

O COMPORTAMENTO DESVIANTE NAS DIFERENTES ORDENS

JURÍDICAS

Murilo de Sá Júnior¹

RESUMO

Este texto constitui algumas reflexões sobre a abordagem do comportamento marginal ou desviante, na Teoria de Howard S. Becker e Émile Durkheim, procurando sua correlação com as diferentes Cartas Políticas que instituem a ordem jurídica dos Estados. Questiona os efeitos da regulamentação do tecido social na Teoria da Reserva Legal, seu conceito e suas imbricações na estigmatização do indivíduo marginal, procurando dilucidar suas correlações com a mecânica midiática, senão como fator eliciador pelo menos detentora de potencial capacidade de reforço. Via de conseqüência, na mesma linha de desdobramento causal, defronta suas implicações no garantismo dos Direitos Humanos, hoje já consagrado como direito à social democracia participativa, conduzindo à discussão sobre a natureza destes direitos, sobre o ser relativo ou absoluto, sem embargo de sua concepção deontológica. Ele ressalta a característica imanente do desvio, o qual só atinge foro de estigmatização com a publicização e rotulação para ao final salientar o paradigma que deve nortear o julgamento, porquanto se ambas as Cartas Políticas não se eximem desta injunção há de se ter por critério determinado princípio axiológico. A pesquisa bibliográfica é o juízo da suficiência para o objetivo a que almeja o artigo, haja vista que as correlações fático-jurídicas que se pretende cooptar – conduta e

¹ Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior. Juiz de Direito do TJMG. Foi Delegado de Polícia e atuou ainda como Psicólogo na clínica e docência.

incriminação - já constituíram o desiderato de judiciosa análise por parte dos autores então escolhidos, oportunizando aqui, a comparação entre o tema e o respectivo palco de ocorrência, bem como as possíveis inferências que ora se pretende estabelecer sobre a questão crucial, qual seja a regra cria o desvio e estigmatiza o desviante.

PALAVRAS-CHAVE: DESVIO. MÍDIA. ROTULAÇÃO.

INTRODUÇÃO

De há muito Michel Foucault vem insistindo na idéia de se inserir os saberes desqualificados no discurso científico. Sua genealogia dos saberes locais² nos permite parafrasear o dito popular: “o que os olhos não vêem o coração não sente”, para aduzir: o fato criminoso que não é visto não fere a consciência coletiva. Ora! Aquilo que não é visto é muito mais amplo do que aquilo que o é, e, por tal recriminado, seja pela tradição seja pela ordem legal, mas a forma como o comportamento é sancionado varia de acordo com a Carta Política.

Com efeito, daquilo que se tem notícia na história, o Nacional-Socialismo foi o regime de Governo que resultou na mais colossal atividade jurisdicional punitiva, mas sob o prisma de visão ora enfocado, lado outro, no menor índice de desvio e rotulagem. É que a emergência do Fuhrer sobre a Constituição de Weimar, fez assentar sua legitimidade na vontade única e soberana de Adolph Hitler, em que pese a Constituição do Terceiro Reich possa ser considerada, na concepção de Hans Kelsen, como representativa de um Estado de Direito.

² A genealogia de Foucault consiste numa tentativa de se inserir o saber das pessoas na hierarquia do poder próprio da ciência, capaz de fazer oposição contra a coerção de um discurso teórico unitário, formal e que se estrutura numa dinâmica do poder.

Os princípios e normas constitucionais, quando alinhavados sinteticamente, se por um lado imprimem maior força garantista aos direitos historicamente consolidados por uma nação, de outra banda traça um contorno legal para todo e qualquer comportamento social cuja inobservância pode acarretar a incriminação e todo um séquito de conseqüências dela decorrentes, ainda que legítima – esta aqui entendida como o consentimento social.

Howard Becker e Emile Durkheim são os dois principais teóricos cuja doutrina nos permite encetar a análise comparada da sociologia da delinqüência nos diferentes sistemas de direito. Para refletir mais intimamente este arranjo o texto será dividido em dois tópicos. No próximo tópico, intitulado “As Constituições, As Regras e o Crime” enuncia-se o papel das instituições jurídicas no processo de efetivação do marginal e a estigmatização daí decorrente. O tópico seguinte, intitulado “A Tensão entre Facticidade e Validade nas Diferentes Cartas Políticas trata-se de uma tentativa de buscar legitimidade e aquilatar os julgamentos de valor que o grupo social realiza dentro de determinado contexto normativo e político. Por fim, ao final, em Conclusão, são realizadas ponderações sobre o garantismo dos direitos humanos nas diferentes Cartas Políticas, e inferências a respeito dos sistemas de direito e suas respectivas incriminações e rotulagens no comportamento tido por desviante.

1 AS CONSTITUIÇÕES, AS REGRAS E O CRIME

Decorre de presunção relativa a circunstância de que as regras legais têm maior probabilidade de serem ambíguas, dando azo a antinomias, oportunizando interpretações mais flexíveis, por vezes contraditórias, ao passo que as regras consuetudinárias, por estarem enraizadas na tradição cultural dos povos sedimentam valores e interpretações menos dúbias e, por via de conseqüência, as variações de conduta são menos conflitivas.

Partindo da premissa sociológica de que o comportamento tido por marginal ou desviante é aferido em decorrência da violação de regras de conduta, é de toda

pertinência investigar a característica deste comportamento nas diferentes ordens jurídicas encampadas nos diferentes sistemas de direito.

Utilizando-se a concepção de Becker (1977), os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras, cuja infração constitui o desvio. Por isso, o desvio não está na qualidade do ato, mas na consequência e sua rotulação. Daí ser lícito supor que o comportamento desviante depende de como as pessoas reagem a ele, porquanto é notório que a conduta que não se torna pública não tem o condão de ser objeto da crítica social.

Sabe-se, porém, que esta reação varia no tempo e no espaço, e de igual modo depende de quem viola as regras e a quem esta violação causa prejuízos. A ocorrência de movimentos contra vários tipos de desvios ilustra isso claramente. A história demonstra que os rótulos caíram sobre estereótipos muito diferentes, conforme a emergência evocada.

Toda violação pública as regras penais, suscita uma resposta, e esta traz no seu âmago a idéia de retaliação, punição, em que pese tenha o discurso ideológico hipostasiado a vindita sob o manto de uma autoridade pseudo-sacramental³.

Esta idéia inevitável de vingança decorre de uma concepção linear do tempo, e o direito penal desde então procura compatibilizar o incompatível, ante a inerente contradição básica latente na cultura, retratada no binômio concepção antropológica - que serve de base aos direitos humanos – em contraposição à ideia inevitável de vingança.

Zafaroni (2007) assinala que todas as etapas de expansão do poder punitivo, aptas a rotular o comportamento desviante, foram precedidas por transformações econômicas, políticas, sociais e culturais, chamadas revoluções. Então, em se considerando que o século XIV/XV nos legou a revolução mercantil, o século XVIII a revolução industrial o século XX a revolução tecnológica, é de se ter em conta que cada um desses momentos gerou uma mundividência, um discurso

³ A hipostasia dos fatos sociais nada mais é do que a coisificação de idéias, de modo a apartá-las do senso da responsabilidade, que de ordinário se dá pelas leis da psique quando imbricadas na consciência coletiva, quando não por mecanismos distintos, os quais o texto aborda..

legitimador e deslegitimador, um rótulo, um estigma no comportamento desviante, é óbvio, que com relação àquelas concepções a ela não se amoldaram.

Este quadro conceptual nos permite inferir que em priscas eras o Estado para impor sua ordem ideológica se viu na contingência de organizar um poder interno, de natureza punitiva, caracterizado pelo confisco do conflito. A consequência disso é de fácil constatação: com a confiscação da vítima o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão nos conflitos, mas também de arbitrariedade. E, como se não bastasse, acresça-se a isso que essa ideologia única das sociedades e das nações colonizadoras, que não admitiam dissidências, não se restringiu ao território próprio, mas trasladou-se para os exércitos conquistadores, que para justificar a dominação fomentou a sanha do inimigo, do marginal.

O mecanismo psicológico que sustenta o comportamento desviante reforça a convicção de que sem uma base de medo correspondente a um preconceito é impossível construir um inimigo (ZAFFARONI, 2007).

À toda evidencia, inimigo é o dissidente, é o desviante, o diferente, o que desestabiliza a ordem social. Assim, para manter o nível repressivo elevado reforçou-se a guerra contra as drogas e difundiu-se uma legislação penal análoga à empregada contra a subversão e terrorismo.

Articularam-se idéias racistas, de pretensões biológicas, sendo que a característica das leis passou a ser a frontalidade, entendida esta como a manifestação dirigida ao público com a finalidade de agradá-lo, por sinal uma característica dos regimes autocráticos. Associado a isto vimos o desenvolvimento da técnica que a Escola de Chicago denomina *völkisch*, através da qual os piores preconceitos foram alimentados e reforçados para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez. Assumimos então o risco de identificar o desviante com base em mito, alguns dos quais foram bastante pervertidos, tais como os raciais e de sangue.

Esse novo contexto deu origem àquilo que os sociólogos denominam concepção *cool*, ou seja, comportamentos que não são assumidos por convicção profunda, mas como uma moda, a qual é preciso aderir para não ser estigmatizado

como desviante, o fora de lugar, que para não perder espaço publicitário prefere aderir ao discurso popular em detrimento do discurso científico.

O discurso *völkisch* graças à globalização da comunicação em massa teve sua difusão favorecida pela brevidade e pelo impacto emocional do estilo vindicativo. Em decorrência dele as sociedades fomentaram o conflito, o comportamento desviante, e a classe média desprestigiada economicamente acabou tomando-se anômica⁴. O maior exemplo disso são os movimentos encetados por grupos sociais que clamam por normas e adotam o discurso autoritário simplista e populista do modelo norte-americano. Este discurso por mais primitivo, vingativo e populesco dá à sociedade a mendaz coesão. Os políticos acabam se apoderando dele, e os juízes também.

A publicidade que advém do discurso *cool* denigre constantemente a opinião técnica jurídica e criminológica, obrigando os operadores políticos a assumirem idêntica postura de desprezo. Os serviços de notícias e os formadores de opinião são os encarregados de difundir esse discurso, que reforça como preconceito a idéia de que a desordem pode ser ordenada com disciplina imposta através de repressão indiscriminada, e ao mesmo tempo reitera a idéia de que o delito é uma atividade fácil e impune.

Ora! A massa se rege por sentimentos, emoções, preconceitos, como a psicologia social já bem o demonstrou, portanto a opinião das massas formando a opinião pública nem sempre é legítima. De acordo com Bonavides (2007), é de lastimar-se que esta opinião pública eliciada na opinião educada que foi a encetada pela burguesia liberal do século XIX, tenha podido deixar de ser apanágio de uma classe e ao estender-se politicamente pelo sufrágio universal a todas as classes, haja padecido na democracia contemporânea de um decesso qualitativo, que lhe alterou a natureza mesma, visto não haver a educação podida acompanhá-la naquela extensão quantitativa, que ora a caracteriza. Pergunta-se: esta leitura não se ajusta ao que hoje temos presenciado no temerário movimento dos *Black bloc*?

⁴ O conceito de anomia aqui deve ser entendido como a perda da identidade jurídico-axiológica pelo grupo social.

Com a opinião da propaganda, com o discurso populesco e de frontalidade, o problema da opinião pública deixou de ser o de determinar o que ela quer, mas o que ela deve querer. Ontem importava saber o que a opinião pública queria, hoje importa decidir o que ela deve querer (ROGERS, 1949).

De outra banda, a opinião técnica tem a desvantagem de dirigir-se a um círculo limitado e de não ter aprendido a técnica da comunicação de massa. Daí poucos se animam a contradizer o discurso popular, midiático. Não se trata de fazer apologia ao Estado autoritário que controla e censura os meios de comunicação, mas sim que a comunicação convertida em publicidade em busca de *rating*, tomou-se autista e impõe um discurso que nem mesmo o Estado está autorizado a contradizer.

De igual modo, não temos a pretensão de fazer a apologia do desvio, porque no atual estágio de nossa faculdade evolutiva a pena ainda é eficaz e necessária, embora novos mecanismos de reeducação estejam sendo desenvolvidos e aplicados pela ciência jurídica, contudo, importa-nos salientar o aspecto legitimados e relativo do desvio.

A ciência política preconiza pela cátedra de seu eminente expoente, o Professor Paulo Bonavides (2007), a tese de que o Estado Liberal, por metonímia, substituiu a coação da Igreja Medieval, pela opinião pública, que passou a servir de instrumento a uma forma individualista de organização social. Contudo, no Liberalismo, a opinião pública tinha aparência autônoma; hoje, no Estado de massas, temos uma opinião sob suspeita quanto à sua origem livre e atuação independente. Portanto nem sempre a opinião pública é a opinião do povo, porquanto aquela pode ser mistificada, de forma a encetar um governo de ideologias, em substituição do governo de opinião, posto que faz das massas o receptáculo passivo de ideias pré-formadas.

O discurso *cool* se impõe aos Estados porque exige a alienação dos políticos que preferem aderir à publicidade da repressão e ficar na moda e em decorrência disto advém todo um aparato de leis penais e processuais autoritárias, inconstitucionais, e penas desproporcionais. Os legisladores não agem por autoritarismo ideológico, mas por temor à publicidade contrária, e os juízes não se

furtam à pressão do discurso único publicitário dos meios de comunicação de massa.

Sem sombra de dúvida, a forma como esses mecanismos são articulados pelos povos têm íntima convicção com a respectiva ideologia política, tão bem retratada na Constituição dos povos, de onde decorre toda hierarquia de leis aptas a fundamentar o desvio.

Prima facie eis que surge uma questão crucial: até que ponto as Cartas Políticas analíticas, no desiderato de retratar uma sociedade pluralista, própria dos regimes democráticos, não incidem em anomia e por consequência deslegitimam o poder punitivo, enfraquecendo a coesão contra a “bola da vez”?

Axiologia à parte, fato é que quando a regra é violada, e o ato se torna público, isto gera consequências, destarte a impor uma resposta Estatal, cujos resultados podem ser desproporcionais, em decorrência de uma potencial rotulação ou estigma. Todavia, nem todo comportamento desviante contém o elemento subjetivo do injusto, e nem todo comportamento desviante necessariamente será rotulado como tal. Acresça-se a isso que a posse de uma característica desviante pode ter um valor simbólico generalizado, de tal forma que as pessoas supõem automaticamente que seu portador possui outras características indesejáveis supostamente associadas a elas.

As diferentes Cartas políticas retratam realidade social onde o comportamento reputado como desviante, sensível aos respectivos códigos convencionais de condutas, tem sua gênese fundeada em valores.

A consubstanciação de tais valores é o pomo crucial dos filósofos e cientistas políticos. Seja pelo agir comunicativo das forças elocucionárias⁵ de Habermas (2003), seja pela concordância geral e deontológica⁶ de Kant (2005), incontestemente é a circunstância de que o ilícito, ou melhor, o desvio não fere valor absoluto, senão relativo.

⁵ O termo forças elocucionárias cunhado por Habermans é usado no sentido de pretensão de validade colocada por um locutor e que pede por ser reconhecida como tal por um ouvinte.

⁶ A deontologia em Kant deve ser vista no sentido de uma axiologia absoluta.

2 A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE NAS DIFERENTES CARTAS POLÍTICAS

A Constituição Brasileira rege uma sociedade pluralista e democrática. Seu grande desafio cinge-se na construção de uma identidade constitucional legítima que não subestime subculturas desviantes, mas que ao mesmo tempo exerça sobre elas sua autoridade moral a par dos anseios e direitos desses grupos minoritários, sob pena da produção em massa de comportamentos desviantes.

Em contra-partida o desvio nas Constituições Sintéticas, pelo menos na generalidade dos casos, deduz-se nos costumes e na precedência dos julgados. *Prima facie*, para hipóteses de incidência diferentes não é de se esperar tratamento idêntico à situação do desvio. Cartas Políticas de diferente natureza haverão de ter características próprias para moldar ou frear este comportamento tido por desviante ou marginal. Esta é a *vexata quaestio*.

Constitui uma concepção muito difundida entre os operadores do direito aquela que atribui às constituições analíticas - em especial a do Brasil - o azo das interpretações dúbias, de antinomias e insegurança jurídica, a par do entendimento de que as constituições sintéticas, por conterem apenas os princípios e preceitos basilares de uma ordem jurídica, favorecem a consolidação do direito de forma mais coerente sem prejuízo da suficiência, como que a retratar uma sociedade mais desenvolvida, mesmo porque a solução do caso concreto resolve-se no precedente, que funda sua legitimidade no histórico social. Aqui o desvio estaria restrito, porém muito bem legitimado.

As constituições analíticas, pelo menos no caráter geral que ordinariamente predomina, são o produto de Assembléias Constituintes, cujo papel na sua essência consiste na investigação social da identidade constitucional de uma nação, e por tal produzem a ciência do direito na dinâmica da moderna reflexividade sociológica, o que necessariamente não implica no abandono do passado, mas permite que a atividade cognitiva derivada de *inputs* de conhecimento acabe por alterar constitutivamente o caráter das práticas sociais e seus consentâneos jurídicos.

Repita-se: a harmonização do binômio facticidade versus validade é o grande desafio destas constituições, de molde a não olvidar pela legitimidade, haja vista que a ordem jurídica que não se legitima cria o desvio em massa, que subjacente ao estigma social pode ser a expressão legítima de valores ao grupo inerente.

A pesquisa de Émile Durkheim sobre *A Divisão do Trabalho Social* (2010) fornece material de substância para análise do tema, e, é nele que percebemos a enzima catalizadora que proporcionou o casamento ideal havido entre a sociologia e o direito. O que Freud representou para a Psicologia, Marx para a Ciência Política, Pitágoras para a Matemática, os romanos para o Direito Civil, e os alemães para o direito penal, ele, Émile Durkheim, representou para a Sociologia do Direito, e dilucidou a complexa natureza do direito como fato social.

Para que possamos compreender a função da ciência jurídica na Teoria de Emile Durkheim, o seu norte na doutrina dos Direitos Humanos e a eficácia de sua tutela nas Cartas constitucionais são necessários a priori uma digressão do que sejam os conceitos de consciência coletiva e individual traçados por ele.

Durkheim concebe a sociedade como detentora de uma autoridade moral, à moda de um ser transcendental, que subsumi o que há de melhor e necessário para a vida social. Assim como a reação química, proporcionada pela fusão de duas moléculas de hidrogênio com uma de oxigênio, resultam na substância água, substância esta distinta dos elementos que a compõem, de igual modo opera-se o mesmo no organismo social. A sociedade é a resultante desta fusão coletiva das consciências individuais, que contém os valores que nela sobrenadarn e que por tal são os melhores do grupo. A esta potência superior, os homens devem a ela se integrar. Vê-se, portanto, que esta premissa, acaba por induzir uma filosofia que extrapola os limites do terra- terra e deixa entrever uma concepção de natureza metafísica ao identificar na sociedade o ser transcendental que nos rege e orienta. Durkheim (1970) diz que Deus nada mais é do que a sociedade transfigurada e simbolicamente imaginada.

Nessa concepção o indivíduo nasce na sociedade e toma-se humano, toma-se humano porque a sociedade é que o faz humano, e não o contrário, não é o

homem que cria a sociedade porque nasce humano, haja vista que o Estado de Natureza é um estado de forças cegas, onde a razão esmagada pelas patas do instinto não gera humanidade.

Aliás, os psicólogos que me perdoem, mas Freud não foi totalmente original em sua teoria, porque em última análise, muitos de seus conceitos tal como a concepção estrutural da psique, o conceito de sentimento oceânico e de ideal do Ego, têm relação e podem ser mais bem explicados nos estudos de Durkheim, que o antecedeu. Mas nisso não vai nenhum demérito ao pai da Psicanálise, porque segundo o Monismo Sociológico, se existe uma lei única e universal que orienta a nossa pesquisa, dos fatos mais insignificantes aos mais complexos, a ninguém é dado o direito de se julgar dono das ideias, porque ninguém lhe sabe as origens, e o nosso mérito está em sermos apenas antenas fiéis de suas origens.

De maneira que essa sociedade, que é exterior ao homem, impõe a ele de forma genérica e coercitiva, uma série de categorias de pensamento que constitui tudo aquilo que Durkheim chamou de fatos sociais, os quais determinam sua conduta, seu modo de vida, seus valores e lhe dão sua diretriz no mar da vida. Veja-se bem, não é mais a parcela profunda do iceberg freudiano - ID - que conduz a trajetória humana, porque em Durkheim a vida pensou e planejou de forma diferente, ou seja, aquilo que é exterior ao homem, impõe a ele de forma genérica e coercitiva, uma série de categorias de pensamento que constitui os fatos sociais, destacadamente o direito.

Assim, em Durkheim (2007) não existe sociedade humana sem ordem jurídica. Este dogma decorre de uma premissa científica, porque está calcado na lógica e racionalidade com que desenvolve sua teoria, que procurarei concatenar sempre atento para não sacrificar a coerência de seu monumental sistema.

Um traço distintivo da Sociedade Humana é a faculdade de construir Representações. E o que é Representações para o sociólogo? É a capacidade de simbolizar a vontade, sentimento e emoções. É a linguagem, a palavra falada e escrita, é a religião, o totem, o tabu, é a ordem jurídica, é o nosso código moral, é a educação como forma de transmissão cultural.

Ainda, em a Divisão do Trabalho Social, Durkheim (2010) ressalta a circunstância de que as paixões humanas não cessam senão diante de uma potência moral que respeitem, sob pena de prevalecer a lei do mais forte e um estado de guerra crônico, latente ou agudo.

E, com não menos vigor, Durkheim defende a ideia de que não existe antagonismo entre autoridade de regra e a liberdade do indivíduo. Muito pelo contrário, a liberdade é ela própria o produto de uma regulamentação. Eu não posso ser livre na medida em que outro é impedido de se beneficiar da superioridade física, econômica ou outra da qual dispõe para submeter minha liberdade e somente a regra social pode por obstáculo a esses abusos de poder.

Depreende-se ainda de seu corpo doutrinário que sempre que houver a eclosão de fatores que evidenciam a hegemonia econômica e a falta de regramento, estes acabam por propiciar um obnubilamento da moral. Pois, aduz Durkheim (1970, p. 141)

se é verdade que as funções sociais procuram espontaneamente adaptar umas às outras contanto que estejam regularmente relacionadas, por outro lado esse modo de adaptação toma-se uma regra de conduta somente se um grupo consagra por sua autoridade. Uma regra, com efeito, não é somente uma maneira habitual de agir; é, antes de tudo, uma maneira de agir obrigatória, isto é subtraída, em alguma medida, no arbítrio individual. Ora, somente uma sociedade constituída goza da supremacia moral e material que é indispensável para fazer a lei para os indivíduos; pois só a personalidade moral que esteja acima das personalidades particulares é que forma a coletividade. Somente ela, além disso, tem continuidade e mesmo perenidade necessária para manter a regra além das relações efêmeras que a encarnam diariamente. Além disso, seu papel não se limita simplesmente a erigir em preceitos imperativos os resultados mais gerais dos contratos particulares; mas ela intervém de maneira ativa e positiva na formação de toda a regra. Logo, ela é o árbitro naturalmente designado para desempenhar os interesses em conflito e para atribuir a cada um os limites que lhe convém. Em seguida, ela é a primeira interessada em que reine a ordem e a paz; se a anomia é um mal, é antes de tudo porque a sociedade sofre dela, não podendo se privar, para viver, de coesão e de regularidade.

Portanto, uma regulamentação moral ou jurídica exprime essencialmente necessidades sociais que a sociedade somente pode conhecer.

Eis porque, me perdoem a ousadia, jamais o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, haveria de reconhecer a figura jurídica da União Estável entre homossexuais, não fora o respaldo da sociedade fazendo valer a inclusão social de sofrimentos e conflitos da vida privada que até então necessitavam ser publicizados e tutelados. Com efeito, temos aqui a noção da impropriedade de uma visão estática do desvio, porque toda sociedade tem também características disfuncionais, isso faz parte da dialética histórica (SÁ JÚNIOR, 2012).

Em essência, uma regulamentação moral ou jurídica repousa sob um estado de opinião e toda opinião é coisa coletiva, produto de uma elaboração coletiva.

Ora, esse apego a alguma coisa que ultrapassa o indivíduo, essa subordinação dos interesses particulares ao interesse geral, é a própria fonte de toda atividade moral. Quando esse sentimento se precisar e se determinar, quando, aplicando-se às circunstâncias mais ordinárias e mais importantes da vida, se traduzir em fórmulas definidas, eis um corpo de regras morais prestes a se constituir.

As Constituições Sintéticas, sob este prisma, padecem de anomia, não apenas pela falta de regramento, mas principalmente pela perda da identidade das instituições pluralistas das sociedades democráticas. Para que essa anomia tenha fim, é preciso portanto que exista ou que se forme um grupo onde se possa constituir um sistema de regras que assegure sua expressão social.

Então, ao contrário do que possa parecer num primeiro momento, a plenitude de regras não importa necessariamente em maior incidência de comportamento desviante, seja porque a posse deste comportamento nem sempre pode garantir a subsunção a seu objeto, ou porque a rotulação ou estigma só vinga sobre a conduta de quem constrói sua identidade em tomo de um modelo de comportamento desviante, ou seja, que faz do desvio um estilo de vida.

O Direito não pode traduzir-se sem a coerção. Ela é necessária para conduzir o homem a se ultrapassar a si mesmo, a acrescentar a sua natureza física uma outra natureza.

De acordo com as ideias de Durkheim, para que reine certo consenso nas sociedades, deve-se favorecer o aparecimento de uma solidariedade entre seus membros. Uma vez que a solidariedade varia segundo o grau de modernidade da sociedade, a norma moral tende a tomar-se norma jurídica, pois é preciso definir, numa sociedade moderna, regras de cooperação e troca de serviços entre os que participam do trabalho coletivo - o que ele chamou de preponderância progressiva da solidariedade orgânica.

Portanto, somente a especialização de tarefas, através da solidariedade social, é que pode manter as sociedades em equilíbrio. Em outras palavras, a solidariedade é a condição mais essencial da vida social.

Em síntese, toda e qualquer sociedade, seja ela qual for, de marido e mulher, órgãos de classe, nações e comunidades, e a novel sociedade conjugal de casais homossexuais, não prescinde da divisão do trabalho social para sua existência, da divisão de tarefas especializadas, da solidariedade entre seus membros, e de uma regulamentação legal que lhes assegure seus direitos.

Não importa a ontogênese da comunhão social, o que importa são os seus efeitos, porque daí advém as consequências jurídicas. É da imanência de todo ser humano, o sentimento religioso, a vida social e ordem jurídica que a corresponde.

Esta solidariedade social manifesta sua presença por efeitos sensíveis, numa relação diretamente proporcional, ou seja, quanto mais os membros de uma sociedade são solidários, tanto mais mantêm relações diversas.

E a representação sensível desta solidariedade, que resulta da Divisão do Trabalho Social, nada mais é do que a ciência do Direito. Em outras palavras: o Direito faz a solidariedade manifestar sua presença por efeitos sensíveis. Daí podermos afirmar: quanto maior a solidariedade, maior as relações sociais e maiores são o número de regras jurídicas, maior o consenso, portanto maior os conformistas.

É bem verdade que Regras não estão infensas à perda da legitimidade, e que se mantenha apenas pela força do hábito. Contudo são situações anômalas, assim como quando os costumes não são elevados à potência de normas jurídicas.

Para Durkheim (2010) o Direito reproduz as formas principais da solidariedade social, e podem ser categorizadas em duas espécies: aquelas que

estão acobertadas por sanções repressivas organizadas, ou sanções apenas restitutivas.

O Direito Penal retrata um tipo de solidariedade que ele denominou solidariedade por similitude, porque a pena é castigo para uma conduta que fere sentimentos para um mesmo tipo social, que se encontra em todas as consciências sãs.

Constitui esta área do saber notório exemplo da solidariedade social, porque se a norma é eminentemente sancionadora, ou seja, não prescreve condutas, é porque parte do pressuposto de que está já é regra conhecida e aceita por todos, de forma definida e de considerável intensidade para a saúde social.

Isto explicaria também o grau de difusão do direito penal, ou seja, sua existência na consciência coletiva, média e ordinária, de determinados grupos sociais, e portanto de considerável grau de lentidão na sua evolução, quando não refratário às mudanças. O Direito Penal, na visão sociológica de Durkheim, testemunha a força de resistência do sentimento coletivo.

A Psicologia contemporânea influenciada pela ideia de Espinosa, justifica a tese do eminente pai da Sociologia moderna: não amamos as coisas por serem boas, as coisas são boas porque as amamos, ou seja, um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva. Não o reprovamos por ser crime, mas é um crime porque o reprovamos.

Por isso, as funções governamentais são apenas uma emanção do que nascem da sociedade e está difuso nelas. A repressão difusa acaba se organizando para garantir a unidade, desde que os sentimentos estejam muito definidos e uniformes, e desta forma a instituição do poder acaba por manter um feed back com a consciência coletiva.

A ontogênese do Direito Repressivo assenta-se na solidariedade por similitude, que nada mais é do que a atração de sentimentos semelhantes que repudiam o ato criminoso, e que necessita consolidar sua coerção para fazer valer a vontade coletiva social. Eis porque o crime aproxima as consciências honestas e as concentram como meio de repúdio. Portanto, as regras que o direito penal sanciona

exprimem similitudes sociais mais essenciais, que tem por desiderato proteger a coesão social de enfraquecimento.

Então, pode-se inferir que a função da pena é manter intacta a coesão social mantendo toda a vitalidade da consciência comum. A função não é apenas corretiva e intimidativa, isto é secundário.

Por outro lado, as regras de sanção restitutórias não fazem parte da consciência coletiva ou dela são estados frágeis, e o Direito que representam acoberta um tipo de solidariedade oriundas da divisão do trabalho social. Aqui, o Direito está mais afeto à interação, convivência, ao contrato social, enquanto o Direito tutelado pelas sanções repressivas pertence ao domínio exclusivo do Estado, atuante quando da quebra desse contrato.

CONCLUSÕES

Em suma, a visão sociológica atribui às regras, um papel de suma importância nas relações sociais, afirmando que "O símbolo da solidariedade social é o Direito", influenciando a vida social da sociedade.

Contudo regras de sanções organizadas, não implicam necessariamente consenso. As sociedades modernas, diz Becker, não são organizações simples, nas quais todo mundo concorde sobre quais são as regras e como elas devem ser aplicadas em situações específicas. Elas são, ao contrário, altamente diferenciadas ao longo de linhas de classes sociais, linhas étnicas, linhas ocupacionais e linhas culturais. Natural, portanto, o embate e o conflito de regras. Daí porque o desvio não está vinculado à qualidade do ato, mas ao comportamento que possa ser apropriado ou inapropriado em qualquer situação dada.

Hoje, vivemos a era dos direitos de quarta geração, o Estado da Social Democracia Participativa, que pôs termo à falaz ideia da Democracia como o governo da maioria. Agora, a voz das minorias têm coro e respaldo social, e portanto

se fazem presentes no corpo das constituições analíticas, que retratam melhor as sociedades pluralistas, e a função do direito consiste em costurar este tecido social de forma coesa e harmônica. Sabemos que a missão é árdua e conflitiva, qual seja reconhecer as diversas identidades sociais, seus valores e direitos substanciais de autodeterminação, mas ao mesmo tempo se impor perante todas elas como autoridade legitimada.

Tomando por paradigma de sociedade capitalista, de notório progresso material, sob a proteção de sua Constituição sintética, aquele Estado que se mostra incapaz para lidar com seus desajustados sociais, e por isso hipostasiou a delinquência com o manto pseudosacramental da pena de morte, o mesmíssimo Estado que ostenta na porta de entrada de sua casa o emblema dos direitos humanos - a vetusta e imponente estátua da liberdade - vimos que bastou a declarada guerra ao terrorismo, para que os direitos e garantias mais fundamentais da vida humana fossem mandados às favas. E o que fizeram seus advogados? Seus músicos? Seus políticos? Simplesmente nada. Onde a força do precedente jurisprudencial?

No Brasil, substituímos a Estátua da Liberdade pelo Cristo Redentor de braços abertos sobre a baía de Guanabara. É verdade, temos nossas mazelas, temos as chacinas dos desajustados, os grupos de extermínios etc, mas temos também a melhor ordem jurídica do mundo, tem-se a vontade política e jurídica das autoridades constituídas.

Se é verdade que o poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, o que retrata um direito penal de periculosidade presumida, não é menos verdadeiro que as garantias constitucionais estão sendo manejadas a tempo e modo, e que cada vez mais se amplia a acessibilidade à justiça.

Se é verdade que o discurso vo!kisch americano é imitado no mundo graças à globalização da comunicação em massa, e que esta difusão é favorecida pela brevidade e pelo impacto emocional do estilo vindicativo, não é menos verdadeiro que a história demonstra que os rótulos caíram sobre estereótipos muito diferentes,

conforme a emergência evocada e que quanto mais aberta, tolerante e igualitária é uma sociedade a seletividade se atenua.

Se é verdade que a concepção cool! - este discurso primitivo, vingativo e populesco, que dá à sociedade o mendaz sentimento de coesão, produto da difusão midiática do sistema penal - induziu na massa comportamentos que não são assumidos por convicção profunda, não menos verdadeiro é o ingente trabalho dos doutrinadores, técnicos e especialistas do direito alterando as categorias de pensamento e a adoção cada vez maior da Filosofia e Sociologia do Direito nas decisões cruciais da Suprema Corte Brasileira.

Com efeito, cada vez mais estamos substituindo o argumento da frontalidade legal, da técnica völkisch, do discurso cool!, aptos a servir de instrumentos de embromação e prazer dos néscios, pelo discurso científico, pelo embate democrático dos grupos sociais.

As Constituições sintéticas são o meio ideal para que os políticos se acabem apoderando do famigerado discurso cool, um discurso que se impõe aos Estados porque exige a alienação dos políticos que preferem aderir à publicidade da repressão e ficar na moda, e em decorrência disto instala-se todo um cenário favorável à eclosão do desvio, porque o tecido social carece de representatividade em Cartas desta natureza.

O resultado disto é um sistema penal invertido, ou seja, a exceção antes da regra, um Estado autoritário que controla e censura os meios de comunicação, a qual convertida em publicidade em busca de rating, tomou-se autista e impõe um discurso que nem mesmo o Estado está autorizado a contradizer.

Poder-se-ia argumentar que as Constituições sintéticas por fundarem sua legitimidade nos costumes estariam mais aptas a retratar o tecido social. Nunca é demais ressaltar que contra a realidade dos fatos não existe réplica - eis o verdadeiro critério de nossa argumentação - pergunte-se então aos mais renomados advogados norte-americanos quanto de sucesso obtiveram na tentativa de quebrar um precedente jurisprudencial. A experiência demonstra que esta façanha não prescinde da fortaleza de um poder econômico muito grande.

Temos sim a nossa Constituição cheia de remendos, mas não tem importância, o tecido social se constrói é desta maneira mesmo. Houvera aquele retrocesso histórico - Lei Anti- Terrorismo (USA) - ocorrido neste país, e eu anteveria muitos "Sobrais Pinto" tomando tapa na cara, catando no meio da rua sua Constituição, para adentrar novamente os pórticos dos órgãos policiais para ali discutir o princípio da legalidade, tão decantado e tão menoscabado pelos profissionais do direito. Quantos Chicos, Caetanos, Vandres não iriam publicizar através da beleza de suas artes os sofrimentos e conflitos da vida privada? Onde o desvio, de que lado se situa o comportamento marginal?

A Teoria da Reserva Legal é fruto de uma construção histórica de consolidação de direitos, segundo a qual não há crime sem lei anterior que o defina. Com efeito, já experimentamos em plena modernidade acintosa exceção a este garantismo, seja por ocasião da assunção do nacional socialismo e sua congênere ideológica fascista, ou ainda hoje, pela sua forma às avessas, através da famigerada e temerária Lei Anti-Terror Americana, isto porque em ambas as hipóteses o *discrimen* não é fruto da legitimidade, entendida esta como consentimento, mas de forças ideológicas que manipulam e detém o poder sobre as massas, do que resulta um total arbítrio de poder sobre o ser ou não legal.

Com efeito, pode-se inferir que toda regulamentação é útil e louvável, mas não garante necessariamente os direitos humanos, que em ambos os casos podem ser aviltados. Imprescindível aliar à representação popular o cunho científico deontológico.

Em que peses tais intercorrências, as Constituições analíticas retratam com maior legitimidade a identidade constitucional de uma nação, o tecido social em que se assentam, garantindo a voz das minorias, a dignidade da pessoa humana, seu direito de autodeterminação. Isto, em última análise, significa que as Constituições analíticas resultam de uma metafísica social e do resultado do estudo nas observações e experiências dos fatos supranormais inerentes à formação da sociedade dos humanos enquanto constituintes do Estado de Direito, pois este é *condi tio sine qua nom* a própria sociedade constituída. Lado oposto, as Constituições sintéticas pecam por asfixiante e estéril Niilismo que a ciência

professa e propaga, mas onde se radicam as temerosas crises políticas e sociais com que se debate atualmente a humanidade, afastada em grande parte do dogmatismo religioso, mas fiel a ortodoxia negativista da ciência, cuja expressão maior é o estigma do comportamento desviante (SÁ JÚNIOR, 2012).

THE DEVIANT BEHAVIOR IN DIFFERENT LEGAL ORDERS

ABSTRACT

This text provides some thoughts on the approach of marginal or deviant behavior, the Theory of Howard S. Becker and Émile Durkheim, seeking its correlation with different charters Policies establishing the legal order of the Member. Questioning the effects of regulation of the social fabric in the Theory of Legal Reserve, its concept and its imbrications in stigmatization of the individual marginal, looking elucidate their correlation with mechanical media, but as a factor eliciting at least holds the potential capacity strengthening. Via consequence of the line of unfolding causal implications faced in guaranteeism Human Rights, now enshrined as a right to have social participatory democracy, leading to a discussion about the nature of these rights, on the be relative or absolute, despite their deontological conception. He emphasizes the inherent characteristic of the deviation, which only reaches forum for publicizing stigmatization and labeling the end to emphasize the paradigm that should guide the trial, because if both letters Policies is not exempt from this order must be borne by certain criteria axiological principle. The literature search is the judgment of sufficiency for the purpose they crave the article, given that correlations factual-juridical intended to be co-opted - conduct and criminality - as were the desideratum of judicious analysis by the authors then chosen, providing opportunities here the comparison between the subject and the scene of their occurrence and the possible

inferences that now if you want to establish on the crucial question, what is the rule creates a diversion and stigmatizes the deviant.

KEYWORDS: DEVIATION . PRESS . LETTERING.

REFERÊNCIAS

- BECKER, H.S., **Uma teoria da ação coletiva**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007
- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Ed. Biblioteca do Pensamento Moderno, 2010, 4. ed.
- DURKHEIM, Émile. **Sociologia e filosofia**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1970.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p.113-168.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Ed. Martin Claret, , 2005.
- ROGERS, Lindsay. **The pollsters**. New York: Alfred Knopf, 1949.
- SÁ JÚNIOR, Murilo. **As cartas políticas e a expressão do retrato ideológico**. Revista da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2. ed.