítica...**, op. cit., p.24 e 25). No futuro, a Inquisição fará ainda mais forte a união da Igreja com o rei. (GONZAGA, op. cit., p.84).

⁵⁶⁵PIMENTEL, op. cit., p.120.

⁵⁶⁶QUEIROZ, Tereza Aline Pereira de. **As heresias medievais**. 3.ed. São Paulo: Atual, 1988. p.9.

⁵⁶⁷GONZAGA, op. cit., p.93.

Os princípios enunciados por Jesus Cristo tinham um caráter ideal e abstrato, o que dificulta a sua interpretação e realização histórica.⁵⁶⁸ O problema não era novo, pois havia muito já sucediam conflitos de opiniões para interpretar os preceitos divinos. Desde a Legislação Sagrada de Moisés a pergunta fundamental que se pode fazer é: em um caso concreto, quem dirá qual é a vontade do legislador divino para esclarecer aspectos duvidosos da lei?⁵⁶⁹ O Quinto Mandamento do Decálogo, v.g., '*Não matarás*', é um preceito absoluto ou relativo? É admissível o homicídio em legítima defesa? É possível matar para evitar que uma pessoa mate a outra injustamente? Nesse último caso, aquele que não mata o assassino que está prestes a tirar a vida de alguém, não estaria 'matando' por omissão, segundo as regras divinas?⁵⁷⁰

O fato é que, quem quer que assuma essa função interpretativa, acumulará muito poder, inobstante, por vezes, a discussão do cristianismo tenha sido fugidia:

⁵⁶⁸O 'ideal' não pode ser 'concretizado'. Em sua visita ao Brasil, o Papa João Paulo II concluiu que nenhuma civilização, nem mesmo a cristã pode realizar plenamente os valores cristãos. Há sempre uma tentativa permanente de concretização, dentro das limitações históricas. É uma forma do homem aperfeiçoar-se cada vez mais. (REALE, Miguel. **Memórias**. São Paulo: Saraiva, 1987. v.2. p.298-299). No sentido de impossibilidade de concretização dos ideais: REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p.203. REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p.159. PONTES DE MIRANDA. **Sistema de ciência positiva do direito**: investigação científica e intervenção na matéria social. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo 4. p.126. Ver ainda: BACILA, **Polícia**..., op. cit., p.76-81.

⁵⁶⁹PERELMAN, **Ética**..., op. cit., p.627.

⁵⁷⁰Para demonstrar a dificuldade hermenêutica do Quinto Mandamento, v.g., Chaïm Perelman faz alguns comentários: "Tratar-se-á de um enunciado declarativo? Apenas a forma não permite responder; é graças ao contexto que se reconhece tratar-se não de um futuro do indicativo, e sim de um imperativo. Tentemos amoldar esse mandamento à forma de um enunciado declarativo verdadeiro ou falso. Eis algumas frases que poderiam, à primeira vista, satisfazer essa condição: 'Jeová prescreveu não matar', 'Matar é um pecado', 'É imoral matar', 'Matando, transgride-se o quinto mandamento'. Quais dessas quatro frases constituem enunciados verdadeiros ou falsos, valores possíveis das variáveis proposicionais? Não há meios de responder sem elaborar uma teoria do conhecimento que ultrapasse largamente o âmbito da lógica formal." (PERELMAN, **Retóricas**, op. cit., p.101).

quantas asas teria um anjo?⁵⁷¹ O problema é que alguém mais poderoso ficaria encarregado de elaborar a 'interpretação divina' do que era certo ou errado. Optou-se, então, por não se tolerar a divergência.

2.10.3 Heresias

De fato, o poder de ditar estigmas estaria garantido por muitos séculos e o grupo que ameaçasse a quebra da nova estrutura pagaria com a eliminação dos seus integrantes. Mas o novo estigma precisava ser 'didático', ter uma cara e um nome. Denominou-se 'heresia'. A cegueira estava novamente institucionalizada.⁵⁷² Então, quem era o 'normal'? O bom cristão. E o bom cristão era aquele que seguia a verdadeira fé ('fides ortodoxa'), sem discuti-la. Quem pensasse e raciocinasse, procurando uma escolha diferente ou solução alternativa seria considerado herético. *Heresia* quer dizer escolha, palavra que vem do grego *airesis* e do latim *electio*, mas o seu sentido é bastante vago...⁵⁷³ A parede estava novamente erguida, impedindo a visão, a análise crítica e... a liberdade.

⁵⁷¹QUEIROZ, T. A. P. de., op. cit., p.9.

⁵⁷²Igreja/Estado.

⁵⁷³"Heresia significa escolha. A origem do termo encontra-se na palavra grega *airesis* e na latina *electio*. Essa definição, no entanto, é extremamente vaga ante o complexo fenômeno social e mental que envolve a heresia na Europa durante a Idade Média. Permite vislumbrar, entretanto, a repercussão de uma escolha dentro de uma comunidade ideologicamente orientada a uma coesão monolítica." (QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.10). "Os principais crimes religiosos, entretanto, que invariavelmente figuraram no antigo Direito Penal laico foram os de heresia, cisma, proselitismo contra a religião do Estado, sacrilégio, blasfêmia, profanação de coisas sagradas, ultraje ao culto, perjúrio, simonia, violação de sepultura, violação de clausura, simulação de sacerdócio, feitiçaria, bruxaria, magia, sortilégio..." (GONZAGA, op. cit., p.84). Em nota de rodapé, João Bernardino Gonzaga esclarece: "No atual Código de Direito Canônico, de 1983, encontramos alguns conceitos. 'Cân. 751 – Chama-se heresia a negação pertinaz, após a recepção do batismo, de qualquer verdade que se deva crer com fé divina e católica, ou a dúvida pertinaz a respeito dela; apostasia, o repúdio total da fé cristã; cisma, a recusa de sujeição ao Sumo Pontífice ou de comunhão com os membros da Igreja a ele sujeitos'. Em notas a esse Código, o Pe. Jesus Hortal, S.J., oferece outros conceitos: 'Perjúrio é a emissão de um juramento, a ciência e consciência, falso'; 'blasfêmia é qualquer palavra (falada ou escrita), gesto ou ato que expresse desprezo ou injúria de Deus, quer imediatamente, quer mediatamente, na pessoa da Santíssima Virgem ou dos Santos'. 'Simonia (palavra alusiva a Simão

Constantino considerava a heresia um crime contra o Estado e seria tarefa do Império aniquilar os hereges. Muitos foram executados sob o seu comando.⁵⁷⁴ O conceito de heresia mudará durante toda a Idade Média, mas terá como ponto de referência os dogmas do cristianismo.⁵⁷⁵ Porém, o herético não é aquele que abandona a fé, ou o que é muçulmano⁵⁷⁶ ou israelita, mas sim o que representa perigo para a Igreja.⁵⁷⁷ O jurista Bartolo, v.g., considerava herético todo aquele que negasse que o imperador era o senhor de toda a terra. Mas também era acusado de heresia o que praticasse usura, magia, aberração sexual ou comportamento distinto dos membros da comunidade.⁵⁷⁸ No Renascimento e na Reforma tanto a sábia ou a parteira da aldeia, quanto Lutero, Galileu ou Giordano Bruno poderiam ser identificados com Satanás.⁵⁷⁹ É claro que a razão de todo este controle está no anseio de poder e se aqueles que avocavam o dom de serem os intérpretes divinos dos ideais cristãos fossem desacreditados, transformar-se-iam em pessoas comuns, sem

Mago, que tentou comprar os dons do Espírito Santo, At 8, 180) é 'a intenção deliberada de comprar, vender ou permutar por bens economicamente estimáveis, uma coisa intrinsecamente espiritual.'" (GONZAGA, op. cit., p.84). " 'Pagão' e 'infel' são figuras que se confundem, mas que indicam dois aspectos de uma mesma situação. Habitualmente, utilizamos o primeiro termo para designar o não-batizado; o segundo, para referir uma pessoa sem fé cristã, o não-cristão. O homem é admitido na comunidade dos fiéis, vale dizer: passa a pertencer à Igreja, apenas e no instante em que recebe o sacramento do batismo. Com este, ele fica marcado com um 'selo indelével', que jamais desaparecerá, e assim irá ingressar na eternidade. A opção pelo batismo é definitiva, irreversível, não admite recuo." (GONZAGA, op. cit., p.186).

⁵⁷⁴QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.63-64.

⁵⁷⁵QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.11.

⁵⁷⁶Contra os islâmicos a Igreja exortará os cristãos para partirem rumo a uma 'guerra santa' porque os 'infieis' ocuparam Jerusalém e o Santo Sepulcro (BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A inquisição**. Tradução de: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001. p.19-20).

⁵⁷⁷QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.10 e 11.

⁵⁷⁸QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.11.

⁵⁷⁹BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.140.

argumento para subjugar tanta gente.⁵⁸⁰ Esse poder estabeleceu que a ideologia social seria ditada pelo clérigo (*oratores*) enquanto os trabalhadores manuais (*laboratores*) deviam resignar-se com o trabalho.⁵⁸¹ Também não interessava o conteúdo das contestações, mas sim o perigo que representavam à hierarquia, disciplina e ordem da Igreja. As pessoas deveriam simplesmente obedecer.⁵⁸²

A partir do ano 1000, uma série de convulsões ocorridas na Europa passaram a ameaçar o poder clerical. Léotard na Gália (1000), os *maniqueus* na Aquitânia (1018), os clérigos eruditos em Órleans (1022), a comunidade de Monteforti (1028) e tantos outros, pobres ou ricos, leigos ou clérigos, trouxeram idéias subversivas à doutrina eclesiástica.⁵⁸³

Interessante observar que, dentre os grupos acusados de heresia, o movimento bogomilo, v.g., possuía idéias nitidamente contrárias à estigmatização: não eram favoráveis ao materialismo e ao casamento; homens e mulheres confessavam os pecados e se absolviam; pregavam a humildade, mas também que o povo deveria

⁵⁸⁰"A Igreja só pode manter-se pela certeza de que é a verdadeira herdeira do Cristo, de que os caminhos que levam a Deus passam pela sua autoridade. É imprescindível a convicção da morte individual, de que o indivíduo ressuscitará e será julgado por seus atos aqui na terra, segundo as prescrições divinas, que são as da Igreja. Assim como Deus no céu, o papa aqui na terra tinha o poder de atar e desatar, de estabelecer os laços do visível com o invisível, a unidade dos dois mundos. Qualquer dúvida a respeito de qualquer um desses pontos transformaria a Igreja, enquanto instituição, numa impostura, em apenas mais um poder temporal exercendo sua autoridade sobre grupos sem meios para resistir." (QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.9).

⁵⁸¹QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.20.

⁵⁸²QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.31-32. "Ao estudar hoje a heresia, não devemos nos enganar imaginando que os limites entre ortodoxia e heterodoxia fossem muito nítidos no pensamento da maioria das pessoas." (QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.45).

⁵⁸³QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.18-22. Antes disto já eram registrados outros movimentos desviantes da doutrina da Igreja: no século II o gnosticismo e a corrente montanista; no século III o maniqueísmo e o donatismo; no século IV o priscilianismo e o arianismo; no século V o pelagianismo, etc. (GONZAGA, op. cit., p.92).

desobedecer aos senhores; contestavam os ricos, o imperador, os nobres e os conselheiros e proibiam os escravos de obedecer às ordens senhoriais.⁵⁸⁴

No ano de 1075, Gregório VII proclama a supremacia do poder religioso sobre o civil,⁵⁸⁵ com o intuito de desatar as amarras que ainda restavam e impediam o predomínio absoluto da Igreja. De outro lado, a Paz de Deus e a Trégua de Deus, ao estabelecer os dias permitidos para a guerra, ceifavam também o poderio dos senhores feudais desde 990.⁵⁸⁶

Os movimentos emancipatórios vinham crescendo na Europa, em especial o dos cátaros⁵⁸⁷ que se radicaram principalmente no sul da França – região denominada de Languedoc⁵⁸⁸ – e sustentavam a necessidade de viver como pobres, ter integridade e probidade.⁵⁸⁹ Estas pessoas que se revoltaram contra a Igreja eram estigmatizados como 'arianos' e foram visitados por Bernardo de Clairvaux (São Bernardo)⁵⁹⁰ que pratica uma espécie de policiamento que vai se estender nos próximos séculos, tendo como exemplos a expedição do irmão Guy, de Pedro de Costelnau, do Abade Arnald-Amaury e de tantos outros que lideravam militares e

⁵⁸⁴QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.25.

⁵⁸⁵QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.21.

⁵⁸⁶QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.21-22.

⁵⁸⁷Cátaro vem do grego *katoroi* e quer dizer 'puro' (QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.40). "O fundamento espiritual dos cátaros baseava-se também na dualidade da alma pura e do mundo mau. Os cataros têm em sua doutrina muitos pontos em comum com os bogomilos. No século X, os bogomilos já se consideravam habitantes do céu, pois o homem puro não tem raízes numa natureza terrestre, sua melhor parte é celeste e imaterial." (QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.49). "A mais nefasta heresia porém foi a do catarismo, que representou sério e duradouro desafio para a Igreja." (GONZAGA, op. cit., p.94).

⁵⁸⁸QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.35.

⁵⁸⁹BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.33. Em sentido contrário, João Bernardino Gonzaga, que faz severas críticas ao movimento, pois segundo o autor "...os cátaros levariam ao enfraquecimento, ou quiçá ao perecimento da sociedade, porque rejeitavam a procriação humana." (GONZAGA, op. cit., p.110).

⁵⁹⁰QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.37.

mercenários que excomungavam hereges, confiscavam terras que eram então doadas para os 'bons cristãos' e matavam e humilhavam os rivais.⁵⁹¹ Arnald-Amaury, v.g., comandou um massacre que matou quinze mil pessoas somente em Béziers. Quando perguntaram a Arnald-Amaury como distinguir os hereges dos fiéis católicos, ele respondeu: "Matai todos eles. Deus reconhecerá os seus."⁵⁹² Os heréticos capturados vivos eram geralmente queimados na fogueira.⁵⁹³

2.10.4 Tribunal do Santo Ofício

Inocêncio III estabeleceu no ano de 1215 uma série de medidas para combater os albigenses que se revoltaram no sul da França.⁵⁹⁴ Mas elas não foram suficientes e o Papa Gregório IX instituiu em 1231 o Tribunal do Santo Ofício.⁵⁹⁵ Para que o pecador expie o seu pecado por meio da penitência, ele deve confessar. A suposta verdade material, que nada mais era do que a verdade do poder da Igreja, deveria ser buscada a qualquer preço; e o foi, por intermédio da tortura, da confissão, da vigilância dos atos privados, da prisão...⁵⁹⁶ Qualquer meio seria empregado para a afirmação da autoridade da Igreja.⁵⁹⁷ A nova instituição era mais sinistra do que o exército cruzado que combateu os hereges.⁵⁹⁸

⁵⁹¹QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.64-66.

⁵⁹²BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.29.

⁵⁹³QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.66 e segs.

⁵⁹⁴QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.69.

⁵⁹⁵"O Concílio faz a sua opção (o pano de fundo era a manutenção do poder); e o novo sistema paulatinamente assume sua fachada, constituindo-se os Tribunais da Inquisição, com base efetivamente jurídica, pela *Constitutio Excomuniamus* (1231), do Papa **Gregório IX**, para consolidar-se com a Bula *Ad extirpanda*, de **Inocêncio IV**, em 1252." (MIRANDA COUTINHO, **Crítica...**, op. cit., p.22-23) A Bula *Ad Extirpanda* "...disciplinou os métodos investigatórios e colocou o Poder civil às ordens da Igreja." (GONZAGA, op. cit., p.143).

⁵⁹⁶MAIER, op. cit., p.57.

⁵⁹⁷MAIER, J op. cit., p.57.

⁵⁹⁸BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.32 e segs.

A morte na fogueira era a forma preferida de punição, provavelmente porque os romanos castigavam desde outrora com a morte nas chamas o sacrilégio e a bruxaria.⁵⁹⁹ A população começou a se divertir com a queima dos hereges.⁶⁰⁰ O estigma era tão forte que os heréticos não podiam ser enterrados em solo sagrado. Suas terras (ou dos simpatizantes) eram confiscadas, as casas destruídas e transformadas em depósitos de lixo. Seus filhos perdiam direito à herança. Eram açoitados e humilhados, às vezes carregando cruzes costuradas sobre a roupa.⁶⁰¹

2.10.5 A Polícia Inquisitorial

A 'polícia' de Gregório IX foi a ordem dos dominicanos (*dominicaní* ou 'cachorros de Deus') – fundada por Dominic de Guzmán, depois: São Domingos –, responsáveis pelo combate às heresias.⁶⁰² Instalaram-se em Toulouse (1230) investigando suspeitos de heresia ou heterodoxia e desenterrando ossos de heréticos.

⁵⁹⁹BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.46.

⁶⁰⁰BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.47.

⁶⁰¹BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.49. Neste sentido: QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.71-72. "Todos aqueles que entrassem em contato com heréticos deveriam ser punidos; quem não jurasse ser um bom católico, não denunciasse heréticos a cada dois anos ou não fosse comungar ou confessar-se pelo menos três vezes ao ano, era suspeito de heresia. Depois de 1229, qualquer livro sacro, Bíblia, breviário ou livro de horas, em língua que não fosse o latim, ficou proibido. Durante os processos inquisitoriais não era, tampouco, permitida defesa legal e o apelo à sentença era proibido." (QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.72).

⁶⁰²Em "...1215, Dominic viajou para Roma e assistiu ao Quarto Concílio de Latrão. Ali, o Papa Inocêncio III deu eco à sua insistência na importância do estudo teológico em qualquer pregação da fé. Também endossou o estabelecimento oficial da Ordem dos Dominicanos, mas morreu antes que isso pudesse ser posto em prática. Em dezembro de 1216, os dominicanos foram formalmente estabelecidos pelo novo pontífice, Honório III." (BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.36). "No que diz respeito a matéria policial, as autoridades eclesiásticas, através dos Cânones, antecipando o direito romano, possuíam também o poder inquisitorial, objetivando no início os crimes aplicados aos processos de heresia e, posteriormente, estendido a todos os crimes. Tudo isso, em virtude da influência mística junto à realeza, fazendo com que os mesmos obtivessem independência, proibindo aos juizes imiscuírem-se em questões envolvendo a Igreja." (AZKOUL, Marco Antonio. **A polícia e sua sunção constitucional**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p.9. Neste sentido: MORAES, Bismael B. **Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária**. São Paulo: RT, 1986. p.20).

Atuaram também na Alemanha e Itália. Fundaram no Languedoc o primeiro Tribunal permanente da Inquisição (1233-34).⁶⁰³ Ordenaram penitências, a exumação e a queima de cadáveres e a condenação à fogueira.⁶⁰⁴ A filosofia de Dominic era a da 'conversão ou morte'.⁶⁰⁵ Agiram de forma tão contundente que tiveram de sair de Carcassone e Toulouse. Praticaram espionagem e armazenamento de informações e possuíam inúmeros frades que eram preparados para o exercício destas funções, além de serem altamente doutrinados pela Ordem com estudos de teologia e o treinamento para perseguirem hereges. Sem embargo, Dominic morreu em Bolonha no ano de 1221 e foi canonizado em 1234, mas a Ordem dos Dominicanos já contava com mais de cem casas com uma disciplina que beirava o fanatismo: depois que alguém entrasse na Ordem, dificilmente sairia.⁶⁰⁶ Quem canonizou Dominic foi o seu amigo, o Papa Gregório IX, que também emitiu uma Bula conferindo aos dominicanos poder para extinguir as heresias.⁶⁰⁷ Os frades eram então enviados para perseguir hereges e agiam como se fossem policiais⁶⁰⁸ e tinham poderes demasiado fortes, pois podiam prender suspeitos de heresia e sentenciá-los à morte sem apelação.⁶⁰⁹ O policial e o juiz confundiam-se numa só pessoa. As execuções eram sumárias.⁶¹⁰ Sob a égide de

⁶⁰³QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.72.

⁶⁰⁴QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.72-73.

⁶⁰⁵"Mesmo os mais simpáticos dos biógrafos de Dominic admitem que ele foi muitas vezes chamado a julgar suspeitos de catarismo, para convertê-los à Igreja ou – se a tentativa falhasse – mandá-los para as chamas. Ele assistiu à queima de inúmeros hereges, e parece ter acomodado muito facilmente sua consciência com essas mortes." (BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.35).

⁶⁰⁶BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.37.

⁶⁰⁷BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.38.

⁶⁰⁸BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.38.

⁶⁰⁹"Em virtude do édito do Papa, Inquisidores dominicanos receberam autoridade papal para prender suspeitos de heresia sem qualquer possibilidade de apelação – e assim, com efeito, pronunciar sumárias sentenças de morte." (BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.39). A atuação da Inquisição era cada vez mais independente dos bispos locais, fato que gerava, por vezes, atritos dentro da Igreja. (BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.39-40).

⁶¹⁰BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.42).

um procedimento formal e oficial, sucediam-se investigação, indiciamento, tortura e julgamento, nem sempre nesta ordem, mas a ideologia era fundamentada no 'bem-estar espiritual'. Se alguma 'irregularidade' ocorresse, como, v.g., a morte prematura de alguém, havia a permissão do Papa Alexandre IV (1254-61) de absolverem-se os inquisidores uns aos outros.⁶¹¹

2.10.6 Princípios e Métodos da Inquisição

Relativamente aos 'princípios' de investigação, acusação, apuração probatória e sentença, pode-se dizer que os critérios variavam.⁶¹² O inquisidor

⁶¹¹BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.45.

⁶¹²"Ao chegar a uma determinada localidade, os Inquisidores se instalavam num ou noutro quartel-general temporário, e ali começavam a ouvir confissões e denúncias. O sistema oferecia uma oportunidade muitas vezes irresistível para acertos de contas, soluções de velhas brigas, lançar inimigos em apuros. As esposas eram freqüentemente estimuladas a denunciar os maridos, os filhos a denunciar os pais. Testemunhas eram convocadas para apoiar testemunhos e depoimentos iniciais. Se um indivíduo era implicado por duas outras pessoas, um funcionário se apresentava a ele com uma intimação para comparecer perante o tribunal da Inquisição. Essa intimação era acompanhada por uma declaração por escrito da acusação contra ele. Os nomes dos acusadores e das testemunhas, porém, jamais eram citados." (BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.50-51). Para punir *apostasia, heresia, simonia, cisma e sacrilégio*, o tabelamento das provas é aplicado. *"Las exigencias para condenar que imponía la ley debieron conducir naturalmente a aceptar la tortura del reo para que confesara, pues, de otra manera, debió resultar muy difícil condenar; por ejemplo, cuando la acción no había sucedido en presencia de dos o tres testigos, o no existían suficientes indicios coincidentes de acuerdo a la forma en que se había llevado a cabo el crimen, como lo exigía la ley. De allí que la confesión adquiriera un valor superior dentre todos los medios de prueba."* Tradução livre: "As exigências para condenar que a lei impunha deveriam conduzir naturalmente a aceitar a tortura do réu para que confessasse, pois, de outra maneira, deveria resultar muito difícil condenar; por exemplo, quando a ação não havia sucedido na presença de duas ou três testemunhas, ou não existiam suficientes indícios coincidentes de acordo com a forma que se havia levado a cabo o crime, como o exigia a lei. Daí que a confissão adquirira um valor superior dentre todos os meios de prova." (MAIER, op. cit., p.64).

O direito inquisitório francês (1670), v.g., caracteriza-se pela substituição do critério da convicção pessoal (íntima) pela teoria das provas legais *"...consistente en la determinación legal de los elementos probatorios con los que se debe contar para estimar como cierto un hecho."* Tradução livre: "...consistente na determinação legal dos elementos probatórios com os quais se deve contar para estimar como certo um fato." (MAIER, J.B.J. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p.89). *"De allí que, verificado un hecho punible y existiendo indicios que fundaran la sospecha sobre él (prueba semiplena), el camino indicado era su propia confesión voluntaria o su sometimiento a los tormentos."* Tradução livre: "Daí que, verificado um fato punível e existindo indícios que fundaram a suspeita sobre ele (prova semiplena), o caminho indicado era a sua própria confissão voluntária ou a sua submissão aos tormentos." (MAIER, op. cit., p.91-92).

detestava admitir que errou numa acusação, podendo forçar alguém a confessar só para confirmar o seu entendimento. Entendimento esse que partia de premissas falsas, forjadas pelo imaginário de um quadro que, se não fosse ignorante seria patológico.⁶¹³ Mas o delito e o delinqüente eram facilmente produzidos conforme a necessidade de justificar a condenação baseada em fantasmas e, o inquirido só podia responder com docilidade.⁶¹⁴ A confissão viria facilmente com as torturas impingidas. Ironicamente, a confissão colhida sob tortura denominava-se livre e espontânea.⁶¹⁵ O lema dos mais austeros incluía "queimar cem inocentes se houvesse um culpado entre eles".⁶¹⁶ Quase todos os métodos eram admitidos para se obter a confissão: do confinamento à masmorra com pão e água⁶¹⁷ até o induzimento ideológico por inquisidores bem preparados. Os inquisidores utilizavam técnicas que ensinaram os policiais do futuro a fazer o jogo do 'duro' e 'mole': o que trata mal, tortura e aquele que vem depois prometendo que o acusado será salvo, desde que entregue outras pessoas.⁶¹⁸ O Tribunal era composto de inquisidor, guardas e escrivão.⁶¹⁹ A execução das sentenças cabia às autoridades civis ou seculares que sempre recebiam um pedido meramente formal de mitigação da pena por parte do clero; mas é claro que todos sabiam que o destino seria a estaca, e esta encenação servia apenas como uma demonstração ilusória de caridade.⁶²⁰ Conrad

⁶¹³MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; CARVALHO, Edward Rocha de. O absurdo das denúncias genéricas (ou, o mágico de Oz e o Estado Leviatã, uma simbiose sinistra). In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004. p.141.

⁶¹⁴CORDERO, **Guida...**, op. cit., p.51-52.

⁶¹⁵BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.51-53.

⁶¹⁶BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.55.

⁶¹⁷GONZAGA, op. cit., p.97.

⁶¹⁸BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.133.

⁶¹⁹GONZAGA, op. cit., p.120.

⁶²⁰BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.54.

de Marburg, importante inquisidor, considerava a tortura física e mental como um caminho rápido para a salvação. Há uma provável tradição de que o derramamento de sangue era evitado (século IX), então, utilizava-se o 'saca-unhas', o *strappado*, a 'tortura da água' etc.⁶²¹ Os hereges já sepultados eram exumados e queimados, fato que revoltava em demasia os seus parentes.⁶²² A aparição dos inquisidores era às vezes anunciada, outras não. Instalavam-se o Tribunal e o terror, e criava-se um ambiente propício para que o herege confessasse e fosse perdoado pagando penitência, desde que delatasse outros hereges.⁶²³ Não se podia confiar em ninguém. As instituições mais repressoras como a Polícia Secreta de Stalin, da SS e da Gestapo nazistas teriam se inspirado em técnicas da inquisição.⁶²⁴

2.10.7 Penitências

Uma das penitências mais brandas era altamente estigmatizadora: o herege que fosse confessar aparecia na Igreja carregando uma vara, despia-se e apanhava do padre perante toda a congregação. Depois apanhava em todo o primeiro domingo de cada mês nas casas dos hereges que houvera encontrado. Também era açoitado durante o acompanhamento da procissão nos dias santos. Este castigo durava 'o resto da vida', salvo se um dia qualquer o inquisidor passasse pela cidade e o perdoasse.⁶²⁵ Outra espécie de penitência era a condenação à

⁶²¹BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.45.

⁶²²BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.46.

⁶²³BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.47. "Quando ele se instalava em certa cidade, o primeiro ato consistia em apregoar a sua presença e reunir os fiéis, exortando-os a, sob juramento, se comprometerem a indicar os hereges e as pessoas suspeitas que conhecessem." (GONZAGA, op. cit., p.120-121).

⁶²⁴BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.47.

⁶²⁵BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.48.

peregrinação durante anos⁶²⁶ ou então o envio para guerrear como cruzado na Terra Santa.⁶²⁷

Uma das formas de corrupção dos inquisidores ocorreu com a possibilidade de imposição de pena de multa aos hereges. Isto possibilitava tantos subornos que o Papa tentou proibir (1251), mas a vedação não prosperou.⁶²⁸

2.10.8 O Papel da Mulher

Neste labirinto de horror em que viviam os estigmatizados religiosos, um outro estigmatizado, a mulher, tinha ainda maiores aflições. A mulher era a preferida para ser acusada de bruxaria.⁶²⁹ Todas eram suspeitas: a bonita, a feia, a parteira, a solteirona e a portadora de deficiência. A seduzida e abandonada era acusada de pedir proteção ao demônio. Se uma criança nascia morta, a parteira era acusada de tê-la oferecido ao demônio. A parteira era particularmente perseguida devido à 'concorrência' de autoridade com o padre, pois ela era conselheira das mais jovens.⁶³⁰ Durante muito tempo a Igreja sequer admitiu que a mulher tivesse alma e até hoje ela não pode exercer o sacerdócio.⁶³¹ Este perfil ocorrerá em quase toda a Europa.

Para dominar a mulher, que é importante transmissora de cultura, e por conseguinte atingir a população em geral, os manipuladores do estigma religioso

⁶²⁶"Havia duas formas de peregrinação. A 'menor' implicava uma caminhada até dezenove santuários espalhados por toda a França, em cada um dos quais o penitente era açoitado. A peregrinação 'maior' envolvia uma longa viagem – do Languedoc a Santiago de Compostela, a Roma, a Colônia, a Cantuária. No século XIII, penitentes eram às vezes enviados em peregrinação à Terra Santa como cruzados, por alguma coisa entre dois e oito anos." (BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.49).

⁶²⁷BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.49.

⁶²⁸BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.49.

⁶²⁹BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.123.

⁶³⁰Quando a criança nascia deformada também aquela que ajudou a realizar o parto era responsabilizada por bruxaria. (BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.128).

⁶³¹BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.270.

aumentaram o poder patriarcal e tornaram ainda mais subordinada a mulher que recebeu rigorosa disciplina social.⁶³²

2.10.9 A Inquisição no Mundo

A Inquisição não encontrou, porém, terreno fértil na Inglaterra e Escandinávia. O direito penal não era derivado de Roma e a tortura vedada, decidindo-se a culpa por intermédio do Júri no direito inglês.⁶³³

Na Alemanha o movimento protestante de Martinho Lutero (1517) fez decair a Inquisição que já perdia a força no seu tempo.⁶³⁴

Na Espanha, com o objetivo de 'garantir' a unificação da nação, Fernando e Isabel perseguiram islâmicos, judeus e hereges.⁶³⁵ A política era o escopo principal da Inquisição espanhola que servia quase exclusivamente ao seu reinado e não tanto à Igreja, fato que gerou inúmeros atritos entre ambos.⁶³⁶ O personagem mais importante foi Tomás de Torquemada, um dominicano nomeado pelo Papa em 1482

⁶³²"*Por su función de transmisoras de cultura, era indispensable controlar y subordinar a las mujeres para la eliminación de los elementos paganos disfuncionales de arrastre.*" Tradução livre: "Por sua função de transmissoras de cultura, era indispensável controlar e subordinar as mulheres para a eliminação dos elementos pagãos disfuncionais de arrastão." (ZAFFARONI, El discurso..., op. cit., p.23).

⁶³³BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.59. Neste sentido: GONZAGA, op. cit., p.26.

⁶³⁴GONZAGA, op. cit., p.161.

⁶³⁵"Para mais ainda complicar as coisas, nesse exato momento nova onda islâmica vinha rolando e crescendo ameaçadoramente pela Europa central, a justificar o temor de que outra vez poderia submergir a Espanha." (GONZAGA, op. cit., p.176 e segs.) Para um setor mais extenso da comunidade hispano-cristã, o objetivo era o de "...substituir uma comunidade muçulmana por outra cristã..." (CORTAZAR, Garcia de. **História rural medieval**. Tradução de: Maria Helena Costa Dias. Lisboa: Estampa, 1996. p.67).

⁶³⁶BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.81 e segs. Neste sentido também João Bernardino Gonzaga que se refere também a 'medidas policialescas' adotadas contra a Reforma na Espanha. GONZAGA, op. cit., p.188, 192 e 215. "Dentre os autores proibidos, figuraram Erasmo, Savonarola, Maquiavel, Boccaccio, Gil Vicente, Rabelais, Tomás Moro e, mais adiante, os enciclopedistas franceses. Outros, como Dante e Cervantes, tiveram tão-só amputadas algumas passagens das suas obras." (GONZAGA, op. cit., p.217).

e que se tornou Inquisidor Geral, responsável pelo comando de toda a jurisdição da Inquisição na Espanha.⁶³⁷ A sua polícia era composta de 250 homens armados e cinquenta guardas montados.⁶³⁸ Nesta Inquisição, que também era acusada de extorsões e fraudes,⁶³⁹ havia uma prisão para cada sede de província (eram aproximadamente vinte e uma) e os presos eram acorrentados em solitárias. Muitos enlouqueciam ou morriam, às vezes praticando o suicídio quando isso era possível e, mesmo assim, as condições das prisões seculares eram ainda piores.⁶⁴⁰ A estrutura básica de interrogatório e investigação era constituída de escrivão, secretário, inquisidores, representante do bispo local, médico, torturador e carrasco. O suspeito só poderia ser torturado uma vez, então, empregava-se o artifício de 'suspender' a sessão para continuar mais tarde.⁶⁴¹ A Inquisição Espanhola foi abolida em 1808 por ordem de Napoleão. Mais tarde foi restaurada por Fernando VII (1814), mas houve um decreto de supressão após as instalações dos inquisidores terem sido invadidas e saqueadas.⁶⁴²

Refletindo os preconceitos sociais da época, a famosa Inquisição Espanhola consistia na grande polícia da Espanha que controlava a 'alma' de todos, de forma exemplar.⁶⁴³

⁶³⁷BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.82 e 83. Neste sentido: RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.10.

⁶³⁸BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.84.

⁶³⁹BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.85.

⁶⁴⁰BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.88. "Havia casos de criminosos comuns que confessavam heresia, a fim de fazer-se transferir de uma prisão secular para uma da Inquisição." (BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.88).

⁶⁴¹BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.88-89.

⁶⁴²BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.99-100.

⁶⁴³GONZAGA, op. cit., p.115 e 118.

Portugal seguiu o mesmo caminho da Espanha, discriminando pessoas e tentando realizar uma 'limpeza de sangue' por intermédio do Santo Ofício. Destaque-se o ataque aos judeus que ocupavam postos relevantes na Administração portuguesa, nas universidades, no clero...⁶⁴⁴ Marcava-se, v.g., as minorias religiosas com sinais nas roupas. O Título XCIV, do Livro V das Ordenações Filipinas não deixa dúvidas:

Os Mouros e Judeos, que em nossos Reinos andarem com nossa licença, assi livres, como captivos, trarão sinal, per que sejam conhecidos, convém a saber, os Judeos carapuça, ou chapéu amarello, e os Mouros huma lua de panno vermelho de quatro dedos, cosida no hombro direito, na capa e no pelote.

E o que o não trouxer, ou o trouxer coberto, seja preso, e pague pola primeira vez mil réis da Cadêa. E pola segunda dous mil réis para o Meirinho, que o prender. E pola terceira, seja confiscado, ora seja captivo, ora livre.

Nos séculos XVI e XVII o saldo de tanta perseguição religiosa na Europa foi a miséria e a convulsão social, gerando tantos mendigos que a pena de morte para esses casos seria completamente inviável.⁶⁴⁵

Na Itália do século XV, o Papa Alexandre VI fazia uma gestão considerada corrupta e de desmandos, adjetivada inclusive como escandalosa. Neste ambiente surge um pastor evangélico que iria pregar o oposto de tudo isto e sobrelevar os valores espirituais. Trata-se de Joaquim Savonarola.⁶⁴⁶ Savonarola sustentava a necessidade de purgação da Igreja, renovação e recondução às origens divinas, puras e imaculadas. Conta-se que na Piazza della Signoria (Firenze), no Carnaval, ele teria feito grande fogueira com máscaras, fantasias, jóias e outros objetos de luxo para simbolizar o combate a tudo o que era mundano.⁶⁴⁷ Nesse momento, porém, a 'polícia' estava

⁶⁴⁴GONZAGA, op. cit., p.231.

⁶⁴⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas alternativas. São Paulo: RT, 1993. p.23.

⁶⁴⁶QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.86-87.

⁶⁴⁷"O próprio Savonarola estendeu a mão, com a tocha ardente, que brandia com iras celestes, e a um toque ardeu, durante horas, com as labaredas lambendo os palácios vizinhos, a mais bela e faustosa fogueira de todos os tempos!" (RUSSOMANO, Mozart Victor. **A volta do viajante apressado**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1999. p.78).

representada pelos franciscanos, que eram inimigos de Savonarola, e este foi preso, levado à Inquisição, condenado à morte e posteriormente queimado.⁶⁴⁸

Seguidor das idéias de Savonarola, Pedro Bernardino (Bernardino de Fanciulli) também era convicto da modéstia e austeridade e contrário à riqueza e à corrupção e à 'glória do mundo'. Muitos foram os seus seguidores – ricos e pobres –, mas teve o mesmo destino de Savonarola. Bernardino e seus companheiros foram presos em 1502, condenados por heresia e sodomia à pena de morte na fogueira.⁶⁴⁹

Nas terras descobertas do Novo Mundo a Inquisição não contava com tantos judeus, muçulmanos ou hereges para perseguir, passando então a atuar como 'polícia secreta' ou 'agência de espionagem moderna'.⁶⁵⁰ Na América do Sul e Central a maioria dos julgamentos era por blasfêmia, crimes sexuais e superstições. O restante por caracterização judaica, prática de rituais índios por cristãos, alquimia, astrologia, cabala, pensamento esotérico e outras formas de heterodoxia.⁶⁵¹ No México, no final do século XVIII, a 'polícia secreta' da Inquisição reprimia a adoção de idéias iluministas ou provenientes da Grã-Bretanha ou dos Estados Americanos livres.⁶⁵² Mas a legitimidade das medidas sempre poderia ser questionada porque os inquisidores não eram divindades, mas seres humanos... assim, na região da Colômbia, v.g., o Inquisidor enviado envolveu-se em escândalos sexuais.⁶⁵³

A tendência nos próximos séculos será esta: policiar violentamente a inspiração e condená-la. A polícia se desenvolve neste ambiente de poder e

⁶⁴⁸QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.87.

⁶⁴⁹QUEIROZ, T. A. P. de, op. cit., p.88.

⁶⁵⁰BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.102.

⁶⁵¹BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.102 e 103.

⁶⁵²BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.106 e 107.

⁶⁵³BAIGENT e LEIGH, op. cit., p.111.

estigmas. A estrutura policial e jurídica investigará e castigará qualquer pensamento desviante que se demonstre heterodoxo.⁶⁵⁴

A estigmatização levada a termo pela Igreja Católica não é de sua exclusividade, ao contrário, é característica de um duradouro período da humanidade, que mescla poder e religião.⁶⁵⁵ Assim é que a Reforma atuante na França e na Alemanha fez com que protestantes e católicos se enfrentassem, culminando com inúmeras mortes. Até o predomínio do cristianismo, eram os cristãos os estigmatizados e mortos em Roma. O islamismo também subjugou o cristianismo na Ásia Menor, Norte da África e parte da Europa. Calvinistas lutaram contra católicos. Ainda por motivos religiosos, ocorreram as batalhas da Índia contra o Paquistão, há conflitos em Israel, nos países árabes e nos países comunistas. Nos Estados Unidos a *ku klux klan* não tolera pessoas que não sejam de cor branca, origem saxã e protestante etc.⁶⁵⁶ Os judeus foram estigmatizados por vários povos: por egípcios e gregos, romanos cristãos ou não, árabes, alemães⁶⁵⁷, ingleses⁶⁵⁸, ibéricos⁶⁵⁹ etc.

⁶⁵⁴RÍO, Alfredo gil del. **La santa inquisición**: sus principales procesos contra la brujería en España. Madrid: Edimat, 1999. p.9. *"En la biblioteca del Archivo Histórico Nacional celosamente conservados se encuentran antiguos legajos que nos pueden hacer revivir antiguos procesos en curiosa estructura jurídica y policial. Y por doquier aquellos documentos se han convertido en un manantial donde escritores e investigadores intentaran hallar una luz para el conocimiento de una época en que las actuaciones del Santo Oficio respondían a una conducta de intransigencia religiosa en la que cualquier desviación suponía un pensamiento heterodoxo que debía ser duramente castigado."* Tradução livre: "Na biblioteca do Arquivo Histórico Nacional zelosamente conservados encontram-se antigos legados que nos podem fazer reviver antigos processos em curiosas estrutura jurídica e policial. E aqueles documentos transformaram-se em um manancial de onde escritores e investigadores tentaram encontrar uma luz para o conhecimento de uma época em que as atuações do Santo Ofício respondiam com uma conduta de intransigência religiosa por qualquer desvio que apresentasse um pensamento heterodoxo que devia ser duramente castigado." (RÍO, op. cit., p.9).

⁶⁵⁵GONZAGA, op. cit., p.61.

⁶⁵⁶João Bernardino Gonzaga lembra muito bem estes conflitos decorrentes de argumentos religiosos. (GONZAGA, op. cit., p.62 e 63).

⁶⁵⁷GONZAGA, op. cit., p.66.

⁶⁵⁸GONZAGA, op. cit., p.75.

⁶⁵⁹GONZAGA, op. cit., p.77 e segs.

Estigmas religiosos não são derivados da Igreja ou dos Ideais Cristãos ou de outras prescrições religiosas altamente valorosas, mas sim de pessoas e interesses, temores e obscurantismo.⁶⁶⁰

2.11 PERSPECTIVAS MODERNAS E CONTEMPORÂNEAS

2.11.1 Período Humanitário e Revisão de Conceitos

O período que antecede o Iluminismo é marcado pela tortura legal como forma de investigação e prisão⁶⁶¹ em quase todos os países da Europa e pelo cerceamento de idéias científicas. O Estado é gigante e absoluto, assim como absoluto é o governante, que tudo pode. Este verdadeiro 'Estado de Polícia' estava comprimindo cada vez mais a dignidade humana.⁶⁶² Giordano Bruno, v.g., foi morto porque afirmava que o sol era apenas mais uma estrela no céu, isto é, segundo ele, haveria outras estrelas. Galileu Galilei, em razão de suas descobertas científicas, foi condenado à prisão domiciliar e a afirmar que estava errado. A Igreja Católica

⁶⁶⁰ "Se pueden oscurecer conceptos de cualquier teoría para ponerlos al servicio de la arbitrariedad: esto no es cuestión de teorías sino de ideologías y hombres, temor y ambiciones, honestidad y deshonestidad, claridad y confusión de conceptos." Tradução livre: "Podem-se obscurecer conceitos de qualquer teoria para colocá-los a serviço da arbitrariedade: isto não é questão de teorias senão de ideologias e homens, temor e ambições, honestidade e desonestidade, clareza e confusão de conceitos." (ZAFFARONI, **Tratado...**, op. cit., v.3, p.41).

⁶⁶¹ Nesse sentido: BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p.98. BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.18 e segs. Michel Foucault aborda a execução de Damiens, condenado no ano de 1757 como exemplo de tortura como sanção penal. (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 9.ed. Tradução de: Ligiam Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1991. p.11 e segs.)

⁶⁶² AQUINO, J. C. G. X.; NALINI, J. R. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. p.12.

somente reconheceu o equívoco no ano de 1992, quando então Galileu e Copérnico foram verdadeiramente justificados.⁶⁶³

O século XVII contou com o jusnaturalismo de Hugo Grotius e Pufendorf sustentando idéias, v.g., de retirar o caráter punitivo de transgressões religiosas ou de pensamentos; de responsabilidade penal individual e não coletiva etc.⁶⁶⁴ A obra *De Jure Belli ac Pacis*, de Grotius, é de elevada tendência humanitária.⁶⁶⁵ Mas o Século das Luzes – século XVIII – não encontra precedentes no sentido de disseminação de valores de respeito aos direitos humanos.⁶⁶⁶ A instabilidade religiosa na Europa (Reforma e Contra-Reforma) passa a ter um contraste, na razão, que substitui os dogmas até então vigentes.⁶⁶⁷ O mundo ocidental será influenciado pelo pensamento de filósofos como Rousseau, Voltaire, Diderot, Montesquieu e Marat. A queda da Bastilha, no quatorze de julho, representou bem mais do que o domínio popular de uma prisão política que continha apenas sete prisioneiros: dois portadores de deficiência mental, um condenado por crimes sexuais e quatro

⁶⁶³"Soltanto nel 1992 la Chiesa Cattolica há riconosciuto che la condanna contro Galileo fu ingiusta, e che lui e Copernico avevano ragione. La verità può impiegare diverso tempo prima di riuscire vittoriosa, ma in genere, alla fine, ci riesce." Tradução livre: "Somente em 1992 a Igreja Católica reconheceu que a condenação de Galileu foi injusta, e que ele e Copérnico tinham razão. A verdade pode demorar antes de sair-se vitoriosa, mas em geral, no final, consegue." (NEWTH, Eirik. **Breve Storia della Scienza: la Ricerca della Verità**. Firenze: Salani, 1998. p.119).

⁶⁶⁴RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. Proêmio à segunda edição, da obra de CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2.ed. Tradução de: Eliana Granja...et al. São Paulo: RT, 1995. p.16-17.

⁶⁶⁵MESTIERI, J. **Teoria elementar do direito criminal**. Rio de Janeiro: Ed. do Autor, 1990. p.54.

⁶⁶⁶BACILA, Carlos Roberto. A violação dos direitos humanos e o estigma do suspeito e do policial. In: BONATO, Gilson (Coord.). **Direito penal e processual penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.16.

⁶⁶⁷GLEISER, Marcelo. **A dança do universo**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p.192-193.

condenados por estelionato.⁶⁶⁸ Significou, em verdade, o rompimento de estigmas de uma sociedade dividida em classes quase estanques, isto é, a nobreza, o clero e o terceiro Estado (povo). Este último só se fazia representar pela burguesia porque a grande parte do povo – as pessoas pobres – estava excluída.⁶⁶⁹ Aliás, um dos fatores que gerou a Revolução Francesa foi a crise social causada pela pobreza, o desemprego e a fome, que fizeram com que inúmeros franceses pedissem esmolas nas estradas.⁶⁷⁰ Mas a Revolução Francesa é um fenômeno complexo que representa, acima de tudo, um grito de liberdade e a decadência do despotismo da forma com que

⁶⁶⁸"Dissipada a embriaguez da vitória, vieram à tona os nomes desses prisioneiros e os motivos pelos quais se encontravam na Bastilha. Soube-se então que dois deles eram doentes mentais: o primeiro, Tavernier, o ancião de longas barbas brancas que tanto comovera a todos, fora segregado na Bastilha como cúmplice de Damiens, o fanático que atentara contra a vida de Luís XV, e que fora esquartejado, na praça de Grève; o segundo, o conde de Whyte de Malleville, que devia estar no hospício de Charenton, mas fora recolhido à Bastilha por privilégio, a pedido de sua família. Um terceiro, o conde de Solages, encontrava-se na Bastilha desde 1784, transferido da prisão de Vincennes, cumprindo pena por odiosos crimes sexuais. E, finalmente, os quatro prisioneiros restantes eram estelionatários, à disposição do tribunal do Grand-Châtelet havia dois anos por falsificarem letras de câmbio. Eram eles Jean La Corrèze (o cliente de Thuriot), Jean Béchade, Jean-Antoine Pujade e Bernard la Roche." (NUNES, Danilo. **A Bastilha e a Revolução**. Rio de Janeiro: Record, 1989. p.101).

⁶⁶⁹"Aparentemente, a sociedade francesa no século XVIII compreendia a nobreza, o clero e o terceiro estado, ou o povo; a realidade, porém, era diferente, em vista das divisões que cada uma dessas três classificações admitia. Assim, havia a grande e a pequena nobreza; o alto e o baixo clero; e o terceiro estado, que, na verdade, só representava a burguesia, não o povo." (NUNES, op. cit., p.67).

⁶⁷⁰"A queda da Bastilha foi a primeira vitória popular. O acontecimento foi festejado como a queda do absolutismo. O rei reconheceu o poder dos deputados da Assembléia Nacional: '(...) sou eu que me confio a vós! (...)’ e readmitiu Necker como ministro das Finanças.

Hoje, na Praça da Bastilha, o desenho do perímetro da fortaleza, traçado sobre o asfalto, recorda o 14 de julho de 1789.

O sentimento de medo acompanhou os franceses no período revolucionário. Os boatos, espalhados de aldeia em aldeia, de mercado em mercado, fizeram voltar antigos medos e criaram outros. Os mendigos, a conspiração dos aristocratas, as epidemias, os estrangeiros, os suspeitos, tudo era motivo do crescente medo.

Em 1789, a revolta dos camponeses foi provocada pelas más colheitas, pelo desemprego e fome. Condenados a viver sem trabalhar, perambulavam por estradas e campos, em grandes levadas, e ao longo dos caminhos esmolavam ou roubavam para comer..." (OSTERMANN e KUNZE, op. cit., p.42 e 43).

ele se apresentava até então.⁶⁷¹ É o marco inicial das gerações ou dimensões dos direitos humanos, enunciados no lema 'Liberdade, Igualdade e Fraternidade'.⁶⁷²

2.11.2 Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão

A Revolução e o 'Século das Luzes' ultrapassam em muito as fronteiras da França. Não quer dizer que manifestações como a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) ou a Constituição Americana (1787) não fossem movimentos originais e de emancipação dos direitos primordiais. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada no dia 03 de novembro de 1789 transcendeu a França, caracterizando-se por ser um texto único, racionalista, em defesa dos direitos humanos, rompendo com uma tradição monárquica e que fortaleceu a constituição, a lei, a separação dos poderes e enalteceu a soberania popular.⁶⁷³ Diferencia-se das

⁶⁷¹HOBSBAWM, op. cit., p.24.

⁶⁷²"Ao se observar a tríade principiológica dos ideais da Revolução 'Iluminista': *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*, verifica-se que esta é a síntese das denominadas 'gerações' ou 'dimensões' dos direitos humanos, (...) a primeira geração (Liberdade) trata das liberdades públicas, ou seja, dos direitos individuais e políticos clássicos: a segunda (Igualdade), dos direitos econômicos, sociais e culturais; a terceira geração (Fraternidade), da solidariedade entre as pessoas, da proteção ao meio ambiente, da procura da paz e de outros interesses difusos. (...) Com efeito, se a cultura das liberdades individuais (primeira dimensão) foi assimilada e emergiu juntamente com a Revolução Francesa, contagiando as constituições de vários Estados nos anos seguintes (Constituição espanhola-1812, portuguesa-1822, belga-1831, etc.), por outro lado, os direitos econômicos e sociais (segunda dimensão) foram consagrados sobremaneira na Constituição alemã de Weimar (1919) e consolidados sob o influxo do impacto da Primeira Guerra Mundial.

Por sua vez, os direitos de terceira geração adquirem esta designação a partir de 1987 e refletem as preocupações contemporâneas com a solidariedade dos grupos humanos, o desenvolvimento tecnológico, a qualidade de vida etc., principalmente a após a Segunda Guerra Mundial." (BACILA, **Polícia...**, op. cit., 2002. p.31-33). Neste sentido: MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997. p.44-46. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.50-51. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.46 e segs.

⁶⁷³Maria Luisa Marin Castan e G. Peces-Barba, comentando a obra de Jose Castan Tobeñas aponta as seguintes características da Declaração Francesa de 1789: "1.º) *Constituye un caso paradigmático de formulación abstracta y racionalista de los derechos humanos como derechos naturales*. 2.º) *Está plasmada en un texto único, producto de varias redacciones, a diferencia de las declaraciones norteamericanas*. 3.º) *Supone una ruptura total con la tradición histórica anterior a la*

declarações americanas e da Constituição americana, porque estas foram referenciais para os Estados Unidos da América, enquanto a Declaração de 1789 foi modelo para o Mundo, inobstante as primeiras tenham influenciado os textos franceses.⁶⁷⁴ Sob a influência do Iluminismo destacam-se dois pensadores que irão reformular a visão da estrutura do Direito Penal e Processual Penal: os milaneses Beccaria e Pietro Verri.

legislación de la Monarquía. 4.º) Además de una Declaración de derechos, representa el núcleo del constitucionalismo moderno y sus principales postulados (separación de poderes, imperio de la ley, soberanía popular, etc.). 5.º) Respecto de las declaraciones norteamericanas, tiene un carácter más laico y en ella apenas aparecen referencias religiosas. 6.º) Establece una nueva legitimidad, que expresa la fundamentación del nuevo Estado liberal de derecho. 7.º) Reconoce la vinculación de los derechos a la Constitución, es decir, supone la necesidad de su positivación para la plenitud de tales derechos. 8.º) Transciende del ámbito nacional, puesto que se presenta con una vocación de universalidad y se ofrece como modelo a toda la humanidad." Tradução livre: "1.º) Constitui um caso paradigmático de formulação abstrata e racionalista dos direitos humanos como direitos naturais. 2.º) Está plasmada em um texto único, produto de várias redações, diferentemente das declarações norte-americanas. 3.º) Supõe uma ruptura total com a tradição histórica anterior à legislação da Monarquia. 4.º) Ademais de uma Declaração de direitos, representa o núcleo do constitucionalismo moderno e seus principais postulados (separação de poderes, império da lei, soberania popular, etc.). 5.º) Com respeito às declarações norte-americanas, tem um caráter mais laico e nela apenas aparecem referências religiosas. 6.º) Estabelece uma nova legitimidade, que expressa a fundamentação do novo estado liberal de Direito. 7.º) Reconhece a vinculação dos direitos à Constituição, quer dizer, supõe a necessidade de sua positivação para a plenitude de tais direitos. 8.º) Transcende do âmbito nacional, visto que se apresenta como uma vocação de universalidade e se oferece como modelo a toda a humanidade". (CASTAN TOBEÑAS, Jose. **Los derechos del hombre**. 4.ed. Madrid: Reus, 1992. p.125). A "...Declaração é o mais conhecido em todo o mundo, modelo para todos os povos. Muitos direitos, expressos nos seus artigos, são ainda hoje aspirações da humanidade, tais como: '(...) os direitos (...) à liberdade, à prosperidade, à segurança e à resistência à opressão'. O conceito de liberdade, expresso na Declaração, é o que hoje repetimos corriqueiramente: 'A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem' (art.4). E ela consagrou a liberdade de expressão: 'Ninguém deve ser molestado pelas suas opiniões, mesmo religiosas, (...) ' (art. 10). 'A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei'. (art. 11).

E, finalmente, o direito mais importante para os constituintes, representantes da burguesia: o direito '...à propriedade, um direito inviolável...'." (OSTERMANN e KUNZE, op. cit., p.49).

⁶⁷⁴CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998. p.18.

2.11.3 Marquês de Beccaria

'Dos Delitos e das Penas' de Cesare Bonesana – o marquês de Beccaria – é uma das obras mais importantes escritas na área criminal.⁶⁷⁵ Provavelmente Beccaria não tenha sido original, pois muitos atribuem a Pietro Verri as inspirações do seu escrito,⁶⁷⁶ mas certamente aquele teve o mérito de resumir os princípios iluministas do seu tempo, além de fornecer fórmulas criminais que podem ser aplicadas nos dias de hoje, com muito proveito para a sociedade que o fizer. De qualquer forma, 'Dos Delitos e das Penas' constitui um grito contra o arbítrio dos juízes e dos soberanos, contra a tortura e as penas cruéis, contra a pena de morte e contra a falta de critérios racionais no trato com a questão criminal.⁶⁷⁷ Se o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* não é romano, pois a fórmula latina foi escrita

⁶⁷⁵"La figura italiana più rappresentativa dell'illuminismo in campo giuridico fu Cesare Beccaria. Il suo libro 'Dei delitti e delle pene' (I ediz. 1764), più che costituire un' opera originale, rappresentò una summa delle idee e della mentalità dominante negli ambienti culturali dell'epoca (il salotto intellettuale dei fratelli Pietro e Alessandro Verri a Milano, che diede vita al giornale *Il caffè*).". Tradução livre: "A figura italiana mais representativa do iluminismo no campo jurídico foi Cesare Beccaria. O seu livro 'Dos Delitos e das penas' (1.ed. 1764), mais do que constituir uma obra original, representou uma síntese das idéias e da mentalidade dominante nos ambientes culturais da época (o grupo intelectual dos irmãos Pietro e Alessandro Verri em Milão, que deu vida ao jornal *Il Caffé*).". (DELPINO, Luigi. **Diritto penale**. 12.ed. Napoli: Simone, 1998. p.20). Neste sentido: PIMENTEL, op. cit., p.128.

⁶⁷⁶"Il successo per l'opuscolo andò a Cesare Beccaria (anche se molti ritengono di poter attribuire se non la paternità dell'opera almeno l'ispirazione del lavoro, a Pietro Verri)". Tradução livre: "O sucesso do opúsculo coube a Cesare Beccaria (muitos também atribuem, senão a paternidade, ao menos a inspiração da obra, a Pietro Verri)". (ROSONI, Isabella. Dalle codificazioni preunitarie al Codice Rocco. In: INSOLERA, G.; MAZZACUVA, N.; PAVARINI, M. e ZANOTTI, M. (Org.). **Introduzione al sistema penale**. Torino: G. Giappichelli, 1997. p.5).

⁶⁷⁷Alessandro Baratta ressalta a idéia de Beccaria no sentido de que o juiz deve obedecer a lei e não o Poder Executivo (BARATTA, **Criminologia...**, 2.ed., op. cit., p.34). Basileu Garcia destaca o contratualismo de Rousseau doutrinado por Beccaria, em termos de proporcionalidade da pena relativamente à parcela de liberdade cedida em prol do 'contrato social'. A cessão foi mínima e a gravidade da pena não pode ser exagerada. (GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4.ed. 34.tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1972. t.1. p.46-47).

por Feuerbach no 'Lehrbuch', no ano de 1801,⁶⁷⁸ Beccaria já houvera enunciado o princípio com detalhes antes, prescrevendo que "...apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social."⁶⁷⁹ Seguindo a tendência iluminista, o combate à tortura também faz parte do discurso de Beccaria.

Existirá, efetivamente, interrogatório mais sugestivo do que a dor? O criminoso robusto, que pode evitar uma pena longa e rigorosa, pois sofre com coragem as torturas de um momento, guarda obstinado silêncio e se vê absolvido. Contudo, a tortura arranca do homem fraco uma confissão, por meio da qual ele se liberta da dor atual, que o afeta mais duramente do que todos os sofrimentos futuros.⁶⁸⁰

⁶⁷⁸WELZEL, op. cit., p.26-27. Sobre o Princípio da Legalidade, Feuerbach enfatiza que a imposição de uma pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*) e que essa pena está condicionada a uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Por consequência o fato legalmente cominado condiciona-se pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução de: Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p.63).

⁶⁷⁹BECCARIA, op. cit., p.20. Beccaria propõe também critérios mais claros para a apreciação das provas.

"Aqui está um teorema geral, que pode ser de muita utilidade para calcular a certeza de um fato e, sobretudo, o valor que têm os indícios de um delito:

Quando as provas de um fato se apóiam todas entre si, isto é, quando os indícios do crime não se mantêm senão apoiados uns nos outros, quando a força de inúmeras provas dependem de uma só, o número dessas provas nada acrescenta nem subtrai na probabilidade do fato: merecem pouca consideração, porque, se destruí a única prova que parece certa, derrocareis todas as demais.

Quando, porém, as provas independem umas das outras, isto é, quando cada indício pode ser provado separadamente, quanto mais numerosos forem esses indícios, tanto mais provável será o delito, porque a falsidade de uma prova em nada influi sobre a certeza das restantes. (...) Uma só testemunha não é suficiente porque, se o acusado nega o que a testemunha afirma, nada resta de certo e a justiça então tem de respeitar o direito que cada qual tem de se considerar inocente. (...) As acusações secretas constituem evidente abuso, porém já consagrado e tornado necessário em diversos governos, pela fraqueza de sua constituição. Esse costume torna os homens falsos e pérfidos. Aquele que suspeita que um seu concidadão é um delator vê logo nele um inimigo. Costumam então disfarçar os próprios sentimentos; e o costume de os esconder a outra pessoa faz com que logo sejam dissimulados a si mesmo. (...) Existe outra contradição entre as leis e os sentimentos naturais: é exigir que um acusado jure dizer a verdade, quando o seu maior interesse é escondê-la. Como se o homem pudesse jurar de boa fé que concorrerá para a sua própria destruição! Como se, na maioria dos casos, a voz do interesse não sufocasse no coração humano a da religião!" (BECCARIA, op. cit., p.27-28, 31, 33 e 36).

⁶⁸⁰BECCARIA, op. cit., p.35.

2.11.4 Pietro Verri

O contemporâneo de Beccaria, Pietro Verri, igualmente lutará por um direito mais justo e menos cruel, escrevendo uma obra de singular valor, "Observações Sobre a Tortura". – um relato crítico de um caso que ocorreu na cidade de Milão, no ano de 1630, em que uma peste exterminou grande parte da população. Similarmente à 'responsabilidade flutuante' que ocorria na Antigüidade, era preciso encontrar um 'culpado'. Então, as suspeitas mais bizzarras foram lançadas contra o sanitarista Guglielmo Piazza que, após ser torturado, 'confessa o crime' e a participação de Gian Giacomo Mora que, por sua vez, igualmente torturado, 'entrega' outras pessoas. As testemunhas principais do caso – Catterina Troccazzani Rosa e Ottavia Persici Boni – fizeram um relato que jamais poderia ter induzido alguém acreditar que aquelas pessoas estariam a propagar doença. "A primeira delas disse no interrogatório que Piazza de tempos em tempos estendia as mãos para trás até o muro; a outra disse que, nos muros do jardim Crivelli, ele tinha um papel na mão sobre o qual colocou a mão direita me parecendo que queria escrever, e depois vi que, erguendo a mão do papel, a esfregou sobre o muro." ⁶⁸¹

Então, aos poucos, Verri desmoraliza pedaço por pedaço do processo dos 'untores' de Milão, fazendo uma análise lógica da estupidez que é a tortura. Em verdade, as autoridades milanesas torturaram e condenaram à morte pessoas num processo que era uma farsa – pois os 'untores' manuseavam o líquido que transmitiria a peste, mas não seriam contaminados. Mas o surpreendente é que o método empregado neste caso – a tortura – era a regra geral. O fato é que a tortura explica as confissões miseráveis e fantasiosas dos acusados:

...terminada a tortura de Piazza, os juízes ordenaram que fosse reconduzido ao cárcere com os ossos deslocados tal como estavam, sem recolocá-los no lugar, e que o horror de prosseguir na dor havia levado Piazza a tomar sobre si a acusação: mas no processo que tenho em mãos não vejo nenhum vestígio disso. Este mostra que Piazza recebeu a

⁶⁸¹VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Tradução de: Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.16.

promessa de impunidade quando confessasse o crime e nomeasse os cúmplices. É bem plausível que, no próprio cárcere, esse infeliz tenha se persuadido de que, a persistir nas negativas, a dor recomençaria diariamente, que o crime era tido por certo, e que não lhe restava outro recurso a não ser admiti-lo e dar os nomes dos cúmplices, com o que salvaria a vida e se subtrairia às torturas prontas para uma renovação diária.⁶⁸²

Imagina-se a importância – na consciência das pessoas – de todos os comentários que Pietro Verri fez sobre o assunto, principalmente porque se tratava de método usual naquela época. "Enquanto se examina a inocência de um homem, usa-se a tortura, e por um crime incerto inflige-se uma dor mais do que certa, não por se saber que o paciente é culpado mas por não se saber se é culpado, e assim a ignorância do juiz recai no extermínio do inocente."⁶⁸³

2.11.5 Insuficiência Iluminista

Não obstante a reviravolta de conceitos e de atitudes provocada pelo 'Século das Luzes', os estigmas da pobreza, da mulher, da raça não predominante e da religião permaneciam a assombrar a razão do mais sensato dos filósofos.

⁶⁸²VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Tradução de: Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.22.

⁶⁸³"...A este respeito, Sêneca diz: etiam innocentes cogit mentiri dolor, a dor força os inocentes a mentir. (...) A seguir, sobretudo Vives, no comentário à passagem citada de Santo Agostinho, discorre longamente, abominando a prática da tortura, mas vou mencionar apenas uma parte. Admira-me, diz este autor, que nós, cristãos, ainda conservemos dos costumes pagãos e obstinadamente defendamos costumes não só contrários à caridade cristã, mas à própria humanidade. (...) Quintiliano, o mais sábio e mais eloquente dos oradores, ao tratar da tortura, diz que é uma prova de temperamento: um celerado robusto nega o fato, um inocente de complexão frágil o confessa. (...) Na Inglaterra, já não se tolera a tortura há muito tempo, a lei condena a um tipo de morte o réu que se recusa a responder ao juiz; chama-se *peine forte et dure*, mas seria errôneo chamá-la de tortura, pois termina com a morte e não é *veritatis indagatio per tormentum*; (...) é verdade que os ingleses, no caso exclusivo em que o acusado se recusa a responder ao juiz, utilizam a chamada 'pena forte e dura', a qual termina com a morte soltando-se uma pedra de grande peso para esmagar totalmente o contumaz; mas a tanto não cabe o nome de tortura, e sim de pena capital, à qual alguns preferem sucumbir, ao invés de serem julgados culpados de um crime que, além da morte, acarretaria o confisco dos bens, sendo que as leis do reino não permitem que o fisco se aproprie dos bens dos que morrem com a 'pena forte e dura', e assim o amor dos cônjuges leva alguns a optar pelo silêncio e por esta punição." (VERRI, op. cit., p.102-111).

Quando Beccaria reclamou da fraqueza iluminista para resolver os preconceitos contra as pessoas submetidas aos processos penais e às penas, parecia estar se referindo a um problema crônico e geral daquele tempo.⁶⁸⁴ Outro fato curioso é que o Século das Luzes cultivava a idéia do nacionalismo, que passa a se popularizar, abandonando-se assim na Europa, o costume de transpor-se fronteiras e línguas com maior freqüência.⁶⁸⁵ Neste ponto, a leitura de Luiz Edson Fachin é fundamental:

Nomeada está, pelo curso das ponderações expendidas, a armadura jurídica que tem respondido com relativa perfeição às necessidades do sistema de desenvolvimento do capital. Responde agora, como já respondeu antes, desde a etapa histórica da fase colonial, bipartida entre o patriciado rural e as massas de escravos, indivíduos tratados como coisas. Essa via explica como o liberalismo, ancorado no que resultou da Revolução Francesa, vai mais tarde expulsar do palco esses remanescentes feudais e pôr em cena o primado do individualismo e o culto ao voluntarismo. A consolidação desses espaços liberais apenas reescreve o trono do monarca que volta a reinar sob outros matizes.⁶⁸⁶

⁶⁸⁴"Contudo, se as luzes de nosso século já conseguiram alguns resultados, ainda estão muito distantes de ter dissipado todos os preconceitos que alimentávamos. Não houve um que se erguesse, senão fracamente, contra a barbárie das penas que estão em uso em nossos tribunais. Não houve quem se ocupasse em reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quanto descuidada em toda a Europa. Raramente se procurou desarraigar, em seus fundamentos, as séries de erros acumulados desde há muitos séculos; e muito poucas pessoas procuraram reprimir, pela força das verdades imutáveis, os abusos de um poder ilimitado, e extirpar os exemplos bem comuns dessa fria atrocidade que os homens poderosos julgam um de seus direitos." (BECCARIA, op. cit., p.16).

⁶⁸⁵"Na Europa, até o século XVIII, a nação não existia de maneira tão forte. Podia-se passar a fronteira sem passaporte. As pessoas viajavam por toda Europa sem passaporte. Havia também uma língua comum, que era o latim. Assim, podia-se viajar falando latim com as pessoas cultas dos lugares. É muito curioso que tenha sido no século, dito das luzes, que a idéia da nação se tornou uma idéia popular. Sabemos como os exércitos napoleônicos difundiram essa idéia em toda a Europa e como as outras nações européias constituíram-se a partir dessas idéias. Antes disso, mesmo os exércitos eram constituídos por mercenários e o sentimento nacional era totalmente incomum, ao passo que, hoje em dia, faz parte da ordem natural das coisas." (MELMAN, Charles. **Imigrantes:** incidências subjetivas de mudanças de língua e país. Tradução de: Rosane Pereira. São Paulo: Escuta, 1992. p.28).

⁶⁸⁶FACHIN, op. cit., p.330.

Com efeito, o autor implícito do pacto burguês parece apresentar o perfil de um homem adulto, branco e proprietário de bens móveis e imóveis.⁶⁸⁷

A seguir, serão feitas algumas observações sobre a manutenção dos estigmas durante e após o Iluminismo.

2.11.5.1 Pobre

A pobreza, originada na especialização do trabalho e prosseguindo sob os mais variados fundamentos, longe ficou de ser resolvida pelo 'Século da Razão'. Uma nova ilusão se criava, mas o estigma seria adequadamente manipulado pela classe econômica em ascensão, isto é, a burguesia.

Conforme bem observa Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, estatuiu-se "...a verdade única, substituindo-se o príncipe pelo princípio (Ortega y Gasset). A igualdade, nunca se negou, é meramente formal, mas isto é uma cunha indesejável a um imaginário que não suporta a mera possibilidade de ser furado."⁶⁸⁸ O discurso da nobreza do 'organismo natural' que deixava à nobreza a função política, como estabelecimento divino, fora substituído pela tese contratualista da criação artificial

⁶⁸⁷ "Ahora bien, el patriarca no es tan sólo el 'macho' jefe de familia; es también el 'macho' adulto, blanco, propietario. No sólo las mujeres fueron las excluidas del pacto como sujetos activos, 'olvidados' en su situación real en sus necesidades y en sus diferencias, sino también todos los demás sujetos frágiles, es decir, las personas de color, los niños, los desprovistos de medios de vida. Tal conciencia aportó importantes correcciones a la teoría del contrato social o, incluso, a su superación por parte de las feministas." Tradução livre: "Agora bem, o patriarca não é tão-só o 'macho' chefe de família; é também o 'macho' adulto, branco, proprietário. Não só as mulheres foram excluídas do pacto como sujeitos ativos, 'esquecidos' em sua real situação em suas necessidades e em suas diferenças, senão também todos os demais sujeitos frágeis, quer dizer, as pessoas de cor, os meninos, os desprovidos de meios de vida. Tal consciência ocasionou importantes correções à teoria do contrato social ou, inclusive, a sua superação por parte das feministas." (BARATTA, El paradigma..., op. cit., p.74).

⁶⁸⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: **Direito e neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, 1996. p.49.

da sociedade, que bem poderia situar a burguesia em posição privilegiada, o que de fato ocorreu.⁶⁸⁹

Também de acordo com o 'contrato', aquele que não tem com o que pagar o crime praticado, pagará com a nova sanção criminal em uso na modernidade, qual seja a privação da liberdade.⁶⁹⁰ O estigmatizado pobre será estigmatizado novamente pelo sistema penitenciário, assunto já visto no Primeiro Capítulo.

2.11.5.2 Mulher

A partir de um certo tempo na Antigüidade, a mulher passou a carregar um estigma que não merecia e o Iluminismo não resolveria este problema. O momento era de emancipação de conceitos e valores racionais, mas a História ainda desta vez, não deu saltos. É fácil demonstrar que a visão do 'Contrato Social' é a de que o 'patriarca' era o personagem principal do 'pacto', deixando mais uma vez a mulher para um segundo ou terceiro plano.⁶⁹¹ Isto transbordará em quase todos os protagonistas da Revolução.

François Marie Arouet, ou Voltaire, v.g., um dos mais importantes filósofos do movimento das luzes, disse certa vez que a mulher de sua vida, a Marquesa de Châtelet, por ser uma pessoa excepcional, inclusive, conhecendo matemática e publicando ensaios de física e traduzindo Newton para o francês, "era um grande homem, cujo único defeito era ser mulher".⁶⁹²

⁶⁸⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998. p.163.

⁶⁹⁰ZAFFARONI, **Criminología**..., op. cit., p.114 e 115.

⁶⁹¹BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. Tradução de: Ana Paula Zomer. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p.62.

⁶⁹²VOLTAIRE. **Cândido ou o otimismo**. Tradução de: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p.16-17.

No seu Dicionário Filosófico, ele deixa claro que a mulher ainda está marcada negativamente:

Não constitui novidade que em todos os países o homem se tenha tornado senhor da mulher, já que tudo está fundamentado na força e normalmente ele apresenta uma superioridade muito grande tanto na força física quanto na espiritual.

Temos conhecimento de mulheres muito sábias, outras boas guerreiras, mas nunca houve inventoras.

Seu domínio habitual é o espírito de sociedade e de recreação. Enfocando de modo geral, parece que a mulher foi feita para suavizar os costumes dos homens.⁶⁹³

Contudo, Montesquieu, outro grande enciclopedista, é desarmônico com o pensamento iluminista em geral – pois esclarece que quem policiava e julgava o comportamento da mulher entre os romanos era o marido ou o Tribunal doméstico que teria sido instituído por Rômulo.⁶⁹⁴ Ainda, segundo ele, os germanos tutelavam as mulheres sob a denominação de 'Munderbundium'.⁶⁹⁵ Em seguida sentencia que é

...contra a razão e contra a natureza que as mulheres sejam senhoras na casa, como se estabeleceu entre os egípcios, mas não o é que governem um império. No primeiro caso, o estado de fraqueza em que se encontram não lhes permite a preeminência; no segundo, sua própria fraqueza lhes dá mais suavidade e moderação, virtudes que, mais do que a intransigência e a ferocidade, podem permitir um bom governo.⁶⁹⁶

Não obstante, essa não seria a tendência dos revolucionários que, sem perceber, ao sustentarem o lema 'liberdade, igualdade e fraternidade', plantaram a semente da emancipação feminina, embora tenham eles perdido – como se viu, com rara exceção – a oportunidade de um grande avanço que seria sustentar a igualdade de direitos entre os sexos, o que afinal, deixou-se com uma reivindicação justa da

⁶⁹³VOLTAIRE. **Dicionário filosófico**. Tradução de: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.396-397.

⁶⁹⁴MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de: Bertrand Brasil Editora São Paulo: Nova Cultural, 1997. p.145 e rodapé.

⁶⁹⁵MONTESQUIEU, **Do espírito...**, op. cit., p.147 e rodapé.

⁶⁹⁶MONTESQUIEU, **Do espírito...**, op. cit., p.150.

posteridade⁶⁹⁷ que poderá responder ao 'pacto da exclusão' da mulher, com um 'pacto social de aliança' de todos os excluídos.⁶⁹⁸

2.11.5.3 Raça Não Predominante

O pensamento de Montesquieu sobre a escravidão é aparentemente emancipador, até que ele começa efetivamente dizer o que pensa sobre certas raças. Ao iniciar o seu discurso dizendo que a escravidão surge a partir do desprezo entre as nações; que "...a razão conduz à humanidade; somente os preconceitos acarretam a renúncia disso...",⁶⁹⁹ o texto de 'Do Espírito das Leis' vai induzindo à compaixão e à temperança: "Foi esta maneira de pensar que encorajou os destruidores da América em seus crimes. Foi sobre esta idéia que eles fundamentaram o direito de escravizar tantos povos, pois esses facínoras, que desejam a todo custo ser facínoras cristãos, eram muito devotos."⁷⁰⁰ Entretanto, no parágrafo seguinte, há uma preparação para o raciocínio 'racionalista' que virá: "Luís XIII opôs-se tenazmente à lei que tornava escravos os negros de suas colônias, mas, quando lhe fizeram ver que esta era a via mais segura para convertê-los, aceitou-a."⁷⁰¹ Em seguida, Montesquieu chega à apoteose do seu pensamento sobre estigmas das raças:

...Tendo os povos da Europa exterminado os da América, tiveram que escravizar os da África, a fim de utilizá-los no desbravamento de tantas terras.

O açúcar seria muito caro se não se cultivasse a planta que o produz por intermédio de escravos.

⁶⁹⁷"Esse movimento igualitário só não conseguiu, afinal, derrubar a barreira da desigualdade entre os sexos." (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.118).

⁶⁹⁸BARATTA, O paradigma..., op. cit., p.63.

⁶⁹⁹MONTESQUIEU, **Do espírito**..., op. cit., p.295.

⁷⁰⁰MONTESQUIEU, **Do espírito**..., op. cit., p.296.

⁷⁰¹MONTESQUIEU, **Do espírito**..., op. cit., p.296.

Aqueles a que nos referimos são negros da cabeça aos pés e têm o nariz tão achatado, que é quase impossível lamentá-los.

Não podemos aceitar a idéia de que Deus, que é um ser muito sábio, tenha introduzido uma alma, sobretudo uma alma boa, num corpo completamente negro. Etc.⁷⁰²

Outras vezes, a falha consiste na omissão de enfrentar o assunto, como é o caso da obra de Jean-Jacques Rousseau 'Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens', na qual argüi-se, dentre outros temas, a origem da propriedade,⁷⁰³ mas quando se trata de explicar o 'porquê' de uma raça escravizar a outra, alerta sobre o enfoque do seu escrito, mas tenta deixar clara a 'neutralidade', pois, afinal, para Rousseau, uma questão de 'desigualdade natural', isto é, física ou das 'qualidades do espírito ou da alma' deveria "...ser discutida entre escravos conhecedores de seus amos, mas que não convém a homens sensatos e livres, que buscam a verdade."⁷⁰⁴

Em sua obra fundamental 'Do Contrato Social', Rousseau critica Grotius porque este sustenta que o direito da escravidão surge para o vencedor da guerra que, podendo matar o vencido, deixa-o viver em troca da escravidão, sendo tal condição proveitosa para ambos.⁷⁰⁵

Contudo, Rousseau deixa transparecer que há alguma forma de se tolerar a escravidão, ou seja, mediante uma contrapartida, fato este que está em consonância com o pensamento burguês: "Ora, um homem que se torna escravo de um outro não se dá; ele se vende pelo menos por sua subsistência..."⁷⁰⁶

Por outro lado, ao transcorrer-se as linhas de 'Cândido ou o Otimismo', de Voltaire, percebe-se a alternância de posição entre personagens importantes que

⁷⁰²MONTESQUIEU, **Do espírito...**, op. cit., p.296-297.

⁷⁰³ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.203.

⁷⁰⁴ROUSSEAU, **Discurso...**, op. cit., p.159-160.

⁷⁰⁵ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, s.d. p.22.

⁷⁰⁶ROUSSEAU, **Do contrato...**, op. cit., p.21.

ora são livres, ora escravos, como é o caso da personagem 'Cunegundes', o que faria supor a abominação da escravidão, por parte de Voltaire.⁷⁰⁷ Contudo, na vida prática, Voltaire procurou obter lucros financiando traficantes de escravos.⁷⁰⁸

De tantas contradições entre os iluministas, alguns resultados práticos houve no que se refere à escravidão, como é o caso de um Decreto de 11 de agosto de 1792 que proibiu o tráfico de escravos; embora tenha sido revogado depois,⁷⁰⁹ ações como esta acabaram minando práticas discriminatórias que eram consagradas e, até então, indiscutíveis.

2.11.5.4 Religião

A Revolução Francesa chegou a ser comparada a um movimento religioso, dado o seu caráter radical e de espírito universal militante.⁷¹⁰ Efetivamente, também neste âmbito a Revolução influenciou o mundo, gerando na Europa a emancipação dos judeus e a abolição de privilégios religiosos,⁷¹¹ suprimindo em parte a opressão que existira do clero e de seus privilégios.⁷¹² Talvez esteja justamente aí, nesta duradoura atividade opressora do clero, a explicação para a paradoxal intolerância dos revolucionários, gerando muitas violências no seu movimento. Rompeu-se todo um regime por 'morte violenta', causando-se também muitas violências e negação da soberania popular e dos direitos humanos,⁷¹³ ainda que esses mesmos direitos fossem ícones da Revolução.

⁷⁰⁷VOLTAIRE, **Cândido**..., op. cit., p.80, por exemplo.

⁷⁰⁸VOLTAIRE, **Cândido**..., op. cit., p.14.

⁷⁰⁹COMPARATO, op. cit., p.118.

⁷¹⁰COMPARATO, op. cit., p.116.

⁷¹¹COMPARATO, op. cit., p.118.

⁷¹²COMPARATO, op. cit., p.123.

⁷¹³COMPARATO, op. cit., p.114.

Mas a filosofia iluminista em geral, preservou a liberdade de religião. O artigo 10 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, v.g., representa um bom modelo de respeito à multiplicidade de concepções religiosas, pois estabelece que "Ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei." Também Rousseau deixou claro o posicionamento dos iluministas, preconizando a tolerância religiosa: "Não havendo mais, e não podendo haver religião nacional exclusiva, deve-se tolerar todas aquelas que toleram as outras, enquanto seus dogmas nada tiverem de contrário aos deveres do cidadão."⁷¹⁴

Contudo, por vezes, demonstrava-se desprezo por qualquer tipo de crença que não fosse a da ausência de reconhecimento da existência de um deus. É o que transparece em Voltaire, que sempre teve um relacionamento muito tenso com as questões de fé,⁷¹⁵ o que deve ter originado nele uma impaciência e, até mesmo, agressividade no que tange às religiões ou, no mínimo, a crítica aguda, como ocorre no diálogo de 'Cândido':

- Meu amigo – disse-lhe o orador – acreditais que o papa seja o Anticristo?
- Ainda não o tinha ouvido dizer – respondeu Cândido –, mas quer o seja, quer não, preciso comer.
- Tu não mereces que te dêem de comer – disse o outro.
- Vai-te, patife; sai daqui, miserável, não me voltes a aparecer.

A mulher do orador, tendo aparecido à janela e apercebendo-se de que havia um homem que duvidava que o papa fosse o Anticristo, despejou-lhe em cima um vaso cheio de imundícies. Oh! Céus, a que excessos o zelo da religião leva as damas!⁷¹⁶

⁷¹⁴ROUSSEAU, **Do contrato**..., op. cit., p.144. E continua: "Mas quem quer que ouse dizer: 'Fora da Igreja não há salvação', deve ser expulso do Estado, a menos que o Estado seja a Igreja, e o príncipe seja o pontífice. Um tal dogma não é bom, senão num governo teocrático; em qualquer outro, é pernicioso." (ROUSSEAU, **Do contrato**..., op. cit., p.144).

⁷¹⁵VOLTAIRE, **Cândido**..., op. cit., p.11, 19 e 24.

⁷¹⁶VOLTAIRE, **Cândido**..., op. cit., p.34.

Os ideais iluministas não foram suficientes para prevenir e evitar as atrocidades de todos os tipos que sucederiam.⁷¹⁷ A tese da superioridade religiosa predominou por muitos séculos e, quando arrefeceu um pouco e não mais vingou fundamentalmente, v.g., o colonialismo, o argumento passou a ser antropológico, justificando-se novamente a exploração das sociedades colonizadas, como a idéia de que os países colonialistas eram constituídos por pessoas mais evoluídas.⁷¹⁸

Não obstante, é preciso esclarecer que em nenhuma hipótese deve-se tentar tirar o brilho do Iluminismo e suas conquistas em benefício dos direitos humanos. Isso seria tarefa inglória e inconcebível. No entanto, o objetivo destas rápidas linhas sobre a 'Insuficiência Iluminista' é o de demonstrar o quão mal resolvida estava a questão dos estigmas entre os iluministas e o seguir da história. Sob esta ótica, deixaram muito a desejar.

Diante das legislações estigmatizadoras existentes desde os povos antigos, como se situam as respectivas polícias e qual o seu padrão de atuação? É o que será visto a seguir.

⁷¹⁷BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.93. Jose Castan Tobeñas afirma que *"...el nuevo movimiento de internacionalización de los derechos del hombre, surgido con ocasión de los últimos conflictos mundiales y especialmente al finalizar la Segunda gran guerra. Aunque la clásica Declaración Francesa de 1789 tuviese pretensiones filosóficas y muy generales, no podía tener el alcance universal que ambicionaba. Ha sido en fechas muy recientes cuando se ha iniciado la empresa difícil de dar nivel universal a los derechos del hombre."* Tradução livre: "...o novo movimento de internacionalização dos direitos do homem, surgido na ocasião dos últimos conflitos mundiais e especialmente ao finalizar a Segunda Grande Guerra. Ainda que a clássica Declaração Francesa de 1789 tivesse pretensões filosóficas e muito gerais, não podia ter o alcance universal que ambicionava. Foi em data muito recente que se iniciou a difícil empresa de dar nível universal aos direitos humanos." (CASTAN TOBEÑAS, op. cit., p.140).

⁷¹⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. 6.ed. Buenos Aires: Ediar, 1986. p.28-29.

3 POLÍCIA

3.1 POLÍCIA E ESTIGMAS

Há autores que preferem não tratar da história antiga quando se aborda o tema polícia, limitando-se a afirmar que a "polícia organizada é relativamente moderna".⁷¹⁹ Com a devida vênia, não se pode concordar com este tratamento sucinto.

No início deste estudo, já se fez alusão à importância fundamental da pesquisa histórica no estudo dos diversos institutos que se pretende compreender.⁷²⁰ Talvez um dos melhores argumentos para vistas ao passado remoto tenha sido formulado por Émile Durkheim, que diz respeito à necessidade do retorno ocular a um sistema simples para se compreender um sistema complexo. Constitui verdadeira 'regra' para Durkheim para encontrar uma causa determinante de um fato social, procurá-la entre os fatos sociais antecedentes,⁷²¹ e o referido sociólogo é explícito em afirmar que os diversos institutos de direito não podem ser esclarecidos só com o estudo da história comparada das grandes sociedades

⁷¹⁹Assim pensa, v.g., José Cretella Júnior: "Como Administração organizada, a *polícia* é relativamente moderna. No início, quase inexistente, de tal modo que, em vão, se procurariam traços do instituto, na França, nas leis sálicas, nas Capitulares de Carlos Magno e, mesmo, no regime feudal, a *polícia* aparece tão logo se vai formando a unidade nacional que prepara a divisão dos poderes." (CRETELLA JÚNIOR, **Direito...**, op. cit., p.15).

⁷²⁰Além das observações da nota sobre a importância histórica, vale realçar ainda, ao lado dos autores ali mencionados, Howard S. Becker, que critica os 'metodólogos' que "raramente escrevem sobre análise histórica." (BECKER, Howard S. **Método de pesquisa em ciências sociais**. 4.ed. Tradução de: Marco Estevão e Renato Aguiar. São Paulo: Hucitec, 1999. p.22). "Se a História fosse vista como um repositório para algo mais do que anedotas ou cronologias, poderia produzir uma transformação decisiva na imagem de ciência que atualmente nos domina." (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.ed. Tradução de: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000. p.19. Vide ainda páginas 9 e segs.).

⁷²¹DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p.120.

européias, porquanto é necessário retroceder ainda mais.⁷²² A pesquisa de tempos tão longínquos da história humana tornará clara a atuação do aparelho policial. É claro que com o passar do tempo tudo se tornará mais complexo, mas isto também será analisado adiante. Entretanto, em termos de passado, grande parte do caminho já foi percorrido com a análise dos estigmas nas primeiras sociedades. Daí para a inferência da atuação das diversas polícias antigas é uma questão mais simples, de decorrência lógica ou natural. Esta polícia dos primórdios que, como já foi dito anteriormente, tem função mesclada com muitas atividades que são atribuídas hoje ao poder judiciário, não obstante, cria paulatinamente um perfil mais próprio, embora isto ocorra lentamente. Acontece que a força motriz que lhe impulsiona está arraigada com os mesmos princípios das sociedades mantenedoras de estigmas. E aí está o papel da polícia: manter os estigmas sociais. Basta olhar para as referências históricas da polícia antiga e será compreendida a força a serviço do poder... e da estigmatização. Não se está tentando estigmatizar o policial individualmente, pessoa humana, retirando-lhe os louros de muitos serviços valorosos prestados à população. Trata-se, isto sim, de verificar o resultado global causado pela 'instituição polícia'. Individualmente, muitos policiais praticaram inúmeros atos altruístas, mas o altruísmo é praticado também por pessoas que não são policiais. O fato é que a 'instituição polícia' fortaleceu a estigmatização e, por conseguinte, recrudescer a distância do entendimento entre as pessoas, propiciando a criação de um abismo que separou todos. Quiçá o entendimento

⁷²²"Assim, os novos elementos que introduzimos no direito da família, no direito de propriedade, na moral, desde o começo da nossa história, são relativamente pouco numerosos e pouco importantes, comparados com aqueles que o passado nos legou. As novidades que deste modo se produzem não podem ser compreendidas, portanto, se não se estudarem primeiramente estes fenômenos mais fundamentais que constituem as suas raízes e só podem ser estudados mediante comparações muito mais extensas. Para poder explicar o estado atual da família, do casamento, da propriedade, etc., seria necessário conhecer quais são os elementos simples de que se compõem estas instituições e, sobre estes assuntos, a história comparada das grandes sociedades européias não nos pode dar grandes esclarecimentos. É necessário retroceder ainda mais." (DURKHEIM, **As regras...**, op. cit., p.143. Vide ainda páginas 97, 120, 125-126, 141, 142 e 143).

isento de paixões, possa fundamentar uma nova proposta de polícia, que não sustente estigmas e que promova os direitos humanos.

3.2 POLÍCIA ANTIGA

A atividade policial em sentido amplo surge juntamente com os primeiros passos do homem, podendo-se dizer que ela e seu conceito são frutos de profunda raiz histórica.⁷²³ A 'força policial' era organizada para defender os primeiros grupos sociais.⁷²⁴ Conforme explanação inicial, a atividade de polícia, juiz, sacerdote e governante confunde-se numa mesma pessoa,⁷²⁵ podendo-se especular até que os primeiros hominídeos exerciam a função policial, sem qualquer formalidade, para defesa própria ou de seus parentes, amigos e tribo.

Os babilônios e os persas empregavam mercenários estrangeiros para sustentar o poder, prendendo e castigando aqueles que transgrediam a ordem.⁷²⁶ O rompimento com a 'ordem' seria uma forma viável de reavaliar e atacar os estigmas, daí o paradoxo crucial desta força policial de contenção das insatisfações populares e conseqüente manutenção de estigmas.

⁷²³"O conceito de polícia é o resultado de longa elaboração histórica." (TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p.170).

⁷²⁴"A polícia remonta os primórdios da civilização, uma vez que tipos de atividades assemelhadas revelam que o homem, ao abandonar a vida isolada das cavernas, conseqüentemente formou as primeiras comunidades e sentiu necessidade de destacar os mais fortes e jovens para a defesa dos primeiros agrupamentos sociais." (AZKOUL, op. cit., p.7).

⁷²⁵"Como registra o Prof. Le Clère, desde a origem, e entre todos os povos, tanto o poder político como o militar e o jurídico se concentraram nas mãos de um só magistrado. Durante muito tempo, a mesma pessoa junta as prerrogativas do capitão às do magistrado. E, ao aparecerem, os verdadeiros funcionários da Polícia, conservam, curiosamente, este caráter híbrido." (MORAES, B. B., op. cit., p.15-16).

⁷²⁶ROCHA, Luiz Carlos. **Organização policial brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.3.

Provavelmente em razão de perceber a importância estratégica do assunto, egípcios e hebreus incluíram medidas policiais em suas legislações.⁷²⁷ Se o Faraó Menés, do Egito, declarava que a polícia é o principal e o maior bem de um povo,⁷²⁸ é porque ela salvaguardava-lhe o poder e as distinções sociais. Representava o controle sobre o povo e os escravos. As pessoas eram obrigadas a declarar no recenseamento quem eram e o que faziam⁷²⁹ e com isso eram manipuladas com maior facilidade, podendo até perder a vida por uma prática proibida qualquer.⁷³⁰ Os delitos menos graves eram reprimidos com bastões e chicotadas e era prestado auxílio à instrução processual em geral.⁷³¹

Desde que fugiram do Egito, os hebreus designaram pessoas para exercerem a função policial. Inicialmente essas pessoas eram encarregadas de cuidar dos mantimentos e dos súditos. Posteriormente, foram chefiadas pelo 'Sar Pelek'.⁷³² Os costumes e as leis dos hebreus, muitas vezes estigmatizadores, são naturalmente garantidos pela sua polícia.

Na China Antiga havia um policial destacado para atuar em cada rua das cidades mais importantes e, é claro, lembrar a todos as prescrições legais, vigiar as pessoas, prestar contas ao superior que era subordinado a um magistrado responsável pela ordem pública.⁷³³

⁷²⁷ROCHA, op. cit., p.3.

⁷²⁸SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000. p.45.

⁷²⁹SILVA, J. G. da, op. cit., 2000, p.45. MORAES, B. B., op. cit., p.16.

⁷³⁰"...se ficasse provado que alguém vivia de mau comércio que fosse punido de morte." (SILVA, J. G. da, op. cit., 2000, p.45).

⁷³¹ALMEIDA JUNIOR, op. cit., p.12 e 13.

⁷³²SILVA, J. G. da, op. cit., 2000, p.45 e 46. "E, depois do estabelecimento na Terra da Promissão, pretendendo melhor policial Jerusalém, ante o desenvolvimento que a cidade apresentava, lançaram esta inovação: dividiram-na em quatro partes – donde vem a designação primitiva de *quarteirão* – e confiaram cada uma delas à vigilância de um intendente de polícia, por eles denominados Sar Pelek. Entre nós, inspetor de quarteirão." (SILVA, J. G. da, op. cit., 2000, p.46).

⁷³³MORAES, B. B., op. cit., p.17.

Os Incas organizavam comunidades de dez famílias sob a vigilância diuturna do 'mavoc' e os Astecas incumbiam ao magistrado chefiar os comissários de polícia encarregados da manutenção da 'tranquilidade'.⁷³⁴

Em Atenas, a jurisdição comum – Heliastas – tinha um intendente de polícia e prefeito da cidade que cuidava da 'ordem pública'.⁷³⁵ Para Montesquieu, a polícia consistia numa instituição tão importante para Esparta que de nada adiantaria vencer-lhe batalhas se não se suprimisse a sua polícia.⁷³⁶

Quando Roma expulsou os Reis, o poder deveria passar 'para o Senado e o Povo'. Inicialmente, era comum algumas atividades de polícia serem exercidas por qualquer do povo, porém os cônsules passaram a ficar algumas vezes com certas atribuições permanentes, podendo inclusive determinar prisões e executar sentenças.⁷³⁷ No tempo de Augusto a polícia era encarregada de capturar escravos que fugiam, cuidar da 'vadiagem' e das 'classes perigosas'.⁷³⁸ Aliás, Augusto ceifou atribuições pretorianas, criando a figura do *proefectus urbi*, que era um servidor vitalício, responsável pela administração geral da cidade (superintendência) e da polícia romana.⁷³⁹ Com isso, obteve o monopólio da força policial e da própria judicatura 'inferior' exercida pelos pretores.⁷⁴⁰ A força do *proefectus urbi* aumentou ainda mais quando Constantino transferiu para Constantinopla a capital do Império Romano.⁷⁴¹ Outro cargo criado por Augusto foi o do *proefectus vigilum* – substituto

⁷³⁴MORAES, B. B., op. cit., p.17.

⁷³⁵SILVA, J. G. da, op. cit., 2000, p.46.

⁷³⁶MONTESQUIEU, **Do espírito...**, op. cit., p.76.

⁷³⁷ALMEIDA JUNIOR, op. cit., p.24.

⁷³⁸SILVA, J. G. da, op. cit., 2000, p.47.

⁷³⁹ALMEIDA JUNIOR, op. cit., p.38.

⁷⁴⁰ALMEIDA JUNIOR, op. cit., p.38.

⁷⁴¹ALMEIDA JUNIOR, op. cit., p.39.

dos *triumvirus* – que era o chefe da polícia responsável pela prevenção e investigação de incêndios, escravos foragidos, furtos, roubos, vadiagem, ladrões habituais e pelas rondas noturnas.⁷⁴² Estavam subordinados aos *profecti* os *irenarchae*, os *curiosi* e os *stationari*, policiais responsáveis pela investigação e prisão e demais diligências (inclusive o inquérito, dirigido ao prefeito ou juiz) em todo o território romano.⁷⁴³ Cada vez mais os privilégios ampliaram-se em favor de alguns grupos, tais como servidores, eclesiásticos, alguns militares, dignitários do Império, etc. Com isso, restringe-se implicitamente o direito de acusação popular que aos poucos vai sendo abandonada, assim como o 'espírito policial do povo'.⁷⁴⁴ Era o início do procedimento *ex-officio* e do órgão incumbido de acusar e acompanhar o processo.⁷⁴⁵ A polícia também passou a ser organizada de forma oficial e centralizada, e foi acumulando ainda mais funções judiciárias.⁷⁴⁶

A polícia da antigüidade foi utilizada como uma das principais forças de controle. Estava próxima da população e possuía uma característica que ela traz até os dias atuais: símbolo de poder.⁷⁴⁷ O processo penal para o qual se dirigia a investigação policial também estava apto a estigmatizar.⁷⁴⁸

Então, não sobrava outra alternativa ou função para a polícia do que a de uma engrenagem de um sistema que tinha como objetivo a manutenção de estigmas.

⁷⁴²ALMEIDA JUNIOR, op. cit., p.39.

⁷⁴³ALMEIDA JUNIOR, op. cit., p.39-40.

⁷⁴⁴ALMEIDA JUNIOR, op. cit., p.48.

⁷⁴⁵ALMEIDA JUNIOR, op. cit., p.48.

⁷⁴⁶ALMEIDA JUNIOR, op. cit., p.48.

⁷⁴⁷FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.443.

⁷⁴⁸FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.507.

3.3 POLÍCIA NA IDADE MÉDIA

A Idade Média será marcada por discriminações de toda a ordem. Pobres, escravos, mulheres e religiosos dissidentes continuavam sendo perseguidos pelo poder. Esta será a mesma tônica da polícia em formação, diga-se de passagem, de demorada formação histórica, exercendo até aqui, função exclusiva de apoio ao poder, sem maiores critérios científicos. Um policial hipotético, v.g., 'avaliativo', técnico e científico e que procurasse a 'verdade' dos fatos, ou seria perseguido e morto ou desprezado como um louco. Além de tudo, não se pode olvidar que a 'verdade' conduz a um sistema altamente estigmatizador. Onde: quando a 'verdade' não interessa, é deixada de lado. Quando interessa, serve às normas de estigmas. Explicar-se-á melhor adiante.

3.3.1 Servir o Poder

Muitas vezes a atuação policial refletia pura vaidade do governante – o representante de Deus na Terra —, de regra, era o jogo do poder. Daí surge outro tipo de estigmatizado, isto é, aquele que até então é considerado 'normal' perante a sociedade, muitas vezes gozando de relevante prestígio, mas que por contingências perde o *status* e torna-se estigmatizado. O importante é observar a força motriz da polícia, ou seja, agindo usualmente contra os estigmatizados e sob o influxo do poder, persegue aqueles que se tornam seus 'clientes', só que também 'produz' estigmatizados que são, neste caso, os derrotados no jogo do sistema político e de poder. Alguns 'filtrados' pelo policial saem ilesos, outros não. V.g., quando a polícia suspeitou que Voltaire havia escrito versos que feriam a honra do Duque d'Orléans e de suas filhas, foi preso e confinado na Bastilha, por mais de uma vez, e, se não tivesse conseguido o exílio na Inglaterra, talvez não tivesse sobrevivido.⁷⁴⁹ Já Latude, não teve a mesma sorte, pois tentou aplicar um golpe contra a Marquesa de

⁷⁴⁹NUNES, op. cit., p.25-27.

Pompadour e foi preso por Berryer – o *lieutenant de police* de Paris – mas fugiu e foi recapturado, tendo passado trinta e cinco anos nas prisões da Bastilha, somente sendo libertado em 1784, por ordem de Luís XVI.⁷⁵⁰ O policial deste tempo cumpre ordens, independentemente do mérito, contra quem quer que seja, embora ministre, por vezes, um tratamento humano ao preso.

3.3.2 Polícia Francesa

A polícia vai se adaptando aos moldes do poder do seu tempo, e nos tempos medievais a polícia mais observada e copiada foi a francesa.⁷⁵¹ Teria mesmo a França, em 1327, constituído o primeiro corpo policial organizado da Europa, e no ano de 1720 instituiu os *gendarmes*, conservados até hoje.⁷⁵² A polícia judiciária teria o nascedouro na figura do 'tenente de robe', criada em 1526 e que investigava e capturava criminosos, mas há quem aponte a primeira tentativa de estabelecimento daquela instituição no século VII, por Clovis II, editando medida que determinava aos policiais a manutenção da ordem, investigação, interrogatório e vigília dos estrangeiros.⁷⁵³ A polícia era vinculada à judicatura, e para o cargo de 'comissário' Henrique III (Edito de 20.5.1583) exigiu um alto grau de cultura, além do curso de Direito,⁷⁵⁴ e Luís XIV, ao criar o cargo de 'Tenente de Polícia' com

⁷⁵⁰Quando foi preso pela primeira vez, Latude contava com vinte e quatro anos de idade (NUNES, op. cit., p.30-37).

⁷⁵¹"A França foi o primeiro país a introduzir na contextura de sua linguagem jurídica a palavra polícia, no século XIV." (SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. São Paulo: Led, 1994. p.42). SILVA, J. G. da, op. cit., 2000. p.47.

⁷⁵²ROCHA, op. cit., p.03.

⁷⁵³CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2.ed. Rio de Janeiro, 2001. p.49

⁷⁵⁴MORAES, B. B., op. cit., p.21-22. Fauzi Hassan Choukr menciona outras datas, mas também estabelecendo a ligação polícia/juiz: "O papel do juiz instrutor, como o próprio nome indica, é o de instruir, desempenhando a função de interrogador, com certa proximidade àquela desenvolvida por um policial. Ao lado disso, não deixa de ser um juiz, vale dizer, com poderes jurisdicionais." (CHOUKR, **Garantias...**, op. cit., p.49).

autoridade regulamentar e com jurisdição sobre casos de flagrante delito, teria exigido as qualidades de sabedoria e bravura.⁷⁵⁵

Os métodos de investigação da polícia francesa forneciam-lhe as armas mais brutais. Na fase do inquérito, para a obtenção da confissão, o procedimento legal era o da *question préparatoire*. Sucediavam-se, calabouços, 'tortura da água', da 'pelota', da 'extensão' e a de 'brodequins', dentre outras.⁷⁵⁶ Já a 'question préalable' ocorria na fase do julgamento e objetivava esclarecer outros detalhes do crime, numa fase um pouco mais 'branda'.⁷⁵⁷ Importante observar que estes procedimentos ocorriam no tempo de Luís XVI e já consistiam num abrandamento da Ordenança de 1670.⁷⁵⁸ As prisões eram ordenadas, via de regra, pelo ministro da 'Maison du Roi', que controlava o Departamento de Paris, ou de competência do subordinado dele, o *lieutenant de police*. Mas, na prática, a internação era autorizada por um comissário ou inspetor de polícia e até mesmo um sargento. E isso para uma prisão de classe média...⁷⁵⁹

A censura era muito rígida e era decidida pela polícia. Escritores e pessoas ligadas aos jornais eram submetidos ao crivo do *lieutenant de police* que contava

⁷⁵⁵MORAES, B. B., op. cit., p.22.

⁷⁵⁶NUNES, D., op. cit., 49. "Havia a 'tortura da água', em que lhe pinçavam o nariz e, com o auxílio de um funil, derramavam-lhe tanta água pela garganta quanto fosse preciso para ele confessar o crime(?); a da 'pelota', quando o réu era garroteado em várias partes do corpo, até o limite de sua resistência; a da 'extensão', em que, valendo-se de cordas e polias, estiravam os seus membros quase a ponto de não se recuperarem; e a de *brodequins*, pela qual as pernas do acusado eram comprimidas entre pranchas, num crescendo até o esmagamento. Havia ainda outras variantes, como a de aproximar os pés do acusado a um braseiro até ele se mostrar cooperativo, método preferido pela polícia de Rouen." (NUNES, D., op. cit., p.49).

⁷⁵⁷NUNES, D., op. cit., p.49.

⁷⁵⁸NUNES, D., op. cit., p.48.

⁷⁵⁹NUNES, D., op. cit., p.50-51.

ainda com um serviço de espionagem e determinava prisões sumárias.⁷⁶⁰ Esta competência conferida aos policiais favorecia a corrupção deles. Os livros dos escritores eram apreendidos e os autores presos, só que os censores tiravam cópias das obras, que eram, em seguida, publicadas em Londres ou Amsterdam.⁷⁶¹

Outra forma absurda de prisão era a que se dava por intermédio das *lettres de cachet*, que eram ordens de prisão que não permitiam apelação e eram assinadas pelo Rei com espaço em branco para a aposição do nome de quem se queria a prisão. Estas cartas eram vendidas a um alto preço e adquiridas por pessoas ricas que queriam se livrar de um desafeto, ou castigar alguém. Às vezes, nem o Rei nem o *lieutenant de police* sabiam desse tráfico.⁷⁶²

3.4 ABSOLUTISMO

Na época do Absolutismo a Europa continental vive uma ampliação do poder do Estado que não existe no mundo medieval, fazendo com que o termo 'polícia' crie um sentido pejorativo que sobreviverá até os dias de hoje, isto é, de interferência na vida privada e de controle dos súditos. O Estado controla a profissão, a residência, o trânsito das pessoas, as casas comerciais.⁷⁶³ É característica deste absolutismo o fortalecimento do soberano e a consolidação do

⁷⁶⁰NUNES, D., op. cit., p.58. "Assim, no reinado de Luís XV, foram presos na Bastilha Lacoste, Mézieres, Charlotte de Bourmon, Cahaisse, Chambron e outros por suspeição de autoria de obras contra a amante do rei, Mme. Dubarry, e contra ministros; Jacques Lemaître, Lenormand e Alexis Davin, por haverem-nas impresso; Mallet, Lélai, Rinvill e Godefroi, por as exporem em suas livrarias; e, finalmente, mandados para os cárceres de outras prisões, Despré, Antoine Chambon, Desanges, Prot e Légrance, por terem vendido nas ruas, como ambulantes, os livros condenados." (NUNES, D., op. cit., p.58).

⁷⁶¹NUNES, D., op. cit., p.59.

⁷⁶²NUNES, D., op. cit., p.62 e 63.

⁷⁶³ASTUTI, Guido. O absolutismo esclarecido em Itália e o estado de polícia. In: HESPANHA, Antonio Manuel (Coord.). **Poder e instituições na Europa do antigo regime:** colectânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982. p.293.

Estado que a ele serve. A polícia desempenha este papel de construção administrativa do fortalecimento do príncipe.⁷⁶⁴ Mas nem sempre isso funciona, pois nos séculos XVI e XVII alguns governos já se consideravam amparados por um contrato social, e, após serem derrubados por rebeldes que não mais suportavam o estado de coisas, eram deslegitimados para que os súditos não precisassem submeter-se a eles. Segundo os novos donos do poder, se havia um contrato, uma cláusula houvera sido descumprida, o que justificava a quebra da autoridade.⁷⁶⁵

3.5 ILUMINISMO E PERFIL ATUAL

Verificou-se a importância que a França teve para delinear o perfil da polícia, instituição essa que adquiriu um misto de *ancien régime* com um pouco de modernidade.⁷⁶⁶ Mas de onde vem esta modernidade?

Os pensamentos e movimentos dos iluministas também trarão uma nova perspectiva para a polícia. Segundo a Assembléia Nacional Francesa, de 1791, "Considerada em suas relações com a segurança pública, a polícia deve preceder a ação da justiça; a vigilância deve ser o seu principal caráter; e a sociedade, considerada em massa, o objetivo essencial da solicitude".⁷⁶⁷ A subdivisão da polícia em administrativa e judiciária também interessou os revolucionários, estabelecendo-se nos artigos 19 e 20, do Código de Brumário (ano IV) que:

⁷⁶⁴SCHIERA, Pierangelo. A 'polícia' como síntese de ordem e de bem-estar no moderno estado centralizado. HESPANHA, Antonio Manuel (Coord.). **Poder e instituições na Europa do antigo regime**: colectânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982. p.314-316.

⁷⁶⁵LLOYD, op. cit., p.18.

⁷⁶⁶FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. 4.ed. Tradução de: Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2000. p.766.

⁷⁶⁷SILVA, J. G. da, op. cit., 1994, p.43.

A polícia administrativa tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública, em cada lugar e em cada divisão da administração geral. Seu fim principal é o de prevenir os delitos, fazer executar as leis, ordens e regulamentos de ordem pública vigentes. À polícia judiciária cabe a investigação dos crimes, delitos e contravenções que a polícia administrativa não pode impedir fossem cometidos, colige provas e entrega seus autores aos tribunais incumbidos de puni-los.⁷⁶⁸

No processo penal, a busca da verdade real passa a sofrer limitações, não constituindo um fim em si mesmo, senão um meio para esclarecer se o fato praticado pelo suspeito está ou não justificado.⁷⁶⁹ As legislações posteriores à

⁷⁶⁸Apud SILVA, J. G. da, op. cit., 1994, p.43.

⁷⁶⁹"La meta del proceso penal es, según una opinión extendida, investigar la verdad respecto del hecho punible y castigar al autor. En este sentido, finaliza el proceso penal con la constatación de 'los hechos considerados probados' (...) que, ello no obstante, no son leídos como si fueran una acta, sino que sirven a la fundamentación del llamado veredicto de culpabilidad y de la imposición de la pena. Así pues, el hallazgo de la verdad no constituye un fin en sí mismo, sino un mero fin intermedio, que debe esclarecer si la sospecha del hecho que resulta contra el inculpado está o no justificada. Por medio de esta clase de esclarecimiento de la sospecha del hecho consigue la sentencia la paz jurídica y se restablece la validez de la norma penal lesionada. De esta manera realiza el proceso penal, al mismo tiempo, el Derecho Penal material. (...)

Menos unívocos, en cuanto a su determinación, que la meta del proceso penal, son los medios con los que el Estado trata de desarrollar, en el proceso penal, la fijación de dicha meta. Estos medios, fundamentalmente la ordenación jurídica para la producción de la sentencia, dependen de la situación histórica y jurídico-constitucional respectiva. Esto es inmediatamente ostensible, cuando se hace claro que prácticamente cada utilización de la coerción en el proceso penal representa una violación de los derechos fundamentales del interesado – no solo del inculpado, sino también, por ejemplo, del testigo. Viéndolo desde el punto de vista jurídico-constitucional, el Derecho Procesal Penal regula consecuentemente y ante todo la clase y extensión, por tanto y en último término la conformidad a Derecho, de las violaciones de los derechos fundamentales." Tradução livre: "A meta do processo penal é, segundo uma opinião proferida, investigar a verdade sobre o fato punível e castigar o autor. Neste sentido, finaliza o processo penal com a constatação dos 'fatos considerados provados' (...) que, não obstante isto, não são lidos como se fossem uma ata, senão que servem à fundamentação do chamado veredito de culpabilidade e da imposição da pena. Assim pois, o descobrimento da verdade não constitui um fim em si mesmo, senão um mero fim intermédio, que deve esclarecer se a suspeita do fato que resulta contra o acusado está ou não justificada. Por meio desta classe de esclarecimento da suspeita do fato consegue a sentença da paz jurídica e se restabelece a validade da norma penal lesionada. Desta maneira realiza o processo penal, ao mesmo tempo, o Direito Penal material. (...)

Menos unívocos, quanto a sua determinação, que a meta do processo penal, são os meios com os quais o Estado trata de desenvolver, no processo penal, a fixação de dita meta. Estes meios, fundamentalmente a ordenação jurídica para a produção da sentença, dependem da situação histórica e jurídico-constitucional respectiva. Isto é imediatamente ostensivo, quando se faz claro que praticamente cada utilização da coerção no processo penal representa uma violação dos direitos fundamentais do interessado – não só do acusado, mas também, por exemplo, da testemunha. Vendo-lhe desde o ponto de vista jurídico-constitucional, o Direito Processual Penal regula conseqüentemente e sobretudo a classe e extensão, portanto e em último termo a conformidade ao Direito, das violações dos direitos fundamentais." (TIEDEMANN, K.; ROXIN, C.; ARZT, C. **Derecho penal y derecho penal procesal**. Tradução de: Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomber. Barcelona: Ariel, 1989. p.134-135).

Revolução reconheceram a falha dos critérios legais de avaliação de provas, negando a possibilidade de aferição *a priori*.⁷⁷⁰ Este sistema da prova tabelada pela lei tem base na acumulação da experiência da coletividade durante longo período;⁷⁷¹ mas esta experiência representava também uma já conhecida história de estigmatização. Estas provas com 'hierarquia' entre si⁷⁷² não deixavam fluir a relação concreta entre a 'verdade e o espírito humano' a qual se referia Malatesta⁷⁷³ e relegaram-se, com raras exceções, ao passado.⁷⁷⁴ Os meios científicos de investigação passam a difundir-se e os erros materiais tendem a reduzir.⁷⁷⁵ Atualmente, além do princípio da íntima convicção que tem aplicação normalmente no júri popular,⁷⁷⁶ o princípio predominante é o da livre convicção judicial, segundo o

⁷⁷⁰FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p.199-200.

⁷⁷¹JAUCHEN, Eduardo M. **La prueba em materia penal**. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 1996. p.51.

⁷⁷²NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.143.

⁷⁷³MALATESTA. N. F. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de: J. Alves de Sá. Lisboa: Teixeira, 1911. p.111.

⁷⁷⁴MEDEIROS, Flávio Meirelles. M. **Manual do processo penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p.189.

⁷⁷⁵FIGUEIREDO DIAS, **Direito**..., op. cit., p.199-200.

⁷⁷⁶O princípio da íntima convicção tem natureza essencialmente política, segundo Mittermayer (MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de: Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1871. p.15). Vigora no Tribunal do Júri do Brasil, no qual os jurados não precisam fundamentar o seu voto. (TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3. p.241-242. v.3).

qual o juiz aprecia com liberdade as provas⁷⁷⁷ que, no entanto, exige a fundamentação ou motivação da decisão.⁷⁷⁸

Mas, se o Iluminismo influenciou todo o planeta, as violências perpetraram-se também por todos os lugares. Os métodos violentos para se conseguir provas e a falsificação delas, a privação de defesa, as agressões físicas e a prática de muitos delitos por parte da própria polícia, aliada à complacência de juízes e promotores,⁷⁷⁹ têm feito da polícia uma instituição por vezes respeitada, outras temida e odiada, outras vezes desprezada.

⁷⁷⁷BAUMANN, Jurgén. **Derecho procesal penal**: conceptos fundamentales y principios procesales. Tradução de: Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986. p.120.

⁷⁷⁸"Sin embargo, la ausencia de reglas condicionantes de la convicción, similares a las del llamado sistema de prueba legal, no significa carencia absoluta de reglas. La libre convicción exige la fundamentación o motivación de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los que se decide de una u otra manera, y, con ello, la mención de los elementos de prueba que se tuvieron en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica (exigencia externa). Exige también que la valoración crítica de los elementos de prueba sea racional, lo que implica demandar que respete las leyes del pensamiento (lógicas) y de la experiencia (leyes de la ciencia natural), y que sea completa, en el doble sentido de fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados, exigencias con las cuales se pretende lograr que la decisión se baste a sí misma, como explicación de las conclusiones del tribunal (exigencia interna). Precisamente, esas exigencias están íntimamente ligadas al control de la sentencia por la vía de la casación y a los límites de ese control. Es también por estas exigencias que el método valorativo se conoce con el nombre de sana crítica o crítica racional." Tradução livre: "No entanto, a ausência de regras condicionantes da convicção, similares às do chamado sistema de prova legal, não significa carência absoluta de regras. A livre convicção exige a fundamentação ou motivação da decisão, isto é, a expressão dos motivos pelos quais se decide de uma ou de outra maneira, e, com isto, a menção dos elementos de prova que se tiveram em conta para chegar a uma decisão e sua valoração crítica (exigência externa). Exige também que a valoração crítica dos elementos de prova seja racional, o que implica demandar que respeite as leis do pensamento (lógicas) e da experiência (leis da ciência natural), e que seja completa, no duplo sentido de fundamentar todas e cada uma das conclusões fácticas e de não omitir ele análises dos elementos de prova incorporados, exigências com as quais se pretende lograr que a decisão se baste a si mesma, como explicação das conclusões do tribunal (exigência interna). Precisamente, essas exigências estão íntimamente ligadas ao controle da sentença pela via da cassação e aos limites deste controle. É também por estas exigências que o método valorativo se conhece com o nome de crítica sã ou crítica racional." (MAIER, op. cit., p.593-594). É o sistema, afinal, adotado no Código de Processo Penal brasileiro, no artigo 157: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova." (Neste sentido: MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.266. AQUINO e NALINI, op. cit., p.152).

⁷⁷⁹LÓPES-REY, Manuel. **Crime**: um estudo analítico. Tradução de: Regina Brandão. Rio de Janeiro: Artenova, 1973. p.53. Neste sentido: BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.37 e 38.

Menos evidentes têm sido as práticas derivadas de estigmas – que, como se viu, passaram quase incólumes pelo Iluminismo – que não deixaram de ser violentas. No mundo todo – em países desenvolvidos e em desenvolvimento – as ações governamentais e policiais orientaram-se para perseguições derivadas da origem racial, prática religiosa, política ou em razão da condição social.⁷⁸⁰

Sem dúvida, a Revolução Francesa e o Iluminismo mudaram parte do Mundo, mas a outra parte ainda estaria para ser mudada. Se o poder do soberano já não era indiscutível e a razão era maestra dos debates ideológicos, contudo, os estigmas persistiam nas ruas, nas leis e no corpo policial.

O Brasil, embora tenha incorporado em sua legislação, após a Proclamação da Independência, os melhores princípios de direitos humanos – desde a Constituição Imperial (1824), o Código Criminal (1830), o Código de Processo Criminal (1832)⁷⁸¹ até a Constituição de 1988⁷⁸² –, entretanto, implantou prática de

⁷⁸⁰"As práticas discriminatórias e ações políticas com motivações políticas, raciais, religiosas e outras são muitas vezes usadas brutalmente pelos países em desenvolvimento e pelos desenvolvidos. Como a discriminação contra os pretos, a discriminação contra os brancos já fez vítimas na Arábia e nos países recentemente independentes. A discriminação política também já conduziu ao crime funcionários de países com regimes nacionalistas, ditatoriais e até mesmo de democracia popular. As revoltas contemporâneas são também uma fonte freqüente desse tipo de crime pela polícia e pelas forças militares." (LÓPES-REY, **Crime...**, op. cit., p.47).

⁷⁸¹MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. p.117. Neste sentido: CRETELLA JÚNIOR, **Elementos...**, op. cit., p.24-26. BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.24 e 95.

⁷⁸²FERREIRA FILHO, op. cit., p.97 e 98. BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p.06. BACILA, **Polícia...**, op. cit., 2002. p.95. São textos de direitos humanos que influenciaram o Brasil no século XX, v.g., a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais em Bogotá(1948); a Declaração Universal dos Direitos do Homem (10/12/1948) e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, em San Jose, Costa Rica (1969); a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem (04/11/1950), a Carta Social Européia em Turim (1961), a Carta Africana de Nairobi (1986) e a Declaração Islâmica Universal de Direitos Humanos (1981), etc. (BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.19-20).

violências e arbitrariedades de suas variadas polícias,⁷⁸³ isto é, prosseguiu com o padrão da legislação criminal que vigorou por mais tempo no país, ou seja, as Ordenações Filipinas que, inclusive autorizavam a tortura.⁷⁸⁴ O sistema legal modificou para melhor, mas a realidade policial permaneceu naqueles padrões medievais e, quem sabe, até pior, pois muitas prisões, antes legais, passaram a ser feitas ilegalmente sem mandado ou por prazos indevidos,⁷⁸⁵ além das agressões físicas⁷⁸⁶ e outras violências que colocaram o Brasil sob a mira das entidades de defesa dos direitos humanos.⁷⁸⁷ A polícia brasileira também tem atuado com

⁷⁸³O Brasil tem polícias judiciárias e preventivas, civis e militares, federais, estaduais e municipais, rodoviárias, etc... Sobre a organização policial brasileira ver: CHOUKR, Fauzi Hassan. Relatório Brasileiro. In: AMBOS, Kai; COLOMER, Juan-Luis Gómez; VOGLER, Richard (Coord.). **La policía en los estados de derecho latinoamericanos**: un proyecto de investigación. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2003. p.117 e segs. e BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.45 e seguintes. Sobre organização das polícias na América Latina ver: AMBOS, Kai. Presentación. In: **La policía en los estados de derecho latinoamericanos**: un proyecto de investigación. AMBOS, Kai; COLOMER, Juan-Luis Gómez; Vogler, Richard (Coord.). Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2003.

⁷⁸⁴"A tortura, a fim de obter a confissão do 'argüido', era de uso corrente. Há aqui um jogo de palavras: a lei da época determinava que a tortura só fosse ordenada nos casos mais graves e aplicada somente após conhecimento e julgamento de apelação do 'argüido'; como as Ordenações Filipinas puniam com severidade infrações morais e religiosas, a tortura era um instrumento usado em flagrante desproporção aos crimes cuja comprovação pretendia facilitar." (RAMOS, op. cit., p.104-105).

⁷⁸⁵KOSOVSKI, Ester. **Livro de estudos jurídicos. Abuso de poder**: novas medidas contra a prepotência. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v.2. p.373.

⁷⁸⁶NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Leis especiais**: aspectos penais. 5.ed. São Paulo: Leud, 1996. p.88.

⁷⁸⁷FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Abuso de autoridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.14. O processo penal seguiu tendência semelhante, segundo João Gualberto Garcez RAMOS: "Tais são, em linhas gerais, as características do processo penal e, particularmente, da audiência processual penal previstos nas Ordenações Filipinas. Como vigoraram por mais de duzentos anos no Brasil, contribuíram para enformar a mente dos que obravam com a justiça penal. Esse costume de 'fazer inquisição', de certa maneira até hoje visível, se mostrar muito mais claro quando se estudar o processo penal do Império do Brasil e a tentativa ocorrida nesse período, de adotar um modelo acusatório puro." (RAMOS, op. cit., p.104-105).

discriminação da raça, da pobreza ou em decorrência de outros critérios que vislumbram estigmas.⁷⁸⁸

A seguir, será estudada a polícia, sob a perspectiva dos principais estigmas contemporâneos e equiparando-os com as meta-regras.

3.6 POLÍCIA E ESTIGMAS – META-REGRAS – DA ATUALIDADE

3.6.1 Estigmas como Meta-Regras Aplicadas pela Polícia

No capítulo primeiro, constatou-se que as meta-regras atuam como princípios ou regras aplicadas pela sociedade ou pelos operadores do direito na aplicação da norma jurídica, gerando o estigmatizado (preso, ex-detento etc.). A polícia atua com estas meta-regras que são decisivas para atribuir o rótulo de criminoso a alguém. No segundo capítulo, estudaram-se os estigmas, observando-se que eles são constituídos de marcas ou sinais exteriores e objetivos (pobre, mulher, raça não predominante e religião adotada) e que recebem um valor social negativo. Agora, procurar-se-á demonstrar de que forma os estigmas direcionam a atividade policial, atuando como verdadeiros princípios ou regras que dirigem a polícia para investigar e prender os estigmatizados. É neste sentido que se equipara o estigma com a meta-regra.

Alguns autores mencionam, de passagem, a influência que os estigmas (algumas vezes equiparados aos estereótipos) exercem sobre os operadores do direito – policiais, juízes, fiscais da lei, advogados etc.– atuando aqueles (os estigmas), como verdadeiras regras seguidas pelos intérpretes e aplicadores do direito. Equiparam os

⁷⁸⁸ "...adeptos de que a polícia desconheça os direitos humanos têm a certeza de que o desrespeito nunca os atingirá. Não somente por se considerarem cidadãos de bem, mas, acima de tudo, porque se escudam na crença de que ainda estamos no país do 'sabe-com-quem-está-falando?'. Imunes ao desrespeito pela sua posição social, indicam acintosamente o alvo do desrespeito: os habitantes pobres e negros das favelas e da periferia, os 'perigosos' da nossa sociedade". (SILVA, J. da, op. cit., p.302).

estigmas às meta-regras. Destarte, Alberto Bovino menciona o estudo holandês que demonstrou que os vários casos de agressões sexuais, em geral, só produzem decisões na polícia, nos fiscais e nos tribunais, desde que cumpridos os estereótipos e, dentre esses, o estigma de ser o violador pobre.⁷⁸⁹ Marcela Rodríguez refere-se às *normas informales* que atuam no tratamento desigual do direito no que se refere às mulheres e ao binômio classes altas/classes baixas.⁷⁹⁰ Dennis Chapman refere-se a componentes causais que atuam sobre policiais, advogados e juízes para a definição do delito (lugar, vítima, época etc.), além, é claro, em geral, do estereótipo do criminoso.⁷⁹¹ Juarez Cirino dos Santos diz que a aplicação das normas penais depende da classe social que o sujeito integra, isto é, o sistema penal atingirá o marginalizado.⁷⁹² Manuel Atienza preleciona que o processo de decisão jurídica leva em consideração, dentre outros fatores, os preconceitos raciais ou religiosos.⁷⁹³ Winfried Hassemer equipara a interpretação das leis a outras formas de compreensão e, por isso mesmo, está marcada por limitações, preconceitos, subjetivismos e rotinas.⁷⁹⁴ Júlio E. S. Virgolini adverte que a polícia criminaliza seletivamente pessoas com fundamento em algumas circunstâncias decisivas, enumerando-as: grupo social, aparência estética e nível econômico do selecionado e a maior ou menor visibilidade do fato cometido.⁷⁹⁵ Carlos Alberto Elbert pondera que a sociedade criou para a pobreza 'pré-conceitos'

⁷⁸⁹BOVINO, op. cit., p.236.

⁷⁹⁰RODRÍGUEZ, Marcela. Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal**. Buenos Aires: Biblos, 2000. p.143.

⁷⁹¹CHAPMAN, op. cit., p.4 e segs.

⁷⁹²CIRINO DOS SANTOS, **A criminologia...**, op. cit., p.32.

⁷⁹³ATIENZA, op. cit., p.23 e 24.

⁷⁹⁴HASSEMER, op. cit., p.40-41.

⁷⁹⁵VIRGOLINI, Julio E. S. El control social y su articulación con el sistema penal. In: VIRGOLINI, Julio E.S. et al. **El sistema penal argentino**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. p.138.

equivocados e que passam a ser difundidos e aceitos como verdadeiros contra os pobres. Para Elbert, essa é uma espécie de 'símbolo de distância' (assim como a cor e a vestimenta) que identifica os indivíduos dentre a massa.⁷⁹⁶ Aury Lopes Jr. menciona que a polícia atua voltada para as escalas desfavorecidas da sociedade, obedecendo a modelos preconcebidos (estereótipos) e ministrando um tratamento diferenciado para vítimas e autores ideais de delito,⁷⁹⁷ além disso, o perfil daquele perseguido pela polícia enquadra-se conforme o *status* econômico e social.⁷⁹⁸ Alessandro Baratta cita Smaus para reconhecer que a abstinência da polícia e do judiciário no confronto das violências (física, sexual etc.) contra a mulher funciona a partir do paradigma do gênero.⁷⁹⁹ Hans-Georg Gadamer expõe que a questão central da hermenêutica (histórica e epistemológica) é a separação dos preconceitos legítimos dos preconceitos que devem ser superados de forma inquestionável,⁸⁰⁰ o que praticamente remete ao estudo específico e objetivo de tais preconceitos ilegítimos que devem ser separados da hermenêutica. Luigi Ferrajoli aponta o conceito de perigosidade como uma forma de o poder público atuar objetivamente contra as castas marginalizadas (pobres, imigrantes, subempregados etc.) por intermédio de valorações e opiniões dirigidas contra esses desfavorecidos.⁸⁰¹ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho aborda o problema da seleção de pessoas desprovidas de poder econômico para serem os clientes preferenciais do fórum criminal como uma postura ideológica.⁸⁰² Lola Aniyar de Castro corrobora os inúmeros estudos realizados que comprovam a seleção policial do suspeito pobre em

⁷⁹⁶ELBERT, op. cit., p.20-24.

⁷⁹⁷LOPES JR., A crise..., op. cit., p.83 e 84.

⁷⁹⁸LOPES JR., A crise..., op. cit., p.86.

⁷⁹⁹BARATTA, O paradigma..., op. cit., p.54.

⁸⁰⁰GADAMER, op. cit., p.416.

⁸⁰¹FERRAJOLI, **Derecho y razón**..., op. cit., p.768.

⁸⁰²MIRANDA COUTINHO, Videoconferência, op. cit., p.108.

decorrência das meta-regras assinaladas por Fritz Sack como criadoras de uma realidade social artificialmente construída na área criminal.⁸⁰³ Luís Alberto Warat entende que os estereótipos criados para as pessoas como o de 'indolência' para 'homem de cor' geram reações negativas e prejudiciais a cada vez que se encontra um 'homem de cor'.⁸⁰⁴ Howard S. Becker explica que a polícia procura suas próprias motivações para atuar e que esses impulsos podem estar impregnados, por exemplo, de forças religiosas.⁸⁰⁵ Franco Cordero demonstrou que, na época da Inquisição, as regras formais tornavam-se extremamente flexíveis para atingir os heréticos,⁸⁰⁶ assim, usava-se da imaginação para 'arrancar' qualquer prova que pudesse condená-los.⁸⁰⁷ Destarte, nota-se que o estigmatizado religioso tinha contra si o que poderia ser equiparado à seguinte meta-regra: 'alvo a ser atingido'. Raul Cervini menciona expressamente os estigmas e os estereótipos como integrantes de idéias preconcebidas e que serão os fundamentos das operações policiais.⁸⁰⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni denomina de estereótipos os construtores de imagens negativas influenciadas pelos preconceitos como os responsáveis pela seleção criminalizante que seria o produto final de todas as discriminações.⁸⁰⁹ Fritz Sack enfatiza o critério econômico em suas discussões.⁸¹⁰ E, para encerrar o rol exemplificativo de formulações relativas aos

⁸⁰³CASTRO, op. cit., p.114.

⁸⁰⁴WARAT, op. cit., p.73.

⁸⁰⁵BECKER, Howard S. **Outsiders**: saggi di sociologia della devianza. 4.ed. Tradução de: Claire-Lise Vuadens, Mauro Croce e Diego Brignoli. Torino: Gruppo Abele, 1997. p.121-122.

⁸⁰⁶"*Sui punti capitali questo stile implica regole talmente flessibili, da lasciare mano libera.*" Tradução livre: "Sobre os pontos capitais este estilo implica regras tão flexíveis, que deixavam a mão livre." (CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1998. p.26).

⁸⁰⁷CORDERO, **Procedura...**, op. cit., p.21 e segs.

⁸⁰⁸CERVINI, op. cit., p.165.

⁸⁰⁹ZAFFARONI, El discurso..., op. cit., p.28.

⁸¹⁰SACK, **Crime...**, op. cit., p.60.

estigmas como meta-regras, vale repetir a indagação de Jorge de Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade: "Tudo está em saber em que medida os estigmas são um *prius* ou um *posterius*, uma 'causa' ou um 'efeito' em relação ao envolvimento no universo penal formal."⁸¹¹

Com efeito, os estigmas possuem um aspecto objetivo (marca, sinal, projeções exteriores) e outro subjetivo (valor negativo, avaliação social pejorativa). Então, podem ser assim tratados como meta-regras. É como se a meta-regra fosse: '*o estigmatizado é o alvo a ser atingido*'. O seguinte exemplo procurará ilustrar mais este ponto de vista: no caso do estigma 'pobre', faz-se alusão àquela pessoa desprovida de bens materiais e de condição econômica inferior, a tal ponto de comprometer-lhe a subsistência. Este é o aspecto objetivo. Por outro lado, subjetivamente, tem-se uma apreciação negativa da pessoa que é pobre ou da própria pobreza em si. Por conseguinte, com este valor social negativo, a polícia também absorverá tal valoração negativamente, interpretando as normas jurídicas como se o pobre fosse o personagem principal para receber as sanções penais, ou então, que o pobre é o merecedor da sanção penal, ou então, que ele é o mais suscetível e que reagirá menos com a perseguição policial, ou então, que é o lado mais fraco e que por isso deve sucumbir pela lei do mais forte, enfim, como aparece mais para a polícia, culmina-se com a aceitação do princípio de que ele, o pobre, é a 'sujeira da sociedade' e que deve estar, invariavelmente, envolvido com o crime.

Destarte, associa-se ao 'pobre' e a todo o estigma um princípio indissociável ligado ao crime, assim como indissociável é a atuação da polícia para privilegiar a perseguição aos pobres. Logo, o estigma 'pobre' implica regras para a polícia que se traduzem em regras interpretativas das leis que a polícia racionaliza como se devesse aplicá-las. São, pois, meta-regras.

⁸¹¹FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.177. "Não desconhece a criminologia nova que há certos tipos de pessoas, portadoras de determinados estigmas negativos, que têm uma presença privilegiada entre a população delinquente, entre, por exemplo, a população prisional." (FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.177).

Poder-se-ia argumentar que dos estigmas saem as meta-regras, como conseqüências daqueles. Entretanto, não se deve olvidar que o estigma não é só a marca (objetiva), mas traduz-se também no 'valor negativo', que não deixa de ser uma 'regra' (se tem tal marca, é ruim). Trata-se – o 'valor negativo' do estigma – de conceito genérico que pode ter diversas interpretações no meio social. Para a polícia, a interpretação de princípios genéricos de valores negativos significa a interpretação discriminatória das leis e a seleção de pessoas para e pelo sistema penal.

A compreensão dos estigmas como meta-regras para a polícia, simplifica muito a forma de lidar com o problema da seleção de pessoas e pode servir como base para estudos de outras instituições que atuam com meta-regras/estigmas (juiz, promotor, advogado etc.), além de poder trazer outras perspectivas para solucionar questões que afetam a teoria geral do direito. Enfim, equiparar os estigmas às meta-regras torna o estudo das meta-regras mais tangível.

Adiante, procurar-se-á explicitar caso a caso, o modo pelo qual os estigmas da mulher, do pobre, da raça não predominante, da religião e outros atuam como meta-regras na atividade policial.

3.6.2 Estigma – Meta-Regra – da Mulher

Os gregos já consideravam que a maior qualidade da mulher seria servir o homem. Penélope, a heroína, tornou-se mito venerado por possuir uma virtude especial: a fidelidade devotada a Ulisses. A obrigação da deusa parecia, porém, ser unilateral, isto é, enquanto Penélope aguarda durante anos incólume o seu homem, Ulisses fica prisioneiro da ilha de Calipso, a deusa enamorada⁸¹² e, apesar de ele ter romances e filhos com a própria Calipso (Áuson, Nausínoo e Nausítoo), além de Circe (Cassifonéia, Latino, Telégono e Ágrio), Calídice (Polipoetes) e Evipe

⁸¹²CHALITA, Gabriel. **Mulheres que venceram preconceitos**: mulheres célebres que trouxeram e trazem benefícios à sociedade. Rio de Janeiro: Imagem, 1996. p.13-23.

(Euríalo),⁸¹³ os gregos contavam que Penélope nem perguntou sobre as façanhas amorosas do marido quando ele retornou, porque o 'passado era passado' e o importante era 'tê-lo ao seu lado'...⁸¹⁴

Com efeito, o estigma da mulher simbolizou em quase todos os tempos que a mulher é um ser inferior.⁸¹⁵ Conforme se constatou inicialmente, isto não tem razão de se afirmar e aconteceu socialmente por circunstâncias aleatórias (especialização das tarefas, do trabalho etc.). Mas o custo desse desvio foi a alienação da mulher da participação social ativa e uma difícil e lenta integração para conseguir trabalhar em condições próximas à igualdade com o homem. As antigas práticas caseiras como a tecelagem e o bordado aos poucos introduziram o sexo feminino nas oficinas medievais e, depois, na indústria emergente.⁸¹⁶ Mas as condições de trabalho para mulheres e crianças estavam abaixo do suportável, pois as jornadas laborativas iam, em média, das cinco da manhã até as onze horas da noite no inverno.⁸¹⁷ A exploração desmedida ocorrerá de várias formas: da ausência de oferta de emprego para cargos mais importantes, até o trabalho mal remunerado ou massacrante. A desvalorização feminina ficou notabilizada em razão do subemprego.⁸¹⁸

⁸¹³Penélope e Ulisses tiveram um único filho de nome Telêmaco (COUTINHO, Ubirajara et. al. **Mitologia**. 2.ed. São Paulo: Abril, 1976. v.3. p.672).

⁸¹⁴COUTINHO, et. al., op. cit., p.672.

⁸¹⁵"The pattern is consistent with that which represented women as inferior through their spiritual uncleanness and smaller brains, and with the stereotype of all aboriginal peoples as morally and intellectually inferior and appropriately subject to salvation, exploitation, and extermination." Tradução livre: "O padrão é consistente com o que representou a mulher como um ser inferior com o seu espírito impuro e seu cérebro pequeno, e com o estereótipo aborígine das pessoas com a moralidade e intelectualidade inferior e sujeito de salvação, exploração e extermínio." (CHAPMAN, op. cit., p.25).

⁸¹⁶VIANNA, Segadas. Trabalho da mulher. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. (Coord.). **Instituições de direito do trabalho**. 19.ed. 2.tir. São Paulo: LTr, 2000. v.2. p.962.

⁸¹⁷VIANNA, op. cit., p.963. "E em 1814 um inquérito realizado pelo governo inglês comprovava que a jornada de trabalho era de 16 horas, que os salários não davam para o sustento diário do proletário e que as crianças de 5 e 6 anos já trabalhavam em fábricas." (VIANNA, op. cit., p.963).

⁸¹⁸VIANNA, op. cit., p.965.

Porém, só recentemente – e apenas em alguns países – a mulher adquiriu igualdade legal, o que não significa que as mulheres estejam livres de muitos preconceitos ou que não tenham que se emancipar continuamente. Aonde a mulher conquistou direitos iguais, isto é, igualdade na legislação, ainda enfrenta as metaregras da inferioridade, pois muitas profissões ainda não são receptivas às mulheres. Em verdade, para poder trabalhar e 'sobreviver' socialmente, a mulher encontra mais percalços do que o normal.⁸¹⁹ Mesmo a legislação que vem em seu socorro, como é o caso da Lei n.º 9.029/1995, que tipificou condutas de empregadores que exigiam documentos comprobatórios de esterilização ou de estado de gravidez etc., corre o risco de desestimular a contratação de mulheres.⁸²⁰

Com efeito, freqüentemente, o critério para a exclusão das mulheres de empregos e promoções não se fundamenta na qualidade do serviço, mas na valoração negativa do fato de ser mulher.⁸²¹ O certo é que, ainda hoje, o trabalho feminino é desvalorizado somente porque é feminino.⁸²²

⁸¹⁹"O crescimento acontece apenas quando enfrentamos uma crise: uma virada decisiva, uma encruzilhada nítida à nossa frente, quando precisamos decidir se continuamos na mesma estrada ou tomamos uma outra direção. A escolha que a mulher enfrenta – ficar na carreira ou deixá-la – traz conseqüências tanto para si como para sua família e para as pessoas queridas. A decisão presente de redirecionar sua situação no trabalho afeta-a para o resto da vida." (ALBERT, Susan Wittig. **Mulher por conta própria**: como encontrar alternativas para a realização profissional e pessoal. Tradução de: Beatriz Raposo Medeiros. São Paulo: Círculo do Livro, 1992. p.143).

⁸²⁰"A Lei n.º 9.029 vai desestimular a empresa a contratar mulheres, em função das suas proibições. Em vez de proteger, irá desproteger a obreira, impedindo a admissão de trabalhadoras." (MARTINS, Sergio Pinto. **Práticas discriminatórias contra a mulher e outros estudos**. São Paulo: LTr, 1996. p.113).

⁸²¹PATE, Kimberly. Ação afirmativa nos Estados Unidos. In: DELGADO, Didice G.; CAPPELLIN, Paola; SOARES, Vera (Orgs.). **Mulher e trabalho**: experiências de ação afirmativa. São Paulo: Boitempo, 2000. p.101.

⁸²²PAUTASSI, Laura C. El impacto de las reformas estructurales y la nueva legislación laboral sobre la mujer en la Argentina. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Ley, mercado, y discriminación**: el género del trabajo. Buenos Aires: Biblos, 2000. p.140. Neste sentido: OLGATI, Etta. As ações afirmativas na Itália e um olhar sobre a Europa. In: DELGADO, Didice G.; CAPPELLIN, Paola; SOARES, Vera (Orgs.). **Mulher e trabalho**: experiências de ação afirmativa. São Paulo: Boitempo, 2000. p.59. VALENZUELA, op. cit., p.151.

O direito também tratou de criar a diferença do gênero, tratando a mulher como se fosse um ser ontologicamente inferior. Daí, essa discriminação nas relações jurídicas faz da mulher um ser diminuído e, até mesmo invisível.⁸²³

3.6.2.1 Aspectos objetivos e subjetivos

Ora, o estigma da mulher caracteriza-se por uma face objetiva (ser mulher) e outra subjetiva (valoração negativa). No contexto social, as meta-regras fazem uma leitura diferente da lei e da norma. O seguinte exemplo tornará mais clara esta conclusão, pois o autor do texto, Caio Alves de Carvalho, diz que efetivamente a mulher venceu a batalha, mas sempre procura distorcer a igualdade (conscientemente ou não). Veja-se:

As mulheres venceram a batalha. Hoje a mulher tem livre acesso à vida econômica, social e política da comunidade. Entretanto o setor profissional que mais se harmoniza com o feito humano da mulher é, sem dúvida, o magistério.⁸²⁴

Na primeira e segunda frases o autor reconhece a igualdade. Na terceira, restringe. As frases seguintes prosseguem no mesmo sentido:

No Brasil, não há mais preconceitos contra a convivência e participação da mulher, em qualquer setor da vida social. Note-se entretanto que, por estatística, esse fato social determinou a queda de matrimônios, como também determinou o aumento do número de casais desajustados.

De novo novo a afirmativa inicial sustenta a ausência de preconceitos, entretanto, por isso, conclui que há desajustes de casais e queda de matrimônios.

Muito complexa seria, a discussão da influência da emancipação feminina na amplitude da educação nacional. Não são estes argumentos para a tese de que a mulher deva voltar à situação social antiga; mas apenas observações para que a mulher moderna aprenda a harmonizar suas atividades externas com as obrigações domésticas.⁸²⁵

⁸²³RODRÍGUEZ, op. cit., p.138.

⁸²⁴TOLEDO, Caio Alves; DA COSTA E SILVA e CARVALHO, Mirtis de. **Dicionário universal de curiosidades**. São Paulo: CIL, 1964. p.952.

⁸²⁵TOLEDO, DA COSTA E SILVA e CARVALHO, op. cit., p.952.

Mas qual seria agora a ligação que o autor quer fazer entre 'mulher moderna' e 'obrigações domésticas'? Em seguida, ele mesmo esclarece, explicando quais foram os recursos que o 'progresso' conferiu à mulher...

Isto não é impossível, sobretudo quando consideramos que o progresso técnico moderno deu à mulher recursos extraordinários para o govêrno material do lar com dispêndio mínimo de tempo: enceradeiras, aspiradores de pó, máquinas de lavar, liqüidificadores, etc...⁸²⁶

Quer dizer, o homem nem entra nesta discussão. Não faz parte o sexo masculino, para o escritor, deste contexto 'doméstico'. Adiante, a tentativa vã de contrabalançar:

Seria isto uma prova de inferioridade social? Achamos que não. É a glória e a supremacia da Mulher: a maternidade e responsabilidade de manter o encanto e o padrão moral de seu lar. No regaço materno está a esperança do mundo de amanhã.⁸²⁷

A 'maternidade' confinou a mulher no ostracismo durante quase toda a história conhecida da humanidade e é por isso que se aceita com facilidade que se mantenha este estado de coisas. Mas o custo da reprodução humana deve ser assumido por todos.⁸²⁸ Ironicamente, não é incomum que a mulher que dispute um emprego tenha que comprovar, mediante apresentação de exame de laboratório, que não está grávida ou que já foi esterilizada.⁸²⁹ Apesar de tratar-se a transcrição de Toledo, acima comentada, de texto da década de sessenta do século vinte,

⁸²⁶TOLEDO, DA COSTA E SILVA e CARVALHO, op. cit., p.952-953.

⁸²⁷TOLEDO, DA COSTA E SILVA e CARVALHO, op. cit., p.953.

⁸²⁸"As políticas devem, por outro lado, ter um cuidado especial ao corrigir situações que provoquem indiretamente desigualdades. O custo da função reprodutiva deve ser assumido por toda a sociedade e não recair sobre a mulher. Parte das políticas de igualdade devem estar orientadas para a geração de serviços de apoio que permitam a compatibilização de responsabilidades familiares e de trabalho para ambos os sexos." (VALENZUELA, op. cit., p.174).

⁸²⁹ANDRADE, Vera Regina de. Da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p.109-110.

muitas regras estão subjacentes à legislação atual – atualmente não discriminadora formalmente em muitos países ocidentais – como é o caso do salário feminino, que é muito inferior ao recebido pelo homem para executar o mesmo trabalho.⁸³⁰ Discriminações sociais como esta ocorrem na família, na escola e em outras instituições.⁸³¹ É precisa, pois, a lição de Alessandro Baratta: "A sociedade patriarcal reservou, de forma ampla, o protagonismo da esfera produtiva aos homens e do círculo reprodutivo, às mulheres."⁸³² O referido autor aborda ainda o sistema de controle da mulher que, atualmente, é informal e, as mais das vezes, como última tentativa, desenvolve-se por intermédio da violência,⁸³³ que é justificada por uma postura machista divulgada pelos meios de comunicação de massa.⁸³⁴ A educação informal da família encarregou-se da manutenção da fragilidade doméstica a serviço do homem juntamente com os meios de comunicação, o que conferiu ao ser feminino uma certa invisibilidade social.⁸³⁵ A prostituição feminina e infantil aumentaram nos países subdesenvolvidos como é o caso do Brasil,⁸³⁶ e a mulher continua tendo na prostituição mais uma forma clara de estigmatização. Aliás, as

⁸³⁰Sobre o tema, com vasta pesquisa estatística: VALENZUELA, op. cit., 1999. p.149-178.

⁸³¹OLIVEIRA DA SILVA, Katia Elenise. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.91.

⁸³²BARATTA, O paradigma..., op. cit., p.45.

⁸³³BARATTA, O paradigma..., op. cit., p.46.

⁸³⁴STRECK, Lenio Luiz. Criminologia e feminismo. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p.92-93.

⁸³⁵LARRANDART, Lucila. Control social, derecho penal y género. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal**. Buenos Aires: Biblos, 2000. p.90. Sobre violência e intimidação da mulher, ver ainda: RODRÍGUEZ, op. cit., p.147 e segs.

⁸³⁶ANDRADE, V. R. de, Da mulher..., op. cit., p.117.

associações feitas entre a sexualidade e a mulher são as piores possíveis,⁸³⁷ pois trata-se como um desvio: ora a bruxa é queimada na fogueira porque teria tido relações sexuais com o 'diabo' (no passado), ora vê-se mesmo como uma patologia orgânica ou social (na atualidade).⁸³⁸ Estigmatizada, a mulher enfrenta as piores imputações sociais. De outro lado, tradicionalmente a polícia tem-se constituído em um fabuloso mecanismo de manutenção do estigma da mulher.⁸³⁹ Logo, o estigma da mulher funciona como um princípio que lhe atribui as piores consequências na vida e, em particular, no trato com as questões policiais. Por isso, paradoxalmente, a

⁸³⁷ "Anteriormente, la ley consideraba que las agresiones sexuales eran ataques a la honestidad. El concepto se acuñó en un momento histórico en el que la preocupación social no era la violación sino el adulterio. Como forma de prevenir el adulterio, el concepto de honestidad sirvió para castigar a los varones que mancillaran el honor de otros ultrajando a las mujeres que dependían de ellos. Un embarazo originado en una violación ponía en peligro, por ejemplo, el patrimonio que podía ser heredado por hijos ilegítimos." Tradução livre: "Anteriormente, a lei considerava que as agressões sexuais eram ataques à honestidade. O conceito se produziu em um momento histórico em que a preocupação social não era a violação senão o adultério. Como forma de prevenir o adultério, o conceito de honestidade serviu para castigar os homens que mancharam a honra de outros ultrajando as mulheres que dependiam deles. Um filho originado de uma violação colocava em perigo, por exemplo, o patrimônio que poderia ser herdado por filhos ilegítimos." (HERCOVICH, Inés. La violación sexual: un negocio siniestro. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal**. Buenos Aires: Biblos, 2000. p.308).

⁸³⁸ LARRANDART, op. cit., p.91.

⁸³⁹ "Otro problema que se planteaba es el de la 'mala esposa'. Desde la época hispánica, era costumbre que las autoridades eclesiásticas requiriesen el auxilio de la fuerza pública para detener a mujeres casadas que hicieran abandono del hogar conyugal. Tal facultad fue rechazada sólo en 1888, en una ocasión en la que, de acuerdo con esa norma, el vicario general de la Curia Eclesiástica Metropolitana solicitó que una mujer casada, fugada de su hogar, fuese tomada y conducida a la Santa Casa de Ejercicios para ser puesta a su disposición. El asesor letrado opinó que no debía hacerse lugar al pedido. Sobre la base de las leyes de las Partidas, aún vigentes, la jefatura resolvió no hacer lugar al pedido de la fuerza pública, bajo la consideración de que no se trataba de una facultad de las autoridades eclesiásticas sino exclusiva de los jueces civiles. La curia reclamó sin éxito contra esta resolución." Tradução livre: "Outro problema que se colocava é o da 'má esposa'. Desde a época hispânica, era costume que as autoridades eclesiásticas requisitassem auxílio da força pública para deter a mulheres casadas que abandonaram o lugar conjugal. Tal faculdade foi refutada só em 1888, em uma ocasião em que, de acordo com essa norma, o vigário geral da Cúria Eclesiástica Metropolitana solicitou que uma mulher casada, foragida do seu lar, fosse tomada e conduzida à Santa Casa de Exercícios para ser posta à sua disposição. O assessor letrado opinou que não devia atender-se o pedido. Sobre a base das leis das Partidas, ainda vigentes, a chefatura resolveu não atender a força pública, sob a consideração de que não se tratava de uma faculdade das autoridades eclesiásticas senão exclusividade dos juízes civis. A cúria reclamou sem êxito contra esta resolução." (LARRANDART, op. cit., p.94 e 95).

mulher deixa de figurar como provável suspeita na investigação policial (torna-se 'invisível') – mas tudo está ligado ao estigma (a mensagem subterrânea é que a mulher seria frágil demais para cometer um crime, como um ser humano normal) – e a prática de um crime tem soluções que não apontam a autora. De um modo ou de outro, a sociedade perde como um todo e, de um modo ou de outro, a mulher é menosprezada pois, nesta visão estigmatizadora, não seria ela capaz de cometer crimes, tanto quanto os homens.

3.6.2.2 O "Autor" Insuspeito

As meta-regras podem iludir a verdade, inocentando ou incriminando alguém numa verdadeira economia de análise quando da observação policial. Voltaire, v.g., subestimou as mulheres e deixou ver que numa investigação policial as meta-regras atuariam, por vezes, em favor delas pois, afinal, segundo ele, "...necessariamente encarregadas dos pequenos trabalhos mais leves no interior da casa e principalmente do cuidado das crianças, e levando uma vida mais sedentária, devem ter o caráter mais doce do que a raça masculina e quase desconhecer os grandes crimes. De tanta verdade se reveste essa afirmativa, que em todos os países policiados há uma mulher para cada cinqüenta homens executados".⁸⁴⁰

É possível dizer, com Voltaire, que a mulher não tem sido criminalizada tanto quanto o homem mas, ao contrário do que pensa o filósofo, não porque não pratique tantos crimes. A razão está na maior 'benevolência' no momento da aplicação da lei penal,⁸⁴¹ pois a polícia age com tolerância ou negligência quando

⁸⁴⁰VOLTAIRE, *Dicionário...*, op. cit., p.396.

⁸⁴¹"A 'deferência' com a qual as mulheres parecem ser tratadas nos juízos penais encontra sua explicação, sobretudo, na 'preocupação' do sistema da justiça criminal (gênero masculino) em limitar a própria interferência negativa sobre o cumprimento dos papéis conferidos às mulheres na esfera de reprodução. Se os juízes penais tratam 'mais cavalheirescamente' as mulheres, e parecem, com isso, desejar mostrar-lhes que o seu lugar, ao invés de ser na prisão, é em casa, ao lado dos filhos, é porque os mesmos sabem, acrescenta Smaus, que não existem assim tantas mães e esposas à disposição." (BARATTA, *O paradigma...*, op. cit., p.50).

investiga a mulher, em uma atitude cavalheiresca⁸⁴² e que também pode ser traduzida numa regra policial especial para a mulher, o que vale dizer, meta-regra atuando como seleção negativa de crime. Afinal, furto e roubo seriam delitos masculinos, mas porque, simbolicamente, dirigem-se a regular condutas dos responsáveis pelo sustento do lar,⁸⁴³ isto é, os homens; logo: aqueles que estariam num plano superior. Delinqüência e feminilidade, pois, seriam antitéticos.⁸⁴⁴ Apesar da manutenção da convicção de que a criminalidade feminina não configuraria tanto perigo quanto a criminalidade masculina,⁸⁴⁵ as estatísticas apontadas por Edwin H. Sutherland contrariam esse silogismo, pois, segundo o Criminólogo, as taxas de alguns delitos contra o patrimônio foram maiores para mulheres. Assim, numa loja de Chicago, v.g., setenta por cento das pessoas que foram surpreendidas quando tentavam furtar mercadorias eram mulheres e das pessoas acima de dezesseis anos, oitenta e dois por cento eram mulheres. Sutherland também concluiu que as estatísticas apontaram que as mulheres praticam mais crimes sexuais do que os homens.⁸⁴⁶ O referido autor esclarece ainda o conflito de tendências que ora apontam para o homem a maior incidência de certos crimes (v.g., contra a vida) para

⁸⁴²GENNARO, Giuseppe di. Velhas e novas hipóteses sobre a criminalidade feminina. In: FERRACUTI, Franco (Org.). **Temas de criminologia**. Tradução de: Marie Madaleine Hütyra. São Paulo: Resenha Universitária, 1975. p.96 e 98. Gennaro também inclui nessa tendência, 'cavalheiresca' para empregar expressão do autor, uma tendência popular (GENNARO, op. cit., p.96 e 98).

⁸⁴³"Em resumo, os homens têm sido punidos não apenas porque roubaram, mas sim porque roubaram *ao invés de trabalhar*'. Esta disjunção 'roubar ao invés de trabalhar' não se aplica, normalmente, às mulheres, vez que essas não possuem a tarefa de prover o sustento da família ou, tendo filhos pequenos para acudir em casa, não estariam nem mesmo em condições de fazê-lo." (BARATTA, O paradigma..., op. cit., p.52).

⁸⁴⁴"Delinqüência e feminilidade serão agora antitéticos, e a mulher, para tornar-se delinqüente, deveria, ao mesmo tempo, renunciar à própria feminilidade. Deveria, em outras palavras, renunciar a ser considerada mulher e, pois, ser agradada e ser desejada como tal. Não assim o homem que, na atuação criminal, realizaria também de maneira não socialmente aceitável o seu papel viril." (GENNARO, op. cit., p.110).

⁸⁴⁵GENNARO, op. cit., p.96 e 98. Interessante também, do referido autor e obra, sobre o tratamento diferenciado da polícia: páginas 93 e 94 e a mulher como instigadora de delitos: p.97.

⁸⁴⁶SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.121-122.

demonstrar o equilíbrio dos números estimativos. O problema apontado por Sutherland é que as "...mulheres são provavelmente tratadas com mais simpatia por parte da polícia e dos tribunais, mas têm maior dificuldade em escapar-se da cena de um crime."⁸⁴⁷ Nesse sentido, Lucila Larrandart assinala que não se pode esquecer das muitas vezes que as mulheres praticaram crimes contra crianças no interior das famílias, mas nada se apurou.⁸⁴⁸

Com efeito, Graciela Edit Otano adverte que quando se omite a investigação de crimes praticados por mulheres porque seriam 'crimes de homens', pode existir aí um componente voluntário que procura centralizar somente os temas femininos: homicídio passional, aborto, infanticídio, prostituição... Assim, haveria um relaxamento do controle formal sobre alguns crimes, tendo em vista que tradicionalmente relegou-se à mulher um forte controle informal (que é efetuado, também, por mulheres).⁸⁴⁹

Paradoxalmente, a mensagem deixada para a meta-regra do estigma feminino que deixa de criminalizar a mulher, pode ser traduzida no seguinte: 'o crime só pode ser cometido, via de regra, por seres humanos; via de regra, a mulher não deve ter cometido tal crime; pois, a mulher não é ser humano; aliás, um princípio inicial para toda a construção deste raciocínio'. Quanta surpresa, v.g., a polícia causaria se descobrisse que o célebre criminoso inglês 'Jack, o Estripador' era uma mulher. Mas 'ele' nunca foi surpreendido e à polícia somente coube receber as vísceras das vítimas pelo correio...⁸⁵⁰ Talvez a falsa suposição no sentido de que

⁸⁴⁷SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.122. Ortografia Atualizada. Ver ainda: FERNANDES, Newton; CHOFARD, Getúlio. **Sociologia criminal**. São Paulo: Rumo, 1995. v.2. p.117.

⁸⁴⁸LARRANDART, op. cit., p.102.

⁸⁴⁹OTANO, Graciela Edit. La mujer y el derecho penal: una mirada de género. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal**. Buenos Aires: Biblos, 2000. p.131-134.

⁸⁵⁰SILVA, Da Costa e. **Dicionário universal de curiosidades**. São Paulo: Cil, s.d. v.4. p.807-808.

uma 'mulher não poderia cometer um crime destes', numa sociedade altamente machista, afaste também a mulher de ser personagem da história. Seria esta, mais uma forma de reprodução do estigma feminino no meio social.⁸⁵¹

Então, pode-se conjecturar mais, pode-se admitir que o policial estabeleça um esquema consciente ou não, mais ou menos assim: 'o crime é coisa séria; a mulher, por ser inferior, não pratica algo sério – ela torna-se invisível; porém, se a mulher praticar algo semelhante a um crime, o tratamento é diferente, isto é, ela deve submeter-se às regras masculinas paralelas que lhes foram impostas'.⁸⁵² De certa forma, isto é demonstrado quando a mulher eventualmente é condenada e levada à prisão: o cárcere teria a finalidade de reproduzir a subordinação da mulher ao homem, fato que se torna numa dupla submissão, levando-se em conta as relações de produção, isto é, ter-se-ia uma 'esposa proletária fiel'.⁸⁵³

Portanto, a expressão masculina 'autor' explica tudo, ou seja, deve-se procurar na investigação policial um 'autor'. Seria 'surpreendente' que se descobrisse uma 'autora'. Afinal, as barreiras são muitas para que se apliquem simplesmente as regras formais, desde o vocabulário até as regras informais.

⁸⁵¹"A seletividade negativa permite, talvez até mais do que a positiva, que se vislumbre a função real do sistema da justiça punitiva para a reprodução da realidade social." (BARATTA, O paradigma..., op. cit., p.53).

⁸⁵²Na comparação do falso papel masculino e feminino que foi conferido ao crime, Giuseppe di Gennaro pondera: "Se esta solidez dos dois respectivos papéis de ambos os sexos é cristalizada e imutável, ninguém pode dizer. Receia-se que o que não aconteceu em todo o curso da história mundial possa ocorrer em nossos dias, segundo certas atitudes da juventude moderna e de certa literatura filmística e fotonovelística que apontam à mulher o 'papel' até agora exercido, exclusivamente, pelo homem." (GENNARO, op. cit., p.110).

⁸⁵³"Quando, pois, a despeito de tudo, as mulheres vêm a ser punidas com a detenção, as modalidades de 'tratamento' a elas reservadas, as destinações específicas da educação e formação profissional da população feminina carcerária têm por fim reproduzir e assegurar, no caso das proletárias, a sua dupla subordinação, quer nas relações de gênero, quer nas relações de produção." (BARATTA, O paradigma..., op. cit., p.50).

3.6.2.3 A vítima aceitável

Por outro lado, se não tem figurado o bastante como autora de delitos, quer porque não ocupou todos os postos de trabalho e sociais a que tem direito, quer porque não seria também sujeito de direitos para tanto, num entendimento equivocado, contudo, a mulher tem sido vítima preferencial de muitos crimes. Violências contra a sua saúde, contra a liberdade sexual⁸⁵⁴ e contra a honra têm sido praticadas com uma espécie de imunidade policial⁸⁵⁵ e do sistema judiciário para com os homens que as praticam, autorizando-se na esfera pública o poder patriarcal absoluto⁸⁵⁶ e revivendo novas versões do lado mais negativo e estigmatizador do *pater familias* romano. Esta abstinência interpretativa da lei diminui a condição humana da mulher no meio em que vive e faz com que a polícia adote meta-regras-estigmas na hora da investigação e da aplicação da lei, deixando de criminalizar secundariamente os autores de inúmeros delitos contra as estigmatizadas, processo este que fortalece ainda mais os estigmas,⁸⁵⁷ numa

⁸⁵⁴"El problema de los delitos de agresión o violencia sexual excede, en mucho, la excepcional gravedad que reviste el hecho concreto de la victimización. Se afirma que en Estados Unidos el 92 por ciento de las mujeres han sido sexualmente atacadas de alguna forma o acosadas sexualmente, y que el 44 por ciento de ellas han sido víctimas de violación o tentativa de violación." Tradução livre: "O problema dos delitos de agressão ou violência sexual excede, em muito, a excepcional gravidade que reveste o fato concreto da vitimização. Afirma-se que nos Estados Unidos 92 por cento das mulheres tem sido atacadas sexualmente de alguma forma ou importunadas sexualmente, e que 44 por cento delas têm sido vítimas de estupro ou tentativa de estupro." (BOVINO, op. cit., 2000. p.177).

⁸⁵⁵RODRÍGUEZ, op. cit., p.148.

⁸⁵⁶BARATTA, O paradigma..., op. cit., p.54.

⁸⁵⁷"Smaus percebeu, de maneira muito lúcida, o significado desta abstinência da penalidade pública no privado, introduzindo o paradigma do gênero na interpretação da praxe policial e judiciária no confronto da violência sexual, bem como das outras formas de violência física, v.g., a exploração sexual de meninas pelos pais ou, ainda, pelos companheiros das mães. Ela mostra como 'a violência física face às mulheres têm, além das ações concretas, um significado estrutural'. Como a violência sexual contra as mulheres, mais do que à satisfação de um apetite sexual supostamente 'irrefreável', tende à humilhação da mulher; como, a despeito do mito do monopólio legal da violência física por parte do Estado, a violência masculina no confronto de mulheres e crianças em âmbito privado 'parece admitida como quase-legal'." (BARATTA, O paradigma..., op. cit., p.54).

espécie de cooperação implícita entre os não-estigmatizados – homens – para manter a posição estigmatizada da mulher.⁸⁵⁸

Muitas vezes as mulheres são vítimas de estupros, espancamentos e ameaças de maridos, parentes e amigos, mas acabam não levando os fatos para conhecimento das delegacias de polícia, motivadas por medo ou por uma crença popular que prega que 'em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher'.⁸⁵⁹ Assim, a cifra oculta aumenta na medida em que o estigma da mulher impede que ela própria noticie os delitos que a vitimizam, pois ela sabe das consequências formais e informais que poderá sofrer ao fazê-lo.⁸⁶⁰

Daí, se levada a conhecimento das instituições de controle, uma 'surra doméstica' pode transformar-se de um delito de ação penal pública incondicionada em condicionada à representação da vítima, desde que as lesões sejam classificadas como leves, e tudo será tratado pelo juizado especial criminal de forma distante.⁸⁶¹

⁸⁵⁸Algumas teorias explicam, "inclusive, a posição de grande fragilidade e o risco de estigmatização da mulher nestes processos, analogamente ao que acontece com as crianças nos de incesto." (BARATTA, O paradigma..., op. cit., p.55).

⁸⁵⁹No ano passado, só no Rio de Janeiro, foram registrados 23.626 casos de espancamentos e ameaças, e 1.304 casos de estupros. Estes números podem ser bem mais elevados; por medo ou intimidações de diversas naturezas, as mulheres não recorrem às delegacias de polícia para denunciar o fato 'e aí, ela vai desenvolvendo o assunto da questão do privado e do público, naquilo que se denomina no cotidiano de em briga de marido e mulher ninguém mete a colher'". (STRECK, Criminologia..., op. cit., p.91).

⁸⁶⁰LARRANDART, op. cit., p.105.

⁸⁶¹"Com o juizado especial criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou a 'surra doméstica' com a transformação do delito de lesões corporais de ação pública incondicionada para ação pública condicionada. Mais do que isso, a nova Lei dos Juizados permite agora, o 'duelo nos limites das lesões', eis que não interfere na contenda entre pessoas, desde que os ferimentos não ultrapassem as lesões leves (que, com se sabe, pelas exigências do art. 129 e seus parágrafos, podem não ser tão leves assim). O Estado assiste de camarote e diz: batam-se, que eu não tenho nada com isto. É o neoliberalismo no Direito." (STRECK, Criminologia..., op. cit., p.94). Não se pode retirar o valor do juizado especial criminal como um fator de evitar a estigmatização decorrente da sentença condenatória ou do próprio processo (Neste sentido: KUEHNE, Maurício et. al. **Lei dos juizados especiais criminais**: lei n.º 9.099/95. Curitiba: Juruá, 1996. p.66), mas a atribuição indiscriminada de determinados casos para o juizado resolver integralmente, constitui simplesmente um gesto de 'lavar as mãos' e deixar que a 'sorte' solucione o problema.

Quando não havia delegacias especializadas para receber as comunicações das mulheres, o número de registros de violências relatadas pelo sexo feminino era ainda menor apesar do notório espancamento sistemático que sofriam; mas o descrédito nas instituições em geral ainda persiste, o que faz do silêncio a única alternativa para inúmeras vítimas de agressões.⁸⁶²

Os policiais parecem reproduzir na prática profissional, um entendimento estigmatizador que é a acepção dos mais variados setores sociais, podendo-se incluir dentre eles os estudiosos do direito. Assim, baseado num entendimento de Damásio E. de Jesus, para quem a mulher pode ser vítima de estupro do marido quando este atua com violência ou grave ameaça, obrigando-a a praticar a conjunção carnal não consentida, porém – e aqui está o problema – "...desde que ela tenha justa causa para a negativa",⁸⁶³ Lenio Luiz Streck faz o seguinte comentário, com razão:

Assim, a *contrario sensu*, pode-se entender que, na opinião do renomado jurista, se não existir a justa causa ou se a negativa da esposa em manter relação sexual for de caráter mesquinho, o marido pode forçá-la a tal, o que significa estuprá-la (tecnicamente falando)... Ou isto, ou entendi mal o citado comentário... Sem dúvida, este é um dos exemplos de como a dogmática jurídica (mal) trata a mulher. Não há, pois, nesse âmbito, nesse imaginário, qualquer possibilidade de a mulher ser tratada como gênero, como igual!⁸⁶⁴

Produzindo-se essa imagem de 'vítima aceitável', a violência social contra o sexo que então passa a ser 'frágil' dissemina-se por todos os setores da comunidade, incluída entre eles a polícia que, quando não preserva os direitos humanos dos suspeitos e das vítimas, pode fazer deles novas vítimas e reproduzir o estigma, só que a diferença está justamente numa necessária obrigação de

⁸⁶²SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**: análise jurídico-penal da lei n.º 7.716/89 e aspectos correlatos. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.210.

⁸⁶³JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte especial. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.3. p.96.

⁸⁶⁴STRECK, Criminologia..., op. cit., p.87.

preservação dos direitos fundamentais por parte das instituições formais. Para ilustrar a reprodução da violência contra a mulher por parte da polícia, pode-se citar o exemplo trazido por Eduardo Galeano: no ano de 1992, Montevideu conheceu o homicídio de duas mulheres praticado mediante facadas. Nesse caso, reproduzindo um costume, a polícia teria torturado e violado a suspeita do crime que o confessou, contando com riqueza de detalhes como era a cena do crime, só que para a decepção de muitos, descobriu-se que a mulher era cega, não podendo ela ter descrito as coisas que descreveu e não tinha a agilidade necessária para a prática do fato, do jeito que ele ocorreu.⁸⁶⁵

3.6.3 Estigma – Meta-Regra – da Pobreza

3.6.3.1 O equívoco da 'Escola Clássica'

O século XVIII propiciou uma notável evolução das idéias penais que, ao serem sistematizadas, começaram a formar escolas.⁸⁶⁶ A 'Escola Clássica' foi assim denominada – pejorativamente por Enrico Ferri⁸⁶⁷ – para designar todos aqueles que

⁸⁶⁵GALEANO, Eduardo. **Mulheres**. Tradução de: Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2000. p.66-67. O citado Autor ainda escreve: "A extorsão, o insulto, a ameaça, o cascudo, a bofetada, a surra, o açoite, o quarto escuro, a ducha gelada, o jejum obrigatório, a comida obrigatória, a proibição de sair, a proibição de se dizer o que se pensa, a proibição de fazer o que se sente, e a humilhação pública são alguns dos métodos de penitência e tortura tradicionais na vida da família. Para castigo à desobediência e exemplo de liberdade, a tradição familiar perpetua uma cultura do terror que humilha a mulher, ensina os filhos a mentir e contagia tudo com a peste do medo. – *Os direitos humanos deveriam começar em casa* – comenta comigo, no Chile, Andrés Domínguez." (GALEANO, op. cit., p.69).

⁸⁶⁶NUÑEZ, Ricardo C. **Manual de derecho penal**: parte general. 3.ed. Córdoba/Buenos Aires: Lerner, 1977. p.53.

⁸⁶⁷FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Tradução de: Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931. p.46.

fossem adeptos de correntes anteriores ao Positivismo.⁸⁶⁸ Difícil, pois, uma coerência de idéias. Contudo, amparada no ideal do livre-arbítrio para fundamentar a responsabilidade penal⁸⁶⁹ teve em Beccaria⁸⁷⁰ um dos seus fundadores e valorizou em demasia as codificações.⁸⁷¹ Mas há que se ressaltar que não havia uma vertente única de pensamentos, isto é, houve outras correntes mais radicais, como é o caso da variante Toscana. A Escola Toscana tem como ponto de partida o método abstrato que não leva em conta o tempo e o espaço e por isso não se compatibiliza com o pensamento de Beccaria.⁸⁷² Para esta corrente o crime é um ente jurídico, e o referencial decisivo para a caracterização do delito é o confronto com a lei.⁸⁷³ Tendo ainda como base a doutrina pura do delito e o método dedutivo, a Escola Toscana influenciará muitas gerações,⁸⁷⁴ especialmente com Francesco Carrara.⁸⁷⁵ Porém, ao pretender livrar as pessoas da servidão mística vivida até então, ela criará um homem 'livre', 'igual', 'abstrato' e 'partícipe do contrato social': um homem que nunca existiu.⁸⁷⁶ Esqueceram-se os Clássicos que a resposta ao crime não levaria em conta a injustiça social vigente. Desde os tempos mais primitivos os nobres e depois os burgueses praticam crimes contra o patrimônio, contra os costumes, contra a liberdade individual e contra a vida, mas são geralmente poupados das maiores

⁸⁶⁸ZAFFARONI, **Criminología...**, op. cit., p.128. FRAGOSO, op. cit., p.44. CUESTA, Jose Maria Luzon. **Compendio de derecho penal**: parte general. 2.ed. Madrid: Dykinson, 1986. p.24.

⁸⁶⁹FRAGOSO, op. cit., p.47. CUESTA, op. cit., p.24.

⁸⁷⁰BECCARIA, op. cit., p.15 e segs.

⁸⁷¹NUÑEZ, op. cit., p.53.

⁸⁷²NUÑEZ, op. cit., p.54.

⁸⁷³NUÑEZ, op. cit., p.56.

⁸⁷⁴NUÑEZ, op. cit., p.55.

⁸⁷⁵CARRARA, op. cit., p.17 e segs.

⁸⁷⁶MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos/introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 4.ed. São Paulo: RT, 2002. p.177.

punições. Por outro lado, as pessoas pobres que efetuam as mesmas condutas, recebem uma resposta penal violenta e desigual.⁸⁷⁷ Assim, retribuição justa, só se for em uma sociedade justa ou, então, se não se pode fazê-la justa, retribuir-se na medida em que é justa,⁸⁷⁸ conforme ensina Jean Paul Marat, que soube estabelecer bem a diferença entre as pessoas diferentes, isto é, preconizava que deveria ser impingida a mesma punição para os delinqüentes, desde que o Estado proporcionasse a todos as mesmas vantagens e desde que a natureza tivesse feito todas as pessoas iguais, o que não ocorre de forma alguma. Assim, v.g., as pessoas que viveram na miséria, não tiveram educação e foram desprezadas pelos pais, não podem se equiparar quanto à punibilidade de um furto ou de uma outra agressão àquelas que foram contempladas com a sorte e a abundância.⁸⁷⁹ É em virtude de raciocínios como este que Salo de Carvalho conclui que Marat, além de outras contribuições, impinge nos direitos fundamentais contratualistas da época os direitos sociais, funda a teoria da prevenção social e inicia as bases da criminologia radical que irromperá no século XX.⁸⁸⁰

⁸⁷⁷PIMENTEL, op. cit., p.19.

⁸⁷⁸*"Un realismo criminológico marginal requiere tomar elementos del contractualismo de MARAT y oponérselos a las otras versiones, pero no renunciar al límite máximo retributivo. El problema es que a MARAT se lo puede entender de dos formas: si la retribución únicamente es justa en una sociedad justa, puede afirmarse que la solución consiste en hacer la sociedad justa; la otra solución sería que solo puede retribuirse en la medida en que la sociedad es justa, o sea, que la sociedad debe cargar con la responsabilidad que le incumbe por la injusticia social."* Tradução livre: "Um realismo criminológico marginal requer tomar elementos do contratualismo de MARAT e contrastá-los a outras versões, porém não renunciar ao limite máximo retributivo. O problema é que a MARAT pode-se-lhe entender de duas formas: se a retribuição é unicamente justa em uma sociedade justa, pode afirmar-se que a solução consiste em fazer a sociedade justa; a outra solução seria que só pode retribuir-se na medida em que a sociedade é justa, ou seja, que a sociedade deve arcar com a responsabilidade que lhe incumbe pela injustiça social." (ZAFFARONI, **Criminología...**, op. cit., p.129).

⁸⁷⁹MARAT, Jean Paul. **Disegno di Legislazione Criminale**. Tradução de: Marco Antonio Aimó. Milano: Cisalpino, 1971. p.85.

⁸⁸⁰CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**: uma leitura de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.67. "Marat representa, portanto, uma versão otimizada do garantismo penal clássico, obscurecido, porém, pelas teorias ilustradas moderadas e pelo pensamento etiológico defensivista vindouro." (p.67).

Olvidaram-se também aqueles juristas clássicos de perguntar o porquê da prática do delito.⁸⁸¹ Daí, sob certo aspecto, as críticas que a Escola Positiva lhes opôs podem ser consideradas: era preciso voltar-se mais para o indivíduo e menos para as abstrações, considerando sobremaneira os aspectos sociais.⁸⁸² Mas a Escola Positiva apresentará também incorreções decisivas.

3.6.3.2 O equívoco da Escola Positiva

Se a Escola Clássica impregnou-se do pensamento racionalista e dedutivo do século XVIII, contudo, com o avanço da física mecanicista no século XIX e as idéias da Escola Positiva, o Direito sofrerá o influxo de outro método para o trato com a área criminal, isto é, a indução experimental.⁸⁸³ Para os positivistas, o crime não seria um ente jurídico, mas um ente de fato.⁸⁸⁴ Nesse sentido, o livre arbítrio é negado e o crime é explicado pelo que é o criminoso e pelo meio ambiente que o influencia.⁸⁸⁵

Cesare Lombroso⁸⁸⁶ sustenta uma espécie humana diferenciada para explicar o criminoso e cria estigmas, enquanto Enrico Ferri responsabilizará pelo delito, além

⁸⁸¹MOLINA, op. cit., p.176. "Por outro lado, e com fidelidade aos postulados do liberalismo individualista do seu tempo (legalista e humanitário), foi absolutamente incapaz de oferecer aos poderes públicos as bases e informações necessárias para um programa político-criminal de prevenção e luta contra o crime, embora fosse um objetivo de especial importância em um momento de crise econômica e social e de insegurança generalizada. Optou pela especulação, pelos sistemas filosóficos metafísicos, pelos dogmas (liberdade e igualdade do homem, bondade das leis etc.), deduzindo dos mesmos seus principais postulados." (MOLINA, op. cit., p.177).

⁸⁸²CUESTA, op. cit., p.26.

⁸⁸³MOLINA, op. cit., p.189. NUÑEZ, op. cit., p.57.

⁸⁸⁴NUÑEZ, op. cit., p.57.

⁸⁸⁵NUÑEZ, op. cit., p.58.

⁸⁸⁶LOMBROSO, César. **O homem delinqüente**. Tradução de: Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. p.47 e segs.

dos fatores físicos (ambiente telúrico) e sociais (ambientes sociais⁸⁸⁷) os fatores individuais (orgânicos e psíquicos) já apontados por Lombroso, o que culminará com a seguinte classificação feita por Ferri dos criminosos: natos, loucos, habituais, ocasionais e passionais.⁸⁸⁸ R. Garófalo⁸⁸⁹ completa a tríade principal da Escola Positiva, com a tese sobre a 'temibilidade' do delinqüente e do crime como atentado a sentimentos de piedade e de probidade, conceitos esses que não podem vingar.⁸⁹⁰

Então, com a Escola Positiva, sustenta-se a substituição do direito de retribuição pelo 'direito de polícia', que procura descobrir o 'perigoso' e o 'suspeito'. Não se procura a comissão de um crime, mas as qualidades pessoais: condenado, vagabundo, reincidente, ocioso etc., argumentos esses que levaram Luigi Ferrajoli a concluir que o processo de democratização reduz na medida que se incrementa o

⁸⁸⁷"Em conseqüência, a luta e a prevenção do delito devem ser concretizadas por meio de uma ação realista e científica dos poderes públicos que se antecipe a ele e que incida com eficácia nos fatores (especialmente nos fatores sociais) criminógenos que o produzem, nas mais diversas esferas (econômica, política, científica, legislativa, religiosa, familiar, educativa, administrativa etc.), neutralizando-os." (MOLINA, op. cit., p.196).

⁸⁸⁸"E como a escola positivista distingue toda a caterva dos delinqüentes nas cinco classes por mim propostas, e hoje aceitas por todos os novos antropólogos e sociólogos criminalistas (como demonstrei na Sociologia criminale), a saber, dos delinqüentes loucos – natos – habituais – de ocasião – passionais: e como a nocividade, a periculosidade vai decrescendo desde a classe dos delinqüentes loucos até chegar a dos delinqüentes passionais, segue-se daí, com toda evidência, que a escola positivista propõe uma defesa social e uma interpretação da lei mais rigorosa contra as classes mais perigosas de delinqüentes (loucos, natos e habituais) e, ao mesmo tempo, propugna um tratamento muito menos severo e uma interpretação mais branda da lei para as classes menos perigosas (delinqüentes de ocasião e por paixão)." (FERRI, Enrico. **Defesas penais e estudos de jurisprudência**. Tradução de: Vergínia Küster Puppi. Campinas: Bookseller, 2002. p.447-448).

⁸⁸⁹GAROFALO, R. **Criminologia**. Tradução de: Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Pórtas, 1997. p.9 e segs.

⁸⁹⁰"Tanto o conceito de Garofalo como o de Ferri tem grande valor histórico, mas pouco valor prático. Garofalo peca ao associar a idéia de crime à vaga noção de sentimento, muitos crimes, inclusive, não são atentados aos sentimentos de piedade e de probidade." (BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.4). Neste sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal/sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.39.

subsistema penal de polícia ou de prevenção.⁸⁹¹ Mas todo esse sistema positivo que culmina com a idéia da forte interferência do Estado sobre a pessoa apresenta defeitos irreparáveis.

Com efeito, não se pode negar uma certa influência do clima sobre a prática de crimes. Se o frio faz aumentar as necessidades vitais e, por conseguinte, incrementa a prática de crimes contra a propriedade, de outro lado, o calor, gerando maior consumo de bebidas alcoólicas e também maior contato entre as pessoas, produz mais delitos contra a vida.⁸⁹² Porém, o mesmo raciocínio não é válido, quando Cesare Lombroso pretendeu sustentar a idéia da hereditariedade como motivadora da delinqüência, o que jamais pode ser comprovado. Ele e os seus discípulos não conseguiram explicar o mecanismo da herança da criminalidade⁸⁹³ e, por outro lado, as estatísticas apresentadas sobre famílias que tinham seus descendentes praticando crimes foram comparadas por Edwin H. Sutherland com o uso do garfo por várias gerações: não implica herança genética.⁸⁹⁴ Sutherland faz minucioso relatório de estudos sobre histórias de famílias, demonstrando que as tentativas de provar a hereditariedade do crime não deram certo.⁸⁹⁵

⁸⁹¹ *"Es evidente que el proceso de democratización de la justicia penal crece con la reducción del subsistema penal preventivo o de policía y con la ampliación del ordinario o retributivo. Y crece, sobre todo, con la reducción de ese amplio subsistema de abusos y desviaciones integrado por las prácticas extralegales de la policía y con el divorcio entre normatividad y efectividad del monopolio penal y judicial de la violencia estatal."* Tradução livre: "É evidente que o processo de democratização da justiça penal cresce com a redução do subsistema penal preventivo ou de polícia e com a ampliação do ordinário retributivo. E cresce, sobretudo, com a redução deste amplo subsistema de abusos e desvios integrado pelas práticas extralegais da polícia e com o divórcio entre normatividade e efetividade do monopólio penal e judicial da violência estatal." (FERRAJOLI, **Derecho y razón...**, op. cit., p.765).

⁸⁹² SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.100-101.

⁸⁹³ SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.101.

⁸⁹⁴ SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.102.

⁸⁹⁵ SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.101 e segs.

O pressuposto de Cesare Lombroso de estudar o criminoso falhou – assim como estudos científicos posteriores que lhe quiseram amparar falharam – porque não levou em conta que este modelo do 'feio', do marcado com sinais biológicos inferiores corresponde justamente àquele que sofre de fome e miséria⁸⁹⁶ e por desnutrição, geração após geração, apresentará fatalmente problemas orgânicos e acabará sendo preso e condenado. Mas, para a pesquisa científica, esta não é uma amostra autêntica da população criminosa,⁸⁹⁷ consistindo a crença ilusória em um perfil do criminoso miserável, no desconhecimento de que a população carcerária não forma índice representativo de todos os delinqüentes da sociedade.⁸⁹⁸ Mesmo no tempo em que viveu o Professor de Medicina Legal, verificações médicas foram refutando a sua tese, tanto que ele teve de retroceder bastante.⁸⁹⁹ Quase um século depois da divulgação das idéias de Lombroso, Edwin H. Sutherland fundamentou-se em pesquisas para afirmar que o crime "...é muito mais infiltrante do que o indicam as estatísticas criminais ordinárias e ter-se-á uma impressão inteiramente falsa

⁸⁹⁶ZAFFARONI, **Criminología...**, op. cit., p.161.

⁸⁹⁷CASTRO, op. cit., p.62 e 63. "E não é representativa, porquanto os inúmeros estudos feitos para estimar a delinqüência oculta e para definir e fundamentar conceito de crime do colarinho branco demonstraram quão pouco é significativo o universo do estudo da criminologia tradicional.

Por isso pode-se dizer que os fantasmas ameaçadores da seriedade científica da velha criminologia são a relatividade do delito, a cifra negra da delinqüência e o crime do 'colarinho branco'. (CASTRO, op. cit., p.63).

⁸⁹⁸CERVINI, op. cit., p.164 e 165.

⁸⁹⁹"Em muito pouco tempo, diversas verificações médicas foram relativizando a validade das descobertas de Lombroso, que teve de retificar constantemente suas afirmações mais ousadas; assim, no princípio afirmou que entre 65% e 75% do total dos criminosos tendiam à classificação de 'natos', para depois fixar essa quantidade em 40%, e finalmente em um terço. Terminou atribuindo à epilepsia a causa da delinqüência, tese que também foi refutada em pouco tempo." (ELBERT, op. cit., p.57. Ver também p.56 do referido autor).

relativamente à criminalidade se as conclusões se limitarem a essas estatísticas."⁹⁰⁰ Segundo Sutherland, grande parte da criminalidade não resulta em processo criminal, que seria evitado por influência política ou financeira dos envolvidos, ou então por dificuldade de provas,⁹⁰¹ ou por um sentimento social ou ético que tem esteio em séculos de relações sociais e que atingem uns, mas outros não⁹⁰² etc.

Na cadeia estão aqueles que foram presos, mas a maioria dos criminosos está solta. As estatísticas apontam o prevalecimento da repressão contra os crimes que afetam o patrimônio, mas grandes criminosos que agridem tão ou mais gravemente a sociedade não figuram nos quadros dos procurados pela polícia.⁹⁰³ Mais adiante será retomada esta análise, a partir das próprias palavras de Lombroso.

Outra contradição que se encontra no discurso de Lombroso e Ferri é que, inobstante ambos adotarem postura socialista, contudo, formularam a identificação da classe social 'baixa' com o criminoso atávico, violento e brutal, contrapondo-o com o criminoso da classe privilegiada economicamente – que seria astuto e fraudulento.⁹⁰⁴ Com tantas incongruências nesse discurso supostamente 'científico', naturalmente muitos estudiosos dedicaram a vida profissional na vã tentativa de encontrar na pessoa pobre o criminoso por excelência.

⁹⁰⁰SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.49. No original, em inglês, escrito em conjunto com Donald R. CRESSEY, consta: "*Crime is much more general and pervasive than the ordinary statistics indicate, and an entirely incorrect impression regarding criminality is formed if conclusions are limited to these statistics.*" Tradução livre: "Crime é mais geral e penetrante do que as estatísticas ordinárias indicam, e uma impressão completamente incorreta relativa a criminalidade é formada por conclusões que estão limitadas a estas estatísticas." (SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. **Principles of criminology**. 7.ed. Philadelphia e New York: Lippincott, 1966. p.41).

⁹⁰¹SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.49.

⁹⁰²SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.49.

⁹⁰³ROSA DE ANDRADE, Lédio. **Direito ao direito**. Curitiba: JM, 2001. p.33-34.

⁹⁰⁴Ver nota de rodapé de MOLINA, op. cit., p.192.

3.6.3.3 Aspectos objetivos e subjetivos

O ser humano em condições de pobreza é afetado objetivamente porque a falta de recursos econômicos priva a pessoa de produtos ou serviços de subsistência e da moda. No primeiro caso o ser humano não tem alimentação adequada, domicílio, remédios, assessoria educacional, jurídica, social, psicológica... No segundo caso, a pessoa não tem condições de acompanhar a onda e torna-se um excluído compulsório do sistema.

No aspecto subjetivo, sem dúvida, a pobreza recebe uma valoração negativa. O pobre é tratado de forma inferior nos diversos setores sociais, fato que constrange e humilha, ferindo a sua dignidade, que é um direito humano reconhecido já no início do século XVIII. Este julgamento (e tratamento) depreciativo reflete-se em todo o âmbito social e também na atividade policial.

3.6.3.4 Meta-regras sociais

Socialmente o pobre é interpretado como um sujeito que não tem a mesma capacidade que as pessoas de condições financeiras mais elevadas. Não tem o mesmo *status* e, por conseguinte, não recebe o mesmo tratamento, afinal, não obteve 'sucesso'.⁹⁰⁵ Ser pobre é não estar na moda e, muitos julgamentos que se fundamentam em sentimentos de 'bom gosto' podem ser influenciados pela moda.⁹⁰⁶ O seguinte trecho de um texto sobre o pobre, escrito por um professor de criminologia, revela a expectativa do autor e a perspectiva que se tem das pessoas desfavorecidas economicamente:

⁹⁰⁵"Nas democracias ocidentais, o principal fator de sucesso de que resulta o *status* social do indivíduo é o lucro financeiro; a sanção do insucesso é a pobreza material, como *status* social. Economias altamente desenvolvidas ocultam setores de pobreza e de miséria que contrastam, na vizinhança imediata, com o luxo escandaloso do sucesso, do êxito econômico e social. Este contraste ou encontro de dois mundos no espaço urbano de nossas metrópoles constitui uma situação social explosiva." (ALBERGARIA, op. cit., p.206).

⁹⁰⁶GADAMER, op. cit., p.84-88.

Nestes bolsões de subdesenvolvimento vivem os imigrantes, os negros e estrangeiros. Estes necessitados permanentes se decompõem em três grupos: indolentes, pobres adaptados e marginais. Os indolentes se caracterizam por uma apatia geral e quase indiferentismo, em decorrência da má nutrição, doença e baixo nível de educação. Os pobres adaptados são indivíduos decadentes, que se ajustam a uma situação de subdesenvolvimento: aluguel baixo, seguridade social fazem parte de sua existência aceita. Os marginais são constituídos de drogados, alcoólatras, prostitutas, souteneurs, membros do antimundo, composto de elementos anti-sociais. Os pobres nos meios de contraste e anônimos das grandes cidades constituem um potencial elevado de criminalidade. De outra parte, as classes sociais também contribuem para a delinquência, sobretudo as classes de nível sócio-econômico inferior.⁹⁰⁷

Como se vê, o autor do texto acima acredita que as meta-regras sobre a pobreza têm validade ontológica. Entretanto, com a devida vênia, não se pode concordar com esta forma de sistematizar a pobreza, como se fosse possível retomar novamente à classificação das distintas castas do Código de Manu. Isto só reforça o estigma do pobre e esta forma de interpretar o pobre como potencial elevado de criminalidade, favorecendo a aplicação do princípio de que 'se é pobre, deve ser criminoso'.

É evidente que uma pessoa desfavorecida economicamente, em optando pelo crime, terá maior probabilidade de praticar um furto de bicicleta e alguém de condição financeira bem superior – em decorrência da oportunidade – tenderá a praticar corrupção passiva, peculato, estelionato e fraudes contra o sistema econômico e financeiro.⁹⁰⁸ Mas não é necessário acreditar que uma ou outra classe social seja um potencial para o crime, ou que não possa praticar qualquer espécie

⁹⁰⁷ALBERGARIA, op. cit., p.206-207.

⁹⁰⁸"Assim, a criminalidade e a quase-criminalidade encontram-se na maioria das ocupações e são muito prevalentes. A gente do mundo dos negócios é provavelmente, neste sentido, mais criminosa que a gente dos *slums*. Os crimes dos *slums* são ações físicas diretas – um golpe, uma luta física e o arrebatamento da propriedade alheia. A vítima identifica definida ou indefinidamente o criminoso com um indivíduo particular ou grupo particular de indivíduos. Por outro lado, os crimes do mundo dos negócios são indiretos, disfarçados, anônimos e impessoais. Sente-se como um vago ressentimento contra o inteiro sistema, mas quando não se podem identificar indivíduos particulares, o antagonismo é vão. Os perpetradores não sentem, assim, o ressentimento de suas vítimas e as práticas criminosas continuam e se estendem." (SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.57. Ortografia atualizada).

de crime, ou ainda, que o crime deva ser visto apenas como violação da propriedade.⁹⁰⁹ A idéia de que a pobreza gera o crime, com versão ora capitalista, ora marxista,⁹¹⁰ em nada contribui para dissolver o estigma. Criminalidade não é pressuposto de riqueza ou pobreza.⁹¹¹ A questão que poderia ser discutida inicialmente, v.g., é o porquê de algumas espoliações de bens serem absorvidas como criminosas, mas outras não.⁹¹² Criminosos são considerados todos aqueles que efetivamente recebem formal condenação dos tribunais,⁹¹³ escapando dessa triagem, a grande maioria. Porém, as categorias sociais economicamente desfavorecidas serão atingidas de forma fundamental pelo sistema punitivo.⁹¹⁴

Melhor esteve um outro professor de Criminologia – Carlos Alberto Elbert – que, ao analisar igualmente a pobreza, ponderou com mais agudeza de raciocínio:

Tenho vivas minhas recordações de infância, lá pelo início de 1950, quando um governo adotou o costume de presentear, no final do ano, cidra aos pobres. Considere-se que os destinatários esvaziavam as garrafas na sarjeta, para vender logo os vasilhames nos armazéns. Logicamente, a cidra quente é horrível, e eles não possuíam geladeiras, mas esta e outras reações paradoxais dos desafortunados perante formas de beneficência que recebiam, foram interpretadas de imediato como 'prova irrefutável de sua ignorância e de seu caráter selvagem, irrecuperável para a civilização'. Esse pequeno exemplo (e outros

⁹⁰⁹CIRINO DOS SANTOS, **A criminologia...**, op. cit., p.60.

⁹¹⁰"Para o marxismo a delinquência seria produto do sistema capitalista, e a tarefa da criminologia se resumiria em demonstrar as relações entre a estrutura econômica da sociedade e o crime, como conclui Hurwitz." (ALBERGARIA, op. cit., p.205)

⁹¹¹O próprio Autor das conclusões que aqui se entendem precipitadas pondera: "Há, todavia, conclusões negativas quanto à estatística oficial sobre a criminalidade do colarinho branco (*white-collar crime*): a criminalidade não seria apanágio das classes sociais e economicamente inferiores." (ALBERGARIA, op. cit., p.206).

⁹¹²CIRINO DOS SANTOS, **A criminologia...**, op. cit., p.19.

⁹¹³CIRINO DOS SANTOS, **A criminologia...**, op. cit., p.38-41.

⁹¹⁴Segundo Juarez Cirino dos Santos, o "...sistema punitivo (prisão, polícia, justiça), como o mais importante aparelho de controle social, garante os fundamentos e reproduz as condições de produção da fábrica (separação trabalhador-meios de produção), e a família, a escola, os meios de comunicação, e outras instituições complementares de controle, cuidam da formação da massa de trabalhadores, e de sua adequação às necessidades da produção (material e intelectual)." (CIRINO DOS SANTOS, **A criminologia...**, op. cit., p.90).

que se poderia ainda indicar) produz raciocínios gerais como os de que os pobres estão nesta situação porque gostam, o que, do mesmo modo, demonstraria que possuem uma astúcia perversa, porque, sendo pobres – escutei – recebem tudo de graça por conta da compaixão e da beneficência que não merecem, enquanto que os ricos teriam trabalhado duro para ganhar o que têm. Daí se derivam, por seu turno, justificativas do desprezo ao marginal: os mendigos usaram o dinheiro para se embriagar, as crianças de rua estão a serviço de um negócio, as mulheres com crianças nas costas na realidade as alugam, etc. A progressão desses raciocínios atribui aos excluídos diversos vícios como a vadiagem, a sujeira, a malícia, a indolência, a brutalidade e a promiscuidade. Chega-se a oferecer como provas da certeza dessa construção que 'a vantagem da pobreza é não pagar impostos', pois, a bem da verdade, os pobres têm conforto e, apesar de tudo, sempre se ajeitam para passar bem, o que se comprova com o número de antenas de televisão que existem nas vilas.

A linha de raciocínio anterior é a base para fundamentações de sentido comum que predisõem decisões jurídicas, como a que os presos passam estupendamente nas prisões, com boa comida e alojamento gratuito; tudo isso sem trabalhar. Essa última conclusão, de conteúdo jurídico-criminal, está ligada a pré-conceitos sociais vistos anteriormente, amplamente aceitos e difundidos.⁹¹⁵

Por outro lado, as medidas adotadas contra pessoas de condição financeira mais elevada geram impactos contrários, como se fosse proibido que alguém assim privilegiado respondesse pelos seus atos delituosos.⁹¹⁶ O *status* de 'rico' funciona como que com uma regra interpretativa que quer dizer: 'gente idônea', 'gente de bem' etc., proporcionando-lhe barreiras sociais e 'códigos de sinais' (perfume, carro que dirige, bairro em que mora etc.)⁹¹⁷ que, via de regra, impedem a investigação policial. Elbert refere-se ainda a 'símbolos de distância' que atuam nas percepções de relacionamentos sociais (classe, cor, vestimenta etc.), esclarecendo que tais "...signos permitem identificações imediatas no meio da massa ativa de pessoas...",⁹¹⁸ citando exemplo de pesquisa sociológica realizada na Alemanha comparando duas pessoas, uma bem vestida e outra esfarrapada e suja. Quando a primeira atravessava a rua com o semáforo fechado para pedestres, acabava sendo

⁹¹⁵ELBERT, op. cit., p.20.

⁹¹⁶Neste sentido: CASTRO, op. cit., p.77, nota de rodapé.

⁹¹⁷ELBERT, op. cit., p.24.

⁹¹⁸ELBERT, op. cit., p.24.

acompanhada pelos que o circundavam. Mas quando o 'indigente' fazia a mesma coisa, normalmente era criticado e insultado pelos outros pedestres.⁹¹⁹

Isto torna ainda mais importante as idéias proferidas por Edwin Sutherland na Sociedade Americana de Criminologia na década de 1940, quando ele abordou o conceito de crime do 'colarinho branco', tornando-se, com algumas publicações científicas,⁹²⁰ o precursor do tema.⁹²¹ O '*White Collor Crime* – ou a *White-Collar Criminality*⁹²² – foi estudado e conceituado como uma infração cometida por alguém respeitável e com elevado *status* social, no exercício de sua atividade.⁹²³ Ainda para Sutherland, o crime não é apenas aquele que é previsto no Código Penal, mas também o que deveria estar previsto na lei, tendo em vista os danos que causa à sociedade.⁹²⁴ No seu 'Princípios de Criminologia', ele esclareceu:

⁹¹⁹Assim, "...mostra-se ilustrativa uma experiência social que se levou a cabo na Alemanha, cotejando as relações do público com base na identidade sociocultural. Foram situadas duas pessoas, uma muito bem vestida e a outra, esfarrapada e suja, em diversos semáforos para pedestres, comprovando-se que, quando a primeira cruzava o semáforo com luz vermelha, a maioria das pessoas tendia a segui-la. Em compensação, ao indigente ninguém seguia; pelo contrário, as pessoas reunidas no local o repreendiam, criticavam ou insultavam." (ELBERT, op. cit., p.24).

⁹²⁰Sutherland já escrevera no ano de 1940 um texto sob o título de *White-Collar Criminality*, que possuía o seguinte esclarecimento: "*This paper is concerned with crime in relation to business.*" Tradução livre: "Este papel está ligado com os negócios." (SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar criminality*. **American Sociological Review**, New York, v.5., n.1, p.1, 1940).

⁹²¹CASTRO, op. cit., p.72. No sentido de que Sutherland foi pioneiro do estudo do *white-collar crime*, por exemplo, José Laurindo de Souza Netto: "Com a obra *White-Collar Crime*, Sutherland descreveu, em modo vigoroso e com riqueza de dados e fortes argumentações, os ilícitos cometidos pelas empresas e pelos sujeitos appartenentes aos estratos superiores da sociedade. Ressaltou ainda a danosidade do crime do 'colarinho branco', pois constituiriam uma ameaça à integridade da coletividade." (SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Lavagem de dinheiro: comentários à lei 9.613/98**. Curitiba: Juruá, 1999. p.85-86).

⁹²²SUTHERLAND, *White-collar*;..., op. cit., p.1.

⁹²³CASTRO, op. cit., p.77.

⁹²⁴CASTRO, op. cit., p.73.

Alguns dos crimes não são crimes no sentido estritamente legal, porque as partes interessadas obedeceram habilmente à letra da lei, violando-lhe embora o espírito. Alguns dos crimes nem mesmo violam o espírito da lei, porque as partes envolvidas conseguiram, pelo suborno e por outros meios, impedir a expedição de leis que proibem as práticas danosas e lesivas. Contudo, as pessoas deste último grupo não são diferentes em atitudes e seu comportamento não é diferente em efeitos das de outros grupos.⁹²⁵

Edwin Sutherland estudou inúmeras corporações mineiras, comerciais e de serviço público (energia elétrica).⁹²⁶ O procedimento de violação da Lei Antitrust nos Estados Unidos é exemplar, pois foi motivado pelas poderosas companhias produtoras de aparelhos elétricos que dividiram o território em quatro partes, uma para cada companhia. Assim, os preços dos produtos foram arbitrados por elas, sem levar em conta a lei da oferta e da procura, ou os custos da produção. Os representantes das empresas agiram de forma semelhante a qualquer outro criminoso, marcando encontros em locais retirados e dissimulando os propósitos de monopólio.⁹²⁷

Nesse sentido, pode-se tratar como crimes do colarinho branco – que causam tantos males para a sociedade quanto quaisquer outros delitos tradicionais –: golpes por anúncios de jornais ou similares que atingem pessoas a milhares de quilômetros de distância; as falências bancárias fraudulentas; as artimanhas com títulos; as enganações de corretores de imóveis; a queima de imóveis para o recebimento do seguro (muitas vezes com a morte de pessoas); as ações dos diretores das companhias multinacionais consideradas anti-sociais, violações decorrentes de monopólio e relativas a remédios e alimentos, à saúde pública (venda, v.g., de carne de animais contaminados sem o aviso do perigo); ou, 'práticas

⁹²⁵SUTHERLAND, **Princípios**..., op. cit., p.49. Ortografia atualizada.

⁹²⁶CASTRO, op. cit., p.72 e 73.

⁹²⁷CASTRO, op. cit., p.72 e 73. "Sutherland observou que nestes casos, quando os representantes das empresas se reuniam, o faziam em hotéis de província, quer dizer, clandestinamente e utilizavam uma espécie de jargão característico, para dissimular o conteúdo dos acordos. Assim, em vez de falar em suas cartas, de listas de preços ou lista de pessoas que compareciam às reuniões, falavam em lista de cartões de Natal. Telefonavam-se geralmente de telefones públicos e, ao se registrarem nos hotéis, não nomeavam as companhias representadas e assim por diante." (CASTRO, op. cit., p.73).

profissionais desonestas' de médicos, advogados⁹²⁸ e farmacêuticos, publicidade enganosa (v.g., mentiras dos remédios, cremes dentais, cosméticos e outros artigos sobre os resultados, ou então, mentiras sobre bens com a ocultação dos defeitos); sonegação de impostos e outras violações trabalhistas, bancárias, do inquilinato, empresariais, do meio ambiente etc.⁹²⁹

Este rol ainda está formado por integrantes de oficinas mecânicas que trapaceam ao incluir defeitos que o veículo não tem, ou consertos de rádios, relógios,⁹³⁰ computadores e CDs com acréscimo de detalhes que não precisavam ser vistos ou cobrados.⁹³¹ Apropriações indébitas, deveriam ser vistas com mais atenção pelos estudiosos do crime, pois são infrações penais que se referem, em geral, a autores que estão situados em cargos ou posições financeiras de confiança, têm excelentes antecedentes, não são psicopatas ou sofrem de qualquer outra doença patológica e não moram em favelas ou similares. Contudo, são perfeitos representantes da sociedade... que praticam crimes.⁹³² Fraudes ou apropriações

⁹²⁸"A fraude prevalece extraordinariamente na profissão legal, ainda que não haja estatísticas oficiais para prová-lo. O sentimento popular inclina-se à crença de que um advogado não pode prosperar se for completamente honesto, e que quase todo escritório de advocacia aceitará qualquer caso dentro de seu campo de especialização por uma retribuição suficiente, por extrema que seja a desonestidade necessária para representar os interesses do cliente. (...) A profissão de advogado desapareceria quase completamente se todos os advogados que praticassem a fraude e a falsidade, quer fazendo afirmações erradas, quer dissimulando a inteira verdade, fossem expulsos dos tribunais." (SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.52-53. Ortografia atualizada).

⁹²⁹SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.49-52. Neste sentido: CASTRO, op. cit., p.76.

⁹³⁰CASTRO, op. cit., p.74.

⁹³¹Lola Aniyar de Castro menciona que em pesquisa efetuada em oficinas no ano de 1941 e divulgada pelo *Reader's Digest*, constatou-se que em 63% dos casos, a cobrança foi maior do que o defeito do carro. "Igualmente fez-se uma investigação em oficinas de conserto de rádios e relógios, constatando-se que, em 2/3 dos casos, era modificada a realidade em detrimento do cliente." (CASTRO, op. cit., p.74).

⁹³²"São produto de influência mais gerais." (SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.48). Neste sentido e apresentando outros exemplos, Carlos Alberto Elbert: "Temos guardado cinzeiros, toalhas ou papel-toalha como 'recordações de viagem'; deixado de pagar impostos; contrabandeado aparelhos eletrônicos, álcool ou fumo, como acontece diariamente nas cidades de fronteira. Usamos o telefone do escritório para resolver questões privadas; e os casais, os sócios e funcionários em

indébitas têm tanto reflexo ou mais do que furtos e roubos praticados por pessoas pobres.⁹³³ As pessoas também fazem declarações falsas para pagar menos tributos e, aqueles que não fazem isso, habitualmente são declarados estúpidos. Algumas igrejas e universidades desviam a verba que tem dotação específica, ainda que às vezes por necessidade.⁹³⁴ O suborno na administração pública – de servidores públicos, incluindo-se entre eles o policial, o juiz e o promotor – que constitui crime tanto para o servidor⁹³⁵ quanto para o particular, também ocorre na esfera privada, embora nesta eventualmente não configure um tipo penal, mas não deixa de ser condenável.⁹³⁶ Tudo está ligado a uma propaganda do lucro desenfreado e que torna 'aceitável' muitas práticas condenáveis.⁹³⁷

litígio falsificam, muitas vezes a pedido de seus advogados, provas para a demonstração de fatos inexistentes, com testemunhas e documentos falsos em processos civis, do trabalho, comerciais e até penais. Sabemos que muitos motoristas ferem ou matam com seus veículos, que fogem logo após a ocorrência ou que encobrem ocorrências similares cometidas por seus filhos adolescentes com espírito 'protetor'. Muitos motoristas subornam funcionários para que deixem de multá-los por uma infração, e outras pessoas – para assinalar fatos mais graves generalizados nas classes médias e altas – desconhecem uma paternidade, propiciam a realização de abortos ou espancam suas esposas ou filhos, causando-lhes graves danos físicos e psíquicos. São legiões de ex-maridos que se absterem de cumprir os deveres de assistência familiar, ou os bons pais de família que abusam sexualmente dos filhos ou do serviço doméstico, etc." (ELBERT, op. cit., p.21).

⁹³³"Desde que esse tipo de crime vem aumentando tão rapidamente como os crimes cometidos por pessoas criadas em *slums*, pode concluir-se, talvez, que certas influências estão produzindo efeito aproximadamente idêntico sobre os residentes de *slums* e de outras áreas, e que os moradores dos *slums* reagem a essa influência pelo roubo, arrombamento e latrocínio, ao passo que os residentes de outras áreas reagem pela apropriação indébita e a fraude." (SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.49. Ortografia atualizada).

⁹³⁴SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.53.

⁹³⁵"Todas as grandes cidades e a maioria das pequenas cidades têm pessoas para as quais constitui negócio 'enterrar' casos para ladrões profissionais. A polícia, os *biliffs* (16 a), os escrivães, os promotores e os juízes cooperam frequentemente com esses 'coveiros', quer mediante pagamentos diretos em dinheiro, quer por ordem de líderes políticos que controlam as nomeações e as eleições." (SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.56. Ortografia atualizada. Sutherland esclarece em nota de rodapé e na mesma página que *bailiffs* são os servidores sob as ordens do *sheriff*, na organização judicial norte-americana).

⁹³⁶SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.54.

⁹³⁷SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.53.

Portanto, fazem parte desse extenso elenco da criminalidade, delitos também cometidos por pessoas de classe média e média baixa.⁹³⁸ A criminalidade conhecida atualmente é complexa e organizada, portadora de um verdadeiro poder paralelo ao poder do Estado, como é o caso daquela envolvida no tráfico de drogas, de armas e de crianças, dos crimes financeiros, da corrupção e outros tantos.⁹³⁹

Logo, a idéia de colarinho branco foi importante para fazer a criminologia observar a criminalidade ou as ações lesivas de outras classes sociais e deixar de mirar com exclusividade as classes pobres.⁹⁴⁰ Apesar disso fala-se na existência de uma cifra dourada da delinqüência, que seria relativa aos delitos praticados por pessoas de grande poderio econômico,⁹⁴¹ mas que não figuram nas estatísticas criminais.⁹⁴² Justifica-se, pois, a frase de Lola Aniyar de Castro, constatando que "...a grande miséria da Criminologia é de ter sido somente uma Criminologia da miséria."⁹⁴³

Melhor seria pensar a criminalidade sem estigmas, pois tanto furtos quanto crimes contra a ordem econômica são delitos que lesam bens jurídicos. Tanto o pobre quanto o rico praticam crimes. Todos têm responsabilidade social e penal.

⁹³⁸"Esta tendência proliferou tanto que na atualidade se fala inclusive de delitos de 'camisa azul' (ou de *overall*) referindo-se aos delitos cometidos por operários no exercício do seu trabalho, o qual, de início, definitivamente desnaturaliza o conceito do delito do 'colarinho branco' até fazê-lo perder a sua significação." (CASTRO, op. cit., p.74).

⁹³⁹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. **Temas de direito penal e processo penal**: em especial na justiça federal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.224 e 225.

⁹⁴⁰CASTRO, op. cit., p.74.

⁹⁴¹A expressão é atribuída a Versele, conforme esclarece Lola Aniyar de Castro. (CASTRO, op. cit., p.75).

⁹⁴²CIRINO DOS SANTOS, **A criminologia...**, op. cit., p.11.

⁹⁴³CASTRO, op. cit., p.75.

3.6.3.5 Meta-regras da polícia

O crime é uma prática geral,⁹⁴⁴ mas a sociedade divide as pessoas em criminosos e não-criminosos, procurando os primeiros, via de regra, entre os desfavorecidos economicamente.⁹⁴⁵ O trabalho pobre, por exemplo, tem tudo para temer a violência policial, pois ele é um 'cliente preferencial' e uma vítima constante das buscas e das investigações que culminam com torturas, humilhações, lesões, prisões ilegais ou mortes insensatas.⁹⁴⁶ Esse 'perfil' do suspeito que foi sustentado por obras como a de Lombroso e assimilado pela polícia fez com que os profissionais da lei diligenciassem na busca angustiante de pobres 'agressivos' e 'feios', ainda que essa falta de 'beleza' tivesse sido causada pela fome e miséria prolongadas.⁹⁴⁷ O fato é que a concepção sistemática e degradante de perseguição e discriminação das pessoas carentes e fragilizadas, acarreta-lhes ainda deterioração e decadência bio-psíquica,⁹⁴⁸ transformando-se num ciclo vicioso: estigmas que geram outros estigmas.

⁹⁴⁴"...todos delinqüimos em algum momento de nossas vidas, independentemente de nossa posição social." (ELBERT, op. cit., p.21).

⁹⁴⁵*"That criminal behaviour is general, but the incidence of conviction is controlled in part by chance and in part by social processes wich divide society into the criminal and non-criminal classes, the former corresponding to, roughly, the poor and underprivileged."* Tradução livre: "O comportamento criminal é geral, mas a incidência de convicção é controlada em parte por acaso e em parte por processos sociais que dividem a sociedade em classes criminais e não criminais, de forma a corresponder aqueles, brutalmente, os pobres e desprivilegiados." (CHAPMAN, op. cit., p.4). Neste sentido: ELBERT, op. cit., p.25.

⁹⁴⁶Depois de receber 3.748 comunicações e efetuar estatísticas no ano de 1997, o Ouvidor de São Paulo declarou que durante "...muito tempo se dizia que quem sofria violência policial era o marginal. Constatamos que é o trabalhador pobre." (LOZANO, André. Abuso de autoridade é mais denunciado. **Folha de S. Paulo**, 03 jul. 1998, p.3-9).

⁹⁴⁷ZAFFARONI, **Criminología**..., op. cit., p.161.

⁹⁴⁸ZAFFARONI, **Criminología**..., op. cit., p.25.

Então, do europeu 'feio e pobre' a busca policial estendeu-se também até o colonizado latino-americano típico.⁹⁴⁹ No Brasil, a polícia tem participado de crimes graves, podendo-se citar, dentre tantos, a morte de dezenove sem-terra em Eldorado do Carajás,⁹⁵⁰ a chacina de crianças na Candelária, a morte de presos no Carandiru e a morte de milhares de favelados⁹⁵¹ brasileiros, apresentando todos eles uma característica comum: a pobreza.

Portanto, se as operações policiais são dirigidas sistematicamente para a perseguição do estigmatizado pobre,⁹⁵² e não do criminoso em geral, desta maneira, a polícia gera mais estigmatização nas pessoas que já são estigmatizadas⁹⁵³ e estabelece um controle disciplinador sobre a população carente,⁹⁵⁴ mais atuando como um agente ideológico e político do que um órgão responsável pela justiça.⁹⁵⁵ Então, a polícia acaba criando uma linguagem de poder sobre a classe excluída socialmente, uma linguagem prática que cria um inimigo virtual devido ao emprego da rotina profissional, e, se esse inimigo é criado, a tendência será persegui-lo e acreditar que

⁹⁴⁹ZAFFARONI, **Criminología...**, op. cit., p.160.

⁹⁵⁰OS CONFLITOS de Terra no Governo FHC. **Folha de S. Paulo**, 10 fev. 1998.

⁹⁵¹CIPOLA, Ari. 'Gangue fardada' tem 'tabela de morte'. **Folha de S. Paulo**, 01 mar. 1998.

⁹⁵²"Dessa maneira, no atual sistema, o direito penal representa mera ciência de repressão dos desvios de conduta dos pobres. As notícias de crime que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário vêm filtradas." (MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Do inquérito policial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p.20).

⁹⁵³"O discurso jurídico-penal exclui de seus requisitos de legalidade o exercício de poder de seqüestro e estigmatização que, sob pretexto de identificação, controle migratório, contravenções, etc., fica a cargo de órgãos executivos, sem intervenção efetiva dos órgãos judiciais." (ZAFFARONI, **Em busca...**, op. cit., p.22).

⁹⁵⁴ZAFFARONI, **Em busca...**, op. cit., p.23-24.

⁹⁵⁵Essa prática policial mais se assemelha a uma força de controle político no sentido de disciplinar o trabalhador assalariado e as classes sociais carentes do que um órgão responsável pela justiça (STEINERT, Heinz. Mas alla del dDelito y de la Pena. In: In: FOLTER, Rolf S. et al. **Abolicionismo penal**. Tradução de: Mariano Alberto Ciafardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989. p.37).

'ele' está sempre errado e descarregar suas frustrações nesse inimigo inexistente.⁹⁵⁶ O efetivo exercício das normas subculturais que lhes são peculiares proporcionou à polícia distorções na aplicação da lei que são derivadas dos seus hábitos diários.⁹⁵⁷

Julio E. S. Virgolini afirma que a polícia deveria atender ao princípio da legalidade, especialmente na América Latina, sem tratamentos desiguais, contudo, seleciona principalmente aqueles que possuem menos recursos e decide por criminalizar, dentre outros critérios, segundo o nível econômico do selecionado.⁹⁵⁸

Eugenio Raúl Zaffaroni explica que a "...vigilância disciplinar, verticalizante e militarizada da sociedade opera de forma camuflada, impedindo que seja percebida em nível consciente, em toda a sua magnitude".⁹⁵⁹ Assim, as pessoas vulneráveis – carentes e 'dissidentes incômodos' – são vigiadas na esfera pública e privada de forma seletiva.⁹⁶⁰ Vale dizer, é como se fosse determinado por uma regra oculta (meta-regra) que essas pessoas são os verdadeiros criminosos e desrespeitadores da lei. Assim, o estigma da pobreza representa para o estigmatizado uma regra que o torna um suspeito 'adequado' e, afinal, dentre a multidão de criminosos, o selecionado pelo sistema, isto é, se a legislação criminal abundante permite a criminalização de uma infinidade de pessoas, entretanto, os estigmatizados pobres serão arbitrariamente os escolhidos para serem reprimidos.⁹⁶¹ Como esse processo se repete durante milhares de anos, a consciência ou

⁹⁵⁶FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.460 e segs.

⁹⁵⁷FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.465.

⁹⁵⁸VIRGOLINI, op. cit., p.135-138.

⁹⁵⁹ZAFFARONI, **Em busca...**, op. cit., p.21.

⁹⁶⁰ZAFFARONI, **Em busca...**, op. cit., p.25.

⁹⁶¹"A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder repressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planificadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm 'espaço legal' para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem." (ZAFFARONI, **Em busca...**, op. cit., p.27).

inconsciência do policial sobre o estigma que o está conduzindo na direção dos pobres como aqueles que devem ser investigados e punidos deixa até mesmo de ser o ponto crucial da questão, pois a chave do problema está na meta-regra que o escraviza.

Nesse diapasão, Luigi Ferrajoli aponta a polícia como empreendedora de atividade que está formalmente dependente do poder público mas que, ao contrário de outros setores da administração, atua diretamente com as liberdades fundamentais. Por outro lado, como auxiliar da justiça, também exerce competência própria e autônoma com medidas "...preventivas e cautelares frente a sujeitos perigosos e suspeitos."⁹⁶² Porém, Ferrajoli contesta a legitimidade dessa força em forma de violência diante do estado de direito,⁹⁶³ levando-se em conta ainda que a perigosidade e suspeita seriam incompatíveis com a estrita legalidade, pois deixam margem para medidas 'em branco' "...baseadas em valorações tão opinantes como incontrolláveis."⁹⁶⁴ E as valorações e opiniões incontrolláveis são objetivamente direcionadas às castas mais pobres e marginalizadas (subproletariado, 'vagabundos', ociosos, desempregados, subempregados, imigrantes etc.).⁹⁶⁵ A fase

⁹⁶²FERRAJOLI, **Derecho y razón...**, op. cit., p.766. Tradução livre. No original, a frase inteira está assim: *"Pero, al contrario que otras ramas de la administración pública, actúa en contacto directo con las libertades fundamentales; y ahí tiene que actuar no sólo como función auxiliar de la jurisdicción, sino también en ejercicio de competencias propias u autónomas, como son las preventivas y cautelares frente a sujetos peligrosos y sospechosos."* Tradução livre: "Porém, ao contrário de outros ramos da administração pública, atua em contato direto com as liberdades fundamentais; e aqui tem que atuar não só como função auxiliar da jurisdição, senão também no exercício de competências próprias e autônomas, como são as preventivas e cautelares frente a sujeitos perigosos e suspeitos."

⁹⁶³"Por ello su 'fuerza' se manifiesta como 'violencia', y de ahí proviene su latente ilegitimidad con respecto al paradigma del estado de derecho." Tradução livre: "Por isso sua 'força' se manifesta como 'violência', e daí provém sua latente ilegitimidade com respeito ao paradigma do Estado de direito." (FERRAJOLI, **Derecho y razón...**, op. cit., p.766).

⁹⁶⁴FERRAJOLI, **Derecho y razón...**, op. cit., p.766. Tradução livre. "...basadas en valoraciones tan opinables como incontrollables."

⁹⁶⁵FERRAJOLI, **Derecho y razón...**, op. cit., p.768.

final desse processo de seleção seria fazer valer a inquisição, empregando os métodos policiais – no mal sentido –, pressionando os suspeitos e arrancando-lhes a confissão.⁹⁶⁶ Essas e outras medidas – como a expulsão de estrangeiros pobres – estereotipadas da polícia passam ignoradas, às mais das vezes, por tratados internacionais e estatísticas criminais e criminológicas.⁹⁶⁷ Onde, essa parece ser a descrição do processo do estigma/meta-regra do pobre: um suspeito específico (estigmatizado pobre); uma força violenta para criminalizá-lo (polícia) e conseqüências legais (condenações penais) e ilegais (torturas, perseguições, ordens abusivas e a suspeita sistemática) que geram outro estigma: o do criminoso.

Por conseguinte, a produção milenar do estigma do pobre, pois, criou frases de efeito que não são refletidas, mas reproduzidas, culminando com atividade policial potencialmente ligada à realização de diligências nos setores desfavorecidos e vulneráveis: *'as favelas são antros de criminosos'*; *'a polícia tem que invadir as favelas'*; *'é preciso remover as favelas para bem longe'*;⁹⁶⁸ *'...os pobres são preguiçosos e ladrões...'*; ou então, cria-se o lugar comum de que o *'empregado'*⁹⁶⁹ da empresa é o seqüestrador' ou o *'mordomo é o homicida'*⁹⁷⁰ e, efetivamente *'cria-se'* o culpado necessário para restabelecer a perda da paz que caminha desde a Antigüidade.

Por outro lado, a meta-regra/estigma atua como uma excludente da perseguição do poderoso economicamente. Nesse sentido, ao ter na classe baixa o seu cliente preferencial, persegue com maior severidade os desfavorecidos economicamente, mas, ao contrário, atua de forma suave contra os integrantes da

⁹⁶⁶FERRAJOLI, **Derecho y razón**..., op. cit., p.776.

⁹⁶⁷FERRAJOLI, **Derecho y razón**..., op. cit., p.788-797.

⁹⁶⁸SILVA, J. da, op. cit., p.299-300.

⁹⁶⁹ELBERT, op. cit., p.19.

⁹⁷⁰MIRANDA COUTINHO, **Crítica**..., op. cit., p.25-26.

classe econômica mais elevada.⁹⁷¹ Esse perfil 'ideal' de autor, segue, conforme Aury Lopes Jr., a 'modelos preconcebidos' (estereótipos) que impelem ao tratamento diferenciado (mais brando ou mais rigoroso).⁹⁷² "Quanto maior for o poder e o *status* do infractor" – dizem Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade – "menor será a probabilidade de ele ser formalmente processado pela polícia". Ainda segundo os citados autores, quanto mais elevada a 'localização social', maiores são os riscos de os policiais investigarem e maiores são as perspectivas de eventuais recompensas em razão do tratamento mais complacente.⁹⁷³ Estudos feitos em vários países concluíram que o risco de ser preso aumenta em razão inversa da privilegiada situação social e econômica.⁹⁷⁴ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho estima que, no Brasil, mais de noventa por cento das pessoas que são 'clientes' do fórum criminal são, essencialmente, desprovidas de poder econômico, e esta adoção de 'clientela' demonstra, também, uma postura ideológica.⁹⁷⁵

Assim, a corrupção policial, v.g., passa a 'racionalizar-se', ora porque os crimes não têm como vítimas pessoas individualizadas e não 'prejudicariam ninguém', ora porque os envolvidos são pessoas 'respeitáveis'. Contudo, o resultado da seleção

⁹⁷¹LOPES JR., A crise..., op. cit., p.86.

⁹⁷²LOPES JR., A crise..., op. cit., p.83 e 84.

⁹⁷³Os Autores continuam a citação do texto assim: "Na verdade, com a 'localização social' do arguido, com a sua *competência de acção*, sobem as perturbações e os riscos profissionais a que o processamento expõe o polícia, como aumentam as eventuais recompensas pela concessão de um tratamento privilegiado." (FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.459).

⁹⁷⁴CERVINI, op. cit., p.167.

⁹⁷⁵"Se não for deste modo, quando é que vamos conseguir defender um 'zé mané', o coitado que é ocupante dos 98% – ou seguramente mais de 90%, embora não tenhamos nada de estatística honesta neste país – daqueles que habitam a clientela do fórum criminal? Quer dizer, quem tem algum cuidado com isso e não tenha a preocupação com a riqueza dos seus clientes tão só, o que precisa observar é que a grandeza da democracia do sistema está para além dos meros interesses econômicos; algo não muito bem compreendido pelos nossos operadores do direito porque, se alienados diante de questão do gênero, já estão a serviço de alguma ideologia, no sentido marxiano mesmo." (MIRANDA COUTINHO, Videoconferência, op. cit., p.108).

policial segundo o critério financeiro é a manutenção da estrutura econômico-social vigente,⁹⁷⁶ afinal, o surgimento da polícia com o perfil hodierno coincide com a sociedade industrializada, o que significaria que a sua estrutura burocrática e profissionalizada teria substituído os controles primários paulatinamente.⁹⁷⁷

Essa repetição gera conceitos sociais que se transformam em estigmas e que, por sua vez, valem como regras paralelas para a polícia (meta-regras). Raúl Cervini analisa com maestria este processo:

Isto coincide com a maneira em que se estrutura a repressão penal em relação a certas manifestações delituosas privilegiadas, p. ex., a econômica, que sempre é excluída, vale dizer, que não criam carreiras criminais, e que acima de tudo, não possuem um efeito estigmatizante. Pode-se, então, dizer que o estigma atua como um componente funcional do sistema social, já que ao criar estereótipos, cria também elementos simbólicos facilmente manipuláveis. Assim, o estereótipo do delinqüente é que provém do proletariado, ou do subproletariado cresce em condições econômicas e afetivas reputadas como precárias, que o vão determinando a ser um indivíduo adulto instável, agressivo à sociedade e incapaz de integrar-se ao processo produtivo. Definitivamente, esse estereótipo do delinqüente se concretiza naqueles que integram os grupos marginalizados.⁹⁷⁸

Finalmente, de forma consciente ou não, a idéia de criminalidade da polícia é a de que o local para a patrulha policial é o bairro operário e o crime lá ocorrerá. Isto será decisivo para 'encontrar' o criminoso⁹⁷⁹ e – conforme bem esclarece Lola Aniyar de Castro – inúmeros estudos feitos comprovaram a seleção policial do suspeito pobre em "...investigações, em consequência daquelas meta-regras que Sack havia assinalado como modificadoras da realidade e, por sua vez, criadoras de uma realidade social artificialmente construída, no terreno específico da delinqüência".⁹⁸⁰

⁹⁷⁶FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.468-469.

⁹⁷⁷FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.463 (nota de rodapé).

⁹⁷⁸CERVINI, op. cit., p.167.

⁹⁷⁹CASTRO, op. cit., p.114. A dificuldade de expressão é outro fator que está ligado com a classe social menos favorecida economicamente (CASTRO, op. cit., p.114).

⁹⁸⁰CASTRO, op. cit., p.114.

3.6.4 Estigma – Meta-Regra – da Raça Não Predominante

O conceito de raça pode ser empregado como o conjunto "...dos indivíduos com determinada combinação de caracteres físicos geneticamente condicionados e transmitidos de geração a geração em condições relativamente estáveis..."⁹⁸¹ Inobstante, críticas são feitas no sentido de que não há base científica que responda, ainda que por um critério biológico, a questão da imprecisão das distinções entre raças, utilizando-se mesmo de classificações arbitrárias, embora as qualificações, de regra, aconteçam em decorrência da cor da pele⁹⁸² e apresentam categorias contingenciais e retóricas, dependentes, em parte, da posição do sujeito que qualifica a raça e, em parte, das características pessoais e étnicas da pessoa atribuída.⁹⁸³ O fato é que a noção de raça criou modelos de diferenças deturpadas entre as pessoas,⁹⁸⁴ fenômeno esse conhecido por racismo.

Uma obra impressionante que abordou o racismo – dentre outros assuntos – foi a autobiografia de Sammy Davis Jr., um artista do *show business*.⁹⁸⁵ Trata-se de um trabalho diferenciado pois a filosofia do autor ultrapassa o sentimento de defesa de uma raça determinada, adotando uma linguagem universal. Nascido no Harlem (USA), no dia 08 de dezembro de 1925, não percebeu a discriminação durante a infância porquanto o pai e o tio Will Mastin esconderam-lhe até a adolescência. Porém, aos dezoito anos de idade, ao servir o exército norte-americano sentiu muita humilhação por ter a pele de cor negra, demonstrando o preconceito existente na época, mas fazendo Sammy Davis Jr. perceber o quanto as coisas estavam erradas. Assim, no dormitório militar, depois de

⁹⁸¹SILVA, A. P. e, op. cit., v.4, p.53.

⁹⁸²VALENZUELA, op. cit., p.152. "Como consequência destas constatações, desnaturalizou-se, entre outras, a idéia de uma identidade negra." (REZENDE e MAGGIE, op. cit., p.16).

⁹⁸³REZENDE e MAGGIE, op. cit., p.15 e 16.

⁹⁸⁴REZENDE e MAGGIE, op. cit., p.21.

⁹⁸⁵DAVIS JR., Sammy; BOYAR, Jane; BOYAR, Burt. **Sim, eu posso**. Tradução de: Maria Antonieta Tróia. Rio de Janeiro: Bloch, 1968. p.7 e segs.

terem-no colocado em uma cama distante das de pessoas brancas, insinuado que ele engraxasse as botas dos soldados brancos, xingaram-no, pisaram e quebraram o relógio que ganhara do seu tio. Então, nos dias que se seguiram sofreu inúmeras agressões físicas e outras ofensas injuriosas.⁹⁸⁶ Depois do exército, quando já se tornara famoso, recusaram diversas vezes o seu ingresso em lugares públicos e a sua atuação em filmes por ser pessoa 'de cor',⁹⁸⁷ recebeu inúmeras cartas ofensivas e relata que avistou num hotel de Miami Beach o seguinte aviso: 'Proibido para Pretos e Cachorros'.⁹⁸⁸

Mas isto tudo e muito mais fez com que ele adotasse uma postura original de vida, fato somente possível devido a uma vontade muito grande de aprender, ler e evoluir, além da compreensão singular que teve do problema do racismo.⁹⁸⁹ Sammy seguiu um caminho próprio, uma forma individual de encarar os problemas mas que poderia ser a chave para a supressão dos preconceitos. Quando o seu pai lhe perguntara se ele já havia conseguido exatamente tudo o que queria, ele

⁹⁸⁶DAVIS JR., BOYAR e BOYAR, op. cit., p.51 e seguintes. "Durante a noite, o mundo me pareceu diferente. Não era mais de uma só cor. Via agora a proteção que recebera toda a minha vida, de meu pai e Will. Mas nem podia ser-lhes grato. Avaliava sua amorosa esperança de que eu nunca precisasse conhecer preconceito e ódio, mas estavam errados. Era como se eu, durante dezoito anos, tivesse atravessado por uma dessas portas de mola, que haviam sempre mantido aberta. Agora, não estavam ali para segurá-la. Finalmente, ela me alcançara... Melhor se estivesse aprendido, gradualmente, a empurrá-la." (DAVIS JR., BOYAR e BOYAR, op. cit., p.56. Ortografia atualizada).

⁹⁸⁷DAVIS JR., BOYAR e BOYAR, op. cit., p.100 e 101.

⁹⁸⁸DAVIS JR., BOYAR e BOYAR, op. cit., p.151.

⁹⁸⁹DAVIS JR., BOYAR e BOYAR, op. cit., p.63 e 64. "Meu talento era a arma, a força, a minha maneira de lutar. O único meio pelo qual podia ter esperança de influir no pensamento dos homens. (...) Demos uma semana de show e, quando eu estava no palco era como se o projetor apagasse toda a cor e eu fosse apenas outro sujeito. Podia sentir isso pelo modo como me olhavam. Não surgira algo novo na fisionomia deles, mas algo antigo de repente não estava mais lá. Enquanto eu representava, esqueciam o que eu era, e havia ocasião em que até mesmo eu podia esquecer. Às vezes, fora do palco, passava por um cara conhecido e ele me dizia: 'Ótimo *show*, ontem à noite.' Era como se meu talento me estivesse dando um salvo-conduto para me excluir do preconceito deles. Não esperava camaradagem. Só desejava entrar numa sala sem ouvir a conversa diminuir, e isso vinha acontecendo. Estava criando uma identidade no acampamento e comprando um bocado de paz." (DAVIS JR., BOYAR e BOYAR, op. cit., p.71 e 72).

responde: "Ainda não, Pai. Tenho de crescer mais. Tenho de ficar tão grande, tão poderoso, tão famoso, que virá o dia em que me vão olhar e ver um homem – e só depois notarão que é um negro."⁹⁹⁰ Quando reprovaram o seu romance com a atriz Kim Novak, pelo fato dela ser branca, Sammy afirmou: "Se escutasse o que o mundo inteiro diz, estaria no Harlem, a esta hora, engraxando sapatos."⁹⁹¹

3.6.4.1 Meta-regras sociais

Muitas concepções depreciativas têm sido sustentadas contra as raças que não estão predominando naquele momento, gerando interpretação equivocada sobre os seus comportamentos, com verdadeira 'economia de análise'.⁹⁹² Uma propriedade conotativa é atribuída a alguns componentes, estendendo-se a todo o grupo, conforme assinala Luís Alberto Warat, fornecendo o exemplo de se pretender comprovar a indolência em alguns 'homens de cor', para em seguida defini-los como "...seres essencialmente indolentes. Quando a definição persuasiva torna-se estereotipada apenas a menção do termo 'homem de cor' provoca reações negativas e prejudiciais. As funções ideológicas cumpridas pelos estereótipos devem-se, principalmente, ao fato de que por seu intermédio são vinculadas certas afirmações ao sistema de crenças dominante".⁹⁹³

Enfim, cria-se um juízo apriorístico difundido, no dizer de Carlos Alberto Elbert, ou um pré-conceito, exemplificado por Elbert com a seguinte frase: '*todos os negros cheiram mal*'.⁹⁹⁴ Esses 'juízos', acrescentados de 'explicações positivistas e

⁹⁹⁰DAVIS JR., BOYAR e BOYAR, op. cit., p.246.

⁹⁹¹DAVIS JR., BOYAR e BOYAR, op. cit., p.409.

⁹⁹²Segundo María Elena Valenzuela "...a população atua influenciada em grande medida, pela categoria racial a que pertence, à qual se supõem atributos, características e estereótipos." (VALENZUELA, op. cit., p.152).

⁹⁹³WARAT, op. cit., p.73.

⁹⁹⁴ELBERT, op. cit., p.19.

estigmatizantes', nas palavras de Elbert, "...conservam poder que se projeta para além de toda evidência".⁹⁹⁵

O caso citado na obra de Sammy Davis Jr. também é característico. Quando ele serviu o exército ouviu, com referência às pessoas da raça negra, frases como estas: "– Para que diabos o Exército precisa deles? Roubam às escondidas, quando se está dormindo e nenhum deles tem coragem. São todos uns covardes."⁹⁹⁶ Em outra passagem, Sammy narra um misto de violência e preconceito que ocorreu quando um sujeito quebrou o seu estimado relógio propositadamente:

O vidro estava esvaçalhado, o ouro amassado. O pino da corda e os ponteiros, quebrados, estragados. Coloquei os pedaços sobre a cama observando-os, tentando ridiculamente o conserto.

– Ora, não se incomode, garoto. Depois você rouba outro.

Olhei para ele: 'Que tem contra mim?'

– Que diabo! Não tenho nada contra você, garoto! Até gosto de você.⁹⁹⁷

3.6.4.2 Aspectos objetivos e subjetivos

Meta-regras como as acima descritas ocorrem em todo o mundo, pretendendo indicar que ao lado da legislação, há outras regras que estabelecem que as pessoas de raça negra 'devem' praticar delitos em demasia, como se as leis fossem feitas 'especialmente' para os estigmatizados e só excepcionalmente para os 'normais'. Criou-se estas meta-regras de todas as formas, às vezes com teorias

⁹⁹⁵ELBERT, op. cit., p.22. "Por exemplo, na Argentina não existem negros, mas assim se denominam os marginais e pobres. 'Negro' é um atributo polifuncional, que pode referir-se aos excluídos que vêm do interior, aos habitantes dos bairros periféricos ou a seres considerados inferiores na escala social em geral. Trata-se de um conceito que não exige esclarecimentos, na medida em que, evidentemente, não é um dado da realidade." (ELBERT, op. cit., p.22).

⁹⁹⁶DAVIS JR., BOYAR e BOYAR, op. cit., p.53.

⁹⁹⁷E o texto continua: "Sabia não dever agüentar isso assim. Sabia que devia sacudi-lo, fazer alguma coisa, mas me sentia enfraquecido pela mágoa. Não conseguia ter ódio.

Embrulhei os pedaços num papel e botei no bolso. Talvez ainda pudesse consertar o relógio." (DAVIS JR., BOYAR e BOYAR, op. cit., p.56. Ortografia atualizada).

radicais e supostamente científicas, outras vezes propagando-se piadas discriminatórias⁹⁹⁸ que reforçam as idéias de que o estigmatizado da raça (aspecto objetivo) negra padece de igualdade de comportamento e, que tal 'comportamento é o pior possível' e valorado negativamente (aspecto subjetivo).

As discriminações são tantas, estruturadas desde a escola, a língua⁹⁹⁹, a forma de se contar a história – 'África, terra dos escravos'¹⁰⁰⁰ –, as palavras e expressões – 'denegrir', 'esclarecer', 'morte negra'¹⁰⁰¹, 'O Lado Negro de Camelot'¹⁰⁰², 'perspectivas bastante *negras*'¹⁰⁰³, 'ocultação do dinheiro sujo e negro'¹⁰⁰⁴ –, os livros didáticos – a empregada é negra, a mãe dona de casa e o pai trabalha¹⁰⁰⁵ –, que o resultado é o princípio (meta-regra) que estabelece algo negativo e deletério para os estigmatizados em função da raça, marcando-os com a esperança do mal.

Uma das conseqüências das 'prevenções' existentes quanto às pessoas de raças que não predominam no sistema é o recebimento de salário inferior por trabalhos similares aos de outras pessoas, ou então uma dificuldade extremamente superior para conseguir empregos que exigem dos estigmatizados esforços quase sobre-humanos, superando em muito as exigências da função para obterem uma

⁹⁹⁸OLIVEIRA DA SILVA, op. cit., p.95. O Brasil, v.g., um dos países que mais tem autoproclamado a ausência de discriminações, não conseguiu desvincilhar-se do problema, inobstante a ocorrência, às mais das vezes, de um sutil racismo (OLIVEIRA DA SILVA, op. cit., p.46 e segs.).

⁹⁹⁹OLIVEIRA DA SILVA, op. cit., p.96 e 97.

¹⁰⁰⁰OLIVEIRA DA SILVA, op. cit., p.94.

¹⁰⁰¹OLIVEIRA DA SILVA, op. cit., p.94.

¹⁰⁰²HERSH, Seymour. **O lado negro de Camelot: sexo e corrupção na era Kennedy**. 4.ed. Tradução de: Betina Gertum Becker e Lúcia Brito. Porto Alegre: L&PM, 1988.

¹⁰⁰³TAL, Miguel. **Practica de ajedrez magistral**. 4.ed. Tradução de: Boyan Marcof. Barcelona: Catalan, 1976. p.196.

¹⁰⁰⁴GAMA e GOMES, op. cit., p.225.

¹⁰⁰⁵OLIVEIRA DA SILVA, op. cit., p.93.

vaga que não necessitaria de tantas qualificações.¹⁰⁰⁶ Outrossim, as oportunidades de trabalho não são as mesmas e o alcance social é menor para as pessoas na medida da raça a qual pertence, criando-se desvantagens sistemáticas. De regra, embora o nível educacional e de habilidades seja o mesmo, a valoração de determinadas raças é negativa.¹⁰⁰⁷

O mesmo raciocínio para a raça negra, vale para outras raças e nacionalidades que não são as predominantes, pois consideradas de periferia pelos países e pessoas mais ricas, como é o caso, v.g., do tratamento que os turcos recebem na Alemanha, os argelinos na França, os latino-americanos na Europa,¹⁰⁰⁸ os imigrantes em geral na Itália¹⁰⁰⁹ etc.

3.6.4.3 Meta-regras policiais

Recentemente a imprensa brasileira deflagrou um caso de racismo ocorrido entre policiais, isto é, um soldado da polícia militar foi insultado por um sargento que teria afirmado que se ele – sargento – fosse o comandante da PM '*não aceitaria preto*' pois '*preto*' seria '*coturno*'.¹⁰¹⁰ Essa amostra do tratamento desumano empregado por policiais contra os seus próprios colegas e a população em geral, demonstra que a polícia absorveu gravemente os preconceitos raciais disseminados

¹⁰⁰⁶VALENZUELA, op. cit., p.158 e segs.

¹⁰⁰⁷VALENZUELA, op. cit., p.158 e segs. Nesse sentido: SANSONE, Livio. Não-trabalho, consumo e identidade negra: uma comparação entre Rio e Salvador. In: MAGGIE; Yvonne; REZENDE, Claudia Barcellos (Org.). **Raça como retórica: a construção da diferença**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p.166.

¹⁰⁰⁸MELO, Carlos Antônio de Almeida. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **CANOTILHO e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003. p.122-123.

¹⁰⁰⁹FERRAJOLI, **Derecho y razón**..., op. cit., p.797.

¹⁰¹⁰VÍTIMA de racismo ganha indenização na justiça. **Gazeta do Povo**, Curitiba, abril de 2003, p.07.

pelas sociedades. Tanto que a partir das décadas de 1960 e 70 houve fortes protestos das minorias (especialmente de pessoas da raça negra) que reivindicavam um tratamento igualitário a ser ministrado pela polícia, pois aquelas pessoas não queriam mais ser vistas como risco para a comunidade ou suspeitos, mas sim queriam receber a proteção policial como qualquer outro cidadão.¹⁰¹¹

A idéia de que o criminoso integra uma raça inferior e com uma patologia presente criou uma dimensão que, ainda que contestada por criminólogos lúcidos, extrapola a racionalidade pura, pois tal pensamento (que liga o crime a uma raça especial) está impregnado na cultura geral,¹⁰¹² gerando-se, muitas vezes, por parte de alguns grupos de estigmatizados tentativas desesperadas no sentido de mudarem a relação que têm com o estigma que os identifica com o crime.¹⁰¹³ Isso talvez explique a razão de se procurar descobrir na investigação policial à qual raça inferior pertence o criminoso, negando-se, conscientemente ou não, o simples fato de que o crime é realidade genérica.

De regra, o policial atua com meta-regras-estigmas – relativas às pessoas de raça não-predominante no sistema, perseguindo preferencialmente e de forma personalizada os negros¹⁰¹⁴, os imigrantes¹⁰¹⁵, os índios, os latino-americanos, os mestiços etc.

Em suas 'Memórias Policiais', Pamphilo Marmo demonstra como os estigmas estão enraizados na sociedade e na polícia: "É comum irem as vítimas

¹⁰¹¹CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. **Do patrulhamento ao policiamento comunitário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p.14.

¹⁰¹²CHAPMAN, op. cit., p.25.

¹⁰¹³REZENDE e MAGGIE, op. cit., p.16 e 17.

¹⁰¹⁴Neste sentido: FERNANDES e CHOFARD, op. cit., p.115. BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.44. FONSECA, Antonio Cezar Lima. **Abuso de autoridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.13.

¹⁰¹⁵ZAFFARONI, **Em busca...**, op. cit., p.22 e segs. BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.44. FERRAJOLI, **Derecho y razón...**, op. cit., p.797.

dizer à polícia: 'O ladrão é preto, alto, espadauto, passou por aqui há dias e está naturalmente mancomunado com a empregada'".¹⁰¹⁶ Mas o policial astuto, que refletiu sobre a sua profissão, não se deixa iludir e conclui: "Puro engano. O ladrão dessa natureza é completamente desconhecido dos moradores do prédio".¹⁰¹⁷ Outro exemplo é fornecido por A. Turk:

A polícia pode partir espontaneamente à descoberta e à detenção dos delinquentes, ou operar apenas quando a prova lhe é oferecida. Pode ignorar uma actividade ilícita, salvo se ela aparece associada a certos factores, como acontece quando fecha os olhos às partidas semanais de poker das zonas urbanas privilegiadas mas se detém ante uma banca onde se jogam as cartas num bairro de lata habitado por negros. Pode realizar a justiça à margem dos registros, prender ou apenas admoestar. Resumidamente, a polícia tem ao seu dispor todas as possibilidades: desde o entusiasmo à apatia, desde o fanatismo às discriminações subtis entre situações análogas, desde o comportamento legal ao ilegal.¹⁰¹⁸

Segundo Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, a polícia segue a poderosos estereótipos que consistem na estratégia da suspeita e que consistem em versões simplificadas de "...teorias sobre as causas do crime e a natureza do delinquente."¹⁰¹⁹ Esses estereótipos "...determinam para onde a polícia se deve dirigir e que tipos de pessoas deve abordar"¹⁰²⁰ e, um desses setores vulneráveis que é alvo da polícia é aquele constituído por pessoas com determinada cor de pele.¹⁰²¹ Nos Estados Unidos da América, por exemplo, criou-se o estereótipo do criminoso que corresponde ao jovem negro e que é abordado assiduamente, ainda que não tenha ao seu redor quaisquer indícios da prática de crime.¹⁰²² A

¹⁰¹⁶MARMO, Pamphilo. **Memórias policiais**. São Paulo: Casa Vanorden, 1927. p.36. (Ortografia atualizada)

¹⁰¹⁷MARMO, op. cit., p.36. (Ortografia atualizada)

¹⁰¹⁸Apud FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.446.

¹⁰¹⁹FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.451.

¹⁰²⁰FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.451.

¹⁰²¹FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.451.

¹⁰²²FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.451.

atenção nesses jovens é concentrada pelo aparato policial e a meta-regra criada à margem da lei é que "...um jovem branco num bairro de negros procura 'naturalmente' sexo ou droga; e que, inversamente, um jovem negro num bairro residencial elegante se prepara 'naturalmente' para qualquer crime patrimonial".¹⁰²³ É claro que se uma pessoa da raça branca ou negra é surpreendida nessas condições, cria-se uma idéia falsa de que a 'regra' se confirmou. Mas a questão é que as infrações às normas penais são múltiplas e praticadas por quase toda a população e se a atenção é fixada em um tipo especial de pessoa, a facilidade para a criação de uma 'regra' paralela ao texto da lei é gigantesca, mas de forma ideal 'fabrica-se' o criminoso que se quer criar – intencionalmente ou não – só que a meta-regra se propagará sem que se possa corrigi-la sem um imenso esforço histórico e cultural. Mas o engano está nesse recorte ilusório: se a escolha considerar as estatísticas de pessoas presas, v.g., então os homens, que têm uma taxa de prisões muito maior do que as mulheres, deveriam ser "...extirpados da população por causa da sua maior taxa de crime", conforme ironizou Edwin H. Sutherland,¹⁰²⁴ ou ainda, deveriam ser revistados e investigados todos os turistas e viajantes, pois o índice de furtos de toalhas e quadros por onde eles passam é assustador: só a quantidade de toalhas de rosto e de banho furtadas em um hotel durante um ano, foi de 25.000 (vinte e cinco mil). Talvez fatos como esses tenham dado causa a um apelido que o viajante era conhecido desde a idade média, isto é, o de 'ladrão'.¹⁰²⁵ Qualquer grupo de pessoas que possui determinada característica (por exemplo: olhos claros), desde que tenha para si a atenção do aparato policial, poderá ser estigmatizado

¹⁰²³FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.452.

¹⁰²⁴SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.111.

¹⁰²⁵"Os hotéis sofrem prejuízos por furto mais ou menos proporcionais à transitoriedade de seus hóspedes. Um hotel urbano que hospeda viajantes em trânsito perde por furto anualmente cerca de 25.000 toalhas de rosto e banho, e de um outro hotel foi furtado dentro do período de dois anos um quinto dos quadros que pendiam nas paredes ao tempo de sua abertura. Essas estatísticas fazem compreender a razão por que a palavra 'viajante' era na Inglaterra medieval usada na linguagem popular para designar o ladrão." (SUTHERLAND, **Princípios...**, op. cit., p.96).

como um criminoso potencial. Mas a realidade sucumbiria diante de mais uma ilusão. Ninguém sustentaria um raciocínio insano como esses, mas desde que sustentado habitualmente, transforma-se em realidade aparente (estigma) e fundamentará as ações policiais (o estigma se transforma em meta-regra de atuação) e deixará de parecer 'insano' aos olhos da sociedade em geral.

"O estereótipo ainda não se desarmou de todo...", diz Eugenio Raúl Zaffaroni, "e, à medida que os componentes de preconceito racial vão diminuindo, imediatamente se fabricam outros, tomados de setores também vulneráveis."¹⁰²⁶

As meta-regras das raças não predominantes indicam a seleção dos estigmatizados, pois a regra que está atrás das normas jurídicas é a de um valor negativo atribuído às pessoas com cores, estética¹⁰²⁷ e fisionomias que representem estigmas. É por isso que se equipara o estigma à meta-regra: porque o estigma da raça é uma marca objetiva e que apresenta uma valoração negativa na esfera policial: "o criminoso deve estar aí!"

Destarte, o policial dirige o seu planejamento, as suas metas a serem atingidas, as suas investigações, o seu trabalho, enfim, para a gente estigmatizada, embora todos os seres humanos pratiquem delitos, estigmatizados ou não. Então, o estigma funciona como um princípio em si, que ilude a própria polícia (que às vezes está consciente do fenômeno), 'martelando' na cabeça do policial: '*o criminoso só pode ser ele!*' O resto está por conta de 'arranjar' provas, verdadeiras ou não, lícitas

¹⁰²⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 'Tenda dos milagres' ou a denúncia do 'apartheid' criminológico. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coord.). **Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v.2. p.472.

¹⁰²⁷Zaffaroni, ao comentar a obra 'Tenda dos Milagres', de Jorge Amado, menciona a seletividade do sistema, diante do fator 'estético' da raça: "Mas, voltando à hipótese inicial, cremos que a obra de Jorge Amado nos deixa uma lição, que é a indicação de uma frente, à qual a crítica sociológica ainda não deu a devida atenção, na análise da seletividade punitiva: a *frente estética*."

O estereótipo criminal está invariavelmente carregado de valor estético negativo. Parte da tarefa democratizante é a que nos aponta Amado: a inversão do valor estético é uma das vias – e não a menos importante – para lutar contra a seletividade do processo de criminalização. A relação entre criminologia e literatura não se dá como a colocavam Ferri e seus contemporâneos racistas, mas sim como a entende e assume Amado neste romance. Saravá! (ZAFFARONI, 'Tenda...', op. cit., p.472).

ou ilícitas, mas isto já não importa mais porque o criminoso cliente será maciçamente o estigmatizado. Toda a atividade policial padece deste vício complexo que chama a atenção do policial como se fosse uma 'luz no fim do túnel', mas a ilusão consiste no seguinte: os policiais não estão num túnel sem saída, embora os estigmatizados possam ser a luz para a solução de toda esta problemática que envolve preconceitos e acaba gerando outro paradigma, isto é, a figura do policial entorpecido por estigmas, desde o princípio até o fim no seu labor.

Também a percepção de Zaffaroni sobre o assunto é, simplesmente, genial:

Os artistas europeus pintaram o colonizado como 'feio' (especialmente no século XIX, quando deixaram de idealizá-lo). Não precisavam fazê-lo expressamente, até porque isto surgia de forma espontânea, como contraponto às suas definições do 'belo'. Com estes valores estéticos negativos, 'construíram' os rostos dos 'maus' e a polícia, com tais estereótipos, saiu buscando seus 'suspeitos'.¹⁰²⁸

3.6.5 Estigma – Meta-Regra – da Religião

Conforme se viu no início do estudo dos estigmas, a vingança divina ou religiosa é uma forma primitiva de punição criminal e surgiu em tempos remotos. Entretanto, embora tenha sido substituída, em parte e em alguns lugares, pela vingança pública, Roma recai na vingança divina, criando a figura do estigmatizado herético ou herege. No período de Constantino, começa um longo processo de legalização e de amálgama entre a religião e o poder, incrementando-se a perseguição religiosa dentro e fora da Europa (respectivamente: Inquisição e Cruzadas). Nessa época, porém, não há que se falar propriamente em meta-regras para os estigmas religiosos, pois o Tribunal do Santo Ofício estava expressamente autorizado legalmente a perseguir os estigmatizados. Nesse sentido, por exemplo, regras religiosas da Idade Média determinavam a pena capital para pessoas que

¹⁰²⁸ZAFFARONI, 'Tenda...', op. cit., p.458.

eram portadoras de deficiências mentais, mas eram interpretadas como possuídas pelo demônio.¹⁰²⁹

Contudo, após ter passado o momento mais agudo das cruzadas e da Inquisição, o fator religioso que mais chama a atenção é a tentativa de justificar o colonialismo explorador que se fundamenta na idéia da superioridade religiosa do colonizador, em relação ao colonizado.¹⁰³⁰ A crueldade e a morte foram impingidas aos africanos e índios americanos, sem peso na consciência dos colonizadores, pois, afinal, aqueles eram pagãos.¹⁰³¹ Enrique Dussel sintetiza bem o que foi a colonização baseada em estigma religioso: "O Sentido encoberto era o de que na realidade os europeus tinham dominado o índio reduzindo-o à mais horrível servidão. A morte, o roubo, a tortura (que era o fruto real da práxis conquistadora) ficavam encobertos pela interpretação ideológica: a evangelização."¹⁰³²

Nesse aspecto, observa-se um entrelaçamento – comum – entre estigmas. O da raça não predominante é reforçado pelo estigma religioso, assim como o estigma da mulher e do pobre normalmente foram justificados pelo estigma religioso. Enrique Dussel forneceu exemplo mencionando a teologia da Igreja da Idade Média, afirmando que ela, "...fundamentalmente a-histórica encobriu ideologicamente inúmeras contradições. A começar pelo machismo imperante, que dominava a

¹⁰²⁹ELBERT, op. cit., p.41.

¹⁰³⁰ZAFFARONI, **Manual...**, op. cit., p.28-29. Neste sentido ainda: BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.92.

¹⁰³¹"...os preconceitos civis e religiosos, as profissões, tudo, enfim, dispunha à crueldade. Os índios, que não tinham noção da propriedade, eram todavia salteadores, além de pagãos; logo matavam-nos desapiedadamente. Os brancos se atribuíam o direito *vitalis et necis* sobre os africanos." (BEVILAQUA, op. cit., p.89. Ortografia atualizada).

¹⁰³²DUSSEL, Enrique. **Teologia da libertação: um panorama de seu desenvolvimento**. Tradução de: Francisco da Rocha Filho. Petrópolis: Vozes, 1999. p.12-13.

mulher, bem como as oposições entre as classes (era cidadão o *simpliciter politicum iustum*, quer dizer, somente o senhor feudal)..."¹⁰³³

Ou então, a religião predominante simplesmente omite o confronto com a realidade criadora de estigmas. Pode-se citar o exemplo do Catolicismo, no que se refere à colonização e exploração européia da América Latina ou da pobreza na Espanha,¹⁰³⁴ ou da forma cruel com que os *quakers* tratavam os negros na ilha de Nantucket, a ponto de não ser recomendável a ida daquela raça para lá, salvo no caso de desesperadora necessidade etc.¹⁰³⁵ Mas esta responsabilidade pela transformação, inclusive política, não deixou de ser auto-avaliada pelos setores mais progressistas de algumas religiões,¹⁰³⁶ fazendo muitos religiosos reverem antigas posturas estigmatizadoras que, até então, eram tidas como pacíficas.¹⁰³⁷

A demorada cultura de preconceitos religiosos gera a denominada 'intuição jurídica de cada época',¹⁰³⁸ acreditando-se equivocadamente que o mal ou o bem está na opção religiosa de cada um, fazendo gerar terríveis conseqüências sociais e policiais para os estigmatizados da vez. É claro que estes fenômenos culminarão

¹⁰³³DUSSEL, **Teologia...**, op. cit., p.18.

¹⁰³⁴"Em pouco ou nada essa teologia manifesta a realidade das colônias descobertas e exploradas, em nada se descobrem os graves problemas da pobreza na Espanha, contrapartida da conquista da América.", etc. (DUSSEL, **Teologia...**, op. cit., p.19).

¹⁰³⁵"Não eram nobres ideais sociais que traziam marinheiros negros para aquela ilha quaker, mas sim o apetite insaciável, e muitas vezes explorador, de mão-de-obra que dominava a atividade baleeira. 'Um africano é tratado como um bruto pelos oficiais do navio', afirmou William Comstock, que tinha muito a dizer a respeito das maldades dos proprietários navais quakers de Nantucket. 'Caso estas páginas venham a cair nas mãos de algum dos meus irmãos de cor, que ele ouça o meu conselho e trate de fugir de Nantucket como fugiria do Redemoinho da Noruega.' De forma bem significativa, os habitantes de Nantucket se referiam ao barco que trazia mãos-verdes da cidade de Nova York como 'o Negreiro'." (PHILBRICK, Nathaniel. **No coração do mar: a história real que inspirou o Moby Dick de Melville**. 1.reimp. Tradução de: Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.52).

¹⁰³⁶DUSSEL, **Teologia...**, op. cit., p.75.

¹⁰³⁷DUSSEL, **Teologia...**, op. cit., p.97.

¹⁰³⁸Expressão de Clóvis Bevilacqua (BEVILAQUA, op. cit., p.140).

com uma disposição pública de perseguição religiosa, fato este que pode se tornar meta-regra para o policial no momento de aplicação da lei. Assim, seguindo o exemplo de muitos, o policial também quer ser o '*São Jorge contra o Dragão*'.¹⁰³⁹

3.6.5.1 Aspectos objetivos e subjetivos

O estigma da religião cai sobre aquele que desperta traços de comportamento que não são simpáticos à religião predominante e que, de regra, está ligada ao poder. São exemplos de condutas contrárias às determinadas pelas diversas religiões: usar (ou não) símbolos sagrados, pregar idéias divergentes, ameaçar o poder etc.

Esses aspectos objetivos ligam-se à avaliação subjetiva do estigmatizado, fazendo-lhe parecer alguém que carrega o mal dentro de si, pois ele representa, sobretudo, a possibilidade de subversão da crença que está preponderando. "Certamente" – afirma Dussel – "os soldados sabem o que fazem num certo nível: estão pregando cravos num condenado político".¹⁰⁴⁰

3.6.5.2 Meta-regras da polícia

A idéia de que os policiais atuam seguindo dogmas religiosos e discriminam aqueles estigmatizados por religião, fazendo a lei tornar-se pesada para eles, deve ser a mais simples dentre todas, embora não possa ser menosprezada. Normalmente os policiais justiceiros que, em nome de sua fé procuram realizar o bem, possuem, na realidade, um perfil de ditador, pois a verdade deles quer ser

¹⁰³⁹"O crime, na consciência coletiva é, basicamente, o mal, a face negativa dos instintos e apetites humanos. O conceito de 'mal', por outra parte, está ligado a idéias religiosas muito arraigadas na formação cultural de nossa área, e ainda mais em outras culturas, como as islâmicas,..." (ELBERT, op. cit., p.23).

¹⁰⁴⁰DUSSEL, **Teologia...**, op. cit., p.12.

única e indiscutível e culmina com resultado normalmente catastrófico.¹⁰⁴¹ Vale lembrar ainda, como referência, aqueles casos em que houve ordem expressa de perseguição e morte por opção religiosa e política,¹⁰⁴² justificativas essas que têm sido bastante aceitas tanto em países em desenvolvimento¹⁰⁴³ quanto nos países desenvolvidos que colocam sob suspeita policial todo um setor da população que se identifica, v.g., com as religiões muçulmanas.¹⁰⁴⁴ Tudo o que se faz, faz-se em nome de uma missão sacra ou supostamente racional que se tem a cumprir. É a reforma que se transforma em uma cruzada contra os vícios, contra a delinquência social, contra os jogos, enfim, uma cruzada contra o mal.¹⁰⁴⁵ Estas hipóteses podem ser legais, ilegais ou provenientes de ditaduras.

A manipulação da lei pelos operadores do direito já é por demais conhecida,¹⁰⁴⁶ 'esquecendo-se' eles do direito¹⁰⁴⁷ e variando apenas os argumentos que em nome de determinados ideais serão empregados contra os estigmatizados. Mas, após o longo e agourento período da Inquisição, é preciso descobrir quais são os 'gatos pretos' que estão a apontar os bruxos¹⁰⁴⁸ na Idade Contemporânea.

Se a história relata muitos casos em que a luta humanitária se mistura com o religioso em prol dos melhores desideratos,¹⁰⁴⁹ contudo, muitas vezes o motivo é

¹⁰⁴¹Se as vítimas da Inquisição pudessem falar...

¹⁰⁴²DUSSEL, **Teologia**..., op. cit., p.83.

¹⁰⁴³FERRACUTI, Franco. **Temas de criminologia**. Tradução de: Marie Madaleine Hütyra. São Paulo: Resenha Universitária, 1975. p.61.

¹⁰⁴⁴LUCAS, op. cit., p.16 e 17.

¹⁰⁴⁵BECKER, **Outsiders: saggi**..., op. cit., p.115.

¹⁰⁴⁶MIRANDA COUTINHO, **Crítica**..., op. cit., p.6.

¹⁰⁴⁷MIRANDA COUTINHO, **Crítica**..., op. cit., p.7-8.

¹⁰⁴⁸MIRANDA COUTINHO, **Crítica**..., op. cit., p.25.

¹⁰⁴⁹BECKER, **Outsiders: saggi**..., op. cit., p.116.

outro e não tão altruísta, como exemplifica Howard S. Becker com o caso daquele que tira proveito do jogo no estado de Nevada, mas se opõe à tentativa de legalização do mesmo jogo na Califórnia, porque isso reduziria os seus lucros que em grande parte dependem da população do sul da Califórnia.¹⁰⁵⁰ Outro exemplo é o do psiquiatra que defende a legislação favorável a manter os criminosos sexuais psicopatas por tempo indefinido nos hospitais psiquiátricos para alienados, atendendo, com isso, os seus interesses pessoais ou corporativistas.¹⁰⁵¹

Portanto, os motivos religiosos de atuação podem estar escondendo uma cruzada livre e de influências imprevisíveis que defendem interesses próprios, sem qualquer preocupação mais séria de compromisso religioso, capaz de alterar as leis ou as formas de agir.¹⁰⁵² O problema é que quando uma dessas cruzadas é responsável pela promulgação de uma lei, cria-se também um novo grupo de estigmatizados, ou, na expressão preferida por Howard S. Becker, um grupo de *outsiders*¹⁰⁵³ (estranhos). A partir daí, as excentricidades que serão praticadas pelas missões responsáveis pelo combate aos estigmatizados podem tornar-se mais agudas com o passar do tempo.¹⁰⁵⁴ Juntamente com as missões de cruzados hodiernos – cuja legitimidade, conforme se viu, pode ser completamente questionável – institucionaliza-se o processo estigmatizador ou de confirmação de estigmas, convencendo-se a sociedade de que a aplicação da lei é o melhor caminho para todos – uma via evangélica –, angariando-se assim mais missionários

¹⁰⁵⁰BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.116.

¹⁰⁵¹BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.117.

¹⁰⁵²BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.118-126.

¹⁰⁵³BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.120.

¹⁰⁵⁴BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.120.

que se envolvem com a causa e, por ser uma missão agora formal, conta-se também com a força policial.¹⁰⁵⁵

Nesse mister de aplicar a lei – religiosa/moral –, a polícia procurará encontrar as suas próprias motivações¹⁰⁵⁶ e, nesse rol de motivos, religiosos ou não, também far-se-ão regras paralelas à legislação. O conjunto de regras que direcionará a atuação policial contra os estigmatizados pela religião pode não apresentar base legal e constituir meta-regra de atuação conformada com o estigma. Ainda que a lei determine a atuação do policial, se a motivação de seus atos não estiver baseada na lei, esta atuação é ilegal e fundamenta-se em meta-regras voltadas para os estigmas. Aqui também o estigma atua como meta-regra.

As motivações para o policial atuar conforme a missão religiosa – estabelecida na lei ou não – podem derivar de um interesse sincero em atingir o mal. Para ele, o que importa é fazer cumprir a lei.¹⁰⁵⁷ Mas com que indicativos? Com parâmetros religiosos, quer dizer, dentre tantas leis para serem seguidas, a escolhida será a que demanda contra o estigmatizado religioso.

Por outro lado, a motivação para o cumprimento da lei pode ser a justificativa de sua profissão, isto é, a necessidade de fazer aparecer o seu trabalho

¹⁰⁵⁵ *"Con l'instaurazione di queste organizzazioni specifiche, la crociata si istituzionalizza. Quanto è iniziato come una campagna per convincere il mondo della necessità morale di una nuova legge diventa alla fine un'organizzazione dedita all'applicazione di questa legge. Proprio come i movimenti politici radicali si trasformano in partiti politici organizzati e come le sette evangeliche piene di vita ed entusiasmo diventano dei culti religiosi seri e compassati, l'esito finale della crociata morale è una forza di polizia."* Tradução livre: "Com a instauração destas organizações específicas, a cruzada se institucionalizou. Iniciou como uma campanha para convencer o mundo da necessidade moral de uma nova lei e se torna ao final uma organização dedicada à aplicação desta lei. Precisamente como os movimentos políticos radicais se transformam em partidos políticos organizados e como as seitas evangélicas cheias de vida e entusiasmo tornam-se cultos evangélicos sérios e comedidos, o êxito final da cruzada moral é uma força de polícia." (BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.121).

¹⁰⁵⁶ BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.121.

¹⁰⁵⁷ BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.121.

policial às custas de uma determinada perseguição, que pode ser o critério místico/moral.¹⁰⁵⁸

Outrossim, pode ocorrer no policial uma visão pessimista das coisas e da natureza humana e, embora possa não acreditar no pecado original, atua com ceticismo e descrença nas pessoas,¹⁰⁵⁹ procurando demonstrar em cada caso o mal que haveria em todos, um mal que não se poderia transformar e repetir-se-ia infinitamente.¹⁰⁶⁰ E se as pessoas 'repetem' diariamente as 'infrações' são *outsiders*¹⁰⁶¹ ou estigmatizados e essa rotina fará sua atuação tornar-se mecânica, seguidora de padrões ou meta-regras que deixam de levar em conta os métodos de interpretação da lei tradicionais ou princípios de igualdade e imparcialidade. O que impulsionará o policial será a meta-regra – estigma religioso – que foi construída historicamente e que agora faz parte da sua rotina diária.

Daí, o critério da aplicação da lei por parte do policial pode tomar um rumo muito extenso, a ponto de ele impor ao estigmatizado a etiqueta de sempre, não porque este descumpriu a lei, mas para que ele mantenha o respeito diante da polícia.¹⁰⁶² E, impor ao estigmatizado o respeito à polícia pode ser obtido lícita ou ilícitamente. A questão a ser observada é que a polícia fatalmente estabelecerá prioridades, isto é, quem ela perseguirá por primeiro e quem ela deixará para depois

¹⁰⁵⁸BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.121-122.

¹⁰⁵⁹BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., 1997. p.122.

¹⁰⁶⁰"Il modo di vedere scettico e pessimistico di questi funzionari è ovviamente rinforzato dalla loro esperienza quotidiana. Nel corso del loro lavoro, vedono con chiarezza che il problema è sempre presente." Tradução livre: "O modo de ver cético e pessimista destes funcionários é obviamente reforçado pelas suas experiências cotidianas. No curso dos seus trabalhos, vêem com clareza que o problema está sempre presente." (BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.122).

¹⁰⁶¹BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.122.

¹⁰⁶²BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.122.

ou num segundo plano. O estigmatizado é, de regra, o escolhido, e, assim, será novamente etiquetado¹⁰⁶³ pela polícia.

Enfim, a aplicação da lei pela polícia seguirá a seleção do estigmatizado e, o estigmatizado é aquele que segue o estigma. Ele é o desviante e o etiquetado, o estranho a ser procurado e novamente rotulado. O estigmatizado é a prioridade da polícia, o estigma ou a meta-regra a estabelecer quem será o revistado e enclausurado. O mal que a polícia tenta encontrar é um mal seletivo.¹⁰⁶⁴

Diante desse quadro, é válida a perplexidade de Howard S. Becker, no sentido de que as pesquisas têm se ocupado daqueles que desviam as normas, mas não tanto dos que instituem e as fazem aplicar.¹⁰⁶⁵

Contudo, na atualidade, há outras formas preocupantes que, por serem mais sutis, devem ser vistas com cautela.

¹⁰⁶³BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.123.

¹⁰⁶⁴"Il professionista è denunciato per considerare il male con troppa leggerezza e per essere venuto meno al proprio dovere. L'imprenditore morale, dietro la cui istanza fu istituita la norma, entra di nuovo in scena per dire che l'esito dell' ultima crociata non è stato soddisfacente, o che i miglioramenti precedentemente ottenuti sono stati compromessi e perduti." Tradução livre: "O profissional é denunciado por considerar o mal com muita leviandade e por cumprir menos o seu dever. O empreendedor moral, por detrás da instância da instituição da norma, entra de novo em cena para dizer que o êxito da última cruzada não foi suficiente, ou que as melhoras obtidas anteriormente foram comprometidas e perdidas." (BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.125).

¹⁰⁶⁵"È interessante il fatto che la maggior parte della ricerca e della teorizzazione scientifica sulla devianza si occupi delle persone che infrangono le norme piuttosto che di quelle che le istituiscono e le fanno applicare. Se vogliamo raggiungere una totale comprensione del comportamento deviante, dobbiamo mettere sulla bilancia queste due possibili direzioni dell'indagine. Dobbiamo vedere la devianza, e gli outsiders che personificano questo concetto astratto, come una conseguenza di un processo di interazione tra persone: alcune, nel servizio dei propri interessi, elaborano e fanno applicare delle norme che colpiscono altre persone che, nel servizio dei propri interessi, hanno comesso degli atti etichettati come devianti." Tradução livre: "É interessante o fato que a maior parte da pesquisa e doutrina científica sobre o desvio se ocupa das pessoas que infringem mais do que daqueles que a fazem aplicar. Se quisermos chegar a uma total compreensão do comportamento desviante, devemos colocar sobre a balança estas duas possíveis direções de indagação. Devemos ver o desvio, e os *outsiders* que personificam este conceito abstrato, como uma consequência de um processo de interação entre pessoas: alguns, no serviço do próprio interesse, elaboram e fazem aplicar as normas que atingem outras pessoas que, no serviço dos próprios interesses, cometem atos rotulados como desviados." (BECKER, **Outsiders**: saggi..., op. cit., p.126).

Reflexo de sua sociedade, a polícia é um potencial fator de manutenção de estigmas. Assim, aquele que não está dentro dos padrões religiosos, pode sofrer sérias conseqüências. É claro que isto depende de qual religião e qual estigma está se falando, pois, o estigmatizado do Ocidente não é o mesmo estigmatizado do Oriente, assim como o estigmatizado da América Latina, pode não ser o mesmo estigmatizado da Europa, devido aos influxos das distintas religiões. Não obstante, pode-se indicar uma rotina de estigmas que criarão, manterão ou aumentarão estigmas, conforme já se comentou, acrescentando-se ainda que os dogmas religiosos muitas vezes são mal compreendidos pelos leigos, o que radicaliza a forma de concebê-los e de implementá-los... Uma religião que não aceite, v.g., a relação sexual entre pessoas não casadas, poderá ser mal interpretada e, na prática, fortalecer o estigma da 'mãe solteira' ou do 'pai solteiro', do divorciado ou da divorciada, da prostituta ou prostituto, fazendo deles vítimas da atuação policial que aplicará a lei do seu modo,¹⁰⁶⁶ isto é, selecionando estas pessoas para uma resposta diferenciada e até, desumana no caso da prostituição. O fato, v.g., de o homossexualismo não ser permitido em muitas crenças, transporta tais valores para as legislações e ocasiona condenações criminais, como foi recentemente constatado no Egito, com a sentença que condenou à pena de reclusão a vinte e uma pessoas que foram presas pela polícia por supostas práticas homossexuais.¹⁰⁶⁷ Mesmo nos países nos quais não se tipifica o homossexualismo, o tratamento policial é discriminador para essas pessoas. Erving Goffman explica:

¹⁰⁶⁶"...as agências executivas freqüentemente atuam à margem dos critérios pautados para o exercício de poder pelos órgãos judiciais, de modo que, quando se produz a intervenção destes, já se consumaram efeitos punitivos irreversíveis sobre a pessoa selecionada." (ZAFFARONI, **Em busca...**, op. cit., p.28).

¹⁰⁶⁷"Um tribunal egípcio sentenciou 21 homens a três anos de prisão, sob acusações derivadas de uma suposta orgia gay. O caso vem sendo condenado por entidades de defesa dos direitos humanos como perseguição contra homossexuais. Os réus fazem parte de um grupo de 52 homens presos em maio de 2001 durante batida policial num barco-restaurant que navegava no Rio Nilo." (TRIBUNAL egípcio condena gays. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 16 de março de 2003, p.1).

Em primeiro lugar, há estigmas importantes, como o das prostitutas, homossexuais, mendigos e viciados em drogas, que exigem que o indivíduo seja cuidadosamente reservado em relação a seu defeito com uma classe de pessoas, a polícia, ao mesmo tempo em que se expõe sistematicamente a outras classes, ou seja, clientes, cúmplices, contatos, receptadores de objetos roubados, etc. Assim, não importa o papel que as vagabundas assumam na presença da polícia, elas freqüentemente têm que se revelar às donas-de-casa com o objetivo de obter uma refeição de graça e podem até mesmo ter que expor seu *status* aos transeuntes, uma vez que são servidas, nas portas dos fundos, daquilo que elas compreensivelmente chamam de 'refeições de exibição'.¹⁰⁶⁸

Outras vezes, o policial força a prostituta a continuar na atividade que dá lucro, pois não acredita que ela procurará e obterá um emprego "...como uma jovem de boa reputação."¹⁰⁶⁹ Assim, os adultérios, os abortos, as contravenções de vadiagem e tantos outros delitos não são todos criminalizados concretamente,¹⁰⁷⁰ então, a polícia seleciona as pessoas que responderão por tais infrações,¹⁰⁷¹ mas os estigmatizados contribuem de forma desproporcional com esta seleção, pois são os clientes preferenciais.

Destarte, consoante se viu, as questões ligadas ao sexo e a outros assuntos ainda são vistas como pecados e heresias e a barreira do estigma impede uma busca por tratamentos médicos, psicológicos¹⁰⁷² ou simplesmente a tolerância, o que complica sobremaneira a vida dos envolvidos. Os problemas são tratados de forma confusa, pois condutas que são consideradas inofensivas para adultos (v.g., transexualismo¹⁰⁷³) são atingidas pela perseguição policial e discriminação. Por isso,

¹⁰⁶⁸GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.84-85.

¹⁰⁶⁹GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.87.

¹⁰⁷⁰Eugenio Raúl Zaffaroni analisa assim o problema: "Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado." (ZAFFARONI, **Em busca...**, op. cit., p.26).

¹⁰⁷¹"Os órgãos executivos têm 'espaço legal' para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem." (ZAFFARONI, **Em busca...**, op. cit., p.27).

¹⁰⁷²AMAR, op. cit., p.203.

¹⁰⁷³AMAR, op. cit., p.203.

Ayush Morad Amar pondera que "...leis sexuais são irracionais pois são derivadas de uma era de dogma religioso anti-sexual."¹⁰⁷⁴ O pecado de Adão e Eva – que teriam aderido a uma paixão animal¹⁰⁷⁵ – influencia até hoje o horizonte humano, pois o conceito "...oculto pela doutrina legal contemporânea, tocante ao crime sexual, é que todos os membros da espécie humana são pré-ordenados ao heterossexualismo e que outras formas de sexualidade constituem produto de perversidade obstinada".¹⁰⁷⁶ Logo, os estigmatizados que são diferentes da doutrina religiosa predominante, segundo o adjetivo que impera, sofreriam de degenerescência.¹⁰⁷⁷

Inobstante as crenças milenares, os comportamentos sexuais ou conjugais ou de postura diante da vida, somente são prejudiciais quando praticados contra a vontade das pessoas maiores e capazes de decidir conscientemente, atingindo-lhes a liberdade sexual.¹⁰⁷⁸ Mas a postura do 'policial que consolida valores *consagrados*' teima em permanecer formulando juízos e perseguindo as pessoas que são estigmatizadas por princípios que, no mínimo, deveriam ser rediscutidos. O fato é que as meta-regras indicam a quem se deve seguir e prender.

¹⁰⁷⁴AMAR, op. cit., p.204.

¹⁰⁷⁵AMAR, op. cit., p.204.

¹⁰⁷⁶AMAR, op. cit., p.204.

¹⁰⁷⁷AMAR, op. cit., p.204.

¹⁰⁷⁸AMAR, op. cit., p.205. "Atividade sexual consensual, na qual a nocividade não pode ser inteira e inequivocamente estabelecida, é assunto privativo dos participantes e não da sociedade e da lei. Essa proposição mantém-se verdadeira ainda que a maioria social e a lei considerem incorretos certos tipos de participação sexual. Incorreção não é sinônimo de nocividade. Numa sociedade democrática pluralística, a democracia sexual tolera algumas faces mesmo que julgamentos de valor, concernentes à correção ou incorreção, se contradigam. Sociedade e lei têm o direito de intervir, tão somente, quando tem um lugar um dano. Na maioria das vezes, a intervenção da lei civil é suficiente e os cônjuges podem separar-se legalmente. O sexo torna-se matéria criminal apenas quando ocorre violência." (AMAR, op. cit., p.206).

"Para adorar por muito tempo um teorema," – profetiza Albert Camus – "não basta a fé, é preciso ainda uma polícia".¹⁰⁷⁹

3.6.6 Outros Estigmas - Meta-Regras

A ênfase dada até aqui sobre os estigmas da pobreza, mulher, raça não predominante e religião tem por objetivo ressaltar os principais estigmas que influenciam a humanidade e, em especial, a atuação policial. Neste último aspecto, ressaltou-se que os estigmas funcionam como verdadeiras regras paralelas ou princípios que atuam decisivamente no momento em que o policial aplica a legislação pertinente, ou seja, meta-regras que atuam sobre as regras formais.

Entretanto, é primordial que se ressalte que a primazia dos quatro estigmas não é excludente de tantos outros estigmas que foram criados pelas sociedades e também causam influxo no cotidiano, no direito e na prática policial. Aliás, não seria surpreendente que surgisse inusitado estigma que excluísse o tratamento digno das pessoas, superando então os efeitos deletérios dos estigmas fundamentais. O que se postula, isto sim, é a indicação de meta-regras – estigmas decisivos na atividade policial e, nesse mister, entende-se que os estigmas tratados são prioritários.

Com isso, ainda há que se pesquisar muito mais sobre os estigmas já mencionados e os tantos outros existentes e do porvir. Pode-se apontar desde já alguns outros estigmas que se relacionam com a ação policial, atuando como meta-regras: distúrbios psíquicos; menores abandonados; prostitutas; anciões; aquele que não tem poder;¹⁰⁸⁰; pessoa de terceiro mundo;¹⁰⁸¹ imigrantes...¹⁰⁸² Os imigrantes, v.g.,

¹⁰⁷⁹CAMUS, Albert. **O homem revoltado**. 4.ed. Tradução de: Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Record, 1999. p.149.

¹⁰⁸⁰FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.459.

¹⁰⁸¹MELO, op. cit., p.123.

¹⁰⁸²ZAFFARONI, **Em busca...**, op. cit., p.22 e segs.

principalmente os latino-americanos, africanos e asiáticos – que já recebem uma política restritiva de mercado de trabalho e ingresso nos países ricos¹⁰⁸³ – são detidos pela polícia na Europa, com o argumento ilegal e vago de que são 'indesejáveis', ou 'delinqüentes', ou 'traficantes', ou 'ilegais', sem que se encontre base jurídica para expatriação,¹⁰⁸⁴ e as cifras de detenção policial de estrangeiros têm se multiplicado nos últimos anos.¹⁰⁸⁵ Julio E. S. Virgolini menciona a perseguição policial contra pessoas de destacada aparência estética.¹⁰⁸⁶ Erving Goffman cita ainda os seguintes estigmas: 'bastardo', 'retardado', 'aleijado', 'cego'¹⁰⁸⁷, 'doente', 'surdo', 'imigrante', 'adolescente'¹⁰⁸⁸, 'criminoso'¹⁰⁸⁹, 'desempregado'¹⁰⁹⁰, 'divorciado', 'alcoólatra', 'viciado', 'obeso', 'mudo', 'velho'¹⁰⁹¹, 'homossexual'¹⁰⁹² etc.

Os diversos estigmas criam um juízo leviano das pessoas que, de comum, geralmente apresentam tão-só a característica da rotulação, isto é, o que 'baixos',

¹⁰⁸³LUCAS, op. cit., p.60.

¹⁰⁸⁴LUCAS, op. cit., p.92.

¹⁰⁸⁵LUCAS, op. cit., p.86.

¹⁰⁸⁶VIRGOLINI, op. cit., p.138.

¹⁰⁸⁷GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.15.

¹⁰⁸⁸GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.23.

¹⁰⁸⁹GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.24. O estigma do criminoso já foi tratado no início deste trabalho.

¹⁰⁹⁰GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.26.

¹⁰⁹¹GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.31.

¹⁰⁹²GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.32. Estudos podem ser feitos ainda sobre a estigmatização de grupos até então estigmatizadores 'por excelência', como é o caso dos 'ricos'. Os ricos também podem ser vítimas dos estigmas de uma camada da população ou um grupo. Uma questão a ser pensada, v.g., é a da explosão que devastou o "mais seletto clube da capital colombiana", ocasião em que morreram pelo menos vinte e seis pessoas. (COLÔMBIA: governo acusa guerrilheiros das FARC pelo atentado que deixou 162 feridos. Explosão em clube no centro de Bogotá mata 26 pessoas. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 9 de fevereiro de 2003, p.27).

'gordos', 'carecas', 'velhos', 'preguiçosos', 'jovens' ou de 'idade intermediária' têm em comum, a não ser o estigma?¹⁰⁹³

A seguir, exemplificando – pois os estigmas são infinitos –, tratar-se-á do estigma da aparência física e psíquica.

Conforme já foi visto, os gregos marcavam com cortes ou fogo os escravos, traidores ou criminosos.¹⁰⁹⁴ As penas que amputavam os braços e as pernas, castravam ou impingiam diversas marcas foram aplicadas em todas as partes do mundo e em todos os tempos. Dos mesopotâmicos aos egípcios, dos gregos aos romanos, dos chineses aos hindus, o talião criou o desdentado, o caolho, o amputado, enfim, os pobres eram marcados mais uma vez. Estes signos podem ser congênitos ou não.¹⁰⁹⁵ No primeiro caso temos a cor da pele, as doenças hereditárias, a altura, a constituição óssea, o aspecto dos olhos e orelhas etc. No segundo caso, uma queimadura ou mutilação, a cabeça raspada de um presidiário, etc.

3.6.6.1 Aspectos objetivos e subjetivos

Um caso exemplar de caracterização externa do estigma ocorreu na Inglaterra, no século XVI, que adotou a 'Lei de Vadios e Meliantes' por interesses socioeconômicos, gerando a amputação de orelha¹⁰⁹⁶ daqueles que não conseguissem algum emprego. O objetivo era assegurar o trabalho no comércio e na

¹⁰⁹³BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.41.

¹⁰⁹⁴GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.11.

¹⁰⁹⁵GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.55 e 56. "Mais importante ainda, deve-se assinalar que os signos não permanentes, usados apenas para transmitir informação social, podem ou não ser empregados contra a vontade do informante; quando o são, tendem a ser símbolos de estigma." (GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.55-56).

¹⁰⁹⁶E até a pena de morte, em alguns casos.

indústria.¹⁰⁹⁷ Esta marca exterior e visível deixa transparecer o aspecto objetivo do estigma.

No exemplo citado acima, estabelece-se um valor para aquele que tem a orelha amputada: vadio; não gosta de trabalhar; preguiçoso etc., identificando-se o aspecto subjetivo.

3.6.6.2 Meta-regras da polícia

Os estigmas da aparência já existiam há muito tempo, quando alguém procurou racionalizá-los ainda mais, atribuindo-lhes valores científicos. Esta pessoa foi Cesare Lombroso. Em sua obra fundamental, 'O Homem Delinqüente', Cesare Lombroso faz inúmeros estudos dos sinais físicos e psíquicos dos 'criminosos' para depois concluir que o criminoso já possuía a 'marca' desde o seu nascimento e que pode identificá-lo como tal. Em uma destas pesquisas ele analisa 79 crianças de menos de 12 anos que estão internadas em casa de correção, classificando-as como ladrões (quarenta), malfeitores ou vagabundos (vinte e sete), homicidas (sete) e adolescentes que não declararam a falta (três),¹⁰⁹⁸ detectando neles as seguintes anomalias:

- 30 com orelhas em abano
- 21 com a fronte pequena e baixa
- 19 plagiocéfalos
- 16 com zigomas salientes
- 15 com relevo da sutura
- 14 com mandíbula proeminente
- 14 com assimetria facial
- 10 com fronte coberta
- 10 com fisionomia de cretinos
- 9 padecendo de bócio
- 9 com nariz disforme

¹⁰⁹⁷CASTRO, op. cit., p.94 e 95.

¹⁰⁹⁸LOMBROSO, op. cit., p.147. O somatório não confere na obra traduzida, isto é, se ele pesquisou setenta e nove pessoas, faltaram as características de duas.

8 com olhos pequenos e vidrados
 7 com sinos frontais salientes
 6 hidrocéfalos
 5 com olhar oblíquo
 5 com estrabismo
 5 com atraso de desenvolvimento
 4 com cabelos muito espessos
 4 ultradolicocéfalos
 4 com fisionomia senil
 3 com a fronte saliente e também o ângulo orbital
 3 com orelhas grandes e alongadas
 3 com ferimentos na cabeça
 2 ultrabraquicéfalos
 2 com a boca deformada
 2 com prognatismo
 2 com nariz oblíquo
 2 com o queixo recuado
 2 com olhar sombrio
 2 com defeito cardíaco
 2 escrufulosos
 2 com a sutura metópica conservada
 1 platicéfalo
 1 oxicéfalo
 1 com cabelos brancos precoces
 1 com a face enorme
 1 com dentes superpostos
 1 com exoftalmia
 1 com nistagmo
 1 com pupilas desiguais.¹⁰⁹⁹

Lombroso afirma em seguida que somente sete "nada tinham de anormal"¹¹⁰⁰ e que os pais ou parentes dos adolescentes apresentavam problemas de epilepsia, alcoolismo, surdez, prostituição...¹¹⁰¹

Contudo, quando o médico e jurista de Verona estuda "um estabelecimento privado de jovens ricos", o resultado é o oposto, pretendendo demonstrar ele que a

¹⁰⁹⁹ LOMBROSO, op. cit., p.147-149.

¹¹⁰⁰ LOMBROSO, op. cit., p.149.

¹¹⁰¹ LOMBROSO, op. cit., p.149-151.

maioria dos estudantes era 'absolutamente' normal.¹¹⁰² Lombroso tenta justificar esta discrepância entre o 'estabelecimento dos ricos' e o 'estabelecimento dos pobres' (as casas de correção), alegando que havia grande seleção no colégio de classe alta e que a menor falta era punida com a expulsão.¹¹⁰³ Então, conclui que está "...demonstrado que um certo número de criminosos são tais desde a primeira infância, qualquer que seja a parte devida às causas hereditárias. Digamos melhor: se alguns são produto de uma má educação, em outros, a boa não influi em nada."¹¹⁰⁴ O pensamento de Lombroso de atribuição da criminalidade à defeitos físicos e psíquicos também será compartilhado por Enrico Ferri. Para este, as condições ambientais (causa exógena) e o impulso físiopsíquico (causa endógena) eram responsáveis pela existência do delinqüente que seria sempre um anormal, ainda que se considerado no momento da prática do fato punível.¹¹⁰⁵ São condições ambientais para Ferri o clima, a temperatura, a produção agrícola. As causas endógenas são dependentes da hereditariedade. Por fim, atuam as condições sociais, isto é, miséria, educação, profissão, estado civil, vida urbana ou rural etc.¹¹⁰⁶

R. Garofalo igualmente adota esta posição da aparência como identificadora do criminoso. Para ele o crime não é um fato isolado, mas um sintoma de anomalia moral. Porém, novamente, o foco é o cárcere, onde se encontram aqueles que foram apanhados pelo sistema e não uma amostra representativa da

¹¹⁰²"Um estudo minucioso feito em um estabelecimento privado de jovens ricos – Colégio Internacional de Turim – deu-nos, em 100 indivíduos, 53 absolutamente normais no físico e no moral, e em 44 algum dos caracteres da degenerescência. Dentre estes 44, somente 6 tinham algumas tendências imorais, violência, amor às querelas, negligência pelo estudo, mentira. Todavia 2, malgrado tais caracteres, eram de um natural excelente, e 5 (entre estes 1 plagiocéfalo) eram dotados, além do mais, de uma inteligência marcante. Isso mostra que uma anomalia física não implica, sempre, necessariamente, uma psíquica." (LOMBROSO, op. cit., p.152).

¹¹⁰³LOMBROSO, op. cit., p.152.

¹¹⁰⁴LOMBROSO, op. cit., p.157.

¹¹⁰⁵FERRI, H., op. cit., p.245 e seguintes.

¹¹⁰⁶FERRI, H., op. cit., p.248.

criminalidade integral.¹¹⁰⁷ "Quem por si mesmo quiser comprovar estas afirmações, entre num cárcere: pelos sinais indicados distinguirá aí com extrema rapidez os condenados por furto dos condenados por homicídio. Pela minha parte, em dez experiências tentadas, não cheguei a enganar-me duas vezes."¹¹⁰⁸ Estas idéias influenciarão inúmeras gerações de estudiosos do crime, levando-os a crer que Lombroso trouxe soluções definitivas ou, no mínimo, grandes conquistas "...que se vão impondo em todos os povos cultos e penetrando nas legislações".¹¹⁰⁹

Sob a influência da Escola Positiva, a polícia procurou traçar um perfil do criminoso com os aspectos do recluso no estabelecimento penitenciário.¹¹¹⁰ As características ali encontradas nas pessoas, entretanto, não refletem uma 'boa amostra', pois o preso é o verdadeiro 'perdedor' da criminalidade, isto é, aquele que não conseguiu corromper o sistema – policiais, políticos, juízes, promotores, advogados, testemunhas –, com dinheiro ou prostituição ou influência política. Ou então o preso não pode contratar excelentes advogados, ou não teve habilidade ou

¹¹⁰⁷GAROFALO, op. cit., p.50 e 51.

¹¹⁰⁸GAROFALO, op. cit., p.52.

¹¹⁰⁹CASTIGLIONE, Teodolindo. **Lombroso perante a criminologia contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1962. p.291.

¹¹¹⁰"Nos últimos anos, a partir de outra perspectiva e fundado em outro rigor científico, a sua existência provoca diversas interrogações que, muito além das insuficiências dos organismos policiais de detecção e de controle ou da ineficiência de certas técnicas criminalísticas, envolvendo o funcionamento de todos os segmentos do sistema penal. Pode-se afirmar que um dos ataques mais certos à criminologia tradicional, de cunho positivista, tem-se centrado justamente no fato de que os seus estudos estavam dirigidos ao exame de populações de reclusos como índice significativamente representativo da delinquência real da sociedade e fundamentados principalmente nas estatísticas oficiais.

Historicamente, a criminologia positivista concentrou-se na ilusória tarefa de encontrar caracteres diferenciais que pudessem explicar o delito através do delinquente 'fichado', descuidando daquilo que, hoje em dia, temos por evidente, ou seja, o fato de que as populações carcerárias não formam um índice significativo em relação à proporção real de delinquentes de uma sociedade, posto que, embora muitos indivíduos cometam atos apenados pela lei, em muitos casos não são detectados, ou, se o são, nessas ocasiões se lhes dá um tratamento diferenciado." (CERVINI, op. cit., p.164-165).

esperteza. Finalmente – o que é o fator principal – o interno do presídio, foi selecionado por seus estigmas.

Não obstante, Eugenio Raúl Zaffaroni percebeu bem o equívoco de Lombroso, esclarecendo que os 'feios' do médico de Verona apresentavam deficiências biológicas por passarem fome e miséria.¹¹¹¹ Daí, é claro que as gerações subseqüentes apresentarão pessoas com problemas físicos e psíquicos. Aliás, a psiquiatria seguiu o mesmo sentido equivocado e racista, sob uma forma de controle social, repressivo e ideológico¹¹¹² sem analisar com equidade o problema. O tratamento do paciente pobre é diferenciado e a estigmatização que ele recebe – louco – não se compara com o das pessoas com maiores recursos econômicos – fatigado¹¹¹³ –, pois estes, afinal, podem consultar psicanalistas e outros especialistas que atendem em clínicas particulares que contam com maiores recursos, mas não causam os mesmos traumas.¹¹¹⁴ Winfried Hassemer explica que logo após as idéias lombrosianas do criminoso perigoso, estranho e irreformável, os norte-americanos demonstraram o erro disto, apontando como fator primário da causa do crime a família, pois esta causa desde cedo feridas que fazem-no tentar 'sobreviver' diante do 'outro ameaçador'. Além do mais, fatores que vão desde a pressão para atender expectativas sociais até outros aspectos referidos pela teoria da anomia e suas variantes, fizeram converter o criminoso "...em um sujeito não tão diferente de nós, as pessoas obedientes."¹¹¹⁵ Autores fundamentais da Criminologia relegam a obra de Lombroso a um interesse meramente histórico.¹¹¹⁶

¹¹¹¹ZAFFARONI, **Criminología**..., op. cit., p.163.

¹¹¹²ZAFFARONI, **Criminología**..., op. cit., p.165. Nesse sentido: CASTRO, op. cit., p.177 e 178.

¹¹¹³CASTRO, op. cit., p.171.

¹¹¹⁴CIRINO DOS SANTOS, **A criminologia**..., op. cit., p.18.

¹¹¹⁵Tradução livre. No original: "...y el delincuente se convirtió en un sujeto no tan diferente de nosotros, las personas obedientes." (HASSEMER, op. cit., p.50-51).

¹¹¹⁶FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.171.

Ao dar seqüência às idéias de Lombroso, Enrico Ferri deixou-se trair no emaranhado racionalista, lógico e simétrico que se estava delineando com as classificações dos criminosos. Depois que a empreitada da Escola Positiva terminasse, bastaria que as pessoas apresentassem características de criminoso, pois então deveriam ser perseguidas e seria uma questão de detalhes para que se demonstrasse (se é que isto seria exigido) que ali estava um 'homem delinqüente'. Datando de 1931, a obra de Ferri deve ter influenciado muitos profissionais. "Em segundo lugar porque, dirigindo-se os criminalistas da Escola Positiva à sistematização jurídica das normas legais sobre a justiça penal, a eles bastava e basta o dado da classificação dos delinqüentes, enquanto o dado do tipo criminal tem em vista exclusivamente a aplicação prática da lei penal ou de polícia."¹¹¹⁷ As recomendações de Ferri constituem verdadeiras exortações para que determinados estigmatizados fossem perseguidos.¹¹¹⁸ Assim parece ter escapado Jack, o 'estripador'...

Com efeito, um 'olho roxo' ou marcas de injeção nos braços podem ser considerados por um policial como indicativos de que a pessoa está na 'vida'. Então, segue-se o suspeito e prende-se-o.¹¹¹⁹ Veja-se, v.g., a seguinte passagem da obra 'Estigma', de Erving Goffman, que cita em seguida, pesquisa de Junkie W. Lee:

É óbvio que uma das estratégias é esconder ou eliminar signos que se tornaram símbolos de estigma. A mudança de nome é um exemplo conhecido. Os viciados em drogas nos fornecem um outro exemplo: '(Sobre um movimento contra drogas em Nova Orleans): Os policiais começaram a parar viciados na rua em busca de marcas de injeção em seus braços. Se encontravam alguma, pressionavam o viciado a assinar uma declaração admitindo a sua condição de tal modo que ele poderia ser acusado sob a *lei de viciados em drogas*. Prometiam aos viciados que eles teriam uma sentença suspensa se se

¹¹¹⁷FERRI, H., op. cit., p.246 e 247. Adaptado segundo a ortografia atual.

¹¹¹⁸"Não obstante isto, o dado do tipo criminal – mais especialmente no delinqüente nato ou instintivo ou por tendência congênita – é uma insubmergível realidade, que se impõe a todos aqueles que, científica ou praticamente, se devem ocupar dos delinqüentes. Na própria opinião comum, como revelam as instituições da linguagem popular 'cara de galé', 'fera humana', 'homem sem coração', e semelhantes, o tipo criminal é uma viva realidade." (FERRI, H., op. cit., p.247. Adaptado segundo a ortografia atual).

¹¹¹⁹ GOFFMAN, **Estigma**..., op. cit., p.55.

declarassem culpados, e acionavam a nova lei. Os viciados passaram a procurar no corpo outras veias fora da área do braço. Se não fossem encontradas marcas num homem, em geral ele era libertado. Se elas fossem descobertas, em geral ele ficava preso durante 72 horas e tentavam fazê-lo assinar uma declaração.¹¹²⁰

Também aquele que se veste diferente, usa cabelo comprido, raspa o cabelo, usa barba ou fantasia-se será, no dizer de Eugenio Raúl Zaffaroni, invariavelmente vigiado de forma militar. "A vigilância disciplinar, verticalizante e militarizada da sociedade opera de forma camuflada, impedindo que seja percebida em nível consciente, em toda a sua magnitude."¹¹²¹

No próximo capítulo, serão feitos alguns apontamentos sobre a estrutura jurídica contaminada por estigmas e as possíveis perspectivas para a eliminação destes.

¹¹²⁰GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.103.

¹¹²¹ZAFFARONI, **Em busca...**, op. cit., p.24 e 25.

4 POLÍCIA E DIREITO ESTIGMATIZADOR

A polícia constitui órgão que é símbolo do poder e, por que não dizer, o seu sustentáculo brutal. Se ela aplica as normas jurídicas por meio de meta-regras/estigmas, é um sinal que todos os órgãos estatais devem ser reestudados. Além do mais, toda estrutura estatal está ligada com elos inquebrantáveis aos diversos segmentos ou sistemas sociais.

Portanto, o estudo da polícia a partir de meta-regras/estigmas pode ser um ponto de partida sólido para posteriores pesquisas das meta-regras/estigmas na atividade do advogado, juiz, promotor, padre, professor, sociólogo, empresário, empregado... Enfim, todas estas funções poderão ser redimensionadas para a superação de estigmas. A seguir, serão fornecidos alguns exemplos de profissionais do direito que atuam sob o influxo de estigmas.

4.1 INTEGRANTES DO SISTEMA PENAL

4.1.1 Representante do Ministério Público

Desde que tem contato com o caso apresentado pela polícia – *preliminary screen*¹¹²² –, até a possibilidade de negociar obtenção de confissão de culpa em troca de acusação por crime menos grave *plea negotiation* (que é uma forma de *plea bargaining*),¹¹²³ o representante do ministério público seleciona as pessoas que serão demandadas no processo e que receberão as conseqüências mais pesadas dele advindas.¹¹²⁴ Estudos feitos por sociólogos norte-americanos demonstraram que a quantidade de pessoas de raça branca favorecidas pelo *plea bargaining* era

¹¹²²FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.483.

¹¹²³FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.483-484.

¹¹²⁴FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.487 e segs.

exageradamente maior em comparação com pessoas de raça negra.¹¹²⁵ Os estigmatizados são, via de regra, atingidos de forma mais dura pelo ministério público, e, de outro lado, os 'normais' recebem tratamento mais benevolente¹¹²⁶, independentemente de tratar-se do sistema do *plea bargaining* ou do sistema vinculado ao princípio da legalidade.¹¹²⁷ O ministério público de modelo germânico, v.g., apresenta distorções entre certos delitos apresentados pela polícia como completamente esclarecidos e as denúncias apresentadas pelos promotores. Assim, numa pesquisa feita em Freiburg, a relação 'delitos esclarecidos'/denúncia foi a seguinte: "criminalidade de *white-collar*: 83% – 68%; abuso de confiança: 66% – 49%; roubo: 43% – 83% e violação 38% – 73%."¹¹²⁸ Diante de tal quadro, Figueiredo Dias e Costa Andrade concluíram que, ao prevalecer de sua autonomia, o ministério público sobrepõe-se à apreciação policial, recrudescendo os critérios seletivos com base em estereótipos e impondo a ação penal aos 'grupos sociais mais desclassificados'.¹¹²⁹

¹¹²⁵"Também as investigações – feitas por Garfinkel em 1949 e por Chambliss nos anos sessenta – sobre a distribuição diferencial das condenações por homicídio voluntário e negligente, apresentam resultados claramente demonstrativos da seleção operada na *plea bargaining*, concretamente em desfavor dos negros. Na verdade, enquanto os negros conhecem um número exageradamente elevado de condenações por homicídio voluntário e um número extremamente reduzido de condenações por homicídio negligente, é a inversa que se verifica para os brancos." (FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.491).

¹¹²⁶ "É frequente a tendência para, pela via de *plea bargaining*, reduzir as penas aplicáveis a pessoas de reconhecida respeitabilidade ou às que adoptam uma atitude de colaboração com a justiça; e, inversamente, a tendência para agravar as penas dos arguidos com precedentes criminais e, de um modo geral, de todos os que se conformam com o estereótipo tradicional do delinquente." (FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.491).

¹¹²⁷FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.492 e segs.

¹¹²⁸FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.499.

¹¹²⁹FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.499.

4.1.2 Juiz

Diante da perplexidade dos fatores que levam um juiz a decidir uma questão, o magistrado Amilton Bueno de Carvalho lançou a seguinte indagação: "...que mecanismos inconscientes levaram-me a absolver ou condenar determinado cidadão?"¹¹³⁰

A seleção também se opera nos tribunais, principalmente por intermédio das decisões.¹¹³¹ O juiz pode decidir por uma questão de gosto ou preferência íntima, o que não ensejaria a possibilidade de argumentação, pois ele tende a acreditar que a decisão tem um 'bom gosto', pensamento esse que deve lhe deixar seguro sobre o seu acerto. Se o gosto for impelido pela 'moda', por exemplo, estará caracterizada a sua 'dependência social'.¹¹³² Sofre, pois, o magistrado, de profunda influência desses e de outros 'papéis estranhos ao processo', selecionando pessoas com critérios sociais que lhes conferem maior ou menor 'credibilidade'¹¹³³ e que constituem meta-regras-estigmas. Segundo Figueiredo Dias e Costa Andrade, são

...factores como 'teorias' (OPP), estereótipos, crenças, convicções, símbolos, atitudes, etc., que condicionam a 'percepção' do juiz e as respectivas 'hierarquias de credibilidade'. O que equivale a dizer que são eles que decidem a qual das *construções da realidade* concorrentes (veiculadas pela acusação, defesa, vítima, testemunhas, imprensa) o tribunal vai aderir, ou o tipo de *construção da realidade* que ele próprio elaborará.¹¹³⁴

Os autores acima citados referem-se literalmente aos *second codes* (meta-regras) como atributos indissociáveis da medida da pena e preenchedores do

¹¹³⁰CARVALHO, A. B. de, As majorantes..., op. cit., p.103.

¹¹³¹FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.501.

¹¹³²GADAMER, op. cit., p.84 e 85. Logo adiante, quando trata dos costumes, Gadamer afirma que o "...juiz não aplica a lei apenas *in concreto*, senão que colabora ele mesmo, através de sua sentença, no desenvolvimento do direito (direito de juiz). Assim como o direito, também os costumes aperfeiçoam-se por força da produtividade de cada caso particular." (GADAMER, op. cit., p.88).

¹¹³³FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.507.

¹¹³⁴FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.508.

'espaço livre' da legislação.¹¹³⁵ O mesmo ocorre com a qualificação de um fato como crime ou não, pois a linguagem da experiência de vida atua como força centrífuga dos métodos hermenêuticos,¹¹³⁶ na sua pureza.

Segundo pesquisas elaboradas, além da população e da polícia dispensarem tratamento mais benevolente para a mulher, v.g., que pratica crimes, os juízes também seguem essa tendência, condenando proporcionalmente mais homens do que mulheres. Diante desse quadro, a cifra oculta das mulheres que efetivamente praticam delitos recebe contribuição do judiciário,¹¹³⁷ influenciados os integrantes deste pelo estigma/meta-regra da mulher.

Alessandro Baratta explica que esta postura 'cavalheiresca' do juiz reflete o desejo discriminador de mostrar o lugar que a mulher deveria ocupar, isto é, a casa – e não a prisão –, para poder cuidar dos filhos, porque não existiriam tantas mães disponíveis. Logo, esse seria um caso de meta-regras que selecionam negativamente as pessoas para a criminalização. Contudo, se as mulheres se comportam 'como um homem', ou seja, se elas não aceitam os padrões de submissão que lhes são impostos, então o tratamento será mais rigoroso do que o dos homens, para que ela 'entenda' qual é o seu 'verdadeiro' lugar, segundo os padrões dos estigmatizadores. De outro lado, se os homens praticam delitos que reflitam o poder patriarcal, então aí também haverá seleção negativa com imunidade para muitas violências praticadas contra as mulheres.¹¹³⁸

¹¹³⁵"Como profundo erro seria pensar – trata-se hoje, aqui, de uma aquisição definitiva da doutrina jurídico-penal – que a determinação da medida da pena ocorre num espaço livre de legislação e de racionalidade, em que tudo seria atribuído à 'arte' e à subjectividade do julgador. Só que, como a sociologia da acção jurisdicional tem posto em evidência – e só isso, acentue-se, queremos vincar aqui –, não é possível preencher o 'programa' do legislador sem o contributo dos concorrentes 'programas' do julgador, dos seus *second codes* que prestam homenagem a estereótipos, ideologias e 'teorias'." (FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.509).

¹¹³⁶FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.511.

¹¹³⁷GENNARO, op. cit., p.99.

¹¹³⁸BARATTA, El paradigma..., op. cit., p.63-66.

A polícia exerce profunda influência sobre o juiz, desde o momento em que seleciona o suspeito, até o carreamento de provas indiciárias que induzem a decisão do magistrado e a manifestação de opiniões, conselhos, pedidos e orientações direcionados ao julgador.¹¹³⁹ Por isso, essa relação juiz-polícia deveria ser refletida com um cuidado especial, pois o magistrado acaba recebendo um conjunto de informações que criam uma tese predeterminada e que dificulta o julgamento final isento de estigmas. Pode-se afirmar mesmo que a atividade policial – que prende certas pessoas mas outras não, capta testemunhas, elabora perguntas, requisita perícias, buscas e apreensões – induz a atividade jurisdicional a atuar segundo estigmas. Cria-se, assim, delito e delinqüente e formam-se os fantasmas imaginários, típicos do período da inquisição,¹¹⁴⁰ num verdadeiro quadro paranóico que forja premissas falsas.¹¹⁴¹

4.1.3 Advogado

A seleção operada pelos advogados é observada, segundo Amílton Bueno de Carvalho, pelo acompanhamento que aqueles fazem aos ricos e o abandono dos pobres, das pessoas de raça negra, das prostitutas, dos vagabundos, dos

¹¹³⁹Daí parece assistir razão a Helio Tornaghi quando entende que, ao contrário do Código de Processo Penal, a polícia exerce profundo influxo no julgamento do juiz: "Entendeu o Código de Processo Penal (a meu ver com erro de apreciação) que a Polícia não influi no julgamento da causa. Que inquérito policial é mero ato de polícia (CPP, art. 4.º). Que funcionário de polícia, ao praticar atos do inquérito policial, é auxiliar do juiz somente no sentido de que lhe cabe apurar a existência do fato e da autoria. Não julga e nem sequer opina; não se pronuncia sobre a ilicitude do fato, sobre a imputabilidade e a responsabilidade do autor, sobre a gravidade do dano ou do perigo etc. Enfim, não influiria nem mesmo mediatamente no julgamento do juiz. Não o aconselha, não o orienta, não o esclarece sobre matéria técnica. (...) A verdade é que, desde o princípio, o processo judicial tem por base o inquérito, que pode ser manipulado pela autoridade policial no sentido de induzir em erro o juiz." (TORNAGHI, op. cit., p.170-171).

¹¹⁴⁰CORDERO, **Guida...**, op. cit.,

¹¹⁴¹MIRANDA COUTINHO e CARVALHO, op. cit., p.141.

desempregados, dos imigrantes etc., nos tribunais e nas delegacias.¹¹⁴² Os defensores têm atuado, em geral, como mais um fator de seleção¹¹⁴³ dos estigmatizados. Objetivando o máximo de lucro quanto possível,¹¹⁴⁴ o advogado contribui para a sucumbência dos direitos do seu cliente. Além disso, o acusado que já conta com antecedentes terá certamente um advogado com os mesmos preconceitos do juiz e do promotor.¹¹⁴⁵ As relações com o cliente pobre são superficiais e sucintas, distintas daquelas que o profissional da defesa mantém com o juiz, promotor e servidores que trabalham na causa. Neste sentido, o causídico passa a ter uma ligação estreita demais com o tribunal,¹¹⁴⁶ donde a relação do advogado com o judiciário deve ser maior do que aquela efêmera ocorrida com o cliente,¹¹⁴⁷ sacrificando-se assim, com aquela cumplicidade, os interesses do seu constituinte¹¹⁴⁸ estigmatizado.

4.2 SISTEMA JURÍDICO

O policial, o advogado, o juiz e o promotor atuam individualmente sob a influência de estigmas, decidindo a atribuição de crimes a determinadas pessoas que são as estigmatizadas. Há uma razão para que estes profissionais atuem assim: eles vivem numa sociedade estigmatizadora e num direito estigmatizador. Isto já foi

¹¹⁴²CARVALHO, Amílton Bueno de. Nós, juízes, inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito penal e processual penal**: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.10 e 11.

¹¹⁴³FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.522.

¹¹⁴⁴FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.523.

¹¹⁴⁵FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.524.

¹¹⁴⁶FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.524.

¹¹⁴⁷FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.525.

¹¹⁴⁸"A disponibilidade para 'jogar' no sistema de contacto mesmo à custa do sacrifício dos interesses do cliente parece, assim, óbvia." (FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p.526).

visto no segundo capítulo que tratou dos estigmas. Contudo, a teoria geral do direito assumiu um caráter extremamente racional, olvidando-se que o direito todo estava inserido num globo que forjava estigmas. Então, seria muito importante uma teoria geral do direito vista sob o enfoque dos estigmas.

4.2.1 Insuficiência das Teorias Preventivas da Pena

A idéia da prevenção especial que fundamentaria a pena com base na evitação da prática de crimes, quer sob o aspecto negativo – segregando-se o autor do delito – quer positivamente – ressocializando-o – não encontrou sucesso,¹¹⁴⁹ conforme já foi visto, aliás, no primeiro capítulo.

De outro lado, a pena como prevenção geral negativa teria, segundo essa corrente, o fim de desestimular as pessoas em geral a praticarem crimes, pelo temor do mal causado pela pena, que deveria ser certa,¹¹⁵⁰ o que constitui, em verdade, uma espécie de 'terrorismo estatal', além de ferir-se a dignidade humana ao atingir-se uma pessoa (aquele que foi efetivamente condenado) para intimidar outras.¹¹⁵¹

¹¹⁴⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, Ano 7, n.12, p.54 e 55, 2002. "Ao nível da execução da pena, em geral admitida como *ultima ratio* da política social, a introdução do condenado na prisão inicia um duplo processo de transformação pessoal: um processo de *desculturação* progressiva, consistente no desaprendizado dos valores e normas próprios da convivência social; um processo de *aculturação* simultâneo, consistente no aprendizado forçado dos valores e normas próprios da vida na prisão: os valores e normas da violência e da corrupção – ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão. Após o cumprimento da pena, esse processo de recíproca desestruturação e reestruturação da personalidade, atualmente conhecido como *prisonalização* do condenado, é agravado pelo retorno do egresso às mesmas condições sociais adversas que estavam na origem da criminalização anterior." (CIRINO DOS SANTOS, Política..., op. cit., p.55). Mais detalhes sobre as falhas do sistema penitenciário e estigmatização no Primeiro Capítulo.

¹¹⁵⁰"O rigor do suplício não é o que previne os delitos com maior segurança, porém a certeza da punição." (BECCARIA, op. cit., p.64).

¹¹⁵¹CIRINO DOS SANTOS, Política..., op. cit., p.56.

As teorias preventivas da pena sempre foram criticadas pela incapacidade de recuperar o preso ou de ressocializá-lo, ainda que nos países de Primeiro Mundo,¹¹⁵² ou de intimidá-lo individualmente ou de prevenir o crime pela intimidação geral. O condenado não é recuperado e as pessoas não deixam de praticar crimes em razão do sistema penitenciário que lhes é apresentado em todos os países.¹¹⁵³ Mas a ótica pode ser diferente. Verificou-se no início¹¹⁵⁴ que o preso torna-se um estigmatizado do sistema penitenciário. Esta é uma crítica insuperável para as teorias preventivas da pena. Os estigmas criados pela pena simbolizam o fracasso de toda uma visão de intimidação que não atingiu o seu objetivo teórico e causou traumas (estigmas) que levam a desacreditar na validade destas teorias em sua totalidade.

4.2.2 A Experiência 'Não Vivida' da Retribuição

Depreende-se do Capítulo que trata dos estigmas, que 'talião' é uma concepção de pena que procura devolver ao criminoso (quando isto é recomendável) o mal que ele causou à vítima¹¹⁵⁵ de forma idêntica (talião material, v.g., olho por olho) ou, quando isto não é adequado, aplicar uma sanção tão rigorosa quanto o crime praticado (talião simbólico ou imaterial, v.g., a castração do

¹¹⁵²PALAZZO, op. cit., p.60 (rodapé) e 61.

¹¹⁵³PIMENTEL, op. cit., p.147 e segs.

¹¹⁵⁴Primeiro Capítulo.

¹¹⁵⁵"Uma expressão grosseira mas eloqüente da existência de uma relação entre sanção e preceito encontra-se no instituto do talião, no qual a identidade formal entre a ofensa e a pena é tomada como índice da correspondência econômica entre ambos os elementos do comando." (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. 2. imp. Tradução de: Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000. p.122). "A mais alta expressão da vindita é o talião, que se firma na idéia da conservação do equilíbrio fisiológico no organismo dos povos, e que devendo ter aparecido bem antes da formação dos estados, nas pequenas *politeias* ou sociedades rudimentares, ainda nos tempos hodiernos, a despeito de todo o progresso cultural, conserva um resto de sua força primitiva na consciência popular." (BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000. p.175).

estuprador).¹¹⁵⁶ Estava criado com o talião, um limitador do exercício do direito de vingança.¹¹⁵⁷

Fundamenta-se no talião a denominada Teoria Absoluta da Pena¹¹⁵⁸ preconizando que a pena procura responder ou retribuir o mal com o mal e aplicar justiça. Esta justiça retributiva que inicialmente terá sustentáculo religioso,¹¹⁵⁹ na Idade Moderna e Contemporânea, irá basear-se no idealismo alemão.¹¹⁶⁰ Para Immanuel Kant, a lei penal é um imperativo categórico,¹¹⁶¹ uma questão moral que obriga a

¹¹⁵⁶Sobre talião material e imaterial ver ASÚA, op. cit., p.245. MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p.15.

¹¹⁵⁷BISSOLI FILHO, op. cit., p.1440. Com a devida vênia, não se concorda com a conclusão de Luigi Delpino (Magistrato di Cassazione) no sentido de que o talião seria forma punitiva de vingança privada. Ao contrário, caracteriza sanção já da era da vingança pública. Inobstante, o referido Autor assim se manifesta: "*Ciascuno si difende da solo dalle aggressioni altrui e si fa giustizia da sé dei torti subiti, di solito infliggendo al colpevole un torto de pari gravità (c.d. legge del taglione, tipica espressione del sistema della vendetta privata).*" Tradução livre: "Aqueles que se defendem por si das agressões dos outros e fazem justiça imediata, comumente infligindo ao culpado um mal da mesma gravidade (lei de talião, típica expressão do sistema de vingança privada)." (DELPINO, op. cit., p.18). Ora, veja-se, por exemplo, Luis Jiménez de Asúa: "*El desenvolvimiento alcanza un impulso por obra del poder del Estado, fortalecido y elevado sobre las asociaciones familiares, desligando a la víctima del manejo de la pena para traspassarla al juez imparcial, que somete a prueba los hechos, libres de prejuicios. Entonces la gravedad de la pena infligida por el Estado, comienza a graduarse por la gravedad de la lesión jurídica. La idea eclesiástico-religiosa del Talión (ojo por ojo, diente por diente), da al instinto de venganza una medida y un objeto.*" Tradução livre: "O desenvolvimento alcança um impulso por obra do poder do Estado, fortalecido e elevado sobre as associações familiares, desligando a vítima do manejo da pena para transferi-la ao juiz imparcial, que submete à prova os fatos, livres de preconceitos. Então a gravidade da pena impingida pelo Estado começa a graduar-se pela gravidade da lesão jurídica. A idéia eclesiástico-religiosa do Talião (olho por olho, dente por dente), dá ao instinto de vingança uma medida e um objeto." (ASÚA, op. cit., p.244). Neste sentido: FERRI, H., op. cit., p.9-10. GARCIA, op. cit., p.14. MACHADO, **Direito...**, op. cit., p.20. BACILA, Carlos Roberto. A violação dos direitos humanos e o estigma do suspeito e do policial. In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito penal e processual penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.17. FRAGOSO, op. cit., p.26.

¹¹⁵⁸FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.92.

¹¹⁵⁹KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p.33. FIGUEIREDO DIAS, **Questões...**, op. cit., p.92.

¹¹⁶⁰FIGUEIREDO DIAS, **Questões...**, op. cit., p.92.

¹¹⁶¹KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.176.

todos¹¹⁶² e o direito a ser aplicado é o direito de talião (*jus talionis*) que determina a quantidade e qualidade da pena e deve ser apreciado por um tribunal.¹¹⁶³

Kant tem consciência de que o talião material nem sempre poderá ser aplicado, salvo no caso do homicídio, pois para ele o assassino deve morrer.¹¹⁶⁴ Contesta Beccaria, quando este defende a abolição da pena de morte com base no contrato primitivo, ou seja, com a suposição de que ninguém teria consentido em perder a vida. Kant afirma que esta idéia é falsa, pois o criminoso não é punido por querer a pena, mas sim por querer praticar a ação que é punível.¹¹⁶⁵ A pena não deve ter várias utilidades porque se estaria utilizando o homem como um meio para atingir fins e o homem é um fim em si mesmo.¹¹⁶⁶ O exemplo da ilha é bastante conhecido: se a sociedade civil decidisse dissolver-se com o consentimento de todos que habitassem uma ilha, o último homicida condenado deveria ser morto antes que a dissolução ocorresse, pois, caso contrário, aquele povo seria cúmplice da violação da justiça.¹¹⁶⁷ A ação é justa quando não constitui obstáculo à liberdade dos demais segundo leis

¹¹⁶²"A moral exige de mim que adote por máxima o conformar minhas ações ao direito." (KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.46).

¹¹⁶³KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.177. Segundo Albin Eser, quando aborda o talião – *ius talionis* - Kant também alude ao princípio da igualdade. (ESER, Albin. **Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima**. Tradução de: Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p.14-15).

¹¹⁶⁴KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.178-180.

¹¹⁶⁵KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.181-182.

¹¹⁶⁶"O malfeitor deve ser julgado digno de punição antes que se tenha pensado em extrair de sua pena alguma utilidade para ele ou para seus concidadãos." (KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.176 e segs.).

¹¹⁶⁷"O que se deve acrescentar é que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la a se dispensar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerado como cúmplice de tal violação pública da justiça." (KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.178-179).

universais¹¹⁶⁸ e procede do legislador supremo que 'só tem direitos e nenhum dever'. É a vontade divina. Mas a lei positiva dos humanos é contingente,¹¹⁶⁹ porque o homem tem o livre-arbítrio.¹¹⁷⁰ O princípio supremo da moral está em agir de forma que possa ter valor como lei geral e universal, assevera Kant.¹¹⁷¹

Atualmente a crítica que se tem feito à teoria retributiva, conforme assinala Juarez Cirino dos Santos, é que, ao fundamentar a pena na expiação ou compensação, estar-se-ia induzindo a 'constituir um ato de fé',¹¹⁷² o que não é compatível com um estado democrático que tem em vista a defesa de bens jurídicos e não fins místicos.¹¹⁷³ Outrossim, o livre-arbítrio seria indemonstrável pela ciência, o que destruiria o argumento da liberdade de vontade na decisão em praticar o crime. Contudo, vislumbra-se um importante foco de garantia contra o arbítrio do Estado ao se estabelecer a culpabilidade (do ato) como um limite da pena¹¹⁷⁴ e não como fundamento desta.¹¹⁷⁵

¹¹⁶⁸KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.46-47.

¹¹⁶⁹KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.42. "Há uma lei *a priori* que nos obriga. Um imperativo categórico que está vinculado à nossa razão." (KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.42).

¹¹⁷⁰KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.40-41.

¹¹⁷¹KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.40.

¹¹⁷²CIRINO DOS SANTOS, **Política...**, op. cit., p.54.

¹¹⁷³CIRINO DOS SANTOS, **Política...**, op. cit., p.54.

¹¹⁷⁴CIRINO DOS SANTOS, **Política...**, op. cit., p.54.

¹¹⁷⁵"Hoje, a tese da culpabilidade como *fundamento* da pena foi substituída pela tese da culpabilidade como *limitação* do poder de punir, com *função política* de garantia da liberdade individual. Como se vê, essa substituição não representa simples variação terminológica, mas *mudança de sinal* do conceito de culpabilidade, com conseqüências político-criminais relevantes: a culpabilidade como *fundamento* da pena legitima o poder do Estado contra o indivíduo; a culpabilidade como *limitação* da pena garante a liberdade do cidadão contra o poder do Estado, porque se não existe culpabilidade não pode existir pena, nem pode existir qualquer intervenção estatal com fins exclusivamente preventivos. Enfim, a noção de culpabilidade como *limitação* da pena parece justificar a redefinição da dogmática penal como *sistema de garantias* do indivíduo em face do poder repressivo do Estado, capaz de *excluir* ou de *reduzir* a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão." (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.178-179).

De fato, outra consideração que se pode acrescentar como crítica às teorias tradicionais da pena com retribuição é que o talião nunca foi aplicado assim, como pretendia Kant, de forma universal. Conforme se viu, os pobres recebem o talião: perdem o olho, o dente, a vida, ou, tornam-se escravos. Os ricos, pagam uma indenização. A mulher e o escravo são 'clientes' de segunda categoria do sistema. E isto perdurará por tanto tempo que o próprio Kant, em plena época do Iluminismo, encarregar-se-á de comentar as oportunas exceções das 'leis universais': I) ninguém pode se opor ao soberano por este violar a constituição;¹¹⁷⁶ II) a "...nobreza difere da condição civil em que se encontra o povo";¹¹⁷⁷ III) o escravo pode ser alienado e utilizado para o trabalho;¹¹⁷⁸ IV) a mulher é um acessório e carece de personalidade civil;¹¹⁷⁹ V) o trabalhador é um acessório e carece de personalidade civil.¹¹⁸⁰

A pena como retribuição na pureza kantiana da 'universalidade' e do 'juízo categórico' jamais foi experimentada ou sequer se teve a perspectiva de que todos são os destinatários da sanção penal em iguais condições. Além do mais, se isto fosse possível, dever-se-ia 'transformar' toda a sociedade, construindo igualdade de condições para todos, na tentativa de justificar a aplicação do talião.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁶KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.160.

¹¹⁷⁷KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.172.

¹¹⁷⁸KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.174.

¹¹⁷⁹KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.153-154.

¹¹⁸⁰KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.153-154.

¹¹⁸¹ "...si la retribución únicamente es justa en una sociedad justa, puede afirmarse que la solución consiste en hacer la sociedad justa; la otra solución sería que solo puede retribuirse en la medida en que la sociedad es justa, o sea, que la sociedad debe cargar con la responsabilidad que le incumbe por la injusticia social." Tradução livre: "...se a retribuição é unicamente justa em uma sociedade justa, pode afirmar-se que a solução consiste em fazer a sociedade justa; a outra solução seria que só pode retribuir-se na medida em que a sociedade é justa, ou seja, que a sociedade deve arcar com a responsabilidade que lhe incumbe pela injustiça social." (ZAFFARONI, **Criminología...**, op. cit., p.129).

Entretanto, não se deve ver Kant com maus olhos por ele trazer tantas contingências para juízos que deveriam valer para todas as pessoas, mas que acabaram aceitando gravames para os estigmatizados – que constituem a maioria. Ainda que vivendo no 'Século das Luzes' e influenciador profundo do pensamento dos séculos XIX e XX,¹¹⁸² se Kant defendesse a igualdade para o pobre, o escravo e a mulher, ou seria morto, ou internado num hospício.¹¹⁸³ Ao contrário, Kant preconiza um tratamento digno para os estigmatizados que são objeto dos seus estudos.¹¹⁸⁴ Mas isto não deixa de retirar todo o caráter essencialmente universal que está no seu pensamento. Seria dizer que, uma coisa é universal, é moral, é lei e é também um imperativo categórico, mas não é para todos, porque há classes diferentes de pessoas...¹¹⁸⁵ Kant não diz que o rico não deve receber pena ou que o pobre será punido com mais rigor, ou que a mulher não terá um julgamento justo. Mas não precisa, está no contexto estigmatizador do seu pensamento, que não consegue fugir dos estigmas do seu tempo. "A Aquisição, segundo esta lei, é de três

¹¹⁸²Aldacy Rachid Coutinho esclarece, com razão, que "...a partir de Kant tornou-se factível uma 'ciência do direito'. O filósofo prussiano plantou a semente de todo o pensamento dos séculos XIX e XX. Asseverou-se que KANT, ao apreciar a possibilidade do conhecimento vulgar e científico, procedeu a uma verdadeira revolução copernicana no modo de encarar as relações entre o conhecimento e o objeto." (COUTINHO, A. R., op. cit., p.15).

¹¹⁸³Sobre os riscos da formulação de pensamentos desviantes naquela época, veja-se, por exemplo, o texto de Elbert (op. cit., p.42 e 43).

¹¹⁸⁴No seguinte trecho, nota-se a preocupação de Kant, quanto a um tratamento digno: "Nenhum homem pode carecer, no Estado, de toda dignidade, porque teria, pelo menos, a de cidadão; exceto quando a haja perdido por algum crime e esteja no número dos vivos convertido no puro instrumento da vontade de outro (seja do Estado, seja de um cidadão). Ora, aquele que se converteu em instrumento de um cidadão (o que só pode ocorrer por juízo e justiça) é escravo no sentido estrito e forma parte da propriedade de outro, o qual não somente é seu senhor (herus) como também seu proprietário (dominus), podendo aliená-lo como uma coisa e servir-se dele como lhe agrade (exceto com fins vergonhosos) e dispor de suas forças, porém não de sua vida e seus membros." (KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.174).

¹¹⁸⁵"Mas também não pode ser em algumas partes moralmente bom e, ao mesmo tempo, mau noutras. Com efeito, se numa coisa é bom, então admitiu a lei moral na sua máxima; por consequência, se noutra houvesse ao mesmo tempo de ser mau, então, porque a lei moral do seguimento do dever é em geral uma só, única e universal, a máxima a ela referida seria universal, mas simultaneamente seria apenas uma máxima particular – o que se contradiz." (KANT, Immanuel. **A religião nos limites da simples razão**. Tradução de: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1992. p.30).

espécies quanto ao objeto: o homem adquire uma mulher, o casal adquire filhos e a família servos. Todas estas coisas suscetíveis de aquisição não o são igualmente de alienação, e o direito do possuidor desses objetos lhe é eminentemente pessoal."¹¹⁸⁶ Então, para que dizer que a pena será diferenciada?

4.2.3 A 'Função' do Crime e da Pena

Outro idealista, Hegel admira a importância de toda a filosofia kantiana, mas critica-lhe com veemência na sua distância com a vida. Kant teria tornado vão, tudo o que é objetivo.¹¹⁸⁷ A vida é dinâmica, mutante e ...real. O escravo é tido pelo senhor como um objeto, mas o escravo trabalha a madeira e faz uma cadeira, criando algo e transformando o mundo, tornando-se mais consciente de sua própria consciência. Sob a direção de um espírito hostil, descobre a posse do seu próprio espírito.¹¹⁸⁸ Pode-se interpretar essa passagem como o encontro da consciência que trabalha consigo mesma ou como uma consciência autônoma, distinta da coisa e que procura o universal do sentido próprio. Descobre-se um poder (uma habilidade) no fato de servir a uma finalidade estranha, mas que reverte em seu proveito pela aquisição da 'consciência laboriosa'.¹¹⁸⁹ Logo, com a sutileza que lhe é peculiar,

¹¹⁸⁶KANT, **Doutrina...**, op. cit., p.105.

¹¹⁸⁷D'HONDT, Jacques. **Hegel**. Tradução de: Emília Piedade. Lisboa: Edições 70, 1987. p.23-24.

¹¹⁸⁸SINGER, Peter. **Hegel**. Tradução de: Luís Filipe Teixeira. Lisboa: Dom Quixote, 1986. p.141.142.

¹¹⁸⁹"Na consistência autônoma que o trabalho propicia à coisa, a consciência que trabalha se reencontra a si mesma como uma consciência autônoma. O trabalho é a cobiça inibida. Ao formar o objeto, portanto, enquanto ela é ativa de modo destituído do próprio e em busca de um sentido universal eleva-se a consciência que trabalha, acima do imediatismo de sua existência rumo à universalidade – ou, como Hegel se expressa: ao formar a coisa, forma-se a si mesmo. O que ele quer dizer é o seguinte: enquanto o homem está adquirindo um 'poder' (Können), uma habilidade, ganha ele, através disso, uma consciência de senso próprio, no servir, na medida em que ele é uma consciência laboriosa. Como tal encontra ele em si mesmo um sentido próprio, sendo perfeitamente correto dizer do trabalho: ele forma. O senso próprio (Selbstgefühl) da consciência laboriosa contém todos os momentos daquilo que perfaz uma formação prática: distanciamento da imediatez da cobiça, das necessidades pessoais e do interesse privado e a exigência de um sentido universal." (GADAMER, op. cit., p.52).

Hegel demonstra a distinção entre o escravo e a coisa, fato este que juridicamente foi confundido pelos romanos. Pelos mesmos motivos de Kant, Hegel também não pode tratar destes assuntos, a não ser de forma velada e discreta ou dissimulada.

Hegel também fará sua incursão sobre a idéia de crime, entendendo a pena como a 'supressão do crime': o crime é a negação do direito; castigando-se o criminoso restaura-se o direito.¹¹⁹⁰ A violação é algo negativo e só existe como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade é suprimir o crime e restabelecer o direito.¹¹⁹¹ Hegel é contrário à aplicação material do talião, porque este dá a imagem de um criminoso 'zarolho e desdentado'¹¹⁹² (ou seja, carrega um estigma de 'criminoso') quando o que importa não é a 'igualdade específica' da pena ou a forma exterior e sim a 'aproximação da igualdade de valor'.¹¹⁹³

Mas há que se discutir estas duas idéias: primeiro, o crime não nega o direito. Segundo, a retribuição, ainda que simbólica, não ocorre essencialmente porque, na prática, a grande clientela é constituída de estigmatizados.

Com efeito, Hans Kelsen demonstrou, por via de lógica pura, que o crime não nega o direito, pois o crime é pressuposto do direito. É condição do direito que exista o crime. O direito 'precisa' do crime, que não está 'fora', mas dentro do

¹¹⁹⁰HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de: Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997. p.101-109. "A supressão do crime é o castigo, porque, segundo o conceito, é uma violência contra outra violência, segundo a existência, e o crime possui uma extensão qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Contudo, esta identidade fundada no conceito não é a igualdade qualitativa: é a que advém da natureza em si do crime, a igualdade de valor." (HEGEL, op. cit., p.106).

¹¹⁹¹HEGEL, op. cit., p.104.

¹¹⁹²HEGEL, op. cit., p.107.

¹¹⁹³HEGEL, op. cit., p.107.

direito.¹¹⁹⁴ Armin Kaufmann, v.g., reproduzindo pensamento de Karl Binding também sustenta que o criminoso não pode agir contra o direito, pois realiza a tipicidade descrita na primeira parte do preceito penal.¹¹⁹⁵ Porém, Kelsen perceberá que o ideal absoluto da moral em Kant não encontra base nos fatos. Não há uma 'moral absoluta', há várias 'morais' ou ordens morais que, não raro se contrariam.¹¹⁹⁶

¹¹⁹⁴"...o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele. Como tudo o mais, também o ilícito (não-Direito) juridicamente apenas pode ser concebido como Direito. Quando se fala de conduta 'contrária' –ao-Direito, o elemento condicionante é o ato de coação; quando se fala de conduta 'conforme' – ao-Direito, significa-se a conduta oposta, a conduta que evita o ato de coação." (KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.127). Nesse sentido: MACHADO, **Direito...**, op. cit., p.119-122. Francesco Carrara quase chegou a este raciocínio ao ter como conceito nuclear do seu pensamento que o crime é um ente jurídico. Mas na sua análise global, deixa-se influenciar provavelmente pelo raciocínio hegeliano, afirmando que o fato 'contraria o direito'. Os parágrafos trinta e quatro e trinta e cinco de sua obra 'Programa de Direito Criminal' são seguidos de uma nota de rodapé que fornecem um panorama das suas idéias. " § 34. Note-se que o delito não foi definido como uma *ação*, mas como uma *infração*. Conseqüentemente, a sua noção não se deduz, nem do fato *material*, nem da *proibição legal*, isoladamente considerados, mas do *conflito* entre aquela e esta." "§ 35. E a idéia do delito, portanto, nada mais é do que uma idéia de *relação*: a relação *contraditória* entre o fato do homem e a lei. Apenas nisso consiste o *ente jurídico* a que se dá o nome de delito, ou outro sinônimo. É um ente jurídico que, para existir, necessita de certos elementos *materiais e morais*, cujo conjunto constitui a sua unidade. Mas o que lhes completa o ser é a contradição desses antecedentes com a lei jurídica." A seguir, a nota de rodapé que esclarece a sua visão. "Nesse sentido, é perfeitamente exata (conquanto pareça sutil) a fórmula dos que apontaram o delito como uma *dissonância harmônica*, pois a noção do delito exige duas bases. Uma destas é o fato do homem, contrário ao direito. Aí está a dissonância, no reino do direito. Aquêlo fato contraria o direito, viola-o, menospreza-o; portanto, perturba a harmonia jurídica. Diante de tal fato, surge, porém, a lei que o proíbe, que o ameaça de repressões, que o imputa como delito – e isso visando restabelecer a *harmonia* no reino do direito. Eis como, construindo-se a noção de delito, por necessidade ontológica sua, através do antagonismo do fato com a lei, e desta para com aquêlo, o conjunto dessas duas idéias (constitutivas da entidade jurídica do delito) pôde chamar-se, com tãda exatidão, uma *dissonância harmônica* no reino do direito. Um ente resultante de estado de *contradição* não pode ser designado senão por uma fórmula *contraditória*; e esta não é viciosa, mas exata." (CARRARA, op. cit., p.56-57). Como se vê, o pensamento de Carrara está impregnado de idéias hegelianas, mas talvez a idéia primordial de crime como 'ente jurídico' tenha sido um passo para Kelsen, futuramente, desenvolver suas idéias.

¹¹⁹⁵KAUFMANN, op. cit., p.17.

¹¹⁹⁶"De outro modo, isto é, se se admitisse que não há uma moral absoluta, mas várias e muito diversas ordens morais que prescrevem condutas que se contrariam, o princípio citado, que constitui o princípio fundamental da ética kantiana, reconduzir-se-ia à tautologia de que o homem deve sempre fazer aquilo que, de conformidade com a ordem moral tomada em consideração, é prescrito, ou seja: que ele deve fazer o que deve fazer." (KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.131).

Porém, Kelsen sucumbirá numa ilusão que é acreditar que a ordem jurídica é um sistema puro, o que não é verdade porque assim como existem muitas 'morais', existem também muitos estigmas absorvidos pela ordem jurídica, o que fará com que o mesmo problema que afeta a moral kantiana, igualmente ataque a 'pureza jurídica' kelseniana.¹¹⁹⁷ Uma legislação que tem imensa quantidade de estigmas, torna o sistema jurídico impuro. A legitimidade da ordem jurídica encontra uma incongruência: suponha-se – especulando – que todos os estigmatizados conclamem outras ordens normativas, paralelas, impondo o poder concomitante... Ver-se-ia ruir qualquer proposta 'purificadora' do direito, nos termos kelsenianos, pois o poder encontraria antagonismos insuperáveis para uma única regulamentação jurídica.

Com efeito, se o crime não 'nega o direito' conforme ensinava Hegel, a sanção não constitui o seu 'restabelecimento' e, de outro lado, restabelecer uma controvertida ordem jurídica estigmatizadora não alentaria em nada as referidas conexões.

Na atualidade, corresponde a uma teoria absoluta no sentido de Kant e Hegel a defesa da tese da pena como 'prevenção geral positiva', de Günther Jakobs.¹¹⁹⁸ Com esteio na sociologia de Niklas Luhmann, Jakobs parte do

¹¹⁹⁷"O conceito de dever jurídico refere-se exclusivamente a uma ordem jurídica positiva e não tem qualquer espécie de implicação moral. Um dever jurídico pode – embora isso se não verifique necessariamente – ter como conteúdo a mesma conduta que é prescrita em qualquer sistema moral, mas também pode ter por conteúdo a conduta oposta, por forma a existir – como costuma admitir-se em tal hipótese – um conflito entre dever jurídico e dever moral." (KELSEN, **Teoria pura...**, op. cit., p.131).

¹¹⁹⁸"El restablecimiento de la identidad social no es la consecuencia del castigo, sino su significado. Por ello las investigaciones empíricas relativas a la prevención general positiva están 'siempre un poco fuera de lugar'; no depende de sus resultados. Eso corresponde a una teoría absoluta en el sentido de Kant e Hegel; en cualquier caso, ese significado independiente de las consideraciones empíricas reside en la autoafirmación de la sociedad, y no en reverenciar al delincuente como 'racional'. Puppe habla del 'círculo del pensamiento teórico sistemático'. Ella lo encuentra en el hecho de que las instituciones y normas que se justifican con el, las que estabilizan el sistema, representan el sistema mismo." Tradução livre: "O restabelecimento da identidade social não é a consciência do castigo, senão seu significado. Por isso as investigações empíricas relativas à prevenção geral positiva estão 'sempre um pouco fora de lugar'; não depende de seus resultados. Isto corresponde a uma teoria absoluta no sentido de Kant e Hegel; em qualquer caso, este significado independente das considerações empíricas reside na autoafirmação da sociedade, e não em reverenciar o delinquente como 'racional'. Puppe fala do 'círculo do pensamento teórico sistemático'. Ela o encontra no fato de que as instituições e normas

que se justificam com ele, as que estabilizam o sistema, representam o sistema mesmo.” (ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Tradução de: Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p.66). O texto de Jakobs revela o conteúdo kantiano e hegeliano de sua teoria: *"Si el problema de legitimación se soluciona en el sentido absoluto, es decir, en favor de las normas que no vienen proporcionadas por una situación social concreta, estas normas, en el caso que Kant pone como ejemplo de la disolución de la sociedad, por definición no perderían ya nada de su legitimación, de modo que lo extremadamente categórico de la teoría absoluta sería ineludible para toda teoría relativa: La norma que tras la disolución de la sociedad siguiera siendo necesaria debería seguir siendo estabilizada. (...) En Hegel, la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva aquí representada. El sistema de referencia de Hegel para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad. Por lo demás, se da la siguiente concordancia: Hegel interpreta el hecho punible como 'algo negativo', es decir, como vulneración del Derecho en el sentido de su negación. Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al encuentro de tal pretensión, como 'vulneración de la vulneración', y así como 'restablecimiento del Derecho'. Esta secuencia es absoluta, ya que el Derecho há de ser necesariamente, siempre, Derecho impuesto; lo que constituye un argumento es, no la utilidad de la pena, sino solamente la idea del Derecho convertida en concepto."* Tradução livre: “Se o problema de legitimação se soluciona no sentido absoluto, quer dizer, em favor das normas que não vêm proporcionadas por uma situação social concreta, estas normas, no caso que Kant põe como exemplo da dissolução da sociedade, por definição não perderiam nada de sua legitimação de modo que o extremamente categórico da teoria absoluta seria ineludível para toda a teoria relativa: a norma por trás da dissolução da sociedade segue sendo necessária deveria seguir sendo estabilizada. (...) Em Hegel, a teoria absoluta recebe uma configuração que em pouco se diferencia da prevenção geral positiva aqui apresentada. O sistema de referência de Hegel para fundamentar a pena é o conceito de Direito; o sistema e referência atual o formam as condições de existência da sociedade. Além do mais, se dá a seguinte concordância: Hegel interpreta o fato punível como ‘algo negativo’, quer dizer, como vulneração do Direito no sentido de sua negação. Esta vulneração alega uma pretensão de validade, porém a pena sai ao encontro de tal pretensão, como ‘vulneração da vulneração’, e assim como ‘restabelecimento do Direito’. Esta seqüência é absoluta, já que o Direito há que ser necessariamente, sempre, Direito imposto; o que constitui um argumento é, não a utilidade da pena, mas somente a idéia do Direito convertida em conceito.” (JAKOBS, Günther. **Derecho penal: Parte general – fundamentos y teoría de la imputación**. Tradução de: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p.22-23) Em seguida, Jakobs faz um comentário paralelo das teorias de Kant e Hegel: *"Dado que Hegel no interrelaciona hecho y pena como hechos externos, sino como sucesos dotados de significación, ya no se trata – como en Kant – de una igualdad de género, sino de igualdad 'según el valor de los mismos'. Con lo que Hegel se da cuenta de que la pena necesaria corresponde al 'poder de la sociedad ya seguro de sí mismo', es decir, que en sociedades consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, pues en ellas es más reducida 'la peligrosidad de la acción para la sociedad'. 'Un Código Penal pertenece, por tanto, ante todo a su tiempo y al estado en que se encuentre la sociedad civil'. Así pues, en Hegel la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad."* Tradução livre: “Dado que Hegel não inter-relaciona fato e pena como fatos externos, mas como acontecimentos dotados de significação, já não se trata – como em Kant – de uma igualdade de gênero, mas de igualdade ‘segundo o valor dos mesmos’. Com o que Hegel se dá conta de que a pena necessária corresponde ao ‘poder da sociedade já seguro de si mesmo’, quer dizer que nas sociedades consolidadas pode rebaixar-se a medida da pena, pois nelas é mais reduzida ‘a perigosidade da ação para a sociedade’. ‘Um Código Penal pertence, portanto, sobretudo ao seu tempo e ao estado em que se encontre a sociedade civil’. Assim, pois, em Hegel a pena é absoluta no conceitual, porém em sua concreta configuração é relativa respectivamente ao estado da sociedade.” (JAKOBS, op. cit., p.23).

pressuposto de que as pessoas que procuram um contato social não pretendem nada indeterminado que lhes decepcione as expectativas, e o fato que decepçiona, gera um conflito para o decepçionado diante do qual deve se estabelecer uma revisão.¹¹⁹⁹ Os delitos são fatos sociais que decepçionam as expectativas e geram outros delitos ou uma instabilidade, donde faz-se "necessário uma expectativa de que as instituições elementares funcionem ordenadamente."¹²⁰⁰ Ainda para Jakobs, quem descuida das regras fundamentais de convivência é declarado incompetente mediante a aplicação da pena,¹²⁰¹ que deve ser reservada somente para os casos em que estaria em jogo a manutenção da configuração social básica.¹²⁰² A propriedade volta a ser exemplo. A proteção jurídico-penal da propriedade não tem por escopo o interesse individual do proprietário, mas sim conceber normas para

¹¹⁹⁹JAKOBS, op. cit., p.9-10. Este pressuposto fora desenvolvido por Niklas Luhmann, conforme se observa da própria anotação de rodapé da obra de Jakobs, na pág. 10: "*En relación con el texto siguiente, vid. Luhmann, Rechtssoziologie, t.I, pp. 40.ss, 106ss.,*" etc. Tradução livre: "Com relação ao texto seguinte, vid. Luhmann, Rechtssoziologie, t.I, pp. 40ss, 106ss;" (JAKOBS, op. cit., p.10). A influência de Luhmann na obra de Jakobs é notável. Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem de Luhmann: "É muito importante, para a compreensão do direito, ter uma visão clara dessa diferença. Isso porque a segurança na expectativa sobre expectativas, seja ela alcançada por meio de estratégias puramente psíquicas ou por normas sociais, é uma base imprescindível de todas as interações, e muito mais importante que a segurança na satisfação de expectativas." (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.52-53) "...las corrientes sociológicas, como la teoría del sistema social de Luhmann, han contribuido en la Ciencia penal alemana, fundamentalmente por mediación de Jakobs, a desviar la atención del autor individual y dirigirla al mantenimiento del sistema social en su conjunto. La llamada prevención general positiva, esto es, el mantenimiento de y la práctica en la fidelidad al Derecho, representa actualmente en Alemania el papel de la finalidad principal de la pena." Tradução livre: "...as correntes sociológicas, como a teoria do sistema social de Luhmann, têm contribuído na Ciência penal alemã, fundamentalmente pela mediação de Jakobs, de desviar a atenção do autor individual e dirigi-la à manutenção do sistema social em seu conjunto. A chamada prevenção geral positiva, isto é, a manutenção da prática na fidelidade ao Direito, representa atualmente na Alemanha o papel da finalidade principal da pena." (ROXIN, **La evolución...**, op. cit., p.29). "A Günther Jakobs fica-se devendo, vale a pena reacentuá-lo, a formulação – emitida na esteira da formulação de Luhmann – segundo a qual a finalidade primária da pena reside na *estabilização contrafática das expectativas comunitárias na validade da norma violada*." (FIGUEIREDO DIAS, **Questões...**, op. cit., p.131).

¹²⁰⁰JAKOBS, op. cit., p.11.

¹²⁰¹JAKOBS, op. cit., p.11.

¹²⁰²JAKOBS, op. cit., p.12.

proteção do 'significado da propriedade para a sociedade em seu conjunto'.¹²⁰³ Logo, a pena não determina a reparação de um dano¹²⁰⁴ ou sequer procura proteger bens jurídicos, mas constitui a réplica ante a infração, cujo infrator infringiu a norma, contradizendo-a e desautorizando-a com sua conduta.¹²⁰⁵ Mas com a aplicação da pena, mantém-se a norma de orientação dos contatos sociais.¹²⁰⁶ Portanto, a pena tem finalidade preventiva de proteger as condições de interação social, reafirmando a confiança daquele que confia na norma. A pena exercita esta confiança na norma. Denomina-se, então, prevenção positiva geral ou coletiva da pena o exercício desta de reconhecimento da norma, diz Jakobs.¹²⁰⁷

Não foram poupadas críticas a Günther Jakobs. A perspectiva 'funcional' não se compromete com nenhum modelo preestabelecido, como é o caso do respeito ao outro como pessoa. Os direitos humanos seriam conciliáveis com o seu modelo teórico, mas também outras perspectivas o seriam, como é o caso dos escravos no período colonial ou dos atiradores do muro no regime comunista da

¹²⁰³JAKOBS, op. cit., p.12.

¹²⁰⁴JAKOBS, op. cit., p.12.

¹²⁰⁵JAKOBS, op. cit., p.13.

¹²⁰⁶"Resumiendo: *Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.*" Tradução livre: "Resumindo: *Missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar a custa do infrator, antes o questionamento da norma.*" (JAKOBS, op. cit., p.14).

¹²⁰⁷JAKOBS, op. cit., p.18. "*Secundariamente, la pena puede impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros que éstos se abstengan de realizar hechos futuros. Estos efectos producidos, no por reconocimiento de la norma, sino por miedo, son algo que cabe desear que se dé por añadidura en la pena, pero no es función de la pena provocar tales efectos. Habrá que exponer obviamente aún que resulta imprescindible una medida mínima de respaldo cognoscitivo de las normas para la estabilización de su validez...*" Tradução livre: "Secundariamente, a pena pode impressionar de tal modo quem a sofre ou a terceiros que estes se abstenham de realizar fatos futuros. Estes efeitos produzidos, não pelo reconhecimento da norma, mas por medo, são algo que cabe desejar que se dá por acréscimo à pena, porém não é função da pena provocar tais efeitos. Haverá que expor obviamente ainda que resulta imprescindível uma medida mínima de respaldo cognoscitivo das normas para a estabilização de sua validade..." (JAKOBS, op. cit., p.19).

antiga Alemanha Oriental. Donde, o conteúdo da teoria de Jakobs seria estéril,¹²⁰⁸ interessando-lhe tão-somente a conservação do sistema, desvinculando-se, de conseguinte, de um fundamento teórico jurídico dos fins da pena próprios de um estado liberal e social, conforme crítica formulada por Claus Roxin.¹²⁰⁹ Afinal, o Direito Penal e Direito Processual Penal não constituem um meio unicamente de luta contra o delito, mas também um meio de assegurar os direitos fundamentais daqueles que atuam no processo, diz Winfried Hassemer, enumerando como sujeitos desta garantia tanto as vítimas, como as testemunhas e os suspeitos do fato.¹²¹⁰ Hassemer, enumera ainda o arsenal para a defesa de todos: direito ao silêncio, a ser defendido por um profissional – ainda que eventualmente seja fornecido pelo Estado –, a negar testemunhar, a defender-se de uma acusação, de não ser prejudicado de forma desproporcional, de proteção contra imputações caluniosas etc.¹²¹¹ Esta visão garantista deve valer tanto para a elaboração da lei,

¹²⁰⁸ROXIN, **La evolución...**, op. cit., p.54.

¹²⁰⁹ROXIN, **La evolución...**, op. cit., p.67.

¹²¹⁰E acrescenta Hassemer, na mesma página: *"El derecho penal es también el derecho de protección del imputado, y también del autor; protección frente a un 'proceso abreviado', frente a una reacción desproporcionada y frente a un juicio apresurado frente a los circundantes"*. Tradução livre: "O direito penal é também o direito de proteção do imputado, e também do autor; proteção diante de um 'processo abreviado', diante de uma reação desproporcional e diante de um juízo apressado diante dos envolvidos". (HASSEMER, op. cit., p.20).

¹²¹¹*"Nuestras leyes penales disponen, por ello, de un arsenal de medios de protección jurídica: derecho a callar, a negarse a testificar, a ser defendido por un profesional (eventualmente a cargo del Estado), a defenderse frente a una acusación; los deberes de fundamentar las decisiones y permitir su control, de acelerar el procedimiento (pero no en contra de los intereses legítimos del afectado), de no perjudicar al condenado en forma desproporcionada, de tratar a quien no está condenado por sentencia firme como si fuera inocente (aun frente a graves sospechas), y de protegerlo frente a imputaciones calumniosas..."* Tradução livre: "Nossas leis penais dispõem, por isso, de um arsenal de meios de proteção jurídica: direito ao silêncio, a negar-se a testemunhar, a ser defendido por um profissional (eventualmente a cargo do Estado), a defender-se perante uma acusação; os deveres de fundamentar as decisões e permitir seu controle, de acelerar o procedimento (porém não contra os interesses legítimos do afetado), de não prejudicar o condenado de forma desproporcional, de tratar a quem não está condenado por sentença definitiva como se fosse inocente (ainda que frente a graves suspeitas), e de protegê-lo diante de imputações caluniosas..." (HASSEMER, op. cit., p.20).

quanto para a prática forense, ou para a visão sobre os fins da pena ou de todo o ordenamento jurídico. Em verdade, Jakobs tem em vista a legislação alemã da atualidade, mas tudo acaba se resumindo na contemplação do sistema dominante.¹²¹² Depois de criticar-lhe, Claus Roxin sustenta a necessidade da defesa de uma política criminal cujo plano dogmático tem base na velha Ilustração europeia acolhida constitucionalmente e na legislação penal e tendo por princípios o Estado social de Direito.¹²¹³ Jorge de Figueiredo Dias também condena a exasperada normativização da teoria de Jakobs, porque a idéia de confiança comunitária e estabilização da norma confere ao Direito Penal uma função puramente simbólica sem cuidar da tarefa que é primordial a este que é a tutela dos bens jurídicos.¹²¹⁴ Aliás, a crítica geral que se faz hoje às Teorias Absolutas ou Retributivas das Penas é no sentido de que elas são justamente desvinculadas de fins e o direito penal deve

¹²¹²ROXIN, **La evolución...**, op. cit., p.67-68. *"Todavía resta la objeción, vinculada a las observaciones anteriores, de que evita cualquier declaración de contenido sobre las ventajas de uno u otro sistema. Así, Jakobs opina que el mandato jurídico de respetar a los otros en cuanto personas es 'perfectamente compatible con una perspectiva funcional, aunque también son posibles otras' (como lo demuestra el ejemplo de los esclavos en la época del colonialismo americano y los tiradores del muro en la DDR). Frente a esto, la política criminal que defiende y que he hecho fecunda en el plano dogmático se basa en los concretos contenidos de la vieja Ilustración europea, en la medida en que han encontrado acogida en el sistema de valores de la Constitución y de nuestra legislación penal. Por tanto, no puedo asumir el funcionalismo en la medida en que deja a un lado el pensamiento políticocriminal de finalidad racional basado en los principios de un mero sistema teórico carente de contenido."* Tradução livre: "Todavía resta a objeção, vinculada às observações anteriores, de que evita qualquer declaração de conteúdo sobre as vantagens de um ou outro sistema. Assim, Jakobs opina que o mandato jurídico de respeitar aos outros como pessoas é 'perfeitamente compatível com uma perspectiva funcional, apesar de que também são possíveis outras' (como o demonstra o exemplo dos escravos na época do colonialismo americano e os atiradores do muro na Alemanha Oriental). Diante disso, a política criminal que defende e que de fato fecunda no plano dogmático se baseia nos conteúdos concretos contidos na velha ilustração da Europa, na medida em que encontraram acolhida no sistema de valores da Constituição e da nossa legislação penal. Portanto, não posso assumir o funcionalismo na medida em que deixa de um lado o pensamento politicocriminal de finalidade racional baseado nos princípios de um mero sistema teórico carente de conteúdo." (ROXIN, **La evolución...**, op. cit., p.69-70).

¹²¹³ROXIN, **La evolución...**, op. cit., p.69-70.

¹²¹⁴FIGUEIREDO DIAS, **Questões...**, op. cit., p.131.

se limitar a proteger bens jurídicos.¹²¹⁵ Também Juarez Cirino dos Santos ataca a função positiva de estabilização social normativa da prevenção geral como um conjunto simbólico, "...representado pela criminalidade econômica, ecológica, etc.", que protegeria complexos funcionais e o resultado desse processo seria a mera função política mediante a criação de imagens na psicologia do povo (conversíveis em voto) e o crescimento do Estado Policial que controla os marginalizados e a sua força de trabalho.¹²¹⁶

Com efeito, o normativismo idealista constante na teoria de Günther Jakobs¹²¹⁷ que assume uma posição oficial de prevenção geral positiva o carrega os mesmos problemas não resolvidos em Kant, Hegel, Kelsen e Cossio: trata-se de reproduzir um direito estigmatizador, seletivo e que, ainda assim, só *será (mal) realizado para os estigmatizados*.

Entretanto, quando Claus Roxin aponta para um critério dogmático voltado para as conquistas de direitos humanos iniciada com os enciclopedistas, acerta o rumo, só que a falta de um critério mais objetivo pode trazer grandes dificuldades na realização dos direitos humanos vislumbrados até os dias atuais. Por outro lado, Luigi Ferrajoli procura trazer uma definição de direitos fundamentais desvinculada do direito positivo, concepção esta que afastaria a adoção de um sistema totalitário.¹²¹⁸

¹²¹⁵FIGUEIREDO DIAS, **Questões...**, op. cit., p.94. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986. p.53-55.

¹²¹⁶CIRINO DOS SANTOS, **Política...**, op. cit., p.56.

¹²¹⁷FIGUEIREDO DIAS, **Questões...**, op. cit., p.131.

¹²¹⁸FERRAJOLI, **Derechos y garantías...**, op cit., p.37 e 38. Segundo Ferrajoli, são direitos fundamentais "...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por 'derecho subjetivo' cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas." Tradução livre: "...todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a 'todos' os seres humanos como dotados de *status* de pessoas, de

Conforme o próprio Ferrajoli detecta, trata-se de uma definição formal ou estrutural, isto é, lógica e avaliativa, incluindo dentre os direitos fundamentais a liberdade pessoal e de pensamento, os direitos políticos e sociais. Assim, quando estes direitos foram alienados e perderam o caráter universal, como ocorreu com a sociedade escravocrata ou a sociedade totalmente mercantilista, desconfigurou-se a universalidade e, por conseguinte, a classificação como direitos fundamentais também deixou de existir.¹²¹⁹ Porém, igualmente incluem-se na categoria de direitos fundamentais aqueles que são insignificantes e até questionáveis sob o ponto de vista da essencialidade, como é o caso do direito de ser cumprimentado na rua pelos conhecidos ou o direito de fumar.¹²²⁰ Mas Juarez Cirino dos Santos aponta a questão fundamental que se refere à aplicação da pena: entre a aparência da legalidade e da formalidade, está submerso um processo real de seleção de pessoas que

...mostra o crime como qualidade *atribuída* a determinados fatos, a criminalização como um bem *social negativo* distribuído desigualmente e, finalmente, o sistema de justiça criminal como instituição *ativa* na transformação do cidadão em criminoso, segundo a lógica menos ou mais inconsciente das chamadas meta-regras (ou *basic rules*), definidas por Sack como o momento decisivo do processo de criminalização: mecanismos psíquicos emocionais atuantes no cérebro do operador do direito, constituídos de preconceitos, estereótipos, traumas e outras idiosincrasias pessoais, que explicariam por que a repressão penal se concentra nas drogas e na área patrimonial, por exemplo, e não nos crimes contra a economia, a ordem tributária, a ecologia etc.¹²²¹

cidadãos ou pessoas com capacidade de trabalhar, entendendo por 'direito subjetivo' qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito, prevista nesse sentido por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas." (FERRAJOLI, **Derechos y garantías...**, op. cit., p.37)

¹²¹⁹FERRAJOLI, **Derechos y garantías...**, op. cit., p.38.

¹²²⁰FERRAJOLI, **Derechos y garantías...**, op. cit., p.38.

¹²²¹CIRINO DOS SANTOS, *Política...*, op. cit., p.55.

Necessário, pois, encontrar uma alternativa mais próxima da realidade de transformação.¹²²²

4.2.4 O Direito como Negação de Estigmas

Ora, o crime não nega o direito, mas é seu pressuposto. A pena como convalidação de um direito seletivo também não resolve o problema da 'generalidade' que se pretende no direito. O que nega o direito – geral, abstrato, para todos – é a estigmatização.¹²²³ Logo, a negação dos estigmas é a reafirmação do direito. O direito não se torna, com a negação de estigmas, mais débil, mas preserva suas características fundamentais,¹²²⁴ protegendo as pessoas que têm sido descritas e tratadas com uma inferioridade injustificável.

¹²²²Ressalte-se que há outros posicionamentos sobre o assunto: segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, v.g., "...*función de la pena no es prevenir nada sino, directamente evitar que el sistema se desequilibre demasiado.*" (ZAFFARONI, El discurso..., op. cit., p.33); há também as teorias ecléticas sobre as penas que combinam o caráter retributivo e o preventivo como idéia fundamentadora, mas que foram criticadas porque não teriam em consideração a *ultima ratio* de atuação do direito penal (CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: RT, 1995. p.101) e teria sido a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro porque se refere no artigo 59 à 'reprovação' e 'prevenção' do crime (nesse sentido, v.g., GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p.541 e 542), além do mais, receberiam as críticas acumuladas das teorias retributivas e preventivas (CIRINO DOS SANTOS, Política..., op. cit., p.55 e segs.); outros autores sustentam a ausência de qualquer finalidade da pena e, de conseguinte, preconizam a sua abolição ("Para eles não se justificam, por nenhum fundamento a aplicação de uma reprovação estatal efetiva"): CORRÊA JUNIOR e SHECAIRA, op. cit., p.104), etc.

¹²²³"Tal não significa, entretanto, que a atuação do Direito Criminal deva revelar-se como forma de 'estigmatização' do crime. Sendo este, por definição, uma conduta humana (as plantas, as pedras, os animais irracionais não praticam condutas nem cometem crimes), não deve ser apreciado nem com paternalismo nem com rigor, mas com humanidade." (TUBENCHLAK, James. **Crise social e delinquência**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. p.17).

¹²²⁴"O direito penal pode, de modo afirmativo, manter suas características fundamentais, pois, ainda que, para tanto, venha a 'acercar-se' de um 'direito de previdência social' – num relacionamento quase de acessoriedade e, em consequência, de substancial 'estranheità' – isto é, como atuação do dever geral de solidariedade social no encontro com estamentos mais infelizes e mais débeis da estrutura social, como os enfermos, os despossuídos e as crianças, sem, no entanto, autorizar indébitas e insituáveis parificações. O que parece extremamente importante, também, é que as análises desse tipo não venham a ser refutadas pelos mais convictos defensores da natureza retributiva da pena criminal." (PALAZZO, op. cit., p.65).

Como foi demonstrado, o que escraviza as pessoas são os estigmas e a credibilidade de que eles tem valor intrínseco. Os estigmas, desde o início, são contingentes e volúveis. E o direito que sempre pretendeu portar a dignidade de ciência, não conseguiu historicamente desatar-se da estigmatização e do crédito do seu valor intrínseco. Sem a perspectiva histórica, isto não pode ser demonstrado, mas com essa perspectiva, torna-se nítido o ponto que realmente enfraquece o direito e os órgãos que operam com ele, como é o caso do poder Judiciário, do ministério público, da advocacia, da polícia... Coube então detectar (historicamente, repita-se) quais são os estigmas que assolam a humanidade em seu curso e passar a expô-los num rol, demonstrando-se que somente existirá 'direito' com a proscrição dos estigmas.

Outrossim, a justa retribuição tomou um rumo equivocado na história, quer dizer, um rumo injusto, porquanto a pena desde o início não foi aplicada democraticamente, de forma a atingir a todos. Trata-se de uma pena altamente seletiva dos estigmatizados, com brandura para os não-estigmatizados. Este é um fator fundamental, uma vez que se a pena fosse dirigida a todos, o seu critério de justiça seria outro: provavelmente uma pena bem mais branda, mais humana, mais condescendente, mais correta...mais justa. E, a grave ilusão criada, é que a retribuição talional foi aplicada efetivamente e genericamente, criando-se uma repulsa enorme ao tratamento retributivo da pena... tratamento este que nunca existiu com equidade.¹²²⁵

¹²²⁵A seguir, será transcrito um parágrafo de texto do criminalista James Tubenchlak que, inobstante a excelente obra de cunho sociológico, fala sobre o *talião* sem o contexto do seu tempo – matéria já tratada – e sem levar em conta que o *talião* tinha em mira os estigmatizados, deixando de lado justamente – os legisladores – aqueles que poderiam influenciar sobremaneira o progresso da legislação voltada para uma retribuição mais equilibrada e com um rumo totalmente distinto do que adotou a humanidade: "Hoje, a carga brutal de agressividade que nos assoma vem provocando uma regressão de comportamento social, levando-nos a agir como os seres primitivos que faziam do *talião* sua única resposta. Tanto assim é que, em recente pesquisa de opinião pública efetuada pelo IBOPE, 44% dos entrevistados pronunciaram-se favoravelmente ao linchamento!" (TUBENCHLAK, op. cit., p.62).

Historicamente, grande parte da dosagem injusta da pena coube à *composição*, que também acompanha o talião e consiste numa conciliação negociada em objetos, reparadora da tribo ofendida.¹²²⁶ Com a aplicação do talião e da composição houve uma grande oportunidade de um direito igualitário, que não vê a riqueza, o sexo ou a cor. Mas não foi o que aconteceu, conforme foi verificado nos textos legais.¹²²⁷ Os estigmas já estavam incrustados nas mentes daqueles que detinham o poder, e, o direito, desde então, não se preocupa tanto com a apuração da verdade ou com a aplicação da justiça, mas com o comodismo dos poderosos e com a acomodação dos pobres, aquietando-os e apaziguando-os com um discurso estigmatizador e que não reflete a verdadeira pretensão de muitos: a manutenção do poder. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho salienta dois aspectos fundamentais da existência humana: a necessidade de viver em sociedade e o influxo do poder. O fator 'poder' faz com que as conseqüências da vida social não devam ser vistas 'mecanicamente',¹²²⁸ isto é, com ingenuidade.

¹²²⁶ASÚA, op. cit., p.244.

¹²²⁷"O movimento histórico do direito oferece um quadro de anseios, lutas e batalhas, ou seja, de esforços penosos. Nenhum obstáculo físico se opõe ao espírito humano que inconscientemente vai modelando a língua, e a arte só tem de vencer um adversário: o gosto dominante. Já o direito considerado como causa final, colocado em meio ao movimento caótico dos objetivos, aspirações e interesses humanos, deve tatear e procurar incessantemente o seu caminho e, encontrando-o, tem de derrubar as barreiras que o impedem de avançar." (IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p.32).

¹²²⁸"Os homens, pelo fato óbvio de necessitarem viver em sociedade, mantêm um relacionamento entre si, o qual sempre deve ser visualizado também pelo aspecto do **poder** e, daí em diante, os resultados tendem a uma conotação diversa daquela que os autores normalmente e mecanicamente procuram estabelecer." (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3.tir. Curitiba: Juruá, 1998. p.27). O pensamento de Miranda Coutinho reflete a sua angústia na busca da justiça social e, nesta caminhada, o autor descobre para o Mundo os falsos paradigmas e os desencontros dos 'racionalismos' simplistas que não encontram a verdadeira essência do Direito. Assim, as suas obras constituem um rico manancial do direito que dá a mão ao estigmatizado, assim como o fez o foragido Papillon na ilha dos leprosos: estende a mão com a certeza de que a chaga do doente não o contaminará, porque todos, queiram ou não, podem tornar-se estigmatizados...

Desde os direitos punitivos mais antigos (vingança privada, vingança divina, vingança pública) até os sistemas ocidentais atuais (período humanitário) compreende-se o direito como universal, como racional, como a linguagem que todos devem usar porque, afinal, vem das divindades, vem dos líderes, vem das leis, vem dos costumes...¹²²⁹ Com isso, as novas idéias não são discutidas a todo o momento e, por que não dizer, a divergência está proibida. Para que tratar diferente do que já está pronto? E até que se passe a discutir de onde vieram os paradigmas adotados nos novos Códigos, passaria muito tempo. O fato é que o responsável pela aplicação da justiça – polícia ou juiz¹²³⁰ – tinha finalmente um 'critério' para apurar e aplicar a justiça. Poder-se-ia então reconquistar a igualdade perdida dos estigmatizados pobre, da raça e religião não predominante e mulher. Mas o que ocorreu foi o contrário. A legislação regulamentou e reforçou o caráter estigmatizador¹²³¹ que já fazia parte das culturas que irão adotar o talião e a composição, só que daí o discurso é mais racional e camuflado com a novidade da escrita em forma de cunhas, que dá um ar sério aos estigmas, fortalecendo-os e consolidando-os, além, é claro, da liturgia que envolvia o processo que continuava

¹²²⁹"Assim como a língua é um sistema de sinais que só uns em relação aos outros têm sentido e a cada um dos quais se reconhece um certo valor que deriva do conjunto da língua, também cada instituição é um sistema simbólico que, sem precisar de o conceber, o sujeito incorpora a si próprio como estilo de funcionamento, como configuração global. As rupturas de equilíbrio, as reorganizações supervenientes têm, como as da língua, uma lógica interna, embora na altura ninguém as pense claramente. Polarizam-se em torno do facto de, como participantes de um sistema simbólico, existirmos uns perante os outros, uns com os outros, do mesmo modo que as alterações da língua se verificam devido à nossa vontade de falar e de sermos compreendidos." (MERLEAU-PONTY, Maurice. **Elogio da filosofia**. 3.ed. Tradução de: Antonio Braz Teixeira. Lisboa: Guimarães Editores, 1986. p.71-72).

¹²³⁰Atividades que ainda não eram bem definidas e diferenciadas.

¹²³¹"O etiquetamento do desviado normalmente é acompanhado de uma cerimônia social. A exposição à praça pública, pintar a cara, emplumar ou desfigurar, serviram no passado, para fazer o novo *status* do desviado mais visível. Atualmente usam-se as cerimônias degradantes nas quais se incluem os julgamentos em tribunais, a revisão da saúde mental e a crítica pública. As etiquetas constituem-se no principal distintivo de identificação da pessoa, facilmente absorvido pelo grupo social, como, por exemplo, as etiquetas de 'ladrão', de 'viciado', etc." (BISSOLI FILHO, op. cit., p.183-184).

sofrendo as influências das divindades.¹²³² A polícia, o juiz, enfim, o servidor daquele Estado recebe então a incumbência de aplicar a lei que seleciona sanções rigorosas para os estigmatizados, mas não tanto para os 'normais'.¹²³³ Tudo era mais complexo e seria cada vez mais¹²³⁴ e, decorrência natural, mais difícil era desentranhar estigmas que vinham sufocando os desprovidos de sorte. A necessidade da lei parece inafastável para regular as relações sociais da comunidade.¹²³⁵ Niklas Luhmann já alertou para o equívoco que foi a visão da sociologia clássica que despercebeu a necessidade de se enfrentar o crescente fenômeno de elaboração de leis como forma de regular a sociedade que se torna

¹²³²"O nosso pensamento é um pensamento aposentado ou enrugado. Todos expiam a sua juventude. Esta decadência está de acordo com o processo da nossa história. Passado um certo ponto de tensão, as idéias deixam de proliferar e de viver, caem no plano das justificações e dos pretextos, tornam-se relíquias, pontos de honra, e aquilo a que pomposamente chamamos o movimento das idéias reduz-se ao conjunto das nossas nostalgias, dos nossos rancores, dos nossos acanhamentos, das nossas fobias." (MERLEAU-PONTY, op. cit., p.54).

¹²³³Leia-se 'privilegiados economicamente'.

¹²³⁴Depois de considerar que o ordenamento jurídico da atualidade é altamente complexo, pressuposto da mutabilidade legal, Niklas Luhmann afirma que no "...decorrer do desenvolvimento social em direção à complexidade mais elevada, o direito tem que abstrair-se crescentemente, tem que adquirir uma elasticidade conceitual-interpretativa para abranger situações heterogêneas, tem que ser modificável através de decisões, ou seja: tem que tornar-se direito positivo. Nesse sentido formas estruturais e graus de complexidade da sociedade condicionam-se reciprocamente. (...) A pura existência da sociedade não mais permite a dedução direta da vigência de determinadas normas, pelo contrário, direito e sociedade têm que ser abarcados integralmente, como variáveis empiricamente pesquisáveis, que se interpermeiam de forma determinada. Para poder avaliar, sem preconceitos quais sociedades podem possuir que tipo de ordenamentos jurídicos, torna-se necessário abdicar da premissa de que todas sociedades tenham que reconhecer um determinado direito. Por isso a sociologia não se sente obrigada, e sequer autorizada, a compartilhar com a orientação normativa da vida em sociedade, e a procurar a base de sua vigência em normas superiores e princípios indubitáveis, pois desta forma, como *Emile Durkheim* observou quase ironicamente, ela identificaria não a realidade da moral de determinadas sociedades, mas apenas o modo como o moralista concebe a moral." (LUHMANN, op. cit., p.12, 15 e 22).

¹²³⁵LLOYD, op. cit., p.13.

cada vez mais complexa.¹²³⁶ Acontece que a lei era igual para todos... mas ninguém mais era igual.

As forças coativas antigas que futuramente se transformarão no Estado já demonstraram que asseguravam os seus interesses, sob o manto do Direito.¹²³⁷ O Marxismo sempre centralizou a sua reivindicação teórica no controle do poder econômico para a solução nuclear das crises humanas. Este é um elemento catalisador dos avanços e retrocessos sociais, históricos e jurídicos, mas não pode ser visto como única fonte de preocupação e, quiçá, de origem dos problemas em sociedade.

A idéia da negação de estigmas como um argumento predominante no direito pode suscitar revisão de conceitos e uma série de conseqüências concretas positivas.

O Direito que nega estigmas teria o núcleo de sua atividade legislativa atingindo igualmente a todos, sem carregar de forma pesada a tipificação contra os furtos e roubos da fome e da miséria na qual vivem os pobres, mas vislumbrando a sociedade de forma abrangente, procurando diagnosticar os efetivos interesses de relevância para toda a comunidade que justificam a criminalização primária. Mas mudar somente as regras penais que se fundamentam em estigmas não resolve a questão da aplicação do direito sob a influência de estigmas, pois é preciso ousar mais.¹²³⁸

¹²³⁶LUHMANN, op. cit., p.35. "Os motivos desse fracasso da sociologia clássica do direito frente a esse que poderia ter sido seu problema mais importante e atual estão à mão. Eles localizam-se na insuficiência de suas bases teóricas, no estágio de desenvolvimento da teoria social então disponível. Se ela tivesse formulado o problema da adaptação do direito à crescente complexidade da sociedade, então ela teria podido reconhecer a função e a inevitabilidade da positivação do direito." (LUHMANN, op. cit., p.35).

¹²³⁷No final do Século XIX, Clovis Bevilacqua já analisava que "...a sociedade vai gradualmente organizando as suas forças coativas, que um dia se transformam na instituição do Estado, cuja função precípua consiste em cobrir os interesses com o amicto santo do direito, após havê-los assegurado e protegido." (BEVILAQUA, op. cit., p.135. Ortografia atualizada).

¹²³⁸"Nada impide que haya una ley penal antidiscriminatoria, pero nadie debe creer que con ello se agota la reivindicación antidiscriminatoria, y no debe servir para legitimar más de la cuenta al desvencijado poder punitivo ni habilitarlo para que recaiga sobre los propios discriminados." Tradução livre: "Nada impede que haja uma lei penal antidiscriminatória, porém ninguém deve crer com isto que se esgota a reivindicação antidiscriminatória, e não deve servir para legitimar além o desvencilhado poder punitivo nem habilitá-lo para que recaia sobre os próprios discriminados." (ZAFFARONI, El discurso..., op. cit., p.36). Sobre o tema, ver ainda: BOVINO, op. cit., p.218.

Outrossim, as garantias processuais e constitucionais devem ser observadas com maior seriedade, pois daí 'todos' podem efetivamente estar sujeitos a um processo criminal. O pensamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho é esclarecedor, no sentido de argumentar que a luta pelas garantias dos direitos fundamentais deve ser ampla e genérica, como se não só os outros fossem passíveis de cometer crimes, mas sim uma generalidade de pessoas, tendo em vista a tipificação abundante, donde a luta pelas garantias é vista sob outro enfoque e, certamente, se houvesse consciência deste fenômeno, o apego a estas garantias processuais e constitucionais democráticas seria muito maior.¹²³⁹ A negação de estigmas resolve o dilema, pois racionaliza a igualdade das pessoas para serem responsabilizadas pelos seus atos, protegendo-as da perpetuação da resposta ao eventual mal que praticaram, negando a estigmatização antes, durante e depois das condutas humanas sujeitas ao sistema penal e formulando garantias em tratados, constituições e códigos que sirvam para a integralidade dos seres humanos – que também lutarão contra estigmas nas ruas (com a polícia) e nos tribunais (com advogados, promotores e juízes).¹²⁴⁰

¹²³⁹"De qualquer sorte, o bandido, hoje, é, de regra, o popular, aquele que não tem condição de manter a estrutura efetiva de sua defesa, que não tem condições de se fazer valer porque não consegue espaço para ocupar com sua própria cidadania. Nesta hora, porém, quem tem proposto Reformas em nome daquilo que chama 'democracia', tem esquecido que, ao invés deles, quem poderia estar aí, como se estava no regime militar, era um de nós." (MIRANDA COUTINHO, Videoconferência, op. cit., p.111).

¹²⁴⁰Javier de Lucas exemplifica a negação de estigmas nos tribunais, no que se refere aos imigrantes, mediante "...esfuerzo que debe ir presidido por el propósito de garantizar los derechos y libertades de los extranjeros y, en primer lugar, la igualdad (negación, pues, de discriminación injustificada), como apuntaba una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, siguiendo la mejor jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional 'garantizar la igualdad en los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad de la persona'. Lo que está lejos de ser sólo un criterio formal." Tradução livre: "...esforço que deve ir presidido com o propósito de garantir os direitos e liberdades dos estrangeiros e, em primeiro lugar, a igualdade (negação, pois, de discriminação injustificada), como apontava uma recente Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Valência, seguindo a melhor jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional 'garantir a igualdade nos direitos imprescindíveis para a garantia da dignidade da pessoa.' O que está longe de ser só um critério formal." (LUCAS, op. cit., p.74).

Mas negar estigmas, significa, em última análise, exaltar as virtudes e promover as qualidades positivas, apesar do respeito e compreensão para com as condutas consideradas nocivas socialmente, ainda que estas mereçam atenção e tratamento das instituições públicas. Significa, também, mudar a concepção do direito como um sistema de manutenção de classes dominantes que estigmatizam os dominados por meio de criações artificiais de diferenças humanas. Então, deve-se mudar as regras e as práticas processuais e pré-processuais discriminatórias,¹²⁴¹ devassando assim os tratamentos desiguais. Nesse sentido, pode-se discordar em parte de Manuel Atienza que, parece ter elaborado afirmação sobre hermenêutica com o foco da prioridade invertido, isto é, ao dizer o estudioso sobre teoria da argumentação jurídica que é "...possível que, de fato as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível...",¹²⁴² ao invés, poderia tê-lo dito da seguinte forma: *embora os métodos científicos de interpretação devam ser estudados e empregados quando da aplicação das regras, não há método algum que justifique uma sentença fundamentada inicialmente em preconceitos.*

É que o que se tem visto até então é a criação e manutenção de estigmas nas pessoas, trazendo-se com isso uma série de conseqüências nefastas à humanidade, destacando-se entre estes resultados maléficos um desentendimento genérico e uma agressividade indevida com repercussão e perplexidade na área criminal, além, é claro, pura e simplesmente, da seleção arbitrária dos 'clientes' de sempre, fator esse que deslegitima o direito em sua totalidade.¹²⁴³

¹²⁴¹Sobre o combate às práticas processuais e pré-processuais discriminatórias manifesta-se, por exemplo, Marcela Rodríguez (RODRÍGUEZ, op. cit., p.170-172).

¹²⁴²ATIENZA, op. cit., p.26.

¹²⁴³RODRÍGUEZ, op. cit., p.142.

Um espírito humano sem história, tradição, crenças e preconceitos não seria humano, mas divino. As convicções e intuições integram o pensamento e as ações.¹²⁴⁴ Porém a história e a tradição podem mudar de sentido. As convicções e os preconceitos, não raro, estão fulcrados em raciocínios que são falsos e que, se descobertos ou observados, poderão fazer os indivíduos e o sistema social e jurídico 'mudar de idéia'.

Olhando-se de forma simples para o passado, tem-se a impressão de que o ser humano nunca teve tempo para analisar o porquê da existência de tantos e tão fortes estigmas, pois os assume ou os impõe como se fossem naturais, o que longe de ser verdadeiro – a sua naturalidade –, singelamente, trata-se de uma falácia, salvo se partir-se de uma premissa que negue completamente qualquer racionalidade do ser humano ou distinção entre pessoas e animais, pois, neste último caso, não se pode contrariar a natureza, mas somente explicá-la.

Destarte, toda filosofia que proponha a dignificação humana é compatível com a idéia de negação de estigmas e vice-versa. Cite-se, como exemplo, a proposta de Enrique Dussel, no sentido de que libertar não é só negar, mas desenvolver, exigir das instituições novos horizontes, deixar de repetir 'O Mesmo', fazer expressão e exclusão das vítimas e construir a utopia possível, e, dentro desse contexto, 'tornar livre o escravo'.¹²⁴⁵

Logo, é preciso aceitar a possibilidade de reconhecer os estigmas existentes, analisar o seu equívoco e propugnar a sua destituição do direito¹²⁴⁶ e da sociedade. Sociedade essa que pode aprender a conviver com a pluralidade cultural

¹²⁴⁴PERELMAN, **Retóricas**, op. cit., p.159-160.

¹²⁴⁵DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2.ed. Tradução de: Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002. p.566.

¹²⁴⁶"*El sistema penal es un instrumento de control social discriminatorio por definición.*" Tradução livre: "O sistema penal é um instrumento de controle social discriminatório por definição." (BIRGIN, op. cit., p.15).

e étnica, sem construir 'castelos rodeados de favelas',¹²⁴⁷ e que permita a igualdade substantiva do direito e de realização solidária.¹²⁴⁸ É necessário, pois, desconstituir para depois reconstruir.¹²⁴⁹ Desconstruir estigmas e construir novos modelos sociais baseados em aspectos positivos e dinâmicos. Nessa perspectiva, aceitando-se a negação de estigmas, o direito pode constituir importante fator de auxílio e de sugestão de mudança social.¹²⁵⁰

Logo, os operadores do direito não podem ver primeiro o gênero (homem ou mulher?) para depois decidir sobre a aplicação das normas jurídicas.¹²⁵¹ Não podem ver primeiro se a pessoa é negra ou branca para somente depois ver que se trata de um homem ou mulher. Ao contrário, deve-se ver primeiro o ser humano e somente depois, casualmente, valorizá-lo ainda mais pelos atributos que o fazem ser único na humanidade, mas principalmente, deve-se valorizar as pessoas por serem seres ímpares, distantes de qualquer padrão coloquial.¹²⁵² E ainda, deve-se operar em um direito que não crie regras religiosas que diminuam o valor do ser, ou que não permitam a manifestação dos seres.¹²⁵³ A Humanidade já demonstrou inúmeras

¹²⁴⁷Expressão de Javier de Lucas (LUCAS, op. cit., p.97).

¹²⁴⁸"...no como jaula de hierro de la autorrealización, sino como el instrumento para diversidad..." Tradução livre: "...não como jaula de ferro de auto-realização, mas como o instrumento para diversidade..." (LUCAS, op. cit., p.97).

¹²⁴⁹A idéia é empregada por Alessandro Baratta quando o Autor se refere ao feminismo (BARATTA, El paradigma..., op. cit., p.52 e 53).

¹²⁵⁰"O direito não é promotor da mudança social, mas pode auxiliá-la, sugeri-la. Afinal todos os conflitos, todas as revoluções, no final, ocorrem em nome de uma idéia de direito, que se pretende, desta ou daquela forma, institucionalizar." (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.220).

¹²⁵¹"No se puede analizar la aplicación del derecho a los sujetos como si éstos tuvieron género previamente." Tradução livre: "Não se pode analisar a aplicação do direito aos sujeitos como se estes tivessem gênero previamente." (BOVINO, op. cit., p.216).

¹²⁵²Ver DAVIS JR., BOYAR e BOYAR, op. cit., p.246.

¹²⁵³Vide, por exemplo, a obra 'Dos Delitos e das Penas' (Beccaria) que chegou a ser incluída no Index, por ser considerada herética (ELBERT, op. cit., p.44).

vezes a possibilidade de concretização disso, como ocorreu quando da negação do estigma de cristão na Roma de Constantino. Mas daí surgiram outros estigmas e estigmatizados: os hegeres. Destarte, a negação de estigmas deve adaptar-se ao momento histórico e ser um exercício permanente, com o cuidado de não se substituir um estigma por outro ou de não se criar outros estigmas, embora deva aceitar-se o fato de que os estigmas têm surgido, permanecido e/ou substituído uns aos outros no tempo. Mas isso não impede o combate dos estigmas: o perene aparecimento de doenças nunca foi argumento para a desistência da luta contínua e persistente contra as inúmeras enfermidades e o auxílio aos milhões de enfermos necessitados. Sabe-se, afinal, que todos acabam recebendo pelo menos um estigma: todos podem ser 'velhos'.¹²⁵⁴

4.3 VARIANTES DO RESULTADO DO ESTUDO DA POLÍCIA A PARTIR DE ESTIGMAS E META-REGRAS

Se uma luneta mágica como aquela que foi usada por Simplício¹²⁵⁵ pudesse ver o mal que está nas pessoas, seria algo por si só atraente. Mas se ela pudesse fazer ver o bem, seria um tanto melhor. Contudo, se a luneta desvendasse o bem e o mal num processo dialético e paradoxal, então, seria uma luneta muito mais interessante, pois teria o poder de contrariar o mago armênio que afirmou certa vez para Simplício que "é melhor ser cego do que ver demais".¹²⁵⁶

O presente trabalho procurou empregar uma luneta que permitisse observar o mal dos estigmas na vida das pessoas e no critério de aplicação policial das regras jurídicas. Se esse prisma sozinho deve consistir em alguma utilidade,

¹²⁵⁴Vide os comentários sobre o *Velho e o Mar*, na parte 'O Estigmatizado com Ele Mesmo'.

¹²⁵⁵MACEDO, Joaquim Manuel de. **A luneta mágica**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.13 e segs.

¹²⁵⁶MACEDO, op. cit., p.28.

entretanto, pode ainda complementar-se com a perspectiva do 'bem', que seria representado pela polícia como modelo de atuação para outros órgãos, isto é, a partir de atuações da polícia que rompam estigmas outras pessoas e instituições do sistema penal e extrapenal poderão atuar de maneira diferenciada.

Logo, em seguida, retomadas as constatações feitas dos estigmas como meta-regras na atividade policial, tentar-se-á esboçar um projeto de polícia como modelo de experiência para o sistema jurídico e social e, para finalizar, ilustrar-se-á a perspectiva da negação dos estigmas de uma maneira geral. Esse é o desenho de uma luneta que pode não existir no presente, mas ao menos será desenhada, para procurar sair das águas rasas e ousar um pouco mais, na busca de um ideal de forma obstinada, assim como o fez Papillon, tentando vencer os estigmas como forma de atingir ideais mais nobres.

4.3.1 A Constatação Pura de Estigmas como Meta-Regras na Atividade Policial

Provavelmente à descoberta de que um navio está furado a localização do furo seja tão importante quanto efetuar o reparo necessário e urgente. Talvez um simples apontamento de um real problema que afeta um dado sistema – policial, jurídico, social etc. – seja igualmente tão importante quanto a descoberta da sua solução. Daí, a ação política, social, jurídica e policial negadora de estigmas pode ter início em decorrência de críticas sobre procedimentos específicos que reflipam estigmas.¹²⁵⁷ Donde, apontar a polícia submersa em estigmas foi o primeiro passo natural.

¹²⁵⁷"O reconhecimento da existência social de um fenômeno é o primeiro passo para a constituição de uma vontade política para mobilizar recursos e está diretamente vinculado à capacidade de resposta do Estado e dos grupos sociais. Portanto, o reconhecimento da discriminação como um fenômeno social é o primeiro passo para a implementação de políticas anti-discriminatórias. Segundo Lovell (1994) e Winddance (1996), no Brasil, a população reconhece a existência de discriminação, mas a percepção generalizada é a de que as discriminações são provenientes da classe social mais do que uma expressão de racismo. Tampouco existe um reconhecimento generalizado de que exista desigualdades de gênero." (VALENZUELA, op. cit., p.169).

Assim, delineou-se inicialmente a exposição de alguns problemas apresentados pela legislação penal atual, demonstrando agressões ao sistema mediante violações de princípios penais da subsidiariedade, fragmentariedade e lesividade, criando-se riscos como aqueles já apontados, quais sejam, da descodificação, transnacionalização, frontalismo, renormalização, criminalização vaga, fiscalização e banalização. Sobrecarregando-se a abrangência penal e fazendo-se que 'tudo seja crime' e, se 'tudo é crime' (qualquer conduta, sem critérios), 'nada é crime' (pois nada criminalizado terá a relevância que se pretende conferir às regras penais).

Então, o policial que vê quase toda a população praticar condutas tipificadas e que podem ser objeto de investigação – devido também à sobrecarga da regulamentação penal que favorece a suscetibilidade das pessoas diante de uma margem muito grande de escolha – seleciona as pessoas que respondem perante a instituição investigativa. O critério fundamental de aplicação da abundante quantidade de regras penais será o das meta-regras.

Inobstante, é necessário verificar que às regras jurídicas são apontados métodos hermenêuticos, alguns tradicionais e outros críticos, mas que não consideram as meta-regras. Significa dizer que a abundante e confusa legislação penal apresenta ainda problemas intrínsecos para a sua aplicação, isto é, os métodos tradicionais de interpretação das regras jurídicas não enfrentam problemas reais e expressivos de aplicação normativa (como os problemas sociais) e os métodos críticos que formularam outras vias de interpretação não deixam de legitimar o sistema de regras estabelecido. O problema é que, quer se interpretem as regras jurídicas de forma convencional, quer de forma crítica, deixa-se de considerar as meta-regras que atuam como verdadeiros princípios e, por que não dizer, regras paralelas que formulam o direito efetivo no caso concreto.

Assim, no exercício de sua função, a polícia atua com regras paralelas (meta-regras) que acabam selecionando as pessoas que serão efetivamente criminalizadas. É preciso deixar bem claro que esta é uma característica geral do

sistema, isto é, tanto juízes como advogados ou promotores e as pessoas em geral influenciam-se fundamentalmente pelas meta-regras na interpretação do direito e da vida social.

Outro ponto que deve ser ponderado é que o ser humano, ao portar uma profunda consciência histórica,¹²⁵⁸ não pode se dissociar de múltiplas meta-regras ou, para empregar expressão de Hans-Georg Gadamer, não pode deixar de ter consigo 'preconceitos' que fazem parte do seu ser.¹²⁵⁹ Mas o autor alerta que a questão central da hermenêutica (histórica e epistemológica) é discutir quais são os preconceitos legítimos e quais são os ilegítimos.¹²⁶⁰ Sob esse prisma, o presente estudo tratou de 'preconceitos' que se tornaram regras paralelas ou meta-regras ilegítimas, embora deva ser aceito que a tradição humana cria inúmeras meta-regras legítimas (v.g., o maior respeito aos idosos; prioridade para as crianças; cumprimentar as pessoas; parabenizar as boas ações etc.).

Acontece que a idéia de meta-regras (as ilegítimas) parece que pode ser melhor estudada e compreendida mediante sua objetivação como significado, isto é, mediante a equiparação aos estigmas. Isso é possível porque os estigmas atuam como verdadeiros princípios e regras que pretendem afirmar um mal intrínseco que existiria nos estigmatizados, consistindo esses na clientela preferencial da polícia.

Nesse sentido, os estigmas atuam o tempo todo como orientadores da investigação policial e, vale destacar, os meios sociais de comunicação – a imprensa é um exemplo – contribuem sobremaneira com a manutenção dessas meta-regras/estigmas. Enquanto são escritas essas linhas, desenrola-se um caso bastante paradigmático. É que Luciana Gonçalves de Novaes, uma estudante de dezenove anos de idade foi gravemente baleada quando se encontrava na

¹²⁵⁸GADAMER, op. cit., p.414 e 415.

¹²⁵⁹GADAMER, op. cit., p.416.

¹²⁶⁰GADAMER, op. cit., p.416.

Universidade Estácio de Sá, no Rio de Janeiro, e toda a atenção da mídia voltou-se para as favelas mais próximas, onde se procuravam os suspeitos do eventual delito.¹²⁶¹ Mas os políticos também fazem o seu papel, tanto que o Secretário de Segurança do respectivo Estado carioca afirmou para todo o país que o 'ataque' do Morro do Turano (favela) foi repugnante e que a polícia "...ocupará o turano (sic) até encontrar os responsáveis pelo tiro que atingiu a estudante" e "vai reforçar a segurança nos arredores da universidade". Em seguida, na mesma reportagem, as pessoas começaram a declarar para a imprensa que era preciso "...varrer esses morros e acabar com a bandidagem". A reportagem ainda 'esclarece': "O campus da Universidade Estácio de Sá, no Rio Comprido, onde Luciana foi baleada, é cercado por cinco favelas que compõem o Morro do Turano, dominado pela quadrilha do traficante (...) que está preso em Bangu."¹²⁶² Contudo, logo depois, as investigações científicas demonstraram que o calibre da arma, a trajetória do projétil e as fraudes praticadas para que as fitas do circuito interno de vídeo não revelassem os fatos como efetivamente ocorreram, evidenciaram que o provável autor dos disparos poderia ser um segurança... ou um policial... ou qualquer outra pessoa, incluindo-se, dentre elas, o morador da favela.¹²⁶³

Logo, a idéia de que a polícia entrará nas regiões pobres para ocupar as favelas, pois seriam elas dominadas por traficantes, demonstra a distância que a polícia tem mantido das pessoas mais pobres, isto é, promove operações não para proteger os moradores de regiões empobrecidas, mas sim para tratá-los como *outsiders*, o que acaba criando exércitos de inimigos, encarados como tais por todos

¹²⁶¹VIOLENCIA: Parentes e amigos da aluna de enfermagem atingida por bala perdida rezam pela sua recuperação. **O Globo**, Rio de Janeiro, sexta-feira, 09 de maio de 2003, p.13.

¹²⁶²GAROTINHO afirma que favela ficará ocupada. **O Globo**, Rio de Janeiro, sexta-feira, 06 de maio de 2003, p.16. Sobre discriminação de raças nas favelas: SANSONE, op. cit., p.168 e 169.

¹²⁶³INSPETOR é suspeito de ter atirado em Luciana. **O Globo**, Rio de Janeiro, domingo, 18 de maio de 2003, p.22.

os lados como num círculo vicioso e sociopatológico: 'polícia contra favelados'; 'cidade contra favela'; 'favela contra todos' e assim por diante.

Portanto, o caso acima citado demonstra que, se houve crimes praticados (tentativa de homicídio, fraude processual etc.), não o foram cometidos necessariamente pelos estigmatizados pobres, mas esses acabaram saindo mais uma vez perdedores, pois a idéia massificadora que subsiste é a do grande suspeito que se deve procurar: o estigmatizado pobre.

Por essas e outras conseqüências equivocadas, apontadas no caso concreto que acabou de figurar como exemplo, é que se procurou estudar os estigmas que mais afetam a sociedade humana desde os primórdios, com a preocupação de estabelecer a relação da estigmatização com o direito dos povos antigos e dos hodiernos, influenciando o juízo de pessoas sobre outras pessoas e da polícia sobre aqueles que serão selecionados para a criminalização.

Nesse ponto, talvez seja pertinente a indagação do porquê da eleição de quatro estigmas – pobre, mulher, raça não predominante e religião – como aqueles principais para serem estudados, e não outros, como é o caso, v.g., do nacionalismo. Por que se tratar especificamente do racismo, quando o mundo vive uma profunda discriminação relativa à idéia de nação¹²⁶⁴ e combate aos imigrantes?¹²⁶⁵ Com efeito, o conceito de nação tem sido absorvido com características objetivas e não como participação dos cidadãos.¹²⁶⁶ Assim, justificativas irracionais e exacerbadas têm

¹²⁶⁴LUCAS, op. cit., p.13 e segs.

¹²⁶⁵"Particularmente penosa es la situación de aquellos que reúnen el doble estigma de ser extranjeros privados de libertad..." Tradução livre: "Particularmente penosa é a situação daqueles que reúnem o duplo estigma de ser estrangeiros privados de liberdade..." (LUCAS, op. cit., p.88). Javier de Lucas, além de expor em geral as dificuldades enfrentadas pelos imigrantes, critica também o tratamento distinto do exilado político e do 'exilado por fome': "*son tan diversas las necesidades de quien emigra por hambre o por problemas políticos como para justificar consecuencias tan diferentes?*" Tradução livre: "são tão diversas as necessidades de quem emigra por fome ou por problemas políticos para justificar conseqüências tão diferentes?" (LUCAS, op. cit., p.75).

¹²⁶⁶LUCAS, op. cit., p.33.

fundamentado um discurso de discriminação e exclusão de pessoas, o que evolui agora para as comunidades regionais internacionais.¹²⁶⁷ Contudo, o conceito de nacionalismo, no sentido metafísico-essencialista (como consciência de identidade/características objetivas), está coligado com o de xenofobia e, por que não dizer, de sentimentos racistas.¹²⁶⁸ A idéia de nação induz antipatia por outras nações¹²⁶⁹ e raças. Logo, as estigmatizações por motivo de raça e de nacionalidade são assuntos conexos. Afinal, racismo e nacionalismo têm em comum o medo da mistura e do que é diferente, fazendo com que se encontre nesses preconceitos o mesmo fator de propulsão dos preconceitos religiosos: a ânsia da recuperação de uma identidade declinante.¹²⁷⁰

Outrossim, a centralização do estudo em quatro estigmas específicos não pretendeu esgotar o tema, mas enunciar estigmas que fazem parte de um fenômeno (o da estigmatização) que parece ser inesgotável. Aliás, vale ressaltar como pontos

¹²⁶⁷LUCAS, op. cit., p.32-33.

¹²⁶⁸"...no hay nacionalismo sin sentimientos xenofóbicos y aun sin sentimientos racistas, al menos (por lo que respecta a estos últimos) en el caso de lo que he venido considerando vertiente metafísico-esencialista,..." Tradução livre: "...não há nacionalismo sem sentimentos xenofóbicos e ainda sem sentimentos racistas, ao menos (pelo que respeita a estes últimos) no caso do que veio considerando vertente metafísico-essencialista,..." (LUCAS, op. cit., p.28).

¹²⁶⁹LUCAS, op. cit., p.32.

¹²⁷⁰"Nacionalismo y racismo convergen en el miedo al que es distinto y en el riesgo de la mezcla, y encuentran outro elemento motor en el mismo factor que auspicia el retorno a los fundamentalismos religiosos: el ansia de identificación, la necesidad de conciliar la afirmación individual y la cohesión social, que han sido disociadas al máximo por una etapa histórica en que el desarrollo tecnológico/informativo y la universalización de la economía y de los derechos comportan, paradójicamente, la atenuación de los vínculos entre individuo y comunidad. Esa es la fuerza de racismo y del neonacionalismo: 'recuperar el control de una identidad declinante por la indeterminación general en el comportamiento individual y coletivo.'" Tradução livre: "Nacionalismo e racismo convergem no medo ao que é distinto e no risco da mistura, e encontram outro elemento motor no mesmo fator que auspicia o retorno aos fundamentalismos religiosos: a ânsia de identificação, a necessidade de conciliar a afirmação individual e a coesão social, que têm sido dissociadas ao máximo por uma etapa histórica em que o desenvolvimento tecnológico/informativo e a universalização da economia e dos direitos comportam, paradoxalmente, a atenuação dos vínculos entre indivíduo e comunidade. Essa é a força do racismo e do neo-nacionalismo: 'recuperar o controle de uma identidade declinante pela indeterminação geral no comportamento individual e coletivo.'" (LUCAS, op. cit., p.45).

fundamentais deste estudo: a constatação dos estigmas como fonte de manipulação do poder, de discórdias e atritos entre as pessoas sem uma racionalidade justificadora, e, em especial, a observação dos estigmas como elementos orientadores da atividade policial.¹²⁷¹ Logo, os quatro estigmas que tiveram prioridade não deixam de ser exemplificativos, o que parece ter-se tornado claro com o exame do estigma do criminalizado preso abordado no início deste escrito e o dos outros estigmas, no final.

Vale lembrar a enunciação, fruto de uma pesquisa sobre as discriminações na área do mercado de trabalho, feita por María Elena Valenzuela, no sentido de que os estudos devem evidenciar as desigualdades de tratamentos para mulheres e negros e que as "...pesquisas deveriam permitir identificar os principais mecanismos de discriminação para atuar sobre eles, convertendo o conhecimento num fato político. É necessário refletir sobre a capacidade transformadora do conhecimento e potencializar seu uso".¹²⁷²

Finalmente, se a polícia possui um vício no seu trabalho, consistente na atuação conforme estigmas, como se fosse seduzida por uma força similar ao magnetismo, a lente que enxerga o 'mal' estaria esboçada, restando indagar sobre a existência de uma 'lente do bem'.

¹²⁷¹Interessante observar a conclusão de María Elena Valenzuela sobre as discriminações efetuadas na área do trabalho, contra pessoas de raça negra e mulheres, cujas conclusões, mudado o que deve ser mudado, podem ser aproveitadas no que diz respeito à área policial: "É necessário que o fenômeno da desigualdade adquira maior visibilidade social e que seja reconhecida a responsabilidade que cabe ao Estado e aos diversos grupos sociais na geração da desigualdade e, portanto, na adoção de políticas para promover uma maior igualdade." (VALENZUELA, op. cit., p.172).

¹²⁷²VALENZUELA, op. cit., p.172. E continua Valenzuela, na mesma página: "Supõe-se, portanto, um grau de utilização do conhecimento produzido não apenas por parte da comunidade de pesquisadores, mas também pelos diferentes grupos e atores sociais, a opinião pública e o Estado." (VALENZUELA, op. cit., p.172).

4.3.2 A Polícia como Modelo/Experiência para o Sistema Jurídico e Social

No ano de 1983, o Presidente dos Estados Unidos da América – Ronald Reagan – sustentou que o sistema da federação daquele país deveria permitir que os estados-membros atuassem como verdadeiros laboratórios, no sentido de que as más experiências individuais somente atingiriam os estados que as praticaram, mas as iniciativas bem-sucedidas poderiam beneficiar a todos os estados da federação.¹²⁷³

Feitas as necessárias adaptações comparativas, a polícia também pode ser vista como um 'laboratório' exemplar no combate aos estigmas, por intermédio de uma transformação de conceitos e práticas que podem trazer novas respostas contra a estigmatização para todo o sistema penal e para toda a sociedade. Negando estigmas, a polícia opera como um fator de sugestão e auxílio aos variados setores do sistema jurídico, ainda que, as mais das vezes, essa evolução ocorra paulatinamente, dia após dia.¹²⁷⁴

É nesse sentido que se refere simbolicamente a uma 'lente do bem', isto é, quando se discorre sobre a possibilidade de um determinado setor social (v.g., a polícia) operar superando estigmas e transformando as meta-regras/estigmas em meta-regras compatíveis com as regras que dignificam o ser humano.

A polícia é um órgão imprescindível para o combate de estigmas e da atuação impulsionada por estigmas, e deve atuar em conjunto com a educação

¹²⁷³Apud SCHWARTZ, Bernard. **O federalismo norte-americano atual**. Tradução de: Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p.75. Nesse sentido: BACILA, Carlos Roberto. A evolução dialética do federalismo clássico para o moderno e as possibilidades de soluções dialéticas para o futuro. **Verba Iuris/Revista de Estudos Jurídicos**, Curitiba, Ano III, n.2, p.67, mar. 2001.

¹²⁷⁴"A única revolução que poderemos conhecer, a partir de agora, será a revolução do cotidiano. A mudança cotidiana, imperceptível, permanente das estruturas sociais. E esta revolução sorrateira pode operacionalizar-se ao lado do direito, mudando-o por um lado, e sendo legitimada por ele." (CLÈVE, op. cit., p.220).

individual e coletiva e com a participação de outros órgãos, como é o caso, v.g., do poder judiciário.¹²⁷⁵

Contudo, era preciso tratar da negação de estigmas como ponto nuclear do estudo policial e do direito em geral, pois o tema sempre foi visto de forma assistêmica e, por que não dizer, dispersa por todos os cantos do mundo. Mas é possível uma teoria geral sobre os estigmas a ponto de vê-los como realidade que pode ser mudada. Visto do simples para o complexo: se o homem e a mulher não aceitassem uma posição social inferior desta... se as pessoas resolvessem os problemas econômicos de forma coletiva e igualitária, auxiliando-se reciprocamente... se as religiões abrissem os seus discursos não aceitando a estigmatização... se a aparência física fosse observada apenas como mais uma marca da pessoa que a tornasse indivíduo diferenciado e único, mas não um 'estranho'...

Algumas linhas de reflexão podem soar um tanto quanto utópicas, mas não é isso que se pretende. Utopia é o inatingível, fator bastante diferente da cultura humana que é plenamente realizável, isto é, a história tem demonstrado as diversas variantes que levaram as comunidades a acreditar nos estigmas como uma verdade única e incontestável, o que consiste em ledão engano. Ao contrário, os estigmas são produto de uma falsa convicção de valores negativos como ônticos, mas a humanidade admite sempre a adoção de caminhos diversos ao corrigir-se a estigmatização existente e evitar-se novos estigmas.

Por último, mister ressaltar que se os males causados pelos estigmas têm sido múltiplos, também múltiplas devem ser as alternativas pensadas para compensar o grave prejuízo social da estigmatização.¹²⁷⁶

¹²⁷⁵LUCAS, op. cit., p.44.

¹²⁷⁶Quando trata das discriminações trabalhistas María Elena Valenzuela conclui que ao considerar-se "...que a discriminação de raça e gênero no mercado de trabalho tem múltiplas expressões, as medidas para promover a igualdade em matéria de emprego também devem ser múltiplas." (VALENZUELA, op. cit., p.175).

Um exemplo extremamente simples de atuação policial baseada em eventual projeto negador de estigmas pode ser formulado a partir da mudança de tratamento do pobre e do rico: pobres e ricos devem ser tratados com igual respeito e receberem amplo auxílio nas situações críticas que impedem as suas realizações pessoais. Um pobre desprezado ou um rico vítima de concussão constituem ambos vítimas de seus estigmas.¹²⁷⁷

O exemplo acima formulado é extremamente simples, mas nunca foi nuclear num projeto policial. Quando ocorreu, sempre o foi de forma disseminada e por intermédio de iniciativas particulares. Por outro lado, um projeto de polícia sem estigmas, de forma generalizada, poderia fazer da polícia um órgão de verdadeiro apoio social, produtor de modelos que se propagam em vários segmentos das comunidades.

A sugestão acima exposta trata apenas de um item dentre as infinitas possibilidades que estão submersas na diretriz negadora de estigmas. Daí, seria extremamente limitador redigir um número fechado de hipóteses de atuação sem estigmas: até uma delegacia limpa e com uma eficiente e cortês recepção demonstram a negação de estigmas, pois refletem que o ambiente foi feito para o tratamento digno de todos os visitantes.

Recentemente na cidade do Rio de Janeiro, soltou-se um balão dirigível no ar, com o objetivo de colaborar com as atividades policiais, filmando as favelas e orientando as ações da polícia que envolvessem grandes mobilizações, tendo as autoridades locais vislumbrado nesse empreendimento, o 'vão mais alto da Secretaria de Segurança Pública do Rio'.¹²⁷⁸

A polícia jamais deveria atuar com um aparato que visasse atingir somente pessoas estigmatizadas (pobres/favelados) que são violadas em sua intimidade diária, para que uma pequena parcela que pratica determinados crimes

¹²⁷⁷O estigma do 'rico' seria, nesse caso, o de que ele 'deve' ser surrupiado de seus bens.

¹²⁷⁸DIRIGÍVEL estréia quinta-feira. **Jornal do Brasil**, terça-feira, 3 de setembro de 2002, A4.

considerados graves seja atingida. A instituição policial também não precisa cumprir qualquer papel de adaptação de ideologias ou valores liberais¹²⁷⁹ ou quaisquer que sejam as regras de estigma na sociedade brasileira, pois as conseqüências de tais papéis têm-lhe sido muito negativas, sob a ótica de sua imagem, estima e integração com os seus mandatários que constituem todas as pessoas que são atingidas pelo seu raio de ação. Assim, v.g., investigar a identidade das pessoas só porque elas são estigmatizadas é a demonstração mais evidente de que o padrão que se está seguindo é um velho conhecido agente discriminador.¹²⁸⁰

Além do mais, o balão funciona como elemento altamente estigmatizador, pois, ao sobrevoar as favelas está simbolizando que o crime está ali, entre os favelados (pobres). Mas o que acontece hoje é que o policial vive num quadro imaginário típico do inquisidor que foi abordado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Edward Rocha de Carvalho: "...basta estar lá, naquele lugar, que o *modus pensandi* trata de fazer o resto, sob a batuta da analítica aristotélica. De premissas falsas – forjadas pelo imaginário – chega-se, sem grande esforço, a conclusões falsas".¹²⁸¹ Mas o balão não tem a capacidade para observar as mansões e edifícios das pessoas ricas. Se o fizesse, os meios de comunicação e

¹²⁷⁹"As práticas policiais e o sistema judicial de categorização estão ligados à crença de que os valores liberais têm de ser 'adaptados' a fim de serem aplicados à sociedade brasileira." (LIMA, Roberto Kant. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. 2.ed. Tradução de: Otto Miller. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.144.).

¹²⁸⁰"Sabemos também que as identificações, além de plurais, são dominadas pela obsessão da diferença e pela hierarquia das distinções. Quem pergunta pela sua identidade questiona as referências hegemônicas mas, ao fazê-lo, coloca-se na posição de outro e, simultaneamente, numa situação de carência e por isso de subordinação. Os artistas europeus raramente tiveram de perguntar pela sua identidade, mas os artistas africanos e latino-americanos, a trabalhar na Europa vindos de países que, para a Europa, não eram mais que fornecedores de matérias-primas, foram forçados a suscitar a questão da identidade." (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9.ed. São Paulo: Cortez, 2003. p.135).

¹²⁸¹MIRANDA COUTINHO e CARVALHO, op. cit., p.141. Franco Cordero refere-se a inquisidores (Peste de Milão/1630) 'nada desonestos' que fabricavam delito e delinquentes e projetavam 'fantasmas' nas cabeças dos inquiridos. (CORDERO, Guida..., op. cit., p.51-52).

jurídicos tratariam de repudiá-lo formal e informalmente. Logo, deve-se negar este elemento estigmatizador (no lugar do balão, deve-se pensar em ações de integração favela/cidade urbanizada etc.).

Nesse caso, a polícia carioca deve procurar pensar um 'balão que filme toda a cidade', isto é, suas ações devem ser dirigidas sem preterir criminosos com maior poder aquisitivo. Além do mais, a polícia que se faz presente nos lugares pobres deve ter o escopo principal de proteger as pessoas pobres e não somente o de persegui-las. Enfim, deve-se poder acreditar que não é preciso seguir sempre a tendência da 'nova ordem mundial', acreditando que 'nada mais pode ser feito'.¹²⁸²

Com efeito, algumas políticas de promoção das pessoas estigmatizadas e discriminadas por meta-regras referentes aos estigmas têm sido invocadas para proporcionar maior representatividade aos estigmatizados. Geralmente, essas ações positivas têm-se apresentado no mercado de trabalho por meio de um sistema de cotas de emprego para mulheres ou pessoas de raça negra,¹²⁸³ ou deficientes físicos¹²⁸⁴ etc. O objetivo seria corrigir a injusta crença do desvalor dos estigmatizados¹²⁸⁵ que ocasionou graves perdas históricas em todos os setores. Nesse sentido, a polícia pode agir de forma similar, promovendo tratamento igual na investigação e de ação positiva no que se refere ao policiamento em torno dos estigmatizados para protegê-los e auxiliá-los.

¹²⁸²BERBERI, Marco Antonio. Reflexos da pós-modernidade no sistema processual penal brasileiro (algumas considerações básicas). In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal: o papel do novo juiz no processo penal**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001. p.58.

¹²⁸³VALENZUELA, op. cit., p.164.

¹²⁸⁴O artigo 37, VIII, da Constituição Federal estabelece: "...a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;..."

¹²⁸⁵VALENZUELA, op. cit., p.164 e 165.

Logo, a adoção de medidas simples como o atendimento respeitoso e generoso dos estigmatizados nos órgãos policiais, até as ações educativas e de orientação e a disponibilidade do aparato policial também em prol dos estigmatizados constituem exemplos de promoções que visam eliminar estigmas. Quiçá, pois, num primeiro momento, o objetivo da polícia deva ser o de compensar¹²⁸⁶ os muitos séculos de estigmatização policial e atuação por meta-regras/estigmas. Assim, vê-se a polícia sob um prisma mais amplo, isto é, a polícia envolvida no processo de cidadania de todos.

Enfim, a atividade de planejamento sem estigmas requer distribuição do contingente para policiar todos os segmentos de forma proporcional, deixando-se de concentrar toda a polícia para vigiar (no mal sentido) somente os estigmatizados.

De outro lado, o tratamento conferido pela polícia à vítima do delito deve ser repensado, isto é, não basta elucidar crimes, é necessário também respeitar o sujeito passivo do delito que, sistematicamente, tem sido esquecido pelos órgãos públicos.¹²⁸⁷ Logo, a vítima deve ser ouvida no sentido mais amplo da palavra e deve ser respeitada para que não ocorra a denominada revitimização: ao trauma do delito acrescenta-se posteriormente o trauma de um tratamento vergonhoso e que, de regra, fundamenta-se em estigmas para ser receptivo ou não ao noticiamento do crime por parte da vítima.¹²⁸⁸

¹²⁸⁶Na área trabalhista, obtiveram-se muitos resultados positivos com a compensação (VALENZUELA, op. cit., p.166 e 167).

¹²⁸⁷BOVINO, op. cit., p.255.

¹²⁸⁸"La misma actitud es compartida por los policías que rechazan denuncias, maltratan a las víctimas y agreden a travestis y prostitutas y, también, por reconocidos juristas cuyas obras están en las bibliotecas de la mayoría de los abogados. Los jueces, los legisladores, los policías, en este sentido, no expresan más que el mismo prejuicio extendido en la gran mayoría de los miembros de nuestra sociedad." Tradução livre: "A mesma atitude é compartilhada pelos policiais que recusam denúncias, maltratam as vítimas e agredem travestis e prostitutas e, também, por reconhecidos juristas cujas obras estão nas bibliotecas da maioria dos advogados. Os juízes, os legisladores, os policiais, neste sentido, não expressam mais do que o mesmo preconceito estendido na grande maioria dos membros de nossa sociedade." (BOVINO, op. cit., p.268. Sobre o preconceito quanto ao passado da vítima ver ainda o mesmo autor e obra na página 268).

Com efeito, qualquer tratamento policial de rotina deve ser repensando e estruturado de forma igualitária. Essa atitude deve criar um senso de que a polícia está atuando com justiça, pois daí a polícia não será só fiscalizadora dos 'outros' (os *outsiders*), mas será a polícia 'de todos, por todos e para todos'. Destarte, a polícia adquire uma perspectiva de respeito (e até de admiração) jamais vista anteriormente.

De regra, o policial recebe treinamento inicial em academia de polícia durante alguns meses, preparando-se para a sua atividade com matérias que vão desde a atividade física, armamento e tiro, técnicas de investigação, direito criminal e, em alguns casos, a disciplina de direitos humanos.¹²⁸⁹ Porém, a cultura do treinamento policial deve ser voltada para estancar um processo que vem sendo contínuo de passagem do fato para a categoria social (ou da categoria social para o fato) e a confirmação do estigma,¹²⁹⁰ e as escolas policiais consistem numa ótima oportunidade de iniciar e retomar em todos os momentos a educação policial negadora de estigmas como ponto central.

Muitas técnicas de descoberta do criminoso são baseadas em conhecimentos empíricos rotineiros e essa rotina é fundamentada em uma cultura de estigmas. Logo, as técnicas de investigação policial devem ser reformuladas, tendo por objeto a negação de estigmas. Em outras palavras, a disciplina de investigação policial deve preparar o policial para combater as meta-regras que constituem estigmas e ceifá-las como fator orientador e preponderante da investigação.

O treinamento do policial deve ter o cuidado com a forma de 'encontrar' o criminoso, o que não tem ocorrido. Na Inglaterra, v.g., os policiais procuravam gravar a imagem do novo prisioneiro que se sentava numa cadeira e esperava a

¹²⁸⁹Esta última disciplina ainda não foi adotada em todas as academias de polícia.

¹²⁹⁰"Como insisten las bien conocidas tesis del labelling approach, se pasa del hecho a la figura/categoría social y así se confirma y reproduce el estigma." Tradução livre: "Como insistem as bem conhecidas teses do *labelling approach*, passa-se do fato à figura/categoria social e assim se confirma e reproduz o estigma." (LUCAS, op. cit., p.43).

observação de sua fisionomia, para que aqueles pudessem identificá-lo no futuro.¹²⁹¹ Esse é o preparo estigmatizador. Enfim, a doutrina do policial deve ser no sentido de tratar as pessoas com respeito, sem efetuar a separação completa do binômio técnica/justiça,¹²⁹² o que implica regra de direitos humanos, negando-se estigmas na hora da investigação e do planejamento policial.

Uma nova atitude da polícia, negando estigmas é, sem dúvida, revolucionária, mas também traria dignidade e respeito ao policial e ao cidadão que convive com a polícia. De outro lado, o respeito às pessoas centralizado na negação de estigmas, e aos direitos humanos em geral,¹²⁹³ está completamente respaldado

¹²⁹¹GOFFMAN, **Estigma...**, op. cit., p.81.

¹²⁹²"Contrariamente a lo expuesto por algunos participantes en el Curso de Alta Especialización de la Policía, ya citado, la distinción entre funciones policiales y judiciales no puede basarse en la que se da entre Técnica y Justicia estimando la primera como algo que atañe a la policía y la segunda a la judicatura. Tal dualismo es equivocado y refleja una concepción atrasada de una y otra. Como expuse en mi conferencia en dicho curso, la Policía opera necesariamente dentro del área de la justicia y a tal efecto puede tomar una diversidad de decisiones, entre ellas la de no proceder policialmente cuando el caso es leve o limitarse a una amonestación. Ello acontece ya en buen número de países y es legalmente admitido y tal decisión implica justicia si bien no judicialmente formulada. No debe olvidarse que no son sólo los jueces los que imparten aquélla. En suma, por justicia no puede ya entenderse únicamente la formulada en forma declarativa y jurídica formalmente expresada." Tradução livre: "Contrariamente ao exposto por alguns participantes no Curso de Alta Especialização da Polícia, já citado, a distinção entre funções policiais e judiciais não pode se basear na que se dá entre Técnica e Justiça estimando a primeira como algo que corresponde à polícia e a Segunda à judicatura. Tal dualismo é equivocado e reflete uma concepção atrasada de uma e outra. Como expus em minha conferência em referido curso, a Polícia opera necessariamente dentro da área da justiça e a tal efeito pode tomar uma diversidade de decisões, entre elas a de não proceder policialmente quando o caso é leve ou limitar-se a uma admoestação. Isto acontece já em um bom número de países e é legalmente admitido e tal decisão implica justiça se bem não judicialmente formulada. Não se deve esquecer que não são só os juízes os que distribuem aquela. Em suma, por justiça não se pode enterder-se unicamente a formulada na forma declarativa e jurídica formalmente expressada." (LÓPEZ-REY y ARROJO, Manuel. **Compendio de criminología y política criminal**. Madrid: Tecnos, 1985. p.184 e 185).

¹²⁹³LÓPEZ-REY y ARROJO, op. cit., p.182. BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.41 e segs.

na Constituição¹²⁹⁴ e nos documentos de direitos humanos.¹²⁹⁵ Aliás, as garantias exigidas em um Estado de Direito só podem ser satisfeitas quando as investigações policiais proporcionam garantias aos investigados.¹²⁹⁶ E, ainda mais: conforme ressalta Kai Ambos, o grau de respeito às garantias processuais/penais em um Estado de Direito afere-se conforme se dá a atuação policial.¹²⁹⁷

Além disso, embora a disciplina de direitos humanos possa ser ministrada sob diversos enfoques,¹²⁹⁸ parece que a polícia poderia adotá-la como forma de autoproteção, isto é, o policial que viola os direitos humanos – discriminando pessoas – afeta a sociedade na qual vive e está sujeito como indivíduo às mesmas violações, o que seria equivalente a um monstro que destrói todas as criaturas, incluindo-se dentre elas o seu criador.¹²⁹⁹

Portanto, a polícia que atua sob a influência de estigmas também é estigmatizada. Assim, o policial deixa de receber os prêmios sociais (respeito, admiração, reconhecimento público, aumento de salário, recursos etc.) e acaba tornando-se, também ele policial, um estigmatizado.

¹²⁹⁴V.g., o artigo 5.º, XLII ("...a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei:") e artigo 5.º, XLI ("...a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;"), etc.

¹²⁹⁵V.g., o artigo II, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948): "Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição." Etc.

¹²⁹⁶ESER, Albin. Prólogo. In: AMBOS, Kai; COLOMER, Juan-Luis Gómez; VOGLER, Richard (Coord.). **La policía en los estados de derecho latinoamericanos: un proyecto de investigación**. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2003, p.X.

¹²⁹⁷AMBOS, op. cit., p.XIII.

¹²⁹⁸V.g., histórico, ou da operação policial inserida na legalidade respeitadora dos direitos humanos, etc.

¹²⁹⁹A respeito do assunto da estigmatização do policial e da necessidade de aulas sobre direitos humanos para a polícia ver: BACILA, **Polícia...**, op. cit., p.41 e segs.

O policial pode e deve atender primeiro aos postulados que negam estigmas e observam os direitos humanos. As conseqüências que advirão deste novo tratamento serão arroladas a seguir.

4.3.2.1 Conseqüências jurídicas para a atuação com meta-regras/estigmas

Atuar com meta-regras não quer dizer necessariamente um processo equivocado. Princípios, regras, leis e sentidos distintos para as leis existem em todos os níveis da compreensão humana. O que se pretende investigar na atividade policial não são as meta-regras em geral, mas as meta-regras que se traduzem em estigmas. Significa, em última análise, procurar descortinar os preconceitos ilegítimos que se tornaram regras paralelas e separá-los dos inúmeros preconceitos legítimos.¹³⁰⁰ Neste caso, isto é, o policial que atua por meio de meta-regras/estigmas pode ter consciência disto ou não. Na hipótese de ele ter plena consciência de que está discriminando pessoas pelos seus estigmas, paradoxalmente, estaria o policial infringindo os direitos humanos que refletem a igualdade de tratamento entre as pessoas,¹³⁰¹ e a igualdade na concretização do direito pelos órgãos que o aplicam é fórmula já consagrada.¹³⁰²

Atualmente diversos países criminalizam condutas que discriminam os estigmatizados, como é o caso de Portugal, Espanha, Itália, Suécia, Argentina e

¹³⁰⁰Ver GADAMER, op. cit., p.416.

¹³⁰¹"A discriminação está intimamente ligada ao princípio da igualdade o qual, desde 1789, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, vem sendo discutido abertamente pela humanidade." (OLIVEIRA DA SILVA, op. cit., p.17).

¹³⁰²ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.reimp. Tradução de: Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001. p.382.

Brasil.¹³⁰³ A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu que o racismo é crime inafiançável e imprescritível, prescrevendo-lhe a pena de reclusão e encaminhando para o legislador infraconstitucional a elaboração dos tipos penais.¹³⁰⁴

Coube à Lei n.º 7.716/89, com suas sucessivas alterações, regulamentar a matéria criminalmente. Entretanto, ao enumerar a Lei as hipóteses de algumas condutas preconceituosas puníveis, deixou de prever aquelas discriminatórias de sexo, pobreza, estado civil, aspectos físicos e outras, fato que ensejou, com razão, agudas críticas doutrinárias.¹³⁰⁵ Apesar de tudo, após sofrer correções por leis subseqüentes, o artigo 1.º da Lei n.º 7.716 de 1989, atualmente, prevê o combate aos seguintes estigmas: raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. E devido ao seu texto casuístico,¹³⁰⁶ a Lei somente conseguiu estabelecer um tipo que tivesse abrangência de condutas em geral discriminatórias (inclusive abarcando eventuais ações policiais discriminadoras) com a alteração sofrida pela Lei n.º 9.459, de 13 de

¹³⁰³OLIVEIRA DA SILVA, op. cit., p.130 e segs. Segundo Katia Elenise Oliveira da Silva, os Estados Unidos e a África do Sul teria primado "...pela abordagem desta questão no âmbito civil e das políticas públicas. (...) justamente os dois países onde as discriminações raciais foram mais assumidas entre os cidadãos. Talvez por isto a preocupação desses governos foi para que se instalassem as ações afirmativas, deixando para segundo plano a área da repressão. O governo brasileiro trilhou exatamente o caminho contrário." (OLIVEIRA DA SILVA, op. cit., p.129).

¹³⁰⁴Artigo 5.º, XLII, da Constituição Federal. O artigo 5.º, XLI, estabelece: "...a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

¹³⁰⁵"Além do mais, voltamos ao modelo de 1951, pois foram retirados os atos resultantes de preconceitos de sexo e estado civil, que já eram conquistas desde 1985, com a Lei n.º 7.437..." (OLIVEIRA DA SILVA, op. cit., p.64). Segundo Valdir Sznick a atual Lei deveria, "...como acontecia na lei Afonso Arinos e anterior disposto de maneira a proibir qualquer discriminação no que se refere a sexo, credo religiosos, posições políticas e outras. Devido a ter atendido ao aspecto político e a pouca noção de direito, a discriminação que era mais ampla, em termos penais, é agora relativa abrange apenas o racismo." (SZNICK, Valdir. **Novos crimes e novas penas no direito penal**. São Paulo: Leud, 1992. p.134). Neste sentido ainda: SANTOS, C. J., op. cit., p.74.

¹³⁰⁶SZNICK, op. cit., p.133. OLIVEIRA DA SILVA, op. cit., p.63 e 64.

maio de 1997, que modificou o artigo 20 da Lei n.º 7.716/89, passando a ter este dispositivo a seguinte redação:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Como se vê, apesar de este ser um tipo penal aberto,¹³⁰⁷ por falta de clareza de estudo dos principais estigmas, perdeu-se novamente a oportunidade de criminalizar os preconceitos de sexo, condição econômica, aparência física, estado civil etc. Por outro lado, a injúria decorrente de preconceito racial está tipificada no artigo 140, § 3.º do Código Penal¹³⁰⁸ e refere-se aos insultos verbais ou por gesto ou escrito proferidos contra a vítima – injúria racial – e também foi objeto da alteração promovida pela Lei n.º 9.459/97.

Logo, o policial que deliberada e conscientemente perseguisse pessoas pelo fato de elas serem estigmatizadas estaria suscetível às sanções da legislação criminal, com as ressalvas acima expostas, devendo-se salientar ainda a importância da orientação para as pessoas vítimas dos estigmas nesses casos.¹³⁰⁹ Contudo, este processo de meta-regras/ estigmas que interfere na atuação policial é muito mais complexo do que uma discriminação voluntária e consciente. Este fenômeno está arraigado ao direito, à cultura, à história, à sociedade e uma solução simplista de punição como única via só traria obscurantismo ao assunto, como costuma acontecer nestes casos. Então, a solução mais adequada está na conscientização da classe policial e de seus dirigentes de que a valorização profissional e científica da polícia só ocorrerá a partir de uma atuação direcionada para superar estigmas.

¹³⁰⁷OLIVEIRA DA SILVA, op. cit., p.79.

¹³⁰⁸Art. 140, § 3.º: "Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa."

¹³⁰⁹VALENZUELA, op. cit., p.173.

Com isso, o respeito social advirá, e também com ele a credibilidade e o auto-respeito, isto é, o respeito por uma instituição (a polícia) que também tem sido estigmatizada pelos seus tropeços.

Antes de propor-se punição criminal ou administrativa ou civil, melhor mesmo é que a atividade policial que seja fundamentada em estigmas – conscientemente ou não – seja interrompida pelos meios legais. O policial que demonstre a influência de meta-regras/estigmas em sua atuação deve ser impedido de prosseguir, pois ele é suspeito desde o início do seu trabalho.

Quando trata da suspeição da autoridade policial, o Código de Processo Penal brasileiro é tímido ao afirmar, no seu artigo 107, que: "Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal."¹³¹⁰ Em verdade, o 'auto-retrato' da influência de estigmas nem sempre é fácil e às vezes é deixado de lado. Logo, a declaração de suspeição deveria ser permitida a todos os interessados, principalmente ao próprio organismo da polícia no âmbito interior que deveria zelar pelo seu labor, imagem e dignidade. Interromper o policial que atua ostensivamente por estigmas é uma questão de dignidade e, por conseguinte, respeito aos direitos fundamentais. O próprio planejamento da atuação policial nas cidades e no campo, v.g., deve nortear-se por estes princípios.

Entretanto, mais do que contenções formais, repita-se, a negação de estigmas deve prevalecer como cultura de princípios, tais como os da igualdade, verdade e respeito ao ser humano.

Destarte, negando estigmas a polícia conquista efetivamente a igualdade de tratamento entre as pessoas na investigação. Torna-se efetivamente um órgão formal e que presta serviço para toda a coletividade, abandonando paulatinamente o conceito de 'braço forte' do Estado ou da elite dominante. Passa a ter uma autonomia que até então não tinha: a de investigar crimes, independentemente de

¹³¹⁰Ver TORNAGHI, op. cit., p.70-171.

quem os tenha praticado. Todos são suspeitos, mas a presunção de inocência igualmente favorece a todos.

De outro lado, o caminho sem meta-regras (estigmas) é mais próximo da verdadeira autoria. Ainda que filosoficamente discutível o conceito de verdade, a verdade (da autoria) que se procura na investigação com meta-regras (estigmas) está a serviço dos 'normais' ou dos estigmatizadores. O policial que se liberta de estigmas procura efetivamente todos os criminosos e paradoxalmente os encontrará em todas as classes. Mas a polícia sem estigmas não pode ser construída num direito estigmatizador: a interdependência é grande. Onde, deduz-se que é necessária a transformação do direito.

Outrossim, o policial que executa o seu trabalho sem meta-regras (estigmas) não atua contra ricos ou pobres, brancos ou negros, homens ou mulheres, mas a favor dos bens jurídicos maiores tutelados pela comunidade em que vive, sem preferências ocultas. Esta isenção profissional conquistará o respeito das pessoas e o respeito de si mesmo. Afinal, ele estará fazendo o seu verdadeiro serviço.

Enfim, a polícia que nega as meta-regras estigmatizadoras será modelo para todos os profissionais e instituições: advogado, juiz, promotor, procurador etc., mas, em especial, será um exemplo para todos os segmentos sociais que, na atualidade, alimentam-se de estigmas no convívio diário.

4.3.3 A Perspectiva da Negação de Estigmas: O Caso Papillon

A Polícia pode ter sido até os dias atuais um dos mais importantes instrumentos de atuação sob o influxo de estigmas e também de desencadeamento de estigmas. Mas talvez seja exatamente nessa evidência que se encontre uma fórmula para suplantar estigmas e a estigmatização. Afinal, foi justamente no âmbito policial que se desenvolveu uma das mais fascinantes histórias de negação de estigmas: a luta de Papillon para conquistar a sua liberdade.

É que Papillon representa o símbolo mais autêntico do estigma e do estigmatizado. Em primeiro lugar porque sempre está em tela o valor dúbio da justiça de sua condenação, e, conforme a maneira com que a injustiça é analisada, coloca-se em xeque todo o sistema penal. Ele percebe, pois, nitidamente o equívoco da polícia que, na ânsia de conseguir promoção na hipótese de elucidação do caso, falha ao lidar com as provas, forjando testemunhas falsas somente para formalizar a 'verdade' que já está 'evidente' com o seu suspeito de sempre, o que lhe provoca a vontade de 'matar' todos os policiais.¹³¹¹ Demonstra, ainda, que os jurados agem como se fossem robôs ao serem levados pelos preconceitos que lhes são inerentes. "Se um cara for guarda-civil ou alfandegário aposentado, ele reage como guarda-civil ou alfandegário. Se for leiteiro, como um labrego qualquer."¹³¹² De outro lado, a testemunha fundamental mente, e tem motivos para tanto, porquanto recebe pelo depoimento mentiroso uma vantagem qualquer (como o esquecimento de um crime cometido, uma porção de droga etc.). Daí, Papillon descobre que, para procurar a liberdade é necessário o isolamento completo, isto é, precisa-se romper com os paradigmas existentes,¹³¹³ incluindo-se os paradigmas do promotor,¹³¹⁴ que estuda tanto, mas usa da sua ciência para alimentar vaidades; dos responsáveis pelo sistema penitenciário¹³¹⁵ e do carcereiro, que bem pode ser o mandatário de toda a sociedade estigmatizadora porque alimenta nos presos a idéia de que são e

¹³¹¹CHARRIÈRE, Henri. **Papillon**: o homem que fugiu do inferno. Tradução de: Círculo do Livro. São Paulo: Círculo do Livro, s.d. p.18.

¹³¹²CHARRIÈRE, op. cit., p.19.

¹³¹³CHARRIÈRE, op. cit., p.19, 310 e 312.

¹³¹⁴CHARRIÈRE, op. cit., p.20.

¹³¹⁵"...Napoleão, quando criou a colônia penal e lhe perguntaram: 'Quem irá guardar esses bandidos?', respondeu: 'Outros mais bandidos que eles.' Mais tarde pude verificar que o fundador não havia mentido." (CHARRIÈRE, op. cit., p.22).

devem ser *outsiders*, aumentado-lhes os suplícios da pena;¹³¹⁶ do preso,¹³¹⁷ que na maioria das vezes, conforma-se com a sua caminhada desalentadora rumo à decadência; do juiz, que desconhece o motivo da mentira da testemunha; da justiça¹³¹⁸ que, com a sua injustiça, demonstra a incorreção de todo estigma e o terreno movediço no qual se formularam os estigmas desde o princípio dos tempos. Enfim, a lei, os símbolos sociais e as convenções: isso tudo faz a alguém que foge dos padrões correr o risco de ser condenado por um argumento – homicídio, bruxaria, lesa-majestade etc. –, ainda que no mundo dos fatos nada disso tenha ocorrido, pois o que parece importar é a imagem criada. Talvez, uma imagem criada para suprir a ausência de um pai, ou somente de parte de um pai, tentando-se preencher o vazio da necessidade aparente de criar-se um bode expiatório que sustentará uma identidade de supostos irmãos,¹³¹⁹ “irmãos de raça”,¹³²⁰ “irmãos de

¹³¹⁶“As pessoas se habituem a tudo na vida, até a serem crápulas. Talvez somente depois da sepultura, se ele tem alguma religião, o temor de Deus o fará arrepender-se e angustiar-se, não por um verdadeiro remorso das canalhices cometidas e sim pelo medo de que Deus o transforme em condenado. A qualquer ilha que chegues, portanto, leva desde já a convicção de que não podes ter compromisso algum com essa raça. Há uma barricada bem definida e cada um está de um lado dela. De um lado, está a prepotência, a autoridade pedante e desalmada, o sadismo de reações intuitivas e automáticas; do outro, estou eu com os homens da minha espécie, que certamente cometeram delitos graves, mas nos quais o sofrimento conseguiu criar qualidades incomparáveis: a piedade, a bondade, o espírito de sacrifício, a nobreza, a coragem. Com toda a sinceridade, prefiro ser um condenado a ser um desses carcereiros.” (CHARRIÈRE, op. cit., p.246).

¹³¹⁷CHARRIÈRE, op. cit., p.23.

¹³¹⁸CHARRIÈRE, op. cit., p.49.

¹³¹⁹“O amor de um pai inacessível é desde então associado ao anátema lançado sobre a imagem. Emissário desse anátema, o bode funda o amor de um pai que permite aos homens se reconhecerem além da aparência que se encontra deste modo originariamente esganada” (POMMIER, Gérard. **Freud apolítico?** Tradução de: Patrícia Chittoni Ramos. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989. p.32).

¹³²⁰“Nessa Pirâmide, a coesão do laço que existe entre os irmãos reclama o racismo à proporção tanto mais significativa quando menos sensível for a férula do líder. O racismo é lido no esquema horizontalmente, deriva em linha reta da relação do próximo com o semelhante, que, para ser assim chamado, precisa ser purgado da diferença. Esta última é relativa.” (POMMIER, op. cit., p.34).

religião”,¹³²¹ “irmãos de classe social”, “irmãos de sexo”. Forjando-se os falsos irmãos, encontrar-se-ia enfim um pai, mas de forma tão real quanto o ser humano primitivo encontrou sentido nos deuses dos raios e das pestes: é apenas uma explicação do inexplicável. É descobrir o mal completo em alguém para tentar buscar uma identidade baseada na areia movediça.

Então, Papillon evidencia o caráter crítico do promotor ignorante e de língua prostituída,¹³²² do policial serviçal e desonesto,¹³²³ do julgador fantoche e do advogado covarde, enfim, de todos os modelos sociais, explicitando que o 'caminho da podridão' é ser arrasado pelo sistema, o que não é nada difícil de ocorrer quando a vítima tem algo novo para apresentar à comunidade. A ironia está no sacrifício, por parte da sociedade, dos personagens que a farão subir um degrau a mais rumo ao infinito, como foi o caso, v.g., das condenações judiciais de grandes cientistas e artistas com base em falsos pressupostos.¹³²⁴ De qualquer modo, Papillon

¹³²¹“O anti-semitismo, em compensação, se forma a partir da relação que cada um mantém com o 'pai'. Trata-se da diferença pura. Se são detestados, os judeus o são menos por seus traços físicos que por sua invenção do pai, do monoteísmo. Nas sociedades ocidentais, uma integração dos israelitas é sempre uma solução que eles podem considerar. O mesmo não acontece com aquele cuja diferença se percebe na cor de sua pele ou em sua morfologia. Qualquer que seja sua escolha, sempre sofrerá com o racismo. No esquema, a relação com o pai, o anti-semitismo, lê-se diagonalmente; traça um dos vieses que permitem sustentar a férula do tirano.” (POMMIER, op. cit., p.34 e 35).

¹³²²CHARRIÈRE, op. cit., p.207.

¹³²³CHARRIÈRE, op. cit., p.239.

¹³²⁴“O promotor é o Dr. Pradel, um promotor muito temido por todos os advogados da Vara Criminal. Goza da triste fama de ser o maior fornecedor de carne humana para a guilhotina e as penitenciárias da França e do ultramar. Pradel representa a vindita pública. É o acusador oficial e nada tem de humano. Simboliza a Lei; é ele quem maneja a Balança e faz sempre o possível para que ela se incline para o seu lado. Com seus olhos de abutre e abaixando um pouco as pálpebras, olha intensamente para mim, de todas as suas alturas. (...) Inclina-se um pouco sobre mim para melhor me dominar. Parece estar dizendo: (...) 'Não quero saber se você é culpado ou inocente, quero apenas utilizar tudo o que existe contra você: sua vida boêmia em Montmartre, os testemunhos forçados pela polícia e as declarações dos próprios policiais. Com esse monte de sujeira acumulado pelo juiz de instrução, tenho de pintar seu retrato tão repelente, que os jurados o farão desaparecer da sociedade.' Parece que o estou ouvindo falar nitidamente, salvo se eu estiver sonhando, pois sinto-me verdadeiramente impressionado por esse devorador de homens: 'Deixe que eu o conduza, acusado, e sobretudo não procure se defender: eu o levarei pelo *caminho da podridão*. E espero que

descortina alguns dogmas do sistema penal que parecem ter servido para fundamentar um sem-número de condenações e de premissas fugidias,¹³²⁵ e, então, salta aos olhos o erro de condenar-se novamente o preso, atribuindo-lhe o estigma de inveterado que não se regenera jamais:

...sentimos que éramos capazes de uma reabilitação, senão de uma nova vida. Esse batismo imaginário, esse banho de pureza, essa elevação do meu ser acima do lodo onde eu estava atolado, essa maneira de me colocar diante de uma responsabilidade real da noite para o dia acabam de fazer de mim um outro homem de uma maneira tão simples, que o complexo do forçado que mesmo livre traz consigo seus grilhões e acredita que alguém sempre o vigia, que tudo que vi, passei e suportei, tudo que agüentei, tudo que me levava a ser um homem tarado, podre, perigoso, passivamente obediente por fora e terrivelmente insidioso em sua volta, tudo isso desapareceu como por encanto.¹³²⁶

É certo, pois, que os *outsiders* não seriam tratados com tanta crueldade se não fossem selecionados pelo estigma – ainda quando não praticam o que lhes é atribuído¹³²⁷ – mesmo porque não seriam *outsiders*.

não acredite na benevolência dos jurados. Não se iluda, esses doze homens nada conhecem da vida. Olhe para eles, alinhados à sua frente. Olhe para esses doze patetas que Paris importou de afastadas vilas da província. São pequenos burgueses, aposentados, comerciantes. Não adianta descrevê-los melhor. Não vai querer que eles compreendam os 25 anos que você tem e a vida que você leva em Montmartre. Para eles, Pigalle e a Place Blanche são o inferno e todas as pessoas que vivem à noite são inimigas da sociedade. Estão orgulhosos por serem jurados no tribunal do Sena. Além disso, garanto que se sentem frustrados pela vida que levam como pequenos burgueses.' 'E você aí, jovem e bonito, pode ficar sabendo que não vou ter escrúpulos em pintá-lo como um dom-juan noturno de Montmartre. Assim, logo de saída, transformarei esses jurados em inimigos seus. Você está muito bem vestido, deveria ter vindo com roupas esfarrapadas. Foi um grande erro de tática. Não vê que eles têm inveja da sua roupa? Eles sempre usaram roupas feitas e jamais se viram vestidos por um alfaiate, nem mesmo em sonhos.'" Etc. (CHARRIÈRE, op. cit., p.12 e 13).

¹³²⁵"Não há prova alguma, mas os policiais – promovidos a cada vez que descobrem o autor de um delito – vão sustentar que sou eu o culpado. Não tendo provas, vão jurar que possuem informações 'confidenciais', que não deixam qualquer dúvida. Uma testemunha preparada por eles, verdadeiro disco gravado na chefatura de polícia, um homem chamado Polein, será a peça mais eficiente da acusação. Como sustento que não o conheço, o presidente, em dado momento, me pergunta, muito imparcialmente: – Você diz que a testemunha está mentindo. Muito bem. Mas por que estaria mentindo?" Etc. (CHARRIÈRE, op. cit., p.13).

¹³²⁶CHARRIÈRE, op. cit., p.96.

¹³²⁷CHARRIÈRE, op. cit., p.369.

Entretanto, poucos são os *outsiders* que querem fugir da prisão e escapar da escuridão dos estigmas,¹³²⁸ e muitos aqueles que são coniventes com a tirania e que fornecem as mãos para serem golpeados e os pés para serem espezinhados, cumprindo, esses últimos, a profecia de La Boétie: são os receptadores do ladrão que os pilha, cúmplices dos assassinos que os matam e traidores de si próprios,¹³²⁹ são usados para subjugar-se uns por intermédio dos outros, afinal, "...para rachar lenha faz-se cunhas da própria lenha."¹³³⁰ Mas são os *outsiders* que demonstram a possibilidade de solidariedade entre as pessoas.¹³³¹

Em segundo lugar, as marcas físicas e sociais que ele carrega: trata-se de um preso (o primeiro estigma visto neste estudo) e ele sai do seu continente para terras estranhas (estigma do estrangeiro ou forasteiro). Mas o sinal físico mais notável de Papillon é o da borboleta tatuada no peito, pois foi uma tatuagem que originou a palavra romana *stigma*¹³³² e reflete a marca que influenciará toda a vida do seu portador – luta pela liberdade –, porque Papillon não é um preso qualquer, e essa distinção está demonstrada não só na sua recusa ao estigma que o afeta (presidiário), mas também por deixar de aceitar a todos os estigmas existentes. Nesse sentido, uma das passagens que mais evidenciam o seu embate contra os estigmas está na sua estada na Ilha dos Pombos. Ali se vê claramente um diálogo de estigmatizados, o de Papillon – um execrado publicamente, presidiário, forasteiro e foragido – que procura com seus

¹³²⁸CHARRIÈRE, op. cit., p.251, 269, 275, 277 e 285.

¹³²⁹LA BOÉTIE, op. cit., p.79. E ainda: "Semeais vossos campos para que ele os devaste; mobiliais e encheis vossas casas para alimentar suas ladroeiras; educais vossas filhas para que ele possa saciar sua luxúria; alimentais vossos filhos para que faça deles soldados (esses ainda são felizes demais!), para que conduza-os à carnificina, torne-os ministros de suas cobiças, executores de suas vinganças." (LA BOÉTIE, op. cit., p.79).

¹³³⁰LA BOÉTIE, op. cit., p.101.

¹³³¹CHARRIÈRE, op. cit., p.251, 269, 275, 277 e 285.

¹³³²Sobre o assunto, ver o capítulo sobre estigmas.

amigos Clousiot (ferido) e Maturette (completamente efeminado¹³³³) abrigo na ilha de leprosos. Os leprosos vivem numa ilha (*isola*) que não é visitada por quase ninguém,¹³³⁴ o que os deixa isolados do mundo, assim como isolados vivem os estigmatizados em geral. Eles são os *outsiders* de todas as raças e credos que recebem as agressões corriqueiras. Destarte, tem-se dois tipos de estigmatizados em conflito, isto é, os liderados por Papillon de um lado, e, do outro lado, os que seguem Toussaint.¹³³⁵ Ora, numa situação como essa, que bem pode representar os diversos estigmas reinantes no mundo¹³³⁶ e a possibilidade de qualquer um ser um estigmatizado, espera-se um conflito – conforme costuma acontecer segundo os variados padrões sociais –, mas não é o que acontece na Ilha dos Pombos. É que Papillon recusa-se a ir armado para a conversa com os habitantes da ilha e quando se encontra com eles se aproxima e, ao ser questionado sobre a sua opinião sobre os crimes – marcas/estigmas – praticados pelos leprosos, Papillon ao invés de censurá-los, entende-os, fazendo com que essa sua atitude estabeleça uma relação de confiança entre as duas partes.

Mas a aproximação será ainda maior quando eles compartilham cafés e charutos e Papillon tem coragem o bastante para conviver com os estigmatizados tratando-os com igualdade e vendo-se ele, no lugar deles, isto é, como alguém que gostaria que os outros agissem com respeito diante de si naquela situação. "Parece que são eles que vão fugir".¹³³⁷

¹³³³CHARRIÈRE, op. cit., p.65.

¹³³⁴CHARRIÈRE, op. cit., p.75.

¹³³⁵CHARRIÈRE, op. cit., p.81.

¹³³⁶CHARRIÈRE, op. cit., p.72 e segs.

¹³³⁷CHARRIÈRE, op. cit., p.84. "E os leprosos da ilha dos Pombos! Estes miseráveis forçados, atingidos por esta horrível doença, e que, mesmo assim, tiveram a coragem de encontrar em seu coração a nobreza necessária para nos ajudar!" (CHARRIÈRE, op. cit., p.205).

O resultado desse diálogo e convívio insólitos não poderia ser mais ilustrativo do que o foi: Papillon recebe dos leprosos (que também podem ser interpretados como 'os outros') todos os recursos necessários para prosseguir em sua jornada.¹³³⁸ "Coisa gozada, nenhum de nós fala das feridas horrorosas que vimos nos leprosos. O único assunto da conversa: a bondade, a generosidade, a honestidade deles, nossa sorte de ter encontrado o bretão mascarado que nos conduziu até a ilha dos Pombos."¹³³⁹

Com efeito, a luta contra estigmas só encontra sentido na negação unitária de todos os estigmas, com a queda de todas as bandeiras e as 'cercas dos quintais'. O discurso fragmentário que só pretende defender a mulher, ou que só vê o enfoque econômico, ou somente a liberdade religiosa, ou o tratamento dos idosos, ou a discriminação dos deficientes físicos, ou o problema enfrentado pelos negros etc., falha pela ausência de plenitude¹³⁴⁰ porque deslegitima-se ao negligenciar 'os outros' e outras causas que afetam a mesma racionalidade: a estigmatização. Não significa, com isso,

¹³³⁸CHARRIÈRE, op. cit., p.83.

¹³³⁹CHARRIÈRE, op. cit., p.85.

¹³⁴⁰"La fragmentación de los discursos antidiscriminatorios provoca una multiplicidad de cosmovisiones unidimensionales, una contradicción en los términos: cosmovisiones parcializadas. Cada segmento social discriminado encara su lucha desde su posición de discriminación, fragmentando la lucha conforme a su particular visión (parcializada) del mundo. Al fragmentarse la lucha misma, se producen contradicciones entre los discriminados que impiden su coalición. La sociedad jerarquizada no es sólo machista, no es sólo racista, no es sólo xenófoba, no es sólo homofóbica, etc., sino que es todo eso junto." Tradução livre: "A fragmentação dos discursos antidiscriminatórios provoca uma multiplicidade de *cosmovisões unidimensionais*, uma contradição nos termos: *cosmovisões parcializadas*. Cada segmento social discriminado encara sua luta desde sua posição de discriminação, fragmentando a luta conforme a sua particular visão (parcializada) do mundo. Ao fragmentar-se a luta mesma, produzem-se contradições entre os discriminados que impedem sua coalizão. A sociedade hierarquizada não é só *machista*, não é só *racista*, não é só *xenófoba*, não é só *homofóbica*, etc., mas é tudo isso junto." (ZAFFARONI, El discurso..., op. cit., p.27). "El camino hacia el desarrollo humano y hacia la democracia es el de la sinergia, no el de la fragmentación de las luchas. La respuesta al pacto social de la modernidad, comprendido como pacto de exclusión, es la alianza de todos los excluidos." Tradução livre: "O caminho até o desenvolvimento humano e até a democracia é a sinergia, não a fragmentação das lutas. A resposta ao pacto social da modernidade, compreendido como pacto de exclusão, é a aliança de todos os excluídos." (BARATTA, El paradigma..., op. cit., p.74).

sustentar-se a adoção de um discurso genérico e puramente abstrato,¹³⁴¹ mas sim de tratar-se de problemas que afetam cada estigma sem descuidar-se do núcleo do processo de tratamento diferenciado que está relacionado com a criação de qualquer estigma. Afinal, toda discussão dos estigmas afeta o 'ser humano'¹³⁴² e não espécies diferenciadas de pessoas ou categorias diferentes de seres.

Na continuação, Papillon refugia-se numa comunidade de índios. Os índios também são estigmatizados, mas o relacionamento entre eles e Papillon também é inusitado, pois havia um boato de que os índios matavam quase todas as pessoas que se aproximavam deles, até que Papillon os conhece verdadeiramente e descobre que as mortes ocorridas na região não eram praticadas pelos índios, mas sim por seus estigmatizadores.

Em verdade, o selvagem está mais perto da natureza, essa mesma natureza que abrigava pessoas sem discriminações,¹³⁴³ sem escravos de ninguém e irmanava a todos.¹³⁴⁴ Será que o ser humano esqueceu do tempo em que era livre?¹³⁴⁵ Por isso Papillon é recebido com amizade, afeto e nobreza,¹³⁴⁶ ganhando da tribo o que ela tem de mais valioso: o tratamento sem estigmas – que bem pode ser simbolizado pelas preciosas pérolas que são ofertadas para Papillon.

Porém, ao voltar para a 'civilização', Papillon descobre que não há mais simplicidade, lealdade e liberdade e, ao esconder-se num convento, é delatado aos

¹³⁴¹ *"Pero los discursos no superan su fragmentación disolviéndose en un discurso político general, es decir, perdiendo sus objetivos estratégicos, sino precisamente conservando-los."* Tradução livre: "Porém os discursos não superam sua fragmentação dissolvendo-se em um discurso político geral, quer dizer, perdendo seus objetivos estratégicos, senão precisamente conservando-os." (ZAFFARONI, El discurso..., op. cit., p.27).

¹³⁴² BARATTA, El paradigma..., op. cit., p.74.

¹³⁴³ Ver Capítulo 2.

¹³⁴⁴ LA BOÉTIE, op. cit., p.80 e 81.

¹³⁴⁵ Ver: LA BOÉTIE, op. cit., p.79-84.

¹³⁴⁶ CHARRIÈRE, op. cit., p.134, 136, 148 e 159.

policiais e despojado de suas pérolas – com a justificativa de algumas freiras de que ele não poderia ter estado com os índios¹³⁴⁷ – o que pode ser lido assim: os estigmas religiosos, raciais, econômicos e sexuais fanatizam as pessoas, retirando-lhes o que elas têm de fundamental (as pérolas): a liberdade de pensamento. Quantas vezes, v.g., o manto religioso serviu para encobrir as ações irracionais das autoridades públicas?¹³⁴⁸ Contudo, a verdadeira liberdade só acena para aqueles poucos que não aceitam os estigmas contra si e contra os outros, banindo com o conhecimento,¹³⁴⁹ a sabedoria e a luta a servidão que induz à criação de categorias diferentes de seres humanos. Os fanáticos, pois, acabam vivendo na prisão perpétua da escuridão intelectual, às vezes imposta por tiranos,¹³⁵⁰ embora nem todos a aceitem ainda que saibam esses que a visão do que é o mal também causa profunda agonia.¹³⁵¹ É por isso que Papillon diz: "Lutarei contra tudo e contra todos."¹³⁵²

Talvez, a primeira coisa que se possa fazer para tentar escapar da estigmatização e encontrar o caminho da verdadeira liberdade é a procura do diálogo. O diálogo sem subterfúgios ou enganações. Dega incorpora aquele que pratica estelionatos e, provavelmente por isso, não consegue a liberdade no contexto da obra.¹³⁵³ Enquanto Papillon, que é sério, só transige para alcançar a

¹³⁴⁷CHARRIÈRE, op. cit., p.166.

¹³⁴⁸LA BOÉTIE, op. cit., p.97.

¹³⁴⁹LA BOÉTIE, op. cit., p.87-89.

¹³⁵⁰LA BOÉTIE, op. cit., p.89.

¹³⁵¹Por isso que Simplício – personagem da 'Luneta Mágica' – enfrenta tantos problemas sociais ao contemplar o 'mal' que estava nas pessoas, pois, afinal, não era interessante para alguns, o conhecimento da maldade escondida. (MACEDO, op. cit., p.36-93). "Todos os homens, todas as mulheres cientes do meu poder, todos, e com eles e elas todos os médicos, autoridades declaradas e decretadas, na matéria dizem – que estou doido!

Não há, não pode haver uma só voz que proteste contra a sentença; porque a todos eles e a todas elas convém que eu seja reconhecido – doido." (MACEDO, op. cit., p.72).

¹³⁵²CHARRIÈRE, op. cit., p.16.

¹³⁵³CHARRIÈRE, op. cit., p.16 e segs.

liberdade, Dega é o enganador. Na versão cinematográfica de 'Papillon' há duas mulheres que se despedem dos condenados: a esposa de Dega só lhe faz um aceno; a esposa de Papillon acena e sorri e fala. Esta última parece representar a liberdade que Papillon conseguirá no final. Ele foi além.

No entanto, a falta de diálogo e razão no início, levam Papillon a uma busca desesperada pela vingança, vingança da qual ele desiste no final, porquanto ele abandona o universo de estigmas, estigmatização e tratamento estigmatizador, que podem ser denominados de 'caminho da podridão'.¹³⁵⁴ O combate desenfreado e sem lucidez dos estigmas também estava se tornando um processo de estigmatização dos estigmatizadores.¹³⁵⁵

Poder-se-ia contestar a obra de Papillon no sentido de que ela seria utópica, mas parecem ser apontadas algumas alternativas em resposta a tal proposição. A primeira delas está na afirmação de que aquele que não tem projeto é um 'enterrado vivo'.¹³⁵⁶ Esse, sobrevive sem um objetivo e esquece-se de que a aventura da caminhada pode ser tão importante como o ponto de chegada. De outro lado, Papillon sempre tenta atingir a sabedoria ou a luz (voltar para Paris, cidade luz),¹³⁵⁷ afinal, ele

¹³⁵⁴CHARRIÈRE, op. cit., p.17 e segs.

¹³⁵⁵Pode-se fazer analogia com a crítica que Claude Lefort fez à La Boétie: "La Boétie não correria o risco de apenas ocupar o lugar do senhor, se aconselhasse o povo; dando crédito à ficção de sua unidade, ele ainda manteria o desejo de servidão; apesar de seu apelo veemente em favor da liberdade, ele participaria da fantasmagoria de onde emerge o tirano. Daria ao povo o estatuto do Outro, esse estatuto que o tirano detém diante dele; em suma, ocuparia o lugar do escravo ao mesmo tempo que o do senhor." (LEFORT, Claude. **Comentários à obra de LA BOÉTIE, Etienne de:** discurso da servidão voluntária. 2.ed. Tradução de: Laymert Garcia dos Santos.São Paulo: Brasiliense, 1982. p.142).

¹³⁵⁶CHARRIÈRE, op. cit., p.17.

¹³⁵⁷CHARRIÈRE, op. cit., p.17.

está com os olhos cerrados e a luz pode cegar quem não está preparado.¹³⁵⁸ O sistema tentou padronizar Papillon, assim como o fez com tantas outras pessoas que, afinal, sucumbiram. Muitos nasceram servos e foram criados na servidão e acabaram permanecendo servos, não podendo lamentar o que nunca tiveram:¹³⁵⁹ a liberdade. Daí, quem não está na moda ou com o discurso do dia passa a ser um estranho, um *outsider* ou um 'outro' qualquer. Mas isso é uma mesmice que pode atingir a todos aqueles que não resistem – incluindo-se a polícia – e que, paradoxalmente, são vestidos com tamancos e camisas de pano cru¹³⁶⁰ e tornam-se marionetes que marcham ao som de "*À direita, em fila! Avante, marche!*"¹³⁶¹ E isso tem ligação com a visão estigmatizadora que faz o estigmatizado baixar a cabeça e o estigmatizador andar sempre no mesmo passo,¹³⁶² dependendo ironicamente uns dos outros, por algumas esmolos.¹³⁶³

Contudo, todo esse processo de designar e de ser designado como tal gera nas cabeças das pessoas impressões fundamentais que dificilmente são dissipadas, mas que nem sempre deveriam ser todas guardadas.

– Deportados, daqui por diante é a palavra pela qual vocês serão sempre designados: deportado fulano ou deportado matrícula tal, conforme ela lhes for atribuída. Desde agora, encontram-se sob as leis especiais do degredo de forçados, seus regulamentos, seus tribunais internos, que adotarão, quando preciso, as decisões necessárias a respeito de vocês. Esses tribunais autônomos podem condená-los, pelos diferentes delitos cometidos no degredo, desde a simples prisão até a pena de morte. Está claro, as penas

¹³⁵⁸CHARRIÈRE, op. cit., p.18.

¹³⁵⁹LA BOÉTIE, op. cit., p.88-90.

¹³⁶⁰CHARRIÈRE, op. cit., p.27.

¹³⁶¹CHARRIÈRE, op. cit., p.28.

¹³⁶²"Um, dois, três, quatro, cinco...catorze horas de marcha. Para bem adquirir o automatismo desse movimento contínuo, é preciso aprender a baixar a cabeça, as mãos atrás das costas, não andar nem muito depressa nem muito devagar, dar passos do mesmo tamanho e virar automaticamente numa ponta da cela, sobre o pé esquerdo, e na outra ponta, sobre o direito." (CHARRIÈRE, op. cit., p.29).

¹³⁶³CHARRIÈRE, op. cit., p.34.

disciplinares, prisão e reclusão, são efetuadas nos diferentes locais que pertencem à administração. Os policiais, que vocês vêem à sua frente, se chamam vigilantes. Quando se dirigirem a eles, vocês dirão: 'Senhor vigilante' ou 'Senhor guarda'. Após a sopa, cada um de vocês receberá um saco de viagem com as roupas para o degredo. Tudo está previsto, não deverão ter outras roupas além destas aí.¹³⁶⁴

Vale repetir: "Tudo está previsto, não deverão ter outras roupas além destas aí."

O problema é que todo esse processo se racionaliza, e a pessoas acreditam que os estigmas são o único ponto de partida, o único caminho e o único ponto de chegada. Passam a acreditar que 'tudo está previsto', tudo está pronto, as pessoas são o que são e devem ser responsabilizadas por isso, ninguém pode ser diferente, o outro é o estranho, o outro é o *outsider*. Em verdade, os estigmas são uma grande prisão, como era a prisão em que vivia Papillon.

A vantagem da vida em comum é que a gente vive, fala, pertence a uma sociedade, se é que isso pode ser chamado de sociedade. Há tanta coisa para falar, ouvir e fazer, que não se tem mais tempo para pensar. Ao constatar o quanto o passado vai-se apagando e passa a segundo plano com relação à vida do dia-a-dia, penso que, chegando ao degredo, a gente deve quase esquecer quem foi, por que foi parar ali e de que maneira, para só se ocupar com uma coisa: como cair fora. Eu me enganava, porque a coisa absorvente e mais importante é sobretudo se conservar vivo. Onde estão os tiras, os jurados, as sessões do tribunal, os magistrados, minha mulher, meu pai, meus amigos? Estão aqui, bem vivos, cada um com seu lugar no meu coração, mas a gente diria que – por causa da febre da partida, do grande salto no desconhecido, destas novas amizades e destes diferentes conhecimentos – eles não têm mais a importância de antes. Mas isso não é mais do que uma simples impressão. Quando eu quiser, no momento em que meu cérebro quiser abrir a gaveta que corresponde a cada um, eles estarão todos de novo presentes.¹³⁶⁵

Porém, o processo de estigmatização mundial não precisa obrigatoriamente perpetuar-se, pois a polícia pode adotar uma nova postura, diversa daquela que assumiu a partir do Iluminismo, ou seja, pode passar a proceder conforme aquele policial inglês que se mostrou indignado com o degredo que a justiça francesa

¹³⁶⁴CHARRIÈRE, op. cit., p.44.

¹³⁶⁵CHARRIÈRE, op. cit., p.45.

impunha aos seus condenados na Guiana Francesa.¹³⁶⁶ Se ver é viver,¹³⁶⁷ a verdadeira luz da polícia está na constatação do caminho livre de estigmas. Afinal, um homem não pode ficar 'perdido para sempre'.¹³⁶⁸

Inobstante, parece que o sentido comum é o de que o estigma deve ser evitado e, se isso já não ocorreu, deve ser extirpado como se fosse uma chaga social. E o policial pode tratar todas as pessoas, sem ser influenciado pelo passado ou qualquer outro critério que não se refira exatamente às suas condutas do momento.¹³⁶⁹ Alcançar tal objetivo é por si só um patamar desejável,¹³⁷⁰ assim como a meta de Papillon era a liberdade (sem saber o que fazer com ela depois), o que efetivamente ele conquistou.

Portanto, a polícia não precisa ver as pessoas como *outsiders* e tratá-los como *outsiders*. Desta forma, descobrir-se-ão caminhos que ainda não foram trilhados na investigação, interagindo com pessoas eventualmente suspeitas, mas sem estigmas para criar confusão e indução,¹³⁷¹ ou sem que se possa dizer que, após retirados os estigmas, não sobram suspeitos ou criminosos ou qualquer investigação.

Além disso, mesmo aqueles que praticarem atos contra a sociedade não devem ser marcados para levarem o resto de suas vidas como estigmatizados.

¹³⁶⁶"Mas não estamos de acordo é com o desterro dos condenados na Guiana Francesa. Sabemos que é um castigo desumano e indigno de uma nação civilizada como a França." (CHARRIÈRE, op. cit., p.103).

¹³⁶⁷MACEDO, op. cit., p.110.

¹³⁶⁸CHARRIÈRE, op. cit., p.104.

¹³⁶⁹"Os policiais de guarda nos cumprimentam, toda a gente sabe quem nós somos e donde viemos, mas ninguém jamais toca em qualquer assunto que diga respeito ao nosso passado." (CHARRIÈRE, op. cit., p.106).

¹³⁷⁰"Talvez seja melhor entregar à amizade dos leitores o silêncio de La Boétie: um silêncio sobre a natureza da boa sociedade, um silêncio mais do que nunca à altura da crítica das formas modernas de dominação – um silêncio para ser oposto ao nome de Um." (LEFORT, op. cit., p.171).

¹³⁷¹Ver CHARRIÈRE, op. cit., p.117 e 118.

Mesmo esses devem poder reencontrar a dignidade de alguma forma abalada, sem se perderem definitivamente na escuridão da exclusão social.¹³⁷²

Afinal, se a polícia estigmatiza e faz reverência aos estigmas, cria no estigmatizado um inimigo forte e desnecessário, deixa de viver uma certa simplicidade possível e humana¹³⁷³ e assume um pavor de ir mais longe¹³⁷⁴ e de desfrutar de uma 'boa amizade'.¹³⁷⁵

Com efeito, na tentativa de descobrir os criminosos entre os estigmatizados, a sociedade e a polícia têm 'perdido' as pessoas, deteriorando os seus corpos e as suas mentes, deixando como sobra, um profundo desalento.¹³⁷⁶ O remorso do mal causado aos outros parece ser tão palpável quanto a cura que o real abandono desse equívoco poderia levar.¹³⁷⁷ Mas a percepção do mal que representam os estigmas deverá despojar as casacas de condenados de todos os estigmatizados, encontrando-se então nos conscientes e subconscientes de estigmatizador e estigmatizado, um ponto de libertação comum.¹³⁷⁸

¹³⁷²"Na língua figurada dos presos, a gente diz que é preciso se despojar da casaca dos forçados. É mais do que isso, pois a roupa de um sentenciado não é mais do que um símbolo. É preciso não apenas se despojar da casaca, é preciso também arrancar da alma e do cérebro a marca a fogo de uma matrícula de infâmia." (CHARRIÈRE, op. cit., p.441. Ver ainda p.440).

¹³⁷³Ver CHARRIÈRE, op. cit., p.173-175.

¹³⁷⁴CHARRIÈRE, op. cit., p.205.

¹³⁷⁵"É tão bom ter um amigo na vida!" (CHARRIÈRE, op. cit., p.209).

¹³⁷⁶Ver CHARRIÈRE, op. cit., p.217, 239 e 240.

¹³⁷⁷"MACBETH – Cure-a disso, doutor. Não pode o senhor ministrar-lhe remédio para sua mente adoentada, arrancar-lhe da memória dor enraizada, apagar de seu cérebro as preocupações ali gravadas? Com algum doce antídoto que cause esquecimento, não pode o senhor esvaziar-lhe o peito oprimido das perigosas matérias que lhe pesam sobre o coração?

MÉDICO – Nesses casos, o paciente deve encontrar o seu próprio remédio." (SHAKESPEARE, William. *Macbeth*. Tradução de: Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2000. p.120).

¹³⁷⁸Ver CHARRIÈRE, op. cit., p.441, 468, 487, 489 e 490.

Só assim, com a superação dos estigmas, o monstro não seria tão mau e tão assustador, podendo-se até dialogar com ele e fazer como faria o moleque travesso de Paris que vence os seus medos mais profundos, embora não os elimine absolutamente, mas saúda o monstro: – Olá, bicho-papão!¹³⁷⁹

¹³⁷⁹"O moleque de Paris é Rabelais criança.

Não fica satisfeito com as calças se não tiverem o bolsinho do relógio.

Admira-se pouco, assusta-se menos ainda, zomba cantando das superstições, arrasa os exageros, faz blague dos mistérios, mostra a língua às almas do outro mundo, despoetisa as grandiosidades, introduz a caricatura nos grandes acontecimentos épicos. Mas não pensem que ele seja prosaico; longe disso; ele substitui a visão majestosa pela fantasmagoria cômica. Se Adamastor lhe aparecesse, o moleque lhe diria: – Olá, bicho-papão!" (HUGO, Victor. **Os miseráveis**. Tradução de: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Cosac & Naify, 2002. p.19). Quando Victor Hugo estuda o 'átomo de Paris', assim se refere ao moleque travesso: "Ele é alegre. Não come todos os dias, mas se lhe dá na telha, vai todas as noites ao teatro. Não tem camisa no corpo, nem sapatos nos pés, nem teto sobre a cabeça; é como as moscas do céu, que nada possuem de tudo isso. Sua idade vai dos sete aos treze anos; vive em bandos, anda pelas ruas, dorme ao ar livre, usa as velhas calças do pai que lhe chegam ao calcanhar, um velho chapéu de outro pai lhe cobre as orelhas, um único suspensório de pano amarelo; corre, espreita, pede, perde tempo, fuma cachimbo, blasfema como um condenado, frequenta as tavernas, conhece ladrões, é amigo das meretrizes, fala gíria, canta versos obscenos e nada tem de mal no coração. É que tem na alma uma pérola, a inocência, e as pérolas não se dissolvem na lama. Enquanto o homem é criança, Deus quer que seja inocente.

Se perguntassem à grande cidade: – Mas quem é ele? – ela responderia: – É o meu filho." (HUGO, op. cit., p.17).

CONCLUSÃO

1. O exagero de leis penais promulgadas na atualidade fere os princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e lesividade, gerando problemas que podem ser enunciados como a descodificação, transnacionalização, frontalismo, renormalização e banalização. Isso contribui para a sobrecarga da polícia que, impossibilitada de atender à enorme quantidade de crimes praticados pela generalidade das pessoas, elabora uma verdadeira seleção de pessoas que responderão diante do sistema penal.
2. Ainda que a legislação correspondesse a um Direito Penal Mínimo, os métodos hermenêuticos tradicionais não oferecem um critério seguro de interpretação das regras penais e processuais e, além disso, os métodos críticos também podem receber, acrescentadas as contestações mais recentes, a crítica de que, ao lado das regras jurídicas e hermenêuticas, há outras regras paralelas que atuam influenciando o intérprete (juiz, advogado, policial ou qualquer outro sujeito) e que não têm relação com as regras jurídicas. Essas regras paralelas (meta-regras) funcionam como princípios, leis ou regras subjetivas e objetivas que são decisivas no momento de aplicação da regra jurídica.
3. A Criminologia Crítica deixara o conceito de meta-regras um tanto flutuante, sem defini-lo com precisão. No presente trabalho, procurou-se torná-lo objetivo ao equiparar a meta-regra ao estigma, pois os estigmas atuam com forças decisivas sobre os policiais no instante da seleção dos suspeitos. Destarte, explica-se em que consiste a cifra de pessoas que não escapa da seleção penal (o inverso da cifra oculta), isto é, preferencialmente o estigmatizado. Os demais operadores do direito e a sociedade em geral também interpretam as regras jurídicas conforme as meta-regras (estigmas). A doutrina crítica da Criminologia equipara, em

rápidas passagens, estigmas com meta-regras (embora sem dizê-lo expressamente); fator este que possibilitará uma maior aceitação da constatação de que os estigmas funcionam como meta-regras.

4. A polícia tem sua existência histórica entrelaçada com a estigmatização. Geralmente, a atribuição de crime a alguém está relacionada com o estigma da pessoa, isto é, só excepcionalmente alguém que não é estigmatizado será investigado pela polícia ou terá uma pena aplicada pelo sistema. Isso implica que: a) uma infinidade de pessoas que pratica delitos é simplesmente ignorada porque não possui estigmas determinantes; b) os estigmatizados que praticam delitos são aqueles predominantemente escolhidos para a criminalização (secundária), isto é, responderão por todos; c) muitos estigmatizados inocentes são criminalizados no lugar dos verdadeiros autores dos delitos, porque o estigma age como um fator de induzimento da polícia.
5. O estigma possui um aspecto objetivo e exterior, tal como a pobreza, a deficiência física, o fato de ser mulher ou religioso e um aspecto subjetivo que consiste numa valoração social negativa. O estudo histórico permite constatar que o estigma não se justifica racionalmente e origina-se por meras contingências ou circunstâncias aleatórias. Logo, para fundamentar que a polícia atue sem a influência de estigmas ou que o direito não estabeleça regras estigmatizadoras, não se deve procurar responder a 'por que não estigmatizar' ou 'por que não atuar sob a influência de estigmas', mas sim responder à pergunta: 'por que criar e manter estigmas, se eles não tem fundamento racional'?!'
6. Os principais estigmas que influenciam o comportamento social e da atividade policial são o da pobreza, da mulher, raça não predominante e religião. Esses estigmas surgiram de forma aleatória nos povos antigos e incorporaram-se nas suas legislações (dos babilônios aos

assírios, dos egípcios aos hebreus, dos chineses aos hindus, dos gregos aos romanos etc.) criando uma aparência de racionalidade e de necessidade. Com o passar do tempo e com os movimentos emancipatórios (v.g., o Iluminismo) que conseguiram em parte superar os estigmas, a legislação foi tornando-se modificada e alijou-se em grande parte do direito escrito os estigmas, mas a prática policial e jurídica continuou empregando os estigmas como meta-regras.

7. Em geral, os estigmas da pobreza e da raça não predominante conduzem à maior perseguição policial e seleção dos estigmatizados para o sistema penal. O estigma da religião segue o mesmo raciocínio, contudo nessa hipótese criam-se também meta-regras para a seleção conforme princípios religiosos discriminadores, como é o caso do 'policial justiceiro', do 'promotor justiceiro' e do 'político justiceiro' que rompem as regras jurídicas em nome de preceitos religiosos diversos. Quanto à mulher, o estigma estabelece múltiplas regras: a) a mulher não teria 'tanta dignidade quanto o homem' para praticar os mesmos delitos, logo, não os praticaria em grande quantidade (autor insuspeito); b) a mulher 'não deve ser punida, pois a sua punição social é outra'; c) a mulher é 'uma vítima aceitável para certos crimes' (v.g., crimes sexuais e de lesões corporais). Outros estigmas também podem ser considerados como meta-regras, conforme se verificou no estudo da deficiência física e mental. Aliás, a criação e manutenção de estigmas tem sido inesgotável.
8. O Direito, que sempre procurou justificar seus fins de forma geral e abstrata, como v.g. as teorias retributivas e preventivas da pena, em verdade, sempre esteve vinculado a estigmas, pois nas legislações antigas a pena visava atingir o estigmatizado e, nos sistemas atuais, as meta-regras (estigmas) encarregam-se de atingi-lo informalmente. Logo, a visão do Direito que faria mais sentido ao adotar teoria justificativa de fins ou de procedimentos seria aquela que tivesse em vista a negação

de estigmas. Destarte, pode-se supor que as teorias dos fins da pena nunca tiveram aplicação geral em massa, não se podendo averiguar quais seriam os seus reais efeitos e as reformulações que sofreriam se efetivamente fossem aplicadas nas pessoas que praticavam delitos, sem discriminações conforme os estigmas.

9. Se a constatação pura de estigmas como meta-regras que atuam na atuação policial pode, por si só, justificar a pesquisa levada a efeito, entretanto, a polícia também pode empreender atividade que tenha como diretriz a negação de estigmas, consolidando assim um verdadeiro 'modelo-experiência' para o sistema jurídico e social. Com isso, a polícia seria mais respeitada e o policial menos estigmatizado, tomando essa instituição o seu terceiro rumo na história, isto é, após a fase inicial de serviço exclusivo prestado ao poder déspota e seguida do Iluminismo que lhe conferiu um sentido estatal e vinculado à legalidade, assumiria o seu papel de trabalho que nega estigmas e orienta a sua atividade como um 'balão que filma a cidade inteira' e não somente o quintal dos estigmatizados.
10. A perspectiva de negação de estigmas encontra infinitos exemplos na literatura, filosofia e na experiência de vida das pessoas e instituições, tornando perfeitamente factível a idéia de negação de estigmas como modelo de atuação e diretriz a ser seguida como fórmula geral da sociedade. De regra, não se faz experiência com pessoas, como se fossem experimentos de laboratório, mas a exceção pode ser observada quando a experiência valoriza a vida e o respeito do ser humano, negando o tratamento desigual em nome de uma marca que, inobstante o pretexto de ser negativa, nunca conseguiu estabelecer um sinal de efetiva diferença comprovado entre as pessoas. Ao contrário, o que parece ter sido válido como fator de diferença é o aspecto positivo e singular encontrado em cada um.

REFERÊNCIAS

ACHADO o mais antigo fóssil de ancestral humano. **Gazeta do Povo**, Curitiba, quinta-feira, 11 de julho de 2002. Mundo.

ALBERGARIA, Jason. **Criminologia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

ALBERT, Susan Wittig. **Mulher por conta própria**: como encontrar alternativas para a realização profissional e pessoal. Tradução de: Beatriz Raposo Medeiros. São Paulo: Círculo do Livro, 1992.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Kriminologie**: Juristische Kurz-Lehrbücher. München: C.H. Beck, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.reimp. Tradução de: Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Processo criminal brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.

AMAR, Ayush Morad. **Temas de criminologia**. São Paulo: Resenha Universitária, 1982. v.2.

AMBOS, Kai. Presentación. In: **La policía en los estados de derecho latinoamericanos**: un proyecto de investigación. AMBOS, Kai; COLOMER, Juan-Luis Gómez; Vogler, Richard (Coord.). Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2003.

ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: RT, 1992.

ANDRADE, Vera Regina de. Da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 14.ed. Milano: Giuffrè, 1997.

AQUINO, J. C. G. X.; NALINI, J. R. **Manual de processo penai**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Tradução de: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ASTUTI, Guido. O absolutismo esclarecido em Itália e o estado de polícia. In: HESPANHA, Antonio Manuel (Coord.). **Poder e instituições na Europa do antigo regime**: colectânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982.

ASÚA, Luis Jiménez. **Tratado de derecho penal**. 4.ed. Buenos Aires: Losada, 1964.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução de: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 5.ed. Rio de Janeiro: Delta, 1986. 5v.

AURÉLIO, Marco. **Meditações**. Tradução de: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2001.

AZKOUL, Marco Antonio. **A polícia e sua sanção constitucional**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BACILA, Carlos Roberto. A violação dos direitos humanos e o estigma do suspeito e do policial. In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito penal e processual penal**: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BACILA, Carlos Roberto. A evolução dialética do federalismo clássico para o moderno e as possibilidades de soluções dialéticas para o futuro. **Verba Iuris/Revista de Estudos Jurídicos**, Curitiba, Ano III, n.2, mar. 2001.

BACILA, Carlos Roberto. **Polícia X direitos humanos. Diligências policiais de urgência e direitos humanos**: o paradigma da legalidade. Curitiba: JM, 2002.

BACILA, Carlos Roberto. **Síntese de direito penal**. 3.ed. Curitiba: JM, 2001.

BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A inquisição**. Tradução de: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

BALESTRA, Carlos Fontán. **Tratado de derecho penal**. 2.ed., 4.reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2.ed. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARATTA, Alessandro. El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo**: el género del derecho penal. Buenos Aires: Biblos, 2000.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. Tradução de: Ana Paula Zomer. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARBEIRO, Heródoto. **Curso de história geral**. São Paulo: Harper & Row do Brasil, 1984.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUDELAIRE, Charles. **Sobre a modernidade**: o pintor da vida moderna. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

BAUMANN, Jurgen. **Derecho procesal penal**: conceptos fundamentales y principios procesales. Tradução de: Conrado Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BECKER, Howard S. **Método de pesquisa em ciências sociais**. 4.ed. Tradução de: Marco Estevão e Renato Aguiar. São Paulo: Hucitec, 1999.

BECKER, Howard S. **Outsiders. Studies in the sociology of deviance**. 21.ed. New York: MacMillan, 1973.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: saggi di sociologia della devianza. 4.ed. Tradução de: Claire-Lise Vuadens, Mauro Croce e Diego Brignoli. Torino: Gruppo Abele, 1997.

BERBERI, Marco Antonio. Reflexos da pós-modernidade no sistema processual penal brasileiro (algumas considerações básicas). In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**: o papel do novo juiz no processo penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001. p.58.

BERGALLI, Roberto. **La recaída en el delito**: modos de reaccionar contra ella. La perspectiva histórico-penal en la República Argentina y su análisis según el enfoque del etiquetamiento – 'Labelling-Approach'. Barcelona: Sertesa, 1980.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Campinas: Red, 2000.

BEVILAQUA, Clovis. **Criminologia e direito**. Campinas: Red, 2001.

BÍBLIA. **Estudando a palavra de Deus**. São Paulo: FTD; Petrópolis: Vozes, 1995.

BIRGIN, Haydée. Prólogo. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo**: el género del derecho penal. Buenos Aires: Biblos, 2000.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas alternativas. São Paulo: RT, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal**. Porto Alegre: Acadêmica e Edipucrs, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, Vavy Pacheco. **O que é história**. 2.ed. 5.reimp. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOVINO, Alberto. Delitos sexuales y justicia penal. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo**: el género del derecho penal. Buenos Aires: Biblos, 2000.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRUNO, A. **Direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CAMARGO ARANHA, J. Q. T. **Da prova no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

CAMPOS, F. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. [S.l.], 8 set. 1941.

CAMUS, Albert. **O homem revoltado**. 4.ed. Tradução de: Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Record, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **CANOTILHO e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

CARBASSE, Jean-Marie. **Histoire du Droit Pénal et de la Justice Criminelle**. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de: José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2.ed. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. 2.imp. Tradução de: Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. Tradução de: José Luiz V. de Franceschini e J. R. Prestes Barba. São Paulo: Saraiva, 1957. v.2.

CARVALHO, Amílton Bueno de. As majorantes nos crimes sexuais violentos. In: CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Amílton Bueno de. Nós, juízes, inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito penal e processual penal**: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de. A aplicação da pena no estado democrático de direito e garantismo: considerações a partir do princípios da secularização. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**: uma leitura de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **CANOTILHO e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

CASTAN TOBEÑAS, Jose. **Los derechos del hombre**. 4.ed. Madrid: Reus, 1992.

CASTIGLIONE, Teodolindo. **Lombroso perante a criminologia contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1962.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução de: Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. **Do patrulhamento ao policiamento comunitário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de: Eliana Granja et al. São Paulo: RT, 1995.

CHALITA, Gabriel. **Mulheres que venceram preconceitos**: mulheres célebres que trouxeram e trazem benefícios à sociedade. Rio de Janeiro: Imagem, 1996.

CHAPMAN, Dennis. **Sociology and the stereotype of the criminal**. London: Tavistock Publications, 1968.

CHARRIÈRE, Henri. **Papillon**: o homem que fugiu do inferno. Tradução de: Círculo do Livro. São Paulo: Círculo do Livro, s.d.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2.ed. Rio de Janeiro, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Relatório Brasileiro. In: AMBOS, Kai; COLOMER, Juan-Luis Gómez; VOGLER, Richard (Coord.). **La policía en los estados de derecho latinoamericanos**: un proyecto de investigación. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2003.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Tradução de: Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CIPOLA, Ari. 'Gangue fardada' tem 'tabela de morte'. **Folha de S. Paulo**, 01 mar. 1998.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

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

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, Ano 7, n.12, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Prefácio. In: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.255-259.

COLÔMBIA: governo acusa guerrilheiros das FARC pelo atentado que deixou 162 feridos. Explosão em clube no centro de Bogotá mata 26 pessoas. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 9 de fevereiro de 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COQUARD, Olivier. **Marat**: o amigo do povo. Tradução de: C.H. Silva. São Paulo: Scritta, 1996.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1998.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: RT, 1995.

CORTAZAR, Garcia de. **História rural medieval**. Tradução de: Maria Helena Costa Dias. Lisboa: Estampa, 1996.

COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1987.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Tradução de: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Invalidez processual**: um estudo para o processo do trabalho. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

COUTINHO, Ubirajara et. al. **Mitologia**. 2.ed. São Paulo: Abril, 1976. v.3.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.2.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998.

CUESTA, Jose Maria Luzon. **Compendio de derecho penal**: parte general. 2.ed. Madrid: Dykinson, 1986.

DAVIS JR., Sammy; BOYAR, Jane; BOYAR, Burt. **Sim, eu posso**. Tradução de: Maria Antonieta Tróia. Rio de Janeiro: Bloch, 1968.

DELPINO, Luigi. **Diritto penale**. 12.ed. Napoli: Simone, 1998.

D'HONDT, Jacques. **Hegel**. Tradução de: Emília Piedade. Lisboa: Edições 70, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DIRIGÍVEL estréia quinta-feira. **Jornal do Brasil**, terça-feira, 3 de setembro de 2002, A4.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2.ed. Tradução de: Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2.ed. Tradução de: Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

DUSSEL, Enrique. **Teologia da libertação**: um panorama de seu desenvolvimento. Tradução de: Francisco da Rocha Filho. Petrópolis: Vozes, 1999.

EINSTEIN, Albert. **A teoria da relatividade especial e geral**. 1.reimp. Tradução de: Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

ELBERT, Carlos Alberto. **Manual básico de criminologia**. Tradução de: Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

ESER, Albin. Prólogo. In: AMBOS, Kai; COLOMER, Juan-Luis Gómez; VOGLER, Richard (Coord.). **La policía en los estados de derecho latinoamericanos**: un proyecto de investigación. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2003, p.X.

ESER, Albin. **Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima**. Tradução de: Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

FAZOLI FILHO, Arnaldo. **História geral**. São Paulo: Editora do Brasil, 1981.

FERNANDES, Newton; CHOFARD, Getúlio. **Sociologia criminal**. São Paulo: Rumo, 1995. v.2.

FERRACUTI, Franco. **Temas de criminologia**. Tradução de: Marie Madaleine Hütyra. São Paulo: Resenha Universitária, 1975.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 4.ed. Tradução de: Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução de: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRI, Enrico. **Defesas penais e estudos de jurisprudência**. Tradução de: Vergínia Küster Puppi. Campinas: Bookseller, 2002.

FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Tradução de: Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

FERRIN, Emma Montanos; SANCHEZ-ARCILLA, Jose. **Estudios de historia del derecho criminal**. Madrid: Jacaryan, 1990.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução de: Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIERRO, Guillermo J. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In: **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal/sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FLORA, Giovanni; TONINI, Paolo. **Nozioni de diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1997.

FOLTER, Rolf S. de. Sobre la fundamentacion metodologica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal: una comparacion de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. In: FOLTER, Rolf S. et al. **Abolicionismo penal**. Tradução de: Mariano Alberto Ciafardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Abuso de autoridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FONSECA, Antonio Cezar Lima. **Abuso de autoridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 9.ed. Tradução de: Ligiam Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1991.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 2.ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução de: José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4.ed. Tradução de: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALEANO, Eduardo. **Mulheres**. Tradução de: Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. **Temas de direito penal e processo penal**: em especial na justiça federal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4.ed. 34.tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1972.

GAROFALO, R. **Criminologia**. Tradução de: Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Péritas, 1997.

GAROTINHO afirma que favela ficará ocupada. **O Globo**, Rio de Janeiro, sexta-feira, 06 de maio de 2003.

GEHRINGER, Max et al. A verdade sobre GLADIADOR. **Super Interessante**, São Paulo, Ano 15, n.4, 2001.

GEHRINGER, Max et al. Pizza à califórnia. **Vip**, São Paulo, Ano 20, n.4. p.98-101, 2001.

GENNARO, Giuseppe di. Velhas e novas hipóteses sobre a criminalidade feminina. In: FERRACUTI, Franco (Org.). **Temas de criminologia**. Tradução de: Marie Madaleine Hütyra. São Paulo: Resenha Universitária, 1975.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2.ed. Tradução de: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao direito romano**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991.

GLEISER, Marcelo. **A dança do universo**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4.ed. Tradução de: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 6.ed. Tradução de: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1999.

GOLDENBERG, Ricardo. O cão. **Discurso Psicanalítico**: Goza! Capitalismo, Globalização e Psicanálise, Salvador, n.6, 1997.

GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**: as concepções de estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. 16.ed. Tradução de: Dario Canali. Porto Alegre: L&PM, 2001.
- GUHL, E.; KONER, W. **Los romanos**: su vida y costumbres. Tradução de: María Jesús Sevillano. Madrid: M.E. Editores, 1997.
- HASSEMER, Winfried. **Crítica ao derecho penal de hoy**. Tradução de: Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de: Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.
- HEMINGWAY, Ernest. **O velho e o mar**. 15.ed. Tradução de: Fernando de Castro Ferro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1973.
- HERCOVICH, Inés. La violación sexual: un negocio siniestro. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo**: el género del derecho penal. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- HERMIDA, Borges. **Hitória geral**: antiga e medieval. São Paulo: FTD, 1994.
- HERSH, Seymour. **O lado negro de Camelot**: sexo e corrupção na era Kennedy. 4.ed. Tradução de: Betina Gertum Becker e Lúcia Brito. Porto Alegre: L&PM, 1988.
- HOBBSAWM, Eric J. **A Revolução Francesa**. Tradução de: Maria Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- HUGO, Victor. **Os miseráveis**. Tradução de: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.
- HULSMAN, Louk H. C. et al. **Abolicionismo penal**: la criminologia critica y el concepto de delito. Tradução de: Mariano Alberto Cifardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- INSPETOR é suspeito de ter atirado em Luciana. **O Globo**, Rio de Janeiro, domingo, 18 de maio de 2003.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: Parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JAMES, William. **Pragmatismo**: cartas, conferências e outros escritos. Tradução de: Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- JAUCHEN, Eduardo M. **La prueba em materia penal**. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 1996.
- JERUSALINSKY, Alfredo. Mocinhos ou bandidos? A lei não se sustenta quando prevalece o imaginário. **Psicanálise em Tempos de Violência**, Porto Alegre: Ano VI, n.12.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte especial. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.3.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. 2.ed. Tradução de: Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Immanuel. **A religião nos limites da simples razão**. Tradução de: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1992.

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de: Editora Rio. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 2.ed. 1. reimp. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5.ed. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KOSOVSKI, Ester. **Livro de estudos jurídicos. Abuso de poder**: novas medidas contra a prepotência. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v.2.

KUEHNE, Maurício et. al. **Lei dos juizados especiais criminais**: lei n.º 9.099/95. Curitiba: Juruá, 1996.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.ed. Tradução de: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LA BOÉTIE, Etienne de. **Discurso da servidão voluntária**. 2.ed. Tradução de: Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Brasiliense, 1982.

LARRANDART, Lucila. Control social, derecho penal y género. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo**: el género del derecho penal. Buenos Aires: Biblos, 2000.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. 2.ed. México (DF): Siglo Veintiuno, 1992.

LAST, Hugh. Família e vida social. In: BAILEY, Cyril (Org.). **O legado de Roma**. Tradução de: Mauro Papelbaum e Luiz Carlos Lucchetti Gondim. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Tradução de: Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978.

LEA, John; MATTHEWS, Roger; YOUNG, Jock. El estado y el control del delito: enfoques relativos a la actividad diversificada de sus agencias. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). **Sistema penal e intervenciones sociales**: algunas experiencias en Europa. Barcelona: Hacer, 1993.

LEAL, João José. **Curso de direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LEFORT, Claude. **Comentários à obra de LA BOÉTIE, Etienne de**: discurso da servidão voluntária. 2.ed. Tradução de: Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Brasiliense, 1982.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

LEVI, Adolfo. **Historia de la filosofía romana**. 2.ed. Tradução de: Héctor Pozzi. Buenos Aires: Eudeba, 1979.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito**. Tradução de: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Roberto Kant. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro**: seus dilemas e paradoxos. 2.ed. Tradução de: Otto Miller. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. Tradução de: Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LOMBROSO, César. **O homem delinqüente**. Tradução de: Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LOPES JR., Aury. A crise do inquérito policial. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LÓPES-REY, Manuel. **Crime**: um estudo analítico. Tradução de: Regina Brandão. Rio de Janeiro: Artenova, 1973.

LÓPEZ-REY y ARROJO, Manuel. **Compendio de criminología y política criminal**. Madrid: Tecnos, 1985.

LOZANO, André. Abuso de autoridade é mais denunciado. **Folha de S. Paulo**, 03 jul. 1998.

LUCAS, Javier de. **Europa**: convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorias. Reimpressão. Madrid: Tecnos, 1994.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO, Joaquim Manuel de. **A luneta mágica**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**. São Paulo: RT, 1987.

MACHADO, Luiz Alberto. O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coord.). **Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: RT, 1992.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito penal**. 2.ed. Bauru: Edipro, 2001.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. Bauru: Edipro, 2001.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal argentino**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. Tomo I. v.1b.

MALATESTA, N. F. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de: J. Alves de Sá. Lisboa: Teixeira, 1911.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. 3.ed. Padova: Cedam, 1992.

MARAT, Jean Paul. **Disegno di Legislazione Criminale**. Tradução de: Marco Antonio Aimó. Milano: Cisalpino, 1971.

MARMO, Pamphilo. **Memórias policiais**. São Paulo: Casa Vanorden, 1927.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARTELL, Hazel Mary. **O mundo antigo**. 5.ed. Tradução de: Antivan Guimaraens Mendes. São Paulo: Melhoramentos, 2001.

MARTINEZ, Milton Hugo Cairolí. **El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales**. Montevideo: Fundacion de Cultura, 2000.

MARTÍNEZ, Soares. **Filosofia do direito**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

MARTINS, Sergio Pinto. **Práticas discriminatórias contra a mulher e outros estudos**. São Paulo: LTr, 1996.

MAUDALE, Jacques. **César**. Tradução de: Alberto Horovitz. 4.ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1981.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. Tradução de: Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica jurídica e aplicação do direito**. 18.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Exame criminológico**: execução penal. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Do inquérito policial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. M. **Manual do processo penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

MELMAN, Charles. **Alcoolismo, delinquência, toxicomania**: uma outra forma de gozar. Tradução de: Rosane Pereira. São Paulo: Escuta, 1992.

MELMAN, Charles. **Imigrantes**: incidências subjetivas de mudanças de língua e país. Tradução de: Rosane Pereira. São Paulo: Escuta, 1992.

MELO, Carlos Antônio de Almeida. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **CANOTILHO e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

MELVILLE, Herman. **Moby Dick**. London: Penguin Books, 1994.

MELVILLE, Herman. **Moby Dick**. Tradução de: Berenice Xavier. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1981.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Elogio da filosofia**. 3.ed. Tradução de: Antonio Braz Teixeira. Lisboa: Guimarães Editores, 1986.

MESTIERI, J. **Teoria elementar do direito criminal**. Rio de Janeiro: Ed. do Autor, 1990.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**: o papel do novo juiz no processo penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3.tir. Curitiba: Juruá, 1998.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v.78, 2002. (Separata)

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: **Direito e neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, 1996.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Reforma Penal e o Ministro Cernicchiaro. **Estudos Jurídicos**, Curitiba, v.2, n.1, ago. 1995.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **CANOTILHO e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; CARVALHO, Edward Rocha de. O absurdo das denúncias genéricas (ou, o mágico de Oz e o Estado Leviatã, uma simbiose sinistra). In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.

MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de: Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1871.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos/introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 4.ed. São Paulo: RT, 2002.

MOMMSEN, Teodoro. Derecho penal romano. 2.ed. reimp. Tradução de: P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

MONTEIRO, Whashington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de: Bertrand Brasil Editora São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MONTESQUIEU. **Grandeza y decadencia de los romanos**. Madrid: Alba, 1999.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 22.ed. São Paulo: RT, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Bismael B. **Direito e polícia**: uma introdução à polícia judiciária. São Paulo: RT, 1986.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NEWTH, Eirik. **Breve Storia della Scienza**: la Ricerca della Verità. Firenze: Salani, 1998.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Leis especiais**: aspectos penais. 5.ed. São Paulo: Leud, 1996.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUNES, Danillo. **A Bastilha e a Revolução**. Rio de Janeiro: Record, 1989.

NUÑEZ, Ricardo C. **Manual de derecho penal**: parte general. 3.ed. Córdoba/Buenos Aires: Lerner, 1977.

OGILVIE, Robert M. **Le origini di Roma**. Tradução de: Milena Dai Pra Piovesana, Bologna: Il Mulino, 1984.

OLGIATI, Etti. As ações afirmativas na Itália e um olhar sobre a Europa. In: DELGADO, Didice G.; CAPPELLIN, Paola; SOARES, Vera (Orgs.). **Mulher e trabalho**: experiências de ação afirmativa. São Paulo: Boitempo, 2000.

OLIVEIRA DA SILVA, Katia Elenise. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

OS CONFLITOS de Terra no Governo FHC. **Folha de S. Paulo**, 10 fev. 1998.

OSTERMANN, N. W.; KUNZE, I. C. **Às armas, cidadãos! A França Revolucionária (1789-1799)**. 2.ed. São Paulo: Atual, 1995.

OTANO, Graciela Edit. La mujer y el derecho penal: una mirada de género. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal**. Buenos Aires: Biblos, 2000.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Tradução de: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PATE, Kimberly. Ação afirmativa nos Estados Unidos. In: DELGADO, Didice G.; CAPPELLIN, Paola; SOARES, Vera (Orgs.). **Mulher e trabalho: experiências de ação afirmativa**. São Paulo: Boitempo, 2000.

PAUTASSI, Laura C. El impacto de las reformas estructurales y la nueva legislación laboral sobre la mujer en la Argentina. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Ley, mercado, y discriminación: el género del trabajo**. Buenos Aires: Biblos, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.4.

PEREIRA, Cáo Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Tradução de: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PHILBRICK, Nathaniel. **No coração do mar: a história real que inspirou o Moby Dick de Melville**. 1.reimp. Tradução de: Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: RT, 1983.

PLUTARCO. Alexandre e César. **Vidas comparadas**. Tradução de: Hélio Veja. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1985.

POMMIER, Gérard. **Freud apolítico?** Tradução de: Patrícia Chitonni Ramos. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

PONTES DE MIRANDA. **Sistema de ciência positiva do direito: investigação científica e intervenção na matéria social**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo 4.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **CANOTILHO e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1999.

QUEIROZ, Rachel de. Moby Dick, a fera do mar. Prefácio da obra de MELVILLE, Herman. **Moby Dick**. Tradução de: Berenice Xavier. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1981.

QUEIROZ, Tereza Aline Pereira de. **As heresias medievais**. 3.ed. São Paulo: Atual, 1988.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6.ed. Tradução de: L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4.ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 2.ed. São Paulo: Bushatsky, 1974.

REALE, Miguel. **Memórias**. São Paulo: Saraiva, 1987. v.2.

REZENDE, Claudia; MAGGIE, Yvonne. Prefácio. In: _____ (Org.). **Raça como retórica: a construção da diferença**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

RÍO, Alfredo gil del. **La santa inquisición: sus principales procesos contra la brujería en España**. Madrid: Edimat, 1999.

RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. Proêmio à segunda edição, da obra de CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2.ed. Tradução de: Eliana Granja...et al. São Paulo: RT, 1995.

ROCHA, Luiz Carlos. **Organização policial brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRÍGUEZ, Marcela. Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal**. Buenos Aires: Biblos, 2000.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão veredas**. 19.ed., 3.reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

ROSA DE ANDRADE, Lédio. **Direito ao direito**. Curitiba: JM, 2001.

ROSAL, M. Cobo del; ANTÓN, T. S. Vives. **Derecho penal: parte general**. 4.ed. Valencia: Tirant to Blanch, 1996.

ROSONI, Isabella. Dalle codificazioni preunitarie al Codice Rocco. In: INSOLERA, G.; MAZZACUVA, N.; PAVARINI, M. e ZANOTTI, M. (Org.). **Introduzione al sistema penale**. Torino: G. Giappichelli, 1997.

ROSTOVTZEFF, M. **História de Roma**. 2.ed. Tradução de: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 2.ed. Tradução de: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, s.d.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general – fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de: Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Tradução de: Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **A volta do viajante apressado**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1999.

SACK, Fritz. **Crime, law and social change – socio-political change and crime**: a discourse on theory and method in relation to the new face of crime in Germany. Netherlands: Kluwer Academic, 1995.

SACK, Fritz. Selektion und Selektionsmechanismen. In: KAISER, Günther et al. (Org.). **Kleines Kriminologisches Wörterbuch**. Stuttgart: C.F.Müller, 1993.

SAGAN, Carl. **Pálido ponto azul**: uma visão do futuro da humanidade no espaço. Tradução de: Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANSONE, Livio. Não-trabalho, consumo e identidade negra: uma comparação entre Rio e Salvador. In: MAGGIE, Yvonne; REZENDE, Claudia Barcellos (Org.). **Raça como retórica**: a construção da diferença. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: RT, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9.ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**: análise jurídico-penal da lei n.º 7.716/89 e aspectos correlatos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SANTOS, Maria Januária Vilela. **História antiga e medieval**. 23.ed. São Paulo: Ática, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. 30.ed. Tradução de: Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1988.

SCHIERA, Pierangelo. A 'polícia' como síntese de ordem e de bem-estar no moderno estado centralizado. HESPANHA, Antonio Manuel (Coord.). **Poder e instituições na Europa do antigo regime**: colectânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982.

SCHMIDT, Mario Furley. **Nova história crítica**. São Paulo: Nova Geração, 1999.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Da morte e sua relação com a indestrutibilidade do nosso ser-em-si**. Tradução de: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

SCHWARTZ, Bernard. **O federalismo norte-americano atual**. Tradução de: Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

SHAKESPEARE, William. **Macbeth**. Tradução de: Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2000.

SILVA, Adalberto Prado e. **Nôvo dicionário brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Melhoramentos, 1964. v.1.e.4.

SILVA, Da Costa e. **Dicionário universal de curiosidades**. São Paulo: Cil, s.d. v.4.

SILVA, Jorge da. A ação da polícia e direitos humanos. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coord.). **Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v.2.

SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. São Paulo: Led, 1994.

SINGER, Peter. **Hegel**. Tradução de: Luís Filipe Teixeira. Lisboa: Dom Quixote, 1986.

SOLER, S. **Derecho penal argentino**. 5.ed. 11. reimp. Buenos Aires: Tea, 1999.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei 9.613/98. Curitiba: Juruá, 1999.

STEINERT, Heinz. Mas alla del delito y de la Pena. In: FOLTER, Rolf S. et al. **Abolicionismo penal**. Tradução de: Mariano Alberto Ciafardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

STRECK, Lenio Luiz. Criminologia e feminismo. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. **Princípios de criminologia**. Tradução de: Asdrubal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. **American Sociological Review**, New York, v.5., n.1, p.1, 1940.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. **Principles of criminology**. 7.ed. Philadelphia e New York: Lippincott, 1966.

SZNICK, Valdir. **Novos crimes e novas penas no direito penal**. São Paulo: Leud, 1992.

TAL, Miguel. **Practica de ajedrez magistral**. 4.ed. Tradução de: Boyan Marcof. Barcelona: Catalan, 1976.

TAVARES, António Augusto. **Impérios e propaganda na antigüidade**. Lisboa: Presença, 1988.

TAVARES, Juarez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In: **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. São Paulo: LED, 1996.

TIEDEMANN, K.; ROXIN, C.; ARZT, C. **Derecho penal y derecho penal procesal**. Tradução de: Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomber. Barcelona: Ariel, 1989.

TOLEDO, Caio Alves; DA COSTA E SILVA e CARVALHO, Mirtis de. **Dicionário universal de curiosidades**. São Paulo: CIL, 1964.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3.

TRIBUNAL egípcio condena gays. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 16 de março de 2003.

TUBENCHLAK, James. **Crise social e delinquência**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

VALENZUELA, María Elena. Igualdade de oportunidades e discriminação de raça e gênero. In: POSTHUMA, Anne Caroline (Org.). Abertura e Ajuste do Mercado de Trabalho no Brasil: Políticas para Conciliar os Desafios de Emprego e Competitividade. Tradução de: Christina Có. São Paulo: Editora 34, 1999.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria geral do direito**: teoria da norma jurídica. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Tradução de: Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

VIANA, Jorge Candido S. C. **Como peticionar no juízo criminal**: alguns comentários sobre as matérias abordadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIANNA, Segadas. Trabalho da mulher. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. (Coord.). **Instituições de direito do trabalho**. 19.ed. 2.tir. São Paulo: LTr, 2000. v.2.

VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi, Código de Manu, Lei das XII Tábuas**. Bauru: Edipro, 1994.

VIOLÊNCIA: Parentes e amigos da aluna de enfermagem atingida por bala perdida rezam pela sua recuperação. **O Globo**, Rio de Janeiro, sexta-feira, 09 de maio de 2003.

VIRGOLINI, Julio E. S. El control social y su articulación con el sistema penal. In: VIRGOLINI, Julio E.S. et al. **El sistema penal argentino**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

VÍTIMA de racismo ganha indenização na justiça. **Gazeta do Povo**, Curitiba, abril de 2003, p.07.

VOLTAIRE. **Cândido ou o otimismo**. Tradução de: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

VOLTAIRE. **Dicionário filosófico**. Tradução de: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet, 1899.

WALKER, Joseph M. **La Grecia antigua**. Madrid: M. E. Editores, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

WELLS, Herbert Georges. **História universal**. 7.ed. Tradução de: Anísio Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Tradução de: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro. WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: BIRGIN, Haydée (Coord.). **Las trampas del poder punitivo**: el género del derecho penal. Buenos Aires: Biblos, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In: **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. 6.ed. Buenos Aires: Ediar, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 'Tenda dos milagres' ou a denúncia do 'apartheid' criminológico. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coord.). **Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v.2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1995. v.1 e 3.

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

ZINGARELLI, Nicola. **Vocabolario della lingua italiana**. 12.ed. Bologna: Zanichelli, 1995.

ÍNDICE

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1
1 META-REGRAS.....	6
1.1 A NORMA E A LEI PENAL	6
1.1.1 Juízo Hipotético e Juízo Disjuntivo	6
1.1.2 Problemas da Legislação Penal Atual	12
1.1.2.1 Agressões aos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da lesividade	12
1.1.2.2 Outros problemas.....	16
1.1.3 Interpretação da Lei	19
1.1.3.1 Métodos hermenêuticos tradicionais.....	21
1.1.3.2 Outros métodos ou 'problemas' de interpretação.....	25
1.1.3.3 Crítica geral aos métodos convencionais e não-convencionais.....	33
1.2 META-REGRAS.....	38
1.2.1 A Cifra Oculta.....	38
1.2.2 Personagens	43
1.2.3 Conceito e Terminologia de Meta-Regras	47
1.2.4 Características e Objeto.....	52
1.2.5 Consequências	55
1.2.6 As Espécies de Meta-Regras e o Estudo dos Estigmas	58
1.2.7 Críticas	60
1.2.7.1 Paradigma etiológico.....	60
1.2.7.2 Paradigma integrativo	61
1.2.7.3 Nuances do ' <i>Labelling Approach</i> '.....	63
1.2.7.4 Observação de Juarez Cirino dos Santos.....	63
1.2.8 Comentários da Doutrina Brasileira	65
1.2.9 A nova perspectiva.....	67
1.2.10 O Estigma como Meta-Regra Fundamental.....	69

2 ESTIGMAS	73
2.1 A ORIGEM DOS ESTIGMAS.....	73
2.2 CONCEITO	74
2.2.1 O Estigmatizado com Ele Mesmo	75
2.3 CARACTERÍSTICAS: ASPECTO OBJETIVO E SUBJETIVO	82
2.4 CONSEQUÊNCIAS	83
2.4.1 Exclusão Social.....	83
2.4.2 Manutenção de Poder	83
2.5 ESTEREÓTIPOS	84
2.6 ESPÉCIES DE ESTIGMAS	87
2.6.1 Amálgama de Estigmas	87
2.6.2 Principais Estigmas	88
2.7 ORIGEM HISTÓRICA DOS ESTIGMAS.....	89
2.7.1 A Igualdade Originária	89
2.7.2 Mulher	93
2.7.3 Pobre.....	95
2.7.4 Raça Não Predominante	97
2.8 O PRENÚNCIO DOS ESTIGMAS NO DIREITO: VINGANÇA PRIVADA E VINGANÇA DIVINA	99
2.9 VINGANÇA PÚBLICA E INCREMENTO DOS ESTIGMAS.....	104
2.9.1 Primeiros Povos Sedentários: Mesopotâmicos.....	104
2.9.2 Talião Material e Imaterial	106
2.9.3 Composição	107
2.9.4 China.....	108
2.9.5 Pérsia	110
2.9.6 Índia	111
2.9.7 Egito	113
2.9.8 Hebreus.....	114
2.9.9 Grécia.....	116
2.9.10 Roma.....	118
2.9.11 Germânicos	125

2.10	O ESTIGMA DA RELIGIÃO	127
2.10.1	Sistema Feudal, Acusatório e os 'Ordálios'	127
2.10.2	Sistema Inquisitório	130
2.10.3	Heresias	133
2.10.4	Tribunal do Santo Ofício	137
2.10.5	A Polícia Inquisitorial	138
2.10.6	Princípios e Métodos da Inquisição	140
2.10.7	Penitências	142
2.10.8	O Papel da Mulher	143
2.10.9	A Inquisição no Mundo	144
2.11	PERSPECTIVAS MODERNAS E CONTEMPORÂNEAS	149
2.11.1	Período Humanitário e Revisão de Conceitos	149
2.11.2	Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão	152
2.11.3	Marquês de Beccaria	154
2.11.4	Pietro Verri	156
2.11.5	Insuficiência Iluminista	157
2.11.5.1	Pobre	159
2.11.5.2	Mulher	160
2.11.5.3	Raça Não Predominante	162
2.11.5.4	Religião	164
3	POLÍCIA	167
3.1	POLÍCIA E ESTIGMAS	167
3.2	POLÍCIA ANTIGA	169
3.3	POLÍCIA NA IDADE MÉDIA	173
3.3.1	Servir o Poder	173
3.3.2	Polícia Francesa	174
3.4	ABSOLUTISMO	176
3.5	ILUMINISMO E PERFIL ATUAL	177
3.6	POLÍCIA E ESTIGMAS – META-REGRAS – DA ATUALIDADE	183
3.6.1	Estigmas como Meta-Regras Aplicadas pela Polícia	183
3.6.2	Estigma – Meta-Regra – da Mulher	188

3.6.2.1	Aspectos objetivos e subjetivos	191
3.6.2.2	O "Autor" Insuspeito	195
3.6.2.3	A vítima aceitável	199
3.6.3	Estigma – Meta-Regra – da Pobreza	202
3.6.3.1	O equívoco da 'Escola Clássica'	202
3.6.3.2	O equívoco da Escola Positiva	205
3.6.3.3	Aspectos objetivos e subjetivos	210
3.6.3.4	Meta-regras sociais	210
3.6.3.5	Meta-regras da polícia	219
3.6.4	Estigma – Meta-Regra – da Raça Não Predominante	226
3.6.4.1	Meta-regras sociais	228
3.6.4.2	Aspectos objetivos e subjetivos	229
3.6.4.3	Meta-regras policiais	231
3.6.5	Estigma – Meta-Regra – da Religião	236
3.6.5.1	Aspectos objetivos e subjetivos	239
3.6.5.2	Meta-regras da polícia	239
3.6.6	Outros Estigmas - Meta-Regras	248
3.6.6.1	Aspectos objetivos e subjetivos	250
3.6.6.2	Meta-regras da polícia	251
4	POLÍCIA E DIREITO ESTIGMATIZADOR	258
4.1	INTEGRANTES DO SISTEMA PENAL	258
4.1.1	Representante do Ministério Público	258
4.1.2	Juiz	260
4.1.3	Advogado	262
4.2	SISTEMA JURÍDICO	263
4.2.1	Insuficiência das Teorias Preventivas da Pena	264
4.2.2	A Experiência 'Não Vivida' da Retribuição	265
4.2.3	A 'Função' do Crime e da Pena	271
4.2.4	O Direito como Negação de Estigmas	282

4.3	VARIANTES DO RESULTADO DO ESTUDO DA POLÍCIA A PARTIR DE ESTIGMAS E META-REGRAS.....	292
4.3.1	A Constatação Pura de Estigmas como Meta-Regras na Atividade Policial.....	293
4.3.2	A Polícia como Modelo/Experiência para o Sistema Jurídico e Social	300
4.3.2.1	Conseqüências jurídicas para a atuação com meta-regras/estigmas.....	309
4.3.3	A Perspectiva da Negação de Estigmas: O Caso Papillon	313
	CONCLUSÃO	329
	REFERÊNCIAS	333