

A ESTIGMATIZAÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NA ETIMOLOGIA CRIMINAL

THE STIGMATIZATION AND ITS INFLUENCE ON CRIMINAL ETYMOLOGY

RESUMO

Nos estudos da Etimologia Criminal, nos deparamos com a problemática da estigmatização como origem dos delitos. Estes estigmas atuam marginalizando os indivíduos e grupos, os isolando do acesso aos seus direitos sociais básicos. Após a perquirição criminal, o rótulo de delinquente termina por consolidar-se, finalizando o processo de exclusão social. Assim, observa-se seu caráter de causa e consequência do crime, obstando o processo de inserção social do indivíduo, haja vista a difícil superação desses rótulos. O presente artigo tem por finalidade estudar a estigmatização social, seja pela influência que esta exerce nas causas do crime, seja pela afronta que faz ao direito penal do fato. Ainda, ante o caráter cultural dos preconceitos sociais, pondera-se sobre a importância dos direitos sociais básicos, precipuamente o da educação, como forma de transpor as barreiras criadas pelos rótulos.

Palavras-chaves: criminologia; estigmatização; sociologia.

ABSTRACT

In the studies of Criminal Etymology, we are faced with the problem of stigmatization as the origin of crimes. These stigmas act by marginalizing individuals and groups, isolating them from access to their basic social rights. After criminal process, the delinquent label ends up consolidating, ending the process of social exclusion. Thus, it is observed its character of cause and consequence of the crime, hindering the process of social insertion of the individual, given the difficult overcoming of these labels. The purpose of this article is to study social stigmatization, either because of its influence on the causes of the crime or because of the affront to the criminal law of the fact. Also, given the cultural nature of social prejudices, it is considered the importance of basic social rights, precipitously the education, as a way of overcoming the barriers created by the labels.

Key-words: criminology; stigmatization; sociology.

INTRODUÇÃO

Consoante dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, atualizado em junho de 2016, a esmagadora população carcerária brasileira constitui-se em pessoas do sexo masculino, jovens, negros e com baixa escolaridade (2016, p. 43).

A este retrato seletivo do sistema penal atribuem-se os estigmas, que, quando negativamente valorados, causam a exclusão social, a entrada e a permanência de indivíduos no mundo criminoso. Assim, associa-se que se um indivíduo possui essas características, ou seja, se ele homem jovem, negro, com linguajar rudimentar e hábitos insipientes, logo, é criminoso.

As consequências da problemática estigmatização para o indivíduo são diversas, indo destes as consequências sociais até as penais.

Socialmente, o indivíduo é marginalizado, excluído do mercado de trabalho, sem oportunidades de educação com qualidade, e, por fim, sem a chance de concretizar seus direitos sociais mínimos como moradia digna e saúde.

Penalmente, atua no inconsciente do aplicador do direito ao associar automaticamente o indivíduo com determinadas características como um criminoso, atribuindo-lhe responsabilidade penal.

Este quadro está intimamente ligado ao direito penal do autor, ou seja, aquele que considera o contexto e características da pessoa que supostamente cometeu o crime no momento de sua valoração, ao invés de objetivamente analisar os fatos ocorridos e as provas consolidadas.

Nisto, vê-se clara violação ao valor constitucional da presunção de inocência, bem como, daí se retira a existência de institutos estigmatizantes como o da reincidência penal e maus antecedentes, que violam o princípio do *non bis in idem*.

Assim, situado entre a sociologia criminal e a sociologia jurídico-penal¹, o presente artigo tem por intenção esmiuçar as características da estigmatização e suas consequências, empenhando-se, ao final, em transpor as barreiras do direito penal do autor a fim de atingir um direito penal do fato, mais justo e humanitário.

Para tanto, utiliza-se do método hipotético dedutivo, com revisão bibliográfica e análise de dados empíricos, a fim de contextualizar a atuação seletiva e discriminatória do Direito Penal.

1 O FENÔMENO DA ESTIGMATIZAÇÃO

Consoante o ensinamento de Carlos Roberto Bacila, estigmas são marcas carregadas por algumas pessoas ou grupos sociais que possuem valoração depreciativa. Assim, segundo o autor, os estigmas possuem dois aspectos, sendo um objetivo, que é a marca, e outro subjetivo, sendo a valorização depreciativa (2015, p. 23).

O aspecto objetivo retrata a marca carregada pelo indivíduo, qual seja, a cor, a condição social, entre outros. Já o aspecto subjetivo retrataria a valoração negativa que se dá ao aspecto objetivo, como ruim, inferior, etc.

¹ Diferença realizada por Alessandro Baratta onde, segundo este autor, a sociologia criminal estuda a gênese do comportamento com relevância penal e a sociologia jurídico-penal estuda as reações a este comportamento, seja essa reação institucionalizada ou não.

Com toda a admiração a respeitável obra de Bacila, mas indo além, se poderia dizer que os estigmas são marcas, sinais carregados por determinadas pessoas, assim configurando seu aspecto objetivo. Contudo, a valoração que se dá a este não deve ser necessariamente negativa, podendo ser positiva e valorativa.

Para ilustrar, alguém pode estar marcado como cidadão do bem já que possui emprego fixo em determinada empresa. Mantêm-se, assim, os dois aspectos: o objetivo - emprego fixo, associado ao subjetivo - cidadão do bem, sendo a pessoa, de semelhante forma, estigmatizada, ou seja, rotulada socialmente.

Deste ponto de vista, estigmas estariam ligados a rótulos carregados pelas pessoas, sendo que aqueles negativamente considerados estão intimamente ligados a preconceitos sociais, ou seja, conceitos negativos pré-constituídos armazenados no inconsciente coletivo.

Assim, observando este fato, qual seja, de que nossa sociedade esta marcada por rótulos e estigmas, Bacila iguala os estigmas a metarregras, dizendo que estas são mecanismos constituídos de regras, princípios e atitudes subjetivas que influenciam o operador do direito no momento de aplicação da regra jurídica (2015, p. 17).

Indo além, não somente no operador do Direito, mas em toda a sociedade. No Direito, possui o condão de atribuir a um indivíduo a responsabilidade penal, na sociedade, o estigma. (2015, p. 20).

Assim, contribuindo na análise da estigmatização social e penal, em âmbito criminológico, existem as teorias como da Associação Diferencial e do Etiquetamento Social, esta mais conhecida como *Labeling Approach*, que analisam sobre diferentes pontos de vista a estigmatização e seu processo de constituição.

Por conseguinte, a teoria explicativa da gênese criminal da Associação Diferencial assinala que, na sociedade, após o processo de exclusão social devido às desigualdades sociais, ocorre a formação de subculturas delinquentes por aqueles marginalizados.

Consoante Vera Malaguti Batista (2011, p. 71):

A escola das subculturas e o funcionalismo querem entender o que se passa fora das prisões na interação entre grupos culturais heterogêneos com posições diferentes nas hierarquias sociais. Querendo compreender como as subculturas se comunicam aos jovens, pesquisando as minorias desfavorecidas, a estratificação social, seus pesquisadores trabalham uma “aprendizagem de comportamentos criminosos pelos conflitos culturais e pelas organizações diferenciais”.

Isto significa dizer que, após os problemas de status e de aceitação causados pela exclusão social dos grupos menos favorecidos e, durante a tentativa de socialização, indivíduos marginalizados se agrupam formando suas culturas com regras próprias, em grupos onde são mutuamente aceitos e onde exprimem e justificam sua hostilidade as causas da própria frustração social.

Nestes grupos, o crime seria aprendido através de um processo de imitação, ou seja, na aprendizagem mútua do grupo para determinada carreira criminosa. Destaca-se que a teoria em comento foi precipuamente desenvolvida Edwin H. Sutherland, sociólogo estadunidense.

Desenvolvendo a teoria, Alessandro Baratta (2011, p. 74) dita que:

As reações típicas de grupos socialmente impedidos do pleno acesso aos meios legítimos para a consecução dos fins institucionais dão lugar a um pluralismo de subgrupos culturais, alguns dos quais rigidamente fechados em face do sistema institucional de valores e de normas, e caracterizados por valores, normas e modelos de comportamento alternativos àquele.

Observa-se, portanto, o seguinte fenômeno: a sociedade rotula os indivíduos marginalizados em face da desigualdade social, assim, este indivíduo não é aceito socialmente: é pobre, com baixa ou nenhuma escolarização, se veste de forma simples e seu vocabulário é limitado, com linguagem própria do local de onde provém.

Excluído, é aceito e acolhido apenas entre grupos na mesma situação hipotética – subcultura. Neste grupo, o indivíduo fala a mesma língua que os demais, se veste de forma semelhante e possui a oportunidade de ser respeitado, sendo tratado como igual.

Desse modo, os subgrupos culturais dos excluídos – os despossuídos – buscam alcançar o que a sociedade lhes relega: respeito, oportunidades, dignidade, uma vez que somente ali é aceito e tratado como igual, ante a ânsia humana por aceitação.

Diversos destes, pois, realizam reações sistemáticas a ordem vigente, em decorrência da frustração social. Ali, cometem diversos delitos, precipuamente o tráfico de drogas, roubos e furtos². Nos subgrupos, há regras que lhe são inerentes e organização própria, alheias ao sistema jurídico posto.

Adiante, no mundo criminal, os agentes passam a sofrer com as reações institucionalizadas e com a estigmatização oficial, sendo que, apesar de aceitos no grupo

² Conforme o relatório INFOPEN, 26% da população carcerária brasileira está presa em decorrência do crime de tráfico de entorpecentes, 26% em decorrência do crime de roubo, 12% pelo delito de furto e 11% pelo delito de homicídio (2016, p. 43).

subcultural de onde provém, são ainda, perante o restante da sociedade, os marginalizados e excluídos.

Analisa-se, então, a estigmatização através da teoria do *Labeling Approach*, ou, como também conhecida, teoria do Etiquetamento Social, que estuda a reação social ao delito ao observar a atuação dos órgãos oficiais frente ao crime, ou seja, a ação constitutiva do delito realizada pelas instituições oficiais.

Na transição da análise de uma teoria a outra, importante ressaltar os ensinamentos de Vera Malaguti Batista (2011, p. 77):

O conceito de associações diferenciais e, principalmente, a pesquisa dos crimes de colarinho branco demonstraram a distorção estática que produz aquilo que Alessandro Baratta chama de “quadro falso da distribuição de criminalidade”, concentrada sempre nos estratos mais pobres da sociedade. Essa filtragem, ou ação seletiva, produz a construção de estereótipos, de rótulos. A partir dessa escola, conhecida como *labeling approach*, ocorre uma correção do próprio conceito de criminalidade: o que existe são processos de criminalização. A criminalidade seria uma realidade social atribuída.

Ainda mais:

A criminalidade deixa de ser uma realidade objetiva para ser lida como uma definição. A principal ruptura metodológica é com o paradigma etiológico: o processo de interação dá um sentido radicalmente diferente ao método causal-explicativo. O que está em jogo passa a ser quem tem o poder de definir e quem sofre a definição.

(...)

O conceito de criminalidade sofre um golpe mortal: fora da dicotomia do bem e do mal, o “comportamento criminoso” é relativizado. (BATISTA, 2011, p. 74).

Destarte, para esta teoria, o delito seria algo atribuído a alguém, de forma que, aquele assim taxado passaria a ser considerado como criminoso oficial, consolidando os rótulos anteriormente expostos. Ou seja, analisa a estigmatização social atribuída oficialmente pelos órgãos do Poder Judiciário àqueles grupos de pessoas anteriormente já excluídas e marginalizadas pela sociedade, em decorrência da estratificação social.

Explorando esta teoria, Alessandro Baratta (2011, p. 86) assinala:

(...) O status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não se adquire esses status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como

“delinquente”. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade.

Trata-se de oficializar e consolidar os estigmas já existentes.

Destarte, não obstante os estigmas pré-constituídos de formação social, que atuam no inconsciente do legislador e do aplicador do Direito, estes – operadores do Direito – também agem, na prática, atribuindo os estigmas penais a um grupo seletivo de pessoas, que passam a ser rotulados como delinquentes, criminosos ou bandidos, a ponto de Zaffaroni asseverar que (1991, p. 247-248):

Reificar categorias de requisitos, de forma a se falar “do” delito, quando se sabe que “o” delito não existe, é quase um equívoco linguístico, pois ontologicamente falando só existem conflitos arbitrariamente selecionados, e, juridicamente, somente um conjunto muito heterogêneo de hipóteses conflituosas, com muita boa vontade, podem ser chamados de “delitos”. Neste sentido, “delitos” seriam as condutas conflituosas que dão lugar a uma decisão criminalizante afirmativa por parte da agência judicial, que decide não interromper a criminalização em curso, ao passo que, por outro lado, “teoria do delito” é somente o “*nomem-juris*” de uma parte do discurso jurídico-penal que explicita de forma orgânica o conjunto dos requisitos que a agência judicial deve exigir antes de decidir-se afirmativamente pelo prosseguimento do processo de criminalização.

Ademais, para o autor, a teoria do delito seria o conjunto de requisitos a constituir o nível máximo de seletividade tolerada (ZAFFARONI, 1991, p. 248), de forma a tentar limitar o caráter seletivo do Direito Penal.

Após este momento, observa-se a mudança de identidade social da pessoa submetida ao Direito Penal, já que, a partir de então, o indivíduo passa a assumir o papel de criminoso, toma-se como delinquente e aceita o preconceito atribuído.

Nas palavras de Alessandro Baratta (2011, p. 179):

A constituição de uma população criminoso como minoria marginalizada pressupõe a real assunção, a nível de comportamento, de papéis criminosos por parte de um certo número de indivíduos, e a sua consolidação em verdadeiras e próprias carreiras criminosas. E já vimos que isto se verifica, sobretudo, como tem sido colocado em evidência por alguns teóricos americanos do *labeling approach*, mediante os efeitos da estigmatização penal sobre a identidade social do indivíduo, ou seja, sobre a definição que ele dá de si mesmo e que os outros dão dele.

Neste ponto, passo a tecer comentários sobre a estrita relação entre a execução penal e a estigmatização, já que, conforme evidenciado, a ação institucional termina por consolidar

os rótulos socialmente impostos, mudando a identidade social do indivíduo, que passa a se considerar como criminoso.

1.1 A execução penal como instituto excludente

Inicialmente, cabe destacar a concepção de pena e sua frustrada função social. Concebida inicialmente como retribuição do mal causado a sociedade pelo infrator, o instituto da sanção criminal desenvolveu-se até chegar ao estado atual que, conforme preceitua as teorias utilitaristas e finalistas, atuam com o fito de prevenir, de forma geral e especial, o crime.

Em sua origem, a pena atuava como sinônimo de vingança, retribuindo o mal causado pelo crime com um castigo, por vezes, público e vexatório³. Já se via seu caráter preventivo geral negativo, qual seja, a ideia de amedrontar os demais indivíduos para o não cometimento de delitos, haja vista sua consequência. Bem como, via-se seu caráter preventivo especial negativo, que trata da retribuição do mal praticado pelo indivíduo.

Após, com o desenvolvimento do princípio da dignidade humana⁴, concebeu-se o caráter preventivo especial positivo da pena. Em outras palavras, os olhos da execução penal se voltaram para o infrator da norma legal a fim de ressocializá-lo, reinserindo o indivíduo na sociedade de forma que este não volte a cometer crimes.

Já em seu caráter preventivo geral positivo, passou a justificar a pena narrando que punição reafirma a existência e vigência do Direito Penal, validando o sistema posto em uma tentativa de trazer segurança pública a todos.

Entretanto, em tudo falha as funções da sanção penal. O aumento da população carcerária⁵ conjurado com a sensação de impunidade que perpetua o país mostra que a pena, além de não impedir que indivíduos incorram em crimes (prevenção geral), também não o ressocializa (prevenção especial).

Isto é um problema enfrentado por diversos países, o que levou o estudioso Alessandro Baratta afirmar que diante da crise do *Welfare State*, adotado por países com alto índice de carceragem como os Estados Unidos e o Brasil, houve uma mudança do discurso oficial

³ Como acontecia com os suplícios públicos.

⁴ Conforme explica Rogério Greco, analisando essa mudança de opção punitiva, que passava a adotar a pena privativa de liberdade como principal forma de punição no lugar das penas corporais, o que fez Foucault dizer que, a partir deste ponto, o sofrimento da pena recaía sobre a alma do condenado, e não mais sobre seu corpo.

⁵ Em junho de 2016, a população carcerária brasileira atingiu o patamar de 726.712 custodiados, em um aumento na ordem de 707% em relação ao registrado no início da década de 90, sendo a 3ª maior população carcerária do mundo, consoante dados do INFOPEN que, infelizmente, não noticia quanto ao número de reincidentes penais.

punitivo da prevenção especial positiva (ressocialização) para a prevenção especial negativa (neutralização e incapacitação) (1990, p. 1).

Neste sentido:

A criação de presídios de segurança máxima, no curso da luta contra o terrorismo, tem significado, pelo menos para um setor das instituições carcerárias, a renúncia explícita dos objetivos de ressocialização e reafirmação da função que a prisão sempre teve e continua tendo: a de depósito de indivíduos isolados do resto da sociedade, neutralizados em sua capacidade de “causar mal” a ela.

Considerando as condições precárias do sistema prisional do país, dominado por facções criminosas (subgrupos culturais), o “reeducando” exposto no sistema possui acesso somente a educação que precisa para sobreviver e ser aceito no novo meio em que se encontra.

Não há perspectivas para o futuro, educação para reintegração social no pós-pena. Pelo contrário, vista como “faculdade do crime”, o cumprimento de pena em estabelecimento prisional termina por reafirmar o estigma de criminoso no indivíduo, sendo que, inclusive, a nova identidade social imposta ao indivíduo passa a ser a de preso ou de ex-presidiário, após o cárcere.

Neste ínterim, as condutas do indivíduo após a execução criminal são irremediavelmente pré-concebidas como inadequadas, afastadas dos ditames sociais impostos e aceitos pela maioria. Sua “carta de alforria” é apenas fictícia, já que persistem os sintomas penais do preconceito e dos estigmas, praticados por toda sociedade e pela sociedade jurídica.

A pena oficialmente imposta pelo Estado não atinge a finalidade de coibir os castigos injustos impostos pela sociedade, uma vez que restam ainda os preconceitos e a dificuldade de reinserção social do suposto sujeito de direitos. Não há, na prática, o direito ao esquecimento.

Na metáfora de Rodrigo Felberg (2013, p. 110), a extinção da pena seria somente a “água que apagou o fogo”, restando ainda a fumaça, a fuligem e a destruição. No mais, ainda narra o autor, em continuação:

Ao término da pena, os cidadãos-egressos encontrar-se-ão em meio a um processo social de categorização, baseado em preconceções, cujo resultado será a pulverização de sua identidade como ser humano complexo, multifacetário, para um pseudo ser humano, representado quase que exclusivamente pelo seu “defeito”.

Ou seja, o indivíduo passa a ser considerado exclusivamente pelo estigma que passa a portar, sendo parte de sua identidade social, permanecendo perenemente marginalizado e excluído pela sociedade preconceituosa em que vivemos. É a reafirmação da estigmatização social desde antes da pena já sofrida, consolidada no sistema jurídico.

Vê-se, então, que não há reinserção social pelo estabelecimento prisional. Pelo contrário, os estabelecimentos prisionais, da forma como assentados, terminam por excluir e marginalizar as pessoas a ele submetidas, que passam a ser os “bandidos oficiais” do país, ultrapassando-se os limites da pena mínima e necessária ao indivíduo supostamente imposta.

2 O DIREITO PENAL DO AUTOR

No âmbito penalista, a clientela selecionada pelo sistema é justamente a mais vulnerável, considerada antecipadamente como a massa indigente da sociedade, possuindo caracteres semelhantes de onde se retira seus estigmas.

Este fenômeno está diretamente ligado com o direito penal do autor, sendo este a criminalização atribuída pela qualidade do “ser”, e não objetivamente analisando a conduta lesiva praticada pelo indivíduo.

Em contraposição, há o direito penal do fato, próprio de um Estado Democrático de Direito, que atribui a responsabilidade criminal a condutas típicas praticadas por determinado agente, analisando, assim, o “dever ser”.

Nas palavras de Paulo Queiroz (2015, p. 96):

Portanto, o autor há de responder exclusivamente pelo que faz (direito penal do fato) e não pelo que é (direito penal do autor), de modo que não é o crime que é identificado a partir do criminoso, mas o criminoso a partir do crime. E no sistema garantista só é lícito criminalizar tipos de ação e não tipos de autor; castiga-se pelo que se faz, não pelo que se é.

Portanto, conforme se destoa, o direito penal do autor é típico de teorias antigarantistas, como a do Direito Penal do Inimigo, preconizada por Günther Jakobs, que divide a sociedade entre cidadãos e inimigos.

Em uma análise detida da teoria, Juarez Cirino dos Santos explica que o inimigo é designado a partir de diagnósticos da personalidade e prognósticos da delinquência futura, ou seja, sobre uma análise do “ser”. Neste ínterim, o inimigo é incapaz de manter as expectativas normativas da sociedade e, por conseguinte, perde a qualidade de sujeito de direitos (2013, p. 5).

Conforme ensina o professor Juarez Cirino dos Santos, trata-se de uma doutrina autoritária, onde o inimigo é considerado a partir de premissas ideológicas do autor Günther Jakobs (2013, p. 10). Na prática do sistema penal, o inimigo é considerado a partir das opções idiossincráticas do funcionário da Justiça Criminal.

Persistem, ainda, resquícios do direito penal do autor no atual ordenamento jurídico brasileiro, corroborando com a punição ante a estigmatização do autor pelas suas condições existenciais.

Ilustrando, deve o magistrado na primeira fase da dosimetria penal, durante a fixação da pena-base, considerar, entre outros elementos, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor do fato, conforme preceitua o artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940).

No artigo em comento, pune-se a culpabilidade do autor em detrimento da culpabilidade do fato, afrontando, ademais, o princípio da secularização, que é a ideia de que inexistente uma conexão entre o direito e a moral.

Ainda, além de essas circunstâncias judiciais fazerem jus ao direito penal do autor, que deveria ser refutado pelo Estado Democrático de Direito, observa-se também que o magistrado não possui aptidão técnica para valorar a conduta social e a personalidade do autor dos fatos.

Neste íterim, tem-se que esta análise é quase sempre preconceituosa, onde o órgão julgador invade arbitrariamente o âmbito de liberdade do réu, local onde não lhe é lícito opinar (QUEIROZ, 2015, p. 461).

Por estes motivos, Rogério Greco assinala (2015, p. 635):

Acreditamos que o julgador não possui capacidade técnica necessária para a aferição de personalidade do agente, incapaz de ser por ele avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda a sua vida, a começar pela sua infância. Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas, etc.) é que, talvez tenham condições de avaliar essa circunstância judicial. Dessa forma, entendemos que o juiz não deverá leva-la em consideração do momento da fixação da pena-base.

Adiante, encontra-se também no ordenamento o instituto estigmatizante da reincidência penal, previsto no artigo 63 do Código Penal, segundo o qual haverá agravo da pena caso se verifique que o agente tenha cometido novo delito após o trânsito em julgado de sentença condenatória criminal por delito anterior (BRASIL, 1940).

Destarte, no ápice de seu ofício, ou seja, no momento da sentença, o juiz é levado a considerar a “extensa ficha criminal” do acusado como critério valorativo em sua decisão, vez

que essa é usada para descrever o caráter do acusado e a suposta personalidade desvirtuada para o cometimento de delitos, indicativos de periculosidade, afastando-se da objetividade do direito penal, que exige a análise tão somente dos fatos concretos sobre o ilícito penal trazido aos autos.

Conforme ilustra Paulo Queiroz (2015, p. 470), ao afirmar que a reincidência seria uma espécie de pena tarifada:

Afinal, o agente pode ser primário, não obstante ter praticado diversos delitos, assim como pode ser reincidente, mas em crimes de menor potencial ofensivo. É de reconhecer, portanto, que a reincidência já não constitui uma prova segura de maior perigosidade, não se justificando, também por essa razão, sua existência.

Estes institutos ora analisados são uma contradição penal ao se considerar o princípio da ofensividade, pelo qual se proíbe a incriminação de estados e condições existenciais, impedindo que o agente seja punido por aquilo que é, em especial considerando, como citado acima, que a folha de antecedentes do réu nem sempre faz jus a quantidade de delitos por ele praticados.

Ainda, verifica-se verdadeiro *bis in idem*, vedação do ordenamento jurídico a punição por mais de uma vez ao mesmo fato. Afinal, pune-se na primeira sentença o fato ilícito praticado e, na segunda sentença, por fato diverso, pune-se novamente o fato anterior ao majorar a pena, seja por maus antecedentes, seja pela reincidência criminal.

Além disso, o instituto da reincidência também é utilizado como pressuposto negativo para concessão de benefícios como a suspensão condicional da penal (art. 77, inciso I, do Código Penal), livramento condicional (art. 83, incisos I, II e V, do Código Penal), transação penal (art. 76, §2º, inciso I, da Lei nº. 9.099/1995, que também valoriza as circunstâncias judiciais dos antecedentes, conduta social e personalidade do agente), entre outros.

Das lições de Paulo Queiroz se retira que (2015, p. 95-96):

Com efeito, se é objetivo fundamental da República, como declarado no art. 3º, constituir uma sociedade livre, se são invioláveis a liberdade, a intimidade (art. 5º) e a vida privada, e se é explícita a sua vocação libertária, segue-se que nenhum ato de constrição à liberdade pode ser tolerado, salvo quando, em virtude do abuso no seu exercício, resultar dano/lesão à liberdade de outrem. Em consequência, condutas meramente imorais, por mais escandalosas, não autorizam a intervenção penal, tampouco presunções legais de violência ou de perigo podem vingar em caráter absoluto, como ainda prevê o Código Penal, sob pena de absolutizar o que é relativo.

No mais, no estudo dos estigmas e da atuação oficial perante estes, conclui-se que se busca a criminalidade nos estratos sociais mais vulneráveis, onde se é normal esperá-la, possuindo o juiz diferentes atitudes valorativas do delito em face de diferentes setores sociais.

Neste íterim, assevera Alessandro Baratta (2011, p. 177-178):

Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quando ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista. (...) Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores.

Conforme analisado no início do estudo, a valoração diferenciada inconsciente dos juízes conforme a posição social dos acusados dá-se em decorrência das metarregras, sendo regras, princípios e atitudes subjetivas que influenciam o operador do direito no momento da aplicação da regra jurídica.

Em outras palavras, são os estigmas trazidos no inconsciente da população, atuando na seara penal seja pelos institutos oficiais da reincidência ou maus antecedentes, seja pela valoração diferenciada dos juízes no momento da prolação de sentença condenatória, conforme o estrato social de onde provém o cliente penal.

De todo o exposto, precipuamente da valoração diferenciada feita pelos juízes decorrente estigmas, bem como da análise dos institutos estigmatizantes vigentes no ordenamento jurídico, tem-se clara violação ao princípio constitucional de presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), segundo o qual ninguém é considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ante a situação jurídica de inocência a todos presumível.

3 A ESTRATIFICAÇÃO SOCIAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Interessante notar que a estigmatização atua como causa e consequência do delito. Deste modo, a pessoa socialmente estigmatizada tende a ser antecipadamente taxada de criminoso e selecionada pelo sistema penal, da mesma forma que, após a consolidação deste rótulo pelo Poder Judiciário, o indivíduo permanece perenemente marcado como delinquente, dificultando a saída do meio criminal.

Conforme anteriormente exposto na análise da Teoria da Associação Diferencial, o processo de exclusão social que forma as subculturas delinquentes se origina na desigualdade social. Ora, aquele em situação de desigualdade, com pouco acesso a seus direitos básicos como moradia digna, saúde e educação, possui dificuldade em ingressar no mercado de trabalho e manter o padrão de vida socialmente imposto, sendo excluído da maioria.

O fácil acesso as drogas e a ausência de perspectivas no futuro faz com que o indivíduo seja precocemente marginalizado, sendo que nos estratos sociais mais vulneráveis o Direito Penal seleciona sua clientela, todos com caracteres parecidos provenientes do meio em que vive.

Neste ponto, por se demonstrar pertinente e cabível, destaco ensinamento de Juarez Cirino dos Santos, em análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo (2013, p. 16):

A teoria de Jakobs não percebe que a exclusão das massas marginalizadas do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania explica os defeitos individuais relacionados à violência pessoal, sexual e patrimonial das sociedades modernas.

Logo, os muros das prisões funcionam como barreira que separa a sociedade de parcela de seus próprios problemas e conflitos, que prefere segregar indivíduos ao assumir a responsabilidade de suas falhas, consoante ensina Alessandro Baratta (1990, p.3).

Assim, corroborando com o até aqui exposto:

Se verificarmos a população carcerária, sua composição demográfica, veremos que a marginalização é, para a maior parte dos presos, oriunda de um processo secundário de marginalização que intervém em um processo primário. É fato comprovado que a maior parte dos presos procedem de grupos sociais já marginalizados, excluídos da sociedade ativa por causa dos mecanismos de mercado que regulam o mundo do trabalho.

O direito penal, como *ultima ratio* que pretende ser, deve atuar sempre com o *pós factum*, e não selecionando antecipadamente sua clientela que, pelo contexto social em que vive e ante os caracteres que possui, provavelmente fariam parte do mundo do crime, em uma moderna aplicação do Direito Penal do Inimigo.

Logo, defende-se a aplicação do postulado principiológico da intervenção mínima, haja vista que a incidência deste ramo do Direito ataca uma das principais garantias constitucionais, que é a liberdade. Ainda, fere indelevelmente a vida do preso, maculada pelo antes e depois do presídio.

Contudo, na sociedade preconceituosa estabelecida, o marginalizado, sem acesso aos direitos básicos de sobrevivência digna, com um mercado de trabalho quando não inacessível, não o é promissor, permanece preconceituosamente marginalizado, dificultando ainda mais o seu acesso aos meios de melhora de vida, quais sejam, educação e mercado de trabalho.

Exerce-se, socialmente, pressão social por leis penais mais severas, com o fito de acabar com a criminalidade existente. O clamor social tende para a aplicação do Direito Penal como *prima ratio*, em uma pena que exerce apenas a função de punir e segregar.

No jogo político, com a necessidade de aquisição de votos da massa leiga do país, criam-se longas campanhas em defesa de um Direito Penal Simbólico, que promete salvar o país do mundo criminal com a banalização do crime, seja criminalizando todas as condutas moralmente erradas, seja aumentando penas e impondo a hediondez aos mais diversos crimes já existentes.

A vingança criminal torna-se sinônimo de justiça, uma vez que o discurso punitivista cai muito melhor do que o ressocializador, de investimento na sociedade e nos marginalizados. Resta na sociedade apenas a vontade de punir, de vingar-se.

Esta pressão social em muito é contribuída pela mídia, já que o noticiário criminal é o que mais choca e chama atenção do público, sendo, portanto, um dos mais veiculados e vendidos.

Em consequência, há a indicada crise do Direito Penal, ante a dificuldade do Estado em conter a violência urbana e o sentimento coletivo de medo. No viés de Mauro Henrique Tavares Duarte e Vinícius Fernandes Cherem Curi (2015, p. 37):

Essa protuberância de informações quando à ocorrência de crimes gera um sentimento coletivo de medo, que automaticamente faz com que as pessoas defendam a aplicação de penas mais duras e severas àqueles que ainda são objeto de investigação, aos denunciados e até mesmo aos já condenados.

Assim, bordões como “bandido bom é bandido morto” nascem e são politicamente explorados por políticos populistas sedentos por votos e clamor do público, bem como por uma

mídia massificadora e parcial, esquecendo-se, por completo, da investigação das reais causas do crime e da busca por soluções eficazes.

Nas palavras de Carlos Roberto Bacila (2015, p. 12):

Ao invés de procurar solucionar os problemas do cotidiano de forma mais racional, praticando-se ações sociais, ofertas de trabalho, participação política, contribuição das descobertas científicas ou dos conhecimentos históricos adquiridos ao longo dos milênios, reconhecimento das diferentes manifestações culturais, propõe-se, absurdamente, a criminalização de condutas e o aumento de penas ou de medidas coercitivas que são, em verdade, medidas intimidatórias ou simbólicas que fazem ressaltar ainda mais a insuficiência do poder punitivo da pena para tentar resolver todos os problemas da vida em sociedade e só procuram satisfazer os anseios populares imediatos e que são induzidos artificialmente, trazendo uma nova criminalização que invariavelmente vem acompanhada de prostração.

Destarte, alienam-se cidadãos com promessas de leis penais que prometem resolver a problemática da criminalidade e da falta de segurança, sobrecarrega-se o Poder Judiciário, as prisões e a polícia, por fim, desacredita-se do sistema penal, já que este, no final das contas, não resolve os problemas sociais.

Isto porque o dever de inibir o crime deve ser precipuamente das políticas sociais públicas, já que as causas criminais são substancialmente sociais. É dizer, deve-se investir em infraestrutura urbana, como também em educação e saúde básica, acessível e de qualidade a todos.

Neste ponto observo a utopia social prescrita no artigo 6º da Constituição Federal, que dita ser direito social a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (BRASIL, 1988).

Nota-se que a Magna Carta dita serem direitos, ou seja, exigíveis ao Poder Público. Trata-se de norma de caráter programático, que versa sobre deveres positivos do Estado, direitos prestacionais que devem ser efetivados mediante políticas públicas. Na prática, observa-se serem apenas instruções sem efetivação social.

Observo que muitos desses direitos deixam de ser ofertado inclusive no estado mínimo existencial. Nas palavras de Marcelo Novelino, o mínimo existencial seria o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna (2016, p. 463).

Ainda, ressalta-se a conclusão do trabalho de Mauro Henrique Tavares Duarte e Vinícius Fernandes Cherem Curi (2015, p.43):

Havendo bases fortalecidas, por certo diminuirá a existência de delitos. Mas para isso é preciso que a Administração Pública assuma seu papel de garantidora dos direitos fundamentais, pois a criminalidade é, indiscutivelmente, uma consequência dessa não atuação estatal, um problema social visível a todos os membros da sociedade. Todavia, o que não se pode fazer é subverter a ideia de contenção da criminalidade, retirando a responsabilidade do Estado, enquanto Administração Pública, e atribuí-la aos Poderes Judiciário e Legislativo.

A concretização dos direitos sociais básicos é necessária a fim de oferecer alternativas ao crime e perspectivas ao futuro para o hipossuficiente marginalizado, de forma que a vida conforme a lei, respeitando a integridade alheia, seja a escolha conscientemente feita pelo despossuído, uma vez que para este haveria oportunidades de emprego, progresso e realização pessoal, situação onde o indivíduo é respeitado por si e pelo próximo.

Destarte, deve-se combater a atual política de carcerização, onde o sujeito é visto não como sujeito, mas como objeto nas ações externas nas quais é submetido. Nos ensinamentos de Alessandro Baratta (1990, p. 3):

A reintegração na sociedade do sentenciado significa, portanto, antes de tudo, corrigir as condições de exclusão social, desses setores, para conduzi-los a uma vida pós-penitenciária que não signifique, simplesmente, como quase sempre acontece, o regresso à reincidência criminal, ou à marginalização secundária e, a partir daí, uma vez mais, volta à prisão. (...).

O sistema prisional deve, portanto, propiciar aos presos uma série de benefícios que vão desde a instrução, inclusive profissional, até a assistência médica e psicológica para proporcionar-lhes uma oportunidade de reintegração e não mais como um aspecto da disciplina carcerária – compensando, desta forma, situações de carência e privação, quase sempre frequentes na história de vida dos sentenciados, antes de seu ingresso na senda do crime.

Para tanto, é necessário especial atenção a educação. Sem esta, não há novas oportunidades e horizontes a serem explorados por cada cidadão, consoante as aptidões e talentos próprios.

Ademais, esta oportuniza a expansão de consciência, retirando o indivíduo de sua ignorância, do velho padrão mental alienado, mostrando-lhe alternativas ao mundo posto por meio do questionamento das verdades pré-existentes.

Somente assim é possível questionar qual a racionalidade por trás dos estigmas e preconceitos existentes, as origens desses e, também, quais as suas consequências. Isto porque se passa a questionar e não somente a seguir o que é imposto à massa.

A educação é a única arma eficaz ao combate ao crime, sendo que por meio desta se desenvolve o respeito, a dignidade humana e a cidadania, tanto do estigmatizado quanto do estigmatizador.

Para tanto, é necessário investimento social, já que, para mudança do quadro social de amanhã, é necessário investimento no hoje, afinal, qualquer processo de mudança é lento, construído e aperfeiçoado de geração em geração.

Observo que sem a mudança dos padrões mentais impostos e de postura perante a estes, não há que se falar de sociedade sem preconceitos, nem de direito penal puramente objetivo. Assim como, sem a educação daquele estigmatizado, dificulta-se a quebra das crenças limitantes impostas pelos estigmas, a fim de desassociar a identidade que o indivíduo assume dos rótulos sociais a ele atribuídos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerada como um bem negativo, a estigmatização social são rótulos atribuídos a pessoas e grupos sociais que tem por efeito marginalizar e excluir aqueles com determinadas características, quando estas consideradas não desejadas socialmente.

Assim, a fim de explicar os nefastos efeitos desses preconceitos, estudou-se teorias como a Associação Diferencial e o Etiquetamento.

Aquela dita que pessoas socialmente marginalizadas tendem a se unir, formando grupos com culturas próprias, onde são mutuamente aceitos e respeitados, as subculturas. Estes grupos, ainda excluídos perante toda a sociedade, tendem a buscar a concretização dos padrões sociais impostos mediante o crime, bem como rebelam seus descontentamentos com a exclusão sofrida através de reações violentas a ordem social posta.

Nas palavras de Vera Malaguti Batista, ao explicar sobre a sociologia na criminologia: o crime aqui não é fruto de uma escolha individual, mas das condições sociais, da cultura, da aprendizagem. A virada sociológica relativiza o sistema de valores. (BATISTA, 2011, p. 71).

Já a teoria do Etiquetamento, em um viés completamente diferente da teoria anteriormente referida, estuda a reação oficial ao crime, que termina por consolidar quem são os criminosos. Não somente, observa-se ainda, como efeito colateral da reação institucional ao crime, a mudança de identidade social do indivíduo, que passa a se considerar e a ser considerado tão somente como o criminoso.

A fim de esmiuçar ainda mais o efeito a ação institucional do Estado sobre o indivíduo selecionado penalmente, analisou a aplicação de pena no país e a forma como esta ultrapassa as finalidades institucionais a ela prevista, consolidando o rótulo de criminoso anteriormente atribuído ao sujeito.

Considerada “universidade do crime”, a pena em nada serve para ressocializar o indivíduo, como assim quis as teorias justificadoras da pena. Ao contrário, o futuro planejado pelo indivíduo encarcerado é apenas o seu livramento, bem como a educação ali recebida é apenas a necessária para sobreviver naquele ambiente hostil, dominado por violência das mais diversas.

Com a consolidação dos estigmas, as oportunidades sociais do indivíduo tendem a cair ainda mais. Sem perspectivas, o mundo do crime, já conhecido, lhe resta como única opção.

Desse modo, observa-se o caráter seletivo do Direito Penal, que age escolhendo como sua clientela aqueles em situação de maior vulnerabilidade, já excluídos e estigmatizados socialmente. É a concretização do direito penal do autor, em versão contrária ao ideal do direito penal do fato, que atuaria objetivamente analisando o fato ocorrido e sua subsunção as normas legais.

Neste ínterim, foram examinados os institutos estigmatizantes dos maus antecedentes, da reincidência criminal, a violação ao *bis in idem* e ao princípio constitucional da presunção de inocência, bem como se observou a valoração diferenciada feita pelos magistrados com base nos estigmas, ante as atitudes que se espera dos agentes de determinados setores sócias.

Adiante, examinou-se também a questão das desigualdades sociais e sua estrita relação com a estigmatização, isto porque, a sociedade tende a excluir e estigmatizar aqueles despossuídos, que possuem pouco ou nenhum acesso aos seus direitos sociais básicos, previstos na Constituição Federal, em seu artigo 6º.

Constatou-se também a exploração desses estigmas pela mídia massificadora, que termina por levar massas leigas a pressionar o Poder Judiciário e o Poder Legislativo a respostas rápidas e ineficazes para a insegurança pública que assola o país. Legislativamente, banaliza-se o crime, com a incidência de diversas normas penais simbólicas, sem efeitos positivos na

prática. Judicialmente, exerce pressão nos órgãos julgadores no tocante a tipificação penal, dosimetria penal e demais institutos.

A fim de alcançar um Direito Penal mais humanitário e justo, superando o quadro de preconceitos sociais existentes, tem-se que concretização dos direitos sociais básicos mostra-se única eficaz.

Em especial, destaca-se a educação, uma vez que proporciona ao sujeito estigmatizado perspectivas ao futuro, com respeito por si e superação das crenças limitantes tidas como verdadeiras e integrantes de sua identidade social, além de oportunizar ao agente estigmatizador o questionamento das verdades e preconceitos impostos, com o abandono de velhos padrões mentais e das falsas verdades postas à massa.

O abandono desses velhos valores permite a superação de estigmas hoje aceitos pela sociedade, e, sem esses preconceitos, novas oportunidades se abrem aqueles que seriam até então marginalizados.

REFERÊNCIAS

BACILA, Carlos Roberto. Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed., outubro de 2011. Rio de Janeiro: Editora Revan, 4ª reimpressão, setembro de 2017.

_____. Ressocialização ou Controle Social: Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. 1990. Acessado em: 27/08/2019. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/ressocializacao-ou-controle-social-uma-abordagem-critica-da-“reintegração-social”-do-senten>>

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. **Lei n. 2848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2018.

_____. **Lei n. 9099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 26 fev. 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN); MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Brasília: Junho 2016. Acessado em: 25/02/2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>

DUARTE, Mauro Henrique Tavares; CURI, Vinícius Fernandes Cherem. Os influxos do Movimento Law and Order e The Broken Windows Theory no Brasil. **Revista Liberdades**, São Paulo, ed. 19, 2015.

FELBERG, Rodrigo. A reintegração social dos cidadãos-egressos: uma nova dimensão de aplicabilidade às ações afirmativas. Tese (doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 17ª edição, rev., ampl. e atual. até 1º de janeiro de 2015. Niterói: Editora Impetus, 2015.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal: parte geral. 11ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

_____. Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3ª edição, rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. 2013. Acessado em: 22/08/2019. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.