

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ

THOMAS DE PAULA SANTANA

**OS ELEMENTOS RETÓRICOS QUE FUNDAMENTAM AS FUNÇÕES
DECLARADAS DA PENA: Uma visão crítica ao punitivismo**

RECIFE
2017

THOMAS DE PAULA SANTANA

**OS ELEMENTOS RETÓRICOS QUE FUNDAMENTAM AS FUNÇÕES
DECLARADAS DA PENA: Uma visão crítica ao punitivismo**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Leonardo Henrique G. de Siqueira.

RECIFE
2017

Ficha catalográfica

Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

Santana, Thomas de Paula.

S232e Os elementos retóricos que fundamentam as funções declaradas da pena: uma visão crítica ao punitivismo / Thomas de Paula Santana. - Recife, 2017.

51 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique G. de Siqueira.

Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.

Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Funções da pena. 3. Criminologia crítica. 4. Direito penal. I. Siqueira, Leonardo Henrique G. de. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

CDU

340

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

THOMAS DE PAULA SANTANA

**OS ELEMENTOS RETÓRICOS QUE FUNDAMENTAM AS FUNÇÕES
DECLARADAS DA PENA:** Uma visão crítica ao punitivismo

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Orientador (a):

Dedico esta Monografia a meus pais e aos meus irmãos que de forma direta ou indireta tornaram minha graduação possível. Todo esforço e dedicação vieram de vocês.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus e a Virgem Maria Santíssima, por terem me dado paciência e perseverança para concluir este trabalho. Louvo ao nome dele por todo o empenho e dedicação que coloquei a cada segundo digitando esta monografia. Em segundo momento, quero agradecer a minha amada mãe, Ana Paula, e meu querido pai, Gerson Junior, que operaram verdadeiros milagres em nome do meu futuro e dos meus irmãos. Tenho certeza que se eu for metade dos seres humanos que eles são, nenhum obstáculo nesse mundo será intransponível. Aos meus queridos irmãos, Thulio e Rhayanne, que estiveram juntos comigo em todas as adversidades, duas pessoas de inteligência e bondade imensuráveis. À minha família inteira, meu porto seguro.

A todos os Professores que contribuíram ao longo desses cinco anos, com seus ensinamentos, com atenção ao Dr. Aurélio Boa Viagem e Doutor Leonardo Henrique G. de Siqueira.

A sete anjos chamados Padre Edvaldo Gomes, Padre Francisco Caetano Pereira, Irmã Eliziete Cassimiro, Irmão José Arthur de Câmara Cardoso, Irmã Maria Germana, Lucrécia Cristina Santos Araújo e Dr. Eduardo Melo, sem o apoio dos quais não poderia chegar ao fim dessa jornada.

Aos meus tutores e professores, Wendel Albuquerque, Elizabeth Torres e Rosilene Gonçalves, modelos de profissionais e de seres humanos.

Por fim, aos meus estimados amigos, que não apenas me acompanharam nesta caminhada, mas também contribuíram diretamente para alegrar meus dias e para que eu me mantivesse focado em meus objetivos, especialmente Lucas Pereira, Bruno Rodrigues, Mauro Oliveira, Lucas Atanásio, Gabriel Serra e Gilson Júnior.

*Desde o início, por ouro e prata.
Olha quem morre, então, veja você quem
mata.*
(Racionais MC)

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a análise crítica das funções declaradas da pena. Ao longo dos séculos, diversos foram os discursos de legitimação do poder punitivo do estado, todos mantendo uma relação estreita com o período histórico em que se encontravam. A legitimação da pena sofreu diversas transformações, absorvendo as críticas que surgiam e adaptando-se aos interesses daqueles que manejam esse campo de poder. Essa análise é feita à luz dos avanços sociológicos e criminológicos que culminaram com o surgimento da criminologia crítica. Encerra-se o trabalho expondo a função não declarada exercida pela pena e sua relação com a estrutura capitalista.

Palavras-Chave: Funções da pena; criminologia crítica; direito penal; capitalismo; punitivismo.

ABSTRACT

the present study has as scope the critical analysis of the declared functions of the sentence. Throughout the centuries, several discourses legitimizing the punitive power of the state, all maintaining a close relationship with the historical period in which they were. The legitimacy of the penalty has undergone several transformations, absorbing the criticisms that arose and adapting itself to the interests of those who manage this field of power. This analysis is done in light of the sociological and criminological advances that culminated in the emergence of critical criminology. The paper ends by exposing an undeclared function exercised by the pen and its relation to a capitalist structure

Keywords: Functions of the penalty; Critical criminology; Criminal law; capitalism; Punitivism

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	9
2.	AS FUNÇÕES DECLARADAS DA PENA	12
2.1.	Função Retributiva da Pena	12
2.2.	Função Preventiva	16
2.2.1	Prevenção geral negativa.....	17
2.2.2	Função Preventiva geral Positiva	19
2.3.	Teoria preventiva especial.....	22
3.	A BASE EPISTÉMICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA	26
3.1	O delito e as mudanças sociológicas	26
3.2	O ponto crítico das mudanças sociológicas sobre o delito: Criminologia Crítica	31
4.	A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SEUS EFEITOS NAS TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA	35
4.1	Críticas às funções declaradas da pena.....	35
4.2	Desigualdades e a Função não Declarada da Pena	40
5.	CONCLUSÃO	46
6.	REFERÊNCIAS	48

1. INTRODUÇÃO

Entender a forma como uma sociedade se propõe a lidar com situações de desvios considerados antissociais implica não apenas em entender que valores esta sociedade (ou determinado aparelho burocrático) preconiza, mas, também, compreender a estrutura que guia esses valores. São diversos os autores que se prostraram a analisar a estruturação social e sua relação com o direito, com a atenção especial para a obra desenvolvida por Karl Marx. (MARX, 2007)

Compreender as bases estruturais das quais a pena e, conseqüentemente o direito penal, se sustenta, faz-se ainda mais importante dado o crescente ímpeto de utilizar o direito penal como instrumento de resolução para todo tipo de conflito ou problema. O tema elencado constitui ponto crucial de partida para diversos outras questões fundamentais que afloram na modernidade, como o fracasso da guerra contras as drogas, questão do aborto, a enorme crise do sistema carcerário ou mesmo a guerra contra o terror.

Neste ensejo, surge a necessidade de entender os limites e objetivos da Punição. Em suma, a função real da pena está em sintonia com os elementos retóricos que fundamentam a sua função declarada? Ao tempo em que se contrapõem os princípios norteadores da função declarada da pena, percebe-se a relação do direito penal no controle social institucionalizado de um grupo em relação a outro.

Este trabalho possui como objetivo geral compreender, por meio do método dialético, a utilização do sistema penal através da compreensão da raiz da mentalidade punitivista. Ao passo que busca evidenciar a incongruência das funções declaradas da pena com a própria ideologia liberal contemporânea e criminologia crítica, cria-se um terreno fértil para suposições no que tange a explicação da origem distorcida destas funções.

Tendo em vista os objetivos que se pretende alcançar por meio do presente trabalho, realizar-se-á uma pesquisa do tipo dialético, buscando, através da contraposição de ideologias, estabelecer uma teoria positiva na (des)construção de um sistema penal.

No primeiro capítulo será esmiuçada as teorias que fundamentaram a utilização do direito penal ao longo dos séculos e o conjunto de princípios que regem

a ideologia de defesa social. Nesta via, será apresentada as principais funções declaradas da pena, desde a pena como retribuição, até a pena como meio de prevenir a conduta delituosa.

A pena, que surge fundamentada sobre a égide da retribuição do mal, principalmente pela perspectiva da metafísica kantiana que usa das chamadas leis universais para explicar a legitimidade da punição como fomentador do bem, acaba adquirindo um viés utilitário com o surgimento do capitalismo. Destarte, estas teorias utilitárias, que vinculam a pena a uma utilidade no meio social, a saber a prevenção, são estudadas e suas premissas comuns são evidenciadas.

No segundo capítulo será apresentada o surgimento da chamada criminologia crítica, assim como sua base epistêmica. Faz-se mister ressaltar a importância de expor base epistemológica da criminologia dominante, visto que a criminologia crítica surge em função da desconstrução das premissas da chamada velha criminologia.

Assim, o capítulo expõe vários avanços no campo da sociologia e da própria criminologia liberal, que de alguma forma serviram para mitigar os paradigmas da criminologia tradicional, culminando com o surgimento da criminologia radical. Ainda neste capítulo, existe uma preocupação em definir o que de fato é a criminologia crítica, de forma a situar os citados avanços criminológicos dentro de uma teoria macrossociológica de longo alcance, ou seja, que explique a sociedade em sua totalidade.

Em seu terceiro capítulo, é realizado uma explanação das funções do direito penal através da ótica da criminologia crítica. Ou seja, a forma como a nova criminologia afetou as premissas sobre as quais as funções declaradas da pena são construídas. Será evidenciado de que forma as ideias de igualdade, bem e mal ou menos do crime como realidade ontológica, foram contrapostos pelas bases epistêmicas da nova criminologia.

Por fim, ainda neste capítulo, fruto da contraposição das funções declaradas da pena e dos postulados da criminologia crítica, o capítulo sintetiza as funções não declaradas da pena, ou a chamada função real da pena. Buscará, assim, apresentar o arcabouço teórico na tentativa de explicar a produção e aplicação do direito penal como forma de exercer um domínio de classe. Como já explicado, de forma alguma o presente trabalho busca esgotar a matéria, de fato tão rica.

Faz-se mister ressaltar a aproximação do referencial teórico adotado neste trabalho, seja ele a Criminologia crítica, com a extensa obra de Karl Marx e posteriormente dos Marxistas. Destarte, descortinada o elemento legitimador do direito penal, surge a importância de traçar a relação materialista entre a aplicação da Justiça penal e a manutenção de uma estrutura social estratificada e verticalizada.

A aplicação dos conceitos de estrutura e superestrutura no âmbito do direito penal é essencial para explicar a influência do sistema econômico não apenas na seara jurídica, mas de toda a produção cultural e nas microrelações de poder. Neste sentido, é extremamente rica a bibliografia a tratar da questão, tanto no campo puramente teórico, como também na vasta documentação empírica demonstrando a estreita relação entre variações no sistema penitenciário e variações no sistema econômico.

O descortinamento das relações ocultas de poder que direcionam o direito penal e seus institutos punitivos tão enraizados e naturalizados em nossa civilização, per si despende à uma reflexão potencialmente revolucionária e modificadora do status quo. Nada obsta, todavia, um momento reflexivo posterior a crítica desenvolvida ao direito penal compreendido atualmente.

2. AS FUNÇÕES DECLARADAS DA PENA

A pena surge em congruência com o próprio direito penal, assumindo elemento basilar na construção lógica deste ramo do direito. Todavia, é importante salientar que a própria noção de punição e suas funções foram sendo modificadas. As funções da pena e o discurso retórico que o legitima foram evoluindo, no sentido adaptativo, em paralelo com as mudanças estruturais que ocorreram nas sociedades com o passar dos séculos.

2.1. Função Retributiva da Pena

Destarte, as teorias da pena consistem em repostas sociais, que geralmente emanam de alguma autoridade diretamente ou indiretamente, ao que se convencionou chamar de criminalidade. Não necessariamente esta é a única resposta, mas é esta que recebe o caráter de oficial.

Neste sentido, a primeira teoria que surge como elemento legitimador da punição é a teoria Retributiva ou também chamada de Teoria absoluta da pena. O enfoque desta teoria é no crime cometido, de forma que a pena visa compensar o mal que representa a mera existência do crime.

A teoria Retributiva tem estreita relação com o Idealismo Alemão e com a Ética kantiana. Kant foi responsável por desenvolver em sua obra, com atenção especial para A metafísica do Costumes, os axiomas básicos de fundamentação da retribuição como função da pena. Apesar de não ter escrito exatamente sobre o direito penal, Kant é considerado por muitos como o principal autor dos fundamentos da teoria retributiva. Kant considerava a pena como uma resposta adequada à culpabilidade do sujeito. Pelo fato de se debruçar sobre o aspecto da culpabilidade, o autor alemão lançou luz sobre vários pensamentos a respeito do livre arbítrio. O homem nesta linha filosófica seria aquele capaz de deter conhecimento e, desta forma, por possuir razão, seria livre para decidir. Como o autor expôs, “a faculdade apetitiva considerada menos com relação à ação (como o arbítrio) do que com relação a princípio que determina o arbítrio à ação”. (KANT, 1993, p 21)

Kant utiliza-se da metafísica e mesmo das chamadas leis universais da física para fundamentar a legitimidade da punição. A coerção proveniente da

punição e da retribuição a um mal é encarada pelo autor como um elemento garantidor das liberdades. Neste aspecto, O filósofo prussiano argumenta:

A resistência que se opõe à obstaculização de um efeito fomenta esse efeito e concorda com ele. Ora, tudo aquilo que é não conforme o Direito é um obstáculo à liberdade segundo leis universais; mas a coerção é um impedimento ou resistência com que se defronta a liberdade. Consequentemente, se um determinado uso da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (i.e., não conforme com o Direito), a coerção que se lhe opõe, como impedimento a um obstáculo à liberdade, está de acordo com a liberdade, quer dizer: é conforme ao Direito. (KANT, 2011, p. 44-45)

É latente a influência dos conceitos elaborados por Kant no Direito moderno. O ordenamento jurídico Brasileiro, ao abarcar a culpabilidade, remete ao imperativo categórico kantiano a noção de liberdade provinda do conhecimento como condição vinculante do agir de acordo com a lei, ou seja, a razão condiciona o livre arbítrio. Consoante preceituam Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “esse conceito é um conceito de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse”. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2008, p 518.)

A realidade na qual se analisa a culpabilidade do indivíduo possui duas faces, uma externa e outra interna. No âmbito externo é exposto a incongruência da ação do indivíduo com a norma, para, a partir do âmbito interno, definir se o mesmo tinha capacidade de decisão e exercício do livre arbítrio. Desta forma, é sobre essa realidade metafísica que o direito penal se debruça.

Em fato, o imperativo categórico ao mesmo tempo em que pressupõe e define a liberdade humana, também é o fator de condicionamento da mesma. O indivíduo é livre por ser racional e esta mesma liberdade é o que obriga o indivíduo a seguir o imperativo categórico. Desta forma, o indivíduo que delinque, indo de encontro a observância a lei penal, é passível de culpa pelo mero sentimento contrário a esta ordem moral universal. Neste viés, o imperativo categórico funciona como um pilar fundamental para sustentar a função retributiva da pena. A pena, como explicado, funciona como reação estatal a ação que contrapõe a norma penal que proíbe ou manda a realização de determinada conduta.

Vale ressaltar que, apesar do enfoque da pena como instrumento de Retribuição, a obra de Kant faz menção a outros efeitos da pena. Na metafísica dos

costumes, o autor cria um cenário hipotético em que dois naufragos disputam uma tábua para evitar o afogamento. Kant argumenta que neste caso, o direito de necessidade prevalece, visto que o medo atual da morte não pode se submeter a um medo futuro, que é a punição do estado. Neste exemplo, é evidente o efeito preventivo que a pena representa. Em suas palavras: “em tal caso, uma tal lei não pode ter o efeito visado; pois a ameaça de um mal, que ainda é incerto (a ameaça de morte por efeito de sentença judicial), não pode prevalecer sobre o medo de um mal que é certo (quer dizer, morrer afogado)” (KANT, 2011, p. 51)

Como Hegel elucida em sua teoria lógico-jurídica, a punição surge como uma negação do crime e, conseqüentemente, como uma afirmação do direito e de uma ordem natural. A Filosofia Hegeliana contrapõe o Delito e a pena, colocando-as em uma relação dialética. Desta forma, Hegel rejeita uma análise subjetiva do crime, descartando o enfoque no criminoso ou na vítima. A pena, neste sentido, não se faz necessária consolar a vítima ou reintegrar o delinquente. É desprovida de racionalidade a justificação de um mal pelo simples fato de que alguém sofreu um mal equivalente. (ALBERGARIA, 1996, p. 20)

Como posto, Hegel e Kant consideravam inócua e sem sentido a tentativa de justificar a punição meramente com base no bem que ela poderia acarretar para a sociedade, seja como forma de prevenção ou mesmo de compensação da vítima, por exemplo. A real função da pena se enquadra exclusivamente na noção de Justiça. (FÖPPEL, 2004, p.17)

O direito, nesta corrente filosófica, pode ser entendido como a expressão da vontade geral, algo como o espírito da sociedade, logo advindo de uma vontade proveniente da razão humana. Neste sentido, a prática delituosa iria de encontro ao direito e, por conseguinte, à própria razão. Pode-se contrapor o direito como sendo o espírito de coletividade e o delito como a materialização do pensamento individual.

Os dois autores estabelecem a igualdade punitiva como elemento essencial desta teoria da pena. A chamada violência contra a violência, que representa a pena, deve obedecer a medidas equivalentes, de forma a conservar o estado natural anterior à violência.

Nas teorias absolutas, a pena é observada de forma idealista, sobre a base do dever ser. Neste sentido Paulo Queiroz explica que:

Convém dizer que, tanto em KANT quanto em HEGEL, a justificação da pena é uma justificação 'idealista'. Significa dizer que o direito penal de que aí se trata não é o direito como ele é, histórica e praticamente, mas como deve ou deveria ser, idealmente falando. Daí porque, ainda que tal fundamentação do direito de punir não tenha correspondência na realidade jurídica, nem por isso tal teorização perde o seu significado e o seu valor. (QUEIROZ, 2005, p.19)

O perigo de analisar a pena apenas sobre a égide da retribuição e da reposita a atos que se distanciam do imperativo categórico é desvincular a pena dos valores democráticos no que tange a proteção dos indivíduos ante ao poder absoluto e opressor do Estado. Desta maneira, foi possível legitimar todo tipo de pena bárbara e atrocidades do estado.

Não é nenhum exagero a relação traçada entre as punições fundamentadas pelas teorias retributivas e um processo de expiação dos pecados. Desenvolvidas ainda da época do domínio religioso, estas teorias possuem um ranço forte das noções de vingança e reequilíbrio. Apesar de não aprofundar a questão do medo, este sentimento, juntamente com a culpa, sempre foi algo muito presente na ideia de punição, de forma a facilitar a aplicação e aceitação da mesma. (CIRINO, 2008, p. 462)

O pretense bem intrínseco à punição e sofrimento dos culpáveis, também merece um olhar crítico. Primeiramente, vale ressaltar o problema de legitimidade na definição de bem e mal que pressupõe a teoria retributiva.

O "bem" ou a reparação do mal de que se refere as teorias absolutas, parece apenas o mero sentimento satisfação sádica pelo sofrimento alheio.

Neste sentido, fala Nietzsche:

Nesta esfera, a das obrigações legais, está o foco de origem desse mundo de conceitos morais: 'culpa', 'consciência', 'dever', 'sacralidade do dever' - o seu início, como o início de tudo grande na terra, foi largamente banhado de sangue. E não poderíamos acrescentar que no fundo esse mundo jamais perdeu inteiramente um certo odor de sangue e tortura? (...) em que medida pode o sofrimento ser compensação para a 'dívida'? Na medida em que fazer sofrer era altamente gratificante, na medida em que o prejudicado trocava o dano, e o desprazer pelo dano, por um extraordinário contraprazo: causar o sofrer - uma verdadeira festa, algo, como disse, que era tanto mais valioso quanto mais contradizia o posto e a posição social do credor. (...)

Ver-sofrer faz bem, fazer-sofrer mais bem ainda - eis uma frase dura, mas um velho e sólido axioma, humano, demasiado humano (...) Sem crueldade não há festa: é o que ensina a mais antiga e mais longa história do homem - e no castigo também há muito de festivo! (NIETZCHE, 1998, p.55)

Também discorre sobre esta época o filósofo francês Michael Foucault, a que chama período dos suplícios:

O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos “excessos” dos suplícios, se investe toda a economia do poder. (FOUCAULT, 1987, p.31)

2.2. Função Preventiva

Elucidado os fundamentos da teoria retributiva da pena, faz-se mister esclarecer que a retribuição como função da pena não necessariamente é posta de forma isolada. Existem teorias mistas que não consideram a função preventiva e retributiva como excludentes, ou outras que entendem que a pena possui natureza retributiva, mas cumpre uma função preventiva.

Isto posto, considera-se que, para além da função ético-social da pena, ou seja, a pena como forma de defender os bens jurídicos penalmente tutelados, a pena também cumpre uma função de prevenção e manutenção da ordem social. Neste sentido, contrapõe as teorias absolutas, que se pautam em fatos pretéritos, os delitos já cometidos, ao passo que a teoria preventiva tem como escopo uma pretensão futura.

A pena, concomitantemente com o desenvolvimento do estado moderno, passa a ter um caráter mais humanitário, ao menos no discurso oficial. É atrelada à pena a noção de utilidade, visto que anteriormente a pena era muitas vezes considerada um fim em si mesmo. Todavia, Foucault ressalta, em sua obra *Vigiar e Punir*, que o alvo da crítica dos reformadores não era necessariamente o grau de crueldade das punições, mas a sua irregularidade, proveniente do poder absoluto dos monarcas. Em resumo, o que se visava combater era a má economia do poder punitivo, mais uma vez reiterando a noção de utilidade da pena. Michael Foucault ainda faz um paralelo entre o utilitarismo na economia da pena com as ideias utilitaristas que surgem com a ascensão da burguesia ao poder. (FOUCAULT, 1987, p.28)

Esta prevenção pode ser categorizada a priori de Prevenção geral, que incide sobre a relação pena e estrutura social, e, ainda, a prevenção especial, que

se relaciona com os mecanismos penais para impedir que o indivíduo alvo da persecução penal volte a delinquir.

Ademais, a prevenção geral pode ser dividida em duas categorias extremamente relevantes, a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva. A prevenção geral negativa é a faceta mais primitiva desta teoria, relaciona-se com o caráter intimidatório da pena e dos efeitos inibidores que a pena produz em determinada sociedade. No que tange a prevenção geral positiva, com base nos escritos de Günther Jakobs, esta seria entendida como o efeito de negação do crime, uma vez que a pena, em sua visão, configura-se como uma confirmação de legitimidade do organismo sociais, compreendendo sua autoridade, instituições e o próprio ordenamento jurídico. (QUEIROZ, 2005, p. 39)

2.2.1 Prevenção geral negativa

A pena como meio de prevenção geral negativa atua num nível de psicologia social. Por esta teoria, entende-se que a pena ou a certeza de punição possuem poder de ameaça em determinada sociedade. Desta forma, postula que o indivíduo, ao ponderar sobre as vantagens de cometer um ato de delinquência e as desvantagens de receber a punição, acabara optando por não delinquir em face do mal e do medo provocado pela pena.

Vale ressaltar que tal ponderação aqui explicitada é realizada em um nível emocional e não necessariamente racional. Desta forma, o fundamento da pena é o medo que a persecução penal gera no indivíduo, impedindo-o de cometer atos em desacordo com a lei.

Neste Viés, Anselm von Feuerbach foi um proeminente autor no desenvolvimento dos postulados acerca da prevenção geral. No seu entendimento, a pena age como contra-motivo para interromper potenciais criminosos. Apenas a coerção física não seria o suficiente para defender os bens jurídicos, então surge a necessidade, de acordo com Feuerbach, da pena como coerção psicológica.

Leciona o Jurista alemão:

Se é necessário impedir de todas as formas as lesões jurídicas, então deve haver outra coerção junto à física, que antecipe a consumação da lesão jurídica e que, proveniente do Estado, seja eficaz em cada caso particular, sem que seja requerido um conhecimento prévio da lesão. Uma coação dessa natureza só pode ser de índole psicológica" (FEUERBACH ,1989, p. 60).

A psicologia social desenvolvida por Feuerbach atuava sobre dois Momentos. Primeiramente seria função da autoridade legislativa propor a norma em que ficasse clara a associação entre a prática delituosa e o mal como consequência necessária. Por fim, caberia a autoridade estatal por meio do judiciário a efetiva execução da pena. (QUEIROZ, 2008, p.88)

Todavia, é importante mencionar as teorias preventivas que decorrem da análise econômica e utilitarista do direito penal. Estas não se confundem com a função preventiva postulada por Feuerbach. Neste viés utilitário, o indivíduo é estudado sob o prisma do homo economicus (homem econômico), ator racional ou maximizador racional.

A ideia central da teoria preventiva geral negativa pela ótica economicista é de que o indivíduo que delinque e aquele que obedece às normas penais não são tão relevantes, sendo ambos seres racionais, que reagem e respondem às demandas do ambiente. Neste sentido, é ampliado a ideia de mercado para o cotidiano. A pena passa a funcionar como um preço, que a depender do valor, não apenas em termos absolutos, altera a demanda. Em resumo, é a lei da oferta e demanda aplicada no âmbito do direito penal.

Faz-se mister salientar que a função de prevenção geral negativa é alvo de diversas críticas, mesmo ideologias de com viés liberal e finalista da pena. Autores como Luigi Ferrajoli, alertam para o risco de fundamentar a pena apenas sobre a égide da prevenção geral negativa, visto que não é imposto um limite para os atos que podem ser punidos. Ademais, sendo a função da pena apenas a intimidação, existe a tendência de punir de forma desenfreada para que manter a sociedade em estado de medo de cometer crimes. Neste aspecto, é evidente a relação entre a teoria preventiva geral negativa da pena e as ideias de Direito Penal máximo ou de estados totalitários.

Ferrajoli traça, ainda, a relação entre a teoria geral negativa com os escritos de Nicolau Maquiavel:

Acrescento que uma prática penal orientada pela função dissuasiva da imposição e não da ameaça da pena pode efetivar-se em punição discricionária e desigual, segundo as conveniências políticas ou o alarme social, em relação aos quais o condenado é destinado a servir como “bode expiatório”. Com efeito, o seu inspirador é aquele de que “os fins justificam os meios”, oposto àquele da visão kantiana e característico da ação política de Maquiavel em diante, constituindo o seu êxito prático na submissão das razões jurídicas às razões políticas ou de Estado que, como adverte Gustav Radbruch, resolvem-se sempre no “terrorismo penal”. (FERRAJOLI, 2006, p. 258)

Outra crítica exposta é carência de um corpo empírico que fundamente a ideia do direito penal como instrumento eficiente de repressão de atos delituosos em função do medo que provoca. A título exemplificativo, observamos o problema da guerra contra às drogas, onde desde o século passado existe um gradativo aumento da perseguição do estado ao comércio, ao passo que o número de usuários e indivíduos encarcerados apenas aumenta.

2.2.2 Função Preventiva geral Positiva

A função preventiva geral positiva também tem incidência sobre a sociedade, porém de forma a reforçar a crença no poder de atuação da autoridade e do próprio ordenamento jurídico. Neste aspecto, a pena surgiria como instrumento de conservação do sistema ou serviria ao bom funcionamento do corpo social.

Desta feita, a prevenção geral positiva desloca o enfoque do direito penal sobre o medo e a intimidação provocados pela pena para o caráter didático do direito penal no que tange a internalização dos valores sociais vigentes. Como explicitado, a teoria preventiva se relaciona com a potência de crime, ou seja, busca evitar atos delituosos, e não exatamente realizar uma defesa atual do bem jurídico penalmente tutelado, visto que, via de regra, a atuação do direito penal ocorre após a lesão ao bem jurídico. Assim, a atuação defensiva ocorre de forma futura, ao tempo que a pena serve para reformar os conceitos ético-normativos da sociedade.

Como elucida Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, a função preventiva não apenas incide na prevenção da espécie criminosa, mas também da ocorrência de reações informais ao delito, mantendo o sentimento de confiança na autoridade estatal. Desta forma, pena surge como forma de evitar a violência. Em tese, a função preventiva amplia a tutela jurisdicional do direito penal, servindo para proteger a sociedade dos atos criminosos e proteger igualmente o indivíduo que pratica esses atos. (JUNQUEIRA, 2004, p. 7)

É possível, ainda, dissecar a teoria da prevenção geral positiva em três fins. O primeiro fim refere-se a função didática da pena e do direito penal, vez que estes transmitiriam aos cidadãos os fundamentos éticos da sociedade. Em segundo plano, a pena serviria para reforçar no povo o sentimento de confiança na atuação do direito penal e, por conseguinte, do Estado. Por fim, a aplicação da pena geraria

para a população o sentimento de pacificação, uma vez que o conflito estaria teoricamente solucionado.

A resposta social ao ato delituoso, de acordo com uma perspectiva sistêmica, tem como função principal restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a instabilidade do sistema e para a integração social (BARATTA, 2004, p. 3). A prevenção geral positiva pode ser dividida em duas categorias, que, apesar de não esgotarem a matéria, servem aos fins didáticos deste trabalho. Existe, então, a prevenção geral positiva fundamentadora e a prevenção geral positiva limitadora.

“Portanto, a reação punitiva, a partir de uma perspectiva sistêmica, terá como função principal restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a instabilidade do sistema e para a integração social (BARATTA, 2004, p. 3)

O viés fundamentador da prevenção geral positiva reitera todos os fins de prevenção apresentados até este presente momento. Sua função é a confirmação dos valores éticos sociais e a satisfação das expectativas sociais. Todavia, a grande característica desta categoria é seu enfoque único a estes elementos de prevenção social.

Como fundamenta Gunther Jakobs, através da perspectiva da teoria preventiva geral positiva fundamentadora, o direito penal não teria, a priori, a função de defender os bens jurídicos, mas de prezar pelo funcionamento da ordem social através da manutenção da crença no ordenamento jurídico e vigência das normas. Não existe, nesta teoria, a limitação dos bens jurídicos para atuação do direito penal, visto que este não seria o objetivo primário deste, apenas a função de prevenção.

A partir dessas noções, chega Jakobs (2005, p. 33) a uma concepção de ordenamento jurídico:

[...] o direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas. Portanto, o direito penal como proteção dos bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens, é protegida das ameaças de outra pessoa. [...]. Seja como for, o reconhecimento da devida atribuição de responsabilidade em função da 250 Revista de Informação Legislativa teoria da imputação objetiva é, queiramos ou não, o reconhecimento de uma ordem estabelecida em função de papéis, isto é, em função das relações entre as pessoas, e isto significa, por sua vez, em função de determinadas expectativas normativas, ou seja, de normas que não são, por sua vez, bens de pessoas determinadas”. (JAKOBS, 2005, p. 33).

Desta feita, o enfoque fundamentador da teoria preventiva geral positiva padece do mesmo mal que assola a teoria preventiva geral negativa, seja ele o perigo de se instituir um direito máximo e o autoritarismo. Em face deste problema, surgem outras teorias que, mesmo reiterando os aspectos preventivos da pena, condicionam a sua atuação aos bens jurídicos tutelados, de forma a tentar limitar a utilização desenfreada e potencialmente autoritária do direito penal. São alguns nomes relevantes na produção desta teoria os autores Mir Puig e Claus Roxin.

Em face do problema relatado com as outras teorias preventivas, foi necessário a criação de uma teoria que estabelecesse mecanismos de limitação da ampliação do direito penal e de sua própria aplicabilidade. As teorias preventivas gerais positivas com o viés limitador reiteram a função de prevenção social do direito e do seu papel como transmissor dos valores que determinada sociedade preza, todavia, limita esta atuação ao grau de culpabilidade do indivíduo e suas garantias como cidadão. Ademais, o direito penal deveria estar atuando de forma subsidiária na proteção dos bens jurídicos, algo totalmente rejeitado nas outras teorias acima estudadas.

Mir Puig, considerado o maior defensor da visão limitadora da pena como função de prevenção geral positiva, retira o enfoque da prevenção da sociedade, para o próprio estado. Através desta perspectiva garantista, Mir Puig busca limitar o *jus puniendi*, aliando à sua teoria elementos das teorias de prevenção especial positiva, como a ideia de ressocialização. (FÖPPEL, 2004, p. 36-37).

Não obstante a crítica de algumas autores, como Gamil Föppel, na categorização da teoria de Roxin como preventiva geral positiva limitadora, vale destacar o posicionamento garantista do autor. Ao se referir ao estado, que em sua visão possuía a mesma função do direito penal e, conseqüentemente, da pena, Roxin elucida que o estado tem como finalidade a proteção dos bens jurídicos essenciais e a prestação de seus cidadãos. (FÖPPEL, 2004, p. 75)

Destarte, o Roxin impõe uma série de limitações ao poder de punir do estado. Em sua visão, o direito penal deve atuar de forma subsidiária, sendo sempre *ultima ratio*, quando nenhuma outra forma menos danosa de resolução de conflito possa prevalecer. O direito penal não deveria ater-se às questões meramente morais, por exemplo. Por fim, cabe destacar a importância da culpabilidade na teoria de Roxin. Diferentemente da culpabilidade na teoria retributiva, que funcionava como mera justificção para retribuição, Roxin coloca a culpabilidade como elemento de

limitação do poder de punir do estado, visto que o individuo deverá responder aos seus atos perante a comunidade, na medida de sua culpabilidade. (ROXIN, 1986 p.35).

Percebe-se que o discurso oficial no que tange a aplicação da pena absorveu duas importantes críticas, tornando a retórica da punição com um caráter mais eficiente e democrático. Limitar a atuação do direito penal às garantias constitucionais permite que esta teoria se mantenha em sintonia com os valores do estado democrático de direito. Ademais, é relevante salientar que tal teoria é mais sofisticada em termos de eficiência, vez que na prevenção geral negativa, o enfoque é no medo humano, algo bastante volátil e atual, ao passo que a prevenção geral positiva funciona numa perspectiva de assimilação e internalização das normas éticas.

2.3. Teoria preventiva especial

Para as teorias preventivas, apesar de representar uma entidade nociva, de cunho político, distante das sensibilidades sociais, a pena deve estar ligada à prevenção. Para tanto foram criadas as Teorias da Prevenção Geral e Especial, instrumentos que evitam a definição da pena como um meio estrito de punição, com um fim em si mesmo, mas como uma ferramenta ambivalente, que também visa a prevenção à longo prazo.

Como explicado, a corrente positiva da prevenção geral acredita na carga axiológica do direito penal, declarando ser a afirmação dos valores o verdadeiro fim do instituto. Desta forma, a teoria acredita que a criminalização em si vincula o comportamento do resto da sociedade, a partir da observação de um padrão social consentido. Nesta vertente, o meio punitivo implica numa estabilização social geradora de confiança. Tal noção vai de encontro com a corrente negativa da prevenção geral, a qual defende a pena como um meio de intimidação social, um instrumento de dissuasão.

Neste interim, várias teorias preventivas especiais têm como pressuposto o delito natural, conceito que será estudo em um momento posterior neste trabalho. Basicamente, considera-se que existe um núcleo de delitos que atentam contra os interesses do quais partilham todos os membros da sociedade. Os crimes que se afastam deste núcleo seriam ameaças políticas.

Proposta nas vertentes positiva e negativa, a Teoria da Prevenção Especial, num plano geral, tem como escopo o afastamento do delinquente à reincidência, de forma que, na versão positiva, a teoria busca atingir tal objetivo a partir da ressocialização do indivíduo, se valendo de medidas corretivas, como o cárcere. Na versão negativa, por outro lado, a teoria utiliza a segregação do criminoso como meio de evitar o retorno às vias delitivas.

Como se vê, a teoria da prevenção especial, cujo um dos seus principais autores fora o jurista Franz von Liszt, visa estritamente o indivíduo em detrimento da coletividade, a partir do afastamento de interesses difusos. Não obstante, a medida aplicada contra o delinquente visaria sanar um problema social. Tal medida seria aplicada de forma proporcional à periculosidade do sujeito, de acordo com os princípios de isonomia.

Assim, O jurista Von Liszt, autor da obra Programa de marburgo, foi responsável por apresentar uma teoria que delimitava o caminho da ressocialização para os sujeitos corrigíveis, e o caminho da inocuização para os supostamente incorrigíveis, conceitos representados pelas suas vertentes positiva e negativa, respectivamente. Ainda em seu livro *Das deutsche Reichsstrafrecht*, renomeado para *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*(Tratado de Direito Penal Alemão), Von Liszt reitera seu posicionamento de que o direito penal protege os bens jurídicos, incidindo sobre aquele indivíduo que comete uma ato criminoso, de forma que não volte a cometer outros atos contrários à lei. (LISZT, 1899, p.100)

Ainda nesta via, Gamil Foppel cita Von Liszt quando afirma: “a função da pena e do direito penal era a proteção de bens jurídicos por meio da incidência da pena sobre a personalidade do delinquente, com a finalidade de evitar futuros delitos” (FÖPPEL, 2004, p 27).

Existe uma perspectiva sensivelmente positivista nos postulados das teorias da prevenção social, sendo Enrico Ferri e Lombroso grandes entusiastas do crime como fenômeno natural. Assim, o crime deveria ser estudado sob um viés cientificista, utilizando-se de métodos empíricos para que fosse possível, por meio da pena, traçar formas de controlar o problema da criminalidade. Todavia, apesar do forte viés determinista dos dois autores, Ferri, diferentemente de Lombroso, acreditava que para além das causas naturais, o crime também era um fenômeno relacionado com as condições sociais do indivíduo. Nesta via, afirma Ferri:

A partir desse momento, nada poderia ser mais natural do que o surgimento de uma nova escola, cujo objetivo era fazer um estudo experimental da patologia social em relação aos seus sintomas criminais, a fim de tornar as teorias do crime e da punição em harmonia com os fatos cotidianos. Esta é a escola positiva do direito penal, do qual o objetivo fundamental é estudar a gênese natural da criminalidade no crime e nas condições físicas e sociais de sua vida, de modo a aplicar os remédios mais efetivos para as várias causas do crime (FERRI, 1996, pag. 10) [tradução nossa].

Em face da atualidade que compreende as teorias preventivas especiais, sem prejuízo das críticas da criminologia radical às funções declaradas da pena, que serão expostas posteriormente neste trabalho, vale mencionar que tal função é alvo de críticas dentro do próprio campo liberal da criminologia. Segundo os ensinamentos de Cézaro Roberto Bittencourt, o tratamento penitenciário é falho em três segmentos: A precariedade absoluta das condições de vida que o interior prisional oferece; o desrespeito aos direitos fundamentais do infrator diante da aplicação do tratamento penitenciário absolutamente deficitário, além da ausência de meios eficazes e de pessoal capacitado para colocar em prática um tratamento penitenciário adequado. (BITTENCOURT, 2017)

A prevenção especial na sua modalidade positiva tenciona a ressocialização do infrator a partir de um processo de reeducação, tendo a pena uma função de utilidade tanto para este quanto para a sociedade, a médio e longo prazo.

Dito isto, cabe observar o grande número de críticos à teoria. O cerne da argumentação se dá quanto à incapacidade de ressocializar do sistema carcerário nacional, muitas vezes responsável, na verdade, por dessocializar o apenado, funcionando como uma escola do crime. Diante da exposição ao ambiente carcerário, o indivíduo é corrompido, havendo uma espécie de incorporação à cultura carcerária, uma vez que o cárcere passa a ser a ideia de sociedade única imposta aos seus submetidos.

Trata-se, então, de uma tentativa de reconfiguração subjetiva do infrator, de modificação do seu interior e desconsideração das suas raízes pouco abastadas. Para Claus Roxin, a teoria levanta alguns questionamentos quanto a isso: “o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter à tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Por que não hão de poder viver conforme desejam os que o fazem a margem da sociedade – quer se pense em

mendigos, prostitutas ou homossexuais? Será a circunstancia de serem incômodos ou indesejáveis para muitos concidadãos, causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias? ” (ROXIN, 1986, p. 22)

Em face do que foi explicada, é possível concluir que o ponto de interseção entre as teorias gerais positivas e as teorias preventivas é congruência com os modelos de análise que surgem na modernidade e com o iluminismo. O direito penal moderno e a pena passam a ser encarados como um instrumento do estado que, a partir de um viés cientificista que se pressupõe capaz de compreender em sua totalidade o fenômeno do crime, aqui tido como um objeto de estudo cognoscível e que interage em uma relação de causa e efeito, resolveria ou controlaria o problema da criminalidade.

3. A BASE EPISTÊMICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A chamada Teoria Crítica, ou teoria radical, possui como marco inicial a obra dos autores Georg Rusche e Otto Kirchheimer, o livro *Punição e Estrutura social*. Como explica Sergio Salomão Shecaira, a obra dissecou a ideia de pena em seu contexto histórico, relacionando a existência dos mecanismos de punição com os meios de produção da sociedade. Na obra, evidencia-se que as mudanças ocorridas na forma de punir estão associadas com os interesses da classe dominante. (SHECARIA, 2013, p. 279)

Ao tratar do direito penal e o surgimento do capitalismo, Rusche e Kirchheimer, descrevem as mudanças no sistema penal da Itália e Alemanha entre os Séculos XIV e XV. Nesta via, elucidam Georg Rusche e Otto Kirchheimer:

A transição ao capitalismo entre os Séculos XIV e XV, levou à criação de leis criminais mais duras, dirigidas contra as classes subalternas. O crescimento constante do crime entre os setores do proletariado empobrecido, sobretudo nas grandes cidades, tornou necessário às classes dirigentes buscar novos métodos que fariam a administração penal da lei penal mais efetiva. O sistema de penas, com seu regime duplo de punição corporal e fianças, permaneceu imutável, exceto, no entanto, pelas diferentes aplicações da lei, feita de acordo com a classe social do condenado. Variações no tratamento de categorias diferentes de delitos e delinquentes tornaram-se mais pronunciadas. (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2004. p. 31)

3.1 O delito e as mudanças sociológicas

Todavia, a compreensão da base epistêmica da criminologia crítica não pode ser feita de forma isolada, por seus próprios pressupostos. A criminologia crítica encontra-se no ponto de intersecção de diversas mudanças de paradigmas nas ciências sociológicas e, também, na criminologia de caráter liberal.

No que tange as mudanças no campo da sociologia, é imprescindível citar as contribuições do sociólogo Émile Durkheim. Em sua obra, *As regras do método sociológico*, o pensador introduz o conceito de desvio, juntamente com noção de anomia. Partindo de uma perspectiva organicista, a sociedade funcionaria como um organismo vivo, sendo o desvio como algo típico dentro da sociedade, cumprindo

uma função importante dentro dessa estrutura, visto que a reação social ao desvio reitera os valores sociais e estabiliza o organismo. Como explica Vera Malaguti: O desvio, que no limite produziria a anomia, estaria relacionado com a não aceitação do papel social atribuído pela divisão social do trabalhador (VERA MALAGUTI, 2011).

Assim, o sociólogo foi responsável por contrapor várias das noções positivistas sobre o fenômeno do delito. O crime passou a ser visto através de uma perspectiva macrosociológica, ao passo que o enfoque foi retirado do delinquente e passou a ser os fenômenos sociais que surgem a anteriormente e posteriormente ao crime. Nas palavras de Durkheim:

É preciso renunciar ao hábito, ainda demasiado corrente, de avaliar uma instituição, uma prática, uma máxima social ou moral, como se fossem boas ou más em si e por si, para todos os tipos sociais indistintamente. Um fato social não pode, pois ser considerado normal para uma espécie social determinada senão em relação a uma fase, igualmente determinada, do seu desenvolvimento. (DURKHEIM, 1977, p. 49).

Ainda na seara das mudanças sociológicas que se condensaram no surgimento da criminologia radical, faz-se mister citar o trabalho Estrutura social e anomia de Robert King Merton. Merton faz uso do conceito de desvio do Durkheim, todavia nega a perspectiva de sociedade integradora, que remete a ideia de consenso social, do sociólogo francês.

O funcionalismo proposto por Merton coloca a conceito de desvio como produto da contradição entre cultura e estrutura social, ou seja, relaciona-se com a divergência entre os meios e os fins. Em resumo, a cultura transmite metas e expectativas sociais ao indivíduo, ao passo que também determina regras institucionais para alcançar tais metas. Todavia, a estrutura social oferece aos indivíduo meios e possibilidades diversas, a depender de onde o indivíduo está inserido na estratificação social, para alcançar tais metas. (MERTON, 1970, pag 205)

Destarte, Merton não coloca o desvio como sendo uma perturbação do sistema ou como um mal, mas como um produto da estrutura e algo esperado. “Isto significaria que a estrutura social não tem somente um efeito repressivo, mas também, e, sobretudo, um efeito estimulante, sobre o comportamento individual. ” (BARATTA, 2011, pagina 22).

Apesar de reiterar, mesmo que sem a intenção, a noção errônea do crime como sendo algo ontológico das classes baixas, é inegável a contribuição dessas escolas sociológicas para o que viria a ser a criminologia radical. Presenciamos nestas teorias uma paulatina desconstrução do Ser e do Dever ser como campos isolados, assim como o estudo criminal através de uma ótica macrossociológica, que aos poucos estava inserindo o fenômeno crime dentro das relações sociais estruturais. Outro ponto que merece destaque foi a abertura que essa visão dessacralizadora do desvio e do comportamento esperado possibilitou para outros estudos, como a obra de Sutherland sobre os crimes do colarinho branco.

No âmbito dos avanços ocorridos nas ciências criminológicas no século 20, é de extrema importância a citação do marco teórico que representaram os estudos de Edwin Hardin Sutherland no que tange a chamada cifra negra e os crimes do colarinho braço. Em 1940, Sutherland publicou na *American Sociological Review*, um artigo chamado *White collar criminality*, onde abordava de forma detalhada a criminalidade proveniente das classes sociais mais ricas. Sobre sua obra, explica Sutherland:

Economistas estão familiarizados com as estratégias de negócios, mas não estão acostumados a considerá-las do ponto de vista criminal; e os sociólogos estão familiarizados com o crime, mas não estão acostumados a considerá-lo em sua expressão no mundo dos negócios. Este artigo pretende integrar estes dois campos do conhecimento. (SUTHERLAND, 1940, p.01)

O trabalho desenvolvido por Sutherland foi responsável por trazer diversos questionamentos acerca da utilização acrítica dos dados da criminalidade fornecidos pelas autoridades estatais ou que utilizassem estas autoridades como fonte primária. As teorias criminológicas tradicionais tomavam como ponto de partida os dados colhidos através da análise do sistema penal. Desta forma, os estudos acabavam por ter como pressuposto a criminalidade como algo praticamente exclusivo das classes sócias que não detinham o poder econômico.

Em função da ausência de dados e do já mencionado problema da utilização das estáticas oficiais da justiça criminal, Sutherland optou por desenvolver alterações nas metodologias de estudos criminológicos mais tradicionais. Visto que dificilmente o sistema penal julgava crimes econômicos, o Sociólogo coletou dados de órgãos de controle administrativos, agências reguladoras ou mesmo de outras

esferas da justiça, como os litígios julgados pela justiça cível. Ademais, outro aspecto relevante na metodologia utilizada, foi não ficar limitado às sentenças criminais condenatórias, uma vez que era notório a influência e interferência de grupos de poder das decisões dos juizes.

Ademais, Sutherland não ficou limitado à tipologia penal. Lola Anyar explica:

Devemos notar que para Sutherland é delito, não só o que é sancionado pelo Código Penal, mas também o que é sancionável pelo código penal, quer dizer, o que causa um dano importante aos interesses da comunidade, ainda que não esteja previsto pelo código penal; Bastando que se encontre em leis especiais, apenado multas, suspensão de licenças, etc. Isto permite desenvolver o seu conceito de crime do Colarinho Branco, que de outra maneira não se poderia sustentar sobre a tradição da criminologia conservadora para a qual os estudos criminológicos devem ter como objeto, somente os fatos definidos pelo código penal (LOLA ANYAR, 1983, p. 73)

Neste sentido, foi possível constatar uma ampla criminalidade, aqui entendido como a conduta que atente contra os interesses sociais, nas denominadas classes do colarinho branco, que não eram alvo do sistema punitivo. Não obstante a criminalidade presente nas classes que detêm o poder econômico terem a mesma natureza da criminalidade das classes baixas foi possível identificar uma gritante diferença de enfoque e tratamento no combate por parte das autoridades oficiais.

O estudo dos crimes do colarinho branco evidencia que o sistema punitivo, ou seja, o aparato policial, os promotores, o judiciário, etc. perseguem a criminalidade que ocorre nas classes baixas, ao passo que a criminalidade que ocorre nas classes altas é completamente negligenciada, ou apenas fica restrita ao âmbito das resoluções da esfera civil e administrativa. Vale ressaltar que, diferentemente dos criminosos comuns, o trabalho de Sutherland evidencia que os criminosos do colarinho branco, nem ao menos são vistos como criminosos, nem entre eles, nem pela sociedade, visto que em nenhum momento são alvos desse estigma de criminosos, mesmo que potencialmente.

Neste momento, é de suma importância citar o avanço provocado pelo desenvolvimento das teorias de "*labeling approach*" ou das chamadas teorias de reação social. Além dos problemas de legitimidade dos valores que distinguem o que seria um comportamento ordeiro e um comportamento desviante, recai questionamento sobre as consequências da definição de comportamento criminoso

pelo sistema penal. Neste ensejo, as teorias de *labeling approach* se ocupam das reações sociais em face das intervenções das instancias oficiais de controle social e seu poder constitutivo da criminalidade. Como alude o nome “*labeling approach*” ou teoria do etiquetamento, as ações da policia, dos juízes e de outras instancias de poder teriam efeitos estigmatizastes sobre determinados indivíduos.

Tal entendimento apresenta um marco enorme nas ciências criminológicas por se tratar de uma quebra de paradigma no que tange o referencial e o objeto de estudo. Todas as teorias anteriores tinham como referencial o estudo da criminalidade. O objeto, seja ela o crime, era visto como um fenômeno de ordem pré-constituída, ou seja, com razão de experiência prática e cognoscitiva. A teoria do *labeling approach* se debruça não sobre a criminalidade como fato, mas como processos de interação construídos dentro de determinada realidade, ou seja, os mecanismos sociais e institucionais pelos quais é construída a realidade social do desvio e, também, para os mecanismos criadores das definições do desvio e da criminalidade (BARATTA, 1999, p. 160).

Esta teoria tem como um de seus principais autores o sociólogo Americano Howard Becker, responsável pela publicação da obra *Os outsiders: uma teoria da ação coletiva*, em 1963. Com uma forte influência do existencialismo, Becker tece críticas às construções de identidades criminosas. Nas palavras do sociólogo Becker:

Observa-se com facilidade que diferentes grupos consideram diferentes coisas desviantes. Isso deveria nos alertar para a possibilidade de que a pessoa que faz o julgamento de desvio e o processo pelo qual se chega ao julgamento e à situação em que ele é feito possam todos estar intimamente envolvidos no fenômeno. À medida que supõem que atos infratores de regras são inerentemente desviantes, e assim deixam de prestar atenção a situação e processos de julgamento, a visão de senso comum sobre o desvio e as teorias científicas que partem de suas premissas podem deixar de lado uma variável importante. Se os cientistas ignoram o caráter variável do processo de julgamento, talvez, com essa omissão, limitem os tipos de teorias que podem ser desenvolvidas e o tipo de compreensão que se pode alcançar. (BECKER, 2008, p. 17)

A teoria de *labeling approach* se situa em doutrinas ainda mais sensíveis e críticas da realidade como objeto, sendo as principais a do interacionismo simbólico e da etnometodologia. Inspiradas por sociólogos e estudiosos como George H Mead e Alfred Schtz, tais doutrinas compreendem a sociedade como um processo regido por uma infinidade de interações concretas, ao passo que a

tipificação é uma tentativa falha de apreender essa realidade e acaba se afastando das situações concretas. Como explica Vera Malaguti: “A etnometodologia trouxe, nessa linha, contribuições para novas aproximações da realidade social, através de processo de construção social de significados e de identidade” (VERA MALAGUTI, 2011, p. 74).

A realidade não pode ser compreendida em um nível concreto, mas apenas em nível simbólico, simbolismo esse regido pelo processo de tipificação de grupos. O desvio, ou o chamado crime, neste entendimento, não pode ser estudado como um fato a priori, apenas como um processo. Não existe crime, mas um processo de criminalização. Como afirma W.I Thomas: "Se os homens definem situações como reais, elas são reais em suas consequências". (Becker, 2008, p. 12)

As tipificações citadas anteriormente estão condicionadas a normas gerais de interpretação da realidade. Vale mencionar a diferenciação feita pelo autor de Comportamento e Ação. O primeiro consiste em a manifestação concreta da realidade. Por outro lado, a ação é um comportamento que é possível realizar uma leitura interpretativa, ou seja, em que se atribui um significado.

A grande relevância da teoria seria buscar entender que grupos são criminalizados e quais os efeitos da tipificação nesses grupos. Já atuando como teórico da teoria de reação social, Lemert realiza a distinção entre delinquência primária e delinquência secundária. Lemert demonstra que a tentativa de enquadrar determinado desvio dentro de uma tipificação tem como consequência a tendência de manter os indivíduos neste tipo, estigmatizando-os e forçando-os a permanecer dentro deste papel social. (BARATTA, 1999, p.89).

3.2 O ponto crítico das mudanças sociológicas sobre o delito: Criminologia Crítica

Neste interim, ocorreu uma mudança sistemática dos paradigmas que cerceavam as ciências criminológicas, que cominou com as obras de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young, A nova criminologia e Criminologia Crítica, publicadas em 1973 e 1975, respectivamente. Nestes livros, os autores citam e trazem coesão aos principais avanços da sociologia e criminologia, situando as escolas críticas no campo do pensamento Marxista. O direito Penal passa a ser inserido em um

contexto de dependência à estrutura econômica, não mais como ciência, mas como ideologia. Nas palavras dos três criminólogos ingleses:

Uma criminologia apta para compreender esta evolução e que possa retornar a introduzir o político na análise do que eram questões técnicas terá que ocupar-se da sociedade como um todo. Esta nova criminologia será, na verdade, uma criminologia velha, no sentido de que estará frente aos mesmos problemas que os teóricos sociais clássicos. Marx [1951] apreciou o problema com sua habitual clareza quando começou a desenvolver a sua crítica das origens do idealismo alemão (TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jock, 1990, p.294). (Tradução nossa)

Como alude a denominação, a base epistêmica da criminologia crítica vinculasse com as críticas direcionadas à criminologia tradicional. Neste sentido, explica Juarez Cirino dos Santos: “O processo de formação e estruturação da Criminologia Radical é inseparável da crítica aos componentes ideológicos fundamentais da criminologia dominante, na medida em que constitui seu próprio perfil ideológico e científico por diferenciação e oposição àquele.” (JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, 1981, pág. 10).

A compreensão do surgimento e da base epistêmica da criminologia passa, desta forma, a entender as críticas em relação à conceituação do crime, dos números estáticos oficiais, na separação artificial de política e direito penal, etc. Todas apresentadas anteriormente neste trabalho.

A base epistemológica da criminologia tradicional e, conseqüentemente, seu ponto de partida é o estudo do crime a partir das tipologias penais oficiais. Estuda-se, assim, o fenômeno do crime sob a ótica da autoridade oficial. (Lyra Filho, 1980, p.10)

Não raro a Criminologia é definida como o conjunto de conhecimentos que busca explicar as relações de causalidade entre o crime e o criminoso, ocupando-se primordialmente destes dois objetos de estudo. Nesta via, define Nelson Hungria: “Criminologia é o estudo experimental do fenômeno crime, para pesquisar-lhe a etiologia e tentar a sua debelação por meios preventivos ou curativos”. (HUNGRIA, 1963)

Data máxima vênua, esta definição de viés causal-explicativa da criminologia defendida por grandes autores do direito penal como Nelson Hungria, parece padecer de um Neokantianismo exacerbado. Não obstante as críticas dos pós-estruturalistas à separação entre ser e dever ser ou mesmo entre o objeto de

estudo e o estudioso, a definição tradicional de Criminologia erra ao compreender o ser e o dever ser como campos dissociados.

Esta preocupação metodológica do positivismo criminológico em buscar separar perfeitamente o ser e o dever ser é incongruente com todos os avanços de outras áreas do conhecimento humano, pois desvincula a política criminal e a retórica de fundamentação do direito de punir de todos os elementos que constituem determinada sociedade, seja a estrutura econômica ou a divisão de classes. Omitir-se de buscar compreender as relações de poder que guiam, por exemplo, o legislador punir mais gravosamente determinada conduta desviante ou mesmo porque determinados grupos são os principais alvos do aparato criminal, significa tentar compreender o fenômeno do crime apenas pelo viés do discurso oficial.

Destarte, a criminologia que se recusa a compreender o fenômeno criminal (ou de criminalização) de em sua totalidade, acaba funcionando como instrumento de legitimação das estruturas e do discurso oficial. Então surge a importância de questionar as relações de poder que permeiam as escolhas sociais e das autoridades, bem como compreender as raízes do discurso de fundamentação da pena, buscando, de forma crítica, associar as funções da pena, por exemplo, com a estrutura social em que a pena está inserida.

Neste contexto, presenciou-se uma enorme mudança de paradigma nas ciências criminas, e uma progressiva superação dos modelos de positivistas e neokantianos. A esta nova forma de pensar a criminologia, foi dado o nome de criminologia crítica, que se difere da criminologia positivista em diversos aspectos, inclusive metodológico. Primeiramente, vale ressaltar que, como explicado, a criminologia crítica não se limita ao código penal como referencial para definir a conduta delituosa, ao contrário, questiona a produção legislativa penal, buscando compreender as relações de poder que permeiam a política criminal. Por conseguinte, a criminologia crítica não se limita aos dados estatísticos fornecidos pela autoridade estatal, em vista da seletividade dos mecanismos de punição, como demonstra a já citada obra de Sutherland.

Com bem ilustra Nilo batista:

Ao contrário da criminologia Tradicional, a criminologia crítica não aceita, qual a priori inquestionável, o código penal, mas investiga como, por quem e para quem (em ambas as direções: contra quem e em favor de quem) se elaborou este código e não outro. A criminologia crítica, portanto, não se autodelimita pelas definições legais de crime (comportamento delituosos),

interessando-se igualmente por comportamentos que implicam forte desaprovação social (desviantes). A criminologia crítica procura verificar o desempenho prático do sistema penal, a missão que efetivamente lhe corresponde, em cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos formais de controle social [...]. (NILO BATISTA, 2007, p. 32)

Ademais, a criminologia crítica estuda o sistema penal em sua totalidade, de forma associada e conexa, com enfoque empírico nos reais efeitos dos meios de criminalização, não dos efeitos provenientes do discurso oficial. Tal estudo ainda se difere da criminologia tradicional pela intertextualidade e análise global do fenômeno do crime, visto que este está inserido numa sociedade de classes, não se limitando aos meios de controles sociais estritamente penais, mas entendendo como outras instituições como hospícios e escolas produzem efeitos criminalização, disciplina e punição.

Conforme leciona Lola Aniyar de Castro, a criminologia "é a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos" (Lola, 1983, p. 52.)

A professora Lola Aniyar de Castro ainda define os fins a que se propõe a criminologia através de 3 aspectos. O primeiro deles entende a criminologia através do caráter sociológico, que tem como base o direito penal e os comportamentos desviantes. Vale salientar que, como explicado anteriormente, o comportamento desviante não está limitado à tipologia penal. O segundo aspecto refere-se "a etiologia do comportamento delitivo e do comportamento desviante". Por fim, a criminologia crítica se propõe a compreender as reações sociais, estudando os mecanismos de punição e as medidas de coibição do delito, assim com o estudo das instituições que executam tais execuções da pena.

4. A CRIMINOLOGIA CRITICA E SEUS EFEITOS NAS TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA

Como explicitado no capítulo anterior, o Direito penal, e mais especificamente a pena, sofreu uma série de modificações ao longo dos séculos. Tais modificações não se limitaram apenas à forma de punir, mas também na finalidade da punição e, conseqüentemente, no discurso oficial que fundamenta a existência da pena.

4.1 Críticas às funções declaradas da pena

Neste diapasão, concomitantemente com o desenvolvimento das ciências psicológicas e da própria sociologia, o viés de análise da pena foi gradativamente incidindo sobre o indivíduo que comete o ato criminoso, e não mais nos efeitos que a pena acarreta no meio social. O chamado criminoso passou a ser objeto de compreensão pelos estudiosos, e não mais um mero alvo da punição.

Desta forma, surgem as ideologias de tratamento, que colocam o indivíduo que delinque como alguém que deve ser corrigido ou mesmo curado. Faz-se mister ressaltar que o termo cura não remete necessariamente de alguma doença formal ou a ausência de culpabilidade, visto que o inimputável não compreende o ato ilícito e sobre ele a punição torna-se inócua.

O atual ordenamento jurídico brasileiro abarca este viés socializador em sua retórica oficial. A lei Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984, lei de execuções penais, em seus art. 1 elucidada: Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Todavia, apesar de todo o discurso humanitário que foi revestido a pena, desde a segunda metade do século 20, esta ideologia do tratamento passou a ser alvo de sérias críticas. A ineficácia do uso da pena como instrumento de correção ou cura foi largamente demonstrada ao longo das décadas. Como perfeitamente explica Baratta:

As características deste modelo, do ponto de vista que mais nos interessa, podem ser resumidas no fato de que os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à

sua estável inserção na população criminosa. (BARATTA; Alessandro, 1999, p.183)

Os diferentes discursos que fundamentaram a pena durante os séculos, perpassando da pena como mera forma de retribuição de um mal ético, da pena como forma de prevenção de delitos e até a punição como instrumento de tratamento do comportamento delitivo, transmitem um sentimento de humanização da pena. Todavia, mesmo esta aparente evolução no discurso oficial legitimador da pena merece um olhar crítico.

No aspecto quantitativo, os discursos de humanização do direito penal e da eficiência no combate a criminalidade mostram-se bastante questionáveis. Existe um aumento considerável no número de condenados em países industrializados. Ademais, não obstante o aumento da média geral no número de condenados, estudos mais específicas demonstram uma relação estrita entre ciclos econômicos e ciclo de condenados, em que o aumento em alguma variável econômica, incide diretamente em variáveis penais, como quantum da pena.

No aspecto qualitativo, a humanização parece ser inegável. De fato, a humanidade observou o relativo fim de penas que remetem ao castigo físico ou mesmo a morte. As teorias finalistas da pena, mais especificamente os referentes a prevenção especial e formas de tratamento do sujeito que delinuiu, trouxeram também várias modificações nos sistemas penitenciários. Por outro lado, o professor Louk C. Hulsman sabiamente atenta para o fato de que a representação do sofrimento que um indivíduo recebe, não possui caráter absoluto. O grau de sofrimento é uma variável relativa à diferença de estado que um indivíduo encontra-se antes e durante a aplicação da pena. Como elucida o Professor:

O nível de vida desses mesmos setores melhorou consideravelmente na Europa nos últimos 30 anos. As melhorias no âmbito prisional nos últimos 30 anos, todavia, não parecem ter avançado ao mesmo passo. Se esta suposição é verdadeira, quer dizer que o grau de sofrimento proveniente da sanção penal aumentou neste sentido. (LOUK HOULSMAN, 1995, p 125.)
[Tradução nossa]

A criminologia crítica, assim como todos os avanços sociológicos e criminológicos que culminaram com o seu surgimento, também minaram ao longo dos anos, as bases retóricas que fundamentaram a utilização da pena pelo estado.

Desde a pena como meio de retribuição à um mal, até as funções preventivas (geral e positiva), foram sendo contestadas as já estudadas funções declaradas da pena. As funções declaradas da pena compartilham diversas premissas contestadas ao longo deste trabalho. Pode-se citar, principalmente, a noção de bem e mal (ou de que existe um interesse social compartilhado pelos membros da sociedade) e a ideia de um direito penal igualitário. Outra premissa amplamente mencionada e contestada no capítulo anterior, é a ideia de que o crime constitui um fato pré-constituído e definido pela autoridade oficial.

Ressaltasse que anteriormente ao surgimento da criminologia crítica, as premissas das funções declaradas já eram contestadas. Em exemplo, desde Durkheim é apresentado um modelo sociológico crítico à ideia de delito como algo ontologicamente mal. Em verdade, a própria noção de bem e mal é contestada diversas vezes ao longo deste trabalho. Relembrando os dizeres de Durkheim: “É preciso renunciar ao hábito, ainda demasiado corrente, de avaliar uma instituição, uma prática, uma máxima social ou moral, como se fossem boas ou más em si e por si, para todos os tipos sociais indistintamente.” (DURKHEIM, 1977)

Isto elucidado tomemos como exemplo a ideia do direito penal como forma de Prevenção. Este princípio parte do pressuposto de que crime é uma violação ao direito. Retoma-se a ideia do estado como um paladino contra o mal, aqui representado pelo infrator. Em sintonia com este princípio, está também o princípio do Fim, ou mesmo a função da pena, em relevância maior a função preventiva e reeducativa. Neste ensejo, o direito penal serviria como uma contra motivação para comportamentos que ferissem determinado direito, assumindo um caráter intimidatório para a prática de delitos. Além disto, o princípio se realizaria como dito, também através de um prisma positivo. A intervenção do sistema penal atuaria como fator de ressocialização e reinserção do indivíduo na sociedade, corrigindo e impedindo novos desvios sociais do indivíduo.

Todavia, como foi apresentado, a atuação do direito penal, via de regra, conduziria a uma estigmatização de indivíduos e grupos. O estado, neste entendimento, é, através do sistema penal, promotor e agente ativo da criminalidade, uma vez que enquadra engessa indivíduos num papel social de criminoso. Neste sentido, concorda Sergio Salomão Shecaira:

Uma das maiores consequências do processo de desviação é o agente ser capturado pelo desviante. Este mergulho interativo será chamado pelos teóricos do labelling de role engulfment. No que concerne ao mergulho no papel desviado, podem-se destacar dois principais pontos de referência: como os outros definem o ator e como o ator se define. De maneira bastante cruel, pode ser dito que, à medida que o mergulho no papel do desviado cresce, há uma tendência para que o autor do delito se defina como os outros definem. A personalidade do agente se referenciará no papel de desviado ainda que ele se defina como não desviado. (SHECAIRA, 2013, p 256)

Ao citar o efeito das teorias de etiquetamento na criminologia tradicional, Vera afirma que “O conceito de Criminalidade sofre um golpe mortal: fora da dicotomia do bem e do mal, o “comportamento criminoso” é relativizado. Os mecanismos simbólicos da construção social vão dar conta da reação dos sujeitos aos processos de etiquetamento. Essa relativização da “ontologia criminal” deslegitima a função ideológica dos aparatos de controle social” (VERA MALAGUTI, 2011, p 75)

Neste sentido, o paradigma criminológico que representa o labeling approach ataca diretamente dois grandes pilares da legitimação da pena. O primeiro, como citado anteriormente, é a noção de bem e mal ou do caráter ontológico do crime (male in se). A posteriori, ataca a retórica de que o direito penal e a pena podem atuar de forma preventiva, ressocializando o delinquente.

A ideia de prevenção geral como função da pena também é extremamente criticada dentro dos postulados da criminologia marxista. Partindo de uma perspectiva materialista, coloca o delito como um produto do sistema de produção capitalista, remetendo a noção de estrutura e superestrutura. Este ramo da criminologia postulava a superação do modelo capitalista como o meio para extinguir o delito. Em suma, seria necessário o fim das situações problemas para que os processos de criminalização deixassem de ocorrer e conseqüentemente cessassem os delitos. Desta forma, a pena como prevenção não apenas seria inócua, como também elemento de manutenção do sistema capitalista. O Prof. Juarez Cirino dos Santos, assim compreende o conceito ora estudado:

A cifra negra representa a diferença entre aparência (conhecimento oficial) a realidade (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados (por desinteresse da polícia, nos crimes sem vítima, ou por interesse da polícia, sobre pressão do poder econômico e político), além de limitações técnicas e materiais dos órgãos de controle social (SANTOS, 2006, p. 13)

Outro ponto de intersecção entre as teorias legitimadoras da pena, é a ideia do direito penal como um instrumento de defesa na proteção dos direitos naturais inerentes ao ser humano. Basicamente, o direito penal serviria para atender interesses sociais comuns uma vez que defenderia bens jurídicos básicos para a convivência em sociedade.

Faz-se mister ressaltar que nem toda norma penal se enquadraria neste conceito uma vez que o direito penal e alguns bens juridicamente tutelados variam de acordo com o espaço e o tempo. Desta forma, cabe a distinção entre delito natural e delito artificial, onde o primeiro atentaria contra um bem natural, ou seja, comum para a sobrevivência de qualquer sociedade, enquanto o delito artificial dependeria das idiossincrasias de cada país.

Esta abordagem jusnaturalista dos fenômenos relacionados com a criminalidade possui dois pilares citados anteriormente. O primeiro é a concepção ontológica de crime, tratando-o como fato pré-constituído, algo anteriormente criticado na análise das teorias de reação social. A segunda é visão organicista de sociedade, onde todos os indivíduos compartilham de interesses comuns e valores semelhantes.

Tal entendimento não merece prosperar uma vez que desconsidera a criminalidade como bem negativo distribuído pela máquina estatal. Além da crítica desenvolvida pela teoria de etiquetamento, existe ainda uma perspectiva macrossociológicas que buscam compreender as razões e o contexto estrutural das relações de poder onde se desenvolve o processo de etiquetamento e criminalização. Essas são as chamadas teorias do conflito social.

A teoria do conflito nega categoricamente os dois pressupostos mencionados do princípio do interesse social. A matéria penal e todo seu conteúdo são monopólio de criação de determinado grupo que detém a máquina estatal de tal forma que reproduz os valores pertinentes a este grupo e não dos interesses homogêneos da sociedade. Outro ponto mencionado é que a teoria de conflito nega a criminalidade como objeto concreto, considerando-o como um processo que tem gênese nestes grupos de poder, ou seja, a criminalidade tem um viés político e econômico. (BARATTA, 1999, p.143)

4.2 Desigualdades e a Função não Declarada da Pena

A plataforma teórica sobre a qual avançou a criminologia crítica representou uma enorme quebra de paradigma no campo do entendimento do direito penal e das ciências criminológicas tradicionais. Em oposição aos postulados clássicos da criminologia liberal, a criminologia crítica contestava a criminalidade como fato ontológico e pré-constituído, não sendo induzida a compreender o fenômeno criminal apenas sob a ótica causal-explicativa. Outro ponto já mencionado foi o posicionamento crítico em relação aos dados das fontes oficiais, tanto em termos da tipologia penal, como também nas estatísticas oficiais dos encarcerados. Como explica o Professor Alessandro Baratta:

Através do desenvolvimento das escolas de sociologia criminal dos anos quarenta, são duas as etapas principais que conduziram aos umbrais da sociologia crítica: em primeiro lugar, a transposição da abordagem teórica do autor as condições objetivas, estruturais e funcionais, que são a origem dos fenômenos de desvio. Em segundo lugar, a transposição do interesse cognoscitivo das causas do desvio criminal aos mecanismos sociais e institucionais através dos quais se constrói a "realidade social" da conduta desviante e são criadas e aplicadas definições de tal conduta e da criminalidade e são realizados os processos de criminalização. (Alessandro Baratta - Criminologia crítica e política criminal alternativa – 1976, página 8.)

A partir da transposição do objeto de estudo da criminologia velha, qual seja o comportamento desviante per se, para os processos de criminalização, objeto da criminologia nova, ocorre também a mudança de enfoque crítico para o próprio direito penal e sua ação punitiva. O direito penal deixa de ser considerado um mero sistema normativo estático, mas um sistema dinâmico que exerce uma série de funções (BARATTA, 1976).

Neste sentido, explana Nilo Batista:

Quando a criminologia positivista não questiona a construção política do direito penal(como, por que e para que se ameaçam penalmente determinadas condutas, e não outras, que atingem determinados interesses, e não outros, com o resultado prático, estatisticamente demonstrável, de se alcançar sempre pessoas de determinadas classe, e não de outra) nem a aparição social de comportamentos desviantes (seja pelo silêncio estratégico do legislador, que não converte aquilo que desaprova-desviante- em delituoso, seja pelo compasso entre vetustas bases morais, a partir das quais se instalaram instrumentos de controle social, e sua incessante transformação histórica[...]. (NILO BATISTA, 2017, p. 30)

Neste contexto, faz-se mister apresentar os mecanismos de criminalização que apresenta o sistema penal. Estes mecanismos podem ser categorizados em Incriminação primária, criminalização secundária e, ainda, a criminalização terciária.

A criminalização primária relaciona-se com a produção legislativa em torno da matéria penal. Neste momento, fazem-se importantes os questionamentos da criminologia acerca das escolhas do legislador sobre que bens jurídicos merecem proteção e que condutas desviantes devem ser alvo do sistema punitivo, de forma a não aceitar de forma acrítica a tipologia penal. A criminalização secundária refere-se à atuação do aparato policial e da atuação do judiciário, sendo relevantes as análises das políticas criminais e de segurança pública que demonstram a seletividade destes órgãos, com enfoque na chamada criminalidade das classes baixas. Por fim, a criminalização engloba a execução da punição e todos os efeitos estigmatizantes que os procedem.

As análises dos mecanismos de criminalização conduzem novamente a crítica da nova criminologia para os próprios princípios legitimadores do Direito Penal, sendo o principal alvo o princípio da igualdade, umas das bases da ideologia da defesa social. Aqui entende-se a ideologia da defesa social como o arcabouço retórico e os princípios que fundamentam e legitimam a existência do direito penal. O professor Baratta divide o princípio da igualdade em duas proposições básicas:

- a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural) ;
- b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade) (BARATTA, 1999, p.162)

A contestação deste princípio sob a ótica da criminologia crítica surge exatamente a pela negação destas proposições elencadas. Primeiramente, faz-se mister expor que a tutela do direito penal não é direcionada de forma equivalente entre os indivíduos do corpo social, bem como não fica restrita aos bens essenciais, que por sua vez não são igualmente alvo de interesse entre classes sociais, por vezes o interesse no bem jurídico pode mesmo ser oposto. Baratta cita um escrito

de Sutherland que condensa a problemática do interesse social à luz das teorias do conflito:

O crime é parte de um processo de conflito, de que o direito e a pena são outras partes. Este processo começa na comunidade, antes que o direito tenha existência, e continua na comunidade e no comportamento dos delinquentes particulares, depois que a pena foi infligida. Este processo parece que se desenvolve mais ou menos do seguinte modo: um certo grupo de pessoas percebe que um de seus próprios valores - vida, propriedade, beleza da paisagem, doutrina teológica - é colocado em perigo pelo comportamento de outros. Se o grupo é politicamente influente, o valor importante e o perigo sério, os membros do grupo promovem a emanção de uma lei e, desse modo, ganham a cooperação do Estado no esforço de proteger o próprio valor. O direito é o instrumento de uma das partes em causa, pelo menos nos tempos modernos. Aqueles que fazem parte do outro grupo não consideram tão altamente o valor que o direito foi chamado a proteger, e fazem algo que anteriormente não era crime, mas que se tornou um crime com a colaboração do Estado. Este é a continuação do conflito que o direito tinha sido chamado a eliminar, mas o conflito se tornou maior no sentido de que agora envolve o Estado. A pena é um novo grau do mesmo conflito. Também ela, por sua vez, é um instrumento usado pelo primeiro grupo no conflito com o segundo grupo, por meio do Estado. (SUTHERLAND, Apud, Ibid., p.127.)

Novamente, as pesquisas de Sutherland demonstram com um amplo arcabouço probatório uma incidência altíssima de comportamentos ofensivos aos bens tutelados penalmente por parte de indivíduos das mais altas classes sociais. Ao mesmo tempo em que demonstram esse fenômeno recorrente da alta criminalidade dos crimes de colarinho branco nas sociedades capitalistas, aponta também para outra realidade gritante: a escassa iniciativa do estado para combater os crimes cometidos por grandes conglomerados econômicos e indivíduos que ocupam posições de alto prestígio social.

As pesquisas demonstram claramente que existe um abismo de tratamento entre a criminalidade percebida socialmente, que é perseguida pela máquina estatal, e a criminalidade vinculada as classes que detêm o poder político e econômico, que nem ao menos são encontradas nos dados oficiais, sendo assim uma verdadeira “cifra negra” da criminalidade.

Os trabalhos que levam em consideração a cifra negra e os crimes do colarinho branco possuem conexão direta com as já citadas teorias de labeling approach. Primeiramente porque critica todas as outras teorias que utilizam como objeto de pesquisa a criminalidade dos dados oficiais, claramente viciados e que colocaria em cheque qualquer tentativa de explicar o fenômeno da criminalidade a partir deles. Outra relação é que reitera a ideia de que existe uma criminalidade

percebida, fruto da interação simbólica, e outra criminalidade concreta, não mais vista como um comportamento desviante de uma minoria.

Uma análise mais ampla destas pesquisas, partindo uma perspectiva macrossociológica, denota conceitos importantes no que tange uma interpretação destes dados. É possível perceber uma latente interação e relação de poderes entre grupos de determinada estrutura social. Essa noção remonta a ideia do estado como um agente distribuidor de bens, distribuindo de forma desigual privilégios, oportunidades, serviços, etc. Nesta perspectiva, a criminalidade também pode ser compreendida como um bem, distribuída pelo estado de forma desigual entre as classes. A violência estatal possui alvo predefinido.

Destarte, não seria possível assumir que o direito penal é regido e legitimado por uma pretensão de igualdade entre indivíduos. A ação do estado com viés penal ocorre de maneira igual à distribuição de bens positivos e negativos, ou seja, de forma desigual entre as classes. Em resumo, existe uma clientela preferencial dos processos perversos de seleção de criminalização (BARATTA, 1999, p. 200).

Neste entendimento, Karl Marx, na crítica ao programa de Gotha, contrapõe a retórica de igualdade professada pelo estado Burguês. O arcabouço retórico legitimador do direito, mais especificamente no que tange a questão da igualdade, funcionaria como um véu, obscurecendo as relações de poder fruto da desigualdade estrutural. (Marx, 1982)

A partir dos avanços nas ciências criminológicas, aliados com postulados teóricos de correntes da macrossociologia, foi possível traçar a estreita relação entre o direito penal, bem como seus mecanismos de criminalização, e a sociedade capitalista. Nesta via, demonstram-se como os já mencionados processos de criminalização atuam como instrumentos de manutenção do status quo e da própria desigualdade social.

Desde a esfera legislativa, em oposição ao neokantianismo ontológico das criminologias tradicionais, que visavam fazer uma separação perfeita entre o ser e o dever ser, a criminologia crítica aponta para como a produção da norma é um efeito das relações materiais e estruturais. O direito penal, como norma, é de fato um reflexo dos valores e interesses das classes que detêm o poder econômico.

O direito penal, não apenas funciona como reflexo das relações materiais, mas também atua como perpetrador das desigualdades ativamente. Neste sentido leciona Baratta:

Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente, o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no status social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. Desse modo, a aplicação seletiva do Direito Penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e criticado Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2000. p. 166.)

Desta forma, é basilar citar o encarceramento como possuindo um papel multifuncional dentro da construção lógica que coloca o direito penal como instrumento de poder no capitalismo. O cárcere cumpre as já mencionadas funções de estigmatização e manutenção. Todavia, o instituo do cárcere remete ainda a uma faceta mais sensível do direito penal, o controle direto sobre os corpos humanos, em sintonia com a necessidade de disciplina e subordinação das fábricas.

Sobro o assunto, expõe Juarez Cirino:

A ligação oculta entre controle do crime e relações de produção é o foco de pesquisa da criminologia Radical: O controle do crime pela ação da polícia, da justiça e da prisão assegura a continuidade (reprodução) do sistema de produção capitalista. A articulação específica entre a estrutura econômica da sociedade, definida como o “conjunto das relações de produção” e as forças ideológicas superestruturais jurídicas e políticas do estado, que instituem e reproduzem aquelas relações de produção, é a base explicativa da contradição entre a aparência e a realidade dos fenômenos sociais[...] (Cirino, 2008, p.41)

O processo de encarceramento das classes baixas cumpriria um papel fundamental dentro do mercado capitalista. Ao tempo em que busca disciplinar e controlar a classe trabalhadora atua ainda como forma de gerar o que Karl Marx denominava Exército de Reserva, uma massa de desempregados, típicos do capitalismo estrutural, que dificulta a mobilização do proletariado e diminui o poder de barganha da classe operária. (Karl Marx, 1967, p. 639, 645).

Ainda na relação necessária entre capitalismo e os instrumentos de controle penal, explica Michael Foucault em sua obra *Vigiar e punir*:

Se a decolagem econômica do Ocidente começou com os processos que permitiram a acumulação do capital, pode-se dizer, talvez, que os métodos para gerir a acumulação dos homens permitiram uma decolagem política em relação a formas de poder tradicionais, rituais, dispendiosas, violentas e que, logo caídas em desuso, foram substituídas por uma tecnologia minuciosa e calculada da sujeição. Na verdade, os dois processos, acumulação de homens e acumulação de capital, não podem ser separados; não teria sido possível resolver o problema da acumulação de homens sem o crescimento de um aparelho de produção capaz ao mesmo tempo de mantê-los e de utilizá-los; inversamente, as técnicas que tornam útil a multiplicidade cumulativa de homens aceleram o movimento de acumulação de capital. (Foucault, 1999, p.193)

Em síntese, o poder punitivo exercido pelo estado, sobre a égide do Direito penal, insere-se como produto dos meios de produção capitalista. Assim, atua de forma a legitimar as contradições inerentes ao capitalismo e, ao mesmo tempo, acentuar essa contradição.

5. CONCLUSÃO

Em síntese, percebe-se que apesar das inúmeras fundamentações diferentes que a pena e, por conseguinte, o direito penal receberam ao longo dos séculos, é perceptível a relação indissociável dessas teorias com as relações materiais e históricas. Não obstante as tentativas de epistemológicas de separar o ser e o dever ser, o estudo contextualizado das penas relaciona aquele em função deste.

As civilizações ocidentais acompanharam uma enorme evolução, no sentido adaptativo, dos discursos que legitimavam a pena e sua utilização. Desde a pena como mera retribuição do mal, fundamento moral do período descrito por Foucault como época dos Suplícios, até os dias atuais, onde observa-se a pena sob a perspectiva da utilidade, mais especificamente da pena como instrumento de ressocialização/tratamento. (FOUCAULT, 1987, pag 6)

Destarte, foi professada no decorrer do desenvolvimento das sociedades capitalistas uma retórica que transmitia uma aparente humanização dos meios de punir e castigar. Neste sentido, explica o filósofo francês Michael Foucault: “Dentre tantas modificações, atendo-me a uma: o desaparecimento dos suplícios. Hoje existe a tendência a desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como “humanização” que autorizava a não analisá-lo”. (FOUCAULT, 1987, pag 6)

Apesar desta aparente humanização, o que demonstram os avanços no campo da sociologia e criminologia é, em verdade, uma adequação das funções da pena aos interesses de classe. A análise mais profunda da utilização da pena, mesmo nos chamados países desenvolvidos, coloca em dúvida essa evolução da pena, tanto no âmbito quantitativo, como no âmbito qualitativo.

Neste diapasão, surge a como ponto de interseção entre mudanças de paradigma no campo da sociologia e da criminologia liberal, a chamada nova criminologia. Pautada na desconstrução das bases epistêmicas da criminologia tradicional e na associação com teorias macrossociológicas de longo alcance, principalmente o pensamento Marxista, tal criminologia é um instrumento essencial na deslegitimação da Pena e do próprio direito penal.

Sob a égide da criminologia crítica, contestam-se as premissas que sustentaram por séculos o Direito de punir. Ao situar o poder de punir com os

processos de criminalização e etiquetamento, a nova criminologia desconstrói a retórica da pena como instrumento da prevenção, visto que o estado e a estrutura social são agentes ativos nestes processos, ao passo que pena também tem como efeito a estigmatização do apenado e o aprisionamento deste nas identidades criminosas socialmente construídas. Nesta via, vale citar a desconstrução do direito como igualitário por natureza, pois, ao contrário, os processos de criminalização são guiados pela estrutura econômica, desta forma, desiguais. Em suma, o status de criminoso é distribuído, de forma desigual, a depender da classe social que o indivíduo pertence. (BARATTA, 1999, p. 162)

Neste diapasão, situa-se a criminologia não mais como mero instrumento para determinar, por um viés causal-explicativo, o porquê aqueles julgados criminosos cometem crimes. A criminologia, nesta ótica, não passa de um elemento de legitimação do status quo e das relações de poder. Ao contrário a criminologia crítica não apenas busca compreender o direito de punir dentro das relações materiais de poder, mas servir de instrumento de modificação do status quo e de libertação das classes criminalizadas.

É possível traçar um paralelo entre o papel do criminólogo e do filósofo para Marx. Em seus dizeres: Os filósofos limitaram-se a interpretar o mundo de diversas maneiras; o que importa é modificá-lo. (KARL MARX, 1845)

Por fim, grandes precursores da Nova criminologia, sintetizam o papel da teoria crítica na sociedade moderna: Para nós, como para Marx e para outros novos criminólogos, o desvio é normal, no sentido de que na atualidade, os homens se esforçam conscientemente nas prisões que são as sociedades contemporâneas e as prisões propriamente ditas por afirmar sua diversidade humana. O importante é, não simplesmente penetrar nesses problemas, não simplesmente por em tela do juízo de estereótipos, nem atuar como portadores de realidades fenomenológicas alternativas. O importante é crer em uma sociedade em que a realidade da diversidade humana, seja pessoal, orgânica ou social, não está submetida ao poder de criminalizar (TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, 1990, p 298).

6. REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução Penal**. 3 ed. Belo Horizonte: DelRey, 1996
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral 1**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. Tradução: Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BALDISSARELLA, Francine Lúcia Buffon. **Teoria da prevenção especial**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 23 fev. 2017.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal: compilación in memoriam**. Montevideo-buenos Aires: Ibdef, 2004.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECKER, Houward Saul. **Outsiders Estudo de Sociologia do Desvio: Outsideres e Tipo de Desvio um Modelo Sequencial**. Rio de Janeiro: Zhar, 2008. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Nas prisões brasileiras, o mínimo que se perde é liberdade. **Revista Consultor Jurídico**, 6 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-06/cezar-bitencourt-massacre-manaus-foi-tragedia-anunciada>>. Acesso em: 7 jan. 2017
- CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da Reação Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense: 1981
- DURKHEIM, E. 1977, **As regras do método sociológico**. São Paulo: Nacional.
- FEUERBACH, Paul J. A. R. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania**. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. 1989.

FALCÓN y TELLA, María José. **Fundamento e finalidade da sanção?** /María José Falcón y tela; tradução Claudia de Miranda Avena; revisão Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

FERRI, Enrico. **Criminal Sociology.** 1993. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu000477.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017

HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin.** Rio de Janeiro: Forense, 2004

HUNGRIA, Nelson. **Direito penal e Criminologia, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal,** 1963.

HOULSMAN, Louk. **La criminología crítica y el concepto del delito.** En *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.

JAKOBS, Guther. **Direito Penal e Funcionalismo.** Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano, 2004, **Finalidade da Pena**

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes.** Tradução de José Lamago. 2. ed.. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito.** São Paulo: Ícone, 1993

KARL MARX. **Manuscritos Econômico-Filosóficos: Trabalho Alienado.** 2007. Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1844/manuscritos/cap01.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

KARL MARX, **Capital, vol. 1, New York: International Publishers,** 1967.

Lyra filho, R. **carta a um jovem criminólogo: teoria, praxis e táticas atuais.** Revista de Direito Penal, 1980,

MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível?**, in Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva (orgs). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*, São Paulo, IBCCrim/PPG - Ciências Sociais PUC-SP, 1997

MARX, Karl. **Crítica ao programa de Gotha**. Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1875/gotha/index.htm>>. Acesso em: 04, maio. 2017.

MARX, Karl. **Teses sobre Feuerbach**. 1845. Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1845/tesfeuer.htm>>. Acesso em: 03 maio. 2017.

MERTON, Robert K. Sociologia, **Teoria e Estrutura**. São Paulo, Mestre Jou, 1970.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: uma polêmica**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito Penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

RACIONAIS, MC's. **Negro Drama. Nada Como Um Dia Após O Outro Dia**. Cosa Nostra, 2002.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2 ed. Lisboa: Vega, 1986.

Rusche, Georg; Kirchheimer, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3ª. ed. Rio de Janeiro / Curitiba: Lumen Juris e ICPC, 2008

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008

SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Novas Hipóteses de Criminalização**. Artigo. 2002. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

SHECARIA, Sergio Salomão. **Criminologia**. 5ed. Ver. – São Paulo: editora revista dos tribunais, 2013

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar criminality in American Sociological Review**, s.l. v. 5, n.1, p. 01-12, fev. 1940.

Thomas, W. I., & Thomas, D. S. T. (1938). **The child in America: Behavior problems and programs**. New York: A.A. Knopf.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jock. **La nueva criminologia**. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1990.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899. 1 v. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** V.1: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.518.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.