

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL - ICPC**

**DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL AO MOVIMENTO
DE REAÇÃO SOCIAL: ANALISANDO O LABELING APPROACH.**

CURITIBA

-2007-

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL - ICPC**

**DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL AO MOVIMENTO
DE REAÇÃO SOCIAL: ANALISANDO O LABELING APPROACH.**

Monografia apresentada à Universidade Federal do Paraná como requisito necessário à conclusão do curso de especialização em Direito Penal e Criminologia promovido pelo ICPC em convênio com a UFPR.

SÉRGIO REIS COELHO

CURITIBA

-2007-

SUMÁRIO

RESUMO	4
INTRODUÇÃO	5

CAPÍTULO I – A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

1. A Escola Clássica	
1.1 O Contratualismo e a Escola Clássica	7
1.2 Cesare Beccaria e dei delitti e delle pene	11
2. A Escola Positivista	
2.2 Lombroso e a Criminalidade Biológica	14
2.3 A Criminalidade Psicológica e a Psicanálise	17
3. Entre os Clássicos e os Positivistas: A Ideologia da Defesa Social	18

CAPÍTULO II – A TEORIA DA REAÇÃO SOCIAL

4. O Interacionismo Simbólico	21
5. O Labeling Approach e o paradigma da reação social	23
6. As teorias do Labelling e a Criminologia Crítica	27

CAPÍTULO III – INFLUÊNCIAS DA TEORIA DO LABELLING APPROACH NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

7. As influências do Labelling Approach no direito brasileiro	
7.1 Considerações gerais	29
7.2 A reforma penal de 1984 e a lei de execução penal	30
7.3 A lei 9.099/95 e a criação dos Juizados Especiais	34
7.4 A Transação penal e a Suspensão Condicional do Processo	35

CONCLUSÃO	37
BIBLIOGRAFIA	38

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo discorrer sobre um momento importante do pensamento criminológico que é a passagem do paradigma da defesa social para o da reação social com o surgimento da teoria do Labelling Approach. O tema se desenvolverá, inicialmente, por uma análise sobre as escolas da defesa social, os clássicos e positivistas, que defendem o crime como uma atitude individual decorrente do próprio criminoso. Para esses autores, o crime está na pessoa do criminoso, quer como uma decorrência do livre-arbítrio, quer como um fator biológico. Em um segundo momento, o estudo investigará as teorias da reação social que percebem o crime não como uma escolha individual, mas como decorrência de um intrincado processo de criminalização, de formação da identidade criminosa, pela qual o rótulo de criminoso é construído e distribuído socialmente. Nesse instante, avaliar-se-á o impacto e o significado dessa transição na construção da idéia de crime e de criminalidade. Em seguida, será o momento de avaliar a influência da teoria do Labelling Approach dentro do ordenamento jurídico penal brasileiro, procedendo-se a uma rápida análise dos principais institutos que têm seu fundamento teórico ligado a esta escola do pensamento criminológico. Nesse sentido, proceder-se-a ao exame de algumas medidas tomadas na reforma penal de 1984, lei 7.209/84, na lei de Execução Penal, lei 7.210/84, e na lei do Juizados Especiais Criminais, lei 9.099/95.

INTRODUÇÃO

O momento histórico em que surge a criminologia é controverso. Muitos foram os autores que trataram a questão do crime em suas obras, sendo difícil precisar uma obra fundante, aceita pela comunidade científica como ponto de partida do discurso criminológico. No entanto, é correto afirmar que a origem da criminologia está na discussão entre os clássicos e os positivistas.

Para os primeiros, o crime era concebido como o rompimento do pacto social que estruturava a sociedade, não se investigavam nesse momento as causas do crime, ou seja, não havia uma preocupação etiológica, mas somente a de recompor o *status quo* atingido pela conduta tida por delituosa.

Entendiam os clássicos que o crime surgia da vontade, não era algo inato, mas decorria da liberdade que cada homem possuía perante o pacto social. O seu fundamento era a responsabilidade individual.

Os positivistas, ao contrário, partiam da concepção de que o crime era fruto de uma degenerescência, de uma constatação biológica, em que o livre-arbítrio, proposto pelos clássicos, não passava de uma mera ficção, de uma especulação filosófica. O que marca a criminologia positivista é um determinismo biológico na identificação do criminoso e da criminalidade.

Em que pese as diferenças, ambas as escolas podem ser inseridas dentro da ideologia da defesa social e é justamente a passagem deste paradigma para o da reação social, com o advento das teorias do labelling approach, o objeto de estudo deste trabalho.

O labeling approach significou uma revolução no modo de compreender a criminalidade, pois deslocou a investigação das causas da criminalidade para o próprio processo de criminalização, no qual o status de criminoso é distribuído dentro da sociedade.

Além disso, as teorias do labelling despertaram o interesse no estudo das instituições destinadas ao controle social, buscando compreender sua dinâmica e sua forma de inserção.

Assim, esse trabalho pretende em um primeiro momento tratar das escolas que estão abarcadas pela ideologia da defesa social, partindo do pressuposto de que esta teoria, ainda hoje, impera na forma de conceber e compreender o crime e a criminalidade, refletindo na concepção de direito penal vigente.

Em segundo lugar, a análise se dirige para as teorias do labelling approach e para o paradigma da reação social, esboçando suas contribuições e seus avanços teóricos.

Por fim, será abordada a repercussão das idéias do labelling na legislação brasileira, pretendendo o estudo demonstrar que o legislador pátrio fez inserir em nosso ordenamento jurídico medidas balizadas nas formulações dos teóricos da reação social, a exemplo das modificações processadas pela reforma penal de 1984, pela lei de execução penal e pela lei dos juizados especiais criminais.

1. A Escola Clássica

1. 1 O Contratualismo e a Escola Clássica.

Com a modernidade e o desenvolvimento de um novo modelo econômico, o capitalismo, que vai estreitar o contato entre os povos e forçar o surgimento de um novo tipo de organização social, a sociedade política passa a denotar nova feição incompatível com o regime anterior baseado em um jusnaturalismo divino.

Se no paradigma anterior, fundado na filosofia política de Aristóteles e no direito natural, havia ênfase na vida comunitária e na imutabilidade do cotidiano, é na modernidade que ocorrerá o primado da razão, em que o homem, colocando-se como centro do poder político, enfatiza a autonomia e o individualismo como valores máximos a nortear a vida em sociedade.

A razão, nesse momento, não está mais a serviço da fé, na tentativa de provar sua existência, mas é laica, despida de crença, sendo seu único compromisso ofertar critérios racionais para justificar o poder político. É o momento das teorias contratualistas que apresentam novos fundamentos para o exercício do poder político.

Um dos primeiros autores a promover essa ruptura com o jusnaturalismo de cunho divino é Thomas Hobbes, autor de “O Leviatã”, o qual estabelece as bases da filosofia política moderna¹.

Hobbes tem no estado de natureza o ponto de partida de sua teoria, a qual corresponde a uma situação de total ausência de segurança jurídica, de incerteza, em que não existem normas e instituições aptas a conduzir e servir de parâmetro para as atitudes individuais, gerando um constante estado de tensão e desconfiança recíproca, em que os homens são, antes de tudo, potenciais inimigos, vivendo um estado de guerra de todos contra todos.

¹ Segundo Wolfgang “ A filosofia política de Hobbes é o local de nascimento do indivíduo moderno, atomístico, livre de tudo e absolutamente soberano, o qual só pode ser compreendido de modo adequado como projeto construtivo contrário ao ser humano comunitariamente integrado da tradição, só distanciando-o de todas as classificações já existentes, que vão desde o familiara mundo da vida até a estrutura oníabrangente do ser. Com Hobbes a filosofia política torna-se individualista. KERSTINGS, Wolfgang. Universalismo e Direitos Humanos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 42

Como afirma Julian Marias², para Hobbes:

“ O homem está dotado de um poder do qual dispõe conforme seu arbítrio; tem certas paixões e desejos que o levam a buscar coisas e querer arrebatá-las dos demais. Como todos conhecem essa atitude, desconfiam uns dos outros; o estado natural é o ataque. Mas o homem se dá conta de que essa situação de insegurança é insustentável; nesse estado de luta vive-se de forma miserável, e o homem se vê obrigado a buscar a paz. Hobbes distingue entre o jus ou direito, que interpreta como liberdade, e lex ou lei, que significa obrigação. O homem tem liberdade -isto é, direito- de fazer tudo que possa e queira; mas com um direito é possível fazer três coisas: exercê-lo, renunciar a ele ou transferi-lo. Quando a transferência do direito é mútua, tem-se um pacto, contrato ou convênio: covenant. Isso leva a idéia da comunidade política”.

Assim, propõe Hobbes, como saída para esse problema, a substituição do estado de natureza pelo estado civil com a celebração de um suposto contrato, no qual todos transferem, de forma definitiva, seus direitos para o Estado, o Leviatã.

Entende Hobbes que apenas o Estado tem condições de “resolver a necessidade de autoconservação das pessoas”³, e daí se poder falar da paz e da segurança necessária para desenvolvimento social. O soberano representa a vontade decorrente desse contrato, governando de forma ilimitada.

Em uma perspectiva oposta à de Hobbes, John Locke também parte desse suposto estado de natureza, todavia realiza uma formulação diferente de seu predecessor. O estado de natureza para Locke⁴ não é um espaço de degradação social, de selvageria, mas segundo suas palavras:

“um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano.

...

Entretanto, ainda que se tratasse de um ‘estado de liberdade’, este não é um ‘estado de permissividade’: o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua pessoa, nem

² MARÍAS, Julian. História da Filosofia. Trad.: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 275.

³ KERSTINGS, Wolfgang. Universalismo e Direitos Humanos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 51

⁴ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo e outros escritos. Col. “Os Pensadores”. São Paulo: Editora Abril, 1995.

qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação. O 'estado de natureza' é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes ninguém deve lesar o outro em sua vida, saúde, sua liberdade ou seus bens...”

Conforme visto, Hobbes e Locke partem de um mesmo referencial “o estado da natureza”, contudo suas formas de abordagem são diametralmente opostas. Enfatiza Antonio C. de Almeida Diniz⁵:

“ Para Hobbes, a solução oferecida por Locke em sua teoria do mandato inspirado na confiança seria sinal de fraqueza, considerando a inclinação natural dos seres humanos à desconfiança mútua e à defesa de seus interesses egoístas. Já a proposta hobbesiana de concentração máxima de poderes na pessoa do soberano é rejeitada pelo liberalismo de Locke, que vê nesta concentração plenipotenciária uma ilegitimidade política e uma séria ameaça à sobrevivência da sociedade organizada”.

A opção por um contrato social busca estabelecer critérios racionais para o exercício do poder político, que, na concepção desses autores, é de titularidade de todos os indivíduos .

Abraçada aos ideais do iluminismo e do contratualismo, a escola clássica compreende o delito como decorrência de uma atitude individual que, livremente, escolheu violar esse suposto pacto social. O pensamento clássico é impregnado de valores éticos, de cunho filosófico, buscando na noção de responsabilidade moral o seu fundamento.

Figueiredo Dias⁶, ao cuidar do pensamento criminológico da escola clássica, aduz:

“ A escola clássica caracteriza-se por ter projectado sobre o problema do crime os ideais filosóficos e o ethos político do humanismo racionalista. Pressuposta a racionalidade do homem, haveria de indagar da eventual irracionalidade das estruturas de controlo, nomeadamente da lei. O problema criminológico surgia como necessidade não tanto de elevação do conformismo do homem, quanto de elevação do «conformismo» da lei que haveria que plasmar segundo os «direitos naturais» do homem”.

O delito surge para esses autores como manifestação de um comportamento racional, que foi pensado em sua origem. Não existe ainda uma

⁵ DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. Teoria da Legitimidade e do Direito: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy Editora 2006. p. 69

⁶ DIAS, Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 1997. p. 07.

preocupação de cunho etiológico, em investigar as causas do comportamento criminoso, mas apenas em oferecer, como ressalta Antonio García-Pablos de Molina⁷, uma explicação situacional do delito. Interessante é a observação de Alessandro Baratta⁸:

“ De fato, a escola liberal clássica não considerava o delinquente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito. Como comportamento, o delito surgia da livre vontade dos indivíduos, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinquente não era diferente, segundo a escola clássica, do indivíduo normal. Em consequência, o direito penal e a pena eram considerados pela Escola clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinquente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime.”

Essa forma de compreender o crime decorre do próprio período em que se acha inserida a escola clássica⁹, pois herdeira do período absolutista e de seus excessos, a sua primeira preocupação foi em humanizar e racionalizar a aplicação da lei, garantindo o indivíduo contra os abusos do poder estatal. O que importa nesse momento é traçar os limites do poder punitivo, possibilitando uma pena justa e proporcional e não tentar estabelecer as motivações que levam o sujeito a delinquir.

⁷ MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. Tradução: Luís Flávio Gomes – 5ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 135.

⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 31.

⁹ Para Antonio García-Pablos de Molina, “ A denominada ‘criminologia clássica’ assumiu o legado liberal, racionalista e humanista do iluminismo, especialmente sua orientação jusnaturalista. Deduz os postulados que a caracterizam do jusnaturalismo. Concebe o crime como fato individual, isolado, como mera infração à lei: é a contradição com a norma jurídica que dá sentido ao delito, sem que seja necessária uma referência à personalidade do autor (mero sujeito ativo do fato) ou à sua realidade social, para compreendê-lo. O decisivo é mesmo o fato, não o autor. A determinação sempre justa da lei, igual para todos e acertada é infligida pelo delinquente em uma decisão livre e soberana. Falta na Escola Clássica uma preocupação inequivocamente ‘etiológica’ (preocupação em indagar as ‘causas’ do comportamento criminoso), já que sua premissa jusnaturalista a conduz a atribuir a origem do ato delitivo a uma decisão ‘livre’ do seu autor, incompatível com a existência de outros fatores ou causas que pudessem influir no seu comportamento. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. Tradução: Luís Flávio Gomes – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 135.

1.2 Beccaria e *dei delitti e delle pene*.

É com a obra de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que se esboçam os principais postulados da escola clássica. *Dei delitti e delle pene* sistematiza todo um conjunto de idéias que transitavam no iluminismo, configurando consoante Baratta¹⁰ “*menos a obra original de uma genial personalidade do que a expressão de todo um movimento de pensamento, em que conflui toda a filosofia política do iluminismo europeu e, especialmente, o francês*”.

Baseado na concepção utilitarista¹¹, no contratualismo e na teoria da divisão dos poderes, o autor elabora um manifesto contra o arbítrio e a opressão do poder estatal, propondo a adoção de várias medidas que iriam influenciar todo o direito e a política criminal posterior.

Para Baratta¹², *dei delitti e delle pene*:

“é a formulação pragmática dos pressupostos para uma teoria jurídica do delito e da pena, assim como do processo, no quadro de uma concepção liberal do estado de direito, baseada no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número, e sobre as idéias do contrato social e da divisão dos poderes.

A base da justiça humana é, para Beccaria, a utilidade comum; mas a idéia da utilidade comum emerge da necessidade de manter unidos os interesses particulares, superando a colisão e oposição entre eles, que caracteriza o hipotético estado de natureza. O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui também o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado”.

Beccaria propõe a produção de leis de linguagem simplificado, de texto acessível a qualquer pessoa, que evitassem a obscuridade, e alertava seus leitores:

“ se a interpretação das leis é um mal, é evidente que outro mal é a obscuridade que essa interpretação acarreta; e ele será maior se as leis forem escritas numa língua estranha ao povo e que o submeta à

¹⁰ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 33.

¹¹ O utilitarismo é uma corrente da filosofia inglesa que estuda, sobretudo, os problemas éticos e as questões lógicas. O que importa para os utilitaristas é a busca da felicidade para um maior número de pessoas possível. Os maiores expoentes desta escola filosófica são Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806 – 1873).

¹² BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 33.

dependência de uns poucos, sem que se possa julgar por si mesmo qual seria o êxito da sua liberdade, ou de seus semelhantes”¹³.

É um dos primeiros autores a defender a legalidade penal, porque entendia que somente às leis cabia a imposição das penas, as quais deviam ser aplicadas por um juiz obediente aos ditames da legislação, e não, como acontecia na época, por um juiz legislador, que criava e impunha a pena:

“ só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro dessa mesma sociedade. Mas uma pena superior ao limite fixado pelas leis corresponde à pena justa mais uma outra pena; portanto, um magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um cidadão delinqüente.”¹⁴

Para Beccaria, as penas não deveriam ser cruéis e degradantes, pois o que as justificava não era a vingança, mas a utilidade na prevenção de outros delitos e, segundo expõe Gabriel Ignacio Anitua¹⁵, o autor compreendia que “ *todo ato de autoridade exercido sobre um homem é tirânico se não está baseado na necessidade e, portanto, todo castigo que não serve para manter o contrato social unido é injusto*”.

Era um opositor da pena capital e do processo penal adotado em seu tempo. Segundo Edwin H. Sutherland¹⁶:

“ Seu objetivo era tornar o castigo menos arbitrário e severo do que tinha sido. Ele sustentava que todas as pessoas que violavam uma lei específica deviam receber idêntico castigo sem consideração de idade, sanidade, fortuna, posição ou circunstância. Isto se justificava pela razão de que os direitos dos indivíduos só podiam ser preservados tratando-se todos os indivíduos igualmente e também pela razão de que se deve determinar precisamente o castigo de antemão, a fim de que possa ser levado em conta no cálculo das dores e prazeres que resultariam da violação da lei. Segundo essa escola, devia a penalidade ser suficientemente severa para que as dores excedessem os prazeres derivados da violação da lei.

¹³ BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. Tradução Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p 48.

¹⁴ Op cit. p. 44

¹⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. Historias de los pensamientos criminológicos. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 95 “Todo acto de autoridad ejercido sobre un hombre es tiránico si no está basado en la necesidad y por tanto todo castigo que no sirve para mantener el contrato social unido es injusto”. (tradução livre)

¹⁶ SUTHERLAND, Edwin Hardin. Princípios de Criminologia. São Paulo: Livraria Martins editora, 1949. p. 64.

Modificou-se logo essa idéia extrema de igualdade em dois pontos: as crianças e os loucos ficariam isentos de castigo por isso eram incapazes de calcular inteligentemente os prazeres e as dores, e as penalidades foram fixadas dentro de limites estreitos e não absolutamente, de modo que fosse possível deixar uma pequena margem de discricção judicial. Com essas modificações tornou-se essa doutrina clássica a espinha dorsal do corpo do direito, persistindo assim no pensamento popular e nas decisões judiciais até os nossos dias”.

Essa oposição à pena capital decorria da sua visão sobre a teoria contratualista. Para Beccaria, o fundamento do contrato social era a soma de porções mínimas da liberdade privada que eram renunciadas por cada indivíduo a favor do Estado, no entanto, dentro dessa renúncia não estava implícito o direito à vida, o que impossibilitava qualquer ação do Estado no sentido de afetar este bem jurídico.

“Essa inútil prodigalidade de suplícios, que nunca tornou os homens melhores, levou-me a examinar se a morte é realmente útil e justa num governo bem organizado. Qual será o direito que os homens se reservam de trucidar seus semelhantes? Não é certamente o mesmo do qual resultam a soberania e as leis. Estas nada mais são do que a soma de porções mínimas da liberdade privada de cada um, elas representam a vontade geral, que é o agregado das vontades particulares. Mas quem será o homem que queira deixar a outros o arbítrio de matá-lo? Como pode haver, no menor sacrifício da liberdade de cada um, o do bem maior de todos, a vida? E, se assim fosse, como se coaduna tal princípio com o do outro, de que o homem não pode matar-se? Não deveria ele ter esse direito se pôde atribuí-lo a outrem ou à sociedade inteira?”¹⁷

O modo como se desenvolvia o processo era outra preocupação do autor, que não concordava com a tortura como forma de obter provas, não aceitava as acusações secretas que eram *“abusos evidentes mas consagrados e necessários em muitas nações pela fraqueza da constituição”*¹⁸, e rogava por uma maior moderação na aplicação das penas. Atacando a tortura apontava:

“Uma crueldade que o uso conseguiu na maioria das nações é a tortura do réu durante a instrução do processo, quer para força-lo a confessar um delito, quer por ele ter caído em contradição, quer ainda para descobrir os cúmplices, ou por quem sabe qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, quer, finalmente, por outros delitos de que poderia ser autor, mas dos quais não é acusado.

... Qual é, pois, o direito, senão o da força, que confere ao juiz o poder de aplicar uma pena a um cidadão, enquanto perdure a dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência? Não é novo este dilema: ou o delito é certo ou é incerto; se é certo, não lhe convém outra pena que não a estabelecida pelas leis, e são inúteis os tormentos, pois é inútil a confissão do réu; se é incerto,

¹⁷ Op cit. p. 94

¹⁸ Op cit. p. 67

não se deve atormentar um inocente, pois é inocente, segundo as leis, um homem cujos delitos não estejam provados.”¹⁹.

Foi um humanista²⁰ que reuniu os principais ensinamentos de seu tempo, dando à pena um caráter de retribuição, de restabelecimento da ordem violada, defendendo a imposição de limites ao poder do Estado. Sua obra é fundamental na compreensão do pensamento clássico.

2. A Escola Positivista.

2.1 Lombroso e a criminalidade biológica

A doutrina positivista surge na segunda metade do século XIX com o intuito de trazer para o âmbito das ciências sociais os mesmos métodos e critérios das ciências naturais. No âmbito da criminologia, coube a Cesare Lombroso, com sua obra *L'uomo delinquente*, introduzir os preceitos básicos do positivismo, inaugurando um novo momento na criminologia. O período científico.

Lombroso²¹, influenciado pela teoria da evolução da espécie de Darwin²², e partindo de pesquisas realizadas em prisões e manicômios na Europa,

¹⁹ Op cit p.69.

²⁰ Informa Anita que “o livro foi inspirador de alguns projetos nos próprios Estados absolutistas (na Rússia, na Toscana, na Áustria: de fato em 1787 o próprio Beccaria foi chamado a fazer umas breves reflexões sobre a recente reforma neste Estado, do qual dependia a Lombardia onde ele vivia) e logo de muitos outros autores para assentar as bases de um novo direito penal que , também, revelam importantes diferenças entre si.” “el libro fue inspirador de algunos proyectos en los propios Estados absolutistas (en Rusia, en Toscana, en Austria,: de hecho en 1787 el propio Beccaria fue llamado a hacer unas Breves reflexiones sobre la reciente reforma en este Estado, del que dependía la Lombardia donde él vivía) y luego de muchos otros autores para sentar las bases de un nuevo derecho penal que, también, revelan importantes diferencias entre si. (tradução livre).

²¹ Segundo Antonio García – Pablos de Molina: A contribuição principal de Lombroso para a criminologia não reside tanto em sua famosa tipologia (onde destaca a categoria de ‘delinquente nato’) ou em sua teoria criminológica, senão no método que utilizou em suas investigações: o método empírico. Sua teoria do ‘delinquente nato’ foi formulada com base em resultados de mais de quatrocentas autópsias de delinquentes e seis mil análises de delinquentes vivos; e o atavismo que, conforme seu ponto de vista, caracteriza o tipo criminoso – ao que parece-, contou com o estudo minucioso de vinte e cinco mil reclusos de prisões europeias. MOLINA, Antonio García-Pablos de. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução: Luís Flávio Gomes – 5ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 149.

²² Darwin Charles Robert Darwin (Shrewsbury 12 de Fevereiro de 1809 — Downe, Kent, 19 de Abril de 1882) foi um naturalista britânico que alcançou fama ao convencer a comunidade científica da ocorrência da evolução e propor uma teoria para explicar como ela se dá por meio da seleção natural

estabelece que existe um conjunto de traços físicos que, uma vez presentes, determinam a grande possibilidade de que o portador destas características venha a delinquir. É o nascimento da criminologia etiológica, preocupada em determinar as causas do delito, de caráter meramente biológico.

Lombroso não está preocupado com explicações filosóficas sobre o crime, de cunho contratualista como os clássicos, e procurar deslocar o estudo da criminalidade para a pessoa do delinquente, o qual passa a ser considerada de forma individual, não como um sujeito que possui o livre-arbítrio para agir, mas como um ser que está biologicamente determinado para o cometimento do delito.

O positivismo criminológico introduz a noção de criminoso nato, de atavismo²³; considera o criminoso como uma pessoa que teve um desenvolvimento mental e físico incompleto, o que a impossibilita de agir conforme os demais.

Baratta, discorrendo sobre o conceito de indivíduo para a Escola Positivista, assevera:

“ A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola Positivista a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo. Lombroso, em seu livro *L'uomo delinquente*, cuja primeira edição é de 1876, considerava o delito como um ente natural, 'um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção', determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditária.”

e sexual. Esta teoria se desenvolveu no que é agora considerado o paradigma central para explicação de diversos fenômenos na Biologia.

Darwin começou a se interessar por história natural na universidade enquanto era estudante de Medicina e, depois, Teologia. A sua viagem de cinco anos a bordo do *Beagle* e escritos posteriores lhe trouxeram reconhecimento como geólogo e fama como escritor. Suas observações da natureza o levaram ao estudo da diversificação das espécies e, em 1838, ao desenvolvimento da teoria da Seleção Natural. Consciente de que outros antes dele tinham sido severamente punidos por sugerir idéias como aquela, ele as confiou apenas a amigos próximos e continuou a sua pesquisa tentando antecipar possíveis objeções. Contudo, a informação de que Alfred Russel Wallace tinha desenvolvido uma idéia similar forçou a publicação conjunta da teoria em 1858. Extraído do site http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles_Darwin. acesso em 28 de abril de 2007.

²³ Zaffaroni comentando o significado de atávico: “ Para Lombroso, o delinquente era um ser atávico, um europeu que não havia completado seu desenvolvimento embrionário (na época dizia-se que a ontogenia sintetizava a filogenia) e, portanto, consistia numa detenção do processo embrionário que resultava em um ser semelhante ao selvagem colonizado: não tinha moral, parecia fisicamente com o indígena ou o negro, possuía pouca sensibilidade à dor, era infantil, perverso etc. O estado de guerra hobbesiano se tornava científico e era o dos colonizados e dos delinquentes. Chamou-se aquele delinquente europeu caracterizado por atávico ou selvagem de delinquente nato, de acordo com a sugestão de Ferri, expressão tida como sua e que se tornou famosa. Página 573 livro.

O método do positivismo²⁴ é o experimental, que, primeiramente utilizado no âmbito das ciências naturais, foi transposto para as ciências sociais, caracterizando-se de acordo com o que afirma Juarez Cirino dos Santos²⁵, por um determinismo causal, uma objetividade da ciência e uma quantificação da conduta.

O determinismo causal é entendido como a lei geral da natureza, que domina todos os fenômenos, tanto os físicos, quanto os humanos, sendo tarefa do cientista desvendar as causas que os produzem e, segundo o professor Juarez²⁶

“identificar as relações/distorções internas responsáveis pelas deformações da conduta, ligadas ao desvio das normas sociais e, conseqüentemente, indicar terapêuticas específicas capazes de alterar, reduzir ou excluir as disposições ou predisposições internas do comportamento anormal, atuando como um método de reeducação ou de ressocialização do sujeito.

A objetividade científica é decorrência da própria causalidade, das leis gerais que fundamentam os fenômenos. É neste ponto que reside o problema ideológico da teoria positivista, pois

“a ciência não se produz por si mesma, mas como produto organizado do cérebro pensante de indivíduos concretos, e, assim a objetividade daquela implica a neutralidade destes como cientistas que, aplicando o método positivista da observação, da formulação de hipóteses e da experimentação, produzem ciência.”

A quantificação da conduta requer que as hipóteses estipuladas em leis gerais sejam observadas de forma regular em uma quantidade considerável de comportamentos, contudo, a utilização de tal critério nas ciências sociais esbarra

²⁴ Artur Kaufmann, em seu livro de filosofia do direito, leciona “O século XIX não se situa de modo nenhum sob o signo do marxismo, mas sim do ‘positivismo jurídico científico’ (Franz Wieacker). A sua principal aspiração foi a fundamentação do Estado de Direito, e isto foi, já pelo início do século XIX, bem assinalado por Paul Johann Anselm v- Feuerbach (1775-1833). Enquanto criticista instruído na filosofia de Kant, rejeita a possibilidade dum direito natural objectivo, mas reconhece direitos subjectivos do homem, que são indisponíveis, por decorrerem da sua autonomia ética (direitos fundamentais e direitos humanos). Por outro lado, ele ensina que a positividade é uma característica essencial e irrenunciável de todo o direito objectivo. Para o caso do direito absolutamente injusto, previa contudo ainda um direito de resistência, sobretudo do juiz.

No decurso do século XIX desenvolveram-se ainda numerosas teorias positivistas do Direito (de direito natural falavam ainda apenas autores isolados, em especial os neotomistas, como Victor Cathrein, mas também Heinrich Ahrens): o positivismo lógico de Rudolf Stammler (1856-1938; que era neokantiano originário de Marburgo), a Teoria Geral do Direito que só se ocupava dos conceitos e estruturas formais do direito (é considerado seu fundador Adolf Merkel [1836-1896]; o modelo mais conseqüente e cientificamente fundado desta teoria do direito puramente formal foi, depois ‘a teoria pura do direito’, cujas bases foram lançadas por Hans Kelsen em inícios do século XX...”

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. As raízes do crime. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.21

²⁶ Op. Cit. pag. 21

em problemas éticos, além de desconsiderar questões políticas, já que o fenômeno social não se repete de forma similar a um experimento de laboratório.

Um dos grandes méritos da abordagem positivista foi a tentativa de promover uma abordagem sistematizada da criminologia, a partir de critérios objetivos, sem recorrer a elementos filosóficos, conforme fizeram os clássicos, mas tentando oferecer uma abordagem que explicasse os motivos do crime, o que propiciaria dados para uma atuação estatal.

2.2. A criminalidade psicológica e a psicanálise.

Segundo Edwin H. Sutherland²⁷, a teoria lombrosiana que identifica o criminoso por seus caracteres físicos foi desenvolvida nos Estados Unidos sob uma nova perspectiva, na qual se privilegiaram os fatores psicológicos. É a teoria neo-lombrosiana que investiga as causas do delito como psicopatias.

Sutherland informa que muitas foram as classificações das patologias e sua correlação com o crime, no entanto, a de maior relevo, por sua forma simples de sistematização, foi a que as reuniu em 03 grupos: os deficientes ou débeis mentais, os psicóticos e os loucos.

Após explicitar as idéias básicas destas 03 correntes, inclusive citando pesquisas realizadas no Estados Unidos com a população carcerária e não carcerária que investigaram esses desvios de personalidade, o autor expõe que em geral:

“ os métodos de diagnóstico das psicoses e da personalidade psicopática não estão padronizados e os diagnósticos não são dignos de confiança. A grande proporção de criminosos que se achou serem psicopatas explica-se por essa falta de padronização e pela pré-concepção de que a criminalidade deve atribuir-se á psicopatia.

...

Os psiquiatras estão, até certo ponto, abandonando seus diagnósticos e classificações e procurando compreender os processos que operam no desenvolvimento do crime e da delinquencia mais do que determinar a importância quantitativa de uma determinada ou de todas as psicopatias.”²⁸

²⁷ SUTHERLAND, Edwin Hardin. Princípios de Criminologia. São Paulo: Livraria Martins editora, 1949.

²⁸ Op. Cit.

As teorias psicanalíticas da criminalidade também se desenvolveram neste período e deitam suas raízes no pensamento freudiano de explicação da neurose.

Para Baratta²⁹:

“segundo Freud, a repressão de instintos delituosos pela ação do superego, não destrói estes instintos, mas deixa que este se sedimentem no inconsciente. Esses instintos são acompanhados, no inconsciente, por um sentimento de culpa, uma tendência a confessar. Precisamente com o comportamento delituoso, o indivíduo supera o sentimento de culpa e realiza a tendência a confessar. Deste ponto de vista, a teoria psicanalítica do comportamento criminoso representa uma radical negação do tradicional conceito de culpabilidade e, portanto, também de todo direito penal baseado no princípio da culpabilidade.”.

Ambas as teorias buscam averiguar as causas do delito, e se inserem no paradigma da criminologia tradicional, em que, consoante Baratta³⁰, a a qualidade criminosa é aceita sem análise das relações sociais que explicam a lei e os mecanismos de criminalização.

3 – Entre os clássicos e os positivistas: A ideologia da defesa social.

A discussão entre os clássicos e os positivistas, entre uma concepção filosófica e uma determinista, foi o ponto de partida do estudo do crime.

Os clássicos propõem uma explicação para o crime que não o diferencia de outras condutas. Para esta corrente, é uma atitude como outra qualquer, uma possibilidade que é posta diante do sujeito e que este, livremente, escolhe ou não.

O homem é tomado em um plano ideal, de pretensa igualdade, que não considera as diferenças ideológicas, éticas e políticas que estão sempre presentes, mas apenas se preocupa com o fato ocorrido e não com o autor.

O pensamento clássico compartilha as idéias contratualistas e aceita o pacto social como o fundamento do poder político e do jus puniendi do Estado. Nesse contexto, o crime é visto como uma ameaça ao pacto, uma perturbação da ordem social.

²⁹ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 50.

³⁰ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

Assim, pode-se afirmar com Molina³¹ que

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

Em sentido contrário, os positivistas trabalham com a idéia de causalidade, de determinação, não recorrem a fundamentos filosóficos para contextualizar o crime, mas o concebem como produto de anomalias no indivíduo.

A escola positivista que teve em Lombroso, Ferri e Garófalo seus principais expoentes esteve sujeita a várias críticas, entretanto, foram esses autores que, primeiramente, produziram uma abordagem sistematizada da criminologia.

Como bem coloca Zaffaroni³², foi Ferri, um autor positivista, que inventou a denominação “escola clássica” para diferenciar os que seguiam o método positivista e todos os demais penalistas, englobando-os em uma única denominação.

“ Não obstante, a maior criação de Ferri – pelo menos quanto ao êxito que perdura até hoje, sendo ratificada como verdade incontestável – foi a invenção de uma inexistente escola clássica do direito penal, supostamente integrada por todos os autores não-positivistas, fundada por Beccaria e capitaneada por Carrara. Essa escola abrangeria toda a Europa e estaria formada por pensadores iluministas de todas as nacionalidades, revolucionários franceses, idealistas alemães, aristotélicos e tomistas, criticistas e kantianos, hegelianos, krausistas etc. Tal escola, que mais pareceria um parlamento pluripartidário, naturalmente -repetimos- jamais existiu, mas para Ferri foi cômodo impor um rótulo comum a todos os penalistas que não compartilhavam seus pontos de vistas

Ferri, ao contrário de Lombroso, entendia o crime como a conjugação de fatores antropológicos, físicos e sociais, como um sintoma de periculosidade, não o reduzindo apenas aos critérios físicos.

³¹ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução: Luís Flávio Gomes – 5ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, . p. 135.

³² ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Nilo Batista. Alejandro Alagia. Alejandro skolar. Direito Penal Brasileiro. Primeiro volume. Teoria geral do direito penal Rio de Janeiro: Revan, 2003. 2 edição. 2003. p. 576

Para Ferri, a periculosidade estava ligada diretamente ao estilo de vida, criando, segundo Zaffaroni³³ um “estado de perigo sem delito” que permitia ao Estado se antecipar ao seu cometimento e tipificar penalmente modos de vida, criminalizando-os.

Em que pese as diferenças entre ambas as escolas, e mesmo as divergências intraescolares, pois “apesar de não ter existido uma escola clássica, não é tarefa simples caracterizar a escola positivista, porque entre Lombroso, e Ferri há diferenças grandes, e em relação a Garofalo elas são ainda maiores...”³⁴, pode-se dizer que estas teorias compartilham da necessidade de produzir um modelo de ciência penal integrado, consoante Baratta³⁵:

“ um modelo no qual a ciência jurídica e a concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas. Ainda que suas respectivas concepções do do homem e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos no encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ideologia da defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico.”.

A concepção de defesa social³⁶ representa no campo penal a racionalização das práticas penais, pela existência de uma série de princípios³⁷ que pretendem humanizar a aplicação das penas e o tratamento penal, oferecendo novos paradigmas a serem obedecidos na questão penal.

³³ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Nilo Batista. Alejandro Alagia. Alejandro skolar. Direito Penal Brasileiro. Primeiro volume. Teoria geral do direito penal Rio de Janeiro: Revan, 2003. 2 edição. 2003. 577

³⁴ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Nilo Batista. Alejandro Alagia. Alejandro skolar. Direito Penal Brasileiro. Primeiro volume. Teoria geral do direito penal Rio de Janeiro: Revan, 2003. 2 edição. 2003. p. 578

³⁵ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 41.

³⁶ Neste trabalho, adota-se a concepção de Baratta de defesa social, a qual não se confunde com os movimentos da defesa social de Filippo Gramatica, e , depois, como a nova defesa social de Marc Ancel.

³⁷ Baratta relaciona os seguintes princípios como fundamento dessa ideologia: o princípio de legitimidade, pelo qual o Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social; o princípio do bem e do mal, concebe o desvio criminal como o mal e a sociedade como o bem; o princípio da culpabilidade, em que o delito representa uma atitude interior reprovável, pois contraria os valores e as normas presentes na sociedade; o princípio da finalidade e da prevenção, a pena não deve ser apenas retributiva, mas deve ter a função preventiva; o princípio da igualdade, que enfatiza que a lei penal deve ser aplicada de modo igual aos destinatários da norma e o princípio do interesse social e do delito natural, por meio do qual os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p.42.

4- O Interacionismo simbólico

A escola interacionista compreende o crime como um fenômeno construído socialmente, não considerando relevantes as causas do crime, mas as condições em que este se desenvolve. Conforme Giddens³⁸:

“os sociólogos que estudam o crime e o desvio na tradição interacionista concentram-se no desvio como um fenômeno construído socialmente. Rejeitam a idéia de que haja tipos de conduta que sejam inerentemente “desviantes”. Em vez disso, os interacionistas questionam como os comportamentos vêm a ser inicialmente definidos como desviantes e por que certos grupos, e não outros, são rotulados de desviantes”.

É uma corrente da sociologia que parte da discussão sobre o significado da interação social e de que forma este fenômeno influencia o cotidiano dos indivíduos, as ações e as reações praticadas, construindo socialmente a realidade.

O fundamento filosófico do interacionismo é a filosofia pragmática americana, em especial, as idéias do filósofo George Herbert Mead, que para William Skidmore³⁹ foi “quem juntou mais completamente que qualquer outra pessoa, o estudo da sociedade a um programa filosófico.”

Mead era um filósofo interessado nos problemas sociais, que usava a filosofia pragmática para ofertar, sob uma nova ótica, explicações sobre conceitos tradicionais da filosofia, os quais estão na base do interacionismo.

Assim, Mead discutiu a linguagem, a relação entre a mente e o corpo, o significado de ação social, dentre outros temas, aprofundando a compreensão do interacionismo como, segundo Skidmore cita, “um processo de desenvolvimento influenciado pela individualidade e pelas instituições, pela moralidade e pelos costumes.”⁴⁰

Na criminologia, uma das primeiras teorias que sugeriram o estudo do crime enquanto uma construção social foi a da associação diferencial⁴¹, também

³⁸ GIDDENS, Anthony. Sociologia. Tradução de Sandra Regina Netz- 6ª ed- Artmed, Porto Alegre: 2005. p. 48

³⁹ SKIDMORE, William. Pensamento Teórico em Sociologia. Tradução de Alberto Oliva e Luiz Alberto Cerqueira. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976. p.264.

⁴⁰ Op cit. p.264

⁴¹ Juarez Cirino dos Santos informa que “em 1949, em um discurso na Sociedade Americana de Criminologia, Edwin Sutherland se notabilizou pela sua teoria do “white-collar crime”, modalidade de

denominada de teoria do “white-collar crime” proposta por Edwin H. Sutherland, que tratou do estudo da criminalidade de pessoas que gozavam de elevado status social e econômico (os crimes de colarinho branco), perfil que destoava do modelo de criminoso aceito coletivamente.

Para fundamentar sua tese, Sutherland estudou as 70 maiores corporações norte-americanas, no período de 1920 a 1944, no tocante ao número de processos judiciais sofridos por essas companhias em virtude de violação de leis econômicas e financeiras. Ao final, constatou que todas haviam cometido atos lesivos à comunidade, sendo que mais de 90% eram reincidentes.

Concluiu que o crime não poderia ser entendido apenas como decorrência de ações praticadas por pessoas das classes menos favorecidas, em virtude de sua inadaptação social e falta de expectativas, o que fez cair por terra as explicações deterministas da criminalidade.

Outra teoria interacionista importante e que hoje é fundamento de várias medidas implementadas no âmbito do direito penal, visando sobretudo, a fornecer medidas alternativas à utilização da pena de prisão como resposta penal (movimentos de descriminalização⁴², despenalização⁴³, diversão⁴⁴, etc.) e evitar a estigmatização, é a teoria da rotulação⁴⁵ ou do “labelling approach”, ou como preferem outros, “da reação social ou do etiquetamento”.

Esta teoria decorre da concepção de que a sociedade cria rótulos que são atribuídos a determinadas pessoas. Estes são criados pelos segmentos sociais que detêm o poder, os ricos para os pobres, os homens para as mulheres, as majorias para as minorias, os quais, por meio da rotulação estigmatizam os destinatários, que com o tempo passam a absorver os estereótipos impingidos.

comportamento criminoso caracterizado pelo alto status sócio-econômico do sujeito ativo, exercendo atividades econômico-empresariais ou político-administrativas, e sem as consequências da estigmatização social e da punição oficial: a imunidade do autor resulta de complexidades legais adrede preparadas, do julgamento por tribunais especiais, da cumplicidade das autoridades, etc”. (Santos, 1984, p. 38)

⁴² A descriminalização significa retirar o caráter criminoso de determinadas condutas, por não haver mais o interesse da coletividade em punir o ato.

⁴³ A despenalização está ligada à idéia de afastar a pena, com adoção de medidas alternativas.

⁴⁴ A diversão busca evitar o estigma do delito, pela via formal ou pela informal.

⁴⁵ Juarez Cirino dos Santos afirma que “a teoria criminológica mais desenvolvida pela fenomenologia é a chamada teoria da rotulação (da reação social, interacionista, etc.), elaborada por H. Becker (1963), E. Lemert (1964), Erving Goffman (1970) e representantes da anti-psiquiatria, como Ronald Laing (1959), Thoma Szasz (1975), e outros. (Santos, 1984, p. 55)

Segundo Sérgio Salomão Shecaíra⁴⁶

“Para os autores do labelling a conduta desviante é o resultado de uma reação social e o delinqüente apenas se distingue do homem comum devido à estigmatização que sofre. Daí o tema central desta teoria ser precisamente o estudo do processo de interação, no qual o indivíduo é chamado de delinqüente [...]

Tornar-se transgressor é um processo transformativo que gravita em torno da aquisição de nomes, significados, motivos e perspectivas. É mediado pela linguagem e pelas identidades e interpretações que a linguagem confere. É assistido e, por vezes, forçado pelos outros significativos que povoam os ambientes onde se movimenta o transgressor emergente. O transgressor, em suma, está profundamente implicado em definições negociadas de pessoas e comportamentos. As reações à transgressão dão-lhe organização simbólica e identidade pública”.

A importância teórica e prática dess teoria deve ser ressaltada, pois a partir da análise do mecanismo de rotulação proposto pelos teóricos do labelling approach, houve um aprofundamento de estudos visando a combater esse mecanismo em suas diversas fases, ensejando várias medidas que hoje são adotadas no âmbito da política criminal⁴⁷

5. O labelling approach e o paradigma da reação social.

A teoria do labelling approach, parte da premissa de que a criminalidade não existe na natureza, não é um dado, mas uma construção da sociedade, uma realidade que decorre de processos de definição e de interação social.

O crime passa a ser compreendido não como uma qualidade intrínseca, determinada, e sim como uma decorrência de critérios seletivos e discriminatórios que o definem como tal.

É o surgimento do paradigma da reação social que desloca o estudo da criminalidade dos critérios etiológicos, causalistas, para percebê-la como um fenômeno social decorrente do processo de interação.

⁴⁶ Shecaíra, Sérgio Salomão. *Criminologia*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 293.

⁴⁷ O termo política criminal trata das escolhas do legislador amparado no conhecimento criminológico. É a ponte entre o direito penal e a criminologia.

Molina⁴⁸ coloca a questão de forma clara.

“O labelling approach, em consequência, supera o paradigma etiológico tradicional, problematizando a própria definição da criminalidade. Esta, se diz, não é como um pedaço de ferro, como um objeto físico, senão o resultado de um processo social de interação (definição e seleção): existe somente nos pressupostos normativos e valorativos, sempre circunstanciais, dos membros de uma sociedade. Não lhe interessam as causas da desviação (primária), senão os processos de criminalização e sustenta que é o controle social que cria a criminalidade. Por isso, o interesse da investigação se desloca do desviado e do seu meio para aquelas pessoas ou instituições que lhe definem como desviado, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e o funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e carências do indivíduo, que outra coisa não é senão vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do denominado paradigma de controle”

Como afirma Juarez Cirino dos Santos⁴⁹, a teoria da rotulação trabalha em duas vertentes:

“ a posição das pessoas definidas como criminosas e a posição das pessoas que definem os outros como criminosos (Cirino,1981, p. 13). A pesquisa se desloca do paradigma etiológico do positivismo (por que as pessoas cometem crimes?), concentrado nas condições objetivas, necessárias e/ou suficientes do crime, para um paradigma sequencial ou processual (como as pessoas rotulam/são rotuladas como criminosas?),...”

O labelling approach, conforme Alessandro Baratta⁵⁰, *“lançou luz sobre o fato de que o poder de criminalização, e o exercício deste poder, estão estreitamente ligados à estratificação e à estrutura antagônica da sociedade”*.

Assim, a teoria do labelling ressalta a importância do controle social exercido sobre a sociedade, e a forma maléfica como este distribui os rótulos sociais, pondo em evidência o mecanismo de atuação das instâncias de controle (a Polícia, a Magistratura, o Ministério Público) que etiquetam negativamente os indivíduos.

Lola Aniyar de Castro⁵¹, citando Willian Payne, compara essas etiquetas negativas como *‘corredores que induzem e iniciam uma carreira desviante*

⁴⁸ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução: Luís Flávio Gomes – 5ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, . p. 283

⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.p.55

⁵⁰ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.p.113.

⁵¹ DE CASTRO, Lola Aniyar. Criminologia da reação Social. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 103

e como prisões que constroem a uma pessoa dentro do papel desviante". Para a autora, " a rotulação seria o processo pelo qual um papel desviante se cria e se mantém através da imposição dos rótulos delitivos".⁵²

A imposição desses rótulos se servem do que Baratta⁵³, citando Sack, define como meta-regras:

" 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 criminoso, ou seja, em última análise, 'daqueles contra os quais, afinal, se pronuncia uma sentença em nome do povo"

As meta-regras expressam todos os preconceitos e estereótipos que as instâncias de controle social utilizam na definição do crime e dos delinquentes, importando nos mecanismos de seleção e no recrutamento da população marginalizada.

Elas atuam em momentos decisivos, não somente no ato de aplicação da lei ao fato, mas na própria elaboração das espécies normativas e nos diversos mecanismos que estão englobados dentro do processo de interação.

Outra questão surgida com os teóricos do labelling é a denominada cifra negra⁵⁴ da criminalidade ou delinquência oculta, que se refere à criminalidade que não aparece oficialmente, abrindo um novo campo de investigação sobre as estatísticas de controle criminal.

⁵² Ibidem

⁵³ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.p.105

⁵⁴ Tratando da cifra negra, Lola Aniyar de Castro expõe " A cifra negra diminui, à medida que aumenta a visibilidade do delito. Antes de ser eliminado o aborto como delito , dos Códigos Penais franceses e ingleses, dizia-se que 1 em cada 100 abortos era conhecido pela polícia; esta proporção, no entanto, parece pequena relativamente ao que observam alguns investigadores na Inglaterra, que afirmam que eram conhecidos 250 de cada 50.000 ou 100.000 dos que eram efetivamente praticados. Do infanticídio, afirmou-se que conheciam 2 de cada 5. Enquanto que dos furtos nas grandes lojas assegura-se que 50% não chegam ao conhecimento das autoridades porque há transações privadas. Em 1933, Sellin aponta 5.314 roubos conhecidos em 3 grandes lojas da Filadélfia. Os seus detetives detiveram 1.423 pessoas; destas só 230 foram submetidas a processo. Quer dizer, mais de 5.000 foram ignoradas pela polícia. Esta, por seu lado, afirmou que em 1933 conhecera 4.402 roubos na região. Na realidade, não sendo o mcontrole dos comerciantes muito rígido, qualquer estimativa é aventada. Costuma-se fazer uma aproximação do custo das perdas desta natureza, que é acrescentada às despesas gerais da empresa, incidindo depois sobre o preço das mercadorias. DE CASTRO, Lola Aniyar. Criminologia da reação Social. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 68.

Esse conceito equivale à diferença entre a criminalidade aparente, reconhecida formalmente pelo Estado e, que serve de referencial para a atuação estatal, e a real.

Essas pesquisas sobre a cifra negra, mostram que o volume de crimes efetivados se distancia em muito dos oficialmente registrados, o que desmitifica a idéia de que o crime é cometido por uma minoria, como afirmavam os clássicos e os positivistas. Em verdade é um ato disperso socialmente praticado pela maioria dos membros da sociedade.

A criminalização é definida pelo Labelling como um intrincado processo de assunção de nova identidade social, em que o indivíduo, com o tempo, assumirá um novo papel dentro da sociedade. É um processo de estigmatização, de imposição de rótulos, de etiquetas, os quais criam no indivíduo uma nova identidade, que uma vez internalizada apaga a anterior.

Segundo o labelling, o processo de rotulação tem início quando do cometimento do primeiro delito, da chamada criminalização primária, a que a sociedade responderá com a celebração de atos punitivos, do que denominam de cerimônias⁵⁵ degradantes.

Essas cerimônias atuam sobre o autor do fato, impondo-lhe uma nova identidade (criminoso), que ainda é provisória, mas terá como reflexos o distanciamento social e a diminuição de oportunidades.

Em virtude disso, o indivíduo inicia um processo de internalização dos estigmas, de aceitação desses rótulos e começa a desenvolver uma carreira criminal participando de outros delitos e se definindo como criminoso, advindo dessa postura a chamada criminalização secundária.

Juarez Cirino dos Santos⁵⁶, analisando este processo de rotulação, realiza acurada observação:

“ 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 consequências: assimilação de suas características pelo

⁵⁵ As cerimônias degradantes são processos ritualizados a que um indivíduo que cometeu um delito é submetido, e se traduzem no contato com as instâncias de controle formal, Polícia, Ministério Público, Judiciário e com o processo, em que uma nova identidade lhe é dada.

⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.14

rotulado, expectativas sociais de condutas correspondentes ao seu significado, perpetuação do comportamento criminoso (carreira criminosa) e subculturas (aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados)”

Com a criminalização secundária o sujeito assume, definitivamente, a identidade criminosa.

6- As teorias do Labelling e a criminologia crítica.

A grande crítica às idéias do labelling é que esta escola não explica porque determinadas condutas são definidas como delituosas, enquanto outras não, restringindo-se a expor as regras gerais que permitem construir socialmente a identidade criminosa.

Consoante Baratta:

“ os interacionista e os etnometodólogos indicam quais são as regras gerais, as regras de base, a cultura comum que determinam, na interação não oficial, a atribuição da qualidade criminal a certas ações e a certos indivíduos, mas não pesquisam as condições que dão a estas regras, a esta cultura comum, um conteúdo determinado, e não outro. É neste seu caráter formalista que reside o maior defeito da teoria da produção da criminalidade, desenvolvida pelos interacionistas.”.

O labelling não investiga o conteúdo da criminalidade, o seu significado, apenas tenta compreender como se desenvolve socialmente a distribuição dos rótulos criminais. Para isso, recorre ao conceito de interação social e o utiliza como artifício para descrever o processo de criminalização, opondo os estigmatizados e os estigmatizadores.

De fato, o surgimento da identidade criminosa é descrito, nessa perspectiva, como um contínuo processo de socialização, em que o indivíduo abandona sua identidade primária e assume uma nova, redefinindo sua posição social. E como descreve Baratta:

“Daí, resulta uma teoria em condições de descrever mecanismos de criminalização e de estigmatização, de referir estes mecanismos ao poder de definição e à esfera política em que ele se insere, sem poder explicar, independentemente do exercício deste poder, a realidade social e o

significado do desvio, de comportamentos socialmente negativos da criminalização.”

A teoria crítica, por muitos denominada radical, que surge nos anos 70, principalmente após a edição do livro “The New Criminology”⁵⁷ de Taylor, Walton e Young, obra que apresenta uma análise crítica de toda a produção criminológica até então existente, introduz a preocupação quanto à definição do caráter delituoso da conduta, questão que vai ocupar lugar central na criminologia daqui para frente.

A teoria crítica insere o pensamento marxista na teoria criminológica, passando a analisar o crime sob o ponto de vista da luta de classes, do conflito e percebendo o sistema formal de controle social - a polícia e a justiça – como instituições que estão a serviço dos detentores do poder, dos capitalistas, assegurando a paz necessária ao seu desenvolvimento.

Aponta Juarez Cirino dos Santos⁵⁸ quanto à origem da criminologia radical:

“A gênese crítica da Criminologia Radical começa nas questões conexas do conceito de crime e das estatísticas criminais, deslindando as implicações políticas e as premissas ideológicas que fundamentam as teorias criminológicas tradicionais e informam as ciências sociais, em geral, nas sociedades de classes, e prossegue nos aspectos superestruturais fetichizados das relações de produção, sob a teoria da inseparabilidade das lutas sociais contra a exploração econômica, no contexto das relações de produção, e contra a dominação política, no contexto das relações de poder, em que a prisão se caracteriza como a forma específica do poder burguês”.

A criminologia crítica busca demonstrar que a existência do crime e seu controle são, em verdade, mais uma forma de dominação do capitalista sobre a massa, a impor a obediência ao direito formal vigente, o direito burguês, sob pena de punição se assim não o fizer.

O crime é visto como uma contribuição para a estabilidade da sociedade capitalista, pois sendo o Estado o detentor do monopólio da violência, e a

⁵⁷ Giddens coloca que “a publicação de The New Criminology, de Taylor, Walton e Young, em 1973, marcou uma importante ruptura com as antigas teorias do desvio. Utilizando o pensamento marxista, seus autores afirmavam que o desvio é uma escolha deliberada e, frequentemente, de natureza política rejeitando a idéia de que o desvio seja “determinado” por fatores como a biologia, a personalidade, a anomia, a desorganização social ou rótulo. Em lugar disso, defenderam que a noção de que o comportamento desviante é uma escolha ativa dos indivíduos em resposta às desigualdades do sistema”. GIDDENS, Anthony. Sociologia. Tradução de Sandra Regina Netz- 6ª ed- Artmed, Porto Alegre: 2005 p. 179.

⁵⁸ Santos, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. A criminologia radical. Rio de Janeiro: Forense, 1981.p. 10.

lei o único parâmetro de sua utilização, o papel reservado a classe trabalhadora é de mera submissão..

7. As Influências do Labelling Approach no direito brasileiro

7.1 Considerações Gerais

Estabelecidas as premissas teóricas que fundamentaram o labelling no capítulo anterior, é chegado o momento de analisar o impacto dessa teoria no âmbito do direito brasileiro.

A teoria do Labelling, como a maior parte do pensamento criminológico, é ainda pouco conhecida dos profissionais do direito, e se restringe, na maioria das vezes, aos debates e trabalhos acadêmicos.

Em geral, adota-se uma postura meramente dogmática na compreensão dos fenômenos jurídicos, não se colocando questionamentos que ultrapassem os limites da legislação. No crime, essa realidade não é diferente, talvez seja até acentuada, visto que em decorrência da legalidade penal, o dogmatismo é reforçado e proeminente. Ao mesmo tempo, cresce a percepção de que é necessário oferecer novas respostas ao problema da criminalidade, de renovar as opções político-criminais existentes e de criar novas perspectivas

Nesse sentido, várias propostas que modificam a sistemática penal e processual têm sido apresentadas, as quais, ainda que inconscientemente, adotam contribuições teóricas do Labelling.

De forma geral, essas proposições tidas por “inovadoras” apenas repetem o que essa corrente já defende há mais de 40 anos. Teorias como a de um direito penal mínimo, de uma menor intervenção penal, da insignificância penal, dentre outras, apenas dão nova roupagem a concepções, que, de uma maneira ou de outra, já se encontram estabelecidas na teoria da reação social.

7.2 A reforma penal de 1984 e a lei de execução penal

Em 1984, as leis 7.209/84 e 7.210/84 operaram modificações sensíveis na parte geral do código penal, reformulando-a. No tocante à introdução de institutos com fundamentos na principiologia do labelling, a medida mais importante foi a instituição do regime progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade previsto no § 2º do art. 33.

§ 2º - As Penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (grifo nosso)

- a) o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto

A lei 7.210/84⁵⁹, com redação modificada pela lei 10.792/03, no que se refere aos requisitos para a progressão de regime, determinou:

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.”

A leitura desses dispositivos permite observar que o legislador de 1984 incorporou as idéias do labeling, e concebeu o regime progressivo como uma forma de reinserir gradativamente o condenado no meio social, mitigando o inevitável processo de estigmatização por este sofrido.

Essa possibilidade de usufruir de parcelas de liberdade e de conviver socialmente, ainda que de forma restrita, diminui o choque sofrido pelo condenado quando do seu retorno à sociedade e reforça a sua responsabilidade individual.

⁵⁹ A lei 7.210/84 regulamentou a execução penal em nosso ordenamento jurídico.

Daí a polêmica discussão sobre a inadmissibilidade de progressão de regime em crimes hediondos.⁶⁰

Outra questão objeto da reforma, posteriormente reelaborada pela lei 9714/98, denominada lei das penas alternativas, foi a atinente à adoção das penas substitutivas ou alternativas à prisão.

Na redação de 1984, o art. 43 previa como penas restritivas de direito⁶¹ apenas a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Em 1998, com a lei 9.714 esse rol foi elástico passando a contemplar a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. Prevê a lei 9714/98:

“ Art. 1º Os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Penas restritivas de direitos

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

⁶⁰ O STF em voto da lavra do eminente Ministro Marco Aurélio de Sousa, nos autos do HC 82959/SP, se manifestou pela inconstitucionalidade do art. 2º §1º da lei 8.072/90. Eis o extrato do julgamento constante do informativo 417 do STF. *“Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal — v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tomando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Considerou-se, ademais, ter havido derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97, que dispõe sobre os crimes de tortura, haja vista ser norma mais benéfica, já que permite, pelo § 7º do seu art. 1º, a progressividade do regime de cumprimento da pena. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”*. Extraído do site [.acesso](#) em

⁶¹ César Roberto Bitencourt leciona que “ a denominação penas ‘restritivas de direito’ não foi muito feliz, pois, de todas as modalidades de sanções sob a referida rubrica, somente uma refere-se especificamente à ‘restrição de direitos’. As outras – prestação pecuniária e perda de bens e valores – são de natureza pecuniária; prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana referem-se mais especificamente à restrição da liberdade do apenado. BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 01. 9 edição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 498.

- I – prestação pecuniária;
- II – perda de bens e valores;
- III – (VETADO)
- IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V – interdição temporária de direitos;
- VI – limitação de fim de semana."

Assim, a lei 9.714/98 deu novo fôlego a essa modalidade sancionatória na expectativa de afastar o cárcere como resposta necessária e única à questão penal.

Para René Ariel Dotti⁶², as penas restritivas de direito:

" Constituem uma nova visão dos problemas do delito, do delinquente e das reações penais, contendo indiscutível acento didático e utilitário. A experiência dos últimos anos em matéria de política criminal e penitenciária tem revelado que as sanções penais alternativas são necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção dos crimes menos graves e para os quais não se exige a perda da liberdade. Essa última modalidade de resposta ao ilícito deve ser reservada para os casos de maior ofensa aos bens jurídicos e de maior culpabilidade do infrator."

A lei 7.210/ 84 instituiu a lei de Execução Penal no direito brasileiro tendo, nos termos do art. 1º, *"por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."*

Vários são os dispositivos desta lei impregnados pelos princípios do labeling, como os artigos 40 a 43 que tratam dos direitos dos presos. O art. 41 determina os direitos dos presos:

" Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;

⁶² DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.452.

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento."

O art. 103 trouxe novidade interessante e salutar que é a existência de, pelo menos, uma cadeia pública em cada comarca, o que facilita as visitas e a assistência da família ao preso.

Art. 103 Cada comarca terá, pelo menos 1 (uma) cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

7.3 A lei 9.099/95 e a criação dos Juizados Especiais

A introdução em 26 de setembro de 1995 da lei 9.099, que criou os Juizados Especiais, representou uma das maiores modificações e conquistas da sistemática penal e processual penal brasileira.

Elaborada em um contexto que buscava opções ao sistema criminal tradicional, a lei dos Juizados criou não apenas um novo rito e uma nova definição delitiva, os delitos de menor potencial ofensivo, mas constituiu o reflexo de modernas opções político-criminais.

Avançando sobre as premissas básicas do labeling, o JEC introduziu medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, criando opções de tratamento aos crimes de menor gravidade social, no afã de substituir a pena de prisão por alternativas sancionatórias. Os institutos previstos na lei 9.099/95, atuam em pontos decisivos do processo de construção da identidade criminosa, minorando suas consequências.

Como exposto no capítulo anterior, é com o labeling que ocorre uma reviravolta nos estudos criminológicos, os quais deixam de analisar o crime apenas pelo aspecto etiológico, determinista, e passam a compreendê-lo como uma construção social.

Essa construção é descrita pelo labeling como um processo de estigmatização, de imposição de rótulos, que vão criando uma nova identidade no indivíduo, que com o tempo a internaliza, passando a se definir como tal.

Para os teóricos da reação social, o processo de rotulação se inicia quando do cometimento do primeiro delito, da criminalização primária, à qual a sociedade responderá com a celebração de atos punitivos, do que denominam de cerimônias degradantes.

Essas cerimônias atuam sobre o autor do fato, ao lhe impor uma nova identidade (criminoso), que ainda é provisória, mas lhe trará o distanciamento social e a diminuição de oportunidades.

Em virtude disso, inicia-se um processo de internalização dos estigmas, dos rótulos taxados e começa-se a desenvolver uma carreira criminal que ensinará uma criminalização secundária e a definição do sujeito como criminoso.

Dessa forma, os institutos criados pela lei dos Juizados, como a conciliação (arts. 72-74, da Lei 9.099/95), a transação penal (art. 76 da Lei 9099/95), a necessidade de representação para os crimes de lesões corporais leves e culposas(art.88 da Lei 9.099/95) e a suspensão condicional do processo(art. 89 da Lei 9.099/95) visam a atacar esse complexo processo de estigmatização em seus vários momentos.

7.3.1- A Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo.

O art. 76 da lei 9.099/95 instituiu no ordenamento jurídico brasileiro a transação penal, medida inspirada no plea bargaining norte-americano⁶³, que se traduz em um acordo entre o autor do fato e o Ministério Público, desde que presentes os requisitos legais, a fim de evitar o processo, e por consequência, a estigmatização que deste decorre

Diz a lei:

“Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, O Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.”

É um instituto com claras raízes na teoria do labelling, pois atua em uma fase pré-processual, evitando o processo e oportunizando ao autor do fato uma alternativa político-criminal.

Por esse procedimento, mitiga-se o surgimento da criminalização primária, por meio da não instauração do processo, constituindo como afirma César Roberto Bitencourt⁶⁴, “uma importante forma de despenalizar na atualidade, sem descriminalizar”.

⁶³ João Gualberto Garcez Ramos explicando o significado e a abrangência do plea bargaining esclarece“ de um pleito de barganha (plea bargaining), que nada mais é do que um mecanismo pelo qual as partes – Estado, por intermédio de seu promotor, e acusado – pedem ao juiz a prolação antecipada de uma sentença, de vez que chegaram a um acordo acerca da definição jurídica do fato e de sua atribuição ao acusado. RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de processo Penal Norte-americano. São Paulo: editora revista dos Tribunais, 2006.

⁶⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 01. 9 edição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 635

Para Juarez C. dos Santos⁶⁵, os “requisitos exigidos para a transação penal são de natureza penal e processual penal e podem ser classificados em positivos e negativos, conforme admitam ou excluam o substitutivo penal”.

Para o autor, os requisitos positivos têm por objeto a extensão da pena privativa de liberdade cominada ao crime (pena máxima de até dois anos de privação de liberdade) e que seja o delito perseguido por ação penal pública condicionada ou incondicionada.

Os requisitos negativos têm relação com a exclusão do benefício legal, possibilitando o imediato ajuizamento da ação penal (condenação definitiva do autor à pena privativa de liberdade por crime, obtenção de igual benefício nos últimos 05 anos, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor, além dos motivos e circunstâncias do fato, contra-indicarem a necessidade e suficiência da medida).

A Suspensão Condicional do Processo está prevista no art. 89 da lei 9.099/95, e se constitui em medida independente em relação ao microsistema do juizado, mas com mesmo escopo de oferecer alternativas penais no tratamento da criminalidade.

É também um instituto balizado no labeling, e que à semelhança da transação penal tem por objetivo evitar a criminalização primária e os estigmas decorrentes, mas com uma abrangência maior, pois não se restringe aos crimes do juizado, sendo aplicável a crimes em que a pena mínima seja igual ou inferior a 1 ano, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime.

⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. Curitiba: ICPC;Lumen Juris, 2006.

CONCLUSÃO

A percepção tradicional de destinar à criminologia um status de ciência auxiliar do direito do penal, reduzindo sua importância e sua abrangência, tem sido dia a dia abandonada, reconhecendo a comunidade jurídica a imprescindibilidade do estudo criminológico.

Nesse contexto, estudar a passagem do paradigma da ideologia social, que busca no indivíduo o fundamento da responsabilidade penal, para o da reação social, que compreende o status de criminoso como fruto das instâncias de controle formal, é discorrer sobre um momento decisivo do pensamento criminológico.

Em um paradigma em que a resposta penal tem sido cada vez mais exigida, em que a criminalização de condutas e aumento de penas têm se mostrado as únicas opções por parte das autoridades, a criminologia aparece como uma nova possibilidade, como um conjunto de conhecimentos que permitem lançar um novo olhar sobre a questão criminal e a criminalidade.

O direito penal é limitado. Não é sua a missão compreender, ou de pelo menos, oferecer explicações circunstanciais sobre o delito, ou ainda elaborar teorias sobre a criminalidade, mas sim circunscrever o jus puniendi estatal, limitando o uso da força pelo Estado.

Entretanto, tal lógica não tem sido seguida e, cotidianamente, tem-se atribuído ao direito penal um papel que não lhe compete, entregando a este ramo jurídico a missão de resolver problemas para os quais não possui o instrumental necessário, o que, por si só, tem levado a reiterados insucessos.

Assim, este estudo pretendeu elaborar algumas reflexões sobre um momento que considera importante na compreensão do pensamento criminológico, buscando demonstrar a importância do pensamento dos clássicos e dos positivistas, e sua relação com as teorias do Labelling. Outra meta perseguida foi tratar de institutos introduzidos em nosso ordenamento jurídico e que vão ter na teoria do Labelling o seu fundamento, não se constituindo, em verdade, em “novidades” decorrentes de um novo direito penal, como propugnam alguns, mas decorrência de teorias já consolidadas na criminologia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. Historias de los pensamientos criminológicos. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. Seguridad. Capítulo Criminológico. Revista de las disciplinas del control social. Maracaibo, v. 29, n. 2, p. 3-24, junho/2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. Tradução Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 01. 9 edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

COHEN, Percy S. Teoria social moderna. Tradução Chistiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

DE CASTRO, Lola Aniyar. Criminologia da reação Social. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Criminologia da libertação. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DIAS, Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. Teoria da Legitimidade e do Direito: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy Editora 2006.

LOCKE, Jonh. Segundo tratado sobre o governo e outros escritos. Col. "Os Pensadores". São Paulo: Editora Abril, 1995.

KERSTINGS, Wolfgang. Universalismo e Direitos Humanos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

MARÍAS, Julian. História da Filosofia. Trad.: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução: Luís Flávio Gomes – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GIDDENS, Anthony. Sociologia. Tradução de Sandra Regina Netz- 6ª ed- Artmed, Porto Alegre: 2005.

KAUFFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. Trad.: António Ulisses Cortês. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

OLIVEIRA, Edmundo. Política criminal e alternativas à prisão. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de processo Penal Norte-americano. São Paulo: editora revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. A criminologia radical. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

SANTOS, Claudia Maria Cruz. O Crime de Colarinho Branco (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra editora, 2001.

SHECAÍRA, Sérgio Salomão. Criminologia. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

SKIDMORE, Willian. Pensamento Teórico em Sociologia. Tradução de Alberto Oliva e Luiz Alberto Cerqueira. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. Princípios de Criminologia. São Paulo: Livraria Martins editora, 1949.

WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. Punir os pobres. A nova Gesta da miséria nos Estados Unidos. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Nilo Batista. Alejandro Alagia. Alejandro skolar. Direito Penal Brasileiro. Primeiro volume. Teoria geral do direito penal Rio de Janeiro: Revan, 2003. 2 edição. 2003.