

HERANÇAS DA “ERA DA SCIENCIA”: A SELETIVIDADE PENAL DISFARÇADA (1870-1938)

LEGACIES OF THE “SCIENCIA ERA”: THE DISGUISED CRIMINAL *SELECTIVITY* (1870-1938)

*Lucas Soares e SILVA*¹⁸⁷

*Thiago Freitas HANSEN*¹⁸⁸

SUMÁRIO: Introdução; 1) Raízes da seletividade penal brasileira (1870-1938); 1.1) A prisão e a inflação social; 1.2) O prisioneiro; 2) Um olhar contemporâneo para a seletividade penal; 2.1) Cárcere e interesse (por quê?); 2.2) A seletividade do sistema penal (quem?); 3) Métodos diferentes, objetivos iguais: a “era da sciencia” e o “labeling approach”; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: A reprodução da seletividade penal perdura através dos séculos, da era da “sciencia” de Darwin aos dias atuais. Esta lógica foi alimentada por setores hegemônicos da sociedade em detrimento sempre de uma mesma classe de pessoas: os marginalizados que atrapalham o progresso. Neste ínterim, a abordagem histórica deste estudo começa na França do século XIX, à luz dos estudos da historiadora Michelle Perrot e sob o contexto do positivismo criminológico. Abordando-se ainda, através da perspectiva de Boris Fausto e do caso do “crime do restaurante chinês”, como o pensamento positivista inseriu-se no cenário nacional e, por fim, demonstra-se como a seletividade se manifesta, embora sempre com o mesmo objetivo, na contemporaneidade, segunda a teoria do etiquetamento.

ABSTRACT: The reproduction of criminal selectivity stands through the centuries, from the age of “sciencia” of Darwin until today. This logic was feeded by hegemonic sectors of society instead of the same people class: the marginalized people who disrupt the progress. Meanwhile, the historical approach of the present study starts in the XIX French century, based on the studies of Michelle Perrot and under the context of criminal positivism. Approaching, through the perspective of Boris Fausto and the “Chinese restaurant crime” case, how the positivism thinking was inserted in the national scenario, and, finally, demonstrates how the selectivity manifests, as always with the same objective, in the contemporaneity, by the labeling approach theory.

* Mestrando em Direito na UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná). Advogado.

** Graduando em Direito na UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná). Graduado em História na UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná). Artigo submetido em 18/05/2010. Aprovado em 16/12/2010.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito; Seletividade Penal; Racismo; Etiquetamento.

KEYWORDS: Law History; Criminal Selectivity; Racism; Labeling Approach.

INTRODUÇÃO

Em recente texto, o historiador Bóris Fausto realiza uma pesquisa de microhistória para identificar a estrutura do crime e da repressão nas camadas populares da São Paulo dos anos 30. Em *O crime do restaurante chinês* (2009), o autor evidencia que Arias de Oliveira, um negro, pobre e recém chegado do interior paulista a capital, é apontado como principal suspeito de ter cometido um assassinato brutal que comoveu grande parte da mídia. As atuações das entidades ligadas aos aparelhos repressivos demonstram uma profunda ligação com as teorias raciais do século XIX, e a superveniência de atitudes racistas, muito embora não percebidas pelo próprio agente, no momento da análise criminal.

É nesse sentido que a seletividade penal se constitui como um fenômeno paradoxal: obscuro, porém de fácil percepção. Em um mundo com características sólidas da globalização e líquidas da pós-modernidade, o sistema carcerário é um ator coadjuvante, mas com papel fundamental, a ponto de se dizer que o romance não existiria sem sua presença, seja punindo, estigmatizando, ou então cumprindo seu papel principal: excluindo.

Entretanto, embora não se negue que o sistema penal seja eminentemente excludente, evidencia-se que sua atuação representa um mecanismo de manutenção do *status* poder e da dominação. No decorrer do estudo demonstra-se que as pessoas marginalizadas sempre foram alvo do controle social e, por derradeiro, do sistema penitenciário.

A mudança paradigmática do contexto social não impediu a estrutura de poder e dominação se mantivesse e que a clientela do sistema penal se repetisse com o passar do tempo. Ainda que estes “clientes” possam ter características diferentes nos variados momentos da história, sua essência é a mesma: representam a classe do marginalizados que atrapalham o progresso.

A figura do negro como principal suspeito de qualquer crime não ficou na década de trinta. Criou-se a idéia de que o pobre (e devido a uma composição social racista o negro normalmente é o pobre) teria mais tendência ao crime, até mesmo por sua situação de exclusão, fato que legitimou a seletividade como se encontra. Hoje, aquele que cidadão não capaz de adaptar-se ao ideal consumista está eminentemente sujeito ao sistema penal.

Por fim, demonstra-se que esta lógica perversa de seletividade é reproduzida por mecanismo da própria sociedade como o etiquetamento social e das instâncias penais. O sistema penal e penitenciário não estão voltados para o crime como um todo. Em verdade, serve, desde seu surgimento, a uma pequena classe detentora do poder.

1. RAÍZES DA SELETIVIDADE PENAL BRASILEIRA (1870-1938)

Para se entender o fenômeno da seletividade penal, é necessário *a priori*, compreender dois atores fundantes e suas coligações na História, sejam eles: a prisão e o prisioneiro. Com raízes, a seletividade é profunda e se mantém durante o tempo mirando - com táticas diferentes - os mesmo agentes, quais sejam: aqueles que estorvam o progresso. O período destacado coincide com a crescente urbanização no Rio de Janeiro e São Paulo e a conseqüente explosão da legislação penal, até o acontecimento do “crime do restaurante chinês”, escolhido aqui como marco da seletividade penal moderna nos órgãos judiciários.

1.1 A Prisão e a Inflação Penal

A prisão é a irmã mais próxima do asilo e do manicômio, e assim como estes, possui o mesmo objetivo: isolar. Íntimo à urbanização, o sistema carcerário é um aliado de grande importância da sociedade burguesa, sobretudo no século XIX, em que as grades cumpriram o seu papel principal: defender a propriedade, e, sobretudo a sensação de progresso, tão comum à época do positivismo. Obviamente que os séculos anteriores ao XIX conheceram o cárcere, mas sua função era de meio, e não uma faceta de fim, como o é – paradoxalmente – após a Revolução Francesa. É neste sentido que Michelle Perrot (1988, p. 236), historiadora dos excluídos, afirma que “a Revolução gera o seu contrário”, deste modo a prisão muda seu objetivo: de repressão e ressocialização, foca-se única e exclusivamente na exclusão. A falha da modernidade era perceptível no século XIX, mas o projeto inacabável tinha apenas começado.

Comprova-se essa mudança pelo fato de 50% dos liberados do cárcere na Europa do século XIX, tornarem-se reincidentes, e com isso, o Estado levou o sistema às últimas conseqüências ao instaurar a pena de desterro como solução. A exclusão venceria como disse Perrot (1988, p. 236-237).

Feita para punir, mas também para reintegrar os delinqüentes à sociedade, ‘corrigir os costumes dos detentos, a fim de que seu retorno à liberdade não seja uma desgraça nem para a sociedade, nem para eles mesmo’, a prisão acaba por excluí-los. (...) Ao instaurar o desterro das várias vezes reincidentes, expulsa do território os ‘irrecuperáveis’. A prisão fracassa, a exclusão triunfa.

O famoso projeto do panóptico de Bentham, argumento inicial do sistema carcerário, atua de forma ambígua durante a História. Com idéia inicial de “punir, defender a sociedade isolando o malfeitor para evitar o contágio do mal e inspirando o temor ao seu destino, corrigir o culpado para reintegrá-lo a sociedade” (PERROT, 1988, 262), o fato é que a prisão – como instituição – faz justamente o contrário, no sentido de que

O sistema penitenciário parece então ter se desviado profundamente de suas intenções iniciais. Longe de reintegrar, ele expulsa, evacua, suprime os irrecuperáveis. Mas ao mesmo tempo, revela talvez sua finalidade oculta e verdadeira: defender a sociedade industrial burguesa fundada sobre a propriedade e o trabalho. A prisão é a ilusória válvula de segurança dessa sociedade. (PERROT, 1988, p. 265-266)

Mas, como Foucault aduz, a prisão possui uma função social. Ela produz delinquentes, e isso, historicamente é fácil de se comprovar. Afirmo o autor em voga:

Desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. Foi então que houve, como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era um inconveniente. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. (1979, p. 74).

O Crime, em seu sentido moral e não jurídico, é um valor negativo criado. Uma resposta a uma situação – mesmo que muitas vezes aceita pela sociedade geral –, que na maioria das vezes é antiprogressista. É através da criação de novos crimes, que criam-se novos delinquentes, e paulatinamente, controla-se a sociedade. A inflação da legislação penal pode ser observada na França do Século XIX, país em pleno desenvolvimento industrial. Pondera Michelle Perrot (1988, p. 245),

De modo geral, o Código [Penal] funciona por acréscimos, que provocam imediatamente uma inflação da delinqüência. As retrações são muito raras. É preciso verdadeiramente uma transformação importante ou um longo desuso para que uma medida legislativa suprima um delito. No Cômputo de 1880, os magistrados pedem que se elimine dos delitos o empréstimo a juros, cuja legitimidade é defendida por diversos projetos-de-lei. Os tribunais há muito tempo só reprimem a agiotagem muito excessiva. Que finalmente absolva-se o Capital!

E complementa,

A partir do Segundo Império, proliferam os delitos econômicos (referentes aos cheques, sociedades, empréstimos), delitos ‘astuciosos’ que assinalam o aparecimento de uma delinqüência de ‘colarinho branco’. Na mesma época, o policiamento das tavernas se complica; o delito de embriaguez,

inventado em 1873, traduz-se no ano seguinte em 4000 inculpações novas. Em 1880, 60.714 pessoas são citadas perante os tribunais (...) por contravenções ou delitos dessa ordem; muito menos do que na Inglaterra, onde ressalta o Cômputo, haveria 172.589.

A industrialização da Inglaterra e da França, em próspero desenvolvimento no século XIX, somado a recente urbanização, criou o solo fértil para a proliferação de novos delitos que atingiam uma boa parte da população enquadrada como atrasos ao progresso. Em contrapartida, crimes a favor do desenvolvimento econômico – como a agiotagem – são eliminados. É a legislação penal atuando em favor da industrialização, e em última medida, da sociedade burguesa.

No Brasil, apesar de ser um país de industrialização tardia, os contornos equiparam-se. Influenciada pela doutrina positivista – ironicamente trazida da França alguns anos antes – a inflação da legislação penal é evidente. No caso pátrio a força industrial era tímida, tendo alguns casos isolados como durante a formação de um conglomerado industrial por Barão de Mauá e um surto industrial durante a I Guerra Mundial, e sua grande maioria concentrando-se em São Paulo. Mesmo pequena, era suficiente para se criar crimes de controle social, sobretudo para controlar as greves gerais ocorridas no início do século XX.

As agressões a ordem pública, como a embriaguês, comportamento desordeiro e a vadiagem, predominavam muito sobre os crimes contra pessoas e propriedades, durante o final do século XIX e início do século XX. Em São Paulo, uma cidade passando por uma intensa imigração européia e um crescimento urbano explosivo, aqueles crimes sem vítimas respondiam por 75,5% das prisões no período de 1892-1896 e 85,6% de 1912-1916. Tal disparidade, refletindo a profunda preocupação da polícia com o comportamento público das pessoas, denota o esforço para controlar este comportamento em vez de controlar o crime. (HAHNER, 1993, 287).

Mas a seletividade ganhou outras proporções. Não se contentou em punir o ébrio e o andarilho, a visão darwinista da época foi buscar o cerne da questão e desenvolveu não só a noção de criminoso nato de Lombroso, como também tentou justificar as diferenças sociais por uma lógica evolutiva pautada em conceitos raciais. Portanto, é na era da “*sciencia*”, que as teorias raciais atuam como principais formadoras da inflação penal brasileira. O crime é pautado no sujeito e não à conduta. A prisão fica em segundo plano, a vontade não era mais punir, e sim, prevenir e conformar a sociedade sobre sua situação.

1.2 O Prisioneiro

A legislação penal e o cárcere tinham por objetivo, portanto, defender a sociedade de um inimigo certo e determinável: as minorias que atrapalhavam o

progresso. Resta se perguntar, quais atores eram estes? Entre outros possíveis, sobretudo destacam-se o operário, o estrangeiro, o pobre – e mais intensamente – o mestiço.

Um primeiro rastro de seletividade penal pode ser encontrado em um documento francês chamado “Cômputo Geral da Administração da Justiça Penal” datado de 1825. Tal fonte é um dossiê que realiza o cruzamento de informações dos prisioneiros franceses do século XIX, sobretudo no que tange à sua escolaridade, local de nascimento, domicílio, profissão entre outras, a fim de buscar uma lógica criminosa e determinista dos delinquentes. Sua transposição ao solo brasileiro tem suas divergências, relacionando, especialmente a relação do crime à figura do mestiço e o “problema da miscigenação” trazido à baila pela doutrina do Darwinismo Social.

Fortemente associadas à doutrina do positivismo de Comte, o pensamento político brasileiro do início do fim do século XIX, início do XX enxergava no evolucionismo social a resposta do atraso brasileiro, e todas as forças que fossem contra a maré da evolução estariam fadando toda a sociedade ao eterno subdesenvolvimento. É no conceito de progresso que é possível entender o pensamento político da época. Lilia Moritz Schwarcz assinala que:

Civilização e progresso, termos privilegiados da época, eram entendidos não enquanto conceitos específicos de uma determinada sociedade, mas como modelos universais. Segundo os evolucionistas sociais, em todas as partes do mundo a cultura teria se desenvolvido em estados sucessivos, caracterizados por organizações econômicas e sociais específicas. Esses estágios, entendidos como únicos e obrigatórios – já que toda a humanidade deveria passar por eles –, seguiam determinada direção, que ia sempre do mais simples ao mais complexo e diferenciado. Tratava-se de entender toda e qualquer diferença como contingente, como se o conjunto da humanidade estivesse sujeito a passar pelos mesmos estágios de progresso evolutivo. (1993, p. 58)

Assim sendo, os “cientistas” buscavam entender quais eram os atores que impediam uma evolução mais rápida ao positivo (sociedade burguesa industrial), e a resposta veio contundente: os mestiços. Uma política de eugenia racial instaurava-se no Brasil, tendo como apoio institucional os grandes centros de imanência intelectual do país: as Escolas de Medicina e Direito. A faculdade de Direito do Recife foi um dos grandes pólos de disseminação dos ideais de adaptação do mais forte e das teorias racistas da perversidade nata, principalmente nos nomes de Lombroso e Ferri. Contribuiu para a formação do Darwinismo Social brasileiro, o qual seria:

[Uma] nova perspectiva [que] via de forma pessimista a miscigenação, já que acreditava que ‘não se transmitiriam caracteres adquiridos’, nem mesmo por meio de um processo evolução social. Ou seja, as raças

constituíam fenômenos finais, resultados imutáveis, sendo todo cruzamento, por princípio, entendido como erro. As decorrências lógicas desse tipo de postulado eram duas: enaltecimento da existência de ‘tipos puros’ – e portanto não sujeitos a processos de miscigenação – e compreender a mestiçagem como sinônimo de degeneração não só racial como social. (SCHWARCZ, 1993, p. 58).

As decorrências desta postura têm efeitos na seara penal e criminológica do começo do século XX. O Direito assume uma postura de regulação social, impondo costumes, proibindo maneiras e estilos, criando restrições “que incidiam sobre ‘alcoólatras, epiléticos e alienados’ (...) [visando] um equilíbrio genético, um aprimoramento das populações, ou a identificação precisa das características (...) sociais indesejáveis” (SCHWARCZ, 1993, p. 60).

Obviamente que esta teoria não passou livre de críticas. A Faculdade de Direito de São Paulo, por exemplo, não se posicionou com tanto afinco às teorias raciais da escola italiana como o ocorrido na Faculdade nordestina. Entretanto, o liberalismo que rodeava as arcadas do Largo de São Francisco sempre teve postura conservadora, e além disso, nutria uma seletividade penal disfarçada:

Enquanto na Escola de Recife um modelo claramente determinista dominava, em São Paulo um liberalismo de fachada, cartão de visita para questões de cunho oficial, convivía com um discurso racial, prontamente acionado quando se tratava de defender hierarquias, explicar desigualdades. A teoria racial cumpria o papel, quando utilizada, de deixar claro como para esses juristas falar em democracia não significava discorrer sobre a noção de cidadania. (SCHWARCZ, 1993, p. 186)

As constatações desta seletividade não se fecharam aos feudos acadêmicos, e se posicionaram no imaginário e na memória coletiva da sociedade brasileira. Comprovações desta inserção podem ser exemplificadas por editoriais de jornais da época, como por exemplo, o jornal *Correio Paulistano* de 1892 publicou com uma pergunta retórica e incisiva que “O negro só sabia ser sensual idiota, sem a menor idéia de religião (...) São todos ladrões, jogadores a um grau incompreensível... Admittindo[-os] (...) quanto gastará o Estado (...) em cárceres com o aumento da criminalidade.”

Por volta da década de 30, o crédito das doutrinas raciais começa a cair, entretanto, somente nos meios acadêmicos. No contexto social, muito das conclusões lombrosianas jazem no imaginário cultural do público e do Poder Judiciário. Exemplo evidente disto é a análise de microhistória proposta por Boris Fausto sobre *O crime do restaurante chinês*. O racismo ganha um aspecto dissimulado, atuando pelas entranhas do sistema, caminhando pelas masmorras da investigação policial, e mantendo-se firme, em certa medida – respeitando as suas peculiaridades, a fim de se evitar possíveis anacronismos – até os dias de hoje.

2 UM OLHAR CONTEMPORÂNEO PARA A SELETIVIDADE PENAL

2.1 *Cárcere e Interesse (Por Quê?)*

A explosão carcerária ocorrida nas décadas recentes representa a clara crença na pena de prisão, em detrimento das alternativas penais. O interesse social, legitimado e maximizado pelo clamor público, transformou a pena privativa de liberdade em remédio de emergência para todos os males da sociedade. (GOMES, BIANCHINI, 2002, p. 154).

Com o fenômeno da globalização econômica, os mecanismos de poder, de certa forma, deixaram a entidade estatal e foram para as mãos de entes supranacionais, como as grandes corporações. O controle social exercido pelo Estado, em busca de um indivíduo dócil que não atrapalhasse seu desenvolvimento, nos dias de hoje, adaptou-se aos critérios dos novos poderosos. Busca-se hoje o indivíduo que contribua e se adapte à lógica do consumo.

Sob a visão de Bauman:

A maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor. A norma que nossa sociedade coloca para seus membros é a da capacidade e vontade de desempenhar esse papel. (1999, p. 88).

A conveniência da prisão, já que não ressocializa e tão pouco previne o crime, é senão afastar o consumidor falho do contexto social. Desta forma, o que restou à prisão, na verdade, foi a função de separar bons e maus cidadãos definidos sob a ótica da modernidade.

Ainda que a pena privativa de liberdade não seja imprescindível, hoje, sua utilização encontra-se distorcida. Fato é que na realidade cotidiana e no ordenamento criminal, alguns tipos penais e alguns tipos de autores têm preferencialidade ao cárcere, sendo normalmente crimes que se enquadram na violência urbana e criminosos pertencentes às classes sociais mais baixas.

Cabe aqui a crítica de Gomes e Bianchini:

Considerando-se que para a prisão mandamos quase que exclusivamente “os da última fileira social”, reafirma-se a generalizada (e equivocada) concepção “que o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduzam no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social”. Crime é algo da “raça bastarda”, da classe degradada dos miseráveis, dos viciados e marginalizados. [...] A prisão, em síntese, cumpre bem esse papel de retransmitir a idéia de que o crime pertence às classes baixas. (2002, p. 157-158).

Guindani explica que o controle social e o processo de normalização da vida exercidos através da violência legítima do Estado (leia-se, da pena de prisão),

seguem a estrutura dominante e tende a eliminar as zonas obscuras do social “em benefício de uma asséptica normalidade, delimitando o desvio e a disfunção para melhor tratá-los”. (2000, p. 190).

A estratégia estatal, todavia, nunca se importou com o êxito deste “tratamento”, mas sim com seu poderio simbólico, suficiente para justificar a *tecnoestrutura* contemporânea e o contexto de marginalização. Para o referido autor, “neste contexto, aparece uma nova forma de violência simbólica mais perversa e sutil, a exclusão moral e física de grupos considerados à margem da sociedade”. (GUINDANI, 2000, p. 191).

Em síntese:

É a prisão da sociedade global, que vem se (re)constituindo de forma complexa e revelando uma dinamicidade de antigas e novas relações de poder: simbólico, de ruptura com o social normalizado e de articulação com à rede de violência social. [...] Alguns mais críticos, chegam a apontar a prisão como uma instituição bem sucedida no sistema capitalista, pois vem alcançando os seus objetivos de reprodução e manutenção das desigualdades sociais. (GUINDANI, 2000, p. 192).

O processo de encarceramento, sob grande influência de ideologias políticas repressivistas radicais, culmina na fomentação da violência e da marginalização dentro da estrutura consumista que se vive hoje. Através de um processo denominado prisionalização (inicialmente chamando de *prisonização* por Donald Clemmer) o encarcerado “incorpora, assimila, aprende, se integra e adota, em menor ou maior grau, e de forma mais ou menos consciente, os valores, padrões e práticas vigentes no sistema social da prisão”. (CHIES, 2008, p. 72).

Nota-se, portanto, ser mais que visível a não recuperação através do sistema penitenciário. Em verdade a prisão põe por terra qualquer tentativa de mudança para melhor. Muitos, ainda que inconscientemente, atribuem o fracasso dos fins regeneradores da prisão à deficiência dos recursos materiais, quando não à irrecuperabilidade nata do próprio apenado.

Mais acertado parece o argumento de Thompson, para quem reformar criminosos pela prisão não passa de uma falácia. O autor também afirma que os bons cidadãos conformam-se com este contexto já que assimilam o ideal de transitoriedade e que a qualquer momento deixará de existir. (2002, p. 16).

Thompson conclui dizendo que o fracasso do cárcere, quando se trata de reeducação, independente se for no Brasil, Estados Unidos, Inglaterra ou Noruega, está, na maioria das vezes, ligado à deficiência quanto ao número de profissionais de tratamento (médicos, psicólogos, educadores, assistentes sociais), além da imperfeição do método utilizado para reeducar. Esta explicação comum e desprovida de comprovação técnica, infelizmente valerá para qualquer caso concreto já que não existe o número e quais os requisitos adequados ao tratamento do presidiário. (2002, p. 17).

A indagação de Cervini serve exatamente a este problema: como ressocializar um delinqüente sem se criticar uma sociedade que cultiva continuamente a violência? Como aceitar um espetáculo de sangue que ocorre através dos meios de comunicação de massa, bem como o agir político em prol de guerras e violação aos direitos humanos contra grupos mais fracos e marginalizados, muitas vezes por questões culturais e religiosas, onde normalmente se encontra o próprio delinqüente? (1995, p. 37).

Desta forma, não é racional focar a crítica no indivíduo criminoso em si, mas sim no meio pelo qual fundamentalmente se busca a ressocialização, ou seja, a prisão. O fim ressocializador da pena privativa de liberdade não passa de mera ilusão de quem a defende. Diferente disso, a prisão só repete o *status* de dominação social.

A prisão como se encontra, trata de *dessocializar* o preso, o convívio prisional faz com que o encarcerado recuse, definitivamente, as normas necessárias para o convívio em sociedade. (BITENCOURT, 1993, p. 171). Ao retornar ao convívio social, aquele não será o mesmo marginalizado que um dia entrou no sistema prisional, estará pior, quando não irrecuperável.

Mesmo que esta paradoxal realidade não seja de difícil constatação, a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade é fato comum na maioria dos países. Parte da responsabilidade por esta situação pode ser creditada ao movimento de *law and order* (lei e ordem), oriundo dos Estados Unidos, na década de setenta e, posteriormente, a política de *zero tolerance* (tolerância zero), implantada por Rudolf Giuliani, prefeito de Nova York em meados da década de noventa. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p.).

Ademais, como explica Silva Sánchez, a expansão do Direito Penal tem diversas causas, além da ideologia repressivista, o aparecimento de novos interesses e, por decorrência, novos riscos. A institucionalização da insegurança e assim, a sensação social de insegurança e a identificação da maioria com a vítima do delito. Somada às apontadas, observa-se também o descrédito de outras instâncias de proteção, dentre outras. (2002, p. 27).

Para René Ariel Dotti,

Os defensores desse pensamento partem do pressuposto maniqueísta de que a sociedade está dividida entre *bons* e *maus*. A violência destes somente poderia ser controlada através de leis mais severas, impondo longas penas de prisão, quanto não a de morte. Estas duas seriam as únicas reações adequadas para enfrentar a criminalidade crescente e intimidar as tendências criminógenas. (2005, p. 21).

Maria Lúcia Karam bem explica que a intensificação do controle social, a qual carrega a ideologia de lei e de ordem, alarga o poder de punir do Estado através do campo normativo com intuito de fortalecer as formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. (KARAM, 2004, p. 99).

Análise de Bauman não é diferente:

Em quase toda parte a rede de prisões está se ampliando intensamente. Os gastos orçamentários do Estado com as “forças da lei e da ordem”, principalmente os efetivos policiais e os serviços penitenciários, crescem em todo o planeta. Mais importante, a proporção da população em conflito direto com a lei e sujeita à prisão cresce num ritmo que indica uma mudança mais que meramente quantitativa e sugere uma “significação muito ampliada da solução institucional como componente da política criminal” — e assinala, além disso, que muitos governos alimentam a pressuposição, que goza de amplo apoio na opinião pública, segundo a qual “há uma crescente necessidade de disciplinar importantes grupos e segmentos populacionais”. (1999, p. 122)

Desta feita questiona-se, por que se prende tanto? A resposta não é difícil, se prende os marginais e quase somente estes, com o intuito de neutralizá-los já que não compõem a classe dos consumidores. A globalização fez desaparecer a figura do cidadão. Para merecer qualquer direito deve-se adequar a lógica do consumo.

2.2 A seletividade do sistema penal (quem?)

A essência da seletividade está contida no pensamento de Foucault (2004, p. 234), o qual assim resume:

Não há uma justiça penal destinada a punir todas as práticas ilegais e que, para isso, utilizasse a polícia como auxiliar, e a prisão como instrumento punitivo, podendo deixar no rastro de sua ação o resíduo inassimilável da “delinquência”. Deve-se ver nessa justiça um instrumento para o controle diferencial das ilegalidades. Podem falar os magistrados; a justiça penal com todo o seu aparelho de espetáculo é feita para atender à demanda cotidiana de um aparelho de controle meio mergulhado na sombra que visa engrenar uma sobre a outra polícia e delinquência. Os juizes são os empregados, que quase não se rebelam, desse mecanismo. Ajudam na medida de suas possibilidades a constituição da delinquência, ou seja, a diferenciação das ilegalidades, o controle, a colonização e a utilização de algumas delas pela ilegalidade da classe dominante.

Dados históricos, índices governamentais, assim como o ideário popular, refletem a realidade que o sistema penal não é o mesmo para todas as pessoas. O que se tenta dizer é senão que o sistema penal tem, como sempre teve, uma clientela específica.

Tal clientela, nunca se afastou da figura daqueles que não condizem com os padrões de normalidade impostos, nas mais diversas épocas, pela sociedade. Os marginalizados pelos mais diversos motivos sempre tiveram preferência pela

persecução penal, e dentro dessa classe, para os piores, a pena de prisão. Hoje a figura do excluído, marginalizado, é aquela do não-consumidor, do incapaz de participar deste contexto de consumo.

Também baseado na obra de Bauman, Aury Lopes Jr, argumenta que:

(...) cada esquema de pureza gera sua própria sujeira e cada ordem gera seus próprios estranhos. Isso se reflete muito bem na tolerância zero para o outro e tolerância dez para nós e os nossos. E o critério da pureza é a aptidão de participar do jogo consumista. Os deixados de fora são os consumidores falhos e, como tais, incapazes de ser “indivíduos livres”, pois o senso de liberdade é definidos a partir do poder de escolha do consumidor. (2008, p. 15 - grifo no original).

Com a imposição deste novo conceito de cidadania (do cidadão consumidor), o sistema penal, na mão dominante do sistema calcado no consumo, logo se adaptou a esta tendência e passou a perseguir com maior afinco aquelas condutas relacionadas à pessoa do pobre marginalizado.

Na verdade, para Alice Bianchini:

O sistema penal, com todos os instrumentos que encerra, acaba por permitir que, no seu interior, formas de discriminação, arbitrariedade e violência sejam garantidas e legitimadas, o que se obtém com o consentimento expresso ou tácito de uma maioria considerável da população, utilizando-se, para tanto, de mecanismos insidiosos, encobridores da verdade. (2000, p. 52).

Segundo Bianchini, a dogmática penal reproduz um sistema de poder hegemônico, onde a justiça da lei não é questionada, bastante, porém, sua existência no ordenamento jurídico. Isto possibilita a manipulação por aqueles que pouco se interessam pelas mudanças, já que não são atingidas por elas. (2000, p. 54).

O que aqui se explica é que a lei penal é tão-somente um marco abstrato de decisão, a partir do qual os agentes de controle social formal (operadores da criminalização secundária, Polícia, Ministério Público, juízes), com tamanha discricionariedade, efetuam a seleção, com respaldo populacional, “desenvolvendo uma atividade criadora proporcionada pelo caráter “definitorial” da criminalidade. (ANDRADE, 2003, p. 260).

Portanto,

Nada mais errôneo que supor (como faz a Dogmática Penal) que, detectando um comportamento delitivo, seu autor resultará automática e inevitavelmente etiquetado. Pois, entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada

pelas instâncias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração. (ANDRADE, 2003, 260).

O processo de refração referido por Vera Regina Pereira de Andrade, significa um “efeito-de-funil” operado no interior do sistema penal. Ora, nem todos os crimes estão ao alcance da vigilância policial. Dos crimes perseguidos pela polícia, nem todos são registrados, e dos registrados, por sua vez, nem todos são denunciados. Assim, nem toda denúncia é aceita, e ainda, nem todo recebimento de denúncia gera uma condenação. (2003, p. 262, 263).

Não é diferente o pensamento de Alice Bianchini, para quem a via punitiva não é a mesma para todos os agentes criminosos. Na verdade, “sua aplicação resta dirigida a uma parcela bastante reduzida e bem delimitada, filtrada por meio de um processo que, quase sempre, elege os menos providos economicamente”. (2000, p. 61).

Assim explica Foucault, “não há então natureza criminosa, mas jogos de força que, segundo a classe a que pertencem os indivíduos, os conduzirão ao poder ou à prisão”. (2004, p. 241). A figura do potencial criminoso é, portanto, desenhada conforme a condição social e a capacidade de se adaptar aos critérios de normalidade impostos pela sociedade.

Neste ínterim, o sistema penal não é mais que uma estrutura de manutenção da dominação. E mais, a dogmática penal que se tem hoje, distante do que se propõem, reproduz essa configuração e colabora para que esse estado de coisas se perpetue. (BIANCHINI, 2000, p. 63).

O processo de criminalização (entende-se “a passagem do crime de instância a instância – Polícia-Ministério Público-Justiça-Administração Penitenciária –”), é seletivamente distribuído pelo sistema penal. Desta forma, conclui-se que os pobres não têm maior tendência a delinquir, mas sim a serem mais facilmente criminalizados. (ANDRADE, 2003, p. 265).

Esta seletividade, quantitativa, demonstra que por o sistema penal não estar preparado para atuar em toda sua extensão (e isto é uma mera ilusão da dogmática), por sua incapacidade de operacionalização, elenca e se dedica apenas a determinadas condutas criminosas.

Já a seletividade, denominada qualitativa, caracteriza-se pela seleção de pessoas e não pela incriminação igualitária de condutas. Desta forma, a conduta delituosa não é condição suficiente para o acolhimento do sistema penal. Assim, apesar do enorme dano social, os crimes de colarinho branco têm tratamento mais ameno, em detrimento da criminalidade urbana, normalmente cometida por membros pertencentes a grupos marginalizados.

3. MÉTODOS DIFERENTES, OBJETIVOS IGUAIS: A “ERA DA CIENCIA” E O “LABELING APPROACH”

O recente texto de Boris Fausto sobre um crime ocorrido no fim da década de 30 na cidade de São Paulo ilustra bem a realidade seletiva das instâncias penais brasileiras após a influência da ciências antropométricas, médicas e psiquiátricas do

início do século XX.

Advindo em um momento que as ciências lombrosianas já estavam superadas dentro da academia, o crime mexeu com toda a sociedade e a mídia da época. A misteriosidade do crime atraiu grande público e a falta de suspeitos causara um ar de preocupação na população do centro de São Paulo.

O aparelho judiciário e policial estava chocado e precisava encontrar o culpado, ou então, como é demonstrado no texto, criar um culpado. O papel ficou a cargo de Arias de Oliveira, um negro, pobre, recém chegado do interior e desempregado. Antes mesmo de qualquer investigação à finco, os jornais da época, como a *Gazeta*, já anunciava:

Mulato escuro, não obstante [sic], é até simpático e não oferece fisionomicamente a impressão de criminoso ou tarado. Tem fala mansa, seus gestos são lentos e entusos, não fuma e não tem antecedentes criminais. (FAUSTO, 2009, p. 55)

A passagem acima comprova a atitude generalista quanto a criminalização da população negra, vista com bases ainda do século XIX, como responsáveis pela mal desenvolvimento econômico do país. Com o início das investigações, já é possível observar a atitude racista da entidade detentora do *persecutio criminis* logo nos primeiros exames criminológicos aplicados aos suspeitos. Dentre os cinco suspeitos, sendo dois chineses e empregados do restaurante onde havia ocorrido o crime, dois brasileiros brancos, e Arias de Oliveira, este último foi obrigado a fazer oito exames médico-psicológicos enquanto os outros, não chegaram a fazer dois. A busca por uma confissão forçada utilizou-se de instrumentos da “era da sciencia”, como o exame Jung-Bleuler e medidas antropométricas e odontológicas de Arias.

Após dois julgamentos ao Juri, sendo o primeiro anulado a pedido do promotor, Arias é absolvido. Absolvição ocorrida por dois fatores principais: a habilidade de seu advogado Paulo Lauro, representante da União Negra Brasileira; e por fim, com suas ressalvas, o autor demonstra que um outro fator que poderia ter contribuído seria o fato de sua aparência ser muito parecida com a de Leônidas da Silva, futebolista vivo da época e responsável por uma boa campanha do Brasil na Copa do Mundo de 1938.

A seletividade hoje não é totalmente diferente. Mudou sua forma de aproximação descarada do início do século XIX, assim como foi feito pelos anos 30, e adicionou alguns valores que viriam a ser entendidos alguns anos depois, com a formação da sociedade para o consumo. O labeling approach – abordagem do etiquetamento – seria essa nova máscara da “era da sciencia”.

Sabe-se que o sistema penal é influenciado e interpretado através de um sistema de valores norteadores das relações sociais. Assim, a delimitação do socialmente aceitável e do delito toma o centro de discussão de uma teoria da criminalidade. Neste contexto vem a tona a teoria da “reação social”, ou do *labeling approach*.

Baratta explica tal teoria da seguinte forma:

(...) não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinqüente”. (2002, p. 86).

Desta forma, o *labeling approach* se foca com maior ênfase nas reações das “instâncias oficiais de controle social”, levando em conta sua função constitutiva da criminalidade. A teoria volta-se ao efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e juízes. (BARATTA, 2002, p. 86).

Os criminólogos que se baseiam no *labeling* estudam os efeitos do estigma do delinqüente. De acordo com este pensamento, a punição de um primeiro comportamento desviante consiste, normalmente, na definitiva mudança da identidade social do indivíduo. A partir deste momento o indivíduo recebe o *status* de desviante. (BARATTA, 2002, p. 87).

Vera Regina Pereira de Andrade, bem explica, que:

uma conduta não é criminal “em si” ou “per si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade (patologia). O caráter criminal de uma conduta e a atribuição de criminoso a seu autor depende de certos processos sociais de “definição”, que atribuem à mesma um tal caráter, e de “seleção”, que etiquetam um autor como delinqüente. (2003, p. 205).

Para a referida autora a tese da seletividade inicialmente sugeridas por Rusche/ Kirchheimer e Foucault é levada às últimas consequências através da leitura sistemática do *labeling*. Uma das revelações deste estudo é a “das correlativas ‘regularidades’ a que obedecem a criminalização e o etiquetamento dos estratos sociais mais pobres, visibilizada pela clientela da população carcerária”. (ANDRADE, 2003, p. 207).

Maria Lúcia Karam, argumenta:

Da mesma forma que criara o delito no primeiro momento do processo de criminalização, ao assim qualificar determinadas situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, o sistema penal cria o delinqüente, neste outro momento daquele processo, com a interiorização por aquele que é condenado – ou, antes disso, desde o primeiro contato com o sistema

penal e social [...] com o prolongamento deste tratamento no tempo, a pessoa acaba por se comportar conforme o papel que lhe foi dado, isto é, como se fosse aquela determinada coisa, com o que termina efetivamente sendo. (2000, p. 348).

Assim, a primeira vista, o pobre não tem tendência a delinquir, mas sim de ser mais facilmente criminalizado. Ocorre, todavia, que somado ao etiquetamento pelas instâncias oficiais, está o poderio de reprodução por parte da grande mídia de massa e, a partir daí, pela própria sociedade. Este exercício cria uma figura objetiva do mau cidadão que será perseguido sob qualquer circunstância.

Karam demonstra que a atuação do sistema penal não é a mesma para todos os responsáveis por ações criminosas mas só “imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, exemplarmente identificados como criminosos, possam emprestar sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso, e, assim, possibilitar, simultânea e conveniente, o reconhecimento dos ‘cidadão de bem’ e a ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder”. (2000, p. 346).

Este ciclo vicioso é garantia da manutenção de poder e de dominação de uma categoria de pessoas sobre outra. Na verdade, desde a determinação da conduta como delituosa, já se prevê como e contra quem o sistema penal irá se direcionar. A medida do moralmente aceitável não está na ação em si, mas na pessoa, e decorre do poderio econômico.

Percebe-se, assim, que o *labeling* não se sustenta sozinho. Trata-se de uma faceta fundamental da seletividade, mas não abrange toda a essência da conduta delitiva. Entretanto, não se separa totalmente das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam o desvio. A estigmatização de determinadas condutas e pessoas faz com que o discurso se generalize e alcance seus pares, e neste ponto entende-se que o etiquetamento está tão-somente servindo a lógica dominante contra os antiprogresso, já que não atinge da mesma maneira todas as camadas sociais e criminosas.

Neste ínterim conclui Baratta (2002, p. 166):

(...) não só as normas de direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, [...] exerce também, uma função ativa de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. 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, [...] 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.

Portanto, não se pode negar a utilização do sistema penal, do cárcere e de suas demais instâncias, como mantenedores da estrutura de desigualdade. De um lado os detentores de poder, e de outro, os sujeitos à disciplina e ao controle social do consumismo. Fora destas duas categorias, estão os rejeitados, encarcerados, excluídos da sociedade.

O Poder Judiciário atuou e atua como um funcionário fiel a esses ideais, permitindo que através da seletividade penal, seja possível explicar a desigualdade social reinante.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário foi um dos principais difusores de uma seletividade penal disfarçada, ao trazer para si e integrar valores de cunho racista e progressista, presos ao fim do século XIX. As correntes que atam a ideologia penal brasileira àquela época são sólidas e somente com uma mudança epistemológica profunda será possível que o sistema carcerário cesse seu trabalho de exclusão social, tão evidente e querido pela sociedade industrial burguesa.

Neste ponto, acredita-se que a visão lambrosiana do criminoso não ficou no passado. Na verdade, a prisão não pertence a qualquer criminoso, ela é um “privilégio” dos desprivilegiados. As prisões que se vê, nos dias de hoje, estão cheias de pobres, negros e todos aqueles marginalizados sócio-economicamente.

Os aparelhos de controle social, tais como a prisão, são evidentes reprodutores da exclusão social, da qual só se beneficiam aqueles que detêm um poderio de dominação frente aos demais. Na era da globalização, o incapaz de consumir perde cada vez mais sua função de cidadão e aos poucos vai sendo neutralizado pela sociedade.

O atual contexto representa bem a crise multidimensional de Capra, “uma crise de dimensões intelectuais, morais e espirituais; uma crise de escala e premência sem precedentes em toda história da humanidade”. (2006, p. 19). Não se pode admitir que uma parcela da sociedade seja sempre rejeitada.

Demonstrada a falência do cárcere, não convém insistir nesta lógica de miséria e desigualdade. A busca pela superação da exclusão deve ter em conta procedimentos de integração, ainda que alguns setores hegemônicos da sociedade não tirem proveito disso. A exclusão é fator de estigma, miséria e desigualdade. Somente um olhar sincero ao problema pode resolvê-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BIANCHINI, Alice. *A seletividade do controle penal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, nº 30, abril-junho, 2000.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 2006.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução da 2ª edição espanhola de: Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangelli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CHIES, Luiz Antonio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão: a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade*. São Paulo: Método: IBCCRIM, 2008.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FAUSTO, Boris. *O crime do restaurante chinês: carnaval, futebol e justiça na São Paulo dos anos 30*. – São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

FOUCAULT, Michael. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 29ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na era da globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUINDANI, Miriam Krenzinger A. *Prisão: a expressão de uma violência difusa*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, nº 30, abril-junho, 2000.

HAHNER, June E. *Pobreza e Política: os pobres urbanos no Brasil – 1870-1920*; traduzido por Cecy Ramires Maduro. – Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. *Pela abolição do sistema penal*. In PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. *Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, nº 29, 2000.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Volume I. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

PERROT, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*; tradução Denise Bottman – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e a questão racial no Brasil – 1870-1930 – São Paulo: Companhia das Letras, 1993.*

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

