

Escolas ou teorias do consenso (Escola de Chicago, da Associação Diferencial, da Anomia e da Subcultura Delinquente): a finalidade da sociedade é atingida quando há um perfeito funcionamento das suas instituições de forma que os indivíduos dividem objetivos comuns a todos os cidadãos, aceitando as regras vigentes e compartilhando as regras sociais dominantes.

Escolas ou teorias do *labelling approach* (interacionista) e crítica: a coesão e a ordem na sociedade são fundadas na força e na coerção, na dominação por alguns e sujeição de outros; ignora-se a existência de acordos em torno de valores de que depende o próprio estabelecimento da força.

As questões centrais do pensamento criminológico a partir da década de 60 deixam de referir-se ao crime e ao criminoso, passando a voltar-se para o controle social e suas consequências, bem como para o papel exercido pela vítima na relação conflitual.

Houve a superação do monismo cultural pelo pluralismo axiológico.

As ciências humanas, notadamente a sociologia e a psicologia, passam a ter um grande impulso crítico com o questionamento dos valores arraigados, que passam a ser debatidos sobre uma perspectiva inovadora.

Labelling Approach.

Desenvolvida nos anos 60 do século XX.

Segundo, Sérgio Salomão Shecaira (*Criminologia*, 6ª edição, RT, 2014, p. 241), “a ideia de encarar a sociedade como um ‘todo’ pacífico, sem fissuras interiores, que trabalha ordenadamente para a manutenção da coerção social é substituída, em face de uma crise de valores, por uma referência que aponta para as relações conflituosas existentes dentro da sociedade e que estavam mascaradas pelo sucesso do Estado de Bem-Estar Social”.

Contexto cultural:

- Guerra do Vietnã: o conflito historicamente conhecido como Guerra Fria (polarização entre bloco capitalista e socialista) era o pano de fundo da Guerra do Vietnã, que se arrastou por muitos anos e foi considerado o mais violento conflito da segunda metade do século XX. O interesse norte-americano pela manutenção do capitalismo mundial (expansão e manutenção de mercados) originou o financiamento de e/ou participação direta dos EUA em guerras ao redor do mundo. A cultura da guerra, ainda, além dos interesses econômicos subjacentes, trazia um sentimento cultural de “coesão interna contra o inimigo externo”, que trazia um certo sentimento de integração e consenso. Todavia, diante dos milhares de soldados norte-americanos mortos e muitos mais do outro lado, originou-se um questionamento da própria lógica da guerra e do pensamento/interesses econômicos que a moviam ensejando uma luta pelo pacifismo. Exemplo: Jimi Hendrix (Festival de Woodstock, 1969);

- Crítica ao *American Way of Life*: especificamente nos EUA, parte dos jovens já não tinha interesse em reproduzir seu papel de coadjuvante de seus pais, que pensavam exclusivamente na aquisição de coisas desnecessárias e que faziam da sociedade de consumo sua razão de existência. Estavam em busca de outras formas de liberdade, de emoções diferentes, sensações novas. Havia uma insatisfação e como não acreditavam que as coisas fossem melhorar, “mandavam tudo pro inferno” e “embalavam-se” com álcool e drogas, deixavam o cabelo crescer e botavam o pé na estrada em busca de aventura viajando de carona especialmente através da Rota 66;

- Utopia *hippie*: questionamento das injustiças sociais e opressão;

- luta contra a discriminação racial: caso Rosa Parks: costureira negra norte-americana. Em 1º.12.1955, recusou-se (surpreendentemente) a ceder seu lugar (reservado a negros) no ônibus a um branco e por isso foi presa. O evento foi o estopim do movimento que foi denominado “boicote aos ônibus de Montgomery” e posteriormente viria a marcar o início da luta antissegregacionista; Martin Luther King (discurso contra o *American Way of Life*: “*I have a dream*”); Malcom X (ativista negro: discurso contra a hipocrisia de uma sociedade dita cristã); Panteras Negras (movimento que lutava pela conquista de direitos civis, sociais e políticos para os negros);

- luta contra os papéis sociais impostos às mulheres: feminismo (Nancy Fraser e Betty Friedman): crítica à ideia de que a mulher deveria satisfazer-se completamente com os papéis socialmente a ela atribuídos de mãe, esposa e “dona de casa”. Em *The feminine Mystique* (Betty Friedman, 1963), a autora mostra como as donas de casa suburbanas sofriam de uma espécie de “senso de vazio” decorrente de uma vida exclusivamente familiar e cuidados com os filhos, com afazeres domésticos etc. Passa então a advogar um *plano para a nova vida* que permitisse às mulheres a conciliação de suas carreiras com uma vida privada: passa a advogar o abandono do *American Dream* para que as mulheres pudessem frequentar a universidade, lutar por melhores empregos, obter espaços no mercado de trabalho etc;

- A consequência das críticas feministas e antidiscriminatórias foi adoção de *ações afirmativas* (exemplo: cotas em universidades);

- Na América Latina, houve os movimentos de resistência às ditaduras;

O contexto, portanto, é de questionamentos contracultutais.

Importante:

1) questionamento quanto ao “consenso” acerca das expectativas culturais a serem perseguidas (riqueza, prosperidade, consumo de bens materiais) em razão das contradições geradas (mortes na guerra, marginalização, opressão das mulheres e negros, ausência de distribuição de renda);

2) questionamento quanto ao “consenso” acerca dos papéis sociais, estereótipos, rótulos atribuídos a cada categoria, grupo ou classe de pessoas (preconceito).

No campo criminológico, a teoria do *Labelling Approach* (também chamada de teoria do etiquetamento, interacionismo simbólico, teoria da rotulação social ou da reação social), valendo-se dos questionamentos acima (daí se inserir entre as teorias do conflito, pavimentando o caminho da teoria crítica), parte de duas premissas fundamentais:

1ª) Os estereótipos sociais, através de um processo altamente discriminatório e seletivo, atribuem a certos indivíduos e a certas condutas por eles praticadas a qualidade de “desviantes” (criminosos) e de “desvios” (crimes). Tais comportamentos são criminalizados pela lei (criminalização primária: criação dos tipos penais) e seus agentes são o alvo preferencial da perseguição policial, da persecução penal em juízo pelo Ministério Público e da condenação pelo Poder Judiciário (criminalização secundária: atuação da Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, o que é feito com rigor e a partir dos estereótipos socialmente construídos de modo a oficializar e consolidar o rótulo (que antes era apenas social a passa a ser também estatal ao indivíduo).

2ª) A partir do etiquetamento oficial, há um processo de reforço do rótulo no indivíduo em razão da criminalização terciária (ingresso de indivíduos no sistema prisional) e construção de uma “identidade criminosa” (criação de expectativas de comportamentos de correntes desse papel social de “criminoso”) a qual o indivíduo passa a corresponder, o que propicia condições para que: a) ele ingresse em uma “carreira criminosa” (fator criminógeno dos processos de criminalização); b) sejam “confirmadas” as hipóteses discriminatórias e seletivas inicialmente levantadas; c) o indivíduo, em liberdade, seja constantemente vigiado e novamente selecionado pelos processos de criminalização; d) justificadas os eventuais excessos na ação das agências punitivas do sistema de justiça criminal.

Constata-se que toda pessoa pratica condutas “desviantes” mas nem todo desvio é criminalizado (tornado ato penalmente relevante).

Constata-se ainda que nem todo desvio criminalizado é investigado, perseguido e punido (cifras ocultas) ou não o é com a mesma eficácia, disposição e rigor (ausência de igualdade), assim como nem todas as pessoas são objeto de vigilância, controle e persecução.

Os processos de criminalização atendem a rótulos sociais principalmente relacionados aos seus agentes (mas também aos atos por ele praticados) e as agências punitivas estatais voltam seletivamente seus esforços segundo esses rótulos.

E a passagem do indivíduo pelo sistema de justiça oficializa e reforça o rótulo discriminatório, sendo efeitos da estigmatização (etiquetamento oficial) o aprofundamento da marginalização (preconceito contra o egresso), a adesão ao “papel de criminoso”, a criação de pretexto para nova seleção (muitas vezes independentemente da conduta concreta), sonegação de direitos fundamentais.

No que diz respeito ao delito, questiona-se a existência de uma realidade ontológica no delito (não há um conceito natural de delito e nenhuma conduta é naturalmente crime), passando a entender o delito como uma entidade originalmente jurídica (atribuição jurídica, definição que passa necessariamente por uma vontade humana em definir determinado comportamento como crime);

Ou seja, não é a lei que surge para reprimir o crime. A lei cria o crime e o fenômeno criminal.

Há uma mudança fundamental do pensamento criminológico tanto em relação ao objeto como em relação ao método. Ao invés de se perguntar *quem é o criminoso?*, passa-se a perguntar *quem é considerado criminoso?* Em seguida a esta, passa-se a indagar: *quem é o que rotula dessa maneira? Como isso é feito? Por quê? Ou ainda porque é que algumas pessoas são tratadas como criminosas, quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade?*

Quando uma pessoa se comporta de forma:	Se for homem, dizemos que ele é:	Se for mulher, dizemos que ela é:
Ativa	Inquieto	Nervosa
Insistente	Tenaz	Teimosa
Desenvolta	Vivaz (ativo)	Grosseira
Desinibida	Espontâneo	Desavergonhada
Temperamental	Exaltado	Histérica
Diligente	Inteligente	Curiosa
Extrovertida	Comunicativo	Assanhada
Não submissa	Firme, forte	Dominadora
Se quer superar-se	Ambicioso	Caprichosa
Se muda de opinião	Reconhece os erros	Insegura
Se lê muito	Tem futuro	Perde tempo
Obediente	Respeitoso	Sumissa, fraca
Se revela um segredo	Age por uma causa nobre	Fofoqueira

Assim, o objeto de estudo deixará de ser (ou de priorizar) o crime e o criminoso e passará a ser o controle social, ou seja, as instâncias que criam e administram a justiça criminal e que produzem a delinquência. Perguntar-se-á não mais pelas “causas do crime” (etiologia do crime) mas pelos “processos de criminalização” (reação ao desvio). O *labelling* desloca o problema criminológico do plano da ação para o da reação.

Há, portanto, uma inversão fundamental sobre a pergunta central da criminologia: deixa-se de perguntar por que as pessoas cometem crimes e passa-se a perguntar por que determinados atos e pessoas são criminalizados.

Quanto a uma suposta explicação para o delito, a interacionista caracteriza-se por focar quase que exclusivamente na “delinquência secundária”, ou seja, atribui a delinquência ao processo causal desencadeado pela estigmatização (aprendizagem no cárcere e atendimento às expectativas do papel social atribuído – interação do indivíduo com o papel).

O ato definido como desviante constitui o desvio primário e a repetição do ato, como consequência da interação com o rótulo, constitui o desvio secundário.

Principais autores:

a) Howard Becker: em sua obra *Outsiders*, analisa a estigmatização dos usuários de maconha e os efeitos da produção da identidade dessas pessoas.

Trabalhou o conceito de *outsider* como a pessoa que não é aceita como membro de uma sociedade, grupo, clube etc. Advém da intolerância, que acarreta a estigmatização.

Classifica três diferentes perspectivas de rotulação (*desviantes*): aquele que “difere do comum”, varia da média estatística das pessoas; aquele que detém algum tipo de moléstia mental; aquele que fracassa em obedecer às regras do grupo.

b) Erwin Goffman (psicólogo canadense): trouxe o conceito de “instituições totais”, simbolizado pela barreira à relação com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos.

Principais características:

Todos os aspectos da vida do condenado são realizados no mesmo local e sob uma autoridade única; todos os atos da vida cotidiana são executados diante de um grupo de pessoas razoavelmente grande, sendo as pessoas tratadas de uma maneira padrão; todas as atividades são rigorosamente estabelecidas em horário e sequenciadas, de forma a se encadarem de maneira aparentemente racional; por fim, as atividades obrigatórias são projetadas para atender aos objetivos oficiais da instituição.

Dessa forma, se a permanência do condenado na instituição total é longa, ele passa a sofrer um processo gradativo de *desculturamento*, isto é, ele sofre progressivamente uma série de rebaixamentos, humilhações, degradações pessoais e profanações do eu.

Segundo Shecaira (*Criminologia*, 1ª edição, coleção Para Entender Direito, Estúdio Editores, 2014, p. 110), “esse mecanismo mortificador inicia-se com o processo de recepção do condenado. Ele passa a ser desculturado, inicialmente, pela perda do nome e com a atribuição de um número de prontuário que passará a ser a sua nova identidade. Ele será privado de seus pertences pessoais (roupas, documentos, dinheiro etc.) e lhe será dado um uniforme padrão, exatamente igual ao de todos os outros condenados. A partir daí ele é medido, identificado, fotografado, examinado por um médico para depois ser lavado, o que simboliza despir-se de sua velha identidade para então assumir a nova. Muitas vezes esse ritual de passagem será acentuado pela ação dos condenados que identificarão o novo preso com uma identidade especial, normalmente por meio de uma tatuagem. Além da deformação pessoal que decorre do fato de a pessoa perder seu conjunto de identidade (nome, roupa, maneira de cortar o cabelo, postura que deverá ser “respeitosa”), perderá um sentido de segurança pessoal que constituirá um fundamento para suas angústias e seu desfiguramento pessoal. Viverá um ritual diário de medo, pois não terá garantida sua integridade física. Passará a dar aos superiores respostas verbais humilhantes, dizendo, por exemplo, um ‘senhor’ a todo momento, sendo obrigado a baixar a cabeça e colocar as mãos para trás em sinal de respeito”.

A partir do processo de atribuição do rótulo e de marginalização, há a criação de subculturas, grupos restritos, onde se desenvolvem valores próprios em torno da interação com o rótulo. No caso da cultura prisional, há a valorização do papel do “bandido” (os presos passam a se chamar de “ladrão”).

Os teóricos do *Labelling Approach* utilizam-se da expressão “desvio” e “desviante” e não de “crime” e “criminoso”, expressões pejorativas ligadas ao rótulo. Parte-se também da ideia que todas as pessoas praticam “desvios” elevados ou não à categoria de “crimes”. A expressão “desvio” parte da premissa que a qualificação do desvio é “definitorial”, não “natural”.

Como tentar quebrar o círculo vicioso que parece ser uma máquina de moer carne?

Parece ser impossível eliminar a delinquência primária, pois em uma sociedade conflitiva e complexa, múltiplos são os fatores geradores do desvio.

O passo então ser dado é tentar eliminar a resposta ritualizada e estigmatizante como reação ao desvio.

Diversion: método pelo qual se busca desviar os agentes do delito do sistema estigmatizante da justiça criminal, o que projeta a discussão para soluções informais e não institucionais. Há que se pensar um novo caminho que contempla desde procedimentos restaurativos até a solução dos conflitos em outras esferas que não a do Judiciário.

Prudente não intervenção: é o *Direito Penal mínimo*. É importante evitar a distância social, eliminando as marcas do processo através da diminuição dos processos de criminalização e da pena privativa de liberdade (encarceramento). A diminuição do processo institucionalizador é a principal forma de evitar os estigmas do cárcere.

Uma vez utilizado o cárcere, precisa-se ter um mecanismo eficiente de facilitação da transição entre a prisão fechada e a sociedade aberta, proporcionando condições ao egresso do sistema carcerário uma transição pacífica com oferta de emprego, atividades remuneradas lícitas etc.

Em resumo, a política criminal deveria contar com: descriminalização, *diversion*, devido processo legal e desinstitucionalização (sistema enxuto, não formalista, não punitivista, que tente resolver os conflitos mediante, por exemplo, comissões multidisciplinares, dadas as variáveis distintas da criminalidade e como o objetivo de se ter um saber mais compreensivo e abrangente do fenômeno social etiquetado como “crime” – alguns deles são as penas alternativas, os institutos da Lei 9.099/95, o art. 41, XI, da LEP – chamamento nominal do preso).

Teoria Crítica.

Também chamada de Criminologia Crítica ou Criminologia Radical tem sua origem no livro *Punição e Estrutura Social* (George Rusche e Otto Kirchheimer), de 1967.

O livro foi publicado em Nova Iorque (autores emigraram em razão da perseguição nazista) e é o resultado do pensamento da Escola de Frankfurt.

“The New Criminology” (Ian Taylor, Paul Walton e Jock Yong, de 1973).

A Criminologia Crítica é o produto da integração da teoria do *labelling approach* com a teoria marxista (esta dá a tônica do conflito de classes).

O modo de produção capitalista (infraestrutura) está organizado a partir da exploração da mão de obra do trabalhador assalariado, que vende sua força de trabalho ao detentor dos meios de produção por valor inferior ao valor da mercadoria que produz.

Esse modo de produção origina um conflito social inerente (luta de classes em torno da exploração – um lado pretendendo que ela seja menor, o outro, maior).

O Direito (Penal) teria um forte componente ideológico de estabilização dessa relação de dominação (superestrutura) impedindo a politização do conflito (que houvesse uma insurgência enfática contra a exploração do trabalho e luta por direitos sociais).

Considera que o sistema punitivo é organizado ideologicamente para proteger os interesses da classe dominante (manter a estrutura vertical de dominação social).

O Direito, portanto, seria desigual por excelência.

Além da criminalização da insurgência contra o sistema de dominação, o Direito Penal está a serviço da criminalização (segregação) da força de trabalho excedente (inútil à mais-valia), da massa populacional alijada do emprego, do consumo (“consumidores falhos”) e da cidadania política.

Muito teóricos, em resposta, propõem a criminalização dos atos que proliferam a exploração (colarinho branco, crimes econômicos e ambientais) e minimalização da repressão penal sobre as classes exploradas.

Conclusões críticas:

a) O Direito Penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) A lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

c) O grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

Para Alessandro Baratta (*Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*, 6ª edição, Revan, 2011, p.166), “não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. em primeiro lugar, a aplicação seletiva da sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. Desse modo, a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica deste mesma seletividade”.

Observação: populismo midiático e exploração do capital político do medo (Zygmunt Bauman).

Vamos estudar, hoje, dois importantes modelos de política criminal: o abolicionismo e o movimento de Lei e Ordem.

ABOLICIONISMO: defende que o mal causado pelo sistema penal é muito mais grave que o fato que o fato que gera sua intervenção. A vertente mais radical da criminologia crítica propõe a abolição do sistema penal. O sistema penal traz mais danos do que o próprio ato desviante.

MOVIMENTO DE LEI E ORDEM: arma-se com as ideias de intervenção máxima do sistema penal.

ABOLICIONISMO:

A partir da segunda metade do século XX, a Criminologia ocupou-se de questionar a legitimidade punitiva do Estado, não raras vezes optando pela decisão criminológica de deslegitimar o sistema punitivo. Entre esses movimentos político-criminais surgiu, como uma vertente da Criminologia Crítica, o abolicionismo (sistema punitivo não é legítimo e deve dar lugar a um sistema punitivo menos drástico. Deve haver alguma intervenção a fatos desviantes, mas não penal).

“Se afastos do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça” (sistemas alternativos menos drásticos), eis a síntese das ideias de Hulsmann, expoente máximo do abolicionismo imediato.

Esta vertente radical, como se nota, defende a abolição de todo o sistema penal, daí porque, enquanto se insistir com a ideia de castigo – seja em que nível for – não se pode esperar nada de bom.

Importante: é necessário, pois, um sistema alternativo, um sistema que abandone a programação criminalizante seletiva em favor solução informal dos conflitos (podendo o Estado figurar como coadjuvante).

Com efeito, os abolicionistas partem da premissa de que o crime não possui uma realidade ôntica (ou operacional), mas sim uma realidade construída e modificável, cabendo ao legislador este papel de criar o criminoso.

Ademais, se os eventos criminalizáveis são a representação de um conflito interpessoal, ele só pode ser satisfatoriamente solucionado com a intervenção ativa dos envolvidos, daí porque a responsabilidade pela solução deve sair das mãos do Estado para as mãos dos personagens do evento criminalizável.

Observação: a solução, portanto, deve ser obtida por meio de instrumentos informais de composição (punir o furto não repara a vítima, por exemplo).

O abolicionismo propõe a superação da resposta aos conflitos, é dizer: não significa o desaparecimento de todo e qualquer controle social; busca apenas a eliminação do controle repressivo nos moldes em que é realizado pelo sistema penal.

Vejam esta passagem extraída da obra de Hulsman:

“Como achar normal um sistema que só intervém na vida social de maneira tão marginal, estatisticamente tão desprezível? Todos os princípios ou valores sobre os quais tal sistema se apoia (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça etc...) são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àquele número ínfimo de situações que são os casos registrados. O enfoque tradicional mostra-se, de alguma forma, às avessas. A cifra negra deixa de ser uma anomalia para se constituir na prova tangível do absurdo de um sistema por natureza estranho à vida das pessoas. Os dados das ciências sociais conduzem a uma contestação fundamental do sistema existente. E longe de parecer utópico, a perspectiva abolicionista se revela uma necessidade lógica, uma atitude realista, uma exigência de equidade”.

Conforme os abolicionistas, eis as razões para eliminar o sistema penal:

- 1) O sistema penal é anômico, ou seja, as normas penais não cumprem as funções manifestas (não protegem a vida, a propriedade, a liberdade sexual) – o sistema penal não protege, apenas pune;
- 2) Irracionalidade da prisão (a prisão viola todos os princípios que o ordenamento jurídico consagra, protege e valoriza);
- 3) O sistema penal estigmatiza;
- 4) O sistema penal é seletivo;

5) O sistema penal marginaliza a vítima (o Estado se sente mais vítima que a própria vítima). Ela (a vítima) ocupa, quando muito, um lugar secundário no processo penal (parafrazeando abolicionista Christie: o sistema “rouba o conflito” das pessoas envolvidas)

6) O sistema penal é uma máquina de produzir dor inutilmente.

Devemos, realmente, abolir o Direito Penal?

Mathiesen, tido por muitos como abolicionista, reconhece a impossibilidade de abolir por completo o sistema penal.

“Temos que admitir talvez a possibilidade de se encarcerar alguns indivíduos [...]”
(Mathiesen)

MODELO DE LEI E ORDEM:

Vamos falar agora do modelo oposto do abolicionismo: movimento de Lei e Ordem, que pugna pelo incremento das respostas formais do Estado.

Sua base situa-se na proposta de drástica intervenção do Estado por meio Direito Penal.

O Direito Penal é compreendido como único instrumento capaz de conter o crescimento da criminalidade.

Busca maximizar o Direito Penal.

No início da década de 1970, James Q. Wilson transformou-se no principal criminólogo da política punitiva norte-americana. O trabalho intelectual desse autor sempre esteve vinculado às funções repressivas dos governos republicanos nos EUA, como por exemplo, subsidiando argumentos conservadores de apoio a “guerra às drogas”. Seu livro “Pensando sobre o delito”, foi um dos principais manuais usados para legitimar as mudanças nas políticas criminais que fariam disparar o número de pessoas presas nos EUA a partir da década de 1980.

Prega o aumento das penas privativas de liberdade;

Defende medidas punitivas mais severas;

Defende medidas incapacitadoras (penas perpétuas e de morte, principalmente para reincidentes).

Quando os neoconservadores chegaram ao poder com Ronald Reagan, James Q. Wilson, assessor do presidente, ficaria famoso com a Teoria das “janelas quebradas”, reunindo ideias sociológicas amplas para justificar e criminalizar os “suspeitos de sempre”, agora de forma preventiva, evitando assim, que eles perpetrassem delitos mais graves.

Os políticos conservadores, a mídia de massa, a opinião pública, prontamente apoiaram tais medidas.

Em 1981, James Q. Wilson e Gerge Kelling divulgaram artigo intitulado “Janelas quebradas: a polícia e a sociedade nos bairros”, em que propagavam a necessidade de punir mesmo as menores incivildades de rua, haja vista, estas representariam o ponto de partida para uma deterioração e posterior desmoronamento dos bairros. A metáfora usada era a das “janelas quebradas”, ou seja, uma janela de um edifício está quebrada e se não for consertada imediatamente, as demais janelas em pouco tempo também estarão quebradas, porque uma janela quebrada e não consertada demonstra sinal de descuido, abandono, negligência.

Essa teoria traduz a ideia de que ninguém se importa com o que acontece nas ruas e, logo, outros edifícios também seriam danificados, depredados, dando oportunidade e estímulo para a prática de delitos mais graves (paranoia?).

A teoria das “janelas quebradas” inspirou o surgimento da técnica policial intensiva conhecida como “Tolerância Zero”, nome que provém da estratégia policial que se implantou em Nova York, na gestão do ex-promotor Rudolph Giuliani, e que depois passou a ser aplicada em diversos lugares do mundo (“tolerância zero seletiva?”).

Condensa toda uma atitude institucional, por parte das forças policiais ostensivas, que vai deixar de tolerar qualquer infração às leis.

A técnica policial ou teoria de segurança pública da "tolerância zero" apregoa que toda e qualquer incivilidade, por menor que seja, deve ser duramente reprimida, pois pode evoluir facilmente para um crime mais grave.

Defende pena privativa de liberdade mesmo para os crimes mais leves (atos de vandalismo, brigas entre vizinhos, pichações, mendicância, embriaguez, prostituição, violações da lei de trânsito, uso de drogas).

Defende "toques de recolher".

No mesmo ano que Rudolph Giuliani assumiu a prefeitura de Nova York, 1994, foram revelados dados que mostravam que, supostamente, a "guerra" à delinquência estava sendo vencida, até porque, os mendigos que pediam esmolas e os lavadores de pára-brisas de carros passaram a ser detidos ao invés de pagarem multas. Logo, as detenções triplicaram, o contingente policial aumentou cerca de 20% e os pequenos delitos denunciados diminuíram em 30%. No entanto, as queixas por abusos policiais dobraram, as pessoas mortas por tiros das forças policiais aumentaram em cerca de 35% e o número de vítimas que estavam sob a custódia da polícia foi incrementado em cerca de 53%.

Sensação de segurança? Dos pequenos delitos...

Visualiza-se como o 'sistema penal subterrâneo' encaixa-se dentro da legitimidade social dada pelos discursos da "tolerância zero" e da "lei e ordem".

O sistema penal subterrâneo: é o exercido pelas agências executivas de controle – portanto, pertencentes ao Estado – à margem da lei e de maneira violenta e arbitrária, contando com a participação ativa ou passiva, em maior ou menor grau, dos demais operadores que compõem o sistema penal.

O sistema penal subterrâneo nada mais é do que o exercício arbitrário da lei pelos agentes da Administração Pública, por meio do cometimento dos mais variados delitos, como

invasões domiciliares, sequestro, tortura, desaparecimentos, execuções sumárias, entre outros delitos.

A violência institucional policial passa a ser vista não como crime mas como uma técnica natural, passível do que entendem as agências por “inevitáveis” consequências (exemplo: balas perdidas atingem pessoas não envolvidas no conflito).

Acentua Gabriel Anitua que esta violência policial seria aceitável pela maioria da população, pela opinião pública, pois está contida nessa política de combate à criminalidade, está presente na “guerra” contra a delinqüência, na luta contra a violência e os crimes praticados pelas “classes perigosas”. Nessa lógica de “guerra”, as baixas dos “inimigos” contam a favor e não contra o exército da “segurança cidadã”.

A violência policial acaba por encontrar uma legitimidade no senso comum da sociedade, no bojo do corporativismo das instituições de repressão, na mídia de massa e até mesmo dentre vários intelectuais.

As características marcantes desse movimento são:

- a) a pena se justifica como castigo e retribuição;
- b) os chamados crimes atrozos devem ser castigados com penas severas e duradouras (morte e longa privação de liberdade);
- c) as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos sejam cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, sendo o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados;
- d) a prisão provisória tenha seu espectro ampliado, de maneira a representar uma resposta imediata ao crime (pena antecipada);
- e) haja diminuição dos poderes de individualização do juiz e menor controle judicial da execução, que deverá ficar a cargo, quase exclusivamente, das autoridades penitenciárias.

A grande crítica ao movimento de lei e ordem é a expansão irracional do Direito Penal (hipertrofia da punição), gerando:

- 1) Crise do princípio da legalidade: previsão de tipos penais de conteúdo vago e indeterminado;
- 2) Defeitos de técnica legislativa: o legislador deixa de empregar a melhor técnica no momento de elaborar as figuras típicas;
- 3) Bagatelização do Direito Penal: o uso desmedido do direito penal;
- 4) Violação ao princípio da proporcionalidade das penas;
- 5) Descrédito do Direito Penal;
- 6) Inexistência de limites punitivos
- 7) Abuso de leis penais promocionais e simbólicas;
- 8) Flexibilização das regras de imputação;
- 9) Aumento significativo nos delitos de omissão;

Jack Maple, considerado “o gênio da guerra contra o crime”, braço direito de Willian Bratton (chefe de polícia de Rudolph Giuliani, em 1994) e introdutor do “policimento da qualidade de vida” no metrô, antes de estendê-lo às ruas, afirma com todas as letras em sua autobiografia, publicada em 1999 com o título “tipo cauboi” de Crime Fighter: “As ‘janelas quebradas’ não passam de uma extensão daquilo que nós costumávamos chamar de ‘teoria do ‘quebra-culhões’, produzida pela sabedoria policial comum. Essa noção folclórica estipula que se os policiais perseguem com insistência um malfeitor conhecido por cometer pecadinhos, ele acabará, cansado da batalha, deixando o bairro e irá cometer suas infrações em outro local, de modo que a criminalidade nesse local diminuirá. A inovação de Maple consistiu em ter “modernizado” essa noção em um “quebra-culhões de luxo”, acoplando os controles de identidade a bancos de dados judiciais, de forma a prender um máximo de indivíduos procurados por outros motivos ou já sob a tutela da justiça, quem em liberdade vigiada

quem em liberdade condicional. (Loïc Wacquant – *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, 3ª edição, Revan, 2003, p. 438)

Palavras suas: “os estupradores e os assassinos não se dirigem para uma outra cidade quando constatam que as pichações desaparecem no metrô. O matador profissional médio não se dispõe a aceitar contratos para dar cabo de alguém a partir do momento em que detecta uma tolerância maior em relação à sua atividade. O ato de pedir esmola não transforma um bairro numa central de assassinatos. (...) a polícia de ‘qualidade de vida’ trabalha para reduzir o crime porque permite que o policial capture bandidos quando eles estão fora de serviço, da mesma forma que se ataca os aviões do adversário enquanto eles ainda estão no solo” (Jack Maple, Comissário-Assistente do Departamento de Polícia de Nova Iorque).

Maple chega a comparar o prefeito que adotasse uma tática policial dessa natureza com um médico que “faria um *lifting* facial um paciente com câncer”.

Afirma que a política dessas é um desperdício de recursos finitos em tempo e em pessoal de manutenção da ordem.

Por fim, a teoria nunca recebeu o menor esboço de comprovação empírica desde então.

Garantismo.

O moderno Direito Penal (possível) deve (no mínimo) seguir um modelo garantista.

Modelo de Direito que afasta o autoritarismo (a hipertrofia da punição, o excesso) e não é capaz assimilar o abolicionismo, dadas as condições reais.

Fomenta um Direito Penal Mínimo necessário.

O garantismo estabelece critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando normas ou formas de controle social que se sobreponham aos direitos e garantias individuais. Assim, o garantismo exerce a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas, utilizando-se dos direitos fundamentais, que adquirem status de intangibilidade.

A teoria garantista penal de Ferrajoli tem sua base fincada em dez axiomas ou implicações deônticas que não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. Cada um dos axiomas do

garantismo proposto por Luigi Ferrajoli se relaciona com um princípio.

Ferrajoli anuncia 10 axiomas para responder as seguintes questões:

Quando e como punir? (3 axiomas e 3 princípios)

Quando e como proibir? (3 axiomas e 3 princípios)

Quando e como julgar? (4 axiomas e 4 princípios)

Quando e como punir?

AXIOMA: “nulla poena sine crimine” (não há pena sem crime)

PRINCÍPIO CORRELATO: Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito.

Ferrajoli faz relação desse axioma com o princípio da retributividade, por considerar que a pena, como consequência do crime, deve funcionar, em certa medida, como retribuição ao seu autor, o que, por óbvio, somente pode se dar *post delictum*, e nunca ante delictum, vedando-se, por esta linha, um Direito Penal do autor ou mesmo a antecipação da sanção.

Isso não significa que o garantismo admita que a principal função da pena seja a retributividade.

A pena deve ser retribuição de um fato considerado criminoso.

Quando e como punir?

AXIOMA: “nullum crimen sine lege” (não há crime – ou pena – sem lei)

PRINCÍPIO CORRELATO: Princípio da legalidade.

Não há crime ou pena sem lei nem pena sem lei escrita, anterior, estrita, certa (diminuição do poder do Estado e aumento das garantias do cidadão).

Garantismo: mínimo poder punitivo do Estado vs máximas garantias do cidadão

Quando e como punir?

AXIOMA: “nulla lex (poenalis) sine necessitate” (não há lei penal sem necessidade)

PRINCÍPIO CORRELATO: Princípio da necessidade ou da economia do direito penal

Desdobramento do princípio da intervenção mínima

Exterioriza-se a ideia, neste axioma, de que a lei somente deve estabelecer penas estritamente necessárias.

As penas que se imponham como necessárias devem obedecer aos contornos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se pode admitir como necessárias penas que agridam a dignidade do condenado.

Quando e como proibir?

AXIOMA: “nulla necessitas sine injuria” (não há necessidade sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico)

PRINCÍPIO CORRELATO: Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento.

Ferrajoli posiciona-se contra a tipificação de crimes de perigo abstrato (tipos ilegítimos).
É favorável à punição de crimes de perigo concreto.

A lesividade é visualizável em um contexto de proteção aos bens jurídicos. Por essa linha de raciocínio, não se justifica a criminalização de condutas que não ofendam bens jurídicos penalmente relevantes.

Quando e como proibir?

AXIOMA: “nulla injuria sine actione” (não há crime sem conduta)

PRINCÍPIO CORRELATO: Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação

De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma conduta.

Se no axioma anterior (princípio da lesividade), define-se que não há crime sem a respectiva lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico, aqui (princípio da materialização do fato) se estabelece que a lesão ou perigo de lesão deve decorrer de uma conduta (repudia-se o Direito Penal do Autor – pensamentos, desejos ou estilos de vida: preconceitos).

Matérias fora do “âmbito de proteção da norma”.

Quando e como proibir?

AXIOMA: “nulla actio sine culpa” (não há conduta sem culpa)

PRINCÍPIO CORRELATO: Princípio da culpabilidade

Nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.

Quando e como julgar?

AXIOMA: “nulla culpa sine iudicio” (não há culpa sem o devido processo legal)

PRINCÍPIO CORRELATO: Princípio da jurisdicionariedade

A garantia de jurisdição foi dividida por Ferrajoli em ampla (sentido lato) e estrita.

Sentido lato: exige-se que para haver culpa, deve essa ser reconhecida em juízo (questão da mídia).

Sentido estrito: além da obrigatoriedade de ser reconhecida a culpa em juízo, deve existir acusação com provas e sujeita à refutação da defesa, sob pena de se considerar ilegítimo (inexistente) o juízo.

Quando e como julgar?

AXIOMA: “nullum iudicio sine accusatione” (não há processo sem acusação)

PRINCÍPIO CORRELATO: Princípio acusatório

A jurisdição penal norteie-se pelo sistema acusatório, onde o juiz figura como sujeito passivo rigidamente separado da defesa e da acusação, incumbindo a esta a formulação da imputação e o ônus da prova, garantindo-se ao acusado contraditório público e oral, sendo a demanda decidida pelo juiz com base em sua livre convicção.

Vedação legal da decretação da prisão preventiva de ofício na fase inquisitorial (necessidade de representação do delegado ou de requerimento do MP).

No sistema acusatório puro, não pode o juiz decidir de ofício, nem subsidiariamente, para não se contaminar.

Quando e como julgar?

AXIOMA: “nulla accusatio sine probatione” (não há

acusação sem prova que a fundamenta)

PRINCÍPIO CORRELATO: Princípio do ônus da prova ou da verificação.

Partindo do princípio da presunção de inocência, diz Ferrajoli que cabe à acusação produzir a prova que elimine a pressuposição de inocência do acusado, daí se inferir que o ônus probatório a ela incumbe.

Prisão provisória: imprescindível;

Ônus da prova: sempre da acusação;

Condenação deve derivar da certeza do julgador.

Quando e como julgar?

AXIOMA: “nulla probatio sine defensione” (não há prova sem ampla defesa)

PRINCÍPIO CORRELATO: Princípio da defesa ou da falseabilidade.

Para haver um processo garantista, é necessário que haja "paridade de armas" entre defesa e acusação, ou seja, que ambos possam acessar aos mesmos meios de produção de provas e recursais, além de outros inerentes ao andamento do processo.

Como a presunção inicial na demanda é de inocência do acusado, e esta somente será afastada pela prova produzida no processo, privilegiando-se com isso o direito de liberdade do réu, sobressai a conclusão de que: ao acusado deve ser garantida uma defesa técnica, e que esta deve ter a possibilidade de contrastar todas as provas voltada a elidir a presunção de inocência e, ainda, que possa fazer isso utilizando os mais amplos meios possíveis.