

ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal.

A Liberdade, a Ordem Social e a Lei.

A tentativa de uma nova base para um discurso
descriminalizante.

2004

ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal.

A Liberdade, a Ordem Social e a Lei.

A tentativa de uma nova base para um discurso
descriminalizante.

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

Prof. Orientador: Juarez Cirino
dos Santos.

ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal.

por

Juliano Deffune Flenik.

A Liberdade, a Ordem Social e a Lei.

A tentativa de uma nova base para um discurso
descriminalizante.

2004

Dedicatória.

Dedico este trabalho ao Excelentíssimo Dr. Juarez Cirino dos Santos, que ilumina os horizontes do Direito Penal com sua sabedoria e compartilha de seu conhecimento sem egoísmo. Ao meu pai, Romoaldo Flenik, exemplo de homem de fibra e caráter.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	01
1 – INTRODUÇÃO.....	02
2 – DA LIBERDADE.....	08
2.1 – PARTINDO DE BECCARIA E FORMANDO UMA NOVA CONCEPÇÃO DE LIBERDADE.....	08
2.2 – DA LIBERDADE POSITIVADA.....	16
3 – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI.....	19
3.1 – BREVES OBSERVAÇÕES PSICOFISIOLÓGICAS, HISTÓRICOS E ANTROPOLÓGICAS DA LEI.....	22
4 – DA ORDEM SOCIAL.....	26
4.1 – O PAPEL DESEMPENHADO PELAS EXPERIÊNCIAS SOCIAIS.....	29
4.2 – DA ORDEM SOCIAL PROPRIAMENTE DITA.....	31
4.3 – A VIOLÊNCIA.....	33
5 – A CRIMINALIDADE COMO CRIMINALIZAÇÃO.....	36
6 – O PROBLEMA DA LEI E DA ORDEM.....	41
7 – CONCLUSÃO.....	46
8 – BIBLIOGRAFIA.....	47

Apresentação.

O intuito deste trabalho é propor um novo redirecionamento sobre algumas questões da criminologia.

Assim, com tal propósito sobre o tema tentaremos localizar e apontar algumas causas criminológicas e seus efeitos.

O mais importante, contudo, é ter uma visão científico-investigativa desta empreitada, e, pontuando com a opinião de alguns criminologistas deixamos de lado qualquer cunho ideológico, pois, este trabalho tem o dever de ser fiel à verdade histórica e criminológica do conturbado mundo em que vivemos.

Importante ponto merece ser desde já esclarecido: é que nenhuma das posições aqui adotadas podem ser comparadas com outras realidades que fundamentaram opiniões anteriores, já que este trabalho é fruto de uma nova realidade dinâmica, mutável, presente, atual e controvertida.

Outra explicação sobre a temporalidade deste discurso é que a diversidade social não pode ser envolvida de modo que se mutilem as partes do todo que é muito mais complexo que o ser humano e se direciona e se condiciona finalmente a este.

Para que esta interpretação do tema possa se diferenciar da linha de pensamento tradicional é necessário dimensionar uma condição básica que determina este trabalho, ou seja: a análise da liberdade. Esteja ela onde estiver e em que condições estiver, seja concebida de maneira abstrata e exercida de maneira concreta. Sempre entendida como elemento essencial à sociedade.

Em segundo lugar enfrentaremos a ordem social, como condição de sociabilidade; enfrentaremos as posições de anti-sociabilidade como sintomas de patologias sociais e enfrentaremos a quebra do contrato social pelo Estado .

Finalmente enfrentaremos a Lei como imperativo positivo e negativo, condicionante, impositor da ordem social e caracterizada pela instrumentalidade de manutenção do poder.

Assim, este trabalho reitera o seu compromisso com a verdade, afirmando que os paradigmas criminológicos são paradigmas que acompanham o homem desde a sua concepção, do berço ao túmulo, não importando se esta concepção é científica ou religiosa.

Liberdade, a Ordem Social e a Lei na Visão da Criminologia

Crítica

1- Introdução.

Na concepção do homem moderno muitos elementos da ética fogem do seu âmbito de análise, ou porque suas vidas são cheias de alegrias ou porque não resta mais espaço nelas pela tristeza desse mundo moderno.

Talvez poderia se pensar no vácuo que este mundo moderno de batalhas diárias e competições imposta pelo cotidiano não deixe o homem pensar um pouco mais sobre os valores morais .

Essa reflexão de modo ainda não substancial leva quase a falibilidade do pensamento, mas a tentativa aqui é de explicar os valores mínimos que se poderiam incrustar no trinômio de democracia, lei e sociedade ou também de Liberdade, Ordem social e Lei. Não partindo do homem como ponto inicial, mas como destinatário da análise.

Por isso essa tentativa deve ser levada para uma análise profunda da humanidade, deixando que a filosofia aja sobre sua existência e que faça da sociedade um elemento de estudo para o surgimento da lei .

Essa tentativa, espero que não seja em vã, pode surgir de maneira já experimentada pelos filósofos , mas a realidade que vivemos hoje permite que a análise seja feita de maneira mais pontual, dirigida, mas nunca de maneira menos apaixonada. Pois, o mais nobre dos sentimentos ainda é aquele sentimento nobre de justiça e é dessa justiça que nascerá a liberdade.

Começar falando em justiça e liberdade seria por ora pouco imaturo, pois na realidade o que se quer , também, é uma investigação mais moderna, mas sem deixar os princípios gerais de lado, e fazendo uma abordagem que faça a ligação de princípios básicos da humanidade e da sociedade com o conceito de ordem social e lei.

Assim poderíamos começar com o pensamento de Spinoza, filósofo, judeu, expulso de sua religião com o mais alto cerimonial por não mais pactuar das idéias judaicas assim ele fala em seu texto sobre inteligência e moral:

“ Os homens que são bons de acordo com a razão, procuram o que lhes seja útil – nada desejam para si mesmos que também não desejam para o resto da Humanidade “.¹

Pois poderíamos partir desse conceito basilar da sociedade, mais como um conceito moral para os homens, do que um princípio de lei e ordem, ou até um princípio moral para a lei e ordem, mas o que faz desse pensamento renascer neste trabalho é a simples idéia da comunhão social .

Esta comunhão social à primeira vista bastante inocente vai tomando contornos cada vez maiores, na medida em que, a análise da realidade social traz toda a carga de responsabilidades de vivermos ligados modernamente uns aos outros por relações jurídicas de direito, extremamente arraigadas na idéia de onde começa o seu direito termina o direito do outro e assim conseqüentemente começaria o seu dever. Desde o início da sociedade fundada na idéia de contrato social é assim. Até mesmo na baixa idade média , tempo dos feudos, já existia algo assim (Rusche e Kirchheimer).

Para deixar de lado esse aspecto moral devemos concentrar primeiramente os olhos no homem, pois , este será sempre passível de emoções e descontroles. Será sempre o alvo da humanidade como se ele já viesse ao mundo recheado de ódio e por isso é que fosse o culpado pelo estágio de degradação da humanidade.

O homem como foco principal deveria ser encarado como o objeto mais valioso de investimento. Como diz Will Durant :

“ que danos tem sido causado ao homem, por exemplo, por uma incontrolada ganância, belicosidade ou luxúria, até que ele se torna simples apêndice do instinto que o dominou “.²

¹ Durant, Will. A História da filosofia. Editora Nova Cultural. Primeira Edição 1926. Pág.185.

² Idem nota 1.pg.185

Vemos o homem com seus instintos (principalmente nos dias de hoje, um pouco mais domesticado, mas cada vez mais violento) como o centro da sociedade . Ele é o foco da realização social mas é a desilusão do Estado. Pois esse estado trata o seu principal elemento de forma unilateral, inconsequente e desinteressada, pois quem esta agredindo o Estado é uma sociedade como um todo, mas sempre se viu o homem como o agressor do Estado. Sobre isso Spinoza também escreve:

“ O objetivo supremo do Estado não é dominar os homens nem contê-los pelo medo, é, isso sim, livrar cada um deles do medo, permitindo-lhe viver e agir em plena segurança e sem prejuízo para si ou seu vizinho. O objetivo do Estado, repito, não é transformar seres racionais em feras e máquinas. É fazer com que os homens a viver segundo a razão livre e a exercitá-la; para que não desperdicem sua forças com o ódio, a raiva e a perfídia, nem atuem uns com os outros de maneira injusta. Assim, o objetivo do Estado é realmente, a liberdade.”³

Ora Will Durant ainda comenta sobre o pensamento de Spinoza:

A liberdade é o objetivo do estado porque a função do Estado é promover o crescimento, e o crescimento depende da capacidade de encontrar a liberdade. Mas se as leis abafarem o crescimento e a liberdade? O que deve fazer o homem se o Estado, ao procurar, como em todo organismo ou organização, preservar a sua própria existência (o que normalmente significa que os ocupantes dos

³ idem nota 1.pg191.

altos cargos procuram manter-se neles), se tornar um mecanismo de dominação e exploração.⁴

Spinoza responde, que deve-se obedecer mesmo à lei injusta, se forem permitidos protestos e discussões razoáveis e se houver liberdade de expressão para assegurar uma mudança pacífica. Assim o mesmo filósofo completa esse pensamento:

Quanto mais um governo se esforça por limitar a liberdade de expressão, mais obstinada é a resistência a ele; não de fato, por parte dos avaros, mas por parte daqueles a quem a boa educação, a moralidade íntegra e a virtude tornaram mais livres.⁵

Ora , talvez devêssemos voltar mais ainda para descobrir esse elo de dominação que envolve o discurso de liberdade e justiça , e porque não, a justificação para o terror do Estado sobre todos nós.

Pois, aprofundando ou melhor, retrocedendo na história da filosofia, Sócrates não se intimida diante da discussão.

Pode ser até que, por questões científicas fazer esse influxo temporal de filosofia seja mais desconexo do que parece, mas a ligação filosófica parece tão próxima que, depois de 2300 anos já passados a verdade se revela diante da nossa realidade.

Assim Sócrates define:

Eu declaro que a força é um direito, e que a justiça é o interesse do mais forte. As diferentes formas de governo fazem leis, democráticas, aristocráticas, ou autocráticas,

⁴ Idem nota.1.pg.191

⁵ Idem nota.1.pg.192.

visando a seus respectivos interesses e essas leis, assim feitas por elas para servirem aos seus interesses, elas entregam a seus súditos como sendo “justiça” e punem como “injusto” todo aquele que as transgredir. Estou falando da injustiça em grande escala. (...) Pois a injustiça é censurada porque, aqueles que censuram, têm medo de sofrer, e não devido a qualquer escrúpulo que pudessem ter de eles mesmos cometerem injustiças⁶.

Pois é essa a visão também que a nossa era está ligada.

Dessa maneira não resta dúvida que existe a predominância de um Estado opressor, e de opressores dentro do Estado, que o poderoso rolo compressor desse Estado esteja esmagando toda a sociedade.

O mecanismo que funciona nesse Estado a que me refiro pode ser entendido tanto como aquele Estado opressor como o Estado moderno que oprime pela exclusão social, gerando uma criminalização, produzindo injustiças e incertezas sociais.

Um elemento ainda não mencionado, sobre a relação que queremos formular, é a Justiça.

Embora essa reflexão seja de importância para entender a dinâmica que envolve o assunto, no pensamento de Sócrates, este deixa claro que ele não enfrenta o problema e:

“ salienta que justiça é uma relação entre indivíduos, dependendo da organização social; e que, em consequência, pode ser melhor estudada como parte da estrutura de uma comunidade do que como uma qualidade de conduta pessoal.”(Durant, Will. A

⁶ Idem nota.1.pg.42.

História da filosofia. Editora nova cultural.
Primeira Edição 1926. pág. 44).

É claro que o elemento Justiça pode ser incluído no contexto quando se fala em sociedade, lei e ordem, mas o que mais tarde podemos analisar, é que surge, na medida da desordem social um fenômeno muito importante e que vai explicar todo o resultado catastrófico social, visto na sociedade moderna.

Este fenômeno que melhor poderia ser chamado de fenômeno “pré-desordem” social, chamado de anomia, é que vai fundamentar todo o início da criminologia moderna. Este fenômeno da anomia é o que nós estamos percebendo em nossa sociedade moderna.

Ralf Dahrendorf escreve sabiamente: “ *A anomia, então, não é um estado de espírito, mas um estado da sociedade.*”⁷

A idéia de anomia vem intimamente ligada a idéia de desorganização social e de ordem social.

Pois é daqui que vai surgir todo o pensamento criminológico capaz de explicar os problemas modernos de nossa época. Deste ponto em diante tudo se transformará em respostas capazes de responder a disjunção social entre o Estado e o indivíduo e a ordem social e a Lei.

Neste contexto é que podemos verificar a disjunção social que acontece na sociedade moderna e mais precisamente nas sociedades sub-desenvolvidas. Essa sociologia criminal serve não só de base para este estudo, como também de elemento funcional dentro do raciocínio. Não podemos deixar de citar também a criminologia crítica que dentro da análise permite desmascarar o sistema punitivo e a punição social como manutenção da estabilidade social.

Assim fica estabelecido dentro desses parâmetros que esta construção criminológica é a tentativa de uma nova base para um discurso garantista dentro da política criminal e da criminologia.

⁷ DAHRENDORF. Ralf. A lei e a Ordem. Tradução de Tâmara D. Barile. Rio de Janeiro. 1997 . pag.27.

2 – Da liberdade.

2.1 - Partindo de Beccaria e formando uma nova concepção de Liberdade.

A distorção da liberdade no Estado democrático de direito se deve principalmente pela má distribuição de vários elementos que contribuem para o desequilíbrio relacional entre os seus destinatários.

Isto se dá, porque a liberdade não é igual para todos. Uma pergunta também se impõe: Por que existe esta distribuição desequilibrada entre os destinatários de um mesmo meio social? E quais são os critérios de distribuição da liberdade entre os membros de uma sociedade?

Dentro desta visão permitimo-nos transcrever um trecho “Dos delitos e das penas” de Beccaria: “ *As vantagens da sociedade devem ser distribuídas eqüitativamente entre todos os seus membros*”.⁸ (*Dos Delitos e das penas – Beccaria – pg. 15*).

E no mesmo trecho de seu livro Beccaria deixa a tormentosa assertiva: “ *Entretanto, numa reunião de homens, percebe-se a tendência contínua de concentrar no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, e só deixar à maioria miséria e debilidade.* ”⁹ (*idem pg. 15*).

A resposta Beccaria também dá. Ele explica que só as leis poderiam barrar essa tirania dos homens, mas em seguida coloca a lei em cheque:

“ as leis.... Quase sempre não foram mais do que o instrumento das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar todas as ações da sociedade com

⁸ (*Dos Delitos e das penas – Cesare Beccaria – Texto integral – Ed. Martin Closet, pg. 15*).

⁹ (*idem ob. Cit pg. 15*).

esta finalidade única: todo o bem estar possível para a maioria.”.¹⁰(idem pg. 15).

Assim não resta dúvida que a liberdade é posta em jogo, quando as leis são elaboradas porque pressupõem , acima de tudo, manifesta tendenciosidade do legislador. A liberdade é posta em jogo também, quando a lei é interpretada e aplicada pelo magistrado

Não resta dentro da elaboração legislativa, a sapiência nobre do homem. O que impulsiona esta função é somente o interesse e a vaidade de poucos.

Diante disso a natureza da liberdade é mais do que um simples preceito, é requisito elementar da sociedade moderna. Pois a liberdade consiste no livre exercício de sua vontade. E é desta liberdade , que é atacada diariamente, que nós vamos perceber que o Estado em detrimento de uma falsa idéia de ordem social, deteriora um agrupamento social, transferindo a sua responsabilidade social à opressão penal.

Precedente a Beccaria , Montesquieu usa nos Espíritos das leis as seguintes palavras: “ *Há, nos Estados em que se faz mais caso da liberdade leis que a violam contra um só, para preservá-la para todos.* ”

Ou seja, para manter a liberdade de membros de uma mesma sociedade, é necessário colocá-la em jogo. Esta é uma das conseqüências maléficas ou por que não conseqüências naturais que se traduzem nas imensas atrocidades da vida na sociedade moderna.

A liberdade posta em jogo hoje, para que se possa ser retirada em caso de violação à preceito social, é extremamente discutível, pois constitucionalmente e optando criminologicamente por uma corrente abolicionista moderada fica incompreensível a restrição da liberdade.

O Direito Constitucional de Liberdade consagrada pela Magna Carta somente poderia ser subtraída de uma pessoa em caso de violação à um bem personalíssimo de igual tamanho, ou de valor correspondente.

Isto quer dizer, que, precisa existir, sem dúvida nenhuma, uma equivalência de valores correspondentes na sociedade moderna.

Uma sociedade equilibrada só poderá ter direito à subtração da liberdade se um ente humano feriu direito de igual ou de maior tamanho. Ou seja, para existir essa perda

¹⁰ (idem ob cit pg. 15).

da liberdade, é preciso que exista um mau uso dessa liberdade ou que fira a liberdade de um homem concebido como parte desse agrupamento social.

Dessa maneira, desde a Constituição de 1988, não existe por parte do Estado (figura esta irreversível que comanda a ordem social) o direito sequer de subtrair o direito de liberdade do cidadão ou do homem social, concebido como parte inerente da sociedade, seja qual for sua posição social, econômica ou política.

Buscando essa origem Beccaria ainda complementa:

“ Ninguém faz graciosamente o sacrificio de uma parte de sua liberdade apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais esta ligado às diversas combinações políticas desse globo, e cada um desejaria , se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens. Sendo o crescimento do gênero humano , apesar de lento e pouco considerável, muito superior aos meios de que dispunha a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e entrecruzando-se de mil modos, os primeiros homens, até então em estado selvagem, foram forçados a agrupar-se. Constituídas algumas sociedades, logo se formaram outras, pela necessidade surgida de resistir às primeiras, e assim viveram esse bandos....”¹¹ (Beccaria pg. 18).

¹¹ (*idem ob. Cit. pg. 18*).

Pois é esse agrupamento, ainda primitivo que vai impor a cada sujeito dispor da sua própria liberdade em detrimento de uma comunidade. Beccaria ainda acrescenta:

“ Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.”¹² (beccaria pg. 19 e 20).

Parece-me exatamente, neste ponto , que, a liberdade individual não poderia ser subtraída de qualquer cidadão. Ou seja, quando uma “pequena parcela de liberdade é depositada” ,entende-se que não é a liberdade plena do homem, mas apenas um pedaço daquela liberdade capaz de obrigar os outros homens em sociedade, a dispor dessa parcela em detrimento de uma estabilidade social.

Por isso, podemos chamar esse fenômeno de “contrato social”. A questão levantada agora é que, se existe realmente um “contrato social”, quais seriam as partes desse contrato? Este contrato existe entre o Estado e seus membros ? ou entre os homens de uma mesma sociedade ?

Ora a meu ver, não existe contrato social entre o Estado e os seus membros, nem, muito menos entre os próprios homens. Pelo menos aqui no Brasil, onde a realidade demonstra que existe por parte do Estado a falta do cumprimento de obrigações constitucionais inerentes a figura estatal.

¹² (idem ob. cit pg. 19 e 20).

O que poderíamos chamar de “contrato social” nada mais é do que a vida em sociedade, e essa vida em sociedade existe como realidade antropológica e não como fenômeno político. Apenas o Estado é um fenômeno político.

As Leis são um fenômeno jurídico-político, mas a liberdade na vida social é um direito natural de origem antropológica.

A liberdade só pode ser abstraída de um homem, quando este delegou à figura do Estado a função de organizar a vida social, para justamente poder gozar da vida em sociedade, esse fenômeno se deve à evolução do homem em sociedade. Evolução esta, progressiva, gradativa e irreversível.

Essa explicação vai fundamentar as histórias humanas de tiranismo e opressão do homem para o homem. Na história humana, o homem quando delega esse poder de perda da liberdade, deixou caminho aberto para a atrocidade do poder e dos governantes.

Hoje ,neste mundo moderno, é visível a opressão exercida sobre a liberdade, pois existe liberdade para aqueles que estão no poder e que de certo modo comandam o destino humano. Existe felicidade para aqueles que estão no poder, pois para o resto dos homens, indignos à vista do Estado meritocrático, restam apenas as migalhas de uma sociedade criminógena.

Neste ponto, é necessário também uma reflexão sobre este movimento excludente da liberdade na sociedade moderna, e associá-lo de certa forma, ou melhor, enquadrá-lo como um elemento criminogênico. Pois, essa má distribuição de liberdade dentro da sociedade, vai gerar uma conseqüente onda de criminalização daqueles que estão à margem da sociedade.

Esse subúrbio contratual social (contrato social – Rousseau) à que me refiro, são os indivíduos que não estão de qualquer maneira usufruindo da vida em sociedade. Esta camada social periférica ao contrato social é vitimizada várias vezes nesse contexto. Essa vitimização dá-se, primeiramente por serem os primeiros a não possuírem direitos e garantias fundamentais como a liberdade, e segundo lugar são oprimidos e excluídos de qualquer tentativa de integração social e em terceiro e último lugar são vítimas da própria sociedade que o rejeitou.

Como Liberdade, podemos atingir a construção consistente, e entende-la , em suma, como:

“ num processo dinâmico de liberação do homem de vários obstáculos que se antepõem á realização de sua personalidade: obstáculos naturais, econômicos, sociais e políticos. È hoje função do Estado promover a liberação do homem de todos esses obstáculos, e é aqui onde autoridade (poder) e liberdade se ligam. García-Pelayo o disse bem, ao escrever que a experiência histórica tem mostrado que não é o Estado o único que oprime o desenvolvimento da personalidade; que não é a única entidade que impõe relações coativas de convivência, e que as mesmas liberdades liberais estão condicionadas em sua realização e situações e poderes extra-estatais”.¹³ (José Alfonso da Silva – Liberdade e liberação – pg. 212 e 213).

Podemos usar mais um pouco de José Afonso da Silva , embora lembrando que este é um constitucionalista positivista:

“Então é neste ponto que queríamos chegar, por que , o Estado se mostra justamente como meio apropriado para a realização dessa defesa da liberdade e para realizar a liberação dessas pressões, o que , naturalmente supõe a ampliação de sua atividade e a intervenção em territórios sociais que antes permaneciam

¹³ (In Curso de Direito Constitucional Positivo - José Alfonso da Silva – Ed. Malheiros – 8 Edição - Liberdade e liberação – pg. 212 e 213).

á sua margem, o que produz lesões a liberdades até então consideráveis intangíveis.”¹⁴ (pg. 213).

Quando falamos em liberdade até agora, não limitamos o sentido dessa expressão. É fundamental nesse momento explicar que, entre as várias concepções de liberdade que possuímos, a que se refere aqui, é a liberdade individual, ou “liberdade da pessoa física”, constituindo a primeira liberdade que o homem teve que conquistar.

E essa oposição à liberdade, que é a prisão e a detenção, que gera impedimento à locomoção, é que nós entendemos ser diante de uma filtragem constitucional e com base também na quebra do dever do Estado de amparo à sociedade, uma ilegalidade e no mínimo uma distorção do sistema social moderno.

O que fundamenta esse pensamento é que, se a vida em sociedade pressupõe direitos e deveres, se estes são condicionados à uma contraprestação contratual, se o Estado descumpre diariamente e por várias décadas as obrigações à ele inerente, pois a nosso ver este decai do seu direito de punir, pelo menos constitucionalmente, punir com pena privativa de liberdade.

O Direito de punir surge com figura do Estado ou mesmo antes com a vida em sociedade. Com a transferência para o Estado, a vingança privada passa das mãos do particular para a mão do Estado, e este tem a obrigação de fomentar a vida e a ordem social.

Pois, se a liberdade foi posta em jogo, saliente-se que parte da liberdade foi colocada nas mãos do Estado, e que este deveria em contraposição, distribuir entre os seus entes direitos, que, não foram se quer distribuídos, não estaria deslegitimado o Estado de punir o cidadão, que por carência da assistência estatal, teve que violar direito do seu semelhante?

Este direito, não estaria mitigado pelo direito de liberdade face a Constituição de 1988? Não estaria o Estado confirmando a sua incapacidade de gerenciar a vida social? Essa ausência estatal não configura uma incapacidade administrativa gerando quebra do “contrato social”? Se realmente existente?

Finalmente, podemos concluir que. A figura do Estado como detentor do “ius puniendi” não mais pode ser interpretada de maneira totalitária e totalizadora. O direito

¹⁴ Idem ob. Cit. pg. 213

de punir está nas mãos de Estado, mas, não mais como privação da liberdade. As razões para tal, são de maneira tão grandes que passam pelo fundamento do sistema punitivo, pela disfunção da pena privativa de liberdade, pelas não realizações das funções que a pena privativa de liberdade possuem e principalmente, pela não realização, pelo Estado, do pleno desenvolvimento do ser humano dentro do papel social do Estado.

2.2 - Da Liberdade Positivada.

Dentro de nossa Carta Magna, logo em seu preâmbulo, os representantes do Povo, instituindo o Estado Democrático de Direito asseguram dentre outros direitos à Liberdade:

“ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...”

Neste preâmbulo, esta consagrado os princípios fundamentais do Estado democrático Brasileiro. Quando se fala em liberdade, é preciso esclarecer que em uma sociedade, mesmo que mais democrática do que as demais, precisa ser lembrado que sempre haverá algum tipo de restrição à liberdade.

A liberdade à que nós nos referimos é o Direito de Liberdade em contraposição ao “direito dever” do Estado de privar alguém da liberdade mediante privativa de liberdade.

Este é o ponto central deste trabalho.

Como um Estado Democrático, que consagra tanto a liberdade, pode subtrair essa, por meio de uma pena privativa de liberdade ?

Esta questão é que precisa ser respondida.

O Estado não pode atingir um princípio fundamental se este na sua posição de idealizador da sociedade, de fomentador das expectativas sociais e garantidor do exercício pleno de suas garantias não conduz os seus destinatários à realização e fruição do bem estar individual.

A consecução deste fim, que é o bem estar social, é pleno, e não fracionável. Pois ao Estado não é permitido falhar nessa atribuição, sendo que, qualquer falha dessa finalidade, anula qualquer “direito dever” do Estado correlacionado com atitudes punitivas do mesmo.

Melhor explicando esse assunto, um exemplo que pode ser dado: Quando uma pessoa, por falta de condições mínimas de sobrevivência opta em praticar um furto, esta não poderá perder a liberdade porque na gênese do problema esta a figura do Estado, que não produziu uma inclusão deste sujeito no meio social.

Outro exemplo: Por falta de assistência médica fornecida pelo Estado uma pessoa é obrigada a furtar uma farmácia. Outro exemplo que é muito mais abrangente, é quando a ausência do Estado é tão grande e por tanto tempo que as pessoas são verdadeiras vítimas do Estado, que são os casos das favelas. Nestes lugares falta saneamento, há um grande número de pessoas sem atendimento médico e no desespero furta-se remédios, falta emprego, ganha-se dinheiro com o tráfico, roubo, extorsão mediante seqüestro, falta educação há um aumento no consumo de drogas tanto lícitas como ilícitas proporcionalmente há um aumento do número de homicídios. E o mais aterrador dado, fatalmente todas estas pessoas que fazem parte, queiram ou não, dessa sociedade, irão parar dentro de casas penitenciárias.

Estas pessoas perderão o direito de liberdade, na qual, na realidade nunca o chegaram exercer plenamente.

Nesse sentido, quanto mais direitos fundamentais suprimidos, menos o Estado tem o Direito de suprimir a sua liberdade.

Fazendo uma análise do preâmbulo, o Estado primeiramente assegura os direitos sociais, depois os individuais e depois a liberdade. Assim, como o Estado que não assegura os direitos sociais e os individuais, não pode retirar a liberdade de um destinatário da lei.

O art. 5º da Carta Magna considera:

“ art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...”

Este contra senso é imenso à nosso ver. Porque traduz não um Estado Democrático e sim um Estado autoritário travestido de democrático.

É simples perceber isso na realidade e na própria constituição. No inciso XLVI da Carta Magna diz: “ *A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade..*”, ora é aqui que não se pode dar o braço à torcer.

A constituição esta prevendo uma pena que é inconstitucional à nosso ver. Toda tentativa do Estado em prevenir a delinquência social pela pena privativa de liberdade é ridícula.

Pois o que previne a delinquência não é a pena, mas a certeza de ser punido.

Além do que, a figura punitiva do Estado esta ultrapassada. A privação da liberdade apenas encarcera o pobre e depois de encarcerá-lo transmite toda uma estigmatização adquirida pós-cárcere que irá marginalizá-lo outra vez. É como se fosse estampado em sua testa uma marca , e esta marca se torna um rótulo. Esse rótulo não é adquirido. A nosso ver este rótulo é imposto pelo Estado, ou seja pelo sistema.

Este sistema de rotulação social é feito de modo arbitrário, porque o rótulo apenas serve para os delinquentes pobres e a delinquência de uma faixa social elevada nunca sofrerá este dano moral, psicológico e social.

3 - Breves considerações sobre a lei.

Histórica e filosoficamente, nos foi ensinado que o econômico gera o social (Marx e Engels), que o social gera o cultural e este gera o jurídico.

Percebe-se assim, que a ordem jurídica está em último lugar no plano da evolução social. Houve até alguém que sustentou que se, lhe fosse dado um texto legislativo de um povo desconhecido, poderia ele com suporte do exame do quanto dizia referida lei, identificar a situação social, econômica, cultural e política daquele mesmo povo.

Diante dessa premissa, podemos nos atrever em adotar o mesmo critério para um exame da nossa lei penal.

Assim, destaquemos ao acaso o artigo 23, inciso I do código penal que cuida especificamente do estado de necessidade.

Sabendo-se que, na ordem constitucional, bem como perante a lei que disciplina os direitos *humanos* “ *todos devem respeito à todos e todos à este respeito tem direito à educação, à saúde e aos meios de sobrevivência*” fácil é perceber que o Estado por não atender aos mandamentos do art. 7º e seus incisos da Carta Magna, numa atitude escapista, confessando sua incompetência de bem distribuir e aplicar o que determina a Lei, vem se socorrer da tipicidade penal para suprir esta sua indesculpável omissão, pois dessa forma criminaliza condutas e obriga uma camada social a se tornar cliente do sistema penal . Com o que podemos concluir senão reconhecido o estado de necessidade, ser a pena privativa de liberdade uma inconstitucionalidade, e se assim não o for, é no mínimo uma omissão do Estado, pois a seletividade que ocorre dentro do sistema legal vai selecionar justamente aquelas pessoas que em “estado de necessidade” cometem condutas típicas, mas que o Estado em exercício do seu “jus puniendi” não é incapaz de reconhecer que falhou no cumprimento de fundamentais regras constitucionais e por isso deveria reconhecer a sua incompetência e excesso de exação na aplicação de pena privativa de liberdade nos casos em que se configura, com clareza, a necessidade de agir em estado de necessidade, justamente por falta de amparo do Estado, de grave omissão ao cumprimento do mandamento Constitucional.

Cumprir destacar que estamos nos referindo ao elenco dos Direitos sociais onde se busca atender às necessidades vitais básicas do indivíduo e da família (art.6º. IV da CF), relativos à alimentação saúde, higiene e transporte próprio e da família.

Por isso, algumas condutas típicas, a nosso ver, tem a figura do Estado como coadjuvante por omissão.

Quando citamos o estado de necessidade, como causa excludente de antijuridicidade, fazemo-lo não no sentido que a conduta seja impunível, mas que não seja punida com a pena privativa de liberdade, e que o Estado reconheça a sua culpa “in omitendo”.

Nesse sentido, Beccaria afirma que:

“ À proporção que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas, quando, finalmente, os executores implacáveis dos rigores da justiça abrirem o coração à compaixão, as leis poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedir a prisão ”. (Beccaria pg. 26).

“os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime” (Beccaria pg. 49).

*“entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, **menos cruel no corpo do culpado.**” (Beccaria pg. 49).*

“ Encerro com esta reflexão: que o rigor das penas deve estar em relação com o estado atual do país. São necessárias impressões fortes para impressionar o espírito rude de um povo que abandona o estado selvagem. Para dominar o leão em fúria é preciso o raio, cujo ruído apenas faz irritá-lo. Contudo, à medida que as almas se tornam mais brandas no estado social, o homem faz-se mais sensível; e , se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas precisam ser menos rigorosas”. (Beccaria pg. 51).

3.1 - Breves observações psicofisiológicas, históricos e antropológicas da Lei.

“ Os estudos de Cannon, por um lado, e, por outro, os de Keith parecem indicar que atuam sobre as sociedades, como sobre os indivíduos, independente de pressão econômica, forças psicofisiológicas, suscetíveis, ao que se supõe, de controle, pelas futuras elites científicas – dor, medo, raiva – ao lado das emoções de fome, sede, sexo. Forças de uma grande intensidade de repercussão.”¹⁵ (In Casa-Grande & Senzala, de Gilberto Freyre , 49º Ed. Global, pg. 42.).

Podemos, pois, cientificamente, ajuntar ao lado e junto das condições sociais, culturais e jurídicas, essas condições psicofisiológicas, hoje visíveis no furor imperialista no islamismo e no terrorismo como forma de desespero contra o poderio dos Estados Capitalistas e dominadores, ex-vi USA et aliados.

Às vezes, outro meio de nos sentirmos nos outros – nos que vieram antes de nós e cuja vida se antecipou à nossa, é , quando procuramos o “tempo perdido”.

Assim, no Brasil vários antecedentes de ordem geral – bi-continentalidade, ou antes, dualismo de raça e cultura, hoje, de multi-continentalidade, não nos limitamos mais a uma origem portuguesa ou estoque semita, mas de povos de todas as cores, raças, crenças, filosofias e religiões.

Até o clima diz Gilberto Freyre e com ele Montequieu, é impossível negar-se a influência que exerce na formação e no desenvolvimento das sociedades senão direta, pelos efeitos imediatos sobre o homem, “*que o excite aos crimes contra a pessoa*”.¹⁶(In ob. Cit. Pg. 75).

¹⁵ (In Casa-Grande & Senzala, de Gilberto Freyre , 49º Ed. Global, pg. 42.).

¹⁶ (In ob. Cit. Pg. 75).

*“ No homem e nas sementes que ele planta, nas casas que edifica, nos animais que cria para seu uso ou sua subsistência, nos arquivos e bibliotecas que organiza para sua cultura intelectual, nos produtos úteis ou de beleza que saem de suas mãos – em tudo se metem em larvas, vermes, insetos, roendo, esfuracando, corrompendo. Semente, fruta, madeira, papel, carne, músculos, vasos linfáticos, intestinos, o branco do olho, os dedos dos pés, tudo fica à mercê de inimigos terríveis”.*¹⁷

Este era o retrato do que éramos nós nos idos de 1926.

E de lá para cá ?

Historicamente, sobre os degredados quer se queira ou não, foram o suporte de nossa história política e econômica.

Cumpre destacar :

“ enquanto quem dirigisse doestos aos santos tinha a língua tirada pelo pescoço e quem fizesse feitiçaria amorosa era degredado para os ermos da África ou da América; pelo crime de matar o próximo, de desonrar-lhe a mulher, de estuprar-lhe a filha, o delinqüente não ficava, muitas vezes, sujeito a penas mais severas que a de “pagar de multa uma galinha” ou a de “pagar 1.500 módios”. Contanto que fosse

¹⁷ (In ob. Cit. Pg.78).

*acoitar-se à um dos numerosos “coitos de homiziados”!*¹⁸

*“ Que condições senão as físicas e químicas, de solo e de clima determinam o caráter da vegetação espontânea e as possibilidade da agrícola, e através desse caráter e dessas possibilidades, o caráter e as possibilidades do homem? ”*¹⁹.

*“ Nada perturba mais o equilíbrio da natureza que a monocultura principalmente quando é de fora a planta que vem dominar a região – nota o professor Konrad Gunther. Exatamente o caso brasileiro. ”*²⁰

E aí estamos, café, trigo, cacau, borracha, café, trigo, soja, feijão e logo...nada, subvertendo por completo o equilíbrio ecológico da paisagem e travando todas as tentativas de outras plantas alimentares do lugar, constitui-se degradante da alimentação regional. Afora o dizer que a civilização e a sífilização andam juntas.

O nosso indígena acredita que os animais possuem alma.

E por que não tê-la, também, os vegetais.

Assim como as danças eróticas parece que quanto mais freqüentes e ardorosas, mais fraca sexualidade indica, assim o uso irracional da terra mais a degrada e inutiliza.

Os grandes aglomeramentos sociais e sedentariedade urbana sempre degradam os povos acostumados à vida dispersa e nômade e romântica.

Não teremos aí, um caldo propício à violência?

E na atual juventude o complexo brasileiro de *bicho* merece estudo à parte, não há mais o Jurupari, o Carapatu, ou o diabo, o bicho-papão, não há mais a boneca de

¹⁸ (*In ob. Cit.pg. 82*).

¹⁹ (*In. ob. cit pg.96*).

²⁰ (*in ob cit pg. 96*).

pano, hoje tudo é virtual, monstros que não amedrontam mais, mas incitam ao mal e ao crime.

O retrato hoje de nossa sociedade , revela uma juventude desajustada, irreverente, desobediente aos padrões naturais, onde é proibido o proibir, salvo honrosas exceções.

Esses novos componentes psicofisiológicos e antropológicos merecem melhor estudo sobretudo do assustador aumento da homossexualidade e da criminalidade, como resultado da perversão dos costumes.

4 - Da ordem social.

4.1 -O papel desempenhado pelas experiências sociais.

“As instituições humanas evoluem lentamente. Deixadas a si mesmas, elas vão se modificando vagarosa e imperceptivelmente. Muitas vezes se confundindo, elas e os costumes, com a própria natureza humana.”²¹

São esses costumes elementos de experiência, ao meio físico e à condição social do homem. O costume é o primeiro elemento de coesão social e interação com o grupo, principalmente porque reduz as possibilidades de atritos como grupo

Neste desenvolvimento processual, foi que se criou a diversificação de interação, consolidando as relações sociais complexas, tornando-se mais e mais numerosos evoluindo junto com a sociedade industrial moderna.

Isto ocorre, porque um certo grau de estabilidade é necessário à existência de um grupo social.

Nesse sentido vê-se que a linha teórica biológica é compatível em se transformar em uma teoria funcionalista-estrutural. Esta é um dos pontos em que nós propomos uma junção das teorias.

Fica clara esta evolução. Quando partimos do senso do homem concebido como parte integrante do ambiente, e sensível às suas reações, o próximo passo a ser dado é em direção ao conceito de estabilidade social como:

“equilíbrio entre idéias reformistas e conservadoras , com o predomínio ora de uma, ora de outra, deslocando-se num ou

²¹ (*In Patologia Social, F.A de Miranda Rosa , 3º Ed. Pg. 29*).

noutro sentido a maior influência de atuações no grupo. ²²

Na evolução do pensamento, o caminho da estabilidade social passa necessariamente pelo problema da anomia, que é outro fator dentro da teoria funcionalista estrutural.

Concebida como desorganização pessoal, como conflito de normas e como ausência de normas.

Nessas três interpretações queremos concluir que existe sempre uma evolução lógica e inter-relacional entre os fenômenos. Essa visão sociológica da criminologia não pode ser amputada de maneira à satisfazer, apenas, os pequenos encaixes marginalizadores.

Dentro do livro *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, de Alessandro Baratta ele coloca três elementos importantes:

“ A teoria estrutural-funcionalista da anomia e da criminalidade afirma: 1) As causas do desvio não devem ser pesquisadas nem em fatores bioantropológicos e naturais (clima, raça), nem em uma situação patológica da estrutura social. 2) O desvio é um fenômeno normal de toda estrutura social. 3) Somente quando são ultrapassados determinados limites, o fenômeno do desvio é negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social, seguindo-se de um estado de desorganização no qual todo o sistema de regras de conduta perde o valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou (esta é a situação de anomia). Ao

²² (*In Patologia Social, F.A de Miranda Rosa , 3º Ed. Pg. 31*)

contrário, dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sócio-cultural.”²³

Como já citado acima “ *historicamente, sobre os degredados quer se queira ou não, foram o suporte de nossa história política e econômica.*”

Temos como partida agora um ponto de convergência. Essa convergência se dá sobre o problema da desorganização social. Para entender isso:

*“pode ser dito que a moderna sociedade industrial, extremamente complexa e diversificada, em que os processos de mudanças são intensos e particularmente acelerados, com a produção de tensões internas muito agudas está permanentemente em estado de desorganização parcial”.*²⁴

*“Essa espécie de desarmonia interna se manifesta em variados conflitos de maior ou menor profundidade e extensão, mas que, de maneira ampla se pode caracterizar como afetando: a) grupo de interesses b) classes sócio-econômicas, c) grupos raciais e d) grupos culturais.”*²⁵

Esses exemplos são causadores dos fenômenos de desorganização social., e quanto mais desajustes maior o campo de tensão produzido.

²³ (*In Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, Alessandro Baratta, 3º Ed. Ed. Revan, pg. 59-60*)

²⁴ (*In Patologia Social, F.A de Miranda Rosa , 3º Ed. Pg. 55-54*).

²⁵ (*In Patologia Social, F.A de Miranda Rosa , 3º Ed. Pg. 54*).

“É preciso examinar a esta altura, o fato de que, numa sociedade dinâmica, como é a moderna sociedade industrial, a mudança é acelerada, em ritmos desiguais e ampla. Acelerada, porque se verifica muito mais depressa do que nas sociedades tradicionalistas; em ritmos desiguais, porque os elementos culturais se modificam diretamente; e ampla, porque todo o sistema sofre alterações impostas pelo próprio dinamismo social”²⁶.

A existência de processos de desorganização na moderna sociedade industrial, como ficou dito, é normal. O que precisa ser feito é apontar a existência que contribuem para esta desorganização:

“ O formalismo despido de sentido prático atual (formalização de usos e costumes), o desaparecimento ou desprestígio dos elementos tradicionalmente sagrados, ou tabus, o individualismo imoderado (individualização de interesses), acompanhado do inconformismo agressivo e queda do sentimento de responsabilidade para com a sociedade, o comportamento prevalentemente hedonista, o aumento das dificuldades semânticas ao entendimento, maior desconfiança recíproca, intranqüilidade social, radicalização de opiniões e atitudes, tudo isso constitui um conjunto de sintomas indicativos da

²⁶ (in id ob cit pg. 56).

existência ativa de processos de desorganização.”²⁷

²⁷ (*iden ob cit pg. 58-59*).

4.2 - Da Ordem social propriamente dita.

É inegável que estes elementos produzirão efeitos negativos no meio social. Dessa forma é fácil verificar que a violência e a criminalidade, não necessariamente são ligadas uma à outra, pois são frutos do extrato social . Estes frutos são diretamente proporcionais ao meio social onde estão inseridos e possuem características peculiares determinadas pela natureza social e humana de sua origem.

Assim, quando tentamos unir as teorias, é preciso dizer que esta tentativa estará sempre inacabada. Esta falta de definição, a nosso ver, se dá principalmente porque os elementos que construirão os elos de ligação entre uma teoria e outra estão sempre em perpétua evolução.

Não que sejam frágeis, ou mal definidos, mas pela natureza dialética do raciocínio, esta se torna uma corrente que irá sempre crescer na formação progressiva do entendimento tanto atributivo como etiológico da criminologia.

Esta proposta de conciliação de uma teoria biológica com uma teoria estrutural funcionalista, é a nosso ver, a tentativa de entender a violência e a criminalidade, bem como a ordem social e desorganização social, como elementos associados de uma mesma realidade.

É claro que se precisa criar uma ordem nesses fatores sociológicos. Do mesmo modo que é necessário separar alguns desses elementos para entendê-los. Assim, ordenando esta criação prefiro esclarecer que:

1) Ordem social – precisa ser concebida como bem estar social, associada necessariamente como dimensão jurídica imposta e nem sempre aceitável.

2) Desorganização social – como movimento contrário à organização, entendido como fenômeno social, perturbador dos padrões e mecanismos das relações intergrupais. (Miranda 1975).

3)Violência – interpretada como elemento natural profundamente arraigadas na vida social, tendo suas raízes alcançado maiores distância do que a própria natureza humana, sempre interpretada com base psicanalítica e sociológica.

4)Criminalidade – entendido como ato humano, sempre típico, no sentido de criminalização da conduta humana e de outro lado o crime como patologia, sinônimo esta de doença social.

Estes quatro fatores, estão intimamente ligados de forma que, desde a construção de uma teoria biológica de Lombroso, sempre ficou faltando para algumas questões, fundamentos suficientes para a explicação de uma origem criminológica suficientemente capaz de explicar o fenômeno do crime.

Desse ponto em diante tentaremos fazer a conciliação de todas as idéias . Tentaremos também, definir essas condições de conciliação para a busca de um novo direcionamento criminológico.

4.3. - A Violência.

Para realizar estudos dessa espécie não os precisamos iniciar inteiramente sem premissas. Em qualquer estudo sobre a violência humana seria isso impossível, porque há certo julgamento de valores até na mais bem intencionada objetividade,

Mesmo que não haja premissas, partiremos da realidade, às quais chegamos por meio do raciocínio científico. O influente filósofo Alemão Karl Jasper – escreveu que “o impulso para sacrificar-se em tal violência, de morrer ou sair vitorioso, são instintos humanos fundamentais” que não podem ser abolidos.

Esta é uma afirmação que, embora assustadora reflete uma lado verdadeiro da natureza humana. Desse princípio, parte-se em busca do verdadeiro raciocínio sobre a origem da violência.

Se a natureza humana tiver ajuda e permissão para desenvolver-se devidamente, não será ela compelida, nem mesmo ficará inclinada, a praticar a violência ou alguma agressão destruidora.

Para o estudo da violência individual o mais prático está em combinar o que se pode chamar de psiquiatria clínica dinâmica com sociologia. A psiquiatria é instrumento poderoso. O perigo está em ser ela, muitas vezes, aplicada para explicar atos brutais e sádicos de tal maneira que chega a desculpá-los.

Falar sobre violência somente dentro dos limites da psicologia ou da patologia significa isolar o ato de todas as complexas conexões sociais.

Os atos violentos são raramente investigados de modo a serem esclarecidos todos os fatores de sua motivação.

Estudar a violência sem examinar as condições concretas que podem ajudar a produzi-la deixa o assunto ao léu. Não podemos ser cientistas puros olhando somente para parte dele. Devemos encarar o todo. Isso inclui todos que cometem violência e todos que a ocasionam ou permitem que seja cometida. Devemos tratar não apenas com pessoas desajustadas mas, também com condições sociais desajustadas. Atingindo a nossa vida social diária, emocional e política, não deveríamos ficar surpreendidos ao encontrarmos certo número de coisas muito heterogêneas, costumes sociais, instituições, teorias e crenças desempenhando papel como fatores de promoção da violência.

Os fatores de promoção da violência são aqueles que impedem que nos eduquemos visando a um mundo não-violento ou que ajudam a retardar as bases sociais para alcançá-lo.

Essas são as bases de um novo redirecionamento criminológico sobre a violência. Partindo dessas linhas gerais, não se pode perder de vista o lado sociológico bem como o lado patológico da violência, pois são as faces de uma mesma moeda. Este redirecionamento criminológico que fazemos aqui é apenas apresentar as linhas gerais, sem nos aprofundar, mas que futuramente, em trabalhos posteriores merece ser estudada com profundidade.

O único dado que permito-me escrever e apenas como ilustração desse redirecionamento é o fato da delinqüência juvenil.

Este revela e comprova este redirecionamento. Pois demonstra que a análise é sempre feita como um todo e nunca dissociada de fatores bio-psico-sociais. Assim permito-me transcrever um trecho de Fredric Wertham:

“ A violência juvenil tem reflexos diretos na vida adulta. Sua prevenção é difícil devido à perturbação psicológica dos indivíduos mas devido à circunstância de estar o fenômeno profundamente apoiado em nossa vida social. Cada sociedade tem a violência juvenil que cria. As causas, na maior parte, não estão nos jovens mas no ambiente que para eles criamos; eles querem estabelecer sua identidade de maneira pessoal, e nós os colocamos num mundo no qual a maior atenção que recebem é como simples consumidores. Querem ser indivíduos e são por nós transformados numa pequena entidade de milhões. Desejam um mínimo de segurança e apresentamos-lhes um mundo assustador. Querem aprender e colocamo-

los em classes superlotadas. Procuram aventura e não damos exceto por meio de assassinios e brinquedos de guerra.”²⁸

“Lançar na família individual a culpa pela delinqüência violenta, como agora esta em moda, é bom meio de evitar implicações sócias mais amplas. Os que querem atirar toda a culpa na família não passaram muito tempo conversando com os pais cujos filhos cometeram atos violentos. Esses pais, quase uniformemente reconhecem ter sido incapazes de proteger os filhos contra influências estranhas, na rua , na escola, nas publicações, no entretenimento.”²⁹

Para concluir, a violência humana é sempre um sintoma. Nunca um processo independente. Indica algo errado. Nenhuma causa única é, jamais, responsável, sem que causas pequenas dêem uma ajuda. Enfim a violência é indivisível, mas tem muitas facetas. Temos que seguir tanto no geral como no específico. Para tanto a base para essa mudança é uma estrutura sócio-econômica justa, sociedade como sociabilidade, como unidade integrada. Desse modo, não há duvidas que possamos realizar este progresso nas relações humanas.

²⁸ (*In Marca da Violência, Fredric Wertham, 1966, Ed. IBRASA, pg 259.*).

²⁹ (*idem ob. cit. pg. 260.*).

5 - A criminalidade como criminalização.

Quando definimos o crime, podemos dar ao termo várias interpretações dependendo da área que se pretende usar para defini-lo.

Para nós, crime é toda ação humana, tipificada. Ou seja, é a conduta humana enquadrada como um ilícito penal.

A definição sociológica de crime, também passa pela definição de ato humano previsto na lei penal ao qual corresponde uma pena. Esta duas explicações é a que melhor explica o fenômeno da criminalidade..

O relativismo do conceito do que seja crime, com a exigência de que o ato assim qualificado seja previsto pela lei penal e a ele se aplique um determinado castigo.

O Sociólogo entende conduta criminoso como um comportamento desviado das normas de conduta geralmente aceitas pelo grupo e que, pelo caráter mais grave de sua natureza anti-social, exige tratamento especial por parte dessa mesma sociedade. Claro, é fundamental a compreensão da relatividade do que se pode definir como crime. Esta é uma variação de tempo e espaço, dependendo sempre de comportamentos, normas de conduta, aceitas ou não pela sociedade.

No tempo e no espaço, portanto, a conceituação do que seja crime e, destarte, os limites da própria criminalidade, constitui coisa relativa. O que está dito, porém, não exclui uma conceituação permanente de criminalidade, pois os denominadores comuns são as condutas anti-sociais em grau acentuado e definido como criminoso pelas normas internas da sociedade.

É preciso não perder de vista que cada fato social é, em si mesmo, a resultante de quantidade muito grande de elementos causadores, simultânea e sucessivamente atuantes e está situado num contexto em permanente mudança.

A criminalidade está intimamente ligado a organização social em que se observa.

Esta investigação sob o ponto de vista sociológico vai trazer à tona a discussão sobre a bifurcação da análise da criminalidade.

Como diz Alessandro Baratta em seu livro *Criminologia Crítica e Crítica do direito penal*:

“Estes pressupostos são os seguintes: a) o sistema de valores e de modelos de

comportamento recebido pelo sistema penal corresponde aos valores e normas sociais que o legislador encontra preconstituídos, e que são aceitos pela maioria do consócio; b) o sistema penal varia em conformidade ao sistema de valores e de regras sociais.”³⁰

Aliás, o método sociológico explica de certa forma, apenas uma parte, e embora importante, esta parte apenas cumpre parte do papel da verdadeira análise.

O passo seguinte é a análise do comportamento desviante como aprendizagem, ou seja, o comportamento seja ele enquadrado como típico,

“ a teoria das subculturas ao contrário detém a sua análise ao nível sócio-psicológico das aprendizagens específicas e das reações de grupo” (in ob apud cit pg. 82), esta teoria é importante porque vai analisar um fator importante dentro do extrato social que a resposta do indivíduo ao estímulo social. Esse extrato social em que está inserido o homem é que vai interagir com ele, e dentro dessa malha de aprendizados é que o homem irá deparar-se com fatores criminógenos: “ Por debaixo do problema da legitimidade do sistema de valores recebido pelo sistema penal como critério de orientação para o comportamento socialmente adequado e, portanto, de discriminação entre conformidade e desvio, aparece como determinante o problema da definição do

³⁰ (In Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, Alessandro Baratta, Ed.Revam, pg. 75

*delito, com implicações político-sociais que revela, quando este problema não seja tomado por dado, mas venha tematizado como centro de uma teoria da criminalidade*³¹

Este direcionamento é o que houve com labeling, ou rotulamento.

Diz-se que é o rótulo de criminoso, que estigmatiza e exclui o sujeito socialmente, e o é certamente:

*“ Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penais que o aplicam), e que, por isso, o **status** social delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não adquire este **status** aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto não é considerado pela sociedade como delinqüente. ”*³²

³¹ idem ob. Cit pg. 77

³² (In ob apud cit. pg. 86).

Ora é aqui que estamos profundamente interessados. Esta posição da teoria do comportamento desviante como comportamento rotulado é justamente o que, em termos populares, demonstrados em números, chamamos de criminalidade.

Outro problema importante é que o comportamento desviante como comportamento rotulado, em termos de criminalidade, é interpretado como taxas ou índices de crimes cometidos. Estas taxas é que chamamos de “cifra negra”. Nunca podemos entender a criminalidade como índice ou taxa de crimes praticados, porque todo e qualquer tentativa de exprimir a análise da prática de crimes em números estará fadada à uma incerteza cruel, desmerecedora de qualquer crédito e que não oferece base para uma análise segura:

“ As pesquisas sobre a cifra negra da criminalidade, ligadas à uma análise crítica do método e do valor das estatísticas criminais para o conhecimento objetivo do desvio em uma dada sociedade, não se referem, contudo, somente ao fenômeno da criminalidade do colarinho branco, porém, mais me geral, à real frequência e distribuição do comportamento desviante penalmente perseguível, em uma dada sociedade. Essas pesquisas levaram a uma outra fundamental correção do conceito corrente de criminalidade: a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social vinculada a ela) , mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade. ”³³

³³ (In *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, Alessandro Baratta, Ed. Revan. Pg 103.).

Assim dentro do próprio livro de Alessandro Baratta ele coloca o problema da criminalidade diante de uma análise mais aprofundada. Em primeiro lugar esse autor apresenta o problema de definição da criminalidade no âmbito semântico, como a *“validade das definições jurídica e sociais de crime e criminoso”* e a definição de comportamento criminoso.

Em segundo lugar, Baratta apresenta o problema da interpretação sócio-política do fenômeno, que é de *“estabelecer quais crimes e pessoas devem ser perseguidos”*.

E finalmente, este apresenta a criminalidade como um *“problema fenomenológico, concernente aos efeitos que a aplicação de uma definição de criminoso a certos indivíduos”*.

Assim, compartilhamos esta análise de forma completa e incondicional desse autor, que ao nosso ver permite não só uma reflexão mais profunda como também desmascara qualquer tentativa de encobrir a verdade que os neo-liberais fazem a respeito da lei e da ordem.

6 - O problema da Lei e da Ordem.

Quando falamos em Liberdade, de modo abstrato mas exercida de maneira concreta, e de perda da Liberdade, quando falamos em ordem social, estamos necessariamente caminhando para um elo final que é a Lei.

A Lei vista por nós, claro, de maneira crítica, tem um papel muito peculiar a nosso ver dentro desse sistema positivado em que vivemos.

Este papel é exercido de maneira impositiva, excludente e criminalizante.

A maneira impositiva é feita pela imposição das normas na vida em sociedade aos seus participantes. Estas normas sempre feitas ao sabor das paixões do legislador, seleciona apenas uma camada da sociedade, quase sempre de baixa renda, oprimindo essas pessoas, empurrando goela abaixo normas que beneficiam a classe mais privilegiada.

Portanto, a maneira excludente com que a lei age na sociedade é evidente. Feita para proteger os ricos, feita por estes, e que sempre vai empurrar os que sempre estarão sob o jugo do poder para fora da esfera social. Esta exclusão é tão avassaladora que, não importa o momento social em que ela esta inserida, a verdade é que o Estado não cumpre a sua função social, e por meio da lei tenta coibir as condutas de maneira a impor uma pena para aquele que a infringir. Ora, então como já aviamos dito sobre a liberdade, a camada mais carente da sociedade é duplamente vítima da sociedade, é vítima por não usufruir dessa organização social feita pelo Estado, e é vítima por ser diretamente criminalizada e estigmatizada pela única forma de contenção social que hoje o Estado possui que é a Lei.

Desse modo, a Lei tem um caráter criminalizante, e esta criminalização é cruel pelo ponto de vista desse novo redirecionamento criminológico. A Lei:

*“ em termos de punição, esta noção do homem como um **ser socializado** significa que todas as penas que efetivamente **dessocializam** as pessoas são questionáveis. Isto é notadamente verdadeiro para todas as formas de detenção, porque contra a sociedade na*

*qual os presidiários se encontram serve para **associalização** ou **anti-socialização**, ao invés de **ressocialização**”.*³⁴

Nesse mesmo sentido, a Lei quer impor a sociedade o seu poder por meio de uma coação. Ou seja, uma prevenção geral. Essa prevenção geral, sabemos que serve apenas para aqueles indivíduos que possuem o “**filtro moral**” que esta internamente em cada indivíduo.

Sabemos também, que, esta prevenção geral, pelo medo da imposição de uma pena, tem conseqüência para o homem como ser socializado, pois:

*“ o comportamento socialmente inadequado de uma pessoa não pode ter por única razão o fato de esta pessoa haver cometido um erro, embora tenha sido a capacidade de comportar-se corretamente, mas a razão também deve ser atribuída igualmente de forma mais ou menos exclusiva à sociedade. Torna-se portanto necessário descobrir se os infratores estiveram alguma vez em condições de absorver distinções socialmente adequadas . Eles não deverão ser responsabilizados por atos tenham sido compelidos por força das circunstâncias.”*³⁵

Esta é uma posição muito nobre a nosso ver. Isto não se deve somente por razões sociológicas. Mas sobretudo por razões de políticas criminais. A criminologia crítica nunca irá deixar estes fatores de lado. Pois deve-se à eles toda a construção teórica da moderna criminologia.

³⁴ (In *A lei e a Ordem*, Ralph Dahrendorf, Ed.Instituto Liberal. Pg. 45).

³⁵ (*Idem ob cit.* pg 45).

A Lei, por ser essa, condicionadora da conduta humana, é por si só um fator criminalizante. A criminalização se dá pela lei. Ora, a conduta só é típica se há lei anterior que a defina. Este é o princípio básico do direito penal.

E além desse princípio existe por trás da lei um legislador que é sobretudo, representante dos interesses das classes dominantes. A lei feita por aqueles que querem dominar só pode se transformar em instrumento de manutenção de poder. Quem está no poder jamais quer perdê-lo:

*“ Não é nenhuma surpresa que encontremos, neste contexto, a afirmação de que uma sociedade que transforma em deuses a economia, a produção, a concorrência e o produto nacional bruto, sem dar atenção suficiente à criação de valores humanos que representem a qualidade da ordem social, irá sempre exigir mais policiais, prisões cada vez maiores, e irá gerar uma explosão de venda de cadeados, travas e grades”.*³⁶

Assim o Estado, não cumprindo com o seu papel vai cada vez mais tipificar condutas, isto é, criminalizar condutas, impondo uma pena cada vez maior. E os crimes que já estão tipificados receberão modificações em suas penas deixando-as cada vez maiores. Este é a figura do Estado Penal, controlar a sociedade por meio do direito penal. Manter o ordem social por meio da banalização do direito penal. Manter a ordem social retirando a liberdade daqueles que não possuem e não usufruem os mínimos direitos sócias.

É dessa maneira que a Lei em função desse Estado discriminatório, desse “Estado Excludente” (Jock Young) vai agir na sociedade, estigmatizando e excluindo os pobres. “Punir os pobres” (Loïc Wacquant) é a nova diretriz estatal. Conter os pobres pela Lei como manutenção da ordem social é a nova escravidão e retirar a

³⁶ (*idem ob cit pg. 55-56*).

Liberdade daqueles que possuem direitos e garantias constitucionais suprimidas é uma tirania inominável.

É nesse contexto que a doutrina de Günther Jakobs se encaixa. Em sua recente “Coleção Estudos de Direito Penal” sob o título de “ Sociedade, norma e pessoa” este diz ser o Direito Penal parte da sociedade. Ora este é parte da sociedade, mas não pode se tornar elemento de solução de problemas sociais, até que estes sejam resolvidos.

O Direito Penal não é medida para conter esse influxo contra a ordem social estabelecida. O Direito Penal está aí para tutelar valores indisponíveis, e, estes quando violados, devem ser tomados pela sociedade, representados esses pelo Estado e então punidos.

Esta definição que Jakobs dá como sendo uma teoria do Direito Penal Funcional é totalmente absurda. Pois transfere-se toda a carga punitiva para as ações humanas como se este ser fosse algo indomável.

Em nossa conjuntura social moderna isto significa constituir à cada pessoa que não obteve uma formação pessoal digna, uma estigmatização de futuros clientes do sistema penal.

Vale-se dizer que é dessa maneira que esta sendo feita a criminalização da camada mais carente do mundo afora e no Brasil. É este Estado democrático liberal, que além de ser incapaz de proteger seus cidadãos da criminalidade, põe uma faixa cada vez maior de sua população sob supervisão penal.

Outra coisa muito importante, é que quanto mais nossa sociedade alcança um nível maior de desenvolvimento, verifica-se que, a criminalidade vem aparecendo muito mais em partes da sociedade onde não deveriam acontecer . Este é o caso da criminalidade de colarinho branco.

Percebe-se que criminalidade não tem nada a ver com violência, nem com baixo índice de sociabilidade, nem com ordem social, pois onde ela não deveria acontecer é que vem se apresentando de maneira mais constante.

Assim percebe-se que existe uma transferência de um “*Estado social para uma Estado penal-policia*l, no seio do qual a criminalização da marginalidade e a **contenção punitiva das categorias deserdadas faz vezes de política social.**” (*Wacquant 2001*).

Finalmente, lendo recentemente o livro de Jesús-Maria Silva Sanchez, extraio este fragmento: “ a saber, se o que move o delinqüente é a consciência de que o delito

lhe traz vantagens que o comportamento legal alternativo, parece evidente que a criminalidade pode ser combatida não apenas com seu desestímulo – tornando maiores os custos (ou as penas) para a ação delitiva -, mas também mediante a ampliação das alternativas legais, que as façam parecer mais vantajosas: por exemplo, uma redução no nível de desemprego.”³⁷

³⁷ In Eficiência e Direito Penal, Jesús-María Silva Sánchez, Coleção Estudos de Direito Penal – Ed. Manole. Pg. 19.

7 - Conclusão.

A conclusão que chegamos é que existe sem dúvida um distanciamento entre Estado e do cidadão. O Estado falhou na sua função social. Este não tem condições de ampliar suas capacidades de desenvolvimento humano.

O Estado Neo-Liberal em exercício à favor do capitalismo joga uma camada social na prisão. Essa camada social é refém de um sistema meritocrático sem oportunidade para eles que na visão capitalista não agregam valor à sociedade.

A ordem social é uma ordem estabelecida por quem esta no poder. E que na manutenção do poder cria leis para poder condenar as atitudes desviantes. Essa ordem social é fruto da opressão da lei sobre a sociedade e que não possui fundamento para tal. Essa ordem pré-estabelecida pelas camadas sociais opressoras se justifica para a proteção de valores por eles imposta.

A Lei se reveste dessa falsidade e troca o valor justiça, pelo valor ordem social. A Lei se torna instrumento de opressão. Quando falamos em atitude desviante, este desvio nada mais é que a busca de objetivos que todos buscam, só que se torna desviante por estes indivíduos não possuírem as mesmas chances das pessoas com um grau mais alto de instrução.

Percebe-se o desvio quando se quer chegar a objetivos por meios espúrios. Claro que quando falamos em “Crime de colarinho branco” este exemplo se torna mais fraco . Mas quando eu tomo o Estado como fornecedor desses meios para se conquistar os objetivos de satisfação pessoal, vemos a falha do Estado, e esta falha transforma-se em pena para contenção social. Essa contenção social se torna marginalidade. Essa marginalidade se torna marginalização. Essa marginalização se torna estigmatização. Essa estigmatização se torna um rótulo. Esse rótulo se torne preconceito. Esse preconceito se torna frustração e essa frustração se torna violência.

Este é um ciclo vicioso que precisa ser rompido de maneira que possa desencadear uma reação por parte do Estado e da sociedade. Essa reação precisa ser inerente às formas de apenação e de ações sociologicamente ligadas para inclusão e desmarginalização dos membros mais excluídos da sociedade.

8 - Bibliografia.

-**Baratta**, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal / Alessandro Baratta ; tradução Juarez Cirino dos Santos - 3ª Edição – Rio de Janeiro: Ed. Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

-**Beccaria**, Cesare. Dos Delitos e das Penas, texto integral – tradução Torrieri Guimarães – Ed. Martin Claret.

-**Dahrendorf**, Ralf, 1929 – A lei e a ordem / Ralf Dahrendorf ; tradução de Tâmara D. Basile. – Rio de Janeiro : Instituto Liberal, 1997.

-**Durant**, Will. A História da Filosofia – Will Durnat / tradução de Luiz Carlos Nascimento Silva , Nova Cultural , Rio de Janeiro, 1996.

-**Foucault**, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

-**Hook**, Sydney. Determinismo e Liberdade na era da ciência moderna/Coordenação geral Sidney Hook. – coletânea – Direção editorial: Mário de Moura. – tradução Amália Machado Costa e Edílson Alkmim Cunha – Ed. Fundo de Cultura – New York University – 1958 – edição brasileira 1964.

-**Jakobs**, Günther. Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional / Günther Jakos; tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes – Barueri, SP : Ed. Manole, 2003. – (Estudos de Direito Penal; v.6).

-**Loïc**, Wacquant. Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos./Loïc Wacquant, - Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan, 2003.

-**Montesquieu**, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O Espírito das leis / Montesquieu ; apresentação Renato Janine Ribeiro ; tradução Cristina Murachaco – São Paulo: Martins Fontes, 1996. – (Paidéia).

-**Perlman**, Janice E. – O Mito da Marginalidade: favelas e política no Rio de Janeiro: tradução de Waldívia Marchiori Portinho – prefácio de Fernando Henrique Cardoso – Rio de Janeiro – Paz e Terra – 1977.

-**Rosa**, Felipe A. de Miranda. Patologia Social – Uma introdução ao Estudo da Desorganização Social – terceira edição – Zahar editores – Biblioteca de ciências sociais – Rio de Janeiro – 1975.

-**Santos**, Juarez Cirino dos. A moderna Teoria do Fato Punível / Juarez Cirino do Santos – Rio de Janeiro : Revan, 2002.

-**Silva Sánchez**, Jesús-María. Eficiência e direito penal / Jesús-María Silva Sánchez; tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. – Barueri,SP : Ed. Manole, 2004. (Estudos de Direito Penal; v. 11).

-**Silva**, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo – José Afonso da Silva - 8ª Edição revista e ampliada – Ed Malheiros – São Paulo – 1992.

-**Wertham**, Fredric. A Marca da Violência, Fredic Wertham 1966 / tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho, Ibrasa, São Paulo, 1967.

-**Young**, Jock 1949, A Sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente / Jock Younk ; tradução Renato Aguiar–Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002 (Pensamento Criminológico; 7).