

cescontexto

**Atas do Colóquio Internacional
Direito(s) e Desigualdades**

Organização

Patrícia Branco

Paula Casaleiro

Nº 04

Dezembro de 2013

Debates

www.ces.uc.pt/cescontexto



Propriedade e Edição/Property and Edition

Centro de Estudos Sociais/Centre for Social Studies

Laboratório Associado/Associate Laboratory

Universidade de Coimbra/University of Coimbra

www.ces.uc.pt

Colégio de S. Jerónimo, Apartado 3087

3000-995 Coimbra - Portugal

E-mail: cescontexto@ces.uc.pt

Tel: +351 239 855573 Fax: +351 239 855589

Comissão Editorial/Editorial Board

Coordenação Geral/General Coordination: Sílvia Portugal

Coordenação Debates/Debates Coordination: Ana Raquel Matos

ISSN 2192-908X

© Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, 2013

Agradecimentos

O Colóquio Internacional Direito(s) e Desigualdades foi organizado no âmbito de três projetos de investigação do CES, *O Género do Direito e da Justiça de Família em Portugal*, *Os sem direitos* e *A Organização Internacional do Trabalho no Direito do Trabalho Português*, em colaboração com o programa de doutoramento *Direito, Justiça e Cidadania no séc. XXI*. O nosso especial agradecimento à Comissão Organizadora; aos coordenadores dos projectos de investigação e do doutoramento; aos moderadores das sessões plenárias e paralelas; aos comentadores das sessões plenárias; aos oradores nacionais e internacionais que enquadraram e inspiraram as discussões; e à equipa administrativa do CES que tratou da logística e tornou o evento possível. O Colóquio, tal como os projetos, contou com o apoio da Fundação para a Ciência e Tecnologia.

Comissão Organizadora

António Casimiro Ferreira
João Pedroso
Patrícia Branco
Paula Casaleiro
Valerio Nitrato Izzo

Equipa Administrativa

Alberto Pereira
Alexandra Pereira
Ana Caldeira
Rita Oliveira

Coordenadores

Projectos de Investigação
João Pedroso
António Casimiro Ferreira
Doutoramento
Alexandra Aragão
António Casimiro Ferreira

Oradoras/es

Ann Stewart
António Casimiro Ferreira
Javier de Lucas Martín
João Reis
José Eduardo Faria
Rosário Farmhouse
Teresa Picontó-Navales
Teresa Pizarro Beleza

Comentadoras/es

Elsa Lechner
José Reis
Maria do Céu da Cunha Rêgo

Moderadoras/es

Alfredo Campos
Ana Raquel Matos
António Casimiro Ferreira
Carlos Nolasco
Diana Fernandes
João Pedroso
Kátia Cardoso
Luciana Moreira Silva
Madalena Duarte
Maria João Guia
Patrícia Branco
Paula Casaleiro
Ricardo Marques
Sara Araújo
Valerio Nitrato Izzo

Índice

Patrícia Branco e Paula Casaleiro

Introdução	7
------------------	---

Trabalho e Direito(s)

Manuel Abrantes

Law and decency: Implications of the international domestic workers convention	10
--	----

José Catalão

Perspetivas (outras) do Direito do Trabalho. Desafios da pós-modernidade: da internacionalização à cosmopolitização do trabalho e das empresas	25
--	----

Dora Fonseca

O Código do Trabalho e a Precariedade: A “Lei Contra a Precariedade” como forma de combate à expansão da precariedade laboral	39
---	----

Maurício Hashizume

Sindicato pós-colonial – O ativismo étnico-cultural do movimento katarista da Bolívia.....	52
--	----

Isabella Gonçalves Miranda e Fábio André Diniz Merladet

Os impactos dos megaeventos nos trabalhadores informais e precários: estudo de caso dos barraqueiros do Mineirão	67
--	----

Sandrina Berthault Moreira

Indicadores de Qualidade do Emprego – Uma Aplicação a Portugal no Contexto da União Europeia	76
--	----

Vilso Junior Santi

A mediação do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-terra no jornal Zero Hora – RS/Brasil	89
--	----

José Soeiro

Nada será como dantes? Uma semiose do trabalho temporário..... 102

Cidadania e Imigração

Bruno Bernardes

Imigração como política externa: Acolhimento e integração de imigrantes laborais e refugiados na Suécia..... 113

Teresa Denis

Direitos Humanos e Cidadania – que relação? 121

Paula Michele Martins Gomes

Assistência social e garantia de direitos a populações migrantes 129

Pedro Góis e Joana Morais e Castro

A imigração irregular em Portugal: entre o Direito de Acesso e o Acesso ao Direito..... 143

Cristiane de Souza Reis

Pobres x cidadãos: a face visível do crime..... 159

Maria Anáber Melo e Silva

A Cidadania e a publicidade das contratações públicas: realidades portuguesa e brasileira 176

Género e Direito(s)

Cecília Delgado

Limitações de género à participação na esfera pública: o que pode ainda ser feito? 186

Alexandra Guiné

A (des)igualdade do género na indemnização dos danos não patrimoniais 196

Córa Hisae Hagino

Uma etnografia do ensino do Direito da Família na Universidade de Coimbra 209

Helena Machado e Susana Silva

Bio-identificação e regimes de género: os testes genéticos em investigação judicial de paternidade 223

Alexandra Galaz Pimenta

Mulheres fora da lei: o estatuto (i)legal das mulheres com deficiência mental 237

Ana Amélia Ribeiro Sales

A relação entre o Direito de Família e a evolução social 246

Caroline Sátiro de Holanda

Uma análise feminista dos deveres conjugais e das consequências da culpa pelo fim do casamento no Direito brasileiro 253

João Sousa e Ricardo Morais

Visibilidade, participação e género: transformações na hierarquia e organização jornalística regional? 268

Karyna Batista Sposato

Mulheres Presas No Brasil: Um retrato da desigualdade 285

Antónia Martin Barradas

Quotas for men in University: breaking the stereotype in European Union law and Swedish law 298

Pobres x cidadãos: a face visível do crime

Cristiane de Souza Reis,¹ Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e Instituto Superior Bissaya Barreto, Portugal
csouzareis@gmail.com
cristianereis@isbb.pt

Resumo: A crise financeira, política e social com que alguns países do mundo ocidental se deparam atualmente, em especial, da Europa, fez surgir uma nova plêiade de pobres. Pessoas que se afastam ainda mais da zona de contato ou de proteção do Estado, saindo do círculo da sociedade civil estranha para a incivil, segundo as noções de Boaventura Sousa Santos (2001, 2007), engendrando a ampliação do rótulo de criminoso a novos grupos sociais e/ou reforçando o estigma social negativo. Sobre estes setores sociais, o Estado Penal assume maior força e rigor, sendo reforçado ainda o medo contra aqueles que são cada vez mais excluídos socialmente, posto que o temor, o receio, vende e rentabiliza para o mercado, que, em crise, precisa se movimentar e encontrar soluções.

Buscando revisitar a literatura mais autorizada nesta temática, temos por referencial teórico básico Irving Goffmann, Alessandro Baratta, Boaventura de Sousa Santos, Luigi Ferrajoli e Loic Wacquant entre outros, pretendendo indicar que setores da sociedade, dentro do duplo processo de definição e seleção criminal, sofrem forte estigma e são etiquetados como criminosos, dominados pela ideia de inimigo social. O processo de criminalização amplia-se. No entanto, o próprio sistema prisional, com a mencionada socialização dos corpos, carrega em si o fenômeno da prisionização, criando, na verdade, um grande círculo vicioso e de recriação da própria criminalidade. Neste sentido, será que é verdade que o sistema prisional efetivamente fracassou ou ele cumpre sua real função, que é, na esteira do pensamento de Loic Wacquant, punir os pobres?

Notas introdutórias

A atual crise econômico-financeira reinante no mundo ocidental faz com que as desigualdades sociais se ampliem. Setores sociais que ainda possuíam algum contato/proximidade com o Estado Social, alteram seus *status*, saindo do círculo da sociedade civil estranha para a incivil.²

¹ Investigadora pós-doutoral no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (CES/UC), Doutora em Direito, Justiça e Cidadania pela UC e Mestre em Ciências Criminais. É autora de diversos artigos científicos em revistas nacionais e internacionais, com ampla participação em Congressos na área do Direito e da Sociologia Jurídica e Sociologia Criminal. É docente do ensino superior na área de direito penal desde 2002, atualmente Professora Auxiliar no Instituto Superior Bissaya Barreto.

² Para saber mais sobre o círculo da sociedade civil e sua proximidade com o Estado, ver Boaventura Sousa Santos (2001, 2003, 2007).

A pobreza tende a ser identificada com o crime. Os pobres são preferencialmente os clientes “não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como criminosos” (Andrade, 2004: 32). Assim, há um grupo preferencial do sistema penal, sendo resultante do próprio processo de estigmatização social.

Pretende-se demonstrar que certos setores da sociedade sofrem forte estigma e são etiquetados como criminosos, dominados pela ideia de inimigo social, sofrendo com o braço forte do Estado penal.

Para tanto, buscar-se-á revisitar a literatura mais autorizada nesta temática, temos por referencial teórico básico Irving Goffmann, Alessandro Baratta, Boaventura de Sousa Santos, Luigi Ferrajoli e Loic Wacquant entre outros, que nos auxiliarão a compreender que a crise econômica ocidental traz em si uma perversidade ainda maior, que é a criação de novos clientes preferenciais do sistema penal e o acirramento da repressão penal.

O estatuto de cidadão não é para todos

Como já sabemos, o processo globalizatório não é novo e não alcança apenas o setor econômico, pois, conforme nos ensina Santos (2001), é um fenômeno multifacetado, alcançando a política, a economia, a cultura, a área social, jurídica, religiosa, tecnológica etc. É justamente este último campo mencionado que alterou a dimensão deste processo e que, em termos hegemônicos, tenta dissociar a sociedade e o mercado da política.

A modernidade, segundo Santos (2000, 2002, 2007), fundou-se sob dois pilares: o da regulação³ e o da emancipação⁴, podendo se compreender esta como também um espaço de luta pela regulação, mas uma regulação mais digna, mais inclusiva. O equilíbrio entre ambos, segundo o autor, depende de um “desenvolvimento harmonioso e das relações dinâmicas entre eles” (Santos, 1991: 136; 1999a: 204). Entretanto, este equilíbrio jamais fora conseguido, em especial a partir do momento em que a modernidade se identificou com o capitalismo, ocasião em que o pilar da regulação sobrepujou e a forma como se deu também foi desproporcional, pois verificou-se globalmente um aumento exagerado do princípio do mercado sobre o do Estado e de ambos sobre o da comunidade, afirmando Santos que estes princípios se movimentaram em três fases distintas.

Ambos pilares encontram-se em crise e a esta Santos (2003: 6) chama neoliberalismo.⁵ Para todos aqueles excluídos do contrato social,⁶ só resta o “estado da natureza”, devendo-se

³ Extraído de Santos (2000, 2002, 2007), o pilar da regulação é constituído por três princípios: o princípio do Estado (Hobbes), o princípio do mercado (Locke) e o princípio da comunidade (Rousseau).

⁴ Este pilar é formado pela articulação entre três dimensões da racionalização e secularização da vida colectiva: a racionalidade moral-prática do direito moderno; a racionalidade cognitivo-experimental da ciência e da técnica modernas; e a racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura.

⁵ A estratégia de assunção de questões emancipatórias pelo Estado capitalista, nos países centrais, segundo Santos, explicou, por muito tempo, a conciliação entre o capitalismo e a democracia, esta restrita à ideia de redistribuição demoliberais e demossocialistas. A ruína desta estratégia levou à crise da tensão entre a emancipação e a regulação, crise esta, ensina-nos o professor, em que vemos surgir o neoliberalismo, que de neo nada há, visto ser o velho conservadorismo de sempre e que, na verdade, reforçou e alargou, para além dos países centrais, a relação entre o capitalismo e a democracia. Ver Santos (2003: 5).

⁶ Devemos lembrar o que nos esclarece Santos (1999a) quando afirma que a tensão entre a regulação e a emancipação estão assentes no contrato social e esta tensão se perfaz pela polarização entre a vontade individual e a geral, entre interesse

clarificar que para o contrato social só tem importância a natureza humana, que deve ser domesticada com as leis do Estado e as normas de convivência da sociedade civil. A luta pela emancipação social passou a ser uma questão de inclusão no contrato social e rechaçamento à exclusão do mesmo.

O Estado, ao não prover direitos básicos a todos os cidadãos, situação esta acirrada pelos ideais neoliberais, fomentado por interesses transnacionais, reservou aos setores marginalizados, transformados em uma subclasse de excluídos⁷ em razão do pré e pós-contratualismo, o seu braço forte: o Estado penal e repressor.

Neste sentido já nos afirma Loic Wacquant (2004: 4) ao aduzir que

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um "mais Estado" policial e penitenciário o "menos Estado" econômico e social que é a *própria causa* da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo.

O Estado atende às necessidades daqueles que são incluídos no contrato social, mas reservam o braço repressivo àqueles que não são. Estas duas linhas se enfrentam. Uma para manter seu *status* e a outra para sair da mesma, para ingressar na outra.

Tendo em conta a relação entre Estado e sociedade civil, Santos (2003: 25 e ss.) traz-nos ainda a importante distinção entre três tipos de sociedade civil, característica das sociedades modernas ao longo dos tempos, sendo elas: *sociedade civil íntima*, *sociedade civil estranha e sociedade civil incivil*. A primeira possui uma relação mais estreita com o Estado, possuindo seus membros um alto nível de inclusão social. “Eles pertencem à comunidade dominante que mantém vínculos estreitos com o mercado e com as forças econômicas que o governam” (*ibid.*). Já a *sociedade civil estranha*, encontra-se num nível mais afastado em relação ao Estado, possuindo um “misto de inclusão e exclusão social”. O último estrato social são aqueles que estão totalmente excluídos do contrato social.

Para estes últimos, há, associado, e em paralelo, um maior controle social, tanto formal quanto informal, daqueles que se encontram sob a égide do fascismo social.⁸ Os grupos marginalizados, nesta medida, surgem como perigosos e não raras vezes impõem-se de modo contrário à ordem estabelecida, visto que a ordem imposta não lhes atende e nem lhes interessa, sendo contraditados com maior controle e repressão.

Cria-se um sentimento de insegurança na população em geral, transformando aquela massa desvalida e expoliada na expressão máxima do perigo; aqueles que todos devem temer e neste rol, incluem-se as mulheres, os indígenas, os homossexuais, os sem-teto, os sem-terra,

particular e bem-comum, onde o Estado-nação, o direito e a educação cívica são os garantes de passividade desta tensão no interior da sociedade civil. Para saber mais sobre estes dois pilares, ver Santos (2000: 47 e ss.).

⁷ Para esta subclasse, o trabalho já não é opção de inclusão no *status* de cidadania, mas apenas de exploração. Santos (2003: 19-20) cita Wilson que define seis características principais que correspondem a esta subclasse e inclui como um dos pontos a tendência criminosa. Concordamos com todos os cinco itens anteriores, mas discordamos deste, posto que não há tendência ao cometimento de crime quando às vezes esta é a única solução que lhes resta, não olvidando que não é apenas a subclasse, para utilizar a nomenclatura aqui trabalhada que ingressa na carreira criminosa. Há outra que tem opção, que são totalmente ou parcialmente incluídos e que cometem crimes muito mais severos e danosos à sociedade.

⁸ Nesta perspectiva, Santos (2007: 16 e ss.) nos informa haver atualmente quatro formas de fascismo social, que o autor denomina de fascismo do apartheid social; fascismo para-estatal (possui duas vertentes: fascismo contratual e fascismo territorial); fascismo da insegurança; fascismo financeiro. Com base nesta identificação de fascismo social. (Em Santos (1999b), o autor admitia a existência de outras duas formas de fascismo social, já não mais tratadas nas edições posteriores, quais sejam o fascismo do estado paralelo e o fascismo populista).

os trabalhadores urbanos, os pobres etc. Nesta medida, todas as formas de exclusão, violência e controle social sobre os “grupos perigosos” são válidas e ratificadas pela sociedade.

Compreende-se, no entanto, que não há uma efetiva exclusão, mas sim como inclusão em uma das esferas do fascismo social. Para estes, muitas das vezes, a única forma de contato com o Estado, é por meio da polícia e da repressão. A cidadania não é para todos. Podemos claramente verificar que uns são mais cidadãos do que outros, enquanto há aqueles que nem este *status* possuem, pois a inclusão no modelo de sociedade civil incivil, torna este grupo visível apenas para as páginas policiais.

Por que punir?

Para alcançarmos nosso objetivo neste trabalho, importante será discorrer brevemente sobre o desenvolvimento do direito de punir no decorrer dos tempos.

Atualmente, sabemos que o direito de punir pertence ao Estado. No entanto, nem sempre assim foi. Antes de o *ius puniendi* ser estatal, a auto-tutela predominava. Já nos Estados Absolutistas, o Rei passou a deter este direito. A norma violada (ou até não, posto que o processo corria de forma secreta e unilateral, sem possibilidade de defesa do condenado, não raras vezes com confissões arrancadas sob tortura) consistia numa afronta ao próprio Rei, que exibia seu *poder* de punir, e o fazia com maestria e requintes de crueldade.

A pena recaía sobre o corpo do condenado, sob os olhares da população, que assistia a tudo entre lágrimas, gritos e euforia. O Direito Penal era o verdadeiro Terror. Conforme Foucault (1977: 36-61), o controle social dava-se pelo medo que era imposto e a própria população se comprazia com os suplícios, posto que não só assistia à vingança régia, como igualmente queria ter a certeza de que o supliciado era mesmo o condenado (rejeitando o véu que às vezes cobria-lhe o rosto) e queria participar desta retaliação real, como garantia da punição. Aqui estava já presente a retribuição e a prevenção geral negativa como finalidade da pena. Na verdade, a própria punição assemelhava-se ou ainda ultrapassava a barbaridade dos suplícios (Foucault, 1977: 5).

Entre os séculos XVIII e XIX, várias vezes foram levantando-se contra as barbáries dos suplícios medievais, passando-se a ambicionar um modelo de punição menos cruel. Buscaram execuções instantâneas, ao invés de longas e dolorosas, sendo a guilhotina um exemplo desta “piedade”. Assim, passamos da pena corporal ao aprisionamento da alma, conforme indicamos Foucault (ibid.: 5).

Sob o pretexto de humanização da pena, a punição passou para as “mãos” do Estado e várias teorias surgiram e foram superadas, desde a clássica à positivista até aos novos modelos de análise, por meio da Criminologia Crítica, que veio mudar o enfoque de análise sob o fenômeno criminal, direcionando seu olhar sobre o próprio processo de criminalização.

Rusche e Kirchheimer (1999) correlacionaram os sistemas punitivos aos de produção, afirmando que o acréscimo de mais riqueza foi o real fundamento para as punições privativas de liberdade, dando utilidade econômica ao corpo que passou a representar uma mais-valia por conta da mão-de-obra barata.

Importante registrar que no período de eclosão da Revolução Industrial, a criminalidade mudou. “Passou-se de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude” (Foucault, 1977: 43 e ss.); passou-se para os delitos patrimoniais aumentando-se também a intolerância contra os crimes econômicos e o direito penal passou a atuar mais fortemente contra aqueles que ousavam a ter acesso a bens que não eram seus ou contra a possibilidade de se ascender socialmente.

Rusche e Kirchheimer (1999) já nos apontavam, aquando do surgimento do capitalismo, que a necessidade de proteção dos bens patrimoniais passou a ser um dos fins precípuos do Estado, sendo indispensável a criação de leis específicas para tutela destes bens, devendo-se lembrar que à própria burguesia pertencia o poder de elaborar as leis, dominando igualmente o Poder Judiciário.

Nesta medida, clara se tornou a diferença de tratamento que o próprio sistema penal atribui às parcelas sociais, conforme demonstram os autores acima mencionados ao afirmar que:

a fiança evoluiu de uma compensação à parte prejudicada para um meio de enriquecimento de juizes e oficiais de justiça. Na prática, era reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição dos pobres. Quando o crime crescia entre as massas, as diferenciações na punição tornava-se mais marcante. (Rusche e Kirchheimer, 1999: 30-31)

O aprisionamento tornou-se um instrumento de controle sobre o que os indivíduos, tidos como criminosos, poderiam fazer. A prisão passou a ser cabível pela simples potencialidade de cometimento de infrações penais por aquele já previamente definido como criminoso. Neste sentido, Foucault (2003: 85) afirma que a noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado “não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam”.

Neste sentido, o infrator é lançado contra toda a sociedade, sendo visto como um inimigo comum a ser abatido e eliminado. Tal identificação foucaultiana já abria as portas à teoria do direito penal do inimigo, de Günther Jakobs,⁹ que será mencionada em seção posterior, sendo este inimigo abaixo da linha de cidadão e, portanto, sendo justificada toda e qualquer forma de repressão e exclusão contra o mesmo.

Dentro dos ideais clássicos e dominantes, surge ao Estado o direito de punir um membro da sociedade que viola um dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. De qualquer forma, este deve ser aplicado como *ultima ratio*, devido à natureza gravosa e com fortes consequências, tanto em termos individuais quanto coletivos. Nesta concepção, sempre que houver possibilidade de a situação ser resolvida por outros ramos do Direito, assim o será sem a aplicação do Estado Penal. No entanto, alguns setores sociais somente têm contato, ou o contato é mais próximo, justamente nesta esfera, conforme já afirmamos.

Várias teorias debateram, e ainda é motivo de muito diálogo, quanto aos fundamentos da punição; isto é, o por que punir. Ora a atenção foi voltada ao delinquente, ora ao fato delituoso e suas consequências, ora à própria noção de crime e criminalização.

A Teoria Clássica teve como um dos principais pensadores Beccaria e surgiu num momento de transição política, e mesmo por ela motivada, inspirada por princípios humanistas, mas mais do que isso, por mudança no contexto sócio-político-econômico, com a derrocada do Antigo Regime e ascensão da burguesia, fazendo-se necessário preservar os privilégios, as posses e as propriedades deste novo poder emergente.

Neste sentido, vimos a mudança das penas corporais para o estabelecimento do sistema prisional, entendendo que o homem, em razão do seu livre-arbítrio, comete crimes com

⁹ No entanto, ambos autores dão conotação diferenciada a ideia de inimigo.

consciência e determinando-se de acordo com este entendimento, residindo aqui a base para o que atualmente denominamos por “culpabilidade”.

Esta Escola não se interessava diretamente na pessoa do criminoso, mas sim no fenômeno crime, sendo a pena vista em seu caráter retributivo.

Já no século seguinte, surge a Escola positivista ou positiva, sendo o contraponto da anterior, negando a noção de livre-arbítrio, crendo que o sujeito sequer possui vontade própria, na medida em que esta vontade é um somatório de várias forças externas e internas, mas dando ênfase à responsabilização pela conduta criminosa.

Temos como principais representantes desta corrente doutrinária Cesare Lombroso (*L'Uomo Delinquente*, 1876), com sua determinação antropológica e determinante do criminoso, desenvolvendo uma teoria bastante estigmatizante, baseada na frenologia,¹⁰ que é uma teoria que entende ser possível determinar o caráter, a personalidade e o grau de criminalidade pela forma da cabeça.

Outro célebre pensador foi Enrico Ferri, trazendo grandes contribuições à Antropologia Criminal, estando ligado à Sociologia Criminal, para além de Raffaele Garófalo, com teses insertas da psicologia.

Passa-se a olhar diretamente, antropologicamente, ao próprio delinquente, para o agente que comete o delito. O criminoso era entendido como um ser de difícil adaptação à sociedade, devido às suas anormalidades que lhe são inerentes e o crime surge, pois, da natureza delituosa do homem. Neste sentido, passa-se a entender o homem delituoso como um doente e a pena como cura, num sentido de defesa da própria sociedade.

Devido a ausência de livre-arbítrio, esta escola desprezou o caráter retributivo da punição, abrindo espaço à prevenção, pois importava “curar” o indivíduo de modo que o mesmo não mais voltasse a cometer infrações penais. Neste sentido, a pena de prisão, que mais se assemelhava à própria natureza e razão de ser da medida de segurança, não tinha limitação em termos quantitativos, posto que só se extinguia quando findavam as causas que levaram o indivíduo a ser privado de sua liberdade.

Numa fusão destas duas escolas de pensamento criminológico, temos a Escola Eclética, tendo por um dos precursores principais, Von Liszt, que surge em um período marcado pelo reconhecimento e integração da Ciência Penal na dogmática jurídica, antes estudada na esfera da Sociologia Criminal.

Esta Escola permaneceu negando o livre-arbítrio, mas afirmava haver uma responsabilidade moral, apresentando o crime como sendo um fenômeno social e individual, mesclando a observação sobre a criminalidade e o próprio agente criminoso, presente na Escola Positiva, como manteve o discurso de defesa social, noção própria da Escola Clássica (Andrade, 2003a: 73). Esta última ideia surge de modo fortalecido e garante domínio no pensamento criminológico e penal.

No entanto, a ideologia da defesa social acaba por legitimar e reforçar exclusões, gerando inclusive um aumento na produção legislativa e não raras vezes mais gravosa ao infrator, como modo de solução e de prevenção criminal, sendo claro o privilegiamento e seleção de

¹⁰ Esta teoria foi desenvolvida pelo médico alemão Franz Joseph Gall por volta do ano de 1800. Apesar de muito popular no século XIX, atualmente é compreendida como uma pseudociência. O grande contributo da Frenologia para a Ciência foi compreender o cérebro como órgão da mente e que áreas específicas do cérebro estão relacionadas com determinadas funções do cérebro humano (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Frenologia>, acessado a 2 de dezembro de 2011).

certos grupos sociais, legitimando a maior repressão penal por parte do Estado, pois “parte de uma conceção abstrata e aistórica de sociedade, entendida como uma totalidade de valores e interesses” (Baratta, 1999: 47).

Contemporaneamente, temos a Teoria da Reação Social que mudou o enfoque de análise, passando às causas da criminalização, não mais dirigindo-se ao crime nem ao agente, mas sim às condições em que se pune certos indivíduos, no sentido de definição e seleção dos mesmos, com destino ao sistema prisional. Radica-se aqui o pensamento da Criminologia Crítica, sendo a teoria mais difundida sob esta ótica a do *labelling approach*.

Esta teoria, também denominada Teoria do Etiquetamento, desenvolveu-se nos EUA, e sofreu forte influência do pensamento sociológico do interacionismo simbólico,¹¹ inspirada em Georg Mead, compreende que uma conduta só é crime se assim estiver estipulado, não importando tanto a violação da norma penal em si, mas a efetiva justificativa para instauração do processo penal e verificação ou não da existência de crime, bem como nos preceitos da etnometodologia,¹² que tem por base a sociologia fenomenológica de Alfred Schutz.

H. Becker, H. Garfinkel, Irving Goffmann, K. Ericson, A. Cicourel, E. Schur, Lemert, entre outros foram os inspiradores da teoria do etiquetamento, sendo a idealização da mesma atribuída a H. Becker, com a obra *Outsiders* (1963), com base na Nova Escola de Chicago e clara inspiração marxista.

A Criminologia Crítica, tendo Alessandro Baratta como seu principal difusor, surge tendo por base este paradigma, apontando o desvio como consequência da reação social a certo comportamento e não essencialmente no ato cometido. Neste sentido, alguns são eleitos a fazer parte deste rol preferencial do sistema penal, deixando outros de fora, por mais que igualmente tenham condutas que violem bens jurídicos.

Baratta (1999: 160-161), para formulação da sua teoria do etiquetamento, parte dos conceitos de conduta desviada e de reação social, chegando a conclusão de que o desvio e a criminalidade não são qualidades intrínsecas da conduta, nem entidade ontológica preconstituída à reação social, mas sim uma qualidade (que ele chama de etiqueta, rótulo) atribuída a certos sujeitos por meio de complexos processos de interação social (processos formais e informais de definição e seleção). Desta forma, a criminalidade é um status atribuído a certos indivíduos mediante um duplo processo: a) a definição legal de crime, que atribui à conduta o condão criminal; b) a seleção, que etiqueta e estigmatiza um sujeito como criminoso.

Sob a ótica do controle social, a teoria do etiquetamento inverte a lógica e passa a analisar o fenômeno que criminaliza, passa a analisar o controlador. É nesta medida que se entende que melhor do que se falar em criminalidade é recorrer ao termo criminalização, sendo uma das maneiras de se construir a realidade social. Afirma Andrade¹³ que

O sistema penal não se reduz ao complexo estático das normas penais, mas é concebido como um processo articulado e dinâmico de criminalização ao qual concorrem todas as agências do controle social formal, desde o Legislador (criminalização primária), passando pela Polícia e a Justiça (criminalização secundária)

¹¹ O interacionismo simbólico compreendia que a realidade humana traduzia-se pelo entendimento que a sociedade atribuía a certo fato.

¹² Para a etnometodologia, a sociedade baseia-se numa construção social, “obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos” (Baratta, 1999: 87).

¹³ Esta idéia de Andrade é apropriada do entendimento de Alessandro Baratta (1999: 95).

até o sistema penitenciário e os mecanismos do controle social informal. Em decorrência, pois, de sua rejeição ao determinismo e aos modelos estáticos de comportamento, o *labelling* conduziu ao reconhecimento de que, do ponto de vista do processo de criminalização seletiva, a investigação das agências formais de controle não pode considerá-las como agências isoladas umas das outras, auto-suficientes e auto-reguladas mas requer, no mais alto grau, um *approach* integrado que permita apreender o funcionamento o sistema como um todo. (1995: 28)

Neste sentido, concordamos com a autora acima mencionada, posto que verificamos fortemente os efeitos da criminalização, que se dá por diversas instâncias de controle social, formal e informal. Todo o processo de controle social, tanto formal quanto informal, reforça o estigma e o etiquetamento e um retroalimenta o outro, como podemos observar, por exemplo, na ideia do filho problemático, do aluno difícil, do trabalhador preguiçoso, bem como nos estereótipos em relação aos ciganos, imigrantes, jovens de bairros sociais, sem-terra e diversos outros grupos sociais e étnicos.

Esta teoria volta-se para a investigação do processo de definição da conduta desviada, inserto na criminalização primária, verificando a atribuição do *status* de criminoso, inserido no processo de seleção daqueles que preferencialmente recebem a etiqueta de desviantes, reforçado pelo controle social formal, aqui representando a criminalização secundária, negando o efeito ressocializador e educador da pena de prisão, pondo por terra o caráter preventivo no âmbito da sua finalidade.

Assim, verificamos que importa mais o ser do que o fazer, posto que uma mesma conduta pode ter uma resposta desculpante, enquanto se for outro indivíduo a cometê-la passa a crime efetivo, como por exemplo: se determinada pessoa, bem posicionada socialmente, apropriar-se de bem móvel alheio, sem o consentimento de seu titular, mais facilmente chegarão à ideia de descuido ou cleptomania, do que se fosse um cigano, um negro, um imigrante ou outro grupo qualquer tendencialmente com a imagem associada ao crime, isto é, com a etiqueta.

A Seletividade do Direito Penal e o Direito Penal do Inimigo

Na esteira do pensamento da teoria do *labelling approach*, surge a vertente da Criminologia Crítica, com clara aspiração marxista, que aponta a criminalidade como sendo desigualmente distribuída “conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-económico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos” (Baratta, 1999: 161), negando o autor a própria ideia de igualdade do direito penal, posto que o mesmo não defende os interesses de toda a sociedade e nem todos os bens essenciais, e quando o faz, aplica-se de forma diferenciada e seletiva, sendo, na verdade, “um direito desigual por excelência”¹⁴ (ibid.: 162).

Não foi por acaso que a própria pena privativa de liberdade surge com a sociedade capitalista, por ocasião do fim do sistema feudal que, com seu efeito seletivo e estigmatizador, acentua e fixa aquele setor na posição em que se encontram.

Vejamos, por exemplo, a Lei brasileira n.º 11.343/2006 (Lei AntiDrogas), no parágrafo 2º, do art. 28 que determina os critérios de análise para o juiz verificar se a droga se destinava a consumo pessoal ou não. Afirma o dispositivo:

¹⁴ Para saber mais acerca da desigualdade do Direito, ver Baratta (1999: 162 e ss).

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Já se havia demonstrado o caráter seletivo e frontalmente claro presente no citado dispositivo legal, em especial quando afirma “que as circunstâncias sociais e pessoais serão índices de verificação se a droga destinava-se ao consumo ou ao tráfico. Enfim, fica patente a máxima: rico é usuário e pobre é traficante” (Reis, 2007: 11) e esta situação tem imenso relevo na medida em que a conduta do usuário foi descriminalizada, enquanto a do traficante teve a pena acirrada.

Os clientes do sistema penal são uma resultante do próprio processo de estigmatização social. Os pobres são preferencialmente estes clientes “não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como criminosos” (Andrade, 2004: 32).

Neste sentido, a pena privativa de liberdade, por não cumprir sua função preventiva, acaba por ser uma violência estatal e institucional, mais grave ainda na medida em que, apesar de a igualdade perante a lei ser uma das garantias de direito fundamental, ainda assim é clara a seletividade inerente ao próprio sistema penal.

As próprias instâncias estatais do Poder Judiciário e órgãos da administração e controle penal, acabam por reforçar esta característica de seletividade, privilegiando-se grupos em detrimento de outros. Neste sentido, podemos observar o caso do “incendiamento do mendigo em Brasília”.

Na verdade, o dito mendigo era Galdino Jesus dos Santos, baiano, com 45 anos, foi um líder indígena brasileiro da etnia pataxó-hã-hã-hãe, que foi queimado vivo enquanto dormia em um abrigo de um ponto de ônibus em Brasília, após participar de manifestações do Dia do Índio, em Brasília, no ano de 1997. O crime foi praticado por cinco jovens de classe média-alta daquela cidade.

Na defesa judicial destes jovens de “boa família” (de acordo com os critérios sociais e econômicos), em 2001, os acusados afirmaram que o objetivo era “dar um susto” em Galdino e fazer uma “brincadeira” para que ele se levantasse e corresse atrás deles, tanto que nem utilizaram todo o combustível que tinham adquirido para dar o alegado “susto”, fazendo alusão ao “cuidado e atenção” dos jovens, segundo a defesa. Um dos rapazes disse à imprensa que ele e seus amigos haviam achado que Galdino era um mendigo e que, por isso, tinham decidido perpetrar o ato, tentando, assim, desclassificar o crime em relação ao seu elemento subjetivo.

Os quatro acusados maiores de idade foram condenados a catorze anos de prisão por homicídio qualificado. Ao rapaz menor de idade, foram aplicadas as sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que prevê internação máxima de três anos, a qual pode ou não ser substituída por prestação de serviços à comunidade, conforme a interpretação do juiz. De qualquer forma, esta punição só houve devido à forte pressão popular e de organismos internacionais. Para “compensar” a punição aplicada, tiveram estes

ilustres condenados diversas regalias,¹⁵ além de terem cumprido apenas 4 anos de prisão, em relação aos maiores, e apenas 3 meses, em relação ao menor.

Assim, exemplificamos a seletividade do sistema penal e prisional, por meio do qual grupos sociais subalternos são arrematados e eleitos para ingressarem ou reafirmarem a ideia do processo de criminalização.

Tendo em conta todo nosso argumento acerca de setores sociais que se encontram excluídos do contrato social, ou em outros termos, incluídos do fascismo social, sendo membros da sociedade civil incivil, bem como a noção da seletividade da sistema penal, iremos analisar agora, ainda que brevemente, a teoria do direito penal do inimigo, idealizada, primeiramente em 1985, por Gunther Jakobs, voltando a tomar fôlego em 1999 e, mais recentemente, em 2001, por ocasião da derrocada das torres gêmeas, nos Estados Unidos da América.

Esta teoria tinha por foco o combate à criminalidade, baseada nas concepções de filósofos como Rousseau, Fichte e, em especial, Hobbes, devendo-se chamar a atenção para o que há em comum entre eles: todos contratualistas, base também dos ensinamentos de Santos (2001, 2003, 2007), com relação às três esferas de sociedade civil, em especial quanto aos membros da sociedade incivil que, segundo o autor, são, posto que excluídos do contrato social, relançados ao estado da natureza por conta do próprio fascismo social.

Apesar de terem a mesma base, ambos autores partem de diferentes conceituações e percepções, posto que, enquanto para Boaventura de Sousa Santos tal reflexão é objeto de crítica, posto que verifica que os “incivis” não possuem “passaporte” para outra esfera da sociedade civil, até porque são invisibilizados, e, nesta medida estão expostos a todos os tipos de arbitrariedades e ilegalidades, quando tentam ser visíveis (passando a ser rotulados como criminosos na prática ou mesmo na potencialidade, por pertencer a certo grupo social), Jakobs vem a comprovar esta tese com sua teoria, posto que entende que certos indivíduos merecem uma punição diferenciada daqueles a quem se pode chamar cidadão.

Entende a teoria jakobiana que, com a globalização, novas formas de criminalidade despontaram, mas sem excluir as demais, mas consideradas como infrações penais perigosas, sendo exemplo a delinquência econômica e a organizada, os delitos sexuais, o tráfico de drogas, o terrorismo etc., visando punir mais severamente aquele que é considerado inimigo do estado, tendo clara visão retributiva.

Funda-se a teoria do direito penal do inimigo em três pilares:

- a) antecipação da punição do inimigo, sendo legítima até a punição de atos preparatórios;
- b) redução ou mesmo supressão de garantias processuais, sendo agravada por uma desproporcionalidade entre o ato praticado (ou não, posto que a mera potencialidade, causada pelo rótulo de criminoso) e a pena aplicada;
- c) leis penais e sistema sancionatório mais severo, dirigidas aos clientes preferenciais do sistema penal.

Segundo fundamenta Jakobs, o tratamento diferenciado e mais severo ao chamado inimigo advém do fato de, por estar fora do contrato social, torna-se inimigo do Estado e não se enquadra no conceito de “lei e ordem”. Assim, o “inimigo” não é visto como um

¹⁵ Não ficaram detidos sequer 24 horas juntos com os demais presos, sendo transferidos para uma biblioteca desativada, onde tiveram vários direitos que um preso “comum” não tem, como banho quente, cortinas e a chave da própria cela.

delinquente comum, até porque não é um cidadão comum; na verdade, nem cidadão é. Nesta medida, todas as formas de violência contra eles é legitimamente instaurada.

O chamado cidadão comum, se comete algum delito, recebe todas as garantias penais e processuais-penais existentes, para ao final receber uma pena. Já o inimigo, por não ser considerado cidadão e nem mesmo uma pessoa, não é sequer sujeito processual, sendo visto como um perigo e ameaça constante à sociedade, sendo sujeito a aplicação de uma medida de segurança. Pois não se verifica aqui a culpabilidade, mas sim a perigosidade, em especial visando eventos futuros que podem vir a ser novamente cometidos em razão desta perigosidade permanente. O indivíduo, assim, é sancionado não pelo que efetivamente cometeu, mas pela potencialidade de sua perigosidade.

Fica claro que esta teoria é totalmente incompatível com um Estado Democrático de Direito, por sua violação às garantias e processuais e penais dos indivíduos, rompendo por conseguinte com os parâmetros do garantismo penal, preconizado por Luigi Ferrajoli, chegando mesmo a criar um Estado de Exceção para estes “inimigos” sociais.

Informa-nos Gomes (2004: 1-2), sobre o entendimento de Raúl Zaffaroni acerca da teoria do Direito Penal do Inimigo, ao qual se transcreve:

(a) para dominar o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo; (b) quando o poder não conta com limites, transforma-se em Estado de polícia (que se opõe, claro, ao Estado de Direito); (c) o sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos); (d) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito); (e) seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.; (f) em nome de cristo começaram a queimar os inimigos; (g) para inventar uma “cruzada” penal ou uma “guerra” deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Saddam Hussein); (h) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo satã; (i) conta para isso com apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo); (j) o criminoso é um ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído; (l) durante a revolução industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classes: riqueza e miséria continuam tendo que se conviver necessariamente; (m) para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do Estado de Polícia) desde essa época é o marginalizado; (n) na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução francesa público é o processo, o castigo passa a ser secreto; (o) no princípio do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça; (p) nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo etc.); (q) o nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo); (r) no final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos E.U.A., sobretudo a partir da queda do muro de Berlim; o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional; (s) até 1980 os E.U.A. contava com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países; (t) com Reagan começa a indústria da prisionização; (u) hoje os E.U.A. contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos; seis milhões de pessoas estão trabalhando no sistema penitenciário americano; isso significa que pelo menos dezoito milhões de pessoas vivem às custas desse sistema; com isso o índice de desemprego foi reduzido. E como os E.U.A. podem sustentar todo esse aparato prisional? Eles contam com a “máquina de rodar dólares”; os países da América Latina não podem fazer a mesma coisa que os E.U.A.: não possuem a máquina de fazer dólares; (v) o Direito penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV); (x) das TVs é preciso “sair sangue” (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.); (z) difunde-se o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo; (aa) a população está aterrorizada; a difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo; (bb) o Direito penal surge como solução para aniquilar o inimigo; (cc) o político apresenta o Direito penal como o primeiro remédio para isso; (dd) o Direito penal tornou-se um produto de mercado; (ee) o Direito penal na atualidade não tem discurso acadêmico, é puro discurso publicitário, é pura propaganda; é a mídia que domina o Estado, não o Estado que se sobrepõe a ela; (ff) os juizes estão apavorados; juiz garantista tem que enfrentar a mídia.

Neste sentido, por todo o que até aqui já se foi dito, será que é verdade que os sistemas penal e prisional efetivamente fracassaram ou ele cumpre sua real função, que é, na esteira do pensamento de Loic Wacquant, punir os pobres?

Afirma-nos Wacquant (2005: 19-20) que “a substituição progressiva de um (semi) Estado-providência por um Estado Penal e policial, no seio do qual a criminalização da marginalidade e a “contenção punitiva” das categorias deserdadas faz as vezes de política social”. Assim, podemos compreender como as situações que devem ser tratadas como sendo da área política e do campo social, viram casos de polícia.

Aqueles que mais assistência do Estado precisam, são justamente aqueles que são rotulados como criminosos. Mas não se diz aqui uma assistência paternalista, mas sim aquela que garanta o ingresso à sociedade civil. No entanto, compreende-se que tal situação não se daria e nem se dará no Estado neoliberal. Será necessário reinventar o Estado (Santos, 2007).

A solução encontrada pelo Estado neoliberal para absorver a população que cada vez mais irrompe as barreiras da miséria, ingressando na sociedade civil incivil, é criminalizando-os e encarcerando-os. Assim, podemos ver nos dados obtidos para Portugal, no site Pordata, nas tabelas que se seguem:

Tabela 1. Reclusos condenados por categoria de crime, Portugal

Anos	Tipo de crime							Emissão de cheques sem provisão
	Total	Contra as pessoas	Contra a vida em sociedade	Contra o património	Relativos a estupefacientes			
					Total	Tráfico	Tráfico - Consumo	
1983	x	x	x	x	177	156	21	x
1990	x	x	x	x	1.285	855	391	x
2000	8.917	1.689	139	3.072	3.829	3.653	146	80
2001	9.422	1.811	165	3.320	3.930	3.649	182	48
2002	9.553	1.803	215	3.431	3.967	3.804	75	33
2003	10.143	2.122	306	3.857	3.558	3.197	275	26
2004	10.152	2.459	700	3.292	2.927	2.822	82	35
2005	9.845	2.584	895	3.208	2.669	2.592	57	24
2006	9.715	2.537	899	3.070	2.650	2.578	53	22
2007	9.260	2.454	868	2.910	2.524	2.459	49	21
2008	8.699	2.371	684	2.475	1.849	1.813	34	35
2009	8.958	2.638	759	2.737	2.026	1.814	32	27
2010	9.306	2.488	726	2.573	1.950	1.918	30	36

Fontes/Entidades: DGPJ/MJ, PORDATA. Última atualização: 2012-01-25.

A primeira observação que aqui podemos fazer prende-se ao tipo de crimes selecionados para a análise. Podemos ver os crimes contra as pessoas, contra a vida em sociedade, contra o património, relativo aos estupefacientes e as emissões de cheques sem provisão de fundos. A pergunta que fica no ar é: onde estão os crimes contra o Estado? Esses normalmente são crimes de colarinho-branco e por óbvio não aparecem nas estatísticas. É a cifra negra se fazendo presente.

Não só estes crimes não são contabilizados, como igualmente não são punidos, mas todos sabemos que eles existem. O que ocorre então? Quando denunciados, acaba o processo por não se desenrolar ou acabam os réus não sendo devidamente punidos. A prisão não foi feita para eles.

Tabela 2. Nível de instrução dos reclusos

Anos	Nível de instrução						
	Total	Não sabe ler nem escrever	Sabe ler	Ensino básico	Ensino secundário	Ensino superior	Outros, ignorados e não especificados
1960	8.418	x	x	x	x	x	x
1970	5.056	1.225	875	2.520	415	21	0
1980	5.352	723	891	3.327	397	14	0
1990	8.874	593	968	5.981	1.186	100	46
2000	12.771	639	1.077	8.792	1.672	104	487
2001	13.112	720	799	10.260	854	134	345
2002	13.772	725	525	10.924	1.109	159	330
2003	13.635	666	525	10.798	1.174	145	327
2004	13.152	734	639	10.360	1.058	171	190
2005	12.889	676	726	10.049	1.127	110	201
2006	12.636	671	729	9.744	1.126	147	219
2007	11.587	620	645	8.953	1.002	144	223
2008	10.807	558	551	8.388	1.008	136	166
2009	11.099	514	570	8.590	1.113	126	186
2010	11.613	547	536	8.972	1.313	143	102

Fontes/Entidades: DGPJ/MJ, PORDATA. Última atualização: 2012-01-25.

Conforme deprendemos dos dados constantes da tabela 2, podemos verificar que nossa tese se comprova, posto que o maior número de presos(as), em Portugal, de acordo com o nível de instrução, está na faixa do ensino básico (concluído ou não). Infelizmente, tendo em conta que estamos a tratar de imputáveis, sabemos que quem possui este nível de escolaridade

já na fase adulta igualmente não provêm de classe social privilegiada, pois outra informação, que é do senso comum, é que a própria educação, que é primordial, não é para todos.

Tais dados reforçam nosso entendimento de que o direito penal e prisional é mesmo seletivo e elege seus clientes preferenciais na base da sociedade: os não-cidadãos, que, além desta ausência de cidadania e justamente por sua falta, tornam-se inimigos da sociedade, legitimando-se as repressões estatais e maior controle social contra estes grupos, utilizando-se dos próprios dados estatísticos, ignorando a cifra negra, para demonstrar a razão do entendimento dominante de que a pobreza deve ser criminalizada.

Conclusão

Quando pensamos em Direito Penal, devemos ter em mente alguns princípios constitucionais, que devem ser sopesados e pensados, ainda que brevemente, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima do direito penal, da proporcionalidade das penas, da legalidade estrita e o da culpa como limite da punição, devendo o Estado Democrático e de Direito seguir e atender aos princípios básicos e inerentes à esfera penal, qual seja a proteção dos direitos fundamentais, no sentido preconizado por Luigi Ferrajoli (2002), na esfera do garantismo penal.

Neste sentido, a própria Constituição é o limite, formal e material, da atuação do *ius puniendi* estatal. No entanto, sabemos que a experiência prisional não cumpre nem suas finalidades (preventivas, como acima afirmamos) e nem os princípios básicos de direitos fundamentais.

Com a crise econômica que assola parte do mundo ocidental, novos clientes preferenciais deste sistema são criados ou mesmo ampliados, mas sempre dentro da mesma lógica já apontada pela Criminologia Crítica, com a ideia de etiquetamento dos grupos sociais que cada vez mais se afastam da esfera de intimidade com o Estado, aumentando o fosso existente entre os extremos sociais.

Encontramo-nos em um momento de transição, motivada pela crise econômico-financeira existente no mundo ocidental, refletindo gravemente sob vários segmentos sociais que se encontram ainda mais estigmatizados e ainda mais excluídos do contrato social, sob a égide do fascismo social.

Amplia-se a esfera de fascismo social e a resposta estatal é o reforço da criminalização, buscando encarcerar aqueles que podem por em risco os já poucos bens circulantes. Não se nega a existência de crimes praticados por membros da esfera da sociedade civil íntima e, em parte, da estranha, até me relação a países mais fracos, conforme Barata (1999: 198-199), mas sim afirma-se que o tratamento é diferenciado.

O próprio sistema prisional, com a mencionada socialização dos corpos, carrega em si o fenômeno da prisionização,¹⁶ criando, na verdade, um grande círculo vicioso e de recriação da própria criminalidade, funcionando e cumprindo o sistema prisional com sua utilidade que é gerar economicamente a favor das classes favorecidas.

¹⁶ Este termo foi desenvolvido por Donald Clemmer e significa que os detentos acabam por adquirir comportamentos, vícios, personalidades, gírias, truques e estratégias próprias de quem encontra-se no sistema prisional, podendo ou não abranger de forma total a todos os condenados, mas ao menos parcialmente não se escapa.

Segundo Goffman (2000: 102), “a pessoa que infringe uma regra é um transgressor; a sua infração é um delito. O que infringe continuamente as regras é um desviante”, trazendo uma relação antagônica e contraditória entre o indivíduo (deficiente/anormal) e a sociedade (normal). O estigma que certos indivíduos e grupos carregam são marcas que lhes são exteriores (Goffman, 1982: 22).

Andrade (2003b) afirma que o sistema penal tem uma eficácia invertida, latente, significando que as funções que declara ter, como a proteção de bens jurídicos e a garantia da segurança pública e jurídica, são meramente simbólicas, pois, na prática, sua finalidade é o contrário do que promete em seu discurso oficial, pois *contribui para reproduzir as relações desiguais de propriedade e poder*, construindo a criminalidade de forma seletiva (95% da população carcerária é pobre) e, assim, reproduz as desigualdades sociais, abrangendo classe, gênero, raça. Afirma ainda que é a circulação da ideologia dominante através do sistema, impregnada nos seus operadores e no senso comum, perpetua a ilusão da segurança por ele fornecida, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções.

Rotula-se o excluído, o diferente, como perigoso e, portanto, criminoso, sendo, importante reprimi-los em nome da segurança pública.

Onde não há Estado social, entra em cena o estado penal e penitenciário e a sociedade, alarmada pela violência e criminalidade veiculada como de autoria ou ao menos de potencialidade dos membros da sociedade civil incivil, bem como a proliferação de mensagens que vão se transmitindo e estereotipando de que são os subsídios que fazem com que os pobres não procurem emprego e vivam à sombra dos trabalhadores é que vem a ratificar o fim completo do Estado Social, que à classe mais favorecida não interessa, legitimando a maior repressão estatal em nome de um direito penal do inimigo, que visa a extirpar de vez com aqueles que tentam alguma (e de alguma forma) visibilidade.

Assim, verificamos claramente haver uma criminalização da miséria, não pelos membros das outras esferas da sociedade civil, que não a incivil, não cometam delitos, mas, como vimos, há uma forma diferenciada de tratamento que, se chegam a ser processados, não são punidos, diferentemente da sorte dos “inimigos” sociais, que se tornam a face visível do crime, até para a devida “comprovação” de que são estes setores sociais contra quem o controle social, formal e informal deve severamente atuar.

Referências Bibliográficas

Andrade, Vera Regina Pereira (1995), “Do Paradigma etiológico ao paradigma da reacção social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum”. *Revista CCJ*, 30(16), 24-36.

Andrade, Vera Regina Pereira (2003a), *A Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

Andrade, Vera Regina Pereira (2003b), “A construção social dos conflitos agrários como criminalidade”, in Rogério Dutra dos Santos (org.), *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 23-50.

Andrade, Vera Regina Pereira (2004), “Do Paradigma etiológico ao paradigma da reação social: Mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum”, *Revista Sequência* 30, págs. 24 a 36.

Baratta, Alessandro (1999), *Criminologia Crítica e a Crítica da Criminologia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

Ferrajoli, Luigi (2002), *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT.

Foucault, Michel (1979), *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro. Edições Graal [7ª edição edição].

Foucault, Michel (1988), *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes [6ª edição].

Foucault, Michel (2003), *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora.

Goffman, Erving (1982), *Estigma: Notas sobre a manipulação da Identidade Deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar.

Gomes, Luiz Flávio (2004), *Reação de Zaffaroni ao Direito Penal do Inimigo*. Consultado a 2 de dezembro de 2012, em <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/reacao-zaffanori-dp-luizflavio.pdf>.

Gomes, Geder Luiz Rocha (2008), “O conflito entre a defesa social e o respeito às garantias fundamentais”, in *idem*, *A substituição da prisão – alternativas penais: legitimidade e adequação*. Salvador: Ed. Podivm.

Reis, Cristiane de Souza (2007), “Novidades trazidas pela Lei 11.343/2006: a descriminalização do uso das drogas ilícitas e a patente seletividade do Direito Penal”, *Âmbito Jurídico*, 41, consultado a 14 de dezembro de 2011, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1846.

Rusche, Georg; Kirchheimer, Otto (1999), *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

Santos, Juarez Cirino dos (2005), *30 Anos de Vigiar e Punir*. 11º Seminário Internacional do IBCCRIM (4 a 7 de outubro de 2005), São Paulo, SP.

Santos, Boaventura de Sousa (1999a), *Pela Mão de Alice - O Social e o Político na Pós-Modernidade*. Porto: Afrontamento.

Santos, Boaventura de Sousa (1999b), “Reinventar a democracia: Entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo”, in Francisco de Oliveira e Maria Célia Paoli (org.), *Os Sentidos da Democracia: Políticas do discurso e hegemonia global*. Petrópolis: Vozes, 83-129.

Santos, Boaventura de Sousa (2000), *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência, para um novo senso comum*. Porto: Afrontamento.

Santos, Boaventura de Sousa (2001), “Os processos de Globalização”, in *idem* Sousa (org.), *Globalização: fatalidade ou utopia?* Porto: Edições Afrontamento [3ª edição].

Santos, Boaventura de Sousa (2002a), “Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 62, pp. 237-280.

Santos, Boaventura de Sousa. (2002b), *Toward a New Legal Common Sense*. London: Butterworths.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (2003), "Poderá o direito ser emancipatório?", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65, 3-76.

Santos, Boaventura de Sousa (2007), "Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 78, 3-46.

Santos, Boaventura de Sousa (2007), "La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional". *OSAL, CLACSO*, VIII, 25-46

Sell, Sandro César (2007), "A etiqueta do crime: considerações sobre o «labelling approach»", *Jus Navigandi*, 12, 1507, consultado a 14 de dezembro de 2011, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/10290>.

Wacquant, Loïc (2004), *As prisões da miséria*. Ed. Sabotagem, disponível em http://mijsgd.ds.iscte.pt/textos/Prisoas_da_Miseria_WACQUANT_Loic.pdf

Wacquant, Loïc (2005), *Punir os pobres*. Rio de Janeiro: Editora Revan.

Webgrafia

<http://www.pordata.pt/Portugal/Reclusos+condenados+total+e+por+categoria+de+crime-274>
consultada a 8 de abril de 2012.

<http://www.pordata.pt/Portugal/Reclusos+total+e+por+nivel+de+instrucao+completo-273>,
consultada a 8 de abril de 2012.