NEO-RETRIBUCIONISMO PENAL: compatibilidade com o Estado de Direito

Criminal new retribution: compatibility with the rule of law

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio[126]
Faculdade de Jaguariúna

RESUMO: Trata-se de um estudo da criminologia no seu aspecto sociológico, incluindo o que se denomina de realismo ou retribucionismo, enfocando a teoria de lei e ordem americana, implantada por meio da operação 'tolerância zero' e seus reflexos na ordem jurídica.

Palavras-chaves: lei e ordem, criminologia, tolerância zero.

ABSTRACT: This is a study of criminology in its sociological aspect, including what is called realism or retribucionismo, focusing on the theory of American law and order, implemented through the operation zero tolerance and its reflections in the legal system.

Keywords: law and order, criminology, zero tolerance.

Etimologicamente, Criminologia vem do latim *crimino* (crime) e do grego *logos* (estudo, tratado), significando o "estudo do crime". Para Afrânio Peixoto (1953:11), a criminologia *"é a ciência que estuda os crimes e os criminosos, isto é, a criminalidade".* Entretanto, a criminologia não estuda apenas o crime, mas também as circunstâncias sociais, a vítima, o criminoso, o prognóstico delitivo etc. A palavra criminologia foi pela primeira vez usada em 1883 por Paul Topinard e aplicada internacionalmente por Raffaele Garofalo em seu livro Criminologia, no ano de 1885.

Pode-se conceituar criminologia como sendo a ciência empírica (baseada na observação e experiência) e interdisciplinar que tem por objeto de análise o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo, da vítima e do controle social das condutas criminosas. A criminologia é uma ciência do "ser", empírica, na medida em que seu objeto (crime, criminoso, vítima e controle social) é visível no mundo real e não no mundo dos valores, como ocorre com o direito, que é uma ciência do "dever-ser", portanto normativa e valorativa.

[126] Delegado de Polícia, Mestre em Direito Processual Penal.

Embora tanto o Direito Penal quanto a Criminologia se ocupem de estudar o crime, ambos dedicam enfoques diferentes para o fenômeno criminal. O Direito Penal é ciência normativa, visualizando o crime como conduta anormal para a qual fixa uma punição. O Direito Penal conceitua crime como sendo conduta (ação ou omissão) típica, antijurídica e culpável (corrente causalista). Por seu turno, a Criminologia vê o crime com um problema social, um verdadeiro fenômeno comunitário, abrangendo quatro elementos constitutivos, a saber: incidência massiva na população (não se pode tipificar como crime um fato isolado); incidência aflitiva do fato praticado (o crime deve causar dor à vítima e à comunidade); persistência espaço-temporal do fato delituoso (é preciso que o delito ocorra reiteradamente por um período significativo de tempo no mesmo território) e consenso inequívoco acerca de sua etiologia e técnicas de intervenção eficazes (a criminalização de condutas depende de uma análise minuciosa desses elementos e sua repercussão na sociedade).

Desde os primórdios até os dias de hoje a Criminologia sofreu mudanças importantes no seu objeto de estudo. Houve tempo em que ela apenas se ocupava do estudo do crime (Beccaria), passando pela verificação do delinqüente (Escola Positiva). Após a década de 1950 alcança projeção o estudo das vítimas e também os mecanismos de controle social, havendo uma ampliação do seu objeto que assume, portanto, uma feição pluridimensional e interacionista.

Atualmente o objeto da criminologia está dividido em quatro vertentes: delito, delinqüente, vítima e controle social.

No que se refere ao delito, a Criminologia tem toda uma atividade verificativa, que analisa a conduta anti-social, suas causas geradoras, o efetivo tratamento dado ao delinqüente visando sua não reincidência, bem assim as falhas de sua profilaxia preventiva.

A Criminologia moderna não pode se limitar à adoção do conceito jurídico-penal de delito, pois fulminaria sua independência e autonomia, transformando-se em mero instrumento de auxílio do sistema penal. De igual sorte não aceita o conceito sociológico de crime, como sendo uma conduta desviada, que foge ao comportamento padrão de uma comunidade.

Assim, para a Criminologia o crime é um fenômeno social, comunitário e que se mostra como um ‘problema’ maior, a exigir do pesquisador uma empatia para se aproximar dele e o entender nas suas múltiplas facetas. Destarte, a relatividade do conceito de delito é patente na Criminologia que o observa como um problema social.

Não apenas o crime interessa à Criminologia. O estudo do delinqüente se mostra muito sério e importante.

Para a Escola Clássica, o criminoso era um ser que pecou, que optou pelo mal, embora pudesse e devesse escolher o bem. O apogeu do valor do estudo do criminoso ocorreu durante o período do Positivismo Penal, com destaque para a antropologia criminal, sociologia criminal, biologia criminal etc. A Escola Positiva entendia que o criminoso era um ser atávico, preso à sua deformação patológica (às vezes nascia criminoso).

Outra dimensão do delinqüente foi confeccionada pela Escola Correcionalista (de grande influência na América espanhola), para a qual o criminoso era um ser inferior e incapaz de se governar por si próprio, merecendo do Estado uma atitude pedagógica e de piedade. Registre-se, por oportuno, a visão do marxismo, que entendia o criminoso como uma vítima inocente das estruturas econômicas.

O estudo atual da Criminologia não confere mais aquela extrema importância dada ao delinqüente pela Criminologia Tradicional, deixando-o em um plano secundário de interesse. Salienta Sérgio Salomão Shecaira (2008:54) que “o criminoso é um ser histórico, real, complexo e enigmático,... um ser absolutamente normal, pode estar sujeito às influências do meio (não aos determinismos)”. E arremata, “as diferentes perspectivas não se excluem; antes, completam-se e permitem um grande mosaico sobre o qual se assenta o direito penal atual”.

Outro aspecto do objeto da Criminologia se relaciona com o papel da vítima na gênese delitiva. Nos dois últimos séculos, o direito penal praticamente desprezou a vítima, relegando-a a uma insignificante participação na existência do delito.

Verifica-se a ocorrência de três grandes instantes da vítima nos estudos penais: a “idade do ouro”; a neutralização do poder da vítima e a revalorização de sua importância.

A idade do ouro compreende desde os primórdios da civilização até o fim da Alta Idade Média (autotutela, lei de Talião etc.); o período de neutralização surge com o processo inquisitivo e pela assunção pelo Poder Público do monopólio de jurisdição; e, por derradeiro, a revalorização da vítima ganha destaque no processo penal, após o pensamento da Escola Clássica, porém, só recentemente é que houve um direcionamento efetivo de estudos nesse sentido, com o 1º Seminário Internacional de Vitimologia (Israel, 1973).

Tem-se como fundamental o estudo do papel da vítima na estrutura do delito, principalmente em face dos problemas de ordem moral, psicológica, jurídica etc., justamente naqueles casos em que o crime é levado a efeito por meio de violência ou grave ameaça. Ressalte-se que a vitimologia permite estudar, inclusive, a criminalidade real, efetiva, verdadeira, por intermédio da coleta de informes fornecidos pelas vítimas e não informados às instâncias de controle (cifra negra de criminalidade[127]).

Uma vertente criminológica diferenciada surge nos Estados Unidos, no final dos anos 1990, com a denominação de lei e ordem ou tolerância zero (como derivação da "*broken windows theory*"), inspirada pela escola de Chicago, dando um caráter "sagrado" aos espaços públicos. Alguns a denominam de realismo de direita[128] ou neo-retribucionismo. Parte da premissa de que os pequenos delitos devem ser rechaçados com rigor, o que inibiria os mais graves (fulminar o mal no seu nascedouro), atuando como prevenção geral; os espaços públicos e privados devem ser tutelados e preservados.

Alguns doutrinadores, na esteira de Shecaira (2008:331), discordam dessa teoria, no sentido de que produz um elevado número de encarceramentos (nos EUA, em 2008, havia 2.319.258 encarcerados e aproximadamente 5.000.000 pessoas beneficiadas com algum tipo de instituto processual, como *sursis*, liberdade condicional etc.).

Em 1982 foi publicada na revista *The Atlantic Monthly* uma teoria elaborada por dois criminólogos americanos James Wilson e George Kelling, denominada de Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows Theory*). Tal teoria parte da premissa de que existe uma relação de causalidade entre a desordem e a criminalidade.

A teoria baseia-se num experimento realizado por Philip Zimbardo, psicólogo da Universidade de Stanford, com um automóvel deixado em um bairro de classe alta de Palo Alto (Califórnia) e outro deixado no Bronx (Nova York). No Bronx o veículo foi depenado em 30 minutos e em Palo Alto o carro permaneceu intacto por uma semana. Porém, após o pesquisador quebrar uma das janelas, o carro foi completamente destroçado e roubado por grupos de vândalos em poucas horas.

Nesse sentido, caso se quebre uma janela de um prédio e imediatamente ela não seja consertada, os transeuntes pensarão que não existe autoridade responsável pela conservação da ordem naquela localidade. E logo todas as outras janelas serão quebradas. As pequenas desordens

[127] Cifra negra é a expressão que designa o número de delitos não levados ao conhecimento do Estado.
[128] Apud Sérgio Salomão Shecaira, Criminologia, 2ª edição, RT, 2008, pág. 331.

conduzem a grandes desordens, abrindo espaço e cultura para o crime. Assim, acontecerá a decadência daquele espaço urbano em pouco tempo, facilitando a permanência de marginais no lugar, criando dessa forma um terreno propício para a criminalidade.

A Teoria das Janelas Quebradas (ou **Broken Windows Theory**) desenvolvida nos EUA e aplicada em Nova York, quando Rudolph Giuliani era prefeito, por meio da Operação Tolerância Zero *("Zero Tolerance"*) reduziu consideravelmente os índices de criminalidade naquela cidade. O resultado da aplicação da *Broken Windows Theory* foi a redução de forma satisfatória da criminalidade em Nova York, que antigamente era conhecida como a "Capital do Crime". Hoje a cidade é considerada a mais segura dos Estados Unidos.

Uma das principais críticas feitas à teoria é que, com a política de tolerância zero, houve um encarceramento em massa dos menos favorecidos (prostitutas, mendigos, sem-teto etc.). Na verdade, a crítica não procede, porque a política criminal analisava a conduta do indivíduo, não sua situação pessoal.

Em 1990 o americano Wesley Skogan realizou uma pesquisa em várias cidades nos EUA que confirmou os fundamentos da teoria. A relação de causalidade que existe entre desordem e criminalidade é muito maior do que a relação criminalidade com pobreza, desemprego, falta de moradia.

Esse estudo foi de extrema importância para que fosse colocada em prática a Política Criminal de Tolerância Zero, implantada pelo chefe de polícia de Nova York, Willian Bratton, que combatia veementemente os vândalos no metrô.

Do metrô para as ruas implantou-se uma teoria da lei e ordem, em que se agia contra os grupos de vândalos que lavavam os pára-brisas de veículos e extorquiam dinheiro dos motoristas. Essa conduta era punida com serviços comunitários e não levava à prisão. Assim, as pessoas eram intimadas e muitas não cumpriam a determinação judicial, cujo descumprimento autorizava, então, a prisão. As prisões foram feitas às centenas, o que intimidava os demais, levando o temor dos nova-iorquinos por anos a se acabar em semanas.

Em Nova York, após a atuação de Rudolph Giuliani (prefeito) e Willian Bratton (chefe de Polícia) com a *"Zero Tolerance"*, os índices de criminalidade caíram 57% em geral, os casos de homicídios caíram 65%, o que é, no mínimo, elogiável. Ressalte-se que William Bratton posteriormente foi designado por duas vezes, por um período recorde de sete anos, chefe de

polícia de Los Angeles, onde também foi implantada a “tolerância zero”, com redução drástica de criminalidade até outubro de 2009.

Em contra partida, no Brasil, a criminalidade é crescente e organizada a partir dos presídios, com o beneplácito do governo. Só no Estado de São Paulo, no ano de 2009, ocorreram 964.120 furtos/roubos e mais de 4500 homicídios[129], numa demonstração cabal de ausência de políticas públicas voltadas para a proteção dos direitos humanos fundamentais, quiçá instaurando-se preocupante situação de anomia. E isso acontece desprezando-se a cifra negra que, sobretudo, nos crimes patrimoniais alcança níveis elevadíssimos e nos delitos sexuais quase 90% (noventa por cento)[130].

Além do mais, juízes, promotores e delegados adotam estratégia completamente equivocada no trato à criminalidade, repetindo erros históricos, vivenciados inclusive nos EUA na década de 1980, ao priorizar o combate à criminalidade violenta, sob argumentos diversos e falaciosos, que vão desde a falta de recursos e pessoal até a desnecessidade de reprimir comportamentos que configuram apenas um mero ato de desordem ou uma simples contravenção, passando pela alegação de o crime tem causas sociais e estruturais, tratando-se de uma das principais causas do aumento avassalador da criminalidade violenta em nosso país.

Como se isso não bastasse, progridem também medidas despenalizadoras, destipificadoras, na contramão da história e da necessidade de maior proteção do direito à segurança da sociedade, um direito fundamental e difuso.

A Constituição Federal ao assegurar o direito à segurança (art. 5º, *caput*) não o fez por liberalidade, cuidando-se, como já se disse, de direito humano fundamental, exigível ao Estado, uma vez que este monopoliza as forças policiais e a prestação jurisdicional. E o Estado deve ampliar os mecanismos de proteção direcionados à redução de criminalidade, ainda que isso represente um distanciamento do direito penal mínimo, como salvaguarda da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e propriedade. Parece até que alguns governantes e penalistas brasileiros pretendem uma teoria da desordem, do ‘quanto pior, melhor’.

Referências

[129] Fonte: Secretaria de Segurança Pública, http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/dados.aspx?id=E, acesso em 27.05.2010.
[130] Apud João Farias, Manual de Criminologia, 4ª edição, Juruá Editora/PR, 2009, pág. 79.

FARIAS JÚNIOR, J. Manual de Criminologia, 4ª edição, Juruá Editora, Curitiba, 2009.

HASSEMER, W.; CONDE, F. M. Introdução à Criminologia. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2008.

MAÍLLO, A. S. Introdução à Criminologia. Trad. Luiz Regis Prado. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

PEIXOTO, A. Criminologia, 4ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1953.

PENTEADO FILHO, N. S. Direitos Humanos, 3ª edição, Editora Método, São Paulo, 2009.

_____ & ANGERAMI, Alberto. Direito Policial, Editora Método, São Paulo, 2009.

SCHECAIRA, S. S. Criminologia, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.