

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

JOÃO LUCAS COIMBRA SOUSA

O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO DE CLASSE:
segregação, violência e seletividade estatal na manutenção do *status quo* à luz da
Criminologia Crítica

São Luís
2014

JOÃO LUCAS COIMBRA SOUSA

O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO DE CLASSE:
segregação, violência e seletividade estatal na manutenção do *status quo* à luz da
Criminologia Crítica

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora Prof^a. Ma. Luciana Ferreira Portela de Sousa

São Luís
2014

JOÃO LUCAS COIMBRA SOUSA

O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO DE CLASSE:
segregação, violência e seletividade estatal na manutenção do *status quo* à luz da
Criminologia Crítica

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Ma. Luciana Ferreira Portela de Sousa (Orientadora)

1º Examinador (a)

2º Examinador (a)

Coimbra Sousa, João Lucas

O direito penal como instrumento de dominação de classe: segregação, violência, e seletividade estatal na manutenção do *status quo* à luz da Criminologia crítica/ João Lucas Coimbra Sousa. – São Luís, 2014.

66 f.

Orientadora: Prof^a Ma. Luciana Ferreira Portela de Souza.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Criminologia crítica 2. Direito penal 3. Legitimidade 4. Classe social 5. Positivismo 6. Dominação social

CDU 343

Aos que estão, foram ou serão presos, essa “gente extraordinária”.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Carlos e Ângela, que me deram meu nome, esculpíram meu rosto e moldaram minha alma, me fizeram perceber que excelência e humildade se confundem em uma coisa só. A eles, a minha existência.

Ao meu irmão, quem resolvi chamar de Nainho, meu companheiro e protetor nas grandes navegações para fora do berço. A ele, a minha coragem.

A Janice Milú(s), mulher amável de inteligência estupenda e olhos de cor de futuro, que mora nos meus pensamentos. A ela, o meu coração.

Aos meus queridos amigos Thadeu Viégas, Lucas Araújo, Vinicius Guterres, Fábio Azevedo, Rayssa Fiterman, Francisco Barbosa, Ana Helena Oliveira. A eles, o meu cuidado.

As minhas irmãs Fernanda Matos e Ana Luiza Coimbra e primos, Ana Lúcia Lopes, Gustavo Coimbra, Augusto Coimbra, Diego Coimbra, Carol Porto, Elizângela Sousa, Eduardo Afonso Sousa, Silvana Espíndola, Anaxsandra Coimbra, Márcia Coimbra, Raimundo Wilson Coimbra e outros tantos. A estes, o meu sangue.

Aos meus amigos e companheiros de curso, Daniel Formiga, Pedro Oliveira, Joanne Abbas, Glenda Moreira, Rogério Pinto, Pedro Silva, Júlio Ferreira, Carol Vieira, Cássia Curvelo, Karen Pimentel, Gabriela Macário, Glauco Salles, Félix Barros, Vinicius Moreira, Talyssa Rocha, Mariana Xavier, Luan Cutrim, Margarida Aquino, Marice Costa, Gustavo Marques, Suzana Garcês, Thalita Simas, Ana Amélia Fonseca, Professora Valéria Montenegro, Professora Luciana Portela e Professora Mônica Sousa. A estes, a minha profissão.

Aos meus tios e professores Antônio José Farias, João Manoel Coimbra, Marquesluis Carvalho, Regina Lopes, Edmilson Coimbra, Padre Cláudio Correa, Dulce Irene Luna, Isis Braga, Eduardo Telles, Analete Telles e Célia Faria. A eles, a minha prontidão

Por fim, aos meus mortos Vovô Machado e Vovó Lenir, Vovô Dedi e Vovó Dudi, Vovó Maria e Agostinho Ferreira, Tio Bola, Tio João Francisco e Tio Fernando Faria, e assim por diante até ao Caldo Nutritivo. A todos, a minha vida.



RESUMO

Desde as primeiras experiências de organização social, instauraram-se ordens jurídicas protetivas dos direitos de seus integrantes. Com a evolução destes mesmos sistemas, o Direito passou a dividir-se em ramos, entre eles, o Direito Penal. O surgimento desta ramificação trouxe consigo a questão sobre sua legitimidade. A Criminologia, estudo sobre o crime e os fatores que o originam, buscou justificar cientificamente a aplicação das penas, que não por coincidência incidem na sua quase unanimidade contra integrantes de uma determinada parcela da população, mais pobre e originária de minorias raciais. Este trabalho tem por objetivo dissecar os mais importantes pensamentos criminológicos legitimadores da instrumentalização do Direito Penal para o exercício de dominação social, na medida em que reforçam posicionamentos ideológicos das classes dominantes sob o manto cientificista do Direito Positivo.

Palavras-chave: Criminologia Crítica. Direito Penal. Legitimidade. Classe social. Positivismo. Dominação Social.

ABSTRACT

Since the very first experiences of social organization, juridical orders - protective of the rights of their citizens - has been installed. With the evolution of these same systems, the Law began to divide itself in ramifications, in which, the Criminal Law. The event of that new kind of law brought, in its essence, the legitimacy problem. The Criminology, study of the crime and its social origins, claimed scientifically justify the penalties applications, those not coincidentally fall upon almost unanimously against integrands of certain popular groups of low income and racial minority originated. The present paperwork have for objective dissect the most important criminological thoughts that legitimated the instrumentalization of the Criminal Law for the exercise of social domination, as far as those philosophers reaffirmed dominant classes' ideological axioms, behind the Criminal Law's scientificist disguise.

Keywords: Critical Criminology. Criminal Law. Legitimacy. Social Class. Positivism.
Social Domination.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA CIÊNCIA CRIMINOLÓGICA	12
2.1	Fase Pré-Positivista da Criminologia (As "Ciências Ocultas")	12
2.1.1	Demonologia	13
2.1.2	Fisionomia	14
2.1.3	Frenologia.....	16
2.2	Criminologia e sua experiência científicista	18
2.2.1	Cesare Lombroso e a construção do "Atavismo".....	21
2.2.2	O pensamento de Raffaele Garofalo	24
2.2.3	O sistema de Enrico Ferri	26
3	TEORIA DA DEFESA SOCIAL	30
3.1	A Estrutura Social Defeituosa de Robert Merton	37
3.1.1	Os crimes de "colarinho branco"	44
5	TEORIA DA REAÇÃO SOCIAL	47
5.1	O "Discurso Oficial" e a verdadeira função da pena	55
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
	REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal é defendido como ramo do direito crucial para a proteção de uma (pretensa) ordem social, por meio da previsão e aplicação de leis repressivas a determinadas condutas. Sua política criminal, no entanto, gera discussões que transcendem a letra da lei e alcançam o plano dos princípios jurídicos.

Apela-se à legitimidade do Direito Penal, qual deve ser sempre posta em discussão, na proteção do cidadão, verdadeira paz social e limitação do poder punitivo do Estado. Este último não raramente é tomado como “benefício” ao agente considerado criminoso.

A ideia da violência como verdadeira forma de garantia de segurança, é, em si mesma, tautológica. Com efeito, não se trata de uma postura científica admitida, mas uma repetição da cultura arraigada.

Por este motivo, faz-se necessário um resgate histórico para que se perceba a origem de determinados comportamentos. Esta é a posição do Professor Cláudio Guimarães:

Nos dias atuais o que mais assombra e estarrece é a falta de percepção, pela generalidade dos cidadãos, das similitudes que as práticas punitivas atuais têm com as passadas – continuam tão ou mais iníquas e irracionais – e inexplicavelmente não causam nenhum tipo de rejeição, muito pelo contrário, no senso comum prevalece uma clara inclinação pelo aumento da sanha punitiva (GUIMARÃES, 2007, p. 315 e 316).

Para tanto, é importante não só revisitar as punições pretéritas e suas semelhanças com as atuais, como da mesma forma estudar mais a fundo *as teorias criminológicas que, no plano científico, pretendiam legitimá-las*. Este é o enfoque do presente trabalho.

Diga-se pretensão, já que, desde o surgimento das escolas tradicionais de Criminologia, foram os preconceitos e os pressupostos encharcados de interesses de dominação político-econômico.

O maior deles, em que todas as escolas tradicionais aportaram, é que o criminoso sofria de uma “anormalidade endógena individual”, transferindo o foco de todo o estudo na pessoa do agente do crime, já que “seu comportamento criminoso tem como causa etiológica uma necessária disfunção patológica interna” (VIANA, 2014, p.28).

Desde a primeira tentativa científica de explicar o crime, observa-se uma clara tentativa de assentar, unicamente na pessoa do agente criminoso, o fator

criminógeno. Para que assim seja, necessitou a Escola Clássica partir de mais um pressuposto: não há erros na sociedade, e sim nos criminosos que a habitam. Posicionamento que, portanto, ratifica o *status quo* e marginaliza setores não dominantes da comunidade política.

As construções teóricas destes tempos deram espaço aos sistemas penais atuais, embasados na Teoria da Defesa Social, onde o Direito Penal é legitimado como guardião da Sociedade contra às hordas de bandidos e ladrões que a ameaçam.

Os sistemas penais deste modo organizados ressaltam o caráter seletivo do direito repressivo: excluem aqueles indivíduos que por um acaso apresentem comportamento desviante; fazem destes os alvos da violência estatal e, por fim, destituem os apenados de sua individualidade, “rotulando-os” simplesmente como criminosos.

O trabalho em questão objetiva demonstrar a presença da ideologia de dominação destes discursos e teorias, desqualificando-as de suas características científicas. Ao Direito Penal da Dominação, é imprescritível a presença de teorias que legitimem o uso da Força Estatal para a manutenção do *status quo*. Cabe à Criminologia Crítica a análise dialética da realidade posta como dada (*taken-for-granted reality*), para a quebra de paradigmas de dominação e construção de via de emancipação social.

2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA CIÊNCIA CRIMINOLÓGICA

2.1 Fase Pré-Positivista da Criminologia (As "Ciências Ocultas")

A ideia difundida de ciência oculta, ou pseudociência, atribuída aos primeiros estudos sobre o "criminoso" e o "comportamento delitivo", são desta forma referidos pela carência de método utilizado na busca de informações.¹ Em todo caso, tratam-se de verdadeiras tentativas de compreender tais fenômenos e organizar os resultados obtidos.

Estes mesmos intuitos acompanharão a Criminologia durante a sua fundação positivista, mesmo que questões concernentes à estrutura do direito penal deixem de ser abordadas propriamente. Sobre o assunto, ensina o Professor Nilo Batista:

Desde sua função positivista, na segunda metade do século XIX, a **criminologia buscou obter uma duvidosa autonomia acadêmica ao preço de não questionar a legitimidade do sistema penal**, os motivos profundos da produção legislativa penal e o desempenho real das agências administrativas ou judiciais encarregadas de sua aplicação².

Infere-se: entre a fase pré-positivista – ou pré-científica, como preferiam chamar os teóricos positivistas – e fase que a precede, há um grande atributo em comum: a aceitação do *status quo*: a legitimidade do direito penal, do poder legislativo, dos costumes ou do modo de produção de riqueza.

Somente o indivíduo criminoso fora investigado, em posicionamento apriorístico de que a eliminação da incidência destes na comunidade estava diretamente relacionada a um modelo de sociedade puramente seguro.

Não se pode olvidar que foi a superstição e o preconceito os dois grandes norteadores das pesquisas a seguir tratadas: buscou-se uma justificativa para as penas bárbaras, um afastamento do homem delinquente do resto da sociedade, e, acima de tudo, a capacidade de identificar um "criminoso" antes mesmo do cometimento de qualquer delito.

1 Neste sentido, VIANA, Eduardo. **Criminologia**. Salvador: Juspodivm, 2014, p.21.

2 BATISTA, 1999, In: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. (grifos nossos)

2.1.1 Demonologia

Temos, na Demonologia, o primeiro momento de "explicação" sobre o crime e o criminoso. Estudos efetuados e compilados por padres, bispos e monges. Tal prática, pesquisas reclusas aos olhos dos demais, acabou por dar o apelido de *ciências ocultas* a tudo o que foi produzido anteriormente à experiência positivista³.

Diga-se "explicar", já que a Demonologia se reduzia a acusar a possessão demoníaca, a *tentação*, como fonte de todo o *mau*, que por sua vez desenrolava-se no cometimento de um delito.

Não admitir a existência de um Demônio faria cair por terra todo o discurso demonológico.

Restava à Inquisição, portanto, a garantia da "validade" da ideologia dominante. Sobre as formas violentas de ratificar a veracidade de tal discurso, expõe o Professor Bruno Galeano de Oliveira Gonçalves:

A Demonologia seria o discurso da Igreja atemorizada pela rebeldia das camadas populares, cuja fraternidade ameaçaria a ordem estabelecida favorável aos clérigos e nobres. Os tratados de demonologia, exemplificados pelo *Malleus maleficarum*, seriam o ápice da literatural penitencial e inquisitorial da Idade Média⁴.

Destarte, o discurso criminológico, de certa forma, ainda se encontra presente em nossa sociedade. Não serve, como outrora, às execuções em praça pública, às "santas" fogueiras da inquisição, mas cabe muito bem, e ainda, a manutenção da "ameaçada ordem estabelecida favorável" aos "nobres": o preconceito e o ódio ao "criminoso" o segrega, criando estamentos sociais insuperáveis, e desta forma, mantém-se a ordem social favorável às classes economicamente favorecidas.

Não custa antecipar que o conceito de "criminoso" dentro do contexto deste discurso não pode ser entendido simplesmente como o sujeito que comete determinado tipo penal, é processado e julgado por culpa relativa à conduta. Será, em substituição, o *homem mau*, o *odioso*, o *feio*, o *sujo*, mesmo que inocente: O

3 RODRIGUES MANANZERA, Luís. **Criminologia**. México: Porrúa, 1981, p. 168

4 GONÇALVES, 2012, p.26, apud MICHELET, Jule. *A feiticeira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992, p. 114-123.

"criminoso em potencial". Passível de ser tentado pelo Demônio em pessoa⁵, representa o possível criminoso aquilo que é alheio e obtuso à própria conviência humana "natural".

2.1.2 Fisionomia

O estudo fisionômico parte do pressuposto de que existe uma estreita relação entre o ânimo pessoal (alma, vontade, livre-arbítrio) e a aparência física de uma determinada pessoa. Desta forma, a manifestação da essência (*fenômeno*) do sujeito na exteriorização de sua personalidade, seus gestos e sua linguagem, permite a compreensão objetiva da sua subjetividade⁶.

Fica óbvia, desde o momento, a intenção de subjugar uma grande parcela da sociedade, ao adotar-se o ponto de vista fisionômico. O preconceito, a segregação e a violência são consequências lógicas desta postura.

Sobre o assunto, escreve Eduardo Viana:

A par desta referência mais longínqua, sem dúvida, foi o italiano **Della Porta**, com a obra "*De humana physiognomia*", o primeiro a tentar sistematizar a Fisionomia. A partir da técnica de observação da expressão corporal, ele sustenta a relação entre corpo e alma, sinalizando para algumas características de índole criminosa que podem manifestar-se na cabeça, orelha, nariz e dentes. Tais conclusões foram possíveis graças a suas visitas às penitenciárias e observação de necropsias e de condenados.⁷⁷

A Fisionomia intenta caracterizar o "criminoso" objetivamente, consolidando ideias do senso comum e o preconceito generalizado sobre o "malfeitor", ao mesmo tempo que supera a sobrenaturalidade inerente ao pensamento demonológico.

As construções advindas de pesquisas com o viés fisionômico, claramente empiristas, teriam por única consequência a elevação de uma mera *concordância de*

5 Afora as ideias de possessão, a Demonologia desenvolveu a "teoria" até hoje presente da **tentação**. Assim, por exemplo, o criminoso, embora não possuído, era, por vezes, tentado pelo espírito do mal. Tal concepção promove a compreensão do crime como um mal externo à natureza humana (grifos do autor). Cf. VIANA, Eduardo. Op. Cit, p. 23

6 Nesse sentido, RODRIGUES, Luís Henrique Vieira: **Da contribuição da Fisiognomia e da Frenologia para as ciências do espírito e a fenomenologia hegeliana**. Belo Horizonte: Meritum, p. 174.

7 Op. cit, p. 24 (Grifos do autor).

*opiniões*⁸ ao patamar de verdade absoluta, conferindo esta aos cuidados do objeto real enquanto fenômeno.

Sobre a relação entre produção científica e opinião do pesquisador, ensina o Professor Agostinho Ramalho:

O que é necessário é que o cientista não abuse de sua autoridade intelectual para tentar impor seus pontos de vista pessoais e partidários, visto que não é com sectarismo que se faz ciência. É preciso que o cientista não transfira seus preconceitos pessoais para o trabalho que realiza. Isso, infelizmente, sempre acontece. Quantos estudos "científicos" não foram feitos para demonstrar, por exemplo, a "superioridade" da raça branca? Quantos antropólogos e sociólogos de formação tradicional não têm estudado sociedades por eles mesmos denominadas *primitivas*, partindo do pressuposto de que em tais sociedades há um tipo *inferior* de cultura e organização?⁹

Em verdade, o encontro empirista de *objetividade e neutralidade axiológica* (posição "científica" de imparcialidade) nada mais é que um valor. Entender, como convicção pessoal, que a pesquisa prescindir de convicção pessoal, não pode ser fértil: porquanto paradoxal¹⁰.

Os estudos da fisionomia acabaram por influenciar, por muitos anos, as pesquisas posteriores: voltou-se o estudo não à mente do indivíduo, mas ao seu corpo. A Fisionomia deu a entender que a observação da semelhança entre os criminosos não era simples coincidência, porém uma pré-disposição para o crime.

A semelhança, com efeito, existe. O pesquisador, no entanto, viu a consequência de outro problema, que lhe escapava à vista, mas deixou-se negar pelo que acreditava real, fático.

A Fisionomia não passou – como, veremos mais a diante, todas as outras correntes criminológicas decorrentes – de uma classificação em “carômetro” do estereótipo do indivíduo¹¹ indesejado pelas classes com poder de mando legislativo.

8 O senso comum e o empirismo coincidem, portanto, em pelo menos dois aspectos: a crença em que o sujeito simplesmente registra os fatos, sem nada lhes acrescentar; e, como consequência, a tentativa de eliminar do processo de conhecimento qualquer traço de subjetividade, acabando por substituí-la por uma *intersubjetividade* (concordância de opiniões). Cf. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito: objeto, conceito e método**. Rio de Janeiro: Renovar, p.45

9 *Ibidem*, p. 60

10 "A *objetividade e a neutralidade axiológica constituem em si valores*. E, como a neutralidade axiológica é em si mesma um valor, a exigência de uma tal ausência de valores, de uma completa neutralidade valorativa, é paradoxal." ADORNO apud PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Introdução axiológica ao Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 22 (Grifos do autor).

11 Neste sentido, GOMES, Luiz Flávio. **Na dúvida, condena-se o réu mais feio**. Jus Navigandi, Teresina, ano

2.1.3 Frenologia

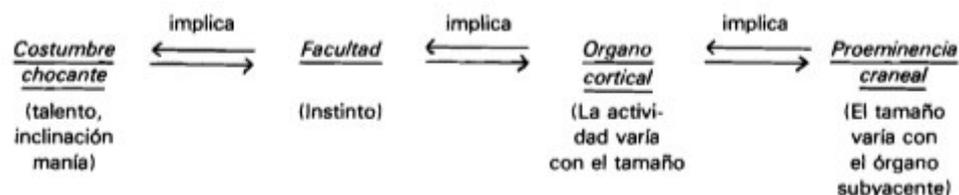
De uma maneira geral, há de se reconhecer que existem poucas diferenças entre o pensamento fisionômico e o ponto de vista frenológico. Ambos partem do pressuposto da união entre o "homem físico" e o "homem moral"¹², de tal sorte que se torna plenamente possível a compreensão plena da subjetividade individual com um simples exame biométrico.

Os frenólogos, entretanto, são mais específicos. Entendem que é no sistema nervoso central onde ocorrem as decisões, e que é o formato do crânio que denuncia quais as especificidades do cérebro que o habita.

A Frenologia contou com o médico francês François Joseph Gall (1758 - 1828) como seu principal pesquisador, qual teve como ponto estruturante de sua teoria a diferenciação de regiões do cérebro, no entendimento de que cada uma destas seria a responsável por uma faculdade mental. Assim sendo, indivíduos com instintos de defesa extraordinariamente desenvolvidos, coragem e tendência a agressividade¹³, estariam não somente propensos *senão fadados* ao cometimento de crimes.

A mensuração craniana se baseava na busca por proeminências, que teria relação direta com a região cerebral subjacente, dominadora da faculdade de agir, motivo determinante para a tomada da conduta criminosa.

Esquemáticamente, explica a professora em neuropsiquiatria R. M. Young:¹⁴



O nexos de causalidade, onde um fator implica e é implicado por outro, é o

12, n. 1442, 13 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10004>>. Acesso em: 8 set. 2014.

12 O ponto de partida do pensamento frenológico situa-se na impossibilidade de explicar o homem moral sem os aportes do homem físico. Cf. IGNÁCIO ANITUA, Gabriel. História dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 273.

13 Cf. VIANA, Eduardo. Op. Cit, p. 25.

14 YOUNG, R. M., 1968, apud LIVIANOS ALDANA, Lorenzo e MAGRANER GIL, Amalia. **Las referencias en la obra de F. J. Gall: una aportacion a los fundamentos de la Frenologia.** 1986 P. 471

diferencial desta teoria. Diferentemente da Fisionomia, que indica a tendência criminosa, Gall passa a trabalhar com o que ele mesmo definiu como *talento*. É a ideia da determinação nata, somada à forma de pesquisa e ao mito positivista, como será visitado mais adiante, que abrirá espaço à pesquisa lombrosiana e ao Positivismo Criminológico.

A pesquisa do médico francês foi continuada por seu discípulo, Spurzheim, que aumentou de vinte e sete regiões cerebrais para trinta e cinco¹⁵, e assim como ele tantos outros estudiosos frenólogos se aventuraram à divisão funcional do sistema nervoso central.

Não restam dúvidas quanto ao caráter eugenista da escola frenológica: não se buscava a compreensão do fenômeno do delito na totalidade da comunidade política; a subjetividade do indivíduo é peremptoriamente ignorada, dando lugar somente aos critérios objetivos de "apreensão" do caráter humano; em nenhum momento, a escola frenológica intenta em solucionar o problema do crime, reserva-se em atribuir toda sua existência à presença de homens e mulheres de crânio irregular (sob seus critérios de regularidade e normalidade).

Em reflexão sobre o assunto, conclui o Professor Mananzera que o determinismo biológico da frenologia intenta que a "Legislação penal abandone a pretensão de justiça em direção à prevenção de delitos e a proteção da sociedade de incorrigíveis, que poderiam ser facilmente identificados através dos métodos 'craniológicos'"¹⁶.

Há de ser entendido, em suma, que a Frenologia trouxe à tona o escopo das pesquisas criminológicas do início do séc. XIX: criminalizar grupos étnicos, comprovar a superioridade das civilizações "normais" e sobretudo, atribuir ao agente delitivo toda a culpa do fenômeno criminoso.

Apontar um ser humano como ameaça à ordem pública pelo formato de sua cabeça.

15 Gall asumió la existencia de veintisiete órganos físicamente diversos, un número que Spurzheim aumento a treinta y cinco. Cuantas más unidades entraran en la estructura del cerebro, mayor era la probabilidad de diferenciación funcional. Cf. POZA, Antonio Pereira. **Charles Bell: naturalismo teológico y frenología. Implicaciones sociales**. 2000, p. 188.

16 Op. cit, p. 274.

2.2 Criminologia e sua experiência científicista

As pesquisas dos frenólogos e fisionômicos acabaram por reforçar todo o preconceito arraigado e de grande repetição pelo senso comum: algumas pessoas nasceram para serem "bandidas", mal fatalmente irremediável. No fim do século XIX, uma compilação de cunho positivista da produção desses pesquisadores será a primeira manifestação "científica" da Criminologia.

Diga-se "científica", porque se propunham como trabalho acadêmico de viés naturalizante, qual o próprio conceito de ciência da época. Entretanto, seu caráter empirista¹⁷¹, referencial teórico do posicionamento positivista, punha demasiado valor no dado coletado. Somado à falta de reflexão e a análise dialética da totalidade, a criminologia positivista entrega-se à metafísica, mistificando seus resultados, afastando-se do real¹⁸.

O que o momento histórico em questão apresentará é a tentativa de reduzir todo o conhecimento da natureza em postulados gerais. Não se trata de conhecimento humano, mas de leis naturais da convivência em sociedade, como já imaginou Augusto Comte e seu pensamento científicista sobre a disciplina sociológica.

É o posicionamento utilitarista do positivismo sobre a criminologia que fere, exatamente, o mito da imparcialidade como posição necessariamente científica, como assim defendem, em defesa de uma espécie de "pureza" no dado coletado.

Em continuação a este pensamento, ressalta o Professor Alexandre Pandolfo:

A veneração científica em que nadam submersos os discursos criminológicos logrou instrumentos para controle do crime à custa daquilo que fundamentalmente em criminologia deveria ter chance, tempo, ocasião à desconstrução: a violência.¹⁹

17 "O objeto é transparente: apresenta-se ao sujeito como é na realidade. A este último basta estar convenientemente preparado para captar o objetivo em sua essência; basta-lhe, em outras palavras, *saber ver*. O momento do conhecimento é, pois, o da constatação, do contato do sujeito com o objeto". Cf. MARQUES NETO, op cit, p. 3 (Grifos do autor).

18 Nesse sentido, WARAT, Luis Alberto apud MARQUES NETO, ibidem, p. 21.

19 PANDOLFO, Alexandre Costi. **A Criminologia Traumatizada: Um ensaio sobre violência e representação desde a crítica dos discursos criminológicos hegemônicos no século XX**. Porto Alegre: Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p. 21

Ou seja, o posicionamento cientificista serve, muito mais que à prevenção do crime ou à compreensão de seu fenômeno, ao aporte "técnico" que justifica a violência de classe e a dominação por via do Direito Penal.

De fato, não existem, dentro da posição positivista, pensamento que já não parta do pressuposto de que é do "criminoso" a culpa da existência de crime na comunidade política. É exatamente da existência de "certas pessoas" que brotam a "periculosidade", que acaba por ameaçar todos os "homens de bem", "trabalhadores honestos" e núcleos familiares "morais". Deve ser nítido a compreensão do que se trata um "homem honesto", mesmo que seja rico ou pobre, para que seja possível a construção da ideia fixa do seu oposto: o "homem perigoso"²⁰. É essa ameaça a construção do inimigo comum: o criminoso como pária da sociedade.

A manutenção da paz social, nesse diapasão, é o controle do Estado sobre a "força do crime". O *status quo* fica pressuposto como "paz" e "ordem". Por mais pura ficção, partimos do pressuposto que vivemos sem conflito, para que o inimigo em comum da sociedade, o "criminoso", seja sabidamente nossa maior preocupação. Aqui está presente a ideia positivista – e, em ironia, "cientificamente comprovada" - de dominação social.

É notável a opinião do filósofo francês Michel Foucault sobre a invalidade científica do posicionamento positivista:

Você já leu alguma vez os textos dos criminologistas? Eles não tem pé nem cabeça. E digo com espanto, e não com agressividade, porque não consigo compreender como o discurso da criminologia pôde permanecer neste ponto. Tem-se a impressão de que o discurso da criminologia possui uma tal utilidade, de que é tão fortemente exigido – tornado necessário pelo funcionamento do sistema, que não tem nem mesmo a necessidade de se justificar, ou mesmo simplesmente de ter uma coerência ou uma estrutura. Ele é inteiramente utilitário. **E creio que é necessário procurar porque um discurso "científico" se tornou tão indispensável pelo funcionamento da penalidade no século XIX. Tornou-se necessário por este álibi, que funciona desde o século XVIII, que diz que se se impõe um castigo a alguém, isto não é para punir o que ele fez, mas para transformá-lo no que ele é. [...]** E os juízes, eles mesmos, sem saber e sem se dar conta, passaram, pouco a pouco, de um veredicto que tinha ainda conotações punitivas, a um veredicto que não podem justificar em seu próprio

20 "Foi absolutamente necessário constituir o povo como um sujeito moral, portanto separando-o da delinquência, portanto separando nitidamente o grupo dos delinquentes, mostrando-os como perigosos não apenas para os ricos, mas também para os pobres, mostrando-os carregados de todos os vícios e responsáveis pelos maiores perigos. Donde o nascimento da literatura policial e da importância, nos jornais, das páginas policiais, das horríveis narrativas de crimes." FOUCAULT, Michel. **A Microfísica do Poder**. São Paulo: Graal, 2012. p.133

vocabulário, a não ser na condição de que seja transformador do indivíduo. [...] **Daí a necessidade de passar a tarefa para pessoas que vão formular, sobre o crime e sobre os criminosos, um discurso que poderá justificar as medidas em questão.**²¹

Em suma, o Direito Penal vem funcionando como uma máquina autômata: não permite a reflexão em si mesmo, para não ameaçar a sua legitimidade em punir, construída historicamente; em contrapartida, busca aportes científicos que digam exatamente o que os integrantes de uma comunidade política precisam ouvir para a perpetuação de sua própria prática. A construção de um *álibi*, um *raison d'être*.

É o discurso criminológico cientificista que gera, como objeto real – à luz da divisão epistemológica entre o *objeto real* e o *objeto de conhecimento*²² –, os dados concernentes à averiguação criminológica: punitividade, seletividade, operabilidade dos sistemas jurídico-criminais. Não deixam de ser objetos construídos, contudo expostos pelo ideário "científico" em questão como fossem objetos reais, dentro de um vetor de construção da consciência. Dá-se, portanto, uma *racionalidade instrumental*, que passa a sustentar, por meio do Direito Penal e da Criminologia, uma estrutura de violência: "uma estrutura de compreensão que é já violência e, por isso, ou melhor, por falta em admitir isso, uma racionalidade que continua a produzir violência sob o pretexto de 'tratá-la'"²³.

A construção científica da criminologia necessitava, por fim, da garantia de sua exclusividade na compreensão do crime e do criminoso. Não podia dar-se ao luxo de dividir seu objeto de pesquisa com "ciências auxiliares", quais não fariam parte do silogismo verdadeiramente jurídico. De encontro a esse ponto de vista, no início do século passado, o mestre Roberto Lyra se pronunciava sobre o assunto:

Não é lícito classificar a Sociologia, a Anthropologia, a Psychologia, a Política Criminal e a Penologia, como ciencias auxiliares. Ou se resume o Direito Penal ao estudo tecnico-jurídico das leis vigentes em nesse caso, dispensa um concurso, que essa restricção torna sem objeto, ou é elemento do ramo jurídico da Sociologia Criminal. [...] Esse problema do papel do Direito Penal, em função da Sociologia Criminal [...] interessa aos que ora estudam, no Brasil, essa especialidade. O futuro Código Criminal avança, desassombradamente, no sentido científico, exigindo dos juizes, advogados

21 *ibidem*, pp.138 e 139 (grifos nossos).

22 "O objeto real é a coisa existente independentemente de nosso pensamento, quer considerada em si mesma (o númeno de KANT) quer através de suas manifestações concretas (o fenômeno). Já o objeto de conhecimento é o objeto tal qual o conhecemos, isto é, o *objeto construído*, sobre o qual se estabelecem os processos cognitivos (filosóficos, científicos, artísticos, etc.)." MARQUES NETO, *op. cit.*, p. 14

23 Nesse sentido, PANDOLFO, *op. cit.*, p.13

e membros do Ministério Público, conhecimentos, pelo menos, dispensáveis sob a caótica anachronica legislação actual.²⁴

Começa-se a cobrança por conhecimento verdadeiramente científico. Não arrobos de cientificismo, como serão encontradas na Escola Clássica, no entanto uma visão completa e complexa, dialética, que respeite os conceitos de totalidade e contradição: inicia-se a busca pela postura crítica²⁵ como verdadeiro posicionamento científico.

2.2.1 Cesare Lombroso e a construção do "Atavismo"

O médico criminólogo italiano da virada do século XIX, Cesare Lombroso, usou de sua posição profissional para resgatar velhos conceitos dos frenólogos (e sobretudo dos fisionomistas) para a construção de sua tese, com alguns acréscimos.

Compreender o crime e a incidência deste será uma busca três esferas: a totalidade biológica, psicológica e social do indivíduo sob análise. O crime será entendido como manifestação absolutamente natural, "um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção"²⁶.

A intrínseca relação entre o crime e a biologia do homem desviante rendeu, à teoria lombrosiana, a conclusão de que tal condição criminosa seria transmitida hereditariamente. Discorre o Professor José Barros Filho:

Lombroso lançou-se ao "exame" de criminosos, à procura de estigmas que caracterizassem o *atavismo*, traços morfológicos herdados pelo criminoso em função de processos hereditários, constituindo-se em sinais de tipos humanos primitivos. O que foi chamado "homem delinquente" era um tipo antropológico diferente que, por "processos degenerativos", estava numa escala evolutiva inferior ao *homo-sapiens*²⁷

Os processos degenerativos a que se refere poderiam constar tanto no

24 LYRA, Roberto. **Novas escolas penaes**. Rio de Janeiro: Canton & Reile, 1936, p. 252

25 "A dialética estuda o Direito dentro do processo histórico em que ele surge e se transforma, e não a partir de concepções metafísicas formuladas *a priori*. Assim, o que lhe interessa é um direito real, concreto, histórico, viceralmente comprometido com as condições efetivas do espaço-tempo social, que constituem a medida por excelência de sua eficácia; e não um direito estático, conservador, reacionário, voltado para o passado, óbice ao invés de propulsor do desinvolvimento social, que prefira enclausurar-se em seus próprios dogmas a abrir-se a uma crítica fecunda e lhe dê vida." MARQUES NETO, op. cit. p. 131

26 LOMBROSO apud BARATTA, op. cit., pp. 38/39

27 BARROS FILHO, José. **Criminologia e modos de controle social no Maranhão no início do século XX**. São Luís:Prima Imagem Arte Produção, 2013, p.56.

intelecto humano quanto nos traços anatômicos: orelhas de abano, estrabismo, desproporções de qualquer espécie.

Sobre as características físicas, efetua sua pesquisa relacionando-as ao crime nos exames cadavéricos de criminosos reincidentes, na intenção de encontrar coincidências fenotípicas entre os examinados. Sobre o assunto, narra o professor Eduardo Viana:

Examinando o crânio de um criminoso multireincidente – Vilella – ele encontra uma série de anomalias, especialmente a **fosseta occipital média**, e, daí, à vista desta estranha característica que apresentava o crânio do criminoso examinado, pensava ter resolvido o problema da origem do comportamento criminoso, formulando a seguinte conclusão: as características do homem primitivo e dos animais inferiores se reproduzem em nosso tempo. Para ele, o delinquente é um selvagem ressuscitado por um fenômeno de **atavismo**. A tal fosseta occipital não seria encontrada em nenhum outro criminoso.²⁸

O Atavismo, portanto, é a ligação de determinado grupo de homens com sua parcela bruta, animalesca. Não se trata de livre-arbítrio, ou mesmo propensão genética: o homem atávico, *necessariamente*, cometerá crimes. É de sua natureza²⁹. Restaura-se, portanto, o antigo conceito de *criminoso nato*.

A concepção advém das conclusões derivadas da relação entre o peso cerebral e a capacidade de volume suportada pelo crânio.

Neste particular, é de extrema relevância destacar que o estudo do atavismo foi direcionado, também, à construção de quais seriam as consequências dessa "característica biológica", quando presentes no corpo feminino. A relação lombrosiana era de que o homem atávico estava para o cometimento de crimes o que a mulher atávica estava para a prostituição.³⁰

Sobre as conclusões lombrosianas quanto ao atavismo feminino, Pierre Darmon resgata que a *criminoso nata* deveria ser compreendida como uma "imprudente nata", já que a necessidade feminina de tagarelar, tornar-se interessante,

28 VIANA, op. cit., p. 39 (grifos do autor)

29 "Existe uma anedota no Brasil que diz que um acusado pelo crime de homicídio estava sendo interrogado pela polícia, quando afirmou que a vítima teve morte natural. Em seguida, o policial afirmou ao acusado que a vítima fora encontrada com uma pedra enorme sobre a cabeça fraturada. Então o acusado diz que é natural que alguém morra após uma pedrada daquela. *Nessa anedota fica exemplificado como natural e lógico são, equivocadamente, correspondentes na linguagem ocidental.*" FERREIRA, Éder. **A determinação ontonegativa dos direitos humanos**. In: Cadernos de pesquisa marxista do Direito. São Paulo: Expressão Popular, 2011, p. 159

30 LOMBROSO apud VIANA, op. cit., p. 39

reforçava uma crueldade diabólica na execução de suas vítimas.³¹

Para melhor explicitar o *quantum* de preconceito que guiavam tais pesquisas, deve ser lembrado como era associado a mulher, de uma maneira geral, com o gosto pela vingança. A lealdade feminina fora posta em dúvida, e pior: a honra da mulher, inexistente para a vida pública, somente mediada por seu próprio senso de pudor (virgindade anterior ao casamento, fidelidade depois).³²

A análise do médico francês ajuda-nos a compreender em que medida encontra-se o preconceito e o machismo nos "estudos" lombrosianos. Não se tratavam de verdadeiramente conhecer a causa do crime, o raciocínio do criminoso. Tratavam-se de atribuir a culpa ao delinquente, e somente a ele.

Restando somente aquele homem, somente aquela mulher, a figura desviante da comunidade, a própria comunidade poderia muito bem construir seu ideal de paz e justiça sem a presença desse ou daquele "selvagem".

A pesquisa lombrosiana deve ser taxada por cientificista por não manter, de maneira nenhuma, uma postura crítica sobre os dados que coletava, as informações que colhia, os exames cadavéricos que efetuava.

A relação entre a pesquisa positivista lombrosiana, o produto desta pesquisa e as conclusões que expôs poderiam ser (in)explicadas como a forma de se produzir salsichas: quem produz finge que é carne; quem consome finge que acredita.

O criminólogo – o produtor – apresenta para a comunidade jurídica – o fornecedor – teorias sobre o crime que, na aparência de complexas, "científicas", imparciais, repetem as mesmas ideias preconceituosas das parcelas dominantes da comunidade política – o consumidor.

As teorias lombrosianas são muito bem aceitas (até hoje) pelos setores conservadores da sociedade, porque nenhuma conclusão da pesquisa do italiano é original. Senão, estamos diante da repetição do discurso de dominação de classe "por excelência", dentro da *meritocracia*, ou na divisão entre o joio e o trigo.

A classe dominante merece estar no conforto, na segurança, na paz, pelo

31 DARMON, Pierre. **Médicos e assassinos na Belle "Époque"**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 63

32 Ibidem, p. 62

prêmio de seu bom comportamento. O pobre merece estar mal vestido, sujo, feio, por não ter passado nos critérios de nascimento, portanto um demérito. Abaixo deles estarão os criminosos, que devem ser humilhados, excluídos, mortos, para que os "pobres honestos" vivam na ilusão da *liberdade*, e não percebam que, aos olhos de quem os vêem de cima, são todos iguais.

Cesare Lombroso constrói o conceito do "Homem atávico". Selvagem, irremediável. Exatamente por isso, a pena deverá ter o papel único de excluí-lo do convívio dos "normais", como única forma de verdadeiramente garantir a paz social.³³

2.2.2 O pensamento de Raffaele Garofalo

O pensamento lombrosiano da inevitabilidade do cometimento do delito, em seu critério estritamente biológico, foi alavancado por Garofalo e sua investida sobre o conceito de "delito", que fora abandonado pela ciência criminológica até o momento – para todos os efeitos, o conceito de crime estava restrito ao direito positivo.

Garofalo defendia que a definição de delito não poderia ficar ao cargo do direito positivo, simplesmente. Em verdade, acreditava o filósofo que o delito, em sua forma positivada, se tratava enfim da normatização do "delito natural", a compreensão humana intrínseca sobre o que significa "cometer um crime".³⁴

O "delito natural", pela definição de Garofalo, é conduta ofensiva aos sentimentos morais básicos: *piedade e probidade*. Os dois sentimentos são consequência de *evolução hereditária*³⁵. Um indivíduo monstruoso, involuído, como assim era definido o "homem atávico", não teria, necessariamente, condições de compreender tais compromissos sociais: não estava apto para viver em sociedade, portanto, cometeria crimes.

33 "[...] **as conclusões de Lombroso repercutem especialmente no modelo de política-criminal** a ser adotado para o combate à criminalidade: contra o criminoso nato, incorrigível, não caberiam aplicações de sanções morais, mas sim preventivas, devendo a sociedade se proteger com aplicação da pena de prisão perpétua ou de morte. Sendo o autor do fato reconhecido como criminoso nato, qualquer violação já seria suficiente para aplicação de tais medidas." VIANA, op cit., p. 38 (grifos do autor)

34 Ibidem, p. 44

35 Nesse sentido, Cf. BARROS, op. cit., p. 44

Mais uma vez, não existe proposta alguma sobre a recuperação do criminoso atávico. Está condenado desde o dia de seu nascimento.

Segundo Garofalo, o "criminoso nato" está imune ao controle da norma ou qualquer outra tentativa de controle social, já que sua própria constituição físico-orgânica o pré-dispõe à delinquência.

O Estado não deve se enganar: não há outro caminho para homens e mulheres que não demonstrem sinais de evolução, se não a aniquilação sistemática. *Ipsis verbis*, "conservar o organismo social pela extirpação dos seus membros inidôneos"³⁶.

É necessária a inferência de que Garofalo compreende a sociedade de forma diferente de como ela se apresenta: aquele que comete o delito não é contabilizado como participante da comunidade. Não há o mínimo cuidado pela recuperação do criminoso, nem ao menos o interesse de recuperar o jovem em risco de se tornar um desviante.

Existe a sociedade. E existem os outros.

O posicionamento excludente de Garofalo sobre os "atávicos" se dá, sem dúvida, de forma mais eugênica que a do próprio Lombroso, que não negava a relevância de outros critérios não-biológicos na concepção do "criminoso nato". Não existe espaço no pensamento garofalino para fatores que expliquem a conduta criminosa além do "atavismo"; bem como não existe outra razão para o comportamento "atávico" que não seja a "hereditariedade".

O criminoso não faz parte da sociedade, e sua conduta não só causa dano à vítima, como a coletividade. É esta a premissa de Garofalo que sustenta a ideia que o cometedor de um delito deve indenização material e moral ao Estado e à vítima lesada. Para o *quantum* da multa, levar-se-ia em consideração as condições econômicas do criminoso.³⁷

Em crítica severa ao raciocínio de Garofalo sobre o "delito natural", expõe Durkheim:

36 GAROFALO apud BARROS, Op. cit., p.44

37 GAROFALO apud VIANA, Op. cit., p. 44

Sobre a fixação de critérios universais para definir o crime: Não é possível determinar de outro modo a natureza desses sentimentos, defini-los em função de seus objetos particulares, pois esses objetos variaram infinitamente e ainda podem variar. Hoje, são os sentimentos altruístas que apresentam essa característica de maneira mais acentuada; mas houve tempo, muito próximo de nós, em que os sentimentos religiosos, domésticos, e mil outros sentimentos tradicionais tinham exatamente os mesmos efeitos. Ainda agora, a simpatia por outrem está longe de ser, como quer Garofalo, a única a produzir esse resultado.³⁸

O explicitado pelo sociólogo francês não foi somente a falibilidade da teoria de Garofalo sobre o "delito natural", ou uma preocupação sobre quais os sentimentos invariáveis que possam ser descobertos no convívio social e então aplicados ao conceito metafísico de delito: em verdade, a crítica desconstrói toda a possibilidade de arquitetar-se um conceito concreto sobre conceitos puramente metafísicos.

Mais ainda, demonstra como a teoria do "delito natural" permite o controle ideológico de seu mantenedor, podendo confundir e distorcer a todo o momento qual comportamento compete ou não aos sentimentos de *piedade* e *probidade*.

2.2.3 O sistema de Enrico Ferri

Enquanto Garofalo debruçava-se sobre a parcela biológica da teoria lombrosiana, Ferri buscava compreender o fenômeno delitivo em seu aspecto sociológico. O crime não poderia ser simplesmente uma determinação biológica de uma determinada parcela de um agrupamento social, de tal forma que toda a responsabilidade do cometimento do ilícito fosse advinda da "vontade" entorpecida pelo atavismo do criminoso.

Pondera Ferri que o comportamento delitivo não mantém suas origens sobre a vontade humana. Manifesta-se, com efeito, como o resultado de três ordens causais: *fatores individuais*, de ordem orgânica e psíquica do indivíduo; *fatores físicos*, concernentes ao lugar geográfico onde se encontra o delinquente; e *fatores sociais*, que dizem respeito ao ambiente social. De toda forma, não encontra o autor um padrão entre os criminosos sobre a grandeza dos fatores e suas respectivas capacidades de influência, restando à análise individual a classificação de sua ordem

38 DURKEIM apud BARROS, Op. cit, p. 58

de importância.³⁹

A Criminologia, pela primeira vez, depara-se com a pergunta – em postura crítica: *de quem* é a responsabilidade pelo cometimento de um crime?

Todos os pensadores anteriores foram rápidos em responder: "Ora, a responsabilidade do crime *é do criminoso, claro!*" Todos eles, entretanto, partiram de um pressuposto não-científico, ideológico e classista.

A priori, a culpa (de "todo o mal" presente na sociedade) é do outro.

Ferri desenvolve, sem apriorismos, sua teoria sobre a responsabilidade no crime. Nas palavras do Professor Alessandro Baratta:

A responsabilidade moral é substituída, no sistema de Ferri, pela responsabilidade "social". Se não é possível imputar o delito ao ato livre e não-condicionado de uma vontade, contudo é possível referi-lo ao comportamento de um sujeito: isso explica a necessidade de reação da sociedade em face de quem cometeu um delito.⁴⁰

Significa dizer que não é a sociedade que impele um de seus indivíduos à prática criminosa. De fato, não é a coletividade quem incide em crime. Entretanto, a responsabilidade de havê-lo é social, já que deve partir dela a reação de consertar seus danos causados por tal conduta e, se possível e principalmente, *evitar* que tal conduta venha a ocorrer.

Ferri criticou os pilares da Criminologia Clássica (pré-positivista)⁴¹, entretanto prendeu-se na ideia do "atavismo" como a justificativa maior para a incidência de crimes no meio social.

O autor trabalha muito bem com o conceito de ilusão metafísica, contudo confia na "imparcialidade" do dado coletado para construir sua teoria criminológica. A ilusão cientificista que arrastou a teoria de seus antecessores e seu ponto-de-vista em comum sobre a realidade. É o que explica Alessandro Baratta:

39 BARROS, Op. cit., pp. 57-58

40 BARATTA, Op. cit., p. 39

41 "Os Clássicos baseavam-se em três pontos cardinais: que o delinquente é dotado do livre arbítrio; que tem os mesmos sentimentos e ideias, como qualquer outro; que o efeito principal da pena é impedir o aumento da criminalidade. O contraponto a estas ideias deriva do avanço nas ciências experimentais:

1) A psicologia jurídica demonstrou que o livre-arbítrio é uma ilusão metafísica;

2) A Antropologia demonstrou que o criminoso não é um ser humano normal, mas constitui-se de uma classe especial, que pela anormalidade física e psíquica apresenta um retorno atávico às raízes selvagens, em que as ideias de justiça, moralidade, honestidade, quando existem, estão em estado embrionário;

3) E, por fim, que a estatística prova que aumentar e diminuir os delitos depende de outras causas, que não só as penas previstas nos códigos e aplicadas pelos magistrados". FERRI, Enrico. **I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1886, pp. 5-6 *apud* VIANA, Op. cit, pp. 41-42

Deve-se recordar, não obstante, que precisamente do direito penal positivo a velha criminologia emprestava, seja como for, as definições da realidade que pretendia estudar, depois, com o método científico-naturalístico. Os sujeitos que observava clinicamente para construir a teoria das causas da criminalidade eram indivíduos caídos na engrenagem judiciária e administrativa da justiça penal, sobretudo os clientes do cárcere e do manicômio judiciário, indivíduos selecionados daquele complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal. Os mecanismos seletivos que funcionam nesse sistema, da criação das normas à sua aplicação, cumprem processos de seleção que se desenvolvem na sociedade, e para os quais [...] o pertencimento aos diversos estratos sociais é decisivo.⁴²

Ferri voltou-se a consequência do problema buscando compreender sua causa. Perdeu-se na tautologia de seu método, que acabou por concluir o que outros teóricos já haviam concluído: as classes que cometem crimes são as classes que cometem crimes.

Deram-se ares de ciência à dominação das classes legislativas contra as classes que, "necessariamente", infringiam a lei.

O sistema de Ferri, mesmo na fantasia ideológica do cientificismo, trouxe ao contexto político-jurídico uma nova visão de organização social e prevenção do crime. Foi ele o introdutor do conceito – hoje amplamente explorado pelo Direito Penal – de *substitutivos penais*.

Enumera o teórico italiano sobre quatro espécies de formas alternativas de combate à criminalidade: prevenção, reparação, repressão e exclusão. Dessa forma, não se pode incumbir somente o sistema punitivo como reparador do problema social, devendo haver mudanças também na esfera política, econômica, educacional, religiosa, e assim em diante.

Por mais que seja inegável a contribuição que a preposição em tela tenha trazido para a ciência criminal e à aplicação do direito penal, não se deve esquecer que Ferri apoiava a "atavismo", mesmo que de forma mais branda. Implica dizer que não há outro objetivo na pena (ou mesmo no substitutivo penal) qual não seja a completa exclusão daquele indivíduo "selvagem", "bárbaro" e "irremediável" do convívio da *sociedade propriamente dita*.

Destarte, tanto a pena quanto um substitutivo penal poderiam ter um tempo indeterminado, a depender somente do "grau de atavismo" de determinado sujeito. Um completo absurdo, por não levar em consideração nenhuma circunstância em que

42 BARATTA, Op. cit, p. 40

fora cometido o ilícito, ou o dano causado, *etc.*⁴³

Conclui Ferri que o delito é uma contradição à ordem social constituída, e que a incidência de crimes em determinada comunidade política deve ser considerada como produto de um erro organizacional.⁴⁴

Uma contradição, um erro, que deve ser consertado a todo custo. Mesmo que seja um custo a ser pago pelo criminoso. Apresenta-se, enfim, a Teoria da Defesa Social.

⁴³ *Ibidem.*, p. 40

⁴⁴ NUVOLONE, Pietro. **Le sanzioni criminali nel pensiero di Enrico Ferri e nel momento storico attuale.** Milão: Dott, 1957, fasc. 1, p. 4-5 *apud* VIANA, Op. cit., p. 42

3 TEORIA DA DEFESA SOCIAL

Há de se admitir que, nominalmente, a Teoria da Defesa Social convence de que se trata do correto a ser feito: proteger, defender a sociedade. Sem dúvida, todo o aplicador da norma penal, dentro de um contexto de Estado de Direito como conhecemos, acredita e reafirma que trará “paz social” em aplicar a pena contra determinado infrator.

Acontece que o caráter justificante do Direito Penal que carrega a Teoria da Defesa Social afasta a aplicação da lei do olhar crítico. Com efeito, “por ser muito raramente objeto de análise, ou mesmo em virtude desta sua aceitação acrítica”, analisa o Professor Alessandro Baratta, “o seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação militar do lado justo, contra mitos e concepções mistificantes e superados, a favor de uma ciência e de uma *práxis* penal racional”⁴⁵.

Significa dizer que a Teoria da Defesa Social, em repetir, ideologicamente, que a aplicação da legislação penal se trata de uma luta travada entre o “bem e o mal”, o justo e o injusto, gera uma corrente de ódio (que interessa principalmente às classes mais abastadas, que nunca serão o alvo do sentimento revanchista contra o “criminoso”). É o entendimento do jusfilósofo Paulo Endo:

Advém dessas questões a ampla aderência da sociedade (portadora de processos cindidos de compreensão) a proposições alienantes contra a violência – em que o Estado se exime – que consistem em extermínio dos bandidos, tortura, redução da maioria penal, etc.⁴⁶

Torna-se claro que a sociedade e a “criminalidade” são coisas diferentes, por mais que não seja assim tratado explicitamente pela referida teoria (como antes trataram do tema os defensores do “atavismo”). O que acontece, no entanto, é que, mais uma vez, a “ciência” criminológica utiliza-se da sua autoproclamada categoria científica para decidir sobre a realidade e contra a “filosofia”⁴⁷ dos pensamentos

45 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renvan, 2011, pp. 43 - 44

46 ENDO, Paulo. **A violência no coração da cidade**. São Paulo: Escuta/Fapesp, 2005, p. 111

47 “La palabra 'ciencia' no es inocente. Se ha vuelto un arma de lucha, un martillo con el cual yo golpeé a alguien cuando le digo 'anticientífico'. Y un incensario con el cual lo ensalzo cuando le digo 'científico'. Se vuelve un arma de lucha, y pierde mucho de lo que podría ser un concepto teórico” HINOJOSA, Tomás Darío Gutiérrez. **La explicación científica em Criminología**. In: Revista Derecho Penal y Criminología. Volume XXXIII, nº 94. Caracas: Universidad Simón Bolívar, 2012, p. 130

progressistas.

O que se pode inferir é que, mais uma vez, o artifício cientificista é a porta para a ideologia de dominação legitimar-se no interior do ordenamento jurídico. Das escolas clássicas às positivistas, esteve em construção um “modelo de ciência penal”⁴⁸ integrada que não enfrenta o senso comum moral da sociedade. Pelo contrário, o reafirma, em repetição das posições religiosas e classistas de determinada comunidade política.

Principiologicamente⁴⁹, a Teoria da Defesa Social se baseia, em principal medida, na *legitimidade*. Assim, estará o Estado legitimado para reprimir a criminalidade por meio de suas instâncias oficiais de controle social. Reafirma-se a “ordem” na sociedade, enquanto se tenta inibir a ocorrência de novos fatos criminosos, em completo acordo com a reação da sociedade quanto ao crime.

Em decorrência desse princípio, surge a separação do *bem e do mal*, em que a sociedade se dispõe de maneira oposta ao “criminoso e seus comparsas”. Desta forma, quem se compadece ou defende os direitos de um dito criminoso, não é diferente deste.

Apresenta-se o Princípio da *culpabilidade*, que antevê na vontade do agente a fonte da atitude reprovável, ou seja, não fora compelido para agir da maneira criminosa senão por seu próprio interior. Que se entenda, tais ações ferem, muito antes do legislado, os valores tradicionais da sociedade onde se encontra o “delinquente”.

Infere-se o Princípio do *interesse social e do delito natural*, como já fora trabalhado, de que as leis e regras penais não defendem simplesmente os interesses de quem as criou, entretanto a todos os interesses fundamentais, comuns a todos os cidadãos, tomados como essenciais para a convivência em sociedade.

Por fim, como sustentação desse último, restam os Princípios da *igualdade* – em que a lei e a reação penais pesam sobre todos os cidadãos presentes na

48 “(...) 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 estritamente ligadas. Ainda que suas respectivas concepções 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, Op. cit, p. 41

49 *Ibidem*, p. 42

comunidade, indistintamente – e da *finalidade* ou *prevenção*, que é o entendimento da função da pena não só como retribuição ao mal causado no seio da sociedade, como também contramotivar um criminoso em potencial que não venha a delinquir.

Clarifica-se a intenção da Teoria da Defesa Social de legitimar-se quanto suas premissas por repetir as posições das classes mais abastadas, principalmente no que se refere à *igualdade formal*, já que, assim, livram-se de serem acusados de “imunes às condenações penais”.

O modelo de explicação criminológica da Defesa Social, assim como dos “atavistas”, é estritamente causal, ou seja, prende-se a diferenciar o não-criminoso do “criminoso”, construindo uma figura inimiga da sociedade, que se adere a preconceitos já existentes, “permitindo” a qualquer cidadão diferenciar-se de um “suspeito”.

Sobre o entrave epistemológico das explicações causais, ensina o Professor Tomás Hinojosa:

Al concebir como modelo la Criminología causal-explicativa, se entiende que esta tiene un objeto, un objeto problema, cuya solución implica explicarlo; explicación que para el caso es necesariamente causal, pues solo mediante el conocimiento de los factores codeterminantes de los fenómenos las ciencias sociales pueden predecir para sentar las bases de las medidas preventivas. Sucede siempre que los fenómenos sociales, lo cual multifactoriales, y cada factor, habitualmente, es de una naturaleza diferente, lo cual lo hace objeto de una disciplina científica específica, u otra ciencia social; esto hace que la Criminología, para su tarea explicativa, requiera del concurso de disciplinas diversas, pero al mismo tiempo afines, pues todas son ciencias sociales, de manera tal que al sumas sus deferentes áreas resultará un objeto común en su integración: la sociedad; y em consecuencia, se caracterizarán por um método también común, el de las ciencias fáticas (las naturales y las sociales), a saber, el método inductivo, sin que esta les sea ‘proprio’ ni ‘exclusivo’, como y alo há definido la epistemología desde hace mucho tempo⁵⁰

Não há de se pensar que a Teoria da Defesa Social falha em explicar os fenômenos por usar somente uma “disciplina científica específica”. Na verdade, só interessa para a Defesa Social o porte de “científico”, porquanto não passa de uma ideologia de dominação social.

A Criminologia sustenta que a atitude delinvente estará ligada somente a subjetividade do agente, unindo uma condenação penal à um juízo de valor moral e consolidando a ideia de *periculosidade social*, sustentáculo da ideologia da Defesa

50 HINOJOSA, Op. cit., pp. 130 -131

Social na instauração do Sistema Penal.⁵¹

A ideologia da defesa social vai de encontro com a realidade da sociedade democrática. É como se posiciona a professora Teresa Caldeira:

A democracia não serve a todos de forma igualitária, pois há uma imensa zona onde os direitos civis são sistematicamente desrespeitados, onde corpos são dessubjetivados, e parece ser esta a condição de sustentabilidade desse regime de governo. Por existir essa condição *sine qua non*, em que o ganho oriundo da desigualdade social consiste em benefícios às camadas privilegiadas da sociedade essa situação mesma passa a ser amplamente tolerada, permitida e mesmo desejada, tanto política como socialmente⁵²

A respeito da preferência política e social sobre a dominação de classes, como foi referida, é que se mantém a ideologia de Defesa Social. Em verdade, ideologias como essa afastam o jurista de apreender os verdadeiros apelos populares, bem como deturpam a visão da realidade para que se adeque ao apriorismo ideológico, que serve somente à dominação de classe.

É necessária a manutenção da análise dialética sobre a produção do direito, exatamente para que o jurista sinta-se livre em relação a pressão política e social sobre o seu trabalho. A ciência deverá ser a produção do novo, da nova postura, do novo pensamento e de novas soluções, mesmo que assim cause desconforto às classes sociais economicamente dominantes, que tentarão utilizar-se da sua posição para “descientificar”⁵³ a construção progressista.

A ideologia da Defesa Social é o principal meio de efetivação da dominação social sobre o sistema punitivo, e está presente tanto nos modelos integrados de ciência penal de origem clássica e quanto positivista. Sem haver concreto rompimento entre as posições epistemológicas tomadas pelas referidas escolas, somam-se a *ideologia negativa* – a falsa consciência do delinquente e as idealizações mistificantes das funções reais dos institutos penais – e a *ideologia positivista* – plano de ação do Estado contra uma parcela da população.⁵⁴

Dostoiévski ilustra a mentalidade “criminososa” do homem preso, afetada

51 BARATTA, Op; cit, p. 43

52 CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: Edusp, 2000, p. 212

53 “Um paradoxo surge marcante: a ciência, busca do novo, deve ater-se à manutenção de um estilo, definido para garanti-la como tal. *Para não correr o risco de descientificar, ela deve ser conformista!* [...] Estranho apelo à ciência que emperra o desenvolvimento científico.” MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto e método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p 65

54 Nesse sentido, Cf. BARATTA, Op. cit, p. 46

pela ideologia de dominação:

De vergonha ou arrependimento, nem sombra! Além disso havia também uma certa serenidade exterior, oficial, por assim dizer, uma certa reflexão tranquila. ‘Somos gente perdida!’, diziam. ‘Quem não soube viver em liberdade que aguento isso, agora.’ ‘Foi por não termos querido obedecer aos nossos pais que obedecemos agora ao batuque do tambor.’ ‘Por não termos querido lavar o outro, partimos agora pedras com o maço.’ Tudo isso diziam eles às vezes, à maneira de estribilhos e no tom de quem recita um provérbio ou uma frase feita. Mas nunca o diziam a sério. Tudo isso eram simples palavras. Duvido que um só deles refletisse, no seu íntimo, sobre o seu delito⁵⁵

O sistema cria uma necessidade estanque de que o prisioneiro deve “arrepender-se”, aceitar moralmente que é “inferior” e que cedeu a um “deslize de caráter”. Compreende o sistema integrado de ciência penal que o apenado deverá aceitar que é dele, e somente dele, a culpa de ter cometido crime, e por conseguinte, de existirem crimes no seio social.

Para tanto, instituiu-se o conceito de *bom comportamento carcerário*, para que o apenado seja sempre submisso e controlado, mesmo que o ambiente prisional lhe exija posição absolutamente contrária, pelo bem de sua sobrevivência.

Para a possibilitar o desenvolvimento científico da Criminologia, é necessário refutar todo o posicionamento advindo da posição ideológica de Defesa Social, na busca de um modelo dialético e viável de ser instaurado. Entender o Direito desta forma retrógada e exclusivista não trará, como já demonstrado, *justiça social*, tão somente uma manutenção das formas de dominação política e econômica.

É necessário desenvolver, por meio da ciência do Direito e da Criminologia, uma teoria que inclua os grupos sociais e respeite suas diferenças, bem como não parta dos interesses de certas classes detentoras dos meios de produção, para que sobre esta nova teoria seja construído um novo modelo integrado de Direito Penal. É como pensa o Professor Alessandro Baratta:

Uma teoria adequada da criminalidade, sobre a qual se pretende hoje basear um novo modelo integrado de ciência do direito penal, é caracterizado por elementos antitéticos à ideologia da defesa social: em primeiro lugar, essa teoria trabalha com um conceito situado, ou seja, com uma abstração determinada correspondente a específicas formações econômico-sociais e aos problemas e contradições que lhe são inerentes. Deste ponto de vista, o horizonte macrossociológico de tal teoria não é dado por um conceito ideal de sociedade, mas por conceitos mais determinados, como os de "sociedade

55 DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Memórias da casa dos mortos**. São Paulo: LP&M, 2008, p. 317

feudal", "sociedade capitalista", "de transição", etc.⁵⁶

A tensão social criada pelo posicionamento revanchista e não-integrador do Direito Penal Ideológico (em ilustrar a “violência urbana” e incitar o temor da “criminalidade”) torna-se terreno fértil para que a sociedade civil aceite, de bom grado, a violência policial ou miliciana. A presença de policiais, que mais parecem soldados de elite, montam o cenário de que se passa uma verdadeira guerra no meio social, a utilização dos instrumentos de mídia reforça o sentimento de insegurança e remontam a ideia de que a “sociedade moderna” é violenta e desestruturada, como se tal violência e desestrutura fizessem parte essencial da característica de *modernidade*.⁵⁷

Um novo modelo de Sistema Penal Integrado deverá trabalhar junto a sociedade, no seu sentido completo, a não mais odiar aquele que comete um determinado delito. Os sentimentos não têm lugar no Direito Punitivo. O arquétipo do criminoso, ideologicamente construído e inculcado desde os primeiros momentos de educação não deverá ser “*do mau*”, *maligno*, mas da *má instrução*, o que não deverá ser corrigido com violência ou dor, porém correta *instrução*.

Em relação a sua experiência no ambiente carcerário, escreveu Dostoiévski:

Quanta juventude não se sepultou inutilmente atrás destas paredes, quantas grandes energias não se perderam aqui sem proveito! E, para dizer tudo: essa gente era uma gente extraordinária. Pode ser que fosse a mais dotada, a mais forte de todo o nosso povo. Mas foi de balde que sucumbiram energias poderosas, sucumbiram de uma maneira anormal, ilegal, irreparável. E quem tem culpa disso? Sim, este é o ponto, de quem é a culpa?⁵⁸

O escritor russo não defendeu, em suas últimas considerações sobre o presídio, que o tratamento era degradante, ou injusto. Não procurou o mérito sobre o que seria criminoso ou não, se a pena era justa ou se estava apenado o verdadeiro agente criminoso. Sua peleja é pelo sepultamento das energias da juventude, do potencial desperdiçado de quem está definitivamente excluído da sociedade.

Não se trata, de forma mais ampla, da potência de uma ou outra pessoa, que lhe traria riqueza ou vantagem pessoais. A questão é proteger o crescimento e desenvolvimento da própria comunidade, que por muitas vezes afasta os melhores,

56 BARATTA, Op. cit., pp. 47 - 48

57 Nesse sentido, FAYET Jr.; MARINHO Jr.. **Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo**. In: *Sistema Penal & Violência*. Porto Alegre, v.1, n.1, 2009, p. 84

58 DOSTOIÉVSKI, Op. cit., p. 554

os talentosos, essa “gente extraordinária” – e entre eles, um dos gênios do século retrasado, o próprio autor da obra – das vias lícitas de crescimento e obtenção dos bens econômico-culturais, renega-os a criminalidade e pune-os como se partissem deles a *culpa* de sua marginalidade.

A criminologia, no que tange sua postura defensiva-social, está em crise. Deverá superar-se, escapar das tentações de ser uma ciência em si mesma, “pura” e “completa”. Deverá, pois, cercar-se de outras ciências humanas, que venham explicar os fenômenos e buscar respostas experimentais para seus problemas, retirando do *embate ideológico* o mote de “desenvolvimento” das ciências criminológicas.⁵⁹

E, exatamente por caminhar ao sentido contrário à “pureza científica”, o pensamento crítico sobre a criminologia deve compreender que não é só desta disciplina que partem ideologias de dominação. “Tratam-se de ideologias que fundam suas raízes não no terreno da ciência jurídica, mas no da sociologia” - explica Alessandro Baratta - que cumprirão “uma análoga função idealizante e estabilizante em face do sistema e das correspondentes instituições penais e penitenciárias”.⁶⁰

Sobre o momento de superação epistemológica da criminologia, escreve o Professor Eduardo Viana:

A "velha criminologia" sociológica é insuficiente para operar com o fenômeno da criminalidade, porquanto liga-se ao ideal de neutralidade do Direito. Este improvável paradigma de neutralidade compromete não apenas a compreensão do crime, senão o próprio modo de como o Estado reage a ele. [...] O quadro geral de explicação do crime não pode ser confiado às estatísticas, tampouco à análise das estruturas sociais, mas apenas compreendendo a formatação de todo o complexo Sistema Penal que envolve enfrentamentos da criminalidade, principalmente as **definições legais de crime**.⁶¹

A ideia de neutralidade do direito é tratada de forma implícita na criminologia de Defesa Social, por não discutir, em nenhuma linha, sobre a

59 “La crisis de la Criminología está dada fundamentalmente por dos aspectos: el primero es la confrontación ideológica entre positivistas y dogmáticos. Entiendo por estos últimos a los representantes actuales de la antigua escuela clásica del Derecho Penal, eminentemente racionalista y normativista, y contraria a cualquier pretensión de la Criminología de constituirse en una ciencia de hechos sociales sino de entes jurídicos. El segundo aspecto quizás esté constituido por el rechazo a principios epistemológicos, propio de algunos juristas protagonistas de la Criminología en el mundo iberoamericano; no ocurre lo mismo con los sociólogos que hacen Criminología en el mundo angloamericano. Pero las ciencias humanas, sociales o del espíritu aún son ciencias em período de gestación, con una corta edad de menos de dos siglos. Cada una de ellas tiene como objeto una clase particular de acción social, susceptible de investigación empírica, y la investigación empírica se realiza sobre ‘hechos’, ‘problemas’, ‘fenómenos’.” HINOJOSA, Op. cit., p. 7

60 BARATTA, Op. cit., pp. 44 – 45

61 VIANA, Op. cit., p. 76 (Grifos do autor)

legitimidade da lei punitiva, sua graduação ou seu grau de justiça.

O Estado define, dentro do universo de interesses dos seus legisladores, o que é mais ou menos violento, e como essa ou aquela conduta deve ser tratada. Desta forma, utiliza-se a mais variada coleção de gráficos e explicações que justifiquem sua atuação segregante e violenta.

A sociedade é plurifatorial: as esferas macro e microeconômicas, públicas e pessoais, políticas, sociais, etc., estarão sempre interligadas e trarão diferenças umas a outras, a ponto de que a análise de qualquer meandre social deverá levar em consideração a *totalidade* do conjunto, sob pena de montar sobre si um corte metafísico que não corresponderá com a realidade. A ciência, para manter sua autonomia, deverá ceder à *interdisciplinaridade*, que observará o mesmo objeto sob enfoques diferentes.⁶²

A criminologia deverá ceder espaço à sociologia, à psicologia e à filosofia, para que se possa observar a sociedade e o fenômeno do crime com mais imparcialidade e dialética.

3.1 A Estrutura Social Defeituosa de Robert Merton

O pensamento sobre o fenômeno criminoso expande-se com a adoção das teorias sociológica-funcionalistas, que permitem a análise inclusiva da conduta desviante dentro do contexto social onde se manifesta.

Como decorrência da crítica ao caráter biológico e caracterológico das teorias anteriores⁶³, inicia-se uma busca séria sobre a origem e os eventuais motivos do evento criminoso na sociedade, sem buscar culpados ou soluções segregantes.

Robert Merton foi o pesquisador que mais se destacou dentro desta metodologia. Para ele, o funcionalismo “permite estudar o desvio como um produto normal de determinada estrutura social”. Este é o motivo de que “o comportamento criminoso” seja “tão normal quanto o comportamento não criminoso, o que equivale a

62 HINOJOSA, Op. cit., p. 16

63 Nesse sentido, Cf. BARATTA, Op. cit., p. 59

dizer que o criminoso não é um doente, apenas (*re*)age diante da pressão que a estrutura social exerce sobre ele”⁶⁴.

A ideia de “pressão da estrutura social” é deveras valiosa, e ganha sua força a partir dos estudos funcionalistas. Entende-se que a sociedade funciona em dois macrosssegmentos⁶⁵: a *estrutura cultural*, conjunto de valores sobre os quais se baseiam as ações e os desejos da comunidade política; e a *estrutura social*, o conjunto de relações sociais complexas que estão incluídos, em rede, todos os integrantes da comunidade.

A “pressão” acima referida origina do descompasso entre as duas estruturas: a estrutura cultural dita valores e gera desejos na comunidade, mas a estrutura social impede que parcela de seus integrantes consigam alcançar estes objetivos.

A este fenômeno Merton atribuiu o termo *Anomia*, que conceitua como “a crise da estrutura cultural quando existe uma forte discrepância entre normas e fins culturais, de um lado, e as possibilidades estruturadas socialmente de atuar em conformidade com aquelas, por outro lado”⁶⁶.

Infere-se, de acordo com o pensamento mertoniano, que o estado de *Anomia* da sociedade acaba por empurrar todos os seus integrantes aos mesmos objetivos e desejos, por mais que alguns estejam impedidos de alcançá-los, por culpa da estrutura social em que se incluem. Desta forma, a sociedade, mal estruturada, “pressiona” as classes menos favorecidas ao cometimento de crimes, na estranha dinâmica social de cumprir as regras ditadas pela estrutura cultural.

Nesse sentido, leciona o professor Alessandro Baratta:

A teoria sociológica funcionalista que Merton aplica ao estudo da anomia permite, ao contrário, interpretar o desvio como um produto da estrutura social, absolutamente *normal* como o comportamento conforme às regras. Isto significa que a estrutura social não tem somente um efeito repressivo, mas também, e sobretudo, um efeito estimulante sobre o comportamento individual. A estrutura social produz novas motivações, que não se deixam reconduzir a tendências inatas.⁶⁷

64 VIANA, Op. cit., p. 107 (Grifos do autor)

65 MERTON, R.K. **Social Theory and Social Structure**. Glencoe: Bologna, 1957, p. 162

66 TAYLOR, Ian; WALTON, Paul, e YOUNG, Jock. **La Nueva Criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada**. Buenos Aires: Amorrortu, 1997, p. 60

67 BARATTA, Op. cit., p. 62 (Grifos do autor)

Por isso a afirmação apresentada anteriormente: o comportamento criminoso é um comportamento *normal* dentro da sociedade, já que, etimologicamente, obedece a normas (da estrutura cultural), por mais que desobedeça as regras ditadas pela estrutura social.

Este é o estigma de uma sociedade anômica, definida por uma “distribuição seletiva das estruturas sociais”, que excluirá a maioria de seus membros, “permitindo que apenas alguns indivíduos possam alcançar as metas culturais”. Com efeito, “o comportamento desviante não é, portanto, uma opção do indivíduo, senão uma consequência da **estrutura social defeituosa**; tampouco uma escolha, mas uma determinação gerada pela ordem social”⁶⁸.

Merton apura que a sociedade oferece meios institucionalizados para uma parcela da população (a mesma parcela que se beneficia das teorias criminológicas que justificam a exclusão e a violência que recai sobre os menos favorecidos), oprimindo a outra parcela ao acesso de meios ilegítimos, e portanto, criminosos:

O acesso aos canais legítimos para enriquecer-se tornou-se tão estreito por uma estrutura estratificada que não é inteiramente aberta, em todos os níveis, aos indivíduos capazes [...]. A cultura coloca, pois, aos membros dos estratos inferiores, exigências inconciliáveis entre si. Por um lado, aqueles são solicitados a orientar a sua conduta para a perspectiva de um alto bem-estar [...]; por outro, as possibilidades de fazê-lo, com meios institucionais legítimos, lhe são, em ampla medida, negadas.⁶⁹

A ironia advinda da estrutura social defeituosa é justamente esta: uma determinada classe, economicamente desfavorecida e politicamente oprimida, será compelida a galgar bens culturalmente valorizados, independentemente de sua posição social. Entretanto, não são oferecidos os meios institucionalizados para obtê-los (pela *estrutura social*), enquanto enfatiza-se a “importância” para a vida de um ser humano de gozar dos referidos bens-da-vida (pela *estrutura cultural*).

A sociedade (a parcela detentora dos meios econômicos e políticos) compele seus integrantes a buscarem os bens de valor, oprime os menos favorecidos a buscarem os mesmos bens, embora não lhe ofereça meios institucionalizados para consegui-los, o que se traduz em crime.⁷⁰

68 VIANA, Op. cit., pp 108 – 109 (Grifos do autor)

69 MERTON, Op. cit., p. 145 - 146

70 “A etiologia do comportamento criminoso fica condicionado à ausência de sintonia entre as estruturas culturais e os meios para alcançá-las. Em uma sociedade onde os meios legítimos são suficientes para se

Esta mesma parcela, culturalmente comandada ao cometimento de um ilícito, será física e politicamente oprimida pela conduta desviante. Assim, servirá o Direito Penal não para a manutenção da Paz Social, porém da *ordem socioeconômica baseada em opressão*.

No entanto, a estrutura cultural não servirá como fator de anomia social enquanto estiver exposta. É preciso a repetição de que esta inexistente, de que todos os humanos participantes de uma comunidade são iguais, possuem os mesmos direitos e as mesmas oportunidades.

Em caso contrário, não se poderá culpar o criminoso por seu “pensamento vil” e seu “comportamento torpe”, em uma sociedade “justa e pacífica”. É como analisa o sociólogo francês Émile Durkheim:

Para que a originalidade moral do idealista, que sonha transcender o próprio tempo, possa manifestar-se, é necessário que aquela do criminoso, dominada pelo próprio tempo, seja possível. Uma não ocorre sem a outra.⁷¹

Em posição complementar, infere Hermann Mannheim:

A falta de oportunidades só é decisiva se ocorrer numa sociedade dominada por uma ideologia igualitária e que se revê no evangelho da igualdade de oportunidades para todos.⁷²

O que se pretende demonstrar é que a mentalidade do integrante social é moldada por seu meio, sua condição e seu tempo. Não se pode culpar a atitude de determinada pessoa com a única justificativa de sê-la “cruel” ou “criminoso”. De toda sorte, faz parte da Estrutura Social Defeituosa a dominação ideológica sobre a produção de conhecimento, dando vazão ao mito cientificista da igualdade, e assim afastando a discussão sobre a legitimidade do Direito.

A respeito da Legitimidade, a estrutura econômico-social oferece aos indivíduos diferentes *meios legítimos* para o alcance dos bens culturais, em diferentes graus e para diferentes estratos sociais.⁷³

Ocorre que esses diferentes meios levam a diferentes objetivos, quais, em

alcançar as metas culturais, há uma perfeita harmonia. Ao passo que, em uma sociedade com estrutura social e estrutura cultural discrepantes, defasadas, ou seja, mal integradas, há uma tendência a impulsionar o comportamento desviante.” VIANA, Op. cit., p. 108

71 DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.65

72 MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 771

73 BARATTA, Op. cit., p. 63

tantas vezes, se afastam do objeto valorado socialmente. Em exemplo, um cargo (emprego, meio legítimo) a um jovem pobre, de origem malfadada e sem escolaridade estará muito distante de manter o padrão-de-vida culturalmente apresentado como *digno* ou *normal*.

Sobre a análise de conjuntura efetuada por Merton sobre a realidade norte-americana dos anos trinta, discorre o Professor Eduardo Viana:

Os Estados Unidos constroem uma defasagem entre uma estrutura cultural ideologicamente igualitária – o sonho das trajetórias sociais meteóricas, vale dizer, “qualquer um pode chegar à Casa Branca” – e uma estrutura social visivelmente desigual. Além disso, trata-se de uma sociedade onde a interiorização dos fins culturais não tem equilíbrio com a interiorização das normas institucionalizadas, ou seja, há a procura do sucesso econômico a qualquer custo.[...] A crença falaciosa desta ideologia geral de índole igualitária, no plano teórico, e o fomento implementado pelas agências de publicidade e meios de comunicação de massa desempenham um papel fundamental para a origem do comportamento criminoso, pois distribuem sobre os indivíduos o símbolo de *status* associado ao fator econômico.⁷⁴

Demonstra-se que a origem do comportamento criminoso não pode ser outra se não o produto da anomia estrutural da sociedade. Significa ir de encontro com as teorias levantadas até então, que buscavam no comportamento do indivíduo o fator criminógeno.

Além das duas posições críticas já tomadas pela teoria da estrutura social defeituosa de Merton (a saber: o desvio não se origina em fatores naturais ou bioantropológicos, mas sociais; a atitude desviante é uma ocorrência natural da estrutura social), resta a afirmação de que “somente quando são ultrapassados os determinados limites o fenômeno do desvio é negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social”.⁷⁵

No mesmo sentido, afirma Durkheim que “o delito não é só um fenômeno inevitável, embora repugnante, devido à irredutível maldade humana [...] uma parte integrante de toda sociedade sã”.⁷⁶

Com efeito, somente é considerado “criminoso” aquele que infringe as regras determinadas por uma parcela da sociedade que legisla a favor dos próprios interesses políticos e econômicos. Não raro, aquele que fora, em seu tempo,

74 VIANA, Op. cit., p. 107

75 BARATTA, Op. cit., pp. 59 e 60

76 DURKHEIM, Op. cit., p. 66

considerado criminoso e vil, participava de um momento de mudança da mentalidade⁷⁷ coletiva e, na visão de hoje, era verdadeiramente ético.

É justamente no intuito de melhor compreender a atitude desviante moralmente aceitável para a sociedade que virá posteriormente a esta ética posta que Merton procura entender como o indivíduo adapta-se à dinâmica social.

O resultado será a construção de arquétipos mertonianos da *adequação individual*: o conformismo, a inovação, o ritualismo, a evasão ou apatia, e a rebelião.⁷⁸

A atitude *conformista* consiste em uma resposta positiva do integrante da comunidade em relação aos meios institucionais e às metas culturais. Trata-se de uma internalização da obediência aos meios culturalmente legítimos de conquista dos bens culturalmente valorizados. Não resta dúvida que este é o tipo mais comum de integração social, em caso contrário nenhuma ordem social poderia ser construída.

O comportamento de *inovação*, que é a adesão aos bens culturais, sem que haja respeito pelos meios legítimos de conquistá-los. Trata-se da postura tipicamente criminosa, que vai de encontro à ordem jurídica, mesmo que obedeça aos anseios culturais.

Há a postura de *ritualismo*, em que integrantes da sociedade aceitam de bom grado os meios institucionais que lhe são oferecidos, sem ao menos desejar os bens culturais impostos socialmente. Não se trata de não concordar com a conquista de vantagens, mas em entender que a riqueza é alheia ao seu merecimento, e deve ser dividida somente entre aqueles que dispõem dos meios legítimos que a alcancem.

Em seguida, o modelo de *evasão* ou *apatia*, onde há a negação dos meios legítimos e dos fins culturais. São parcelas de indivíduos que escolheram ausentar-se da sociedade, não trabalham nem positiva nem negativamente para a construção de uma ordem social.

Por fim, o estado de *rebelião*, qual o indivíduo não se contenta simplesmente em negar as metas culturais e os meios institucionalizados, põe-se a

77 “O criminoso não só permite a manutenção do sentimento coletivo em uma situação suscetível de mudança, mas frequentemente o delito é a antecipação da moral futura, como demonstra, por exemplo, o processo de Sócrates”. BARATTA, Op. cit., p. 61

78 Cf. VIANA, Op. cit., p. 110 e BARATTA, Op. cit., p. 64

propor novos fins culturais e novos meios de alcançá-los, no intuito de construir uma *nova ordem social*.

Merton explica-se graficamente⁷⁹, onde os sinais (+) e (-) representam a interiorização e rejeição, e (±) a rejeição e substituição por novos valores:

Modos de adaptação	Objetivos	Meios Legítimos
1) Conformismo	+	+
2) Inovação	+	-
3) Ritualismo	-	+
4) Evasão ou Apatia	-	-
5) Rebelião	±	±

Em tempo, o comportamento criminoso encontrado na sociedade integra o seu próprio funcionamento *normal*⁸⁰, salvo as expressões de extrema violência e vilania, exceções entre os exemplos de comportamento desviante.

A compreensão de que é o “desajuste entre os objetivos culturais (dinheiro) e os meios legítimos para a consecução daqueles objetivos” é a principal contribuição da teoria da Estrutura Social Defeituosa, pois desconstrói o mito positivista da igualdade entre os membros da comunidade, quando é o “desajuste [...] difundido e fomentado pela sociedade [...] que pode propiciar o surgimento do comportamento criminoso”.⁸¹

Em posição contrária, pode ser posto em consideração que a concepção de Merton não pode ser considerada, pois preveria que “todos os indivíduos pertencentes às classes sociais baixas tenderiam ao comportamento criminoso”⁸², que não é verdade, como fora argumentado em relação aos diferentes tipos de adequação social.

Nesse diapasão, também se argumenta que, dentro da lógica mertoniana,

79 Cf. MERTON, Robert K. **Teoria Social y estructura sociales**. México: Fondo de Cultura, 1964, p. 149 *apud* VIANA, Op. cit., p. 112

80 “O delito faz parte, enquanto elemento funcional, da fisiologia e não da patologia da vida social. Somente as suas formas anormais, por exemplo, no caso de crescimento excessivo, podem ser consideradas como patológicas.” BARATTA, Op. cit., p. 60

81 Cf. VIANA, Op. cit., p. 109

82 *Ibidem*, p. 113

não haveria nenhum evento criminoso advindo das classes mais abastadas. Tal pensamento também não pode prosperar.

Ficou clara a construção de Merton em justificar a ocorrência de crimes no meio social como o produto da *anomia* estrutural – “esse desequilíbrio entre metas culturais e meios legítimos”. Os crimes dos mais ricos, apelidados de *crimes de colarinho branco* simplesmente reforçam sua tese de tipologias de adaptação, em que determinados grupos de comportamento *inovador*, com meios econômicos para grandes esquemas e poder político que garanta sua imunidade, utilizam-se de sua posição privilegiada para o cometimento de delitos.

3.1.1 Os crimes de “colarinho branco”

O termo *colarinho branco* foi utilizado no meio científico pela primeira vez em 1939, pela Sociedade Americana de Sociologia. Por definição do Professor Edwin Sutherland, o crime de colarinho branco seria aquele “cometido por pessoa respeitável e com elevado status social, no curso do seu trabalho.” O delinquente, por sua vez, “uma pessoa com elevado status socioeconômico que viola leis destinadas a regular suas atividades profissionais.”⁸³

Originalmente, o *crime de colarinho branco* era entendido como falcatrua praticada por grandes empresários, no âmbito de suas empresas, na procura por um aumento de lucro a níveis verdadeiramente ilegais. No entanto, com a evolução dos estudos de Direito Penal Econômico, o termo ganhou autonomia, escapando do caráter de “golpe”. Desta forma, na ótica funcionalista, interessava entender como a sociedade passava a “pressionar” tais grupos sociais ao cometimento de crimes, já que estavam estes, por definição, no auge das conquistas culturalmente valorizadas.

Sobre os sujeitos ativos desse comportamento criminoso, considerava Merton:

Estes sujeitos aderem e personificam decididamente o fim social dominante na sociedade norte-americana (o sucesso econômico) sem ter interiorizado as normas institucionais, através das quais são determinadas as modalidades

83 SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. Madrid: La piqueta, 1999, p.64

e os meios para a obtenção dos fins culturais.⁸⁴

A característica de *inovação* em seu comportamento demonstrava, por fim, os motivos para a perseguição da atividade criminosa por parte do homem *bem-sucedido*. Somado a isto, a segurança de que goza esse homem sobre sua impunidade – como já visto, por influência da Teoria da Defesa Social, caberia ao Estado a proteção da sociedade contra o “criminoso propriamente dito” – garante terreno fértil para o cometimento de delitos.

Em curta análise, “o crime da classe alta é inexplicável, pois o criminoso socioeconômico se encontra em uma posição de respeitar todos os meios legítimos disponíveis para alcançar as metas culturais.”⁸⁵ Todavia deve ser entendida a busca aos bens socialmente valorizados como uma intromissão pessoal, em que cada um dos indivíduos sente-se contente ou não com a velocidade com a qual acessa-os.

Em se tratando de *crimes de colarinho branco*, grupos sociais abastados e politicamente dominantes ainda assim não se sentem seguros no convívio social e na obtenção e garantia de privilégios. Para tanto, aventuram-se na prática de crimes, que restarão impunes.

No entendimento do Professor Eduardo Viana, é a ausência de notoriedade do crime de colarinho branco que gera esse resultado:

A *ausência de notoriedade do crime* não é uma característica intrínseca e ontológica do crime de colarinho branco, senão uma consequência da (ausência de) reação social. A ausência de “*notoriedade*” resulta de elementos outros que, agregados, implicam impunidade, como, por exemplo, a natureza difusa e complexa dos crimes de colarinho branco.⁸⁶

A ausência de reação social gera a falsa impressão de que as classes abastadas não cometem crimes, contribuindo para a confecção de estatísticas oficiais⁸⁷ que servem não para informar, porém justificar a constante presença policial

84 MERTON, Op. cit., p. 141

85 VIANA, Op. cit., p. 141

86 *Ibidem*, p. 139 (grifos do autor)

87 “As primeiras [pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco] mostravam quão grande era a discrepância entre as estatísticas oficiais da criminalidade e a criminalidade oculta, especialmente no caso da criminalidade, predominantemente econômica, de pessoas ocupantes de posições sociais de prestígio.”
BARATTA, Op. cit., p. 65

nos bairros mais pobres, para a garantia da segurança “pública” de forma opressora e violenta.

4 TEORIA DA REAÇÃO SOCIAL

A Teoria da Reação Social (também identificada como teoria da rotulação social, etiquetamento ou *labelling approach*) procura compreender a relação entre a criminalidade e as respostas formais do Estado para o comportamento. “O que fundamentalmente está em causa não é a desviação primária (primeiro crime), mas sim o modo como as agências formais de controle social encaram esta conduta inicial.”⁸⁸

O cidadão que tenha incorrido ao cometimento de um crime será tratado pelo Estado como um “criminoso” – compreendendo este termo por seu impacto social: criminoso será aquele que *gosta de cometer crimes*.

A “etiqueta” posta pelo Estado naquele indivíduo o marcará na forma como ele vê a si mesmo e como será a relação deste com a sociedade.

Acontece que este trabalho de etiquetamento não se dará contra os “criminosos” encontrados no seio social, indistintamente. O Estado buscará prender e oprimir os infringentes da lei de determinados agrupamentos sociais.

Como destacam Brown, Esbensen e Geis:

Para a reação social não é o comportamento por si só que condiciona a resposta oficial, mas as características físicas e comportamento do indivíduo também desempenham um papel importante em moldar resposta das agências formais, **a qual depende de sua posição social.**⁸⁹

Não haverá distinção entre os dois tipos de comportamento (lícita e criminosa) que não esteja na definição legal.⁹⁰ Significa dizer que mantêm o Estado a capacidade de medir a *moral* existente em seu convívio, a contar pela presença policial: onde houver mais fiscalização e escrutínio, menos ética é a convivência naquele local, mais “criminosos” se “escondem” ali.

⁸⁸ VIANA, Eduardo. **Criminologia**. Salvador: Juspodivm, 2014, p.152.

⁸⁹ BROWN, Stephen; ESBENSEN, Finn-Aage; GEIS, Gilbert. **Criminology: explaining crime and its context**. Ohio: LexisNexis, 2010, p. 319 (grifos nossos)

⁹⁰ “A distinção entre os dois tipos de comportamento depende menos de uma atitude interior intrinsecamente boa ou má, social ou antissocial, valorável positiva ou negativamente pelos indivíduos, do que da definição legal que, em um dado momento distingue, em determinada sociedade, o comportamento criminoso do comportamento lícito” BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renvan. 2011, pp. 85 – 86

A realidade empírica deixa claro que não é a presença de policiais em bairros mais pobres que os tornam mais seguros. Em verdade, os bairros mais pobres que são mais frequentados pela força policial são *os mais violentos* (e continuam a ser, mesmo depois da presença da polícia). Do outro lado, bairros seguros, de classe média ou alta, não precisam da presença policial para apresentarem baixos índices de criminalidade.

A justificativa oficial também é de conhecimento geral: *a atividade policial estará onde mais se cometem crimes*. Esta afirmação não poderia estar mais equivocada. Existe um interesse sistemático em mostrar que o “crime” é algo que se comete com violência, com as mãos, algo exclusivo dos homens mais baixos e deméritos. Enquanto isso, descredita-se crimes de desvio de verba, abuso de poder, eleitorais e tributários, etc. “*por ausencia de profundidad em las coberturas y falta de conciencia sobre el daño social que producen*”⁹¹, competência da massa midiática sobre esses *crimes de colarinho branco*, que acabam por esmaecer a reprovação social sobre esse tipo de ato delitivo.

Este é o sistema penal como “**forma de dominação social**.”⁹²

O *labelling approach*, superadas suas diversas nuances sociológicas, possui postulados principais que o identificam.⁹³ São estes: interacionismo simbólico e construtivismo social; introspecção simpatizante; natureza definitiva do delito; a seletividade e discriminação do controle social; o efeito criminógeno da pena; e o paradigma do controle.

O *interacionismo simbólico* e o *construtivismo social* são a dupla compreensão de que o comportamento humano individual será inseparável da construção dos processos sociais. Esta interação terá valor simbólico e cultural, reproduzindo estereótipos que servirão para implementar significados nestes mesmos processos de interação.

A *introspecção simpatizante* é o recorte do ponto de vista do pesquisador para a realidade criminal na visão do agente desviante. Intenta-se compreender o

91 RAGAGNIN, Flavia Ivana. **El relato de las noticias sobre delito de cuello blanco. La criminalidad de etiqueta**. Universidad de La Sabana: Palabra Clave, p. 12

92 VIANA, Op. cit., p. 152 (grifos do autor)

93 GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2009, pp. 799 - 801

valor que o próprio agente atribui ao ato considerado criminoso.

A compreensão da *natureza definitiva do delito* se refere à legislação do Estado contra determinadas condutas. O crime não subsiste em si mesmo, não recorre a nenhum critério objetivo que possa identifica-lo como tal, de forma que são os próprios sistemas formais de controle social que criam a criminalidade: “A sociedade tem os criminosos que quer.”⁹⁴

A *seletividade e a discriminação do controle social* se manifestam na posição do sistema de controle social em fazer-se presente, de forma coercitiva, nas comunidades de população mais pobre. O Estado punirá mais criminosos entre os menos favorecidos, porque é entre eles que a “segurança pública” procurará seus culpados.

O *efeito criminógeno da pena* é a relação que a primeira punição estatal mantém com a repetição da atividade criminosa. Em verdade, o encarceramento acaba por consolidar a carreira criminosa do indivíduo, o inverso das funções pretensamente preventórias e ressocializadoras; e estigmatiza-o (rotulação) como “criminoso” e “inimigo da sociedade”, incumbindo-lhe um papel social, que acabará introjetando.

Por fim, o *paradigma do controle*. Não há que se falar em “criminalidade” antes da intervenção da norma, ou dos processos de criminalização. A criminalidade é definida pelo poder-dever estatal, que exercerá sobre ela sua coercitividade.

Os preceitos da Teoria da Reação Social demonstram a existência de um problema sobre a *legitimidade* dos valores construtores do sistema penal. A previsão comportamental que exige do indivíduo integrante da sociedade faz parte de uma estrutura político-social que a determina, trocando as contribuições da ciência da criminologia na definição de delito pela defesa dos interesses de dominação dos legisladores. As teorias oficiais do direito penal não discutem os valores construtores das regras, mas os concedem o centro da temática científica criminal.⁹⁵

O processo definitivo de “crime” de que parte o Estado tenta justificar-se como “natural” ou “próprio para a tutela de direitos dos cidadãos”. Mas não poderia

94 BECKER, Howard. **Outsiders: Estudos da sociologia do desvio**. Nova York, 1963, p. 50

95 BARATTA, Op. cit., p. 86

partir de critérios objetivos para defini-lo, já que o “crime” não existe objetivamente em si mesmo.

É como defende Werner Rüter:

Não há criminalidade como um pedaço de ferro, pois este apresenta-se como objeto físico, independentemente de valorações e descrições. A criminalidade, contudo, existe preponderantemente em pressupostos normativos e valorativos da sociedade. A criminalidade que realmente existe é aquela cuja imagem pode ser transportada à realidade em virtude da fixação e aplicação das normas⁹⁶

Entretanto, a criminologia positivista – e a criminologia *oficial* contemporânea – necessita partir do apriorismo da existência objetiva da qualidade criminal do comportamento.

O mesmo acontece, por consequência, aos valores sociais construtores do sistema penal: identificá-los não como universais ou imutáveis acaba por ameaçar o mito cientificista da legitimidade do próprio Direito Penal, já que restarão compreendidos os referidos axiomas como a expressão moral das classes sociais que compõem as tribunas legislativas.⁹⁷

Ocorre um processo de *atribuição* do Estado contra determinadas condutas, e não uma *descrição* das condutas (consideradas genericamente)⁹⁸ que agridem determinado bem jurídico tutelado.

A quebra de paradigma que pauta a pesquisa sob o enfoque da reação social é descrita pelo Professor Alessandro Baratta:

Os criminosos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é o criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labelling approach*, se perguntam: “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, enfim, “quem define quem?”⁹⁹

O processo de definição em crime não se trata de uma rebuscada análise

96 RÜTHER, Werner. **La criminalidade (o ‘el delincuente’) através de las definiciones sociales (o etiquetamiento)**. In: Doctrina Penal, 1978, p.749

97 BARATTA, Op. cit., pp. 87 – 88

98 “Este processo de *atribuição* não deve ser confundido com um processo de *descrição*, erro muito frequente, na realidade” HART, H.L.A. **The ascription of responsibility and rights**. Londres: Oxford, 1951, p. 145 (grifos do autor)

99 BARATTA, Op. cit., pp. 88 – 89

sobre os efeitos sociais públicos e particulares que determinada conduta veio a causar. A definição de crime está sujeita a reação social gerada a partir desta ou daquela conduta.

A natureza da reação social será definitiva¹⁰⁰. Significa dizer que o senso comum não conseguirá assimilar condutas lesivas – e até mesmo tipificadas – como “criminosas”, caso não haja reação social sobre aquilo.

A respeito da imperiosa impunidade dos *crimes de colarinho branco*, escreve a comunicóloga Flavia Ragagnin:

El particular y colosal cuidado jurídico respetuoso de las garantías constitucionales que rodea a los casos de delitos de cuello blanco desnuda a una justicia complaciente y tolerante de la impunidad de los que delinquen escudándose en sus cargos jerárquicos, de funcionarios públicos o de clase. **No sucede lo mismo con la delincuencia común, que se ve sumergida bajo el manto de la tolerancia cero, la falta de garantías constitucionales, los abusos y las torturas en comisarías y cárceles, la pena de muerte extrajudicial.** Cuántos jóvenes marginales en los países latinoamericanos mueren en manos de la policía, en “enfrentamientos” –como ellos lo llaman–. Policías cómplices y jueces que se hacen los de la vista gorda. Éste es el panorama de un sistema penal que recae sobre los “otros”.¹⁰¹

O *status social de delinquente* subsiste da resposta das instâncias oficiais de controle social sobre a conduta, sob a forma de reação social. Não significa dizer que só será etiquetado socialmente como “criminoso” aquele que fora preso ou processado, e sim que o referido *status* não será atribuído ao indivíduo “inalcançável”¹⁰² pelo controle social.

A sanção penal, nesse sentido, dentre suas consequências, agirá em desconstruir a identidade social do indivíduo¹⁰³, substituindo-lhe pela única e infame identificação de *criminoso*.

O etiquetamento do indivíduo desviante, fruto do processo de opressão de condutas no meio social, estigmatizará o sujeito desviante como “irremediável”, “vil”, “bruto” ou “bárbaro”. Sofrerá uma forte redução de sua credibilidade no meio social, e

100 “Se o que é determinante para classificar determinada conduta como crime é a reação social, parece evidente que ele **não** possui uma natureza **ontológica**, mas apenas **definitória** e, portanto, contingencial.” VIANA, Op. cit., p. 152 (grifos do autor)

101 RAGAGNIN, Op. cit., p. 10 (grifos nossos)

102 “O status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, **apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias.**” BARATTA, Op. cit., p. 86 (grifos nossos)

103 Nesse sentido, Cf. BECKER, Op. cit., p. 53

uma queda de possibilidades no ingresso de meios legítimos para a garantia de sua subsistência digna. Para estes indivíduos, restará, como definiu Lemert, a *delinquência secundária*.

A reação social sobre o indivíduo o pressionará ao cometimento de outros delitos, pela destituição de sua cidadania para dar lugar à etiqueta de “bandido”. A primeira punição, por seu caráter estigmatizante, lança o apenado a um *commitment to deviance* – compromisso com o desvio – pela tendência social de permanecer “fiel” aos atributos de seu papel na sociedade, mesmo que negativo.¹⁰⁴

Afora isto, o aprisionamento do indivíduo por consequência da desviação primária corrobora para a transformação de sua autocompreensão¹⁰⁵ como humano e como integrante da sociedade, graças a periculosa convivência no meio carcerário.

De acordo, escreve o Professor Alessandro Baratta:

Enquanto o **desvio primário** se reporta, pois, a um contexto de fatores sociais, culturais e psicológicos, que não se centram sobre a estrutura psíquica do indivíduo, e não conduzem, por si mesmos, a uma reorganização da atitude que o indivíduo tem para consigo mesmo, e do seu papel social, os **desvios sucessivos** à reação social (compreendida a incriminação e a pena) são fundamentalmente determinados pelos efeitos psicológicos que tal reação produz no indivíduo objeto da mesma; o comportamento desviante (e o papel social correspondente) sucessivo à reação.¹⁰⁶

A estrutura anômica da sociedade acaba por produzir a necessidade da desviação, pela falta de meios legítimos para o alcance dos bens culturalmente valorizados. Na justificativa de garantia da “contramotivação” à conduta desviante, o Estado se torna cada vez mais rígido na promulgação de leis e na aplicação das penas. Esta reação social, por força do que já foi exposto sobre o *desvio secundário*, vem a gerar mais criminalidade.¹⁰⁷

Desta forma, conclui o Professor Eduardo Viana:

[...] todo o ciclo vicioso do fenômeno do crime pode ser assim resumido: desviação primária – aplicação da etiqueta de criminoso (cerimônia degradante) – novo status – isolamento e modificação da autoimagem – desviação secundária.¹⁰⁸

104 LEMERT, E. M. **Human deviance, social problems and social control**. Nova York, 1967.

105 “O fechamento do indivíduo ao convívio social promove modificações no seu “eu”, transformando-o drasticamente no tocante ao seu papel social, que se resume a adaptar-se às regras da casa”. VIANA, Op. cit., p. 156 (grifos do autor)

106 BARATTA, Op. cit., p. 90 (grifos do autor)

107 VIANA, Op. cit., p. 153

108 *Ibidem*, p. 157

O *paradigma do controle*, no âmbito da Teoria da Reação Social, discutirá o problema da validade do juízo sobre o desvio. Este paradigma se desenvolve sobre duas dimensões¹⁰⁹: quais as *condições da intersubjetividade* da atribuição de significados aos comportamentos individuais; e qual o *poder* que confere validade a certas definições, a ponto de resultarem consequências práticas.

Tratando sobre o processo de assimilação de *desvio* do ponto de vista da comunidade, descreve o Professor John Kituse:

O desvio é um processo no curso do qual alguns indivíduos, pertencentes a algum grupo, comunidade e sociedade A) interpretam um comportamento como desviante. **B) definem uma pessoa, cujo comportamento corresponda a esta interpretação, como fazendo parte de uma certa categoria de desviantes**, C) põem em ação um tratamento apropriado em face desta pessoa.¹¹⁰

Observa-se a importância do caráter *definitório* do delito, já que não se trata de uma ação que, ontologicamente, será entendida no meio social como “criminosa”, no entanto a interpretação sobre o fato, que lhe dará o “devido” significado.¹¹¹

Isso posto, a reação social não agirá em desfavor dos interesses privados das parcelas superiores da sociedade: estas controlam o Poder Legislativo, o poder político e grande parte do Poder Judiciário. Desta forma, gozam de privilégios quando da interpretação de condutas e atribuição de ilicitude e reprovabilidade sobre elas.

É este o problema fundamental sobre o paradigma etiológico, como descreve o jusfilósofo alemão Keckeisen:

O problema fundamental o paradigma etiológico, ao qual a maior parte da ciência, como também do senso comum, permanece fiel, pode ser identificado na interrogação: quais são as condições que podem ser atribuídas a um fato precedentemente existente, ou seja, o comportamento desviante?¹¹²

Sem dúvida, o comportamento definido como criminoso não obedece a nenhuma condição maior que o próprio “interesse” daquele que confecciona a lei, para que se direcione neste ou naquele sentido.

109 KECKEISEN. *Die gesellschaftliche definition abweichenden verhaltens: perspektiven und grezen des labelling approach*. Munique, 1974 *apud* BARATTA, Op. cit., p. 92

110 KITUSE, J. I. *Societal Reaction to deviant behavior – problems of theory and method*. *Apud* BARATTA, Op. cit., p. 94 (grifos nossos)

111 “Não é o comportamento por si mesmo, que desencadeia uma reação segundo a qual um sujeito opera a distinção entre “normal” e “desviante”, mas somente sua interpretação, a qual torna este comportamento uma ação provida de significado.” BARATTA, Op. cit., p. 94

112 KECKEISEN, Op. cit *apud* BARATTA, p. 91

A criminalidade, nesta monta, é uma invenção do Estado, no sentido de que é ele que intervém na realidade com suas regras e reações formais que causa. Com efeito, a semelhança fundamental entre os crimes ocorridos em uma comunidade política é a resposta do sistema de controle social.¹¹³

No entanto, ainda assim o comportamento criminoso, para desencadear a reação social, deverá destoar da percepção habitual da realidade, compreendida como *routine*, “realidade tomada como dada”¹¹⁴:

A análise do processo de etiquetamento dentro do senso comum mostra que, para que um comportamento desviante seja imputado a um autor, e este seja considerado como violador da norma, **para que lhe seja atribuída uma “responsabilidade moral” pelo ato que infringiu a *routine*** (é neste sentido que, no senso comum, a definição de desvio assume o caráter – poder-se-ia dizer – de uma definição de *criminalidade*) é necessário que desencadeie uma reação social correspondente: **o simples desvio objetivo em relação a um modelo, ou uma norma, não é suficiente.**¹¹⁵

A afirmação explícita a participação incontestada da ideologia dominante, proveniente dos detentores dos meios de produção econômica e cultural, sobre a ótica compartilhada de *realidade*.

O mundo objetivo, a realidade, não pode ser considerada tal como é, já que os humanos necessitam *interpretá-la* para que, assim, possam chama-la de realidade.

Mais ainda, utilizam-se de meios linguísticos para explicar o fenômeno do *real*.

Assim sendo, a “realidade tomada como dada” não passa da *compreensão compartilhada do que é normal*, esta como resultado da convergência cultural.

A construção da *responsabilidade moral* depende desta interação do conceito de *realidade normal*. O integrante da comunidade política se sente compelido a ver-se no lugar do “criminoso”, analisar se teria este ou aquele comportamento, para depois julgá-lo como culpado ou inocente.

Em tempo, ignora toda a relação sócio-política que veio a “colocar” cada um dos integrantes (o dito criminoso e o “cidadão honesto”) em seus lugares, utiliza sua própria mentalidade de quem viveu e obteve diferentes meios legítimos para o

113 VIANA, Op. cit., pp. 157 - 158

114 BARATTA, Op. cit., p. 95

115 *Ibidem*, p. 96 (grifos nossos)

alcance de bens culturais, para que no fim chegue à conclusão de que “não agiria como o criminoso”.

O estudioso Peter McHugh¹¹⁶ reagrupa as condições de atribuição da responsabilidade moral em duas categorias: uma, a *convencionalidade*, que se trata da pergunta sobre se as circunstâncias teriam oferecido a possibilidade de um comportamento diverso, na intenção de comprovar que a vontade do agente está diretamente ligada ao exercício do tipo; outra, a *teoricidade*, vem a ser o questionamento sobre a consciência da ilicitude da atividade consumada.

A definição do desvio dependerá da aceitação do senso comum. Para isso, fica a cabo da ciência jurídica em Defesa Social “instruir”¹¹⁷ o integrante comum que o criminoso agiu contra a ficta *responsabilidade moral universal*, e gerará, portanto, a reação social necessária para a aceitação pública da *realidade* prisional e social tal como se apresenta.

A afirmação sobre a “impossibilidade” de reforma no sistema penal, em muitos casos, virá pela repetição de chavões tais como “é o melhor sistema que já formamos, mesmo que apresente falhas”, “sempre haverá ilícito na sociedade”, “não há nenhum inocente numa cela de cadeia”.

Não se intenciona discordar desta ou daquela afirmação – muito embora dogmáticas – no entanto contrastar seu caráter ideológico, que repete um discurso de dominação de classes que oprimem as economicamente menos favorecidas para a manutenção do *status quo*.

Pelo contrário, o discurso conivente às Teorias de Defesa Social, quando perguntado sobre o combate à criminalidade, esquece que a sociedade é composta tanto pelos conformistas quanto pelos desviantes, e, partindo da imagem pré-constituída de criminoso, bradejará pela diminuição da maioria penal, por leis mais

116 McHUGH, Peter. **A common-sense conception of deviance**. In: *Deviance and responsibility: the social construction of moral meaning*. Nova York. 1970.

117 “As condições gerais que determinam a aplicação “com sucesso” da definição de desvio, dentro do senso comum, isto é, a atribuição de responsabilidade moral e uma reação social correspondente, são, pois: 1) um comportamento que infrinja a *routine*, distanciando-se dos modelos das normas estabelecidas; 2) um autor que, se tivesse querido, teria podido agir diversamente, ou seja, de acordo com as normas; 3) um autor que sabia o que estava fazendo.” BARATTA, Op. cit., p. 96

duras e punições mais severas.

Tais discursos – verdadeiramente, de ódio –, quando aplicados, acabam por gerar mais criminalidade e indivíduos excluídos ou “reprogramados”. No entanto, como lembra Ragagnin, “en la criminalidad ‘de ‘privilegio’ no se evidencian discursos de ese tipo.”¹¹⁸

Em verdade, a presença ideológico-dogmática dos discursos de dominação, presentes no sistema penal atual, prejudica sobremaneira a compreensão do real dano que uma conduta deva causar para que, objetivamente, seja tratada como criminosa. É como escreve o Professor Alessandro Baratta:

A qualidade de desvio efetivo que tais comportamentos problemáticos têm em face do funcionamento do sistema socioeconômico, ou de sua natureza expressiva de reais contradições daquele sistema, permanece inteiramente obscurecida, reduzindo-se o seu significado ao efeito das definições legais e dos mecanismos de estigmatização e de controle social.¹¹⁹

A criminologia necessita hoje de um salto epistemológico que supere o atraso científico inerente às teorias em defesa social¹²⁰, dialogue com a sociedade de maneira plural, sem pretensões de dominação, para que se construa um novo sistema penal que atenda aos ideais de justiça e igualdade material.

4.1 O “Discurso Oficial” e a verdadeira função da pena

O Estado, a Ciência Jurídica e a sociedade civil, todos em sua maior parte e expressão, defendem a existência do Direito Penal como a proteção de bens jurídicos e manutenção da ordem social.

Desta forma, são as respectivas importâncias de tais bens que determinam a medida da punição apresentada pelo Estado. A esta relação se atribui a *legitimidade*

118 RAGAGNIN, Op. cit., p. 12

119 BARATTA, Op. cit., p. 99

120 “Estas teorias, reduzindo, como se viu, a criminalidade à definição legal e ao efeito etiquetamento, exaltam o momento da criminalização, e deixam fora da análise a realidade de comportamentos lesivos de interesses mercedores de tutela, ou seja, aqueles comportamentos (criminalizados ou não) que aqui denominamos “comportamento socialmente negativos”, em relação às mais relevantes necessidades individuais e coletivas” *ibidem*, pp.98 – 99

do Direito Penal.

A legitimação material da pretensão punitiva do Estado não abrange, entretanto, as formas de como esta punição pode se dar. Sobre esta lacuna, “se situa a pena e todo seu discurso legitimador.”¹²¹

Para isso, ao legislador cabe a tarefa de convencer a sociedade civil de que as penas previstas para os agentes de condutas desviantes favorecem à coletividade. Em lembrar que o Direito Penal funciona não por outro motivo além da proteção dos bens jurídicos, pretende munir-se de uma “pena alijada dos *fins sociais*.”¹²²

Os fins sociais são a presença dos valores “comuns” na sociedade civil nas punições estatais. Sobre o processo valorativo-legislativo em relação à criminalização primária, disserta Alessandro Baratta:

No que se refere ao direito penal *abstrato* (isto é, à criminalização primária), isto tem a ver com os conteúdos, mas também com os “não conteúdos” da lei penal. **O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado** e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.¹²³

Explicita-se que a legislação penal será, conscientemente, uma expressão de interesse de uma classe para a manutenção da ordem de privilégios econômicos e políticos.

Entretanto, a ciência criminal positivista deverá pleitear seu espaço como legitimadora do sistema penal presente nas sociedades divididas por classes sociais, onde somente as mais abastadas tem efetivo acesso aos meios legais de exercício de poder.

As teorias que buscam explicar a razão de existência da pena estarão classificadas como *teorias absolutas* e *teorias relativas*.

As teorias absolutas estarão intimamente ligadas ao sentido de *retribuição*: o mau causado pelo infrator deverá ser a ele “devolvido”, na mesma medida da própria infração.

121 VIANA, Op. cit., p. 168

122 JESCHECK, Hans H. **Tratado de derecho penal: parte general**. Granada: Comares, 2002, p. 77

123 BARATTA, Op. cit., p. 176 (grifos nossos)

Tal teoria encontrará guarnição no pensamento kantiano, que toma a lei penal como um *imperativo categórico*: a tipificação comportamental é o reflexo de uma exigência incondicional de justiça. Em decorrência disto, defende na pena um fim em si mesma, excluindo a possibilidade pedagógica do Direito Penal, tanto ao infrator quanto aos seus semelhantes.¹²⁴

Suplementar a esta ideia, Hegel apresenta a concepção da pena como reestabelecimento do direito: a defesa da lei penal é a defesa do equilíbrio social e preponderância da *vontade geral* expressada no ordenamento jurídico, superando a *vontade especial* do indivíduo desviante, que age contra a lei.¹²⁵

As teorias absolutas da pena têm como contribuição científica a compreensão de que somente o indivíduo social que veio a delinquir deve ser responsabilizado por sua conduta.

Mais ainda, devem ser tomadas como a delimitação de um verdadeiro marco instrumental do *ius puniendi*¹²⁶, por explicitar o caráter de excepcionalidade da aplicação da lei penal, e da mesma forma, a justa medida da pena em relação à gravidade da conduta.

De toda sorte, tais teorias acabam por reforçar o *mito da igualdade*, próprio do vício cientificista do positivismo. Partem do perigoso – e irreal – pressuposto da *paz social*, quando segregam grupos sociais dos meios legítimos de obtenção dos bens culturais. A desestrutura social produz a conduta desviante, e, em resposta, o Sistema Penal pune estas mesmas parcelas, justificando-se na “efetividade da paz” ou mesmo na “devolução do mau praticado”.

As teorias relativas da pena a definem como possuidora de uma funcionalidade social, qual seja, *a desmotivação da prática delitiva futura*. Especificamente, classificam-se em teorias da *prevenção geral* e *prevenção especial* da pena.

A pena com finalidade de prevenção geral prevê-se como a *intimidação*¹²⁷ utilizada pelo Estado contra seus integrantes, para que estes não venham a cometer

124 VIANA, Op. cit., pp. 169 - 170

125 JESCHECK, Op. cit., p. 76

126 ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos**. Madri, Civitas, 1997, p. 82

127 VIANA, Op. cit., p. 172

ilícitos.

Esta contra motivação faz parte do discurso de Defesa Social, em intentar diminuir a incidência criminosa defendendo a “sociedade” do indivíduo desviante, como se aquele não fizesse parte do todo. Mais ainda, defende que a intimidação estatal servirá como impedimento de que membros da sociedade venham “cair” na criminalidade.¹²⁸

Para teóricos de tal tendência, como Feuerbach¹²⁹, o mais importante sobre a lei penal, para estabelecimento da “ordem social”, não se trata da execução da pena contra o infrator, mas o momento de fixação abstrata do *quantum* penal. Nesta linha de raciocínio, mesmo a execução, para a sociedade como um todo, é irrelevante quanto à penalidade, contudo uma válida confirmação da seriedade da ameaça oficial.

Roxin¹³⁰ previra, na teoria de prevenção geral da pena, os fins de aprendizagem (da ilicitude de determinados atos), exercício de confiança no direito e o efeito pacificador. A “demonstração” da validade da prevenção geral seria a observação do caráter pacífico da própria sociedade, onde a incidência criminosa é a exceção entre os comportamentos.

Fazendo uma análise de conjuntura que melhor explica a excepcionalidade do evento criminoso na sociedade, escreve o Professor Günter Stratenwerth:

Para obter uma conduta conforme as exigências da vida social, muito mais que no temor da pena, confia o Estado na influência, normalmente determinante, de motivos de ordem moral e social. **Frente a quem – a enorme maioria – é determinado por tais motivos e não é propenso naturalmente ao cometimento de delitos, por adaptarem-se as exigências da vida social, a pena poderia, sem embargo, parecer supérflua, mas não é assim. A pena serve para ratificar e reforçar, com o motivo egoísta do temor à punição, a força que descende dos motivos altruístas de índole moral e social, evitando assim não só futuras delinquências (prevenção geral) senão, ademais, determinando cada vez maior e progressiva adaptação dos homens à vida social.** A pena serve, ademais, para dar segurança aos cidadãos honestos e naturalmente respeitosos à lei, substituindo o sentimento de temor da delinquência, pelo sentimento de segurança e tranquilidade que deriva do conhecimento dos meios penais que o Estado predispõe para sua tutela contra o perigo da delinquência futura, ação das instâncias oficiais especialmente sobre certas zonas sociais já marginalizadas.¹³¹

128 ANCEL, Marc. **Cahiers de defense sociale**. In: Revue de Science criminelle et de droit compare. Paris: Sirey, 1975, pp. 16-18

129 VIANA, Op. cit., p. 173

130 ROXIN, Op. cit., p. 91

131 STRATENWERTH, Günter. **Qué aporta la teoria de los fines de la pena?** Bogotá: CIDPFD, 1996. p.16

Infere-se, por primeiro, que a própria ideia da intimidação estatal como fator impeditivo para o cometimento de delitos é falaciosa, já que não pode compreender-se como única condição impeditiva destes. Em verdade, o caráter altruísta e a conduta moral não dependem do medo da punição para existirem, e destes não se originará a conduta criminosa (em concordância à teoria da adequação e à conduta *conformista* de Merton).

Por segundo, repete-se o discurso do “cidadão honesto”, que estará do lado contrário à aplicação da lei penal: a repressão de condutas serve-lhe para garantia de sua segurança, “especialmente sobre certas zonas sociais já marginalizadas”. O que demonstra, ainda que inconscientemente, uma espera que integrantes de classes sociais *não marginalizadas* não venham a delinquir.

Nesse sentido, ensina o Professor Alessandro Baratta:

Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores.¹³²

Explicita-se a tendência *seletiva* na aplicação do Direito Penal, não como se pretende, quando descreve o seu princípio geral que leva o mesmo nome, mas como a seleção dos “ingratos”, os estratos inferiores e marginalizados (os atávicos) para quem a lei repressora fora efetivamente construída.

Em contrapartida, classes mais abastadas, mesmo quando incorrem em crime, encontram-se em uma espécie de *zona de imunização*¹³³, e agem na certeza de que não é para eles que a lei penal se direciona.

Como segunda forma de teoria relativa da pena se apresenta a teoria da prevenção especial, que direciona o foco da aplicação da lei penal para o indivíduo concreto, não para que ele seja “instrumentalizado pela mera retribuição ou intimidação, mas sim **submetido à necessária correção por meio da atuação concreta e individual**”.¹³⁴

A compreensão que o “criminoso” é um indivíduo que não se adequa aos

apud GUIMARÃES, Cláudio. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 91 (grifos nossos)

132 BARATTA, Op. cit., pp. 177 - 178

133 *Ibidem*, p. 176

134 VIANA, Op. cit., p. 174 (grifos nossos)

meios sociais, e portanto deve ser corrigido pelo Direito Penal, pode parecer a opção mais justa a ser tomada pelo Estado: se o cidadão desviante assim o é por sua condição marginalizada, caberá a correção deste indivíduo para que não venha mais a delinquir.

Em todo o caso, a teoria apresentada não pode prosperar, na medida em que admite a falha na estrutura social, sendo esta a principal razão para a formação do indivíduo “criminoso”. Afasta a ideia de que o crime é a manifestação de um mal anterior, ligado ao caráter do autor, mas sim o produto no meio social onde este se encontra, que acabou por moldar-lhe à *anormalidade*.

Nesse diapasão, Ferri lança o seguinte questionamento:

Se o homem comete ações censuráveis não por livre eleição de sua vontade, senão pela tirania fatal de seu organismo anormal e do meio exterior, como, pois, poderá castiga-lo a fazê-lo responsáveis por faltas que não são suas?¹³⁵

O questionamento ferriano sobre a responsabilização do agente desviante contrasta a falácia de composição em que se baseia a função preventiva especial da pena, onde a *anomia* das estruturas sociais gera os indivíduos criminosos, o sistema penal – integrante da estrutura social – encontra sujeitos “desviantes” das regras da sociedade, e decide que deve “corrigi-los”, culpando-os por toda a incidência de crimes no meio social.

Suplementando a crítica à teoria da prevenção especial da pena, Roxin traça um paralelo entre o tempo necessário para a “correção do indivíduo” e a inexistência de um parâmetro para a imposição da pena. Insiste que esta teoria dá margem a aplicação de uma pena por tempo indeterminado, independentemente da gravidade do delito, já que a duração da pena estará condicionada ao grau de “incorreção” apresentada pelo indivíduo desviante.¹³⁶

Mais ainda, não se pode olvidar que a teoria da prevenção especial, por direcionar sua aplicação ao criminoso proveniente das zonas marginalizadas da sociedade civil, acaba por não ter resposta à criminalidade cometidos pelas classes médias e altas – além dos *crimes de colarinho branco* -, afora a devida justificativa à

135 FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1907, p. 25 *apud* VIANA, Op. cit., p. 175

136 VIANA, Op. cit., pp. 176-177

penalização dos crimes culposos.

A ideia da pena como ressocialização se mostra, por fim, como uma *alegoria legitimadora de poder punitivo*¹³⁷, ampliando o horizonte penal na estigmatização das classes menos favorecidas como “potencialmente” criminosas.

As teorias das funções penais acima apresentadas têm embasamento na Dogmática Jurídica, e, em conjunto, compõem o discurso oficial da pena no Estado Brasileiro.

Entende-se por Dogmática Jurídica o conjunto de juízos sobre a Lei e os Princípios Gerais do Direito por parte de estudiosos considerados pelo meio acadêmico como *doutrinadores*.

Dispõe sobre o compromisso da Dogmática Jurídica a professora Vera Regina Pereira de Andrade:

O compromisso central da Dogmática Jurídica não é com a produção de conhecimento de seu objeto. Enquanto a Ciência não se propõe, de modo imediato, um fim prático, e o seu compromisso intrínseco é com o incremento incessante do conhecimento (objetivo e desinteressado) de seu objeto; **a Dogmática encontra-se intrínseca e imediatamente empenhada numa função prática e seus enunciados têm sua validade dependente de sua relevância prática. E isto porque seu compromisso não é com a busca da verdade científica – embora conseqüentemente, não são descritivos, como os enunciados tipicamente científicos, mas prescritivos**¹³⁸

O compromisso dogmático em apresentar “soluções” à aplicação da lei - que não perpassem pelos métodos científicos para a aprovação teórica de determinado posicionamento – direciona-se à legitimação do próprio Direito Penal.

As interpretações oferecidas pelos doutrinadores para a funcionalidade da pena traduzem o viés ideológico de dominação de classe presente na instrumentalidade do Direito Penal, quando utilizam-se de desigual distribuição das forças repressivas, na manutenção da “ordem”.

É desta forma que compreende o Professor Alessandro Baratta:

Tal distribuição desigual, em desvantagem dos indivíduos socialmente mais débeis, isto é, que têm uma relação subprivilegiada ou precária com o mundo do trabalho e da população, ocorre segundo as leis de um código social (*second code*) que regula a aplicação das normas abstratas por parte das

137 *Ibidem.*, pp. 177-178

138 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 30

instâncias oficiais. A hipótese da existência deste *second code* significa a refutação do caráter fortuito da desigual distribuição das definições criminais, e fornece um novo princípio condutor, que já tem dado ótimos frutos, para a pesquisa sócio-jurídica. Esta, é chamada a evidenciar o papel desenvolvido pelo direito, e em particular pelo direito penal, através da norma e da sua aplicação, na reprodução das relações sociais, especialmente na circunscrição e marginalização de uma população criminosa recrutada nos setores socialmente mais débeis do proletariado.¹³⁹

O caráter *seletivo* do Direito Penal não se dará somente na instância estrutural persecutória repressiva, como também na circunstância jurisdicional da ação penal.

Para as classes mais abastadas, tantos institutos haverá para impedir o ingresso de um de seus integrantes no cárcere propriamente dito. É quando entram em cena as sanções pecuniárias e detentivas de menor monta. Para tantos juízes¹⁴⁰, as penas privativas de liberdade acabam por ser mais “adequadas” às classes economicamente débeis, “protegendo” o poder econômico desses indivíduos, mesmo que para isso os sentencie à prisão.

O que se configura é uma “expectativa de criminalidade”¹⁴¹, que marca uma parcela da população tal como marcavam os medievais: atávicos, malditos, endemoniados, incorrigíveis. A Doutrina Jurídica busca explicar as funções da pena (que não há), com dogmas que repetem o interesse econômico e político presente na dominação de classe, por parte dos eupátridas, sobre as parcelas menos favorecidas da sociedade.

139 BARATTA, Op. cit., p. 179

140 Cf. BARATTA, Op. cit., p. 178

141 “A particular expectativa de criminalidade que dirige a atenção e a ação das instâncias oficiais especialmente sobre certas zonas sociais já marginalizadas faz com que, em igualdade de percentual de comportamentos ilegais se encontre nelas um percentual enormemente maior de comportamentos ilegais, em relação a outras zonas sociais. Um número desproporcionado de sanções estigmatizantes (penas detentivas), que comportam a aplicação de definições criminais e uma drástica redução do status social se concentra, assim, nos grupos mais débeis e marginalizados da população.” *Ibidem*, p. 180.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal surge, nas primeiras experiências sociais, sob formas semelhantes daquela que mantem hoje: uma lei ou um conjunto de leis que preveem condutas valoradas como lesivas, e as proíbe. A desobediência de uma regra desta modalidade implicaria em penalidade.

É a respeito desde movimento punitivo que se debruça a pesquisa criminológica, na busca da legitimação do Estado para o exercício do *ius puniendi*.

As pesquisas criminológicas, entretanto, buscaram não a investigação sobre a legitimidade deste poder, porém de que forma poderiam justificar o exercício deste, numa constante construção desta legitimidade. Com efeito, a Criminologia por muito tem servido ao Estado como fator legitimante da punição.

O conhecimento criminológico construído no período da Idade Média e início da Idade Moderna, apelidado pelos positivistas como “ciências ocultas”, demonstraram a intenção de encontrar na pessoa do criminoso a culpa pelo seu comportamento, de maneira que até hoje nos é “natural” entender que cada pessoa deve responder por seus atos.

O paradigma da *culpabilidade* é uma construção positivista que data da pesquisa de Cesare Lombroso, em reafirmar os valores do senso comum sobre a conduta criminosa. Há, propositadamente, uma confusão entre os pressupostos científicistas que permeiam o Direito Penal e a lógica ou natureza do ser humano.

A mistura entre o jurídico e o real se dá pela Dogmática do Direito, e se dá de maneira tão forte que, mesmo no meio acadêmico, suas premissas metafísicas, frutos da participação ideológica na produção científicista, encontram-se protegidas em “torres de marfim”, dificultando a exploração de temas e pesquisas que, de alguma forma, ameacem a ficção positivista de realidade que oferecem.

A Criminologia deverá voltar-se para as instituições que forcejam o Direito Penal, para compreender a origem da seletividade deste ramo jurídico, seu completo fracasso em estabelecer a paz e a justiça sociais, de forma dialética e interdisciplinar.

REFERÊNCIAS

- ANCEL, Marc. **Cahiers de defense sociale**. In: **Revue de Science criminelle et de droit compare**. Paris: Sirey, 1975
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013
- BARROS FILHO, José. **Criminologia e modos de controle social no Maranhão no início do século XX**. São Luís: Prima Imagem Arte Produção, 2013
- BECKER, Howard. **Outsiders: Estudos da sociologia do desvio**. Nova York, 1963
- BROWN, Stephen; ESBENSEN, Finn-Aage; GEIS, Gilbert. **Criminology: explaining crime and its context**. Ohio: LexisNexis, 2010, p. 319
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: Edusp, 2000
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Memórias da casa dos mortos**. São Paulo: LP&M, 2008
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2008
- ENDO, Paulo. **A violência no coração da cidade**. São Paulo: Escuta/Fapesp, 2005
- FAYET Jr.; MARINHO Jr.. **Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo**. In: **Sistema Penal & Violência**. Porto Alegre, v.1, n.1, 2009
- FERREIRA, Éder. **A determinação ontonegativa dos direitos humanos**. In: **Cadernos de pesquisa marxista do Direito**. São Paulo: Expressão Popular, 2011
- FOUCAULT, Michel. **A Microfísica do Poder**. São Paulo: Graal, 2012
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminologia**. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2009
- GOMES, Luiz Flávio. **Na dúvida, condena-se o réu mais feio**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1442, 13 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10004>>. Acesso em: 8 set. 2014
- GUIMARÃES, Cláudio. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007
- HART, H.L.A. **The ascription of responsibility and rights**. Londres: Oxford, 1951
- HINOJOSA, Tomás Darío Gutiérrez. **La explicación científica em Criminología**. In: **Revista Derecho Penal y Criminologia**. Volume XXXIII, n° 94. Caracas: Universidad Simón Bolívar, 2012
- IGNÁCIO ANITUA, Gabriel. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2004
- JESCHECK, Hans H. **Tratado de derecho penal: parte general**. Granada: Comares,

2002

LEMERT, E. M. **Human deviance, social problems and social control**. Nova York, 1967

LIVIANOS ALDANA, Lorenzo e MAGRANER GIL, Amalia. **Las referencias en la obra de F. J. Gall: una aportacion a los fundamentos de la Frenologia**. 1986

LYRA, Roberto. **Novas escolas penaes**. Rio de Janeiro: Canton & Reile, 1936

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito: objeto, conceito e método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

McHUGH, Peter. **A commom-sense conception of deviance**. In: **Deviance and responsibility: the social construction of moral meaning**. Nova York. 1970

MERTON, R.K. **Social Theory and Social Structure**. Glencoe: Bologna, 1957

MICHELET, Jule. *A feiticeira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992

PANDOLFO, Alexandre Costi. **A Criminologia Traumatizada: Um ensaio sobre violência e representação desde a crítica dos discursos criminológicos hegemônicos no século XX**. Porto Alegre: Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul

PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Introdução axiológica ao Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997

POZA, Antonio Pereira. **Charles Bell: naturalismo teológico y frenologia. Implicaciones sociales**. 2000

RAGAGNIN, Flavia Ivana. **El relato de las noticias sobre delito de cuello blanco. La criminalidade de etiqueta**. Universidad de La Sabana: Palabra Clave

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira: **Da contribuição da Fisiognomia e da Frenologia para as ciências do espírito e a fenomenologia hegeliana**. Belo Horizonte: Meritum

RODRIGUES MANANZERA, Luís. **Criminologia**. México: Porrúa, 1981

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos**. Madri, Civitas, 1997

RÜTHER, Werner. **La criminalidade (o 'el delincuente') através de las definiciones sociales (o etiquetamiento)**. In: *Doctrina Penal: teoria y práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires, v.1, n-14, p.749-764, 1978

SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. Madrid: La piqueta, 1999

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul, e YOUNG, Jock. **La Nueva Criminologia: contribución a una teoria social de la conducta desviada**. Buenos Aires: Amorrortu, 1997

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. Salvador: Juspodivm, 2014