

Leilane Serratine GRUBBA¹
Mayara Pellenz²
Ana Cristina Bacega DE BASTIANI³

SENSO HUMANITÁRIO EM DETRIMENTO DA SELETIVIDADE PENAL: PERSPECTIVAS A PARTIR DE ‘VIGIAR E PUNIR’

HUMANITARIAN SENSE IN DETRIMENT OF
CRIMINAL SELECTIVITY: PERSPECTIVES FROM
‘DISCIPLINE AND PUNISHMENT’ ROLE

SENTIDO HUMANITARIO EN DETRIMENTO DE LA
SELECTIVIDAD PENAL: PERSPECTIVAS A PARTIR DE
“VIGILAR Y CASTIGAR”

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A obra de Michel Foucault: ‘vigiar e punir’; 3. A aproximação entre a escola criminológica clássica positivista e a obra de Foucault; 4. Reflexões sobre o novo paradigma criminológico: o labeling approach; 5. Reflexões sobre criminologia crítica; Conclusão; Referências

RESUMO:

A pesquisa objetiva correlacionar as principais ideias trazidas por Foucault, em ‘Vigiar e Punir’ e a teoria da Criminologia Crítica, demonstrando que a busca pelo senso humanitário é uma característica comum, em detrimento da operacionalidade seletiva do Direito Penal. Ao mesmo tempo, o prestígio do autor na contemporaneidade demonstra sua importância e relevância nos dias de hoje. Para a pesquisa realizada, utiliza-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica.

ABSTRACT:

The research aims to list the main ideas

Argumenta
Journal Law
n. 26 p. 59-79
jan/jun 2017

Como citar este artigo:

Leilane Serratine
GRUBBA; Mayara
PELLENZ;
Ana Cristina Bacega
DE BASTIANI.
Senso humanitário
em detrimento da
seletividade penal:
perspectivas a partir
de ‘vigiar e punir’.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 26, p. 59-79.

Data da submissão:
18/10/2015

Data da aprovação:
30/03/2016

1 Faculdade
Meridional Brasil
2 Faculdade
Meridional Brasil
3 Faculdade
Meridional Brasil

brought by Foucault in “Discipline and Punish ‘and the theory of Critical Criminology, demonstrating that the search for humanitarian sense is a common feature at the expense of selective operation of the criminal law. At the same time, the author’s prestige in Contemporaneity demonstrates their importance and relevance today. For the survey, we use the deductive method and literature.

RESUMEN:

La investigación tiene como objetivo correlacionar las principales ideas presentadas por Foucault, en “Vigilar y Castigar” y la teoría de la Criminología Crítica, demostrando que la búsqueda por el sentido humanitario es una característica común, en detrimento de la operabilidad selectiva del Derecho Penal. Al mismo tiempo, el prestigio del autor en la contemporaneidad demuestra su importancia y relevancia en los días de hoy. Para la investigación realizada, se utiliza el método deductivo y la investigación bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE:

Criminologia crítica; Sistema Penal; Seletividade; Estereótipo; Foucault.

KEYWORDS:

Critical criminology; Criminal System; Selectivity; Stereotype; Foucault.

PALABRAS CLAVE:

Criminología crítica; Sistema penal; Selectividad, Stereotipo; Foucault.

1. INTRODUÇÃO

Os modernos discursos sobre sistema punitivo não podem ser sustentados sem a leitura da obra ‘Vigiar e Punir’ de Michel Foucault. O francês expõe a origem da prisão em uma obra que contribui para os estudos vindouros sobre o tema. Na modernidade, nenhum pensamento parece ter se mostrado mais completo e impactante, justificando assim o porquê da (merecida) homenagem ao autor. À época, o pensamento voltado para as ciências sociais e humanas ainda não tinha se debruçado em uma categoria tão importante, a punição, e por esse motivo, seu estudo ganhou força pelo mundo e adquiriu o status de clássico do Direito Penal e da

Criminologia.

A obra 'Vigiar a Punir' reúne um estudo científico fartamente documentado, a evolução histórica da legislação penal e dos respectivos métodos coercitivos e punitivos adotados pelo poder público na repressão da delinquência, desde os séculos passados até as modernas instituições correccionais. Segundo o autor, organizou-se um sistema judiciário e coercitivo, aparentemente necessário e adequado para a defesa dos direitos privados e públicos, punindo àqueles considerados agressores.

O que se observa é que o Direito Penal, na atualidade, obedecendo aos princípios do respeito à pessoa e liberdade humana, revela a preocupação da autoridade judicial em considerar com polidez e senso humanitário os criminosos. Esse discurso é fomentado pelo não castigo aos delinquentes, mas focado na sua recuperação e na capacidade do sistema de integrá-los a sociedade, 'dóceis e úteis', a partir de uma perspectiva foucaultiana.

De fato, a partir da variante estruturalista do abolicionismo foucaultiano, parece possível pensar na abolição da cultura punitiva do sistema penal, que se inicia pela própria linguagem e conteúdo das categorias estigmatizantes e estereotipadas. Trata-se da possibilidade de pensar a desconstrução da discursividade penal-punitiva, substituindo-a por outras formas de controle social para a resolução dos conflitos.

O Direito Penal apresenta um discurso manifesto cuja dinâmica do funcionamento jurídico e as medidas punitivas parecem ser humanizadas, e que sua execução pareça necessária e reintegradora, diante de um julgamento da consciência histórica da humanidade. Foucault utiliza-se de mecanismos sociais e análises filosóficas para retratar os sistemas penais ocidentais contemporâneos e enseja uma reflexão necessária sobre o tema, na medida em que não considera a prisão como uma forma humanista de cumprimento de pena.

A Criminologia moderna, que se inicia principalmente com o labeling approach, corrobora esse pensamento a partir de uma abordagem de discurso de poder e demonização, presentes nas instituições e disseminadas na sociedade como um todo. Assim, os processos de criminalização são objetos de estudo da Criminologia Crítica que, desde 1960, busca respostas a questionamentos oriundos da relação existente entre criminalidade e capitalismo.

Nesse sentido, a própria Ciência Penal se coloca à prova. Indaga-se: qual papel o Direito Penal deve cumprir? Forças sociais desvelam os perfis mais vulneráveis, os perfis responsáveis pela onda de violência que aterroriza a sociedade. As forças sociais mais expressivas determinam os destinatários da norma penal, legitimando processos históricos de dominação e agravando as disfunções sociais já existentes. A repressão institucional é sustentada pelo sentimento de raiva, medo ou vingança de quem domina, ao passo que a punição é direcionada àquele que já é vitimado pela segregação ou exclusão social. Os impulsos sociais vão ao encontro de uma violência que seleciona e controla, aliada a um Sistema Penal que se mostra instrumento de opressão e dominação por excelência, assim como Foucault preconizou.

A institucionalização do controle e a legitimação dos discursos de poder demonstram a falta de sintonia entre Direito Penal e suas funções. Os rígidos critérios para a intervenção penal estão relativizados, pois se direcionam a perfis pré-determinados. Além disso, essa dinâmica sustenta o discurso da relativização de direitos humanos e fundamentais, em nome da manutenção da 'ordem pública' e da preservação de uma lógica institucional que a própria sociedade corrobora. O Estado de Direito encontra-se esfacelado, diante dos componentes arbitrários que restringem a liberdade e enfraquecem os direitos. Evidente que uma neutralização de interesses não é um objetivo a ser perseguido.

Partindo dos pressupostos apresentados, o objetivo desta pesquisa é correlacionar as principais ideias trazidas por Foucault, em 'Vigiar e Punir' e a teoria da Criminologia Crítica, demonstrando que a busca pelo senso humanitário é uma característica comum, em detrimento da operacionalidade seletiva do Direito Penal. Ao mesmo tempo, o prestígio do autor na contemporaneidade demonstra sua importância e relevância nos dias de hoje. Para a pesquisa realizada, utiliza-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica.

2. A OBRA DE MICHEL FOUCAULT: 'VIGIAR E PUNIR'

A obra e a vida de Michel Foucault possuem um marco impactante no que diz respeito ao lançamento de 'Vigiar e Punir', em 1975. O filósofo francês, a partir de sua perspectiva a respeito das estratégias institucionais de poder, inaugurou uma forma de pensamento que influenciou seus su-

cessores e os estudos sobre a prisão e política até os dias de hoje. A obra tornou-se clássica em virtude do impacto que causou, e está presente nos estudos mais completos em Direito Penal e Criminologia. A análise do autor sobre a origem dos institutos prisionais enseja uma reflexão sobre as práticas punitivas desde as cerimônias de suplícios até a modernidade.

Para Foucault, a punição criminal perpassa por uma série de questões e problemas institucionais ligados as estratégias de poder, na chamada ‘microfísica do poder’. A prática punitiva, obrigatoriamente, diz respeito aos discursos fundantes desta, que, para o autor, são relacionadas ao poder punitivo como molde de comportamentos desejados e na restrição à liberdade, pois o controle, que é consequência destas práticas, resulta em efeitos sociais positivos aos detentores do poder punitivo e institucional, no seu sentido mais amplo. Mesmo após quatro décadas da publicação de ‘Vigiar e Punir’, observa-se que a obra contribui para a análise dos elementos acima apontados, bem como da lógica de vigilância contemporânea. Foucault é extremamente atual.

O primeiro capítulo de ‘Vigiar e Punir’ é caracterizado pela narração dos corpos em suplícios, a utilização destes como instrumento de punição e a ostentação dos shows explícitos de horrores que caracterizavam a civilização no medievo. Trata-se de uma demonstração a respeito das leis penais da época, pois cada momento histórico da Humanidade desvela suas características a respeito do tema. Os primeiros apontamentos de Foucault são cenários de violência física terrível e de suplício do corpo, a partir do discurso de cunho religioso que preconizava a ‘salvação da alma’ do condenado.

Nesse momento histórico, o processo penal era inquisidor, regido pelo princípio inquisitivo de um julgador gestor das provas penais, escrito e secreto, sem qualquer tipo de direito ou garantia ao suspeito, vítima dos desmandes da Igreja e do monarca. O suplício representa uma técnica de punição que está atrelada ao corpo do sujeito, como um ritual ostentoso e de sofrimento ao condenado, que era exibido ao povo em uma cerimônia para tal finalidade.

A segunda parte da obra versa sobre o instituto da punição. A despeito da punição generalizada, Foucault explica que o os suplícios, instituídos como práticas punitivas socialmente aceitas, até metade do Século XVIII passaram a ser objeto de reflexão, a partir das ideias trazidas pelos

reformadores e iluministas. Além disso, o progresso civilizatório impulsionou o número de habitantes das cidades medievais, e, com a circulação de bens, riquezas e mercadorias, os crimes passaram a abranger a propriedade (ou o direito de propriedade), e por este motivo, roubos, furtos e invasões também precisavam ser punidas.

A ostentação de suplícios era uma forma de punição ultrapassada, em razão do surgimento do pensamento de que cada pessoa tem valor intrínseco, pelo fato de ser humana, e, por esta razão, sua humanidade precisa ser respeitada no momento da punição criminal. Nesse sentido, emerge a noção da dignidade kantiana. Kant (1993; 2002) parece partir da ideia de que os humanos são racionais e merecedores de dignidade e respeito, visto que são seres livres, isto é, agem com autonomia. Dessa forma, a dignidade humana parece exigir que as pessoas sejam tratadas como fins em si mesmas.

Dissemina-se a ideia de que a punição deveria adequar-se ao delito praticado, ou seja, não poderia ultrapassar certos limites que caracterizassem excessos ou abusos ao corpo e a pessoa do condenado. Trata-se da ideia de transformar um 'direito penal do autor' em 'direito penal do fato'. A punição generalizada diz respeito a existência de penas moderadas e proporcionais aos crimes praticados, abolindo, em definitivo, os suplícios que passavam a causar revolta no corpo social. Para Foucault, o objetivo era a punição e não o caráter vingativo que vigorava até então.

A mudança de paradigma diz respeito as novas ideias disseminadas à época, por outro, o próprio sistema jurídico passava por uma readequação, no cotejo entre criminoso e instituições punitivas. A inauguração desse momento significa a mitigação das penas, em que o instituto da punição deve estar inserido em uma sistemática capaz de desestimular a prática de delitos (a não reincidência), não pela dominação de um corpo sobre outro, mas sim, a partir de uma perspectiva de punição como principal consequência do ato criminoso. Dessa forma, a punição também adquire legitimação social e "só se propagarão os sinais-obstáculos que impedem o desejo do crime pelo receio calculado do castigo" (1987, p. 93).

A terceira parte da obra é destinada à análise da disciplina, os recursos para o bom adestramento e a 'docilização' dos corpos. Foucault (1987) narra de que forma as instituições propagam o poder de forma sutil, a partir do corpo como objeto de dominação. A maleabilidade dos corpos

e dos comportamentos adquirem uma função que é útil ao detentor, nos mais variados ambientes: ofícios, fábricas, exércitos, escolas, dentre outros. Mecanismos são utilizados para uniformizar os corpos e torná-los dóceis, e assim, objetos de dominação e manipulação.

A disciplina e a obediência são categorias que auxiliam nesse processo, pois separam em classes os indivíduos: disciplinados, não disciplinados, obedientes, não obedientes. Assim, as recompensas e as punições pelos atos praticados possuem o condão de homogeneizar o corpo, que passa a ser objeto de exame, ou seja, analisado no campo da ciência¹. Foucault destaca, neste capítulo, alguns outros pontos relevantes, como a arte das distribuições, o controle da atividade do sujeito, a organização das gêneses, a composição das forças, o panoptismo e a sanção normalizadora. Fica evidenciado que corpo é um objeto de estudo de poder, de fascinação, de limitação, de obrigação, e, por este motivo, pode ser manipulado, modelado, treinado, pois obedece, responde e se torna hábil àquilo que o detentor deseja.

A quarta parte da obra é destinada à análise do instituto da prisão. Esta, na análise de Foucault, deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições pessoais. Para o autor, a prisão possui, de forma mais intensa, essas características, em comparação com outras instituições como escolas, hospitais, fábricas e quartéis.

As boas condições penitenciárias possuem alguns pressupostos pré-estabelecidos, quais sejam: (a) a detenção penal objetiva à transformação do comportamento do indivíduo; (b) os detentos devem ser isolados (ou pelo menos distribuídos, de acordo com a gravidade penal de seu ato, sua idade, suas disposições ou as técnicas de correção que se pretendem utilizar para com eles, dentre outras); (c) as penas podem ser alteradas a partir da análise dos resultados obtidos, os progressos ou as recaídas do sujeito; (d) o trabalho deve ser um dos elementos essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos; (e) a educação do detento é obrigação do poder público, e, ao mesmo tempo, uma precaução indispensável no interesse da sociedade; (f) o regime da prisão deve ser, pelo menos em parte, controlado e assumido por uma equipe especializada, que possua capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos

indivíduos; g) o encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência (em seu sentido mais amplo) até a readaptação definitiva do antigo detento.

Após a análise da obra de Foucault, resta analisar, nas seções subsequentes, a relação que pode ser travada entre ‘Vigiar e Punir’, e as teorias mais recentes advindas da criminologia, a fim de compreender, ao menos em parte, o funcionamento discursivo e prático do Sistema Punitivo contemporâneo.

3. A APROXIMAÇÃO ENTRE A ESCOLA CRIMINOLOGICA CLÁSSICA POSITIVISTA E A OBRA DE FOUCAULT

Durante o reinado de Luís XVI, a França passou por uma grande crise financeira, desencadeada pelo custo da intervenção do país na Guerra Revolucionária Americana. A população do país sofria com a discriminação tributária, que era absolutamente desigual e injusta. Esses fatos provocaram a insurgência da classe média (burguesa), que no final do século XVIII, se reuniu para lutar pelos seus interesses, formando uma Assembleia Nacional e criando uma Constituição. Nascia ali o que Rousseau denominou de ‘Contrato Social’, cujos direitos e garantias deveriam ser observados por todos, inclusive pelo rei.

A criação do Contrato Social do Estado foi um dos maiores acontecimentos político-social da humanidade. Entretanto, o formato como o contrato foi originariamente concebido (com a participação de apenas uma classe social), bem como a influência iluminista liberal que o influenciou, produziu reflexos nas mais variadas áreas da sociedade e, como não poderia deixar de ser, também repercutiu no campo do Direito Penal.

No modelo iluminista do século XVIII, o Direito Penal clássico serviu como instrumento de proteção da classe burguesa. Em verdade, os estudiosos do século XVIII construíram teorias que justificavam a legitimidade do Direito Penal como instrumento para promover a pacificação social, baseados principalmente em critérios utilitaristas, onde o ‘mal’ produzido a alguns membros da sociedade (como o cárcere, por exemplo) seria justificado pelo “bem” da maioria da sociedade. O que Foucault descreve no capítulo três da obra ‘Vigiar e Punir’ guarda ligação com esta perspectiva, a despeito da ‘docilização’ dos corpos, da disciplina e da homogeneização dos indivíduos, nas mais diversas instituições de poder e

controle.

Nesse viés, a Criminologia Clássica enfrentou o problema da criminalidade e da resposta penal a ela, por meio da constituição de pretensas possibilidades de individualizar sinais antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim assinalados em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social. Segundo Baratta:

[...] a escola liberal clássica não considerava o delinquente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito. [...] Em consequência, o direito penal e a pena eram considerados pela Escola clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinquente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime. (2002, p. 31).

Merece ser mencionado que não existiu propriamente uma Escola Clássica, com um corpo doutrinário comum. De fato, a denominação Escola Clássica somente surgiu com a Escola Positiva, que buscou se diferenciar dos pensadores anteriores. Apesar da inexistência de um corpo doutrinário comum, entre os pensadores clássicos, como Bentham (1748-1832), Filangieri (1752-1788) e Carmignani (1768-1847), parece haver certa unidade metodológica e ideológica.

Preocupados com a política liberal e humanitária, os pensadores da chamada Escola Clássica, em conjunto, se preocuparam com os limites e as justificativas do poder de punir em face da liberdade individual, isto é, a importância de haver uma racionalização do poder de punir em nome da garantia do indivíduo contra toda a intervenção arbitrária. Para Beccaria (2006), por exemplo, as penas que ultrapassam a necessidade de conservação do depósito da saúde pública são injustas por natureza.

Dessa forma, a violação ao contrato social, que protegia precipuamente os interesses dos burgueses, atraía a incidência do direito penal como mecanismo para desmotivar a infração da norma.

Após a Escola Clássica, no Século XIX, surge uma concepção po-

sitivista de Ciência. Com o declínio do jusnaturalismo, a Escola Positiva nasce no âmago de uma concepção positivista da Ciência, condicionada por fatores históricos e teóricos, buscando resgatar os direitos da sociedade, esquecidos pelo classicismo liberal, bem como deslocar a problemática penal do campo da razão, para o da realidade. De fato, tendo surgido no âmbito de uma concepção positivista da Ciência, a Escola criminológica adotou o caráter empírico de análise da sociedade.

O seu caráter positivista havia conduzido a um sistema de direito penal no qual o delito encontra sua expressão como ente jurídico. Na visão de Baratta:

Isso significa abstrair o fato do delito, na consideração jurídica, do contexto ontológico que o liga, por um lado, a toda a personalidade do delinquente e a sua história biológica e psicológica, e por outro lado, à totalidade natural e social em que se insere sua existência. (2002, p. 38).

A reação ao conceito abstrato de individuo leva a Escola Positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procura encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do individuo. A partir de seus estudos empíricos, a Escola Positiva percebeu que nem todos os seres humanos são iguais.

Por meio de uma análise realizada com o método empírico-experimental, Lombroso (2007), médico italiano, observou clinicamente os indivíduos caídos na engrenagem judiciária e administrativa da justiça penal, sobretudo os clientes do cárcere e manicômio judicial, buscando construir a teoria das causas da criminalidade. O estudo realizado levou-o a crer na existência de características biológicas e psicológicas que diferenciam um sujeito normal de um sujeito criminoso. Com a negação do livre-arbítrio e a afirmação da existência de um rígido determinismo, Lombroso sanciona a existência de um tipo específico de homem delinquente, o criminoso nato, determinado a cometer delitos.

Surge, a partir daí, o paradigma etiológico. Inicialmente desenvolvida por Cesare Lombroso (1876), ampliada por Garófalo (1905) e por Ferri (1900), que apontavam três fatores para o delito: fatores antropológicos, fatores físicos e fatores sociais. Na escola clássica positivista:

[...] o delito era reconduzido [...] a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido, e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão. O sistema penal se fundamenta, pois, na concepção da Escola positiva, não tanto sobre o delito e sobre a classificação das ações delituosas, consideradas abstratamente e independentes da personalidade do delinquente, quanto sobre o autor do delito, e sobre a classificação tipológica dos autores. (BARATTA, 2002, p. 39).

Assim, a teoria construída pelos citados criminólogos baseou-se na pesquisa empírica. Os sujeitos que observavam para construir a teoria das causas da criminalidade eram indivíduos que estavam sofrendo ou já haviam sofrido as nefastas consequências da engrenagem judiciária e administrativa da justiça penal.

A teoria criminológica positivista não passava de um círculo vicioso, ou seja: se o objetivo era a análise dos delinquentes, e esses encontravam-se no cárcere, a partir de uma perspectiva ontológica, era possível chegar a uma conclusão sobre o 'perfil do criminoso'. Nesta lógica, se todos aqueles indivíduos que estavam no cárcere apresentavam o 'perfil criminoso' era porque o sistema penal estava correto, em uma verdadeira autoafirmação descompassada, que décadas depois começou a ser desconstruído com a chegada do labeling approach.

Além disso, merece ser mencionado que a Escola Positivista apresenta um problema fundamental, a saber, o método indutivo de análise. Se é certo afirmar que as pessoas analisadas das prisões apresentavam características antropológicas comuns, de outro turno, não se pode induzir que todas as pessoas com os mesmos sinais físicos-antropológicos também cometeram crime. De fato, em razão de sua própria lógica, a Escola Positiva recaí num erro fundamental.

4 REFLEXÕES SOBRE O NOVO PARADIGMA CRIMINOLÓGICO: O LABELING APPROACH

As referidas Escolas da Criminologia, possuem algumas diferenças fundamentais entre si, mas parecem igualar-se em quatro circunstâncias: (a) primeiro, elas colocam ênfase sobre as características particulares que distinguem a socialização e os defeitos da socialização, onde encontram-se muitos indivíduos que se tornam delinquentes; (b) segundo, elas mos-

tram como esta exposição não depende tanto da disponibilidade dos indivíduos, quanto das diferenciações dos contatos sociais e da participação na subcultura; (c) em terceiro, estas dependem, por sua vez, em sua incidência sobre a socialização do indivíduo segundo o conteúdo específico dos valores, das normas e técnicas que as caracterizam, dos fenômenos de estratificação, desorganização e conflitualidade ligados à estrutura social; e (d) quarto, estas teorias mostram também que, pelo menos dentro de certos limites, a adesão a valores, normas, definições e o uso de técnicas que motivam e tornam possível um comportamento criminoso, são um fenômeno não diferente do que se encontra no caso do comportamento conforme a lei. (BARATTA, 2002, p. 85).

Mais ainda, as teorias mencionadas mostram que a distinção entre o comportamento entendido como normal e o comportamento tido como criminoso depende de uma conduta intrínseca do indivíduo, boa ou má, do que da definição legal da conduta.

Inconformados com as concepções até então existentes sobre a criminologia, surge na década de 1960, nos Estados Unidos, uma importante teoria, a qual marcou a transição entre a criminologia clássica e a criminologia crítica. O labeling approach passou a estudar o fenômeno da criminalidade a partir de critérios sociais e do status dos homens, promovendo uma cisão com a escola clássica e etiológica da criminologia, onde os critérios definidores da criminalidade estavam relacionados exclusivamente a questões etiológicas. Para o labeling, não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela. Segundo Baratta:

[...] o labeling approach tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob esse ponto de vista, tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes. (2002, p. 86).

A partir da tese de que não se pode compreender a criminalidade sem um estudo prévio do Sistema Penal, que define a criminalidade e contra ela reage, o labeling approach preocupa-se com as implicações político-sociais das próprias políticas criminais, bem como da definição do delito, no âmbito de uma teoria da reação social.

Seguindo essa teoria, o criminoso não é alguém com conduta intrinsecamente má, nem um indivíduo antissocial, mas alguém que recebeu como efeito de uma conduta a atividade da instância oficial de controle social.

O horizonte de pesquisa que o labeling approach se situou é formado por duas correntes de sociologia americanas. A primeira possui enfoque na psicologia social e da sociolinguística em George H. Mead, e comumente indicada como interacionismo simbólico. A segunda, a etnometodologia, inspirada pela sociologia fenomenológica de Alfred Schutz, concorre para modelar o paradigma epistemológico característico das teorias do labeling (BARATTA, 2002, p. 87).

Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. Já para a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma construção social, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte dos indivíduos e de grupos diversos.

O labeling approach procura responder a questões como: “quem é definido com desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, por fim, “quem define quem?”. Em que pese a inegável contribuição do paradigma do labeling approach para a criminologia contemporânea, não é ele capaz de explicar o fenômeno da criminalidade, uma vez que, as implicações desse paradigma, segundo Baratta, são:

- a) um sistema objetivo e objetivamente reconhecível de normas pré-constituídas; b) a existência de duas classes distintas de comportamentos e de sujeitos: os comportamentos e os sujeitos normais e os desviantes; c) a destinação técnico-intervencionista da teoria, ou seja, aquela típica da criminologia positivista, de utilizar a concorrência dos fatores do desvio para intervir sobre eles, modificando-os. (2002, p. 92).

O labeling apenas modifica a base de estudo sobre a conduta desviante. Se antes a criminologia clássica utilizava critérios etiológicos para a definição do criminoso, modernamente, o labeling utiliza critérios objetivos para fins de controle e seletividade penal, como a reincidência, por

exemplo.

Nesse sentido, em resumo, o comportamento que transgredir uma norma penal torna-se um comportamento desviante porque qualificado valorativamente como uma ação provida de significado, tanto pela criminalização primária (elaboração das regras) quanto pela secundária (aplicação das regras). Contudo, merece ser mencionado que, apesar do avanço do labeling no que tange à definição da criminalidade, há que se ter cuidado, pois a teoria reduz a criminalidade à definição legal, deixando de se preocupar com os comportamentos lesivos merecedores de tutela, porque considerados socialmente negativos.

5 RELEXÕES SOBRE CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Estudos sobre as relações entre a estrutura social e a criminalidade já existiam desde a década de 1930, como a pioneira obra de Rusche e Kirchheimer². Contudo, foi somente em 1970, inspirados pelo paradigma do labeling approach, que surge o paradigma da criminologia crítica, encabeçados por Taylor, Walton e Young³.

Se colocando como uma instância externa ao direito penal para realizar uma análise desse, a criminologia crítica recupera, na sociedade capitalista, a análise das condições estruturais e funcionais do desvio, interpretando diferentemente o desvio em razão de ser cometido pelas classes dominantes ou econômica e politicamente mais débeis. Trata-se, por conseguinte, de uma necessidade de superação da concepção ontológica do crime, do criminoso e da criminalidade, bem como de uma superação da concepção normativista do direito penal.

A teoria está assentada no deslocamento do enfoque teórico do autor (ponto nevrálgico do labeling approach) para as condições objetivas, estruturais e funcionais, que estão na origem dos fenômenos do desvio, assim como, no deslocamento do interesse cognoscitivo das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é construída a realidade social do desvio, ou seja, para os mecanismos por meio dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade, e realizados os processos de criminalização.

O movimento chamado Criminologia Crítica proporciona uma melhor visualização dos fenômenos criminais a partir dos fundamentos da Criminologia Clássica. Analisa-se, por meio de perspectivas históricas e

do discurso marxista, a eleição de indivíduos como criminosos, qual a relação do capital com a criminalidade, os processos de etiquetamento e rotulação, bem como a interferência dos grupos de poder na sociedade. Além disso, demonstra-se a existência de uma seletividade discriminatória do sistema penal (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2000, p. 321).

Uma nova forma de análise do fenômeno criminológico passou a vigorar neste contexto, especialmente com o surgimento do já mencionado 'labelling approach', como um significado de 'desviação' e uma qualidade atribuída por processos de interação altamente seletivos e discriminatórios, onde o conceito de criminoso é estabelecido por grupos distintos que instituem os critérios utilizados pelo sistema penal no exercício do controle social para definir o desviado como tal (BECKER, 2008, pág. 120).

Dessa maneira, entende-se, a partir da criminologia crítica, que a criminalidade é um bem (jurídico e social) negativo, distribuído de maneira desigual, conforme a hierarquia dos interesses que são fixados a partir do sistema econômico e conforme a desigualdade social.

Por certo, o bem jurídico protegido pelo Direito Penal, da forma como Roxin concebia, acaba desvirtuando-se, à medida que os atos condenáveis passam a ser nem sempre aqueles mais danosos. A eleição do perfil do criminoso, em um processo de criminalização instituído na sociedade, dá azo à supressão de direitos, liberdades e garantias constitucionais. Logo, a justiça criminal e o sistema penal são seletivos por essência.

Se, em primeiro lugar, seleciona-se os bens penalmente protegidos e os comportamentos ofensivos a eles (criminalização primária) e, em segundo lugar, seleciona-se os indivíduos estigmatizados dentre aqueles que realizam as infrações às normas penais, então parece ser possível afirmar que não é a pertinência a um estrato social que produz no indivíduo uma motivação desviante, mas, pelo contrário, que a pessoa que pertence a determinado estrato social, em razão do estigma que carrega, tem maior chance de ser definida e etiquetada como criminosa. Assim, tem-se que a chance do etiquetamento não depende muito da conduta executada (e descrita no sistema penal), como da posição do indivíduo na pirâmide social.

A Criminologia Crítica propõe, neste contexto de crise do sistema penal e dos excessos cometidos, uma nova forma de interpretação do cri-

me. A ruptura na reflexão criminológica liberal é evidente, já que os pensamentos criminológicos clássicos não questionam os processos de criminalização nem a eleição do perfil ou da conduta do criminoso.

Nos dias de hoje, os processos de criminalização estão cada vez mais presentes. O Direito Penal deslegitima-se à medida que está a serviço de uma parcela social que detêm o poder político-dominante. O Direito Penal acentua os processos referidos à medida que não funciona mais como *ultima ratio*. Este é um recurso jurídico utilizado pelas “parcelas sociais detentoras de poder para assegurar a sobrevivência do sistema capitalista, que é posteriormente ameaçado por suas próprias contradições” (QUINNEY, 1980, p. 245-246).

O controle penal se desenvolve em uma perspectiva de segregação, sendo que os bens jurídicos precisam ser revisitados e reconsiderados. Há diferenças de tratamentos ainda que a lei considere a condição de igualdade, e a seleção do perfil de criminoso ocorre de um grupo para outro, em razão de processos de dominação que guardam estreita relação com o capital.

Nesta senda, cabe questionar até mesmo o que o Direito Penal objetiva atualmente legitimar, já que, segundo Gauer (1999, p. 18) “[...] a violência dos poderosos recebe uma crítica que se esgota no discurso inócuo. A violência dos fracos, por outro lado, é punida concretamente [...]”. No mesmo sentido, menciona Baratta que

[...] o salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia consiste, portanto, principalmente, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade. (2002, p. 160-161)

Assim, na perspectiva da Criminologia Crítica, a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.

Não é por outra razão que na obra de Rusche e Kirchheimer⁴, os

autores já haviam apontado a relação entre a estrutura social e a punição, trazendo mestrado exemplo de seletividade ao fazerem a constatação de que no século XIV, quando aproximadamente um terço da população da Europa foi dizimada pela doença conhecida como 'Peste Negra', as normas penais eram muito tímidas e pouco interferiam na vida em sociedade, posto que a escassez da mão-de-obra, exigia do Estado uma postura libertária (BARATTA, 2002, p. 189).

A partir do contorno da doença com programas governamentais de aumento da natalidade, quatro séculos mais tarde, com a 'reposição' da população e com o excesso de mão-de-obra, novamente surgem delitos como vadiagem, furto, etc. Contudo, a referida obra "não exaure o tema da marginalização criminal, porque o mercado de trabalho, no sistema capitalista de produção, vai para além da perspectiva econômica, alcançando uma dimensão política também" (BARATTA, 2002, p. 189).

É por isso que, na Criminologia Crítica, o Direito Penal não é considerado somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos analisáveis separadamente: o mecanismo da produção de normas, o mecanismo da aplicação das normas, e o mecanismo de cumprimento da pena. Nestas esferas, o poder e a violência estão institucionalizados e são determinantes na análise da violação de direitos e garantias fundamentais de certos indivíduos, tal qual os pressupostos de Foucault, em 'Vigiar e Punir' já expunham. Para exemplificar, em relação ao controle realizado pelas agências de polícia, Wacquant destaca:

Essa violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por décadas de ditadura militar, quando a luta contra a "subversão interna" se disfarçou em repressão aos delinquentes. Ela apoia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre feras e doutores, os "selvagens" e os "cultos", que tende a assimilar marginais, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundam. (2001, p. 9).

O autor completa afirmando ainda que o Direito Penal, em particular, reflete uma contradição fundamental entre igualdade dos sujeitos de

direito e desigualdade substancial dos indivíduos. Zaffaroni e Pierangeli também lecionam neste sentido, e verificam que o sistema penal tem uma função que se esconde por trás do discurso externo, de proteção social indistinta, em um pretense Direito Penal igualitário. Sob a ótica destes autores, conclui-se que o discurso penal atual e

[...] o sistema penal é extremamente seletivo no combate ao crime. Desde a elaboração de normas proibitivas de condutas, até a punição judicial de criminosos, há uma perversa seleção de agentes que irão sofrer a efetivação da sanção penal. O status quo que impera no combate à criminalidade é alarmante. No intuito de manter calma a desinformada sociedade, direciona-se a punição a determinadas condutas (com doses altíssimas de publicidade) e cria-se a idéia de que a criminalidade está controlada. Falsa ilusão simbólica, porquanto a mais perversa e destruidora forma de criminalidade, a de cunho econômico, está a proliferar-se, sem que os órgãos estatais previnam e combatam tais formas de delito. A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem (1999, p. 77)

As características do sistema penal o tornam ilegítimo, face ao tratamento desigual que confere aos membros da sociedade, além de servir como instrumento de controle social seletivo e discriminatório.

Mais ainda, para que, como conclusão das pesquisas realizadas, o sistema penal, enquanto sistema de repressão da criminalidade, tanto reproduz a própria criminalidade quanto reproduz as relações sociais.

Assim, as críticas oferecidas pela criminologia crítica podem ser entendidas da seguinte maneira: (a) o direito penal é seletivo, não defendendo o interesse de todos, mas somente bens essenciais; (b) quando pune, o direito penal o faz fragmentariamente e desigualmente; (c) a lei penal não incide igualitariamente sobre todos, pois a atribuição do status criminal recai de modo desigual entre os cidadãos; e (d) o grau de tutela e distribuição do status criminal não depende do dano social da conduta, visto que

ela não constitui a variável principal da reação criminalizante.

CONCLUSÃO

A obra de Michel Foucault, explorada nesta pesquisa, inaugurou um novo momento, influenciando os estudos modernos sobre Criminologia e Direito Penal, especialmente. A obra tornou-se um clássico e é leitura obrigatória de todos aqueles que buscam o entendimento do nascimento da prisão e do sistema penal, em seu sentido mais amplo.

Para Foucault, a punição criminal perpassa por uma série de questões e problemas institucionais ligados as estratégias de poder que são visualizadas também na contemporaneidade. Mesmo após quatro décadas de sua publicação, “Vigiar e Punir” é um estudo de extrema importância e mais atual que nunca.

No cotejo entre Michel Foucault e Criminologia, é possível perceber que os mecanismos de poder e os processos de criminalização são objetos de estudo comuns, e estão institucionalizados na sociedade de hoje, de forma a legitimar discursos punitivos discriminatórios e seletistas.

Desse modo, mídia, linguagem, cultura e interações sociais (que denotam poderio de uns em face aos outros) interferem diretamente no processo de escolha daqueles que são ou não considerados criminosos, a partir de uma perspectiva de dominação. Os diplomas legais corroboram esta situação, estando à disposição de certa camada social e segregando as outras. Neste panorama, assim como “Vigiar e Punir” já preconizava, não há como se falar em direitos e garantias fundamentais a todos.

O sistema prisional controla aqueles denominados ‘criminosos’ por uma camada da população, sendo que os tratamentos diferenciados são a regra, em um Estado Democrático de Direito, onde se pressupõe a liberdade e igualdade para todos. Por este motivo, o movimento surgido com a Criminologia Crítica ainda não está sedimentado e nem possui a pretensão de resolver todos os flagelos da complexa sociedade em que se vive, mas denota uma nova perspectiva de encarar a realidade, por meio de críticas e reflexões que envolvem o sistema jurídico, as desigualdades sociais e o que está à serviço de quem nos processos de criminalização.

Conclui-se que existe uma aproximação entre aquilo que preconiza a Criminologia Crítica e as ideias de Michel Foucault: os pensamentos se complementam a medida que as reflexões provocadas, tanto pela Teoria

quanto pela Obra, denotam a busca do senso humanitário em detrimento da operacionalidade seletiva do Direito Penal, tão necessária para a concretização de ideias de justiça e liberdade em uma sociedade discriminatória e desigual.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. São Paulo: Ed. Zahar, 2008,

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel José Chittó; GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 13-36.

KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. 70. ed. Lisboa: 2002.

LOMBROSO, Cesare. 1885-1909 *O homem delinquente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal; introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Young. (Org.). *Criminologia crítica*. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 221-248.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*.

2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, Coleção Pensamento Criminológico, 2004.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2001.

_____;PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

Notes

1 Para Foucault, “Essa nova descritibilidade é ainda mais marcada, porquanto é estrito o enquadramento disciplinar: a criança, o doente, o louco, o condenado se tornarão, cada vez mais facilmente a partir do século 18 e segundo uma via que é a dos mecanismos de disciplina, objeto de descrições individuais e de relatos biográficos. Esta transcrição por escrito das existências reais não é mais um processo de heroificação; funciona como processo de objetivação e de sujeição. A vida cuidadosamente estudada dos doentes mentais ou dos delinquentes se origina, como a crônica dos reis ou a epopéia dos grandes bandidos populares, de uma certa função política da escrita, mas numa técnica de poder totalmente diversa” (1987, p. 159).

2 Título original da obra: *Punishment and social structure*

3 Título original da obra: *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance*.

4 *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance*

