

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/03/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34842-teoria-do-labelling-approach-e-o-princ-pio-da-regulatividade-das-normas-penais-como-presuposto-de-efic-cia-do-princ-pio-da-igualdade>

Autori: Viviani Gianine Nikitenkoi, Laíse Moura

**Teoria do labelling approach e o princípio da
regulatividade das normas penais como pressuposto de
eficácia do princípio da igualdade**

**TEORIA DO LABELLING APPROACH E O PRINCÍPIO DA REGULATIVIDADE
DAS NORMAS PENAS COMO PRESSUPOSTO DE EFICÁCIA DO PRINCÍPIO
DA IGUALDADE**

Laíse Moura¹

Viviani Gianine Nikitenko²

Surgida nos Estados Unidos da América no final da década de 50 e início da década de 60 com a chamada “Nova Escola de Chicago”, a teoria do *labelling approach*, ou teoria do etiquetamento, bastante influenciada pelo interacionismo simbólico, que sustenta ser a realidade humana não tanto feita de fatos, mas da interpretação que as pessoas coletivamente atribuem a esses fatos, teve como contexto histórico de seu surgimento a crise do Estado providência e a manifestação de diversas formas de radicalização social, política e cultural que tiveram lugar contra esses mesmos Estados, como, por exemplo, as lutas estudantis, as lutas dos negros e das mulheres por igualdade de direitos, os protestos contra a guerra do Vietnã e a contracultura dos hippies. Contexto que, influenciando na criação de novas formas de conflitividade social (algumas delas relacionadas com a criminalização e estigmatização de condutas) exigiu, a sua vez, novos paradigmas de interpretação e ação, culminando com um novo modo de fazer criminologia.

Assim é que surgiram as teorias interacionistas buscando interpretar, entre outras, a “conduta desviante”. Instaura-se, dessa forma, definitivamente o termo “desvio social” para englobar todas aquelas condutas que não podiam ser englobadas dentro de definições legais ou psiquiátricas como a homossexualidade, a drogadição, o movimento hippie, a prostituição, a rebelião, o feminismo, o negrismo etc; condutas que, em síntese, atentam contra o *status quo*. (ANDRADE, 1997).

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Univesidade Federal de Rondônia, *campus* Cacoal. laisemoura@gmail.com

² Professora do curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia, *campus* Cacoal. Mestre em Direito. vivinikitenko@unir.br

Segundo a teoria do *labelling approach*, e partindo-se desse contexto, somente se considera crime aquelas condutas que a sociedade e os órgãos punitivos decidem perseguir como tal; ou seja, uma conduta só será criminosa se os mecanismos de controle social estiverem dispostos a assim classificá-la. Portanto, muito diferente do que pensa o senso comum, os criminosos não são produtos de descoberta, não são desviados nem anormais que andavam livres até o momento em que o Direito os descobriu e passou a penaliza-los, são, antes de tudo, uma invenção do sistema penal.

Diante desse quadro conclui-se que ser criminoso é o resultado de um etiquetamento social e não o de uma conduta praticada. Dessa forma,

O crime, portanto, não emerge naturalmente a partir de uma conduta proibida praticada por um agente imputável (modelo dogmático), nem resulta diretamente de uma conduta proibida praticada por um ser anti-social (modelo etiológico), mas é o resultado de uma interpretação sobre que aquela conduta, vinda daquela pessoa, merece ser classificada como crime. (SELL, 2006, p. 2).

Conforme nos coloca Andrade (1997) o crime e a criminalidade são construções sociais, sendo que o *labelling approach* parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central, qual seja, a de que o desvio – e a criminalidade - não é uma qualidade intrínseca da conduta ou pré-constituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos formais e informais de definição e seleção.

Conforme estabelece Becker

...grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal. (2008, p. 22).

Assim,

Uma conduta não é criminal “em si” ou “per si” (uma qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade (patologia). O caráter criminal de uma conduta e a atribuição de criminoso a seu autor depende de certos processos sociais de

“definição”, que atribuem à mesma um tal caráter, e de “seleção”, que etiquetam um autor como delinqüente. (ANDRADE, 1997, p. 205).

Ocorre, também, que a criminalidade não é apenas uma realidade social construída, sendo que é construída de forma altamente seletiva e desigual pelo controle social. A seletividade não é fortuita, atribui-se um código (*second code, basic rules*) latente de mecanismos de seleção, destacando-se os estereótipos de autores e vítimas, associados às teorias de todos os dias (*every days theories*), ou seja, o senso comum sobre a criminalidade. Convive-se, também, com as *pictures in our minds* (imagens em nossa mente) que são construções mentais, parcialmente inconscientes que ligam determinados fenômenos entre si e orientam as pessoas na sua atividade quotidiana, influenciando a conduta dos órgãos de repressão criminal. (ANDRADE, 1997).

Assim, surge uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade, na qual a forma persuasiva dos estereótipos e sua eficácia seletiva pode ser vista no exemplo dado por Sell (2006): uma mulher que tenta sair de uma joalheria com um jóia valiosa quando é barrada. Essa aparente tentativa de furto (art. 155 do Código Penal – subtração de coisa alheia móvel) poderá ser tratada como crime, como cleptomania ou como uma simples distração, levando-se em conta muito menos a conduta tentada do que o perfil da suposta infratora. Continua o autor, a tese da distração seria adequada se a conduta fosse praticada por uma cliente habitual da joalheria; a da cleptomania cairia bem se a acusada fosse uma atriz de novela ou uma cantora. Se fosse a empregada da loja haveria certamente apenas uma única tese adequada à realidade fática: tentativa de furto. Ou seja, as suposições socialmente consideradas adequadas ao caso variam.

Temos, portanto, que “Crenças presumidamente lógicas, mas claramente ideológicas na proteção dos mais poderosos é que resolverão o caso.” (SELL, 2006, p. 3). Pois, geralmente se diz que é ilógico pensar que uma pessoa com elevado *status* social rebaixar-se-ia a situação de furtar uma jóia, pois, para o senso comum, o sujeito ativo do delito de furto é sempre uma pessoa pobre. Se a pessoa não precisava do que furtou é cleptomania, se precisava deve ser furto mesmo. Como coloca Sell “Para o mal ou para o bem, a lógica do “como sou rico, não roubo” / “como sou pobre, roubo” não guarda relação com os fatos: apenas com ideologias.” (2006, p. 3). Ocorre, contudo, que a cleptomania ao

ser um transtorno psíquico, não pode ter suas manifestações ao fato de se poder pagar ou não, trata-se de compulsão, independente da condição de ser pobre ou rico.

Como coloca Thompson

Por considerar o crime como algo típico do pessoal da arraia miúda, os componentes das camadas bem aquinhoadas não conseguem visualizar seus pares – façam lá o que fizerem – como delinquentes. Para enfrentar a prática de atos perturbadores por parte de elementos do próprio meio – inobstante estejam previstos no código como delitos – mantêm todo um mecanismo de defesa que se realiza e se esgota dentro de suas estritas fronteiras, de sorte a poder dispensar o apelo à intervenção da autoridade com vistas a sanar os perigos e prejuízos oriundos daqueles atos. Mais importante que se livrar de indivíduos disruptivos, assegurar a ordem ou punir culpados, está a necessidade de resguardar o fetichismo da superioridade de classe. A constatação, sobretudo amiudada, de existirem delinquentes nos estratos sociais de cima, poria em xeque a visão maniqueísta da ideologia que se deseja esposada, no que esta sustenta quanto a ser a sociedade formada de bons varões (os vencedores, os ricos) e homens maus (a ralé, a gentalha). Valendo-se de uma justiça privada, realizada no seu próprio âmbito, logram os grupos qualificados manter razoável disciplina, independentemente de recurso aos organismos oficiais. Como decorrência, eventuais trapaças praticadas nas empresas são resolvidas mediante a indenização do dano e a demissão simples (sem anotações estigmatizantes) do autor, se é a pessoa de boa posição social. Ao aluno que agride o companheiro, machucando-o, aplica-se uma suspensão ou se pede aos responsáveis que o transfiram para outra escola, se se trata de estabelecimento particular. O rapaz que estupra ou tenta estuprar a amiguinha, após discussões e conferências das famílias envolvidas, recebe a pena de degredo para a Europa ou Estados Unidos, onde terá de permanecer o tempo suficiente para se purificar. O clube granfino aplicará uma suspensão, até a eliminação em caso de reincidência, aos rapazes que arrombaram escaninhos de um vestiário, de onde furtaram pares de tênis, calções, bolas e raquetes (solução certamente inadmissível para resolver o caso do pivete que puxou a bolsa de uma mulher no meio da rua, embora em ambas as hipóteses, do ponto de vista objetivo, esteja configurada idêntico delito: furto qualificado).” (1983, p. 70).

O *labelling* demonstrou como as diferenças de poder (nas relações) influenciam a construção (de definição e seleção) da criminalidade. De acordo com Andrade,

... na recusa do monismo cultural e do modelo do consenso como teoria explicativa da gênese das normas penais que constituía um pressuposto fundamental da Criminologia positivista. (...) as normas penais passam a ser vistas numa perspectiva de pluralismo axiológico, coincidindo seus partidários em que o processo de criação (modificação ou derrogação) das normas penais não procede de um amplo consenso social nem se orientam para a efetiva e necessária tutela de interesses gerais. Em uma sociedade plural, as verdadeiras variáveis de todo processo de definição devem localizar-se nas relações de poder existentes entre os diversos grupos sociais. (1997, p. 209).

Os estereótipos de criminosos são tecidos por muitas variáveis, sendo considerado criminoso “aquele a quem, por sua conduta e algo mais, a sociedade conseguiu atribuir com sucesso o rótulo de criminoso. Pode ter havido a conduta contrária ao direito penal, mas é apenas com esse “algo mais” que seu praticante se tornará efetivamente criminoso.” (SELL, 2006, p. 4).

Há, portanto, uma espécie de índice de marginalização do sujeito, e quanto maior for esse, maior a chance de ser tido como criminoso. Ou seja, se a pessoa for pobre (status social), negra (cor), desempregada, homossexual, feia, ter uma condição familiar incerta, baixa escolaridade, etc, (observe-se que são atributos majoritariamente associados a pessoas pertencentes aos baixos estratos sociais) seu índice de marginalização, e em decorrência de ser tida como criminosa é altíssimo. Assim, segundo o *labelling approach*, é mais fácil ser tido como criminoso pelo que se é do que pelo que se faz.

Nesse contexto, o *labelling approach* aponta que o critério de seleção é justamente o índice de marginalização do sujeito. E, portanto, “o sistema penal não teria a função de combater o crime, mas a de atribuir rótulos de criminosos aos já marginalizados.” (SELL, 2006, p. 4). Ou, como coloca Baratta o sistema penal se apresenta “(...) como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes, mais que como instrumentos de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos.” (apud ANDRADE, 1997, p. 219).

Por isso que processos contra políticos desonestos ou empresários sonegadores quase nunca acabam com uma sentença de condenação. Situação muito diferente ocorre quando o sujeito ativo do delito é pobre (ou possuidor de qualquer outra das características “estigmatizantes”), pois nesses casos o sistema penal é rápido e quase sempre condenatório. Tem-se, portanto, que os órgãos do sistema penal operam “... sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou “diferentes”) mais incômodos ou significativos.” (ZAFFARONI apud ANDRADE, 1997, p. 287).

No Direito Penal e Processual Penal,

... mais do que em qualquer outro ramo do Direito, observa-se a tendência de se passar por cima dessa realidade singela: crime e criminoso não são entidades absolutas, ou naturais, ou passíveis de serem vistas como algo

em si, mas, tão apenas, o resultado da vontade do legislador – ao qual incumbe a tarefa de consolidar em ditames coercitivos a proteção dos privilégios dos grupos espoliadores. Impõe-se, pois, desmistificar a conotação idealística que envolve os termos “crime” e “criminoso” – isto significando que devemos adotar posição diametralmente oposta à escolhida pela criminologia positivista, já que está, como vimos, trabalha precisamente no sentido de reforçar a crença na realidade daqueles fetiches, ao pretender embucha-los com um recheio científico.” (THOMPSON, 1983, p. 58-9).

Segundo a teoria do *labelling approach* a imputação criminosa é resultado de duas distorções no processo de criminalização. A primeira distorção refere-se a chamada criminalização primária, que ocorre no processo de definição da conduta desviada, correspondente ao processo de criação das normas penais em que se definem os bens jurídicos protegidos, as condutas criminalizadas, a qualidade e a quantidade das penas. Sabe-se que a eleição das condutas a serem consideradas criminosas não ocorre pelo critério do dano social que provocam, mas pela origem habitual dos que praticam tais condutas, e visualiza-se, neste procedimento, uma total intolerância com a conduta dos mais pobres. Ou seja, molda-se a conduta ao próprio infrator, à sua natureza, ao seu modo de vida e de pensar, e não à intenção de sua vontade.

Assim temos que “A lei, sem dúvida de maneira mais sutil e encapuçada que no momento da aplicação, entremostra caráter arbitrário e discriminatório ainda na sua formulação abstrata.” (THOMPSON, 1983, p. 59).

A segunda distorção é chamada de criminalização secundária, na qual entram os órgãos de controle social (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, etc) que ao investigarem prioritariamente os portadores de maior índice de marginalização acharão naturalmente um maior número de condutas criminosas entre eles.

Assim, visualiza-se que

A “criminalidade” se revela principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, pela seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, pela seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos. (ANDRADE, 1997, p. 218).

Com efeito, se a conduta criminal é majoritária e a clientela do sistema penal é composta regularmente em todos os lugares do mundo por pessoas pertencentes aos baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas às quais se qualifica como delinquentes e não, como se pretende, um mero processo de seleção de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime. (ANDRADE, 1997, p. 267).

O tema do princípio da regulatividade das normas penais está diretamente ligado com a diferença existente entre normas regulativas e normas constitutivas e, portanto, amplamente relacionado com a teoria do *labelling approach*, senão veremos.

As normas regulativas podem ser caracterizadas como aquelas que regulam comportamentos, que podem ser permitidos, proibidos ou obrigatórios, sendo que a produção dos efeitos jurídicos previstos pela norma regulativa estão condicionados à comissão ou omissão desses comportamentos regulados.

Já a norma constitutiva é aquela que estabelece imediatamente qualificações e efeitos jurídicos, pois esses independem de comportamentos comissivos ou omissivos de observância ou violação. Ou, como elucida Ferrajoli, as leis penais constitutivas são aquelas

que no regulan comportamentos, no contienen prohibiciones y no admiten la alternativa entre observancia e inobservancia, sino que constituyen directamente los presupuestos de la pena, estigmatizando o calificando como reos a un sujeto o a una clase de sujetos más a causa de su modo de ser que de su modo de actuar. (1995, p. 504).

O uso das normas penais constitutivas tem percorrido a história do Direito Penal, disciplinando diretamente a pessoa e não o seu comportamento, o seu modo de atuar. Como lembra Ferrajoli (1995, p. 504), primeiro foram as bruxas, depois os hereges, os infieis e os judeus. Hoje, o foco virou-se para as classes de sujeitos tidos como perigosos, ociosos, vagabundos, propensos a delinquir, inimigos do povo, em síntese, o subproletariado.

As normas penais constitutivas, ao invés de qualificar o delito pelo modo de atuar da pessoa (preocupando-se com a comissão ou omissão de comportamentos), preferem estabelecer as características biológicas, antropológicas ou sociais do sujeito como

elemento constitutivo do delito, tais como a condição social, a opção política, o pensamento religioso, a característica racial.

Ou seja, a condição de vadio ou de mendigo torna os sujeitos temíveis, propensos a delinquir, e, assim, como necessidade de prevenção para que isso não ocorra é necessário que se puna a conduta de ociosidade e de miserabilidade, isto é, o estado social do agente. Trata-se de uma periculosidade presumida, na qual *“el centro de gravedad del derecho penal se deslizó del delito al delincuente.”* (FERRAJOLI, 1995, p. 508).

Conforme Ferrajoli (1995, p. 506), a constitutividade das normas penais pode apresentar-se tanto na formação do elemento constitutivo do delito, bem como no de uma eximente, de uma agravante ou de uma atenuante. Dessa forma, pode-se dividir as normas penais constitutivas em dois tipos: as de caráter positivo e as de caráter negativo. As normas penais constitutivas positivas são as que prevêm privilégios e discriminações, havendo, então, formas de tratamento diferenciadas conforme o status social da pessoa, como ocorria no Direito Romano e Medieval nos quais as regras e penas eram distintas para escravos e livres, para plebeus e nobres. Já as normas penais constitutivas negativas consideram a condição social da pessoa como *“causa no de penalización, o de mayor penalización, sino de impunidad, o de indulgencia.”* (FERRAJOLI, 1995, p. 506), como, por exemplo, são hoje as imunidades no nosso direito.

Além dessas figuras delitivas, também são constitutivas as normas carecedoras de dano para a imputação do resultado, como o são, por exemplo, todos os delitos de perigo abstrato.

Assim, a norma penal constitutiva ao identificar, como pressupostos de penalização, as características intrínsecas da pessoa, ao invés de suas ações ou omissões, implica desigualdade e discriminação para com as pessoas natural ou socialmente diversas e distintas, pois *“a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena.”* (ZAFFARONI, 2003, p. 131). Gerando, portanto, uma repressão da subjetividade do autor, como foi o direito penal nazista, um direito penal de autor. Ou seja, deixa-se de referir a ação para orientar-se diretamente ao autor, criando uma culpa pelo modo de ser ou condução de vida do autor (FERRAJOLI, 1995, p. 496).

É diante desse quadro que surge o princípio da regulatividade das normas penais impondo que em matéria de Direito Penal (e até mesmo em matéria de Direito Processual Penal, no caso das sentenças) as proibições devam consistir em comissões ou omissões de ações, e que essas sejam *ex ante* possíveis, ou seja, proibindo as normas penais constitutivas.

Dessa forma, a regulatividade das leis penais constitui o pressuposto de efetivação do princípio da igualdade visto que exige que as leis contenham proibições dirigidas a comportamentos cuja comissão ou omissão seja aleticamente possível e imputável à escolha do sujeito.

Vislumbra-se, portanto, que o valor do princípio da regulatividade das normas penais reside na igualdade penal, pois “todos los hombres son iguales penalmente en cuanto son castigados por lo que son y en cuanto sólo sus acciones, y no su (distinta) personalidad, pueden ser tipificadas y culpabilizadas como igualmente desviadas.” (FERRAJOLI, 1995, p. 505).

Salienta-se, então, que se trata de um princípio indispensável à tutela da dignidade do homem, ao respeito à identidade, e a garantia de tolerância para com o diferente, pois todos somos abstratamente iguais perante a lei.

Referências:

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Tradução Perfecto Andrés Ibañez *et alii*. Madrid: Trotta, 1995.

SELL, Sandro César. **A etiqueta do crime**: considerações sobre o labelling approach. Disponível em: < <http://sandrosell.blogspot.com>>, acesso em: 15 de outubro de 2006.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.