

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

MARCELO CARIBÉ DA ROCHA

O MITO DO DIREITO PENAL COMO DIREITO IGUAL NO BRASIL

CURITIBA

2009

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

MARCELO CARIBÉ DA ROCHA

O MITO DO DIREITO PENAL COMO DIREITO IGUAL NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Penal e Criminologia do Curso de Pós-Graduação do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC / Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Orientador: Professor Dr. Juarez Cirino do Santos

CURITIBA

2009

À minha mãe Ivete, ao meu saudoso pai Paulo, aos meus irmãos Gustavo e Wagner e à minha linda amada Juliane.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos ao Professor Dr. Juarez Cirino dos Santos, que, com seus extraordinários conhecimentos, sua clareza de idéias e honestidade ímpares, leva-nos a raciocinar profundamente, a entender a realidade que nos cerca e a buscar sempre mais dignidade e humanidade na vida em sociedade.

À Professora Vera Regina Pereira de Andrade pelo envolvimento demonstrado nas brilhantes aulas proferidas no programa de Pós-Graduação no ano de 2008.

A meus pais, pelo incentivo e apoio que sempre me concederam; e a meus irmãos pelo companheirismo.

Ao meu amor, a doce Juliane, pelas conversas, pela ajuda, paciência e sabedoria.

ÍNDICE

1	INTRODUÇÃO	6
2.	A CRIMINOLOGIA COMO UMA NOVA DISCIPLINA – EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
2.1	A ESCOLA POSITIVISTA	13
2.2	A ESCOLA LIBERAL CLÁSSICA	16
2.3	A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL	19
2.4	A TEORIA ESTRUTURAL-FUNCIONALISTA DO DESVIO E DA ANOMIA	25
2.5	A TEORIA DAS SUBCULTURAS CRIMINAIS	28
2.6	O LABELLING APPROACH – A TEORIA DO ETIQUETAMENTO	32
3.	O SISTEMA PENAL E A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA	37
3.1	O CONCEITO DE SISTEMA PENAL	38
3.2	OS DISCURSOS NO SISTEMA PENAL	39
3.3	OS OBJETIVOS DECLARADOS OU APARENTES DO SISTEMA PENAL	40
3.4	OS OBJETIVOS REAIS E OCULTOS DO SISTEMA PENAL	48
4.	PROPOSTAS E ALTERNATIVAS AO MODELO ATUAL DE SISTEMA PENAL	61
5.	CONCLUSÃO	64
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

RESUMO

Este trabalho aponta a existência de situações rotineiras de afronta ao Princípio da Igualdade no Direito Penal. O Estado brasileiro estabelece para as classes sociais hegemônicas, o caminho do Direito Penal simbólico. Para as classes subalternas, um Direito Penal extremamente autoritário, com presídios superlotados, condições indignas e desrespeito aos direitos humanos fundamentais. As penas são desproporcionais e não ressocializam nem reintegram, apenas estigmatizam e aumentam a exclusão social. De outro lado, nota-se a impunidade da criminalidade política e econômica. A própria estruturação do sistema penal foi efetivada de forma a possibilitar e induzir essa gestão diferencial de classes. Essa distinção é claramente demonstrada pela criminologia crítica ou "radical". Porém, o atual modelo de sistema penal não consegue gerenciar esse problema, pois se trata de um modelo historicamente fracassado. A falência da pena privativa de liberdade é um fato inegável. Todavia, esse modelo falido é constantemente reapresentado pelo Estado como solução para os problemas da criminalidade, com fundamento no discurso dos objetivos declarados ou manifestos. É o isomorfismo reformista de Foucault. Os objetivos manifestos se fundamentam nas funções declaradas da pena criminal: a retribuição, a prevenção especial e a prevenção geral. Essas funções legitimam o discurso da necessidade da privação da liberdade, ocultando a realidade desigual da gestão do sistema penal. Como propostas à superação desse modelo, impõe-se a necessidade de investimento em todos os níveis do setor educacional, a tomada de consciência da opinião pública e a revisão nos métodos de formação dos juristas para a construção de uma nova realidade social e jurídica.

Palavras-chave: Igualdade. Direito Penal. Gestão diferenciada. Classes sociais.

Capitalismo. Criminologia crítica. Supressão da liberdade. Fracasso do sistema.

Propostas. Reformulação da sociedade.

1. INTRODUÇÃO

O *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, garante, ao menos (ou apenas) formalmente, o direito à igualdade perante a lei, buscando efetivar o núcleo elementar do Estado Democrático de Direito (apesar de nunca se ter observado na prática), que são as idéias de soberania popular, do pluralismo de expressão e a organização política democrática, por intermédio da elaboração de normas gerais e abstratas, elaboradas por representantes do povo. Enfim, o acesso justo e igual de todos aos meios necessários para a formação da vontade estatal.

No âmbito do sistema penal a igualdade não é minimamente observada, simplesmente porque a mera alteração do ordenamento jurídico, mesmo com a força de normas constitucionais, não acarreta automaticamente a modificação das situações e relações sociais verificadas no país, sem que seja acompanhada de alterações de paradigmas sócio-econômicos e culturais e sem a intervenção efetiva do Estado objetivando concretizar as mudanças necessárias.

Pelo contrário, a existência de algumas normas constitucionais garantidoras e legitimadoras do *status quo* encobre e mascara a realidade profundamente desigual na sociedade capitalista brasileira, principalmente no que toca ao aspecto econômico-social; desigualdade essa que se reflete em todas as áreas da vida social e é bastante evidente na gestão diferenciada de classes pelo sistema penal, apesar de muitos não enxergarem essa situação, muitos outros simplesmente fecharem os olhos para ela, e outros tantos mascararem essa desigualdade com discursos pseudo-democráticos.

Diversos exemplos de que a mera existência de normas estabelecidas não modifica a realidade fática sedimentada podem ser observados após a

promulgação da Constituição Federal de 1988; pode-se citar o § 3º do artigo 192, na redação original da Constituição, que impunha ao setor financeiro (e bancário) cobrar, no máximo, 12% (doze por cento) de juros ao ano, mas que nunca foi cumprido na prática por bancos e outras instituições financeiras porque não houve comprometimento do Estado para proporcionar as mudanças estruturais necessárias para tanto.

No âmbito do sistema penal, a situação é extremamente mais grave e séria, ante a visível e profunda degradação do sistema carcerário, que produz situações de afronta à dignidade humana, e principalmente porque a atuação dos agentes estatais do sistema penal implica na direta limitação ao direito fundamental à liberdade **individual** (um dos mais importantes e consagrados nas democracias modernas), com todas as limitações decorrentes da supressão da liberdade.

Ocorre que essa gestão diferenciada de classes do sistema penal brasileiro, embora clara e evidente para quem lança um olhar um pouco mais crítico sobre a realidade, é encoberta, como já aludido, por discursos aceitos pela opinião pública e, dessa maneira, legitimam a atuação diferenciada dos agentes estatais no sistema penal. Esses discursos legitimantes expressam os objetivos declarados ou manifestos do discurso jurídico oficial, como ensina CIRINO DOS SANTOS (2008). São argumentos que justificariam a intervenção do Estado através do Direito Penal, apresentados pela ampla maioria dos autores e representados pelas funções de prevenção geral e especial e de retribuição da pena criminal.

Tais discursos pressupõem a observância ao Princípio da Igualdade no Direito Penal, pois o apenamento de “criminosos” decorreria de um processo penal objetivo, pelo qual se apurariam objetivamente FATOS, segundo normas objetivas pré-estabelecidas. Nesse contexto, haveria igualdade plena entre quaisquer pessoas

submetidas ao sistema penal, posto que, como apontado, todo o processo (em sentido *lato*, abarcando a criminalização primária e a secundária) de atribuição de uma pena criminal seria decorrente de regras precisamente demarcadas e válidas para quaisquer indivíduos.

Entretanto, não é o que ocorre na realidade. Diferenças profundas e evidentes são clara e cabalmente demonstráveis aos que adotam uma postura levemente mais crítica e atenta do que aqueles que meramente se limitam à ignorante repetição ou à cínica disseminação das idéias do discurso institucionalizado. Pode-se notar e avaliar as contradições abissais no tratamento diferenciado dado pelo sistema penal aos crimes de “colarinho branco” e aos crimes patrimoniais, estes próprios das classes sociais subalternas.

O que mais impressiona é o fato de que inúmeros operadores do Direito (advogados, magistrados, promotores, delegados de polícia etc.), possivelmente a grande maioria (pois é o discurso dominante nos processos criminais), incorporem e adotem esse discurso oficial, reproduzindo-o e garantindo a continuidade da gestão diferenciada do sistema de justiça criminal.

O presente trabalho mostra-se bastante atual, o que pode ser demonstrado a partir de discussões, por exemplo, sobre a denominada operação Satiagraha¹ da Polícia Federal e todos os seus desdobramentos e sua enorme repercussão na grande mídia, pela simples razão de envolver pessoas da mais alta classe social e de poder do Brasil. Não se está aqui pretendendo discutir o mérito da legalidade ou da ilegalidade da citada operação, até mesmo porque tal questão não faz parte do rol de objetivos do presente trabalho.

¹ A operação denominada “Satiagraha” foi uma operação do Departamento de Polícia Federal Brasileiro contra o desvio de verbas públicas, a corrupção e a lavagem de dinheiro, iniciada em princípios de 2004, e que resultou em diversas prisões, determinadas pela 6ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, de banqueiros, diretores de bancos, investidores e políticos, em 8 de julho de 2008.

O fato a se abordar é que qualquer pessoa mais atenta vê diariamente ações policiais e judiciais bem mais agressivas aos Direitos Humanos do que o vazamento de informações numa operação policial, o uso de algemas em políticos e em empresários ou mesmo a interceptação telefônica irregular numa investigação policial.

Tudo isso, obviamente, não pode ser compactuado num Estado supostamente Democrático de Direito. Entretanto, na rotina diária do sistema penal, constantemente aquebrantam-se direitos indiscutivelmente mais relevantes do que os mencionados acima, como a integridade corporal ou mesmo a vida de um ser humano. As condições de vida no cárcere e a atuação da polícia estatal repressora, diuturnamente, produzem situações que violam bens jurídicos fundamentais relativos ao corpo e à vida humanos. Todavia, em razão dessa indigna situação envolver os chamados “clientes” do Sistema Penal, não causa maiores espantos na opinião pública em geral e não merece o destaque e a mobilização de juízes, de políticos e da grande mídia, da forma vista quando das prisões efetuadas na operação Satiagraha.

Além disso, vemos diuturnamente na mídia denúncias de práticas criminosas e irregulares de poderosos políticos e empresários, extremamente mais danosas para a sociedade (pois esta fica sem o amparo estatal muitas vezes por falta de verbas) do que a criminalidade patrimonial (foco da repressão do sistema penal), sem que observemos o mesmo esforço dos órgãos oficiais para a apuração e a repressão daqueles delitos. Mais grave que a atuação diferencial dos agentes estatais encarregados do controle social é constatar que a própria estruturação do sistema penal foi efetivada de forma a possibilitar e induzir essa gestão diferencial de classes.

Dessa maneira, demonstram-se, cristalinamente, a relevância e a atualidade do objeto do presente trabalho, que, apesar de não ser tema novo, deve ser repisado regularmente, ante sua complexidade e multidisciplinaridade. Assim, à luz da criminologia crítica ou “radical” e alicerçado nos estudos de autores como CIRINO DOS SANTOS, Alessandro Baratta, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, Aury Lopes Jr. e outros, pretende-se enfrentar e reavivar o tema relativo ao mito da igualdade no direito penal, ocultado pelo discurso oficial.

Nesse sentido, o conteúdo do presente trabalho encontra-se alinhado com as premissas e os conceitos dos autores acima relacionados, expoentes da criminologia crítica e defensores de um sistema de controle social muito diferente do que existe hoje no Brasil, mais humanitário, mais digno e muito mais democrático.

Tendo em vista às considerações acima, são objetivos deste trabalho: apontar a existência de situações de afronta ao Princípio da Igualdade, ante o tratamento diferenciado dado aos marginalizados da sociedade e aqueles do alto escalão político-econômico-social, bem como apontar propostas de modificação do atual modelo de gestão diferenciada de classes do sistema penal.

2. A CRIMINOLOGIA COMO UMA NOVA DISCIPLINA – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Muito embora o escopo do presente trabalho seja a verificação do tratamento diferenciado dado pelos setores do sistema penal brasileiro atual, de acordo com as características do segmento econômico-social ao qual pertence o autor de condutas penalmente tipificadas, é imprescindível uma reconstrução histórica ampla do caminho que trouxe a criminologia onde hoje esta se coloca, como disciplina independente e com algumas orientações de pensamentos diametralmente opostas.

Isso porque a estruturação dos fundamentos teóricos da criminologia tradicional² necessariamente deve ser realizada a partir do exame de teorias precedentes, das quais são utilizados ainda hoje vários conceitos e várias idéias, concebidos em épocas nas quais aquelas teorias dominaram o pensamento criminológico. As bases da Criminologia Radical³ ou Crítica⁴, também passam pela análise daquelas teorias, e assumem, ao contrário da criminologia tradicional, posição crítica e comprometida com a Democracia e o ideal de justiça social.

Dessa maneira, torna-se imperioso uma análise de algumas teorias criminológicas da Europa desde a Escola Liberal Clássica até as tendências atuais da moderna criminologia crítica, posto que a maioria destas exerceram e/ou exercem

² CIRINO DOS SANTOS utiliza essa expressão para indicar as idéias dominantes no sistema penal, alinhadas ao paradigma etiológico da criminalidade. (CIRINO DOS SANTOS, 2008).

³ Expressão empregada por CIRINO DOS SANTOS (1981), que, inclusive, é o título de uma de suas obras, indicando o pensamento criminológico comprometido com bases democráticas, de igualdade e justiça social. (CIRINO DOS SANTOS, 1981).

⁴ Já Alessandro Baratta utiliza a expressão “Criminologia crítica”, praticamente com o mesmo significado de “Criminologia Radical”. (BARATTA, 1999).

grande influência no pensamento criminológico brasileiro atual, afetando-o em maior ou menor grau e num ou noutro sentido ideológico.

Fundamentalmente, é imprescindível assinalar o marco na criminologia que foi a teoria do *labelling approach*. Conforme ensina CIRINO DOS SANTOS (2008) essa teoria é originária da criminologia fenomenológica americana do século XX e deslocou substancialmente o foco das concepções próprias dos que trabalhavam no modelo positivista, com o paradigma etiológico, que considerava a criminologia como estudo das causas ou dos fatores da criminalidade e, conseqüentemente, afirmava a validade da intervenção no indivíduo para a correção de seus “problemas”, dominando, portanto, o correcionalismo. Ao contrário, de acordo com o *labelling*, a criminalidade não pode ser concebida como um fato ontológico pré-constituído à realidade social, sendo, em realidade, um fenômeno social produzido por normas e valores (CIRINO DOS SANTOS, 2008). O crime deve ser tido como ação definida juridicamente, com diversos aspectos influenciando nessa definição, repudiando-se, por conseguinte, a anormalidade do delinqüente (BARATTA, 1999).

Essas idéias influenciaram as mais variadas teorias cronologicamente posteriores, de maneira que rememorar os conceitos fundamentais relacionados com as teorias “pioneiras” e precursoras da criminologia tradicional e da criminologia crítica torna-se atividade extremamente necessária no presente trabalho.

Nesse sentido, vale ressaltar, *in verbis*, o que colacionou BARATTA:

Não surpreende, pois, que na reconstrução histórica dos antecedentes desta disciplina, a atenção dos representantes da nova criminologia, e não só deles, tenha sido chamada para as idéias que, acerca do crime e do direito penal, tenham sido desenvolvidas no âmbito da filosofia política liberal clássica na Europa, no século XVIII e primeira metade do século XIX. Não obstante os pressupostos da escola liberal clássica fossem muito

diferentes dos que caracterizam a nova criminologia, alguns princípios fundamentais em que aquela se inspirava receberam um novo significado de atualidade, no âmbito da reação polêmica em face da criminologia de orientação positivista e do paradigma etiológico. (BARATTA, 1999, p. 30/31).

Cumprе esclarecer que não se pretende esgotar o conteúdo de cada uma destas teorias ou mesmo de referenciar todas elas; muito longe disso, busca-se apenas reavivar alguns conceitos e concepções para melhor visualizar a evolução do pensamento criminológico crítico.

2.1 A ESCOLA POSITIVISTA

No final do século XIX e início do XX, no âmbito da filosofia e da sociologia do positivismo naturalista, forma-se e consolida-se uma reação à idéia do delito como ente jurídico abstrato, nos moldes delineados pela Escola Liberal Clássica. Na concepção positivista, o delito também é ente jurídico (como para as escolas clássicas), mas que não deve ser isolado das condições biopsicológicas do “indivíduo delinqüente” e do contexto social no qual está inserido. O delito não teria uma causação espontânea, decorrente de um ato de livre vontade do indivíduo, como informa BARATTA (1999).

Dessa maneira, acentuou-se fortemente uma concepção determinista das ações humanas. Como bem lembra ZAFFARONI e PEIRANGELI (2007), Lombroso, com sua teoria do delinqüente nato, destacou os aspectos do determinismo biológico, embora não ignorasse também os fatores psicológicos e sociais (BARATTA, 1999). Garófalo salientou os fatores psicológicos, propugnando a existência de sentimentos básicos de piedade e de justiça, sendo que os crimes

seriam sempre uma violação a estes sentimentos, desenvolvendo uma classificação “natural” dos delitos; como destacado por ZAFFARONI e PIERANGELLI (2007), Garófalo distinguiu também as “tribos degeneradas” da “civilização superior”, sendo aquelas as culturas que não pactuam com os mesmos valores morais que as sociedades européias (a “civilização superior”); por fim, Ferri, outro ilustre representante dessa Escola, priorizou o determinismo sociológico nas ações dos indivíduos (BARATTA, 1999), asseverando que o fim do direito penal era a defesa social, com o que, neste específico aspecto, aproximou-se das escolas clássicas.

CIRINO DOS SANTOS, abordando o conceito de crime para a criminologia tradicional e observando as conseqüências nocivas evidentes em sua adoção, sintetiza os assuntos acima abordados, esclarecendo alguns preceitos com bastante clareza:

As variantes positivistas do conceito burguês de crime, sob as definições legal, sociológica, ética etc., da criminologia tradicional, pressupõem o mesmo esquema funcional da ordem social: estados “naturais” ou “normais”, como “relações ótimas” para a vida associada, fundamentam normas de conduta instituídas como critérios de “normalidade”, ou “pré-requisitos funcionais” para a existência da sociedade. A conduta ajustada aos parâmetros formalizados é ‘normal’ ou “natural” e a conduta desviante dos parâmetros formalizados – que definem a “expectativa normativa” – é “anormal” ou “antinatural”, desencadeando o sistema de recompensa/punição, como mecanismo de controle das tendências “egoístas e anárquicas” da “natureza humana”. Nesse esquema, o controle social promovido pela tecnocracia estatal realiza uma tarefa “neutra”, mediante normas institucionalizadas como critérios do “normal” e do “patológico”, legitimadas pelo “consenso normativo”, maximizando aspectos positivos pela recompensa e minimizando aspectos negativos pela punição. A ordem social é uma situação de ‘equilíbrio’ dentro da qual o crime indica “conflito” e “desorganização”: ao

nível social, “conflito cultural/desorganização social”; ao nível da personalidade, “conflito pessoal/desorganização da personalidade”. (CIRINO DOS SANTOS, 1981, p. 54).

Assim, de forma geral, para as escolas positivistas, portanto, a origem da criminalidade encontrava-se diretamente ligada a disfunções biopsicológicas e sociais dos delinquentes, decorrendo, daí, a necessidade não apenas de segregação destes, mas principalmente de curá-los e corrigi-los, reeducando-os (BARATTA, 1999). Por isso, afirma BARATTA (1999), a Escola Positivista defendia o correccionalismo, em contraposição à Escola Liberal Clássica, para a qual a criminalidade decorria da violação às regras do pacto social, constituindo, portanto, uma conduta antiética, que merecia uma reprimenda do Estado.

Como explica o mesmo Professor (BARATTA, 1999), na concepção das escolas positivistas, o sistema penal focaliza não o fato da ação delituosa, mas os autores dessas ações, classificando-os de acordo com suas “anormalidades”, mostrando evidentemente as bases do chamado Direito Penal do autor e uma simetria bastante acentuada em relação aos fundamentos do “Direito Penal do Inimigo” (ZAFFARONI, o Inimigo no Direito Penal, 2007).

Vale ressaltar, como salientam BARATTA (1999) e CIRINO DOS SANTOS (1981), que as idéias das escolas positivistas podem ser observadas atualmente de maneira bastante difundida no aparelho repressivo estatal, precipuamente nas sentenças e nos acórdãos de magistrados e no discurso de outros agentes ligados ao sistema penal que seguem a linha da Criminologia Etiológica, esta conceituada assim por CIRINO DOS SANTOS:

A Criminologia etiológica é a ciência oficial de explicação do crime e do comportamento criminoso, cujos programas de política criminal consistem em indicações técnicas de

mudanças da legislação penal para corrigir disfunções identificadas por critérios de eficiência ou efetividade do controle do crime e da criminalidade – com os desastrosos resultados práticos conhecidos [...] (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 711/712).

Atualmente, movimentos repressivistas de “lei e ordem” ou de “tolerância zero”, aplicados nos Estados Unidos da América e em outros países, adotam alguns princípios e fundamentos construídos pela corrente de pensamento da Escola Positiva, principalmente no tocante à atuação focada em certos delitos, que são cometidos costumeiramente pelas classes subalternas.

2.2 A ESCOLA LIBERAL CLÁSSICA

No século XVIII e início do XIX floresceram idéias racionais no contexto da filosofia político-liberal que marcou essa época na Europa, dentro do movimento que se denominou de Iluminismo. No âmbito dos conceitos ligados à criminalidade, de acordo com as concepções da Escola Liberal Clássica, destacadamente nas obras de Jeremy Bentham, na Inglaterra, de Anselm Von Feuerbach, na Alemanha, e de Cesare Beccaria, na Itália, o objeto principal de análise era o delito como conceito jurídico, não se considerando o delinqüente como um ser diferente dos demais, “anormal”, senão como um sujeito que, por vontade própria, violou o pacto social, entendido este como fundamento do Estado e do Direito (BARATTA, 1999). Conseqüentemente, o direito penal e a pena eram vistos como meio legal de defesa da sociedade contra o delito e, igualmente, como meio de criar uma contramotivação ao crime, sendo que a previsão abstrata e a imposição concreta da pena estariam delimitados pelo conteúdo do princípio da legalidade e pela necessidade e utilidade da pena (BARATTA, 1999).

Cumprido destacar, nesse contexto, as idéias trazidas por CESARE BECCARIA, em sua clássica obra “Dos Delitos e das Penas” (BECCARIA, 1764, reimpressão de 2007). ZAFFARONI e PIERANGELLI (2007) explicam que Beccaria, na obra acima citada, lançou os fundamentos do direito penal contemporâneo, ao criticar veementemente os métodos utilizados no sistema penal da época, destacadamente a tortura e as execuções públicas, que consistiam em verdadeiros espetáculos punitivos cruéis, regados a sangue e dor, cujo objetivo principal era o de afirmar a autoridade do Rei, que seria, em tese, desacreditada e afrontada pelas condutas delituosas.

Denominada por muitos de “época dos pioneiros” da moderna criminologia, de acordo com BARATTA (1999) as teorias atreladas à Escola Liberal Clássica constituíram uma orientação filosófica contrária à concepção do modelo de sistema penal disposto pela criminologia positivista, tendo como foco o direito penal e não a criminalidade, com crítica a ambos, nos âmbitos político e sociológico.

BARATTA (1999) enfatiza que o fundamento principal de causalidade de um crime, para a Escola Liberal Clássica, era a livre vontade do indivíduo em violar o contrato social, explicando que a pena, nessa concepção, representaria punição moral por um ato contrário ao pacto social. O mesmo autor explicita também que, para Francesco Carrara, as diferenças entre consideração jurídica do delito e a consideração ética do indivíduo são tomadas como base para confirmar que a finalidade da pena é a defesa social. BARATTA (1999, p. 37) aduz que “O fim da pena não é retribuição – afirma Carrara – nem a emenda, mas a eliminação do perigo social que sobreviria da impunidade do delito”.

Nessa linha de idéias, ZAFFARONI e PIERANGELLI (2007) ressaltam que, na Alemanha, Feuerbach defendia que a pena era imposta ao delinqüente em

virtude de um fato já realizado, portanto passado, e, assim, a finalidade da pena seria reprimir o ímpeto de todos os cidadãos de cometer delitos, caracterizando a coação psicológica própria da prevenção geral negativa.

CIRINO DOS SANTOS deixa claro o conteúdo da teoria da coação psicológica de Feuerbach, nos seguintes termos:

A função da prevenção geral atribuída à pena criminal igualmente tem por objetivo evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga e uma forma positiva pós-moderna.

1. A forma tradicional de intimidação penal, expressa na célebre teoria da coação psicológica de FEUERBACH (1775-1833), representa a dimensão negativa da prevenção geral: o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 466/467).

Mais adiante, em lúcida e sagaz crítica à função da prevenção geral negativa da pena criminal, o mesmo autor (CIRINO DOS SANTOS, 2008) salienta a inutilidade dessa função teoricamente legitimante da pena, desde as penas cruéis da Idade Média até as penas privativas de liberdade, que imperam atualmente no Direito Penal. De outro lado, inexistindo critérios delimitadores da pena para a aplicação da função de prevenção geral negativa da forma delineada acima, esta poderia ser utilizada como “verdadeiro terrorismo estatal” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 467). Além disso, haveria agressão frontal à dignidade humana, pois se estaria aplicando exemplarmente uma pena a acusados reais, ampliando, assim, a punição destes, com o objetivo de constranger criminosos meramente potenciais (portanto inexistentes) a não praticar delitos.

2.3 A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

Inicialmente, deve-se atentar para os diversos sentidos em que se entende o conceito de “ideologia”, como indicam ZAFFARONI e PIERANGELLI (2007). BARATTA (1999), por sua vez, explica que há um sentido positivo, adotado conforme a abordagem de Karl Mannheim, significando os ideais ou programas de ação, e um sentido negativo, utilizado por Karl Marx (e adotado por BARATTA), que se refere à falsa consciência da realidade, o que legitima, dessa forma, diversas instituições sociais com atribuição de funções diversas das que realmente possuem.

Seguindo essa última concepção, importantíssimo destacar o que BARATTA apontou quanto à existência de pontos comuns entre as escolas clássicas e a escola positivista:

Seja qual for a tese aceita, um fato é certo: tanto a Escola clássica quanto as escolas positivistas realizam um modelo de ciência penal integrada, ou seja, um modelo no qual ciência jurídica e concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas. Ainda que suas respectivas concepções do homem e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos nos encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ideologia da defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico. (BARATTA, 1999, p. 41).

O esclarecimento acima indica e exemplifica a relevância no estudo da ideologia da defesa social, pois exerce, mesmo com vertentes diferenciadas, forte influência no âmbito da criminologia tradicional, com adeptos de grande respeito.

BARATTA (1999) revela o conteúdo da ideologia da defesa social, explicitando-o na forma entendida pela filosofia dominante na ciência jurídica, e

também no senso comum da população. Nesse passo, instrui o autor sobre a existência de seis princípios que compõem o conteúdo da ideologia ora tratada.

Pelo princípio da legitimidade, o Estado exprimiria a reação da sociedade às condutas delituosas, por intermédio das instâncias oficiais do sistema criminal, visando assegurar os valores sociais estabelecidos. De acordo com o princípio do bem e do mal, o crime seria um mal e, em contraposição, o bem seria a sociedade, decorrendo daí que o indivíduo criminoso seria um elemento negativo e disfuncional do sistema. O princípio de culpabilidade importa que o crime constituiria atitude interior reprovável, posto que violaria os valores estabelecidos pelo corpo social, mesmo que estes não estejam tutelados pela legislação. Conforme o princípio da finalidade ou da prevenção, a pena não possuiria apenas a função retributiva, mas exerceria um objetivo preventivo às condutas criminosas, pois a sanção penal prevista legalmente constituiria uma contramotivação ao comportamento criminoso, ao passo que a pena concretamente aplicada teria uma função ressocializadora quanto ao delinqüente. Pelo princípio de igualdade, a lei penal aplicar-se-ia igualmente a todos os autores de delitos, os quais, por sua vez, constituiriam a minoria da população. Por fim, o princípio do interesse social e do delito natural, pelo qual se afirmaria que a maioria absoluta dos interesses tutelados pelo direito penal seriam interesses essenciais à própria existência da sociedade, por dizerem respeito a todos os cidadãos, com exceção de alguns crimes, os chamados delitos artificiais, que seriam decorrentes de disposições políticas e econômicas devidamente estabilizadas na sociedade. (BARATTA, 1999).

Diante disso, BARATTA (1999) destaca que as diferenças entre as orientações de pensamentos próprias da Escola Positivista e da Escola Clássica podem ser observadas com mais intensidade na metodologia aplicada na

explicação da criminalidade, ao passo que haveria certa convergência nas concepções quanto ao conteúdo da ideologia da defesa social e aos valores merecedores de proteção penal.

Com efeito, afirma BARATTA (1999), para a Escola Positiva a função da criminologia seria a compreensão causal do comportamento criminoso, enquanto que, para a Escola Clássica, o crime estava ligado à concepção do livre arbítrio e da inidoneidade moral, negando a idéia de anormalidade do delinqüente. Dessa forma, explica o mesmo autor, as divergências entre as duas concepções restringe-se apenas a um dos princípios formadores do conteúdo da ideologia social, que é o princípio de culpabilidade, ligado ao propósito interior do delinqüente. De tal sorte que “ambas as impostações, se bem que de maneira diferente, são aptas a sustentar a ideologia de um sistema penal baseado na defesa social”. (BARATTA, 1999, p. 43).

Digna de consideração é a posição adotada por ZAFFARONI e PIERANGELLI (2007), ao defenderem que o direito penal não pode ter outra meta que não a de prover e sustentar a segurança jurídica, desde que esta seja entendida como garantia à coexistência humana com a proteção de certos bens jurídicos essenciais para essa coexistência, incumbindo à pena a função de coagir o infrator a comportar-se em conformidade com as normas sociais. Com isso, haveria diminuição ou neutralização do alarme social causado pelo cometimento de um delito, o que, ao final, reforçaria o sentimento de segurança jurídica, admitindo o autor que esta seria, em última análise, nada mais nada menos que a defesa social, embora dando ao conceito desta alguns contornos particulares, entendendo-a como uma prevenção tutelar aos valores indispensáveis à coexistência dos indivíduos.

Mesmo reconhecendo a existência de uma pluralidade de grupos sociais heterogêneos, e que a lei penal realmente tutela mais certos bens jurídicos, próprios de alguns setores sociais, em detrimento de outros, ZAFFARONI e PIERANGELLI (2007), conclusivamente, põe-se de acordo com a legitimidade da ideologia da “defesa social” ou da segurança jurídica (entendida esta da maneira particular do autor, conforme acima demonstrado), defendendo que o direito penal teria a função de diminuir os antagonismos ou as desigualdades supra referidas, contribuindo assim com a integração social.

BARATTA (1999), por seu turno, esclarece que é preciso proceder a uma análise crítica do conceito de defesa social, a partir de um confronto da ciência penal com as teorias sociológicas contemporâneas da criminalidade, o que mostraria a impossibilidade de sustentar os modelos integrados de ciência penal representados por Von Liszt, pelas escolas positivas, pela Escola da “defesa social” e da “nova defesa social”, pois estas não constituiriam uma alternativa crítica, mas tão somente um avanço da ideologia da defesa social.

O fundamento principal para a crítica dessa ideologia da defesa social é a concepção abstrata de sociedade em que se baseia, entendendo-a como uma *totalidade de valores e interesses*, que seriam comuns à maioria. BARATTA (1999) afirma que o conceito de sociedade deve partir da constatação de que as classes que a compõem possuem, na maioria das vezes, interesses conflitantes e contraditórios na esfera sócio-econômica.

Da mesma forma, prescreve CIRINO DOS SANTOS (1981) que a análise do crime e do controle social na sociedade capitalista não pode se resumir ao cotejo dos tipos legais de delitos, pois não há como ignorar a clara divisão de classes próprias do capitalismo, havendo interesses diametralmente opostos na sociedade

(e não apenas interesses comuns a todos os indivíduos), o que deve ser devidamente considerado nesse contexto; é preciso inserir a criminalidade e o controle social no âmbito das relações de classes e das lutas políticas históricas pela constituição e pela manutenção do poder, conforme observado nas obras de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, Foucault e Pasukanis. (CIRINO DOS SANTOS, 1981).

Na mesma linha de pensamento AURY LOPES JR. assim se manifesta:

O sistema penal (material e processual) não pode ser objeto de uma análise “estritamente jurídica”, sob pena de ser minimalista, até porque ele não está num compartimento estanque, imune aos movimentos sociais, políticos e econômicos. A violência é um fato complexo, que decorre de fatores biopsicossociais. (AURY LOPES JR., 2006, p. 11)

A concepção da ideologia da defesa social seria fruto da deformação do conceito tradicional de crime e se aproximaria muito do que CIRINO DOS SANTOS (1981, p. 35/36) descreve como a “ideologia da neutralidade do Direito”, que sustenta ser este um instrumento para a realização de justiça social e de reprodução de interesses gerais. Com efeito, o Direito, da forma acima compreendida, oculta, garante e amplia as desigualdades sócio-econômicas, já que defende a equivalência da troca de força de trabalho pelo salário e reputa como livres e iguais os sujeitos das relações de produção. (CIRINO DOS SANTOS, 1981).

O controle do crime pelas instâncias oficiais na sociedade capitalista assegura, portanto, a continuidade do sistema social desigual. (CIRINO DOS

SANTOS, 1981). E assim o é tanto na criminalização primária⁵, com a seleção pela classe política (que representa essencialmente a classe economicamente hegemônica) dos bens jurídicos que serão objeto de proteção pelo direito penal, quanto na criminalização secundária⁶, efetivada pelos agentes das instâncias oficiais do sistema penal (polícia, juízes, promotores, agentes do sistema carcerário), com foco voltado para a “clientela” do sistema penal e sua estigmatização social, quase sem enfrentar e atingir a criminalidade do “colarinho branco”, assuntos que serão tratados com a profundidade que merecem nos itens subseqüentes.

De tal maneira que, em verdade, numa análise macrossociológica da criminalidade, não é possível deixar de lado o antagonismo existente entre os interesses das classes sociais componentes do Estado capitalista. (BARATTA, 1999).

Em resumo, dita BARATTA (1999) que o conceito de defesa social constituiu importante evolução no pensamento penal e penitenciário, mas é preciso superar tal conceito, a partir, principalmente, de uma análise crítica segundo algumas teorias sociológicas contemporâneas da criminalidade, muito mais avançadas nesse aspecto se comparadas à ciência penal.

Assim, seguindo o método adotado por BARATTA (1999), nos capítulos seguintes serão abordadas algumas teorias sociológicas, de conteúdo crítico aos princípios delineados acima, que formam a base da ideologia da defesa social.

⁵ Entende-se por criminalização primária a previsão abstrata (legal) da cominação de uma pena em face de um determinado comportamento. (CIRINÓ DOS SANTOS, 2008).

⁶ Criminalização secundária significa a imposição concreta da pena legalmente prevista ao indivíduo que delinqüiu, englobando as atividades de apuração da polícia, de acusação do promotor, de julgamento dos juízes e de execução penal. (CIRINO DOS SANTOS, 2008).

2.4 A TEORIA ESTRUTURAL-FUNCIONALISTA DO DESVIO E DA ANOMIA

BARATTA (1999) afirma que a teoria estrutural-funcionalista foi introduzida por Emile Durkheim no final do século XIX e desenvolvida por Robert Merton nas décadas iniciais do século XX. Impõe-se registrar o notável resumo que BARATTA traça quanto ao conteúdo e ao alcance dessa teoria, *in verbis*:

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 (cima, 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 um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou (esta é a situação de “anomia”). Ao contrário, dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sócio-cultural. (BARATTA, 1999, p. 59/60).

O mesmo autor (BARATTA, 1999) explica que Durkheim põe em cheque o caráter patológico do crime, ao afirmar que em todas as sociedades pode ser observada a criminalidade, não obstante diferenciações qualitativas e quantitativas. Isso conduziria a admitir que o crime, como fenômeno inevitável, seria realmente integrante da vida social, ainda que repugnante, e mais, seria um elemento comum das sociedades sadias, negando-se, dessa forma, o princípio do bem e do mal tal como apresentado pela ideologia da defesa social.

A explicação para essa suposta contradição residiria no fato de que a repressão aos delitos, representada pela reação social, reproduziria e solidificaria os sentimentos da maioria dos indivíduos de observância às normas⁷, além de que os delitos exerceriam também uma função de transformação e evolução da própria sociedade, na medida em que poderia ser o início de uma modificação das concepções morais coletivas. (BARATTA, 1999).

BARATTA (1999) afirma que essa concepção redireciona o foco das teorias positivistas, que tratavam os criminosos como seres anormais, estranhos à sociedade. Afirma aquele autor que Durkheim acentuou a ação funcional sobre a vida social exercida pelos comportamentos delinqüentes; Merton, por sua vez, também se contrapôs à idéia do crime como patologia social, defendendo, da mesma forma que Durkheim, que o desvio é absolutamente normal na vida em sociedade, como o é o comportamento em sintonia com as normas. A peculiaridade em relação à Durkheim foi que Merton afirmou que a situação dos indivíduos dentro da estrutura da sociedade era o critério determinante para o comportamento conforme as regras ou para o desviante. Isso porque os objetivos culturais da sociedade, os *status* sociais estabelecidos como ideais a serem seguidos exercem influência fundamental no comportamento dos indivíduos; e para alcançar esses *status* (certo nível econômico, por exemplo) determinados meios legítimos são estabelecidos. Contudo, em razão da disposição econômica da sociedade, algumas classes sociais (economicamente desamparadas) são totalmente privadas do acesso aos meios legítimos para a obtenção dos *status* sociais almejados. (BARATTA, 1999).

⁷ ZAFFARONI e PIERANGELLI (2007, p. 269) nomeiam essa observância às normas de “fortalecimento da consciência coletiva” mediante a reação pública.

Para BARATTA, (1999) essa desproporção entre, de um lado, os objetivos culturalmente estabelecidos e buscados pela maioria e, de outro, a privação de algumas classes sociais no acesso aos meios para a consecução daquele não é uma situação anormal, desde que respeitados alguns limites quantitativos, mas constitui a origem dos comportamentos desviantes. (BARATTA, 1999). Quando ocorre disparidade substancial entre os fins culturais e o acesso aos meios socialmente aceitos para seu atingimento verifica-se a anomia, conforme dispõe Baratta. (BARATTA, 1999).

Portanto, haveria diferenças gritantes entre as possibilidades dos indivíduos, de acordo com a posição econômico-social em que estejam, de alcançar aqueles valores uniformemente aceitos pelo corpo social (fins culturais) a partir dos meios legais estabelecidos (meios institucionais). E isso gera tensão social, como ressalta BARATTA (1999), decorrendo, daí, cinco modelos de respostas individuais a essa situação: a *conformidade* – resposta positiva, no sentido de atuação em conformidade com os fins culturais e com os meios institucionais; a *inovação* – típico comportamento criminoso, pela concordância quanto aos fins, mas desrespeito aos meios; *ritualismo* – respeito formal aos meios sem se perquirir os fins culturais; a *apatia* – correspondente à negação dos fins e dos meios; por fim, a *rebelião* – que objetiva a substituição dos fins e dos meios estabelecidos por outros alternativos.

ZAFFARONI e PIERANGELLI expõem importante crítica à teoria de Merton, nos seguintes termos:

Essa tese pressupõe a existência de um acordo cultural acerca dos fins socialmente fomentados, o que corresponde a uma visão unitária de sociedade, bastante próxima à tese do American way of life. Na realidade, em nossas complexas sociedades modernas, é bastante difícil admitir a existência de uma unidade cultural, posto que a

evidência nos mostra uma multiplicidade de grupos, com regras culturais diferentes. Não obstante, a teoria de Merton tem suas vantagens, pois ao menos põe em evidência uma parte das contradições do poder: o fomento de metas que não são alcançáveis para todos, circunstância que dentro das sociedades de consumo adquire grande importância. (ZAFFARONI e PIERANGELLI, 2007, p. 274)

Já BARATTA (1999) explica que a criminalidade do “colarinho branco” não é devidamente explicada pela teoria de Merton, ante o fato de que não há como afirmar que os autores desse tipo de crime não tenham acesso aos meios legítimos para a consecução dos *status* sociais almejados. Além disso, as estatísticas quanto à criminalidade das classes hegemônicas destoam significativamente do que realmente existe e se observa. De tal sorte que apenas a criminalidade das classes econômicas subalternas estaria abarcada por aquela teoria, a qual exerceria um papel ideológico estabilizador da criminologia tradicional, pois legitimariam cientificamente o comportamento criminoso como típico das classes econômicas desfavorecidas.

2.5 A TEORIA DAS SUBCULTURAS CRIMINAIS

O princípio da culpabilidade descrito pela ideologia da defesa social é combatido pela teoria das subculturas criminais, a qual, para BARATTA (1999), guarda uma relação de compatibilidade com a teoria funcionalista. ZAFFARONI e PIERANGELLI (2007) também entendem haver pontos em comum entre essas duas teorias, mais especificamente, diz o autor, possuem o mesmo pressuposto, no que diz respeito à existência de uma unidade cultural mínima.

Mas BARATTA (1999) aclara as diferenças entre as duas teorias: a funcionalista tem por objeto a relação funcional entre as ações desviantes e a formação estrutural da sociedade, enquanto que a teorias das subculturas pretende estudar de que maneira as subculturas delinqüências se comunicam aos jovens criminosos, ampliando-se depois com a obra de Alberto K. Cohen, para buscar explicar os próprios modelos subculturais de comportamento.

Ressalta o mesmo autor BARATTA (1999) que a teoria estrutural-funcionalista seria considerada uma hipótese geral, a ser complementada pela teoria das subculturas criminais, que forneceria elementos para a análise dos valores culturais institucionalizados das subculturas, com fundamento na diversidade de oportunidades que possuem os indivíduos de alcançar os status sociais pelos meios considerados legais, conforme pertençam a uma ou outra classe social (critério mais relevante para identificação das diferenças de acesso aos meios legítimos), como demonstraram Richard A. Cloward e L. E. Ohlin. BARATTA (1999).

Edwin H. Sutherland contribuiu substancialmente para a evolução da teoria das subculturas criminais, como indica BARATTA (1999), ao examinar a maneira com que o comportamento criminoso é apreendido e assimilado, o que depende fortemente das associações diferenciais das pessoas com outras pessoas ou grupos. Por essa razão, essa concepção foi denominada “teoria das associações diferenciais”, que salientava a importância do contato anterior dos indivíduos com comportamentos delituosos ou em conformidade com a lei, que influenciaria significativamente este indivíduo em sua atuação “regular” ou desviante. E os contatos anteriores dos indivíduos são ordinariamente relacionados à posição social semelhante que ocupam, ou seja, modelos de comportamento de uma classe tenderiam a se repetir entre os indivíduos daquela classe social.

BARATTA (1999) explica que Cohen desenvolveu essa idéia a partir da análise do comportamento de jovens da classe operária, que não conseguiam se adaptar aos *standarts* da cultura dita oficial, surgindo, daí, uma subcultura com atributos negativos, que justificaria uma atitude hostil e agressiva contra as causas da frustração social daqueles jovens.

Isso permite constatar que inexistente uma unidade social geral, no sentido de que valores e normas sociais seriam generalizadamente aceitos e reputados como verdadeiros pela totalidade do corpo social, sendo o delito ação contrária a esses valores sociais que seriam universalmente admitidos.

Ao contrário, como afirma BARATTA (1999), existem valores e normas específicos em relação aos diferentes grupos sociais⁸, ou seja, a estrutura social é pluralista e, acima de tudo, com interesses conflitantes. Assim, a demonstração de que os diversos grupos sociais possuem valores morais e éticos diversos entre si (e muitas vezes contraditórios) e a constatação de que os comportamentos são apreendidos pelo contato dos indivíduos entre si dentro desses grupos, objetaria o próprio conceito normativo de culpabilidade, no plano da consciência da antijuridicidade e da exigibilidade de conduta diversa; nesse último aspecto, BARATTA (1999) e CIRINO DOS SANTOS (2008) ressaltam que é meramente aparente a liberdade do indivíduo de escolher o caminho desviante ou em conformidade às normas, em razão de que sua posição na sociedade (cada classe com seus valores e modelos de comportamento, desviantes ou regulares) e a aprendizagem de comportamentos mediante os contatos entre os indivíduos dentro de seus grupos sociais, determinariam o enquadramento dos indivíduos em grupos desviantes ou “conformistas”.

⁸ ZAFFARONI e PIERANGELLI (2007) também criticam o conceito de unidade social como pressuposto dessa teoria.

Tal situação poria em cheque o próprio princípio da culpabilidade nos moldes tradicionais, ou seja, não haveria fundamento para a reprovação do indivíduo por uma ação contrária ao sistema de valores institucionalizado, já que, primeiramente, não haveria uma unidade social, o que retrataria a existência de diversos sistemas de valores, conforme os grupos sociais examinados, além de que a ação desviante dos indivíduos estaria longe de ser totalmente espontânea, ante o acima exposto.

Os autores⁹ não ignoram que existem valores e regras sociais comuns aos diferentes grupos sociais, mas ressaltam que, juntamente com estes, coexistem valores e regras específicos, que prevalecem em virtude do interesse dos grupos que detêm a hegemonia econômica e de poder (legisladores, magistrados, enfim os agentes estatais do sistema penal).

BARATTA (1999) ainda faz importante observação quanto à teoria das técnicas de neutralização, de autoria de Gresham M. Sykes e David Matza, que seria, para Baratta, uma correção e uma integração à teoria das subculturas, ao se afirmar, a partir da análise de jovens delinquentes, que estes não apreendem um sistema de valores ou alguns imperativos morais opostos àqueles tidos como aceitos pela sociedade; o aprendizado, em verdade, recai sobre as técnicas de neutralização, as quais teriam por objetivo neutralizar a eficácia dos valores e das normas sociais, aos quais os jovens desviantes normalmente adeririam.

Apontando de forma precisa alguns pontos primordiais nos quais a teoria das subculturas é omissa e limitada, BARATTA (1999) a classifica como teoria de médio alcance, apesar de reconhecer sua importância em demonstrar a relação

⁹ BARATTA (1999) fala num “mínimo ético”, significando isso os valores fundamentais para a vida em sociedade e para a própria convivência humana. Igualmente, CIRINO DOS SANTOS (2008) afirma a existência de um “núcleo comum” no Direito Penal, que indicaria a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a vida humana individual e social.

existente entre a estruturação econômica da sociedade e os comportamentos desviantes ou “conformistas”. No entanto, restringe-se meramente a descrever as condições sócio-econômicas que influenciam fortemente no fenômeno criminal, sem aprofundar-se no cerne das relações conflituais de poder e da desigualdade econômica entre os grupos sociais, e como tais fatos influem no fenômeno da criminalidade.

2.6 O LABELLING APPROACH – A TEORIA DO ETIQUETAMENTO

Como já acima referenciado, as idéias do *labelling approach* derivaram da criminologia fenomenológica americana do século XX (CIRINO DOS SANTOS, 2008), e alteraram o objeto de estudo do modelo positivista, que considerava a criminologia como estudo das causas ou dos fatores da criminalidade e, conseqüentemente, afirmava a validade da intervenção no indivíduo com a finalidade da correção de seus “problemas” ou “desvios”; imperava, portanto, as idéias de correccionalismo. Contrariamente, na concepção própria do *labelling*, o delito não pode ser tido como fato natural, pré-constituído à realidade social (CIRINO DOS SANTOS, 2008). Em realidade, constitui um fenômeno social, produzido por normas e por valores sociais, como aponta CIRINO DOS SANTOS (2008). O crime é uma ação definida juridicamente, com diversos aspectos sociais, econômicos e políticos influenciando nessa definição.

BARATTA (1999) e CIRINO DOS SANTOS (2008) asseveram que o “labelling approach”, em que pese possuir ainda algumas limitações bem observadas pelos autores, representou uma revolução científica no âmbito da sociologia criminal, por ter focado o problema da criminalidade de outro ângulo. Nessa linha, portanto, a

análise do crime deve necessariamente partir de sua concepção como fenômeno social construído e não como fato ou dado natural preexistente.

Assim, para que alguém adquira o *status* social de delinqüente pressupõe-se a ação das instâncias oficiais do sistema penal, desde a cominação abstrata de penas segundo critérios de interesses político-sociais de proteção a determinados bens jurídicos, até a atuação das instâncias de controle (polícia, magistrados, sistema carcerário). Isso é facilmente constatado, como bem observado por BARATTA (1999), em situações nas quais um indivíduo realizou certo comportamento punível, mas este, por qualquer motivo, não foi objeto de sanção pelo sistema de justiça criminal, inexistindo nesse caso, para todos os efeitos, o *status* de criminoso em relação àquele indivíduo, embora tenha praticado um delito.

BARATTA (1999, p. 88/89) afirma que, enquanto a criminologia tradicional preocupa-se, dentre outras, com questões como “quem é criminoso” e “como se torna desviante”, os autores do labelling approach indagam “quem é definido como desviante”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição” e “quem define quem?”.

Nesse contexto, identifica-se nos estudos do labelling approach duas direções diversas: a formação da identidade desviante e o problema da definição do crime e de quem detém o poder de tal definição.

Quanto à primeira, lembra BARATTA (1999), destacam-se Howard S. Becker, Edwin M. Lemert e Edwin M. Schur. Becker, por exemplo, demonstrou que a conseqüência mais relevante da aplicação de penas é a mudança que isso acarreta na identidade social do indivíduo no momento em que lhe tacham de criminoso. Lemert, por sua vez, diferenciou delinqüência primária da delinqüência secundária,

apontando que a primeira punição de um agente por uma conduta delituosa (delinqüência primária) produz a tendência naquele agente de assumir o papel desviante que lhe foi deferido, ante a modificação de sua identidade social, nos moldes assinalados por Becker. Schur também ressaltou a importância da diferenciação entre desvio primário e secundário.

Essa primeira direção de estudos relacionados à teoria do *labelling*, isto é, a da formação da identidade desviante, coloca sob suspeita o discurso da criminologia tradicional quanto ao princípio da finalidade da pena como prevenção a futuras condutas criminosas, particularmente no que tange à reeducação e à ressocialização do indivíduo sancionado penalmente. Ao contrário, conforme atesta BARATTA (1999), no lugar de ressocializar o agente criminoso, a atuação do sistema de justiça criminal sobre o indivíduo, destacadamente quando há o cerceamento da liberdade, impõe-lhe a pecha de delinqüente, com todas as conseqüências que isso representa, o que acaba por consolidar ou mesmo construir uma identidade desviante naquele indivíduo, formando-se, assim a denominada "carreira criminosa". E essa característica, de deformação da identidade, é tanto mais acentuada e evidente quanto mais indignas e cruéis forem as condições do cárcere.

BARATTA (1999) aprofunda o discurso em relação à segunda direção, ao citar os estudos de John I. Kituse e de Peter McHugh, indicando que o crime pode ser considerado como um processo em que algumas pessoas pertencentes a certos grupos interpretam um comportamento como desviante, definem uma pessoa como desviante, em virtude de seu comportamento corresponder àquela interpretação e, por fim, aplicam um tratamento considerado adequado para o desviante.

Além disso, o mesmo autor frisa que os processos efetivamente relevantes de definição de comportamentos desviantes no modelo do *labelling approach* são aqueles relacionados ao senso comum da sociedade, demonstrando que, para que se desencadeie a reação social, não basta a infringência de qualquer regra ou norma; é necessário um sentimento social de indignação moral de certa magnitude frente ao comportamento, é preciso que exista a oposição do corpo social a um comportamento que perturbe substancialmente a rotina, a normalidade preconstituída.

BARATTA (1999) afirma que a teoria do *labelling* não desenvolve suficientemente a análise do problema das relações sociais e econômicas, o que, diz o autor, é típico das teorias de médio alcance. Tais relações são a raiz do problema da criminalidade. Com efeito, nas idéias do *labelling* nota-se que a realidade social examinada é tida como ponto de partida e de chegada dos estudos, ao passo que, como ensina BARATTA (1999, p. 99): “só descendo do nível fenomênico da superfície das relações sociais, ao nível da sua lógica material, é possível uma interpretação contextual e orgânica de ambos os aspectos da questão”.

CIRINO DOS SANTOS, igualmente, assim se manifesta:

O *labelling approach* representa uma condição necessária, mas ainda insuficiente para formação da Criminologia crítica, como dizia BARATTA: condição necessária porque mostra o crime e o comportamento criminoso como consequência da aplicação de regras e de sanções pelo sistema de justiça criminal – e não como qualidade da ação ou característica do autor, segundo a etiologia positivista; mas condição insuficiente porque não mostra os mecanismos de distribuição social da criminalidade, identificáveis pela inserção do processo de criminalização no contexto das instituições fundamentais das sociedades modernas – a relação capital/trabalho assalariado [...] (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 713/714).

Embora tenham lançado as críticas acima, BARATTA (1999) e CIRINO DOS SANTOS (2008) reconhecem a importância das teorias da criminalidade baseadas no *labelling approach*, pois proporcionaram uma mudança radical no objeto de estudo. Anteriormente, concebia-se o crime como fato preconstituído, ao passo que no *labelling* acentuou-se a análise do processo de criminalização e dos mecanismos institucionais relacionados. Dessa maneira, as seguintes questões tornaram-se o cerne da discussão: (a) quem detém o poder de definição de crimes; (b) porque algumas condutas são majoritariamente objeto de repressão pelo sistema penal (delitos patrimoniais), em prejuízo de outras muito mais nocivas à sociedade (crimes de colarinho branco); (c) por fim, como se dão os efeitos estigmatizantes do etiquetamento sobre os delinqüentes.

A partir disso, permitiu-se identificar como o poder de definir a criminalização e o exercício desse poder estão intimamente atrelados à estratificação da sociedade em classes com interesses antagônicos e, ainda, como tal situação contribui sobremaneira para a inexistência de igualdade no âmbito do sistema penal conforme as classes sociais antagônicas às quais pertencem os delinqüentes.

BARATTA (1999) aduz que as contribuições acima citadas inserem-se mais precisamente numa corrente de pensamento variante do *labelling*, que ele denomina de recepção alemã do *labelling approach*, cujo maior mérito seria o de ter aplicado de forma radical o paradigma do controle e alguns resultados de pesquisas sobre sociologia do direito penal, sendo que um dos autores mais representativos é Fritz Sack. Tais idéias serão desenvolvidas com mais profundidade nos capítulos seguintes.

3. O SISTEMA PENAL E A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA

Abordar-se-á, aqui, como o funcionamento do sistema penal brasileiro, desde a opção legislativa de proteção a certos bens jurídicos pelo Direito Penal até a repressão concreta a comportamentos desviantes influencia e é influenciado pela realidade social brasileira, com todas as suas espantosas desigualdades¹⁰, além de demonstrar como o discurso da criminologia tradicional está disseminado e legitimado no Brasil, inclusive e talvez principalmente nas instâncias oficiais de controle social (magistrados, promotores, delegados de polícia).

De outro lado, temos vozes consistentes e fiéis aos princípios democráticos que indicam os problemas e apontam possíveis soluções, a partir da análise crítica dos fundamentos da desigualdade social, refletida e retratada irremediavelmente nos mecanismos do sistema penal.

Em razão de se tratar de tarefa bastante complexa e com inúmeras variáveis, merecendo com certeza um aprofundamento muito maior do que o que se poderá dar, esclarece-se que, neste trabalho, limitar-se-á a descrever alguns aspectos mais relevantes e que possuem maior influência na “política penal”¹¹ brasileira e, por conseqüência lógica, no processo de criminalização primário e secundário, e seus efeitos estigmatizantes, tais como a influência das relações

¹⁰ O Brasil possui aproximadamente cinquenta e cinco milhões de pessoas que vivem com renda familiar correspondente a menos de 50% (cinquenta por cento) do valor do salário mínimo, conforme informação da UNESCO, disponível no endereço eletrônico <http://www.brasilia.unesco.org/Brasil/contextoSHS/pobrezapersistente>, consultado em 18/05/2009. O número em referência representa mais de 25% (vinte e cinco por cento) da população total do país, que vive em condições de miséria.

¹¹ Como ensina CIRINO DOS SANTOS (2008), política criminal é o programa oficial de controle social do crime e da criminalidade, enquanto a política penal restringe-se à aplicação do Direito Penal (entendido este como o sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece a forma de sua aplicação). O autor afirma que no Brasil, assim como nos países periféricos em geral, não há política criminal (que pressupõe políticas de emprego, salários dignos, escolarização, moradia, saúde etc.); existe apenas política penal.

sócio-econômicas promovidas e incentivadas pelo Estado, a força da mídia na formação da opinião pública e, por decorrência, da política penal repressiva, a importância de se analisar as classes sociais a que pertencem os agentes oficiais do sistema penal, e os interesses conflitantes dessa classe social com os dos destinatários dos comportamentos criminalizáveis (aqueles que praticam usualmente aqueles comportamentos definidos por outros).

Ressalta-se, novamente, que todas as análises têm sempre como referência e ponto de apoio autores reconhecidamente comprometidos com os ideais democráticos de humanidade e de justiça social, adotando obviamente uma posição fortemente crítica ante a realidade social e o sistema penal brasileiros. Aliás, essa é a opção fundamental de todo o presente trabalho.

3.1 O CONCEITO DE SISTEMA PENAL

A expressão “sistema penal”, da forma utilizada neste trabalho¹², abarca desde a atividade do legislador ao eleger, de forma abstrata, alguns bens jurídicos que devem ser protegidos, definindo condutas passíveis de aplicação de uma sanção penal (o que se denomina criminalização primária), passando pela atuação dos órgãos estatais de repressão propriamente ditos (polícia, juízes, promotores), quando da existência concreta de comportamentos delinquentes – a criminalização secundária.

¹² Essa expressão aproxima-se do conceito amplo de sistema penal a que aludem ZAFFARONI e PIERANGELI (2007), mas não se confunde com este. O conceito ora adotado é aquele utilizado por CIRINO DOS SANTOS (2008) e BARATTA (1999), buscando sempre deixar evidente, ao senso comum, que o conceito não se restringe à atuação dos órgãos estatais (polícia, juízes, promotores e agentes da execução penal), mas inclui também a influência da opinião pública, da mídia etc.

3.2 OS DISCURSOS NO SISTEMA PENAL

ZAFFARONI e PIERANGELI observam inteligentemente a invalidade da frase clássica “saber é poder”, que é quase um dogma, para muitos, ante o estágio de avanço tecnológico em que nos encontramos e da rapidez com que este avanço se deu; em verdade, o que se vislumbra no decorrer da História é que o poder condiciona o saber, de tal sorte que as estruturas de poder empregam certas ideologias¹³ ocultadoras ou mesmo criadoras da realidade ou, por vezes, recortam partes de algumas teorias, de maneira a buscar a melhor utilização possível segundo os interesses que representam.

De fato, importa salientar a noção de que os saberes científicos foram e continuam sendo manipulados pelas estruturas de poder, segundo lhes convenha, como instrumento de sua fundamentação científica e, portanto, quase indiscutíveis ao senso comum, legitimando e justificando as mais diversas atrocidades e barbáries. “O poder recolhe deste jardim as flores mais aberrantes e as ervas daninhas e folhas secas do resto”. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2007, p. 61/63).

Como apontado por ZAFFARONI e PIERANGELI (2007), existem vários discursos internos dentro do sistema penal, de acordo com os segmentos que o compõem e as funções que estes exercem.

Entretanto, as atividades de todos os segmentos do sistema penal se apóiam num discurso único maior, cujo objeto é a função ou a finalidade precípua de todo o sistema, e que legitima seus mecanismos de atuação (da aplicação da política penal do Estado) e a sua própria existência, conforme destaca CIRINO DOS

¹³ ZAFFARONI e PIERANGELI (2007) utilizam “ideologia” não no sentido negativo atribuído por Marx e referenciado por BARATTA (1999), de falsa consciência da realidade, mas num sentido que ele denomina de *não pejorativo*, em que ideologia seria toda crença adotada para o controle dos comportamentos coletivos, aproximando-se bastante do sentido positivo de Karl Mannheim, conforme supra indicado.

SANTOS (2008). Denomina o autor (CIRINO DOS SANTOS, 2008) de objetivos declarados ou manifestos do discurso jurídico oficial, especificamente em referência ao discurso da teoria jurídica da pena, em seus aspectos retributivo, preventivo especial e preventivo geral, conforme expressamente declarado no artigo 59¹⁴ do Código Penal do Brasil atualmente em vigor, adotando o legislador a teoria unificada das penas criminais.

De outro lado, como objeto de estudo da criminologia crítica, tem-se os objetivos reais ou latentes do sistema penal (que serão revisados a seguir), perfazendo-se então, juntamente com os objetivos aparentes, as “dimensões de ilusão e de realidade de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas”, como definido por CIRINO DOS SANTOS (2008, p. 4), capazes de explicar as contradições abissais notadas entre o discurso teórico oficial e a prática dentro do sistema penal, dentre as quais se destaca a função “ressocializadora” da pena criminal e a quantidade enorme de reincidência entre aqueles indivíduos que caíram nas malhas do sistema criminal.

3.3 OS OBJETIVOS DECLARADOS OU APARENTES DO SISTEMA PENAL

Na visão de CIRINO DOS SANTOS (2008), as três supostas funções da sanção criminal – a retribuição, a prevenção especial e a prevenção geral (estas duas últimas com suas dimensões negativa e positiva) – corresponderiam aos três níveis em que se efetiva o Direito Penal, quais sejam, a cominação (ameaça) abstrata no tipo penal tem correlação com a prevenção geral negativa, a aplicação

¹⁴ Assim dispõe o artigo 59 do Código Penal Brasileiro: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime ...” (sem grifos no original).

da pena pelos juízes nos casos concretos corresponderiam às funções de retribuição e de prevenção geral positiva e, finalmente, a execução penal relaciona-se com as funções de prevenção especial positiva e negativa.

Conforme demonstra CIRINO DOS SANTOS (2008), a pena na forma retributiva é a mais antiga e a mais difundida no senso comum e é marca característica do Direito Penal clássico, abarcando um sentido religioso de expiação do pecado, segundo a fórmula de Seneca de que o delinqüente é punido porque pecou, e um sentido jurídico de compensação da culpabilidade do delinqüente. Ou seja, a pena seria um mal justo contra um mal injusto e, portanto, necessária para a realização da justiça ou para o restabelecimento do Direito. CIRINO DOS SANTOS (2008) afirma não existirem razões aparentes para a sobrevivência da pena como retribuição, eis que o sentido religioso de expiação nos traz embutida a lembrança medieval de castigos cruéis e suplícios corporais, enquanto que considerar a pena como compensação de culpabilidade faz valer a idéia de vingança.

Entretanto, enumera o mesmo autor (CIRINO DOS SANTOS (2008), as diversas razões pelas quais permanece a função retributiva da pena criminal, desde a psicologia popular da lei do talião (olho por olho, dente por dente), passando pela tradição religiosa ocidental do judaísmo e do cristianismo, que possuem uma imagem vingativa de justiça divina, até a filosofia retributiva ocidental; Kant afirmou que a justiça retributiva é uma lei inviolável (“quem mata deve morrer”); já Hegel definiu o crime como a negação do Direito e a pena como negação da negação e, dessa maneira, reafirmação do Direito. Além disso, essa função retributiva da pena está prevista expressamente no Código Penal Brasileiro, como já aludido acima, de forma que essa concepção antiqüíssima está irremediavelmente disseminada e arraigada nas sentenças condenatórias.

A crítica que se faz ao retribucionismo da pena criminal pelos adeptos da função de prevenção, como aponta CIRINO DOS SANTOS (2008), diz respeito ao caráter de expiação de um pecado e de compensação de um mal cometido (o crime) com outro mal (a pena), já que, desta feita, a imposição da sanção criminal não seria um ato condizente com o Estado Democrático de Direito, pois neste o poder é exercido em nome do povo e não em nome de Deus, além de que o fundamento do retribucionismo, que é o juízo de culpabilidade, seria um dado indemonstrável, que é o mito da liberdade de vontade do ser humano, como demonstraram a teoria estrutural-funcionalista e, principalmente, a teoria das subculturas criminais, cujos principais aspectos foram demarcados anteriormente.

ZAFFARONI e PIERANGELI também fazem algumas considerações bastantes importantes e interessantes:

A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que outro não reprimiu; que privou-se do que outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo [...]

Pode o direito penal perseguir seus fins por tais meios? Pode o direito penal ser o instrumento da vingança da multidão anônima? Pode o direito penal alimentar o irracionalismo vingativo para conseguir o controle social?

A resposta a estas perguntas depende do direito penal de que estivermos tratando. O direito penal do Estado autoritário não tem inconveniente em admitir tais meios. O direito penal de um Estado de Direito, que aspira a formar cidadãos conscientes e responsáveis, ao contrário, tem o dever de evidenciar todo o irracional, afasta-lo e exibilo como tal, para que seu povo tome consciência dele e se conduza a razão. O direito

penal que faça isto mostrará uma autêntica aspiração ética e liberadora; o outro será um puro instrumento de dominação. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2007, p. 95).

No que toca à função de prevenção especial da pena, insta salientar, primeiramente, que é de competência legal do juiz criminal e também dos responsáveis pela execução penal, estes levando a efeito a sentença condenatória, que é o programa de prevenção especial definido pelo juiz, sempre com a finalidade de reintegrar o condenado / internado no convívio social, nos termos propostos pelo artigo 1º¹⁵, da Lei n.º 7.210/84 – Lei de Execuções Penais. Essa função possui duas dimensões simultâneas, como afirma CIRINO DOS SANTOS (2008), a prevenção especial negativa e a prevenção especial positiva.

A prevenção especial negativa é realizada com a neutralização do apenado, a partir de sua segregação da sociedade; dessa maneira, impede-se-o de delinquir novamente, ao menos do lado de fora das grades da penitenciária, já que internamente impera outro "sistema de normas e regras", próprios do cárcere, bastante diferente do ordenamento jurídico destinado a todos os membros da sociedade. Essa função, para o discurso oficial, garantiria a tão falada "segurança pública" ou "segurança social".

Já com a função de prevenção especial positiva proceder-se-ia à ressocialização ou correção do condenado para sua reintegração ao convívio social. Essa concepção nos conduz imediatamente à idéia do correcionalismo, próprio da escolas positivistas, que viam no delinqüente um ser anormal, portador de alguma patologia biológica, psicológica e/ou social, conforme acima explicitado.

¹⁵ O artigo 1º da LEP impõe que: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições sociais para a harmônica integração social do condenado e internado".

Entretanto, está reconhecida, de forma cristalina e generalizada inclusive no senso comum da população, a total e completa ineficácia da função ressocializadora da pena, até mesmo diante do altíssimo índice de reincidência observados na prática, de maneira tal que o cárcere, bem ao contrário de “ressocializar” o delinqüente¹⁶, gera mais violência, o que nos reporta ao que já foi retratado quanto ao etiquetamento, à estigmatização pela sociedade e pelo sistema penal, levando à construção das carreiras criminosas, decorrentes da teoria do *labelling approach*, e que será melhor desenvolvido adiante.

Quanto à função de prevenção geral negativa, CIRINO DOS SANTOS (2008) afirma que a idéia de intimidação penal foi edificada no século XVIII por Feuerbach, com sua teoria da coerção psicológica supra referenciada, pela qual o Estado preterde desestimular as pessoas de praticarem delitos, a partir da ameaça de imposição de penas criminais. BECCARIA (1764, reimpressão em 2007) asseverou, na sua luta pontual na História contra as penas cruéis (os suplícios corporais), que o importante para desestimular o comportamento desviante seria a certeza da punição e não a gravidade da pena, idéia bastante recorrente atualmente entre os defensores do discurso oficial e do eficientismo do sistema penal.

Ocorre, como dispõe CIRINO DOS SANTOS (2008), que a ausência de parâmetros definidores para a aplicação da função de prevenção geral negativa da pena pode acarretar o aumento desarrazoado de condutas criminalizáveis e a debilitação de garantias, sob o argumento de desmotivar eventuais criminosos a praticar delitos. Além disso, não se poderia punir (ou punir exemplarmente) autores de crimes sob o fundamento de desmotivar potenciais comportamentos criminosos de terceiros.

¹⁶ CIRINO DOS SANTOS (2008) e ZAFFARONI e PIERANGELI (2007) apontam a falácia em que se constitui a função ressocializadora das penas criminais, com a supressão da liberdade.

A prevenção geral positiva da pena criminal, idéia bastante recente (final do século XX), possui pelo menos duas vertentes com discursos semelhantes, mas com fundamentos e finalidades quase que opostos (CIRINO DOS SANTOS, 2008). Como ensina CIRINO DOS SANTOS (2008), de um lado temos a proposta de Claus Roxin, que entende a natureza relativa da prevenção geral positiva no âmbito das funções declaradas da pena criminal, tendo por objetivo a proteção a certos bens jurídicos, de forma subsidiária e fragmentária, segundo os princípios gerais do Direito Penal. Com esses pressupostos e objetivos, Roxin afirma que a prevenção geral positiva demonstra a inviolabilidade do Direito, essencial para conservar a confiança no ordenamento jurídico, bem assim a fidelidade jurídico do povo. Já Günther Jakobs aplica a prevenção geral positiva de maneira absoluta, exercendo a finalidade de afirmação da validade da norma penal que foi violada (reafirmação das expectativas normativas); Jakobs alega que o conceito de bem jurídico seria inútil, substituindo-o pelo que denomina de bem jurídico-penal, que seria nada mais que a norma penal.

As teorias unificadas da pena representam uma combinação das funções de retribuição e prevenção acima elencadas, com a finalidade de superar as lacunas e imperfeições demonstradas de cada função isoladamente. (CIRINO DOS SANTOS, 2008). As teorias unificadas são as que predominam na legislação ocidental, inclusive no Brasil, conforme rezam os artigos 59 do Código Penal Brasileiro e 1º da Lei de Execuções Penais.

Entretanto, a teoria negativa/agnóstica e a teoria materialista/dialética da pena criminal rejeitam as três funções da penal criminal defendidas pelo discurso oficial, como explicita CIRINO DOS SANTOS (2008). A primeira, elaborada por Zaffaroni e Nilo Batista, define a pena como ato de poder político e rejeita as funções

declaradas de retribuição e de prevenção do sistema penal, mas afirma desconhecer qualquer objetivo real ou oculto do sistema penal. De outro lado, a teoria materialista/dialética da pena criminal, desenvolvida por Pasukanis, Georg Rusche, Otto Kirchheimer, Baratta, Melossi e Pavarini, com a contribuição de Cirino dos Santos, também compreende como falsas as funções declaradas da pena criminal, todavia investigam as funções reais e ocultas da pena, com pesquisas sobre as dimensões de ilusão e realidade da ideologia penal nas sociedades capitalistas, e análise dos conflitos do modo de produção da vida social.

Em texto primoroso, BARATTA¹⁷ sintetiza todas as críticas enumeradas acima a respeito das funções declaradas da pena criminal, com sua genialidade característica. O autor expõe, por primeiro, o conteúdo das reformas penitenciárias realizadas na década de 1970, principalmente na Itália e na Alemanha Ocidental, que se fundou na função ressocializadora ou de reeducação da sanção criminal, função que foi se perdendo posteriormente em razão da constatação, por pesquisas empíricas, de que o cárcere praticamente não reabilita ninguém. Outro motivo seriam as transformações vivenciadas pela prisão e pela sociedade nos anos seguintes, precipuamente o surgimento do terrorismo e a reação do Estado a ele, que levou, dentre outras medidas, à criação de prisões de segurança máxima, as quais impossibilitam a prática do convívio do condenado com a sociedade (por meio de licenças, trabalhos externos, execução pelo regime semi-aberto etc.), aspecto fundamental para a idealizada ressocialização do condenado.

Além disso, também destaca o autor que a crise do Estado de bem estar social no mundo ocidental, observada nas décadas de 1970 e 1980, fez com que

¹⁷ BARATTA, Alessandro. **RESSOCIALIZAÇÃO OU CONTROLE SOCIAL – UMA ABORDAGEM CRÍTICA DA “REINTEGRAÇÃO SOCIAL” DO SENTENCIADO**. Disponível em http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocialicao.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2009.

não se destinassem recursos materiais efetivos para a concretização da ressocialização dos condenados, o que acabou levando à mudança do discurso oficial quanto à função primordial da penal criminal: da prevenção especial positiva (ressocialização) para a prevenção especial negativa (a neutralização do condenado). Lembrando sempre que a orientação do autor concentra-se na idéia de despenalização e descarcerização consciente, democrática e responsável, que pode ser retratada na seguinte frase disposta no texto referenciado: "Não se pode conseguir a reintegração social do sentenciado através do cumprimento da pena, entretanto se deve buscá-la apesar dela".

Na mesma linha, CIRINO DOS SANTOS (2008) destaca que a "incontestável" função de prevenção especial negativa (a neutralização pela segregação proporcionada pelo cárcere) acarreta várias contradições, dentre as quais ressalta que a privação da liberdade produz maior reincidência e, por conseguinte, maior criminalidade; que o cárcere influencia negativamente a chance do condenado de comportar-se de acordo com as normas, ante a constituição de sua auto-imagem criminoso; a execução da pena desintegra socialmente o condenado, que praticamente perde o convívio familiar e social que possuía, além de estigmatizá-lo socialmente após o cárcere; a subcultura da prisão, com a obediência às regras próprias do cárcere, produz a deformação emocional e psicológica do condenado e o direciona para as "carreiras criminosas"; dentre outras questões mencionadas pelo autor.

3.4 OS OBJETIVOS REAIS E OCULTOS DO SISTEMA PENAL

Os objetivos reais do sistema penal seriam aqueles ocultados pelo discurso oficial das funções de retribuição, prevenção especial (negativa e positiva) e prevenção geral (negativa e positiva), segundo a teoria materialista/dialética da pena criminal já aludida anteriormente.

CIRINO DOS SANTOS se reporta aos objetivos reais do Direito Penal nos seguintes termos:

A definição dos objetivos reais do Direito Penal permite compreender o significado político desse setor do ordenamento jurídico, como centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas. Nas formações capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações de produção e de circulação da vida material, em que os indivíduos se relacionam como proprietários do capital ou como possuidores de força de trabalho – ou seja, na posição de capitalistas ou na posição de assalariados –, todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado devem ser estudados na perspectiva dessas classes sociais fundamentais e da luta de classes correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 06/07).

Constata-se, por conseguinte, a necessidade de se analisar os mecanismos de funcionamento do sistema penal pelo prisma das relações sócio-econômicas das classes antagônicas que compõem a sociedade capitalista; vê-se que é imprescindível, para o estudo crítico do crime e do controle social, não se limitar ao exame dos tipos legais, mas, principalmente, analisar a estrutura das

relações de produção existentes na sociedade. (CIRINO DOS SANTOS, 1981). É a mudança da fonte da pesquisa jurídica a que CIRINO DOS SANTOS (2008) se refere, de uma fonte meramente formal do Direito Penal (a lei), para uma fonte material (o modo de produção, que condiciona todas as áreas da vida em sociedade).

CIRINO DOS SANTOS (1981) e BARATTA (1999) fazem alusão a Georg Rusche e Otto Kirchheimer, aduzindo que esses autores contribuíram para demonstrar que cada sociedade possui um sistema punitivo que corresponde à sua estrutura econômica ou às suas relações de produção, dentro daquela tese de Marx, acima indicada, de que o modo de produção material condiciona a forma de organização social, política e até intelectual.

Isso restou patente, inclusive, a partir do trabalho de FOUCAULT (original de 1977; editora Vozes, 2008), lembrado por CIRINO DOS SANTOS (1981), no qual se constata que a alteração das formas punitivas verificadas ao longo da História possui íntima relação com a mudança de paradigmas do modo de produção. Avançou-se do suplício corporal medieval, que imperou até meados do século XIX para o “arquipélago carcerário” (próprio do capitalismo moderno), no qual reina a supressão da liberdade pelo parâmetro do tempo de cárcere, que seria a medida da culpabilidade, da mesma maneira com que se dá na relação de trabalho, pela transformação do tempo despendido no trabalho em salário-moeda. É o que CIRINO DOS SANTOS (2008) denomina de princípio da retribuição equivalente, que impera em todos os níveis da vida social no capitalismo contemporâneo.

Nesse contexto, é necessário apontar e compreender a característica fundamental do capitalismo, modelo econômico dominante no mundo atual (e com características mais marcantes na sociedade brasileira), que é o objetivo primordial

das organizações e das pessoas em geral de obtenção de lucro, de acumulação de capital. E a acumulação de capital necessariamente gera contradições e desigualdades absurdas nas sociedades capitalistas; aliás, em termos de desigualdade na distribuição de riquezas, a sociedade brasileira é uma das mais atrasadas no mundo, segundo dados oficiais dos organismos internacionais¹⁸.

Ora, se se deve considerar a estrutura econômica para o estudo do sistema punitivo, como informa a criminologia crítica, e se a sociedade capitalista produz conflitos sociais e distribuição desigual das riquezas, então teremos um sistema penal que certamente atua de forma desigual conforme o acusado pertença a uma ou outra classe social, logicamente com muitas variáveis influenciando nesse processo de criminalização.

BARATTA (1999) aprofunda o discurso quanto a esse problema fundamental, que se insere no contexto das teorias da reação social, que é o de se determinar de que forma se distribui e se concentra o poder de definição dos comportamentos que serão objeto de criminalização. Ora, se o crime não é um dado ontológico, pré-constituído à atuação das instâncias oficiais do sistema penal, mas, outrossim, constitui uma realidade social construída pela própria atuação dessas instâncias, mediante a definição abstrata de quais comportamentos devem ser criminalizados e mediante a atuação repressiva concreta dos órgãos de controle, é preciso buscar os fundamentos e os mecanismos da gestão diferenciada da criminalidade pelo sistema penal, que são notados tanto na criminalização primária (a cominação abstrata da sanção penal em lei), quanto na criminalização

¹⁸ De acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2007/2008, elaborado pelo PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, e disponível no endereço eletrônico <http://www.pnud.org.br/home/>, consultado em 18/05/2009, o Brasil ocupa uma das últimas posições na classificação do IDH – Índice de Desenvolvimento Humano.

secundária, com a ação das instâncias oficiais de controle social (polícia, juizes, agentes penitenciários etc.).

Na criminalização primária, devemos estudar quem faz a escolha dos bens jurídicos que serão objeto de proteção pela lei penal e quais são esses bens jurídicos escolhidos. Como se sabe, a elaboração de leis compete ao Poder Legislativo, e no caso de leis penais, ao Legislativo Federal (Congresso Nacional), ante a competência exclusiva da União para legislar sobre Direito Penal e Processual Penal¹⁹.

Nesse contexto, impende destacar um estudo realizado por Leôncio MARTINS RODRIGUES (2006), pelo qual se infere que, após o processo eleitoral brasileiro do ano de 2002, quase 80% (oitenta por cento) dos Deputados Federais pertenciam às classes sociais hegemônicas. Esse dado, por si só, já revela a inversão de representatividade verificadas no principal órgão do Poder Legislativo no Brasil, no que tange às classes sociais (pois a grande maioria do povo brasileiro pertence às classes C, D e E). Lastima-se o estudo não ter abrangido o Senado Federal, pois englobaria o Congresso Nacional em sua totalidade (embora não se descure que a proporção provavelmente seja maior no Senado). Isso indica fortemente quais interesses sempre foram e continuam a ser objeto de proteção em todo o ordenamento jurídico, inclusive (e sobretudo) no Direito Penal. Esses dados se alinham ao que Baratta classifica como antagonismo (de interesses) entre os grupos sociais que definem as leis penais e aqueles submetidos à aplicação dessas leis. (BARATTA, 1999).

CIRINO DOS SANTOS (2008) observa como certos tipos penais parecem proteger bens jurídicos gerais, comuns a todos os homens (independentemente da

¹⁹ Por determinação expressa do artigo 22, I, da Constituição Federal de 1988.

classe social), mas, se aprofundarmos o estudo ao nível da atuação da polícia, da justiça e demais órgãos oficiais de controle da criminalidade, vemos que a atuação estatal no plano da criminalização secundária constitui o principal mecanismo de gestão diferencial da criminalidade segundo o critério das classes econômicas a que pertencem os delinqüentes.

Fácil perceber esse fato se observarmos que os delitos patrimoniais são as espécies de crimes mais punidas no Brasil²⁰, juntamente com os crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas. Ora, quem são os autores de delitos patrimoniais? Quem são os protegidos com essa ênfase na repressão dos crimes contra o patrimônio? Ao respondermos essas fáceis perguntas, afirmando, sem dúvidas, que são os indivíduos provindos das classes sociais desfavorecidas e das classes hegemônicas respectivamente, constatamos, de plano, o controle diferencial exercido pelo sistema penal. Em primeiro porque apenas as classes econômicas mais elevadas recebem a proteção do sistema penal, e em segundo porque os autores das classes desfavorecidas são o foco preferencial da polícia e do judiciário.

Nesse sentido, torna-se necessário, também, analisar o comportamento e a origem de alguns grupos profissionais que integram as instâncias oficiais do sistema penal e como se dá a atuação diferenciada desses grupos em conforme a criminalidade seja própria das classes subalternas ou hegemônicas. Assim, BARATTA (1999) e CIRINO DOS SANTOS (2008) indicam como os preconceitos, os estereótipos constituídos, as idiosincrasias pessoais dos indivíduos que atuam no processo de criminalização (policiais e juizes principalmente) têm interferência direta, primeiro, na investigação de certos crimes (cometidos apenas por alguns

²⁰ Conforme dados informado pelo Ministério da Justiça, disponíveis no endereço eletrônico <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJCF2BAE97ITEMIDC5C3828943404A54BF47608963F43DA7PTBRNN.htm>, e acessado em 18/05/2009, os crimes patrimoniais são exageradamente os mais cometidos e reprimidos no Brasil.

grupos sociais) e, ao final, na condenação desses indivíduos devidamente “etiquetados” pelo sistema.

AURY LOPES JR. (2006) faz brilhantes observações a respeito do papel exercido pelos juízes no sistema penal e da atuação, por vezes, omissa e/ou preconceituosa e, por isso, deformante e deletéria em relação aos indivíduos processados criminalmente (o que Cirino dos Santos denomina de idiosincrasias pessoais e outras deformações ideológicas do operador do direito), que constituem umas das razões pelas quais a repressão penal se concentre na delinquência patrimonial ou na área das drogas, cujos agentes são, na enorme maioria, de setores sociais marginalizados.

ZAFFARONI e PIERANGELI (2007) apontam que o sistema penal seleciona indivíduos dentre a classe média para as funções de magistrados, Ministério Público e funcionários judiciais, criando-lhes expectativas e metas sociais próprias da classe média alta, e os conduz a não criar problemas no trabalho e a não inovar em suas funções para não acabar se complicando em sua atuação; ao mesmo tempo, cria-se uma falsa sensação de poder, que identifica esses indivíduos com a própria função e os isola dos setores criminalizados, que são os indivíduos das classes sociais mais humildes, evitando todo tipo de sensibilização com a situação social precária e com a dor dos socialmente desfavorecidos. Esses condicionamentos, explicam aqueles autores (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2007), levam à fossilização e à burocratização no exercício das funções dos magistrados e promotores.

AURY LOPES JR. (2006) critica também severamente a atuação de vários juízes brasileiros que se prendem aos entendimentos jurisprudenciais

anteriores deste ou daquele tribunal²¹, o que se tornou muito mais grave com a vigência das decisões e súmulas vinculantes proferidas e editadas pelo Supremo Tribunal Federal; afirma o autor que tais magistrados limitam-se a exercer funções burocráticas de repetidores de decisões alheias. Continua, asseverando que o magistrado independente é aquele que rege sua atuação pelo compromisso com o jurisdicionado e com preceitos constitucionais democráticos, o que, no âmbito do sistema penal, reflete-se numa atuação protetiva do Juiz quanto aos direitos constitucionais do acusado.

Imprescindível referenciar, *in verbis*, algumas idéias do autor:

Além da independência, só um juiz consciente de seu papel de garantidor e que, acima de tudo, tenha a dúvida como hábito profissional e como estilo intelectual, é merecedor do poder que lhe é conferido.

Aqui está um outro grave problema: o juiz que assume 'uma cultura subjacente, de forte conotação de defesa social, incrementada pela ação persistente dos meios de comunicação, reclamando menos impunidade e maior rigor penal, derivada, por sua vez, de uma cultura geral política autoritária, como a herdada nos países latino-americanos', que afeta o juiz (enquanto homem político e social), fazendo com que ele imponha uma concepção de processo menos dialética e igualitária para as partes.

É aquele juiz que absorve esse discurso de limpeza social e assim passa a atuar, colocando-se no papel de defensor da lei e da ordem, verdadeiro guardião da segurança pública e da paz social. A situação é grave, na medida em que tudo isso se reflete da eleição e no próprio sentir do ato decisório, pois a sentença é reflexo da eleição de uma das teses a ele submetidas (acusação e defesa), bem como de um juízo axiológico da prova e da lei aplicável ao caso.

Esse juiz representa uma das maiores ameaças ao processo penal e à própria administração da justiça, pois é presa fácil dos juízos apriorísticos de inverossimilitude

²¹ O autor denomina de relação pai-filho a dependência dos juizes (e suas decisões) para com os tribunais.

das teses defensivas; é adepto da banalização das prisões cautelares; da eficiência antigarantista do processo penal; dos poderes investigatórios/instrutórios do juiz; do atropelo de direitos e garantias fundamentais (especialmente daquela 'tal' presunção de inocência); da relativização das nulidades pro societate; é adorador do rótulo 'crime hediondo, pois a partir dele pode tomar as mais duras decisões sem qualquer esforço discursivo (ou mesmo fundamentação); introjeta com facilidade os discursos de 'combate ao crime'; como (paleo)positivista, acredita no dogma da completude do sistema jurídico, não sentindo o menor constrangimento em dizer que algo 'é injusto, mas é a lei, e, como tal, não lhe cabe questionar'; sente-se à vontade no manejo dos conceitos vagos, imprecisos e indeterminados (do estilo 'prisão para garantia da ordem pública', 'homem médio', 'crimes de perigo abstrato', etc.), pois lhe permitem ampla manipulação, etc.

Mas, principalmente, esse juiz transforma o processo numa encenação inútil, meramente simbólica e sedante, pois desde o início já tem definida a hipótese acusatória como verdadeira. (AURY LOPES JR., 2006, p. 81/82).

Esses são alguns dos mecanismos que levam à gestão diferenciada do sistema penal conforme a posição de classe social do autor do delito. BARATTA (1999) e CIRINO DOS SANTOS (2008) demonstram a partir da teoria do *labelling*, conforme visto no tópico anterior²², que a carcerização influencia de forma bastante relevante na estigmatização do indivíduo condenado. Tanto a população em geral, que não o vê mais como um "igual" e sim com fortes sentimentos de desabono e de desconfiança, quanto para os órgãos oficiais responsáveis pela criminalização secundária (polícia, juízes e agentes da execução penal), que se orientam segundo

²² Segundo os dois autores citados, o discurso oficial da prevenção especial encobre o fato constatado de que o cárcere não ressocializa ninguém, pelo contrário, a violência e as condições sub-humanas das cadeias geram mais estigmatização e violência, encaminhando os condenados definitivamente para as carreiras criminosas.

certos estereótipos da criminalidade (dos crimes e dos seus supostos autores), o tratamento diferencial é evidente. (BARATTA, 1999).

AURY LOPES JR. (2006) faz interessantíssima abordagem do assunto:

O sistema penal é autofágico. Ele se alimenta de si mesmo.

Primeiro vem a exclusão (econômica, social, etc.), depois o sistema penal seleciona e etiqueta o excluído, fazendo com que ele ingresse no sistema penal. Uma vez cumprida a pena, solta-o, pior do que estava quando entrou. Solto, mas estigmatizado, volta às malhas do sistema, para mantê-lo vivo, pois o sistema penal precisa deste alimento para existi. É um ciclo vicioso, que só aumenta a exclusão social e mantém a impunidade dos não-excluídos (mas não menos delinqüentes).

Isso nos leva, também, a uma aproximação com a necrofilia: o amor à morte e a rejeição do novo (e sua vivacidade). O necrófilo ama tudo aquilo que não tem vida; por isso, prefere coisas a pessoas. Ter em vez de ser é o que interessa.

Nesse processo de coisificação que experimenta a sociedade contemporânea, o necrófilo pode relacionar-se com um objeto ou com uma pessoa, desde que essa possua aquela. Por isso, uma ameaça às suas posses é uma ameaça a ele mesmo, pois perder a posse significa perder o elo de ligação com o mundo (por isso o severo apenamento dos delitos contra o patrimônio). (AURY LOPES JR., 2006, p. 19/20).

De outro lado, é claramente demonstrável como a repressão aos crimes do “colarinho branco” é praticamente nula, por diversas razões, desde o prestígio social de seus autores, passando pela possibilidade de contratar advogados renomados que farão uma defesa técnica mais eficaz, utilizando-se dos “vazios da lei” e dos preceitos indeterminados contidos na legislação, até a ausência de estereótipos e de efeitos estigmatizantes em relação aos delinqüentes do “colarinho branco”. Ao nível da criminalização primária, até existem certos tipos penais prevendo condutas próprias das elites econômicas, entretanto, estas não estão no

foco da repressão concreta policial e judiciária. Essa noção, de tão evidente e notória que se mostra, já está consolidada até mesmo na consciência coletiva dos brasileiros, sintetizada em expressões como “rico não vai para a cadeia no Brasil” ou “cadeia no Brasil é para os três ‘p’”²³.

O discurso oficial incuti-nos a noção de que alguns crimes sofreriam mais repressão do sistema penal do que outros, simplesmente porque aqueles existiriam em maior número. Entretanto, BARATTA (1999) afirma que um estudo de Sutherland indica que o número de crimes do “colarinho branco” nos Estados Unidos da América era extremamente alto e, além disso, como assevera aquele autor, tal situação não se restringe àquele país, muito ao contrário, estende-se a todos os países de sociedade capitalista. No Brasil isso parece bastante patente se considerarmos a enxurrada de notícias e denúncias sobre irregularidades, crimes e desvios de verbas públicas pela classe política que presenciamos quase que diariamente na mídia. Nessa linha de idéias, CIRINO DOS SANTOS (1981) esclarece que a criminalidade do poder econômico e político é um fenômeno regular e institucionalizado, relacionado à posição estrutural de classe.

Da mesma forma, ZAFFARONI e PIERANGELI (2007) também se coadunam com esse pensamento, afirmando, de maneira um pouco mais ampla, que se cada cidadão fizesse um rápido exame de consciência comprovaria que várias vezes em sua vida infringiu normas penais, indicando exemplos bem esclarecedores e rotineiros: um objeto emprestado que não foi devolvido, uma toalha levada de um hotel, e mesmo os juízes, quando subscrevem falsamente declarações como se houvessem sido prestadas em sua presença (nas audiências, por exemplo), mas as quais não presenciaram. BARATTA (1999) cita dados da

²³ Frase popular no Brasil, que significa que somente pobres, negros (“pretos”) e prostitutas vão para a cadeia.

sociologia criminal relativos à “cifra negra”²⁴ da criminalidade, segundo os quais Sack indica que numa sociedade como a Alemanha Ocidental a proporção de pessoas que já delinqüiram ao menos uma vez fica entre oitenta e noventa por cento da população.

A cifra negra da criminalidade em relação aos crimes de colarinho branco indica a imunidade quase absoluta dos grupos sociais mais elevados às malhas do sistema penal brasileiro, não obstante a maior nocividade social dos crimes que praticam, como explica BARATTA (1999). Essa criminalidade do “colarinho branco” faz parte do chamado direito penal simbólico, pelo qual o sistema penal realiza funções meramente simbólicas “de projeção de imagens na psicologia popular” (CIRINO DOS SANTOS, 2008), com a finalidade de legitimar a gestão diferencial de classes sociais do sistema penal.

Assim, ao se prever crimes econômicos, tributários e contra o erário público, por exemplo, cujas condutas são próprias de indivíduos que pertencem às classes sociais e políticas hegemônicas, cria-se, no imaginário coletivo, a noção de um Direito Penal igualitário, que se preocupa também em punir os delitos cometidos pelos poderosos. Com isso, o Estado estaria automaticamente legitimado a reprimir a delinqüência das classes subalternas, que é o verdadeiro foco do sistema penal brasileiro, notadamente com as atuações da polícia e do judiciário.

Nessa linha, o Estado lança campanhas extremamente repressivas de lei e ordem, que expressariam a imagem da luta contra o crime – que constituiria o inimigo público número um da sociedade – garantindo o apoio da população em geral e a legitimidade, no Brasil, da legislação penal de emergência da década de 1990, bastante repressiva e por vezes claramente contrária ao Estado Democrático

²⁴ A expressão “cifra negra da criminalidade” é utilizada pelos autores para indicar o número de delitos não apurados e/ou não computados nas estatísticas oficiais. (BARATTA, 1999 e CIRINO DOS SANTOS, 1981).

de Direito em que vivemos. (CIRINO DOS SANTOS, 2008). Como identifica bem ZAFFARONI (O Inimigo no Direito Penal, 2007), esse fenômeno tem sido uma constante na Europa após a Segunda Guerra Mundial, assimilado pela América Latina nos anos e décadas seguintes, caracterizando-se um verdadeiro Estado de exceção perpétuo.

Na legitimação dessa legislação repressivista exerce papel fundamental a atividade da mídia, explorando e ecoando situações extremas isoladas e tragédias pessoais, que amplificam a imagem da criminalidade no imaginário coletivo, criando um alarme social significativo, que acaba por legitimar a repressão penal do Estado. Como bem identifica CIRINO DOS SANTOS (2008), é a confirmação do teorema de Thomas, de acordo com o qual *“situações definidas como reais produzem efeitos reais”*. Ou seja, só é preciso agir sobre a imagem da realidade (e não sobre esta) para alcançar efeitos reais.

Estes são alguns dos mecanismos da gestão diferenciada de classes sociais realizada pelo sistema penal. Nota-se um êxito histórico no controle diferencial (de classes sociais) da criminalidade, de tal sorte que, como concluem CIRINO DOS SANTOS (2008) e BARATTA (1999), a real função do sistema penal não vai além de conservar e reproduzir as relações sociais de desigualdade na sociedade capitalista. O controle do crime pelas instâncias oficiais assegura a continuidade (reprodução) do sistema social desigual de produção capitalista. (CIRINO DOS SANTOS, 1981).

Diante disso, o que se observa é que o Direito Penal garante a propriedade privada e o acúmulo de capital, não apenas impedindo que se reduzam as desigualdades sociais, mas, ao contrário, acentuando-as. Tudo sob o manto encobridor do direito livre e igual. (CIRINO DOS SANTOS, 1981).

Na prática, portanto, o sistema penal funciona tão somente como uma ferramenta das classes econômicas dominantes, tendo por objetivo principal controlar socialmente as classes subalternas, com o foco voltado indiscutivelmente para os delitos patrimoniais.

De todo o exposto, nota-se que o processo de criminalização como observamos hoje no Brasil é um processo de seleção de pessoas como delinqüentes (a partir da prática de alguns delitos efetivamente perseguidos pelos órgãos estatais do sistema penal) e não um processo de seleção das condutas, indicando evidentemente a aplicação de um direito penal do autor e não do fato. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2007).

4. PROPOSTAS E ALTERNATIVAS AO MODELO ATUAL DE SISTEMA PENAL

BARATTA (1999) explica que a criminologia crítica tem por objetivo discutir o direito penal a partir dos mecanismos desiguais do processo de criminalização, inserido no problema macro das relações sociais conflitantes das sociedades capitalistas, que disseminam a desigualdade em todos os âmbitos da vida social, servindo o direito como forma de manutenção dessas relações desiguais (da qual o direito penal é a mais eficaz e evidente), mas também como reflexo das mesmas.

A criminologia crítica, segundo o mesmo Criminólogo, indica que o ponto de partida para buscar a mudança do atual modelo de gestão diferencial do sistema penal é compreender e assimilar os interesses próprios das classes sociais subalternas. A atuação dos órgãos oficiais do sistema penal deve se dar em estrita harmonia com esses interesses, que se identificam com a luta contra os comportamentos efetivamente danosos à sociedade e com o deslocamento da política criminal (ou penal) atual, pretendendo-se a apuração e a punição efetivas de uma vasta gama de crimes socialmente bastante prejudiciais, mas que hoje não merecem a atenção do sistema penal (a criminalidade política, econômica, ambiental etc.). Como explicam BARATTA (1999) e CIRINO DOS SANTOS (1981), não se pode confundir essa idéia com uma supervalorização do direito penal (reformismo pan-penalista), que é simples aumento do direito penal, próprio do sistema repressivo tradicional. Trata-se, na realidade, de uma inversão de valores, com objetivos claros de buscar equilibrar a desigualdade existente na gestão do sistema penal brasileiro.

Construir-se-á, assim, uma teoria materialista do desvio e da criminalização (BARATTA, 1999), que incidirá sobre as causas mais profundas do problema da gestão diferencial de classes sociais do modelo atual de sistema penal, que são as relações sociais de produção do sistema capitalista, baseadas, como aduz BARATTA (1999), numa lei invisível mas efetiva, que é a lei do valor.

CIRINO DOS SANTOS relata as propostas fundamentais da criminologia crítica, nos seguintes termos:

[...] a proposta de Direito Penal mínimo do programa alternativo de política criminal tem por objetivo reduzir o Direito Penal e humanizar o sistema penal, como procedimentos táticos necessários ao objetivo estratégico final de abolição do sistema penal – o que diferencia o **discurso crítico** de quaisquer outros projetos reformistas e, em especial, do **discurso oficial** sobre crime e controle social inspirado na Criminologia etiológica tradicional.

[...] O Direito Penal mínimo é expressão de princípios políticos e de princípios jurídicos que definem os fundamentos do programa de política criminal da Criminologia crítica para as sociedades capitalistas. Considerando esses princípios, o programa de reforma penal da Criminologia crítica propõe mudanças em duas direções principais: a) no **sistema de justiça criminal**, um programa de descriminalização e de despenalização radicais, como alternativa necessária para reduzir o Direito Penal ao mínimo possível; b) no **sistema carcerário**, um programa de descarcerização radical, como alternativa necessária para humanizar as condições de vida no cárcere ao máximo possível. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 717 e 719/720)

CIRINO DOS SANTOS (2008, p. 719/721) propõe a descriminalização de acordo com os seguintes critérios e fundamentos: 1) dos crimes de ação penal privada, de ação pública condicionada à representação, aqueles punidos com detenção e os crimes de perigo abstrato, em virtude de mínimo injusto penal, da

existência de meios não penais para a solução desses conflitos, da inutilidade social da pena, o que violaria, respectivamente, os princípios da insignificância, da subsidiariedade da intervenção penal e da idoneidade da sanção criminal; 2) dos crimes sem vítima (auto-aborto e aborto consentido, por exemplo), por violação dos princípios da criminalização exclusiva de lesão de bens jurídicos fundamentais e da proporcionalidade concreta da pena, pois o seu efeito produz custos sociais altíssimos; 3) dos crimes qualificados pelo resultado, por violação ao princípio da responsabilidade penal subjetiva; e 4) dos crimes que representam apenas intimidação para o cumprimento de deveres públicos, como os delitos contra a ordem tributária, por exemplo.

De outro lado, o mesmo autor (CIRINO DOS SANTOS, 2008) indica também o programa de despenalização da Criminologia crítica, com a extinção das penas mínimas de todos os tipos legais, por transgressão ao princípio da culpabilidade e por impedir políticas criminais humanistas, diminuição das penas máximas de todos os tipos legais e ampliação das hipóteses de extinção da punibilidade e os substitutivos penais. Por fim, as propostas de humanização do sistema penal abarcam a despovoação do cárcere brasileiro, dadas as condições desumanas das penitenciárias superlotadas, a partir do aumento das hipóteses de extinção, redução e desinstitucionalização da execução penal.

5. CONCLUSÃO

Com a análise retratada neste trabalho, constatou-se que o problema da criminalidade, da violência é um fenômeno, hoje, estrutural no Brasil, que envolve diversos fatores psicológicos, econômicos, sociais e políticos; portanto, é bastante complexo. O atual modelo de sistema penal, com seu discurso / projeto “técnico-corretivo” do cárcere, sem sombra de dúvidas não consegue gerenciar esse problema. Trata-se de um modelo historicamente fracassado. A falência da pena privativa de liberdade é um fato inegável.

Todavia, ao mesmo tempo, esse modelo falido é constantemente reapresentado pelo Estado como solução para os problemas da criminalidade, com fundamento no discurso dos objetivos declarados ou manifestos, já mencionado anteriormente. Esse discurso oficial forma no imaginário coletivo o mito do direito penal como direito igual a todos os indivíduos, acabando por relegitimar continuamente a gestão diferenciada de classes sociais do sistema penal, que encobrem os objetivos ocultos indicados. É o isomorfismo reformista afirmado por FOUCAULT (1977).

Dessa maneira, o Estado brasileiro trilha, de um lado – para as classes sociais hegemônicas, o caminho do Direito Penal simbólico (pelo qual não há repressão ou apuração efetiva dos crimes) e, de outro – para as classes subalternas, um Direito Penal extremamente autoritário, com a formação da clientela preferencial do sistema penal, com presídios superlotados e em condições indignas, com penas, abstratas e em concreto, desproporcionais, que não ressocializam e não reintegram ninguém, apenas estigmatizam e aumentam a exclusão social dos já marginalizados, gerando, conseqüentemente, mais violência.

Observa-se, outrossim, que a impunidade em relação à criminalidade política e econômica gera a acumulação ilegal de capital de parte das classes sociais hegemônicas, quando essa acumulação se dá em decorrência de delitos não apurados pelas instâncias oficiais.

Por tudo isso, pode-se dizer, o sistema penal reflete, causa e garante a má distribuição de renda no Brasil.

Na luta pela modificação desse modelo injusto e desigual, é indispensável reconhecer, como adverte BARATTA (1999), que a substituição do direito penal por algo melhor acontecerá somente quando alterarmos nossa sociedade capitalista injusta e desigual por uma sociedade melhor.

Aspecto fundamental nessa luta são a necessidade de investimento maciço em todos os níveis do setor educacional, bem como a tomada de consciência da opinião pública a respeito das críticas à realidade do sistema penal. Isso levará, forçosamente, à construção de uma nova realidade social e jurídica.

E a conscientização da opinião pública acontecerá apenas com o aumento da produção científica crítica, o que, por sua vez, passa inexoravelmente por uma radical revisão nos métodos de formação dos juristas, que não podem se limitar a uma função meramente técnico-burocrática, mas com compromissos científicos de transformação da realidade desigual. Para isso, é preciso que os juristas tenham formação minimamente aceitável nas áreas da sociologia, da antropologia, da psiquiatria, filosofia, levando a um novo modelo integrado de ciência penal, como apontado por BARATTA.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
2. _____. **Ressocialização ou Controle Social – Uma Abordagem Crítica da “Reintegração Social” do Sentenciado**. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocialicao.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2009.
3. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. Rio de Janeiro: Editora Martin Claret, 2007.
4. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª edição revista e ampliada. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2008.
5. _____. **A Criminologia Radical**, 1981. 3ª ed. Curitiba: Editora Lumen Juris, edição de 2008.
6. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 35ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.
7. LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4ª Edição Revista, Atualizada e Ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
8. MARTINS RODRIGUES, Leôncio. **Mudanças na Classe Política Brasileira**. São Paulo: Publifolha, 2006.
9. NUNES, Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica**. 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.
10. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Sérgio Lamarrão – Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.
11. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1 – Parte Geral**. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.