

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Oscar Mellim Filho

**Criminalização e seleção no sistema
judiciário penal**

DOUTORADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS

SÃO PAULO
2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Oscar Mellim Filho

**Criminalização e seleção no sistema
judiciário penal**

DOUTORADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS

Tese apresentada à Banca Examinadora
como exigência para obtenção do grau
de Doutor em Ciências Sociais pela
Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor
Edson Passetti.

SÃO PAULO
2009

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Desejo agradecer aos professores do Departamento de Ciências Sociais da PUC-SP, a quem devo, pelos ensinamentos recebidos e convívio mantido durante o curso de pós-graduação, em nível de doutorado, o desenvolvimento do interesse pelas ciências sociais e pela pesquisa. Parcela desse desenvolvimento também é devida a meus colegas de curso, cujo contacto contribuiu sobremaneira para o êxito deste trabalho.

Um agradecimento muito especial devo dirigir ao Professor Edson Passetti, que aceitou o encargo da orientação de meu projeto de pesquisa e me acolheu com dedicação, fazendo-o com paciência, firmeza e criatividade, compreendendo minhas dificuldades e limitações, definindo rumos, apontando equívocos e sugerindo alterações quando elas eram necessárias. Foi no ambiente libertário criado e alimentado por Edson Passetti que me senti encorajado a desatar algumas amarras disciplinares que me impediam de desenvolver esse projeto, há muitos anos gestado e guardado como objeto de uso personalíssimo.

Agradeço também aos membros da banca do exame de qualificação, os professores Sérgio Salomão Shecaira e Silvana Tótora, que apresentaram sugestões valiosas quando o trabalho ainda se achava em fase de desenvolvimento.

RESUMO

Trata-se de uma análise do sistema judiciário penal brasileiro, mais especificamente a ação de promotores de justiça e juízes, como operadores do Direito e responsáveis por parcela significativa da seletividade penal que o sistema realiza, a partir do exame empírico de processos criminais em grau de recurso no Tribunal de Justiça e no extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo como universo exemplar. A hipótese a ser verificada é a do papel relevante da prática judiciária na gestão do sistema penal, verificada no trabalho desses operadores do Direito na construção do crime e do criminoso. Essa seleção se faz não só pelas leis penais como também pelos dispositivos da ciência do Direito utilizados no momento da apuração de fatos classificados como criminosos e julgamento das pessoas acusadas. A análise da seletividade constata a assimetria no tratamento jurídico das pessoas, acusadas da prática de determinados crimes, sob a égide da universalidade dos dispositivos da ciência do Direito, inclusive no procedimento de aplicação e individualização das penas, servindo-se de categorias da dogmática penal e, de forma expressiva, da hermenêutica jurídica, culminando com a conclusão de que a abolição da seletividade significa abolir as penas e a idéia de castigo e dor, de forma a apontar para novas formas de solução de conflitos, afastada a universalidade do Direito, com ênfase nos interesses das pessoas e situações concretas.

Palavras-chave: criminalização, seletividade penal, abolicionismo penal.

ABSTRACT

It is an analysis of the Brazilian judiciary penal system, more specifically the action of prosecutors and judges as operators of the law and responsible for a significant part/portion of the penal selectivity that the system realizes through the empirical exam of criminal processes in appeal at the court of justice and at the extinct criminal jurisdiction tribunal of the state of São Paulo as an exemplar universe. The hypothesis to be verified is of the relevant role of the judiciary practice at managing the penal system, verified on the work of these operators of the Law at the construction of the crime and of the criminal. This selection is made not only through the Brazilian Criminal Code, but also by utilizing the tools available within the study of Law, used during the process of obtaining the truth behind facts classified as criminal and the judgment of the defendant. The analysis of the selectivity verifies the asymmetry in political treatment of people, accused of portraying certain crimes, sheltered under the universality of the devices of the science of the Law, including the application and individualization procedure of the sentences, serving itself from the criminal dogmatic categories, and, in an expressive way, from the juridical hermeneutics, culminating with the conclusion that the abolishment of selectivity means the abolition of sentences and the idea that punishment and pain, as a way to introduce new forms of conflict solving, far beyond the universality of the Law, with emphasis in the interests of the people and concrete situations.

Key words: criminalization, penal selectivity, penal abolitionism.

SUMÁRIO

ABERTURA	08
PARTE I - AS LEIS E A CIÊNCIA DO DIREITO	
1. AS LEIS	33
2. A CIÊNCIA DO DIREITO	77
PARTE II - OS OPERADORES DO DIREITO	
1. O MINISTÉRIO PÚBLICO	130
2. OS JUIZES E TRIBUNAIS	185
VARIAÇÕES SELETIVAS	252
BIBLIOGRAFIA.....	277

ABERTURA

Quando observamos o que se chama de ordem humana, a sociedade e as normas, tendemos a ver nelas e em seu projeto existencial uma cópia adaptada da ordem transcendental, que parece presidir naturalmente a classificação das pessoas e grupos sociais, a incluir aquelas que a própria sociedade passa a definir como seres impróprios à convivência das pessoas. É certo, contudo, que a ordem social, como um concerto histórico, é uma criação humana, e os projetos que implicam ordem e criação, como os projetos sociais, costumam gerar excedentes e objetos descartáveis destinados a serem o supérfluo e o refugo, como resultado do arranjo que se dá às coisas. No entender de Zygmunt Bauman, onde há projeto, há refugo: “Para que algo seja criado, deve-se destinar alguma coisa ao lixo”¹.

Na elaboração e execução dos projetos sociais, sobram seres humanos refugados, o que se vê com maior nitidez no movimento da modernização, como efeitos de uma nova ordem mundial. Citando Mary Douglas, sustenta Bauman que nenhum objeto é refugo por suas qualidades intrínsecas nem tampouco por sua lógica interna: “é recebendo o papel de refugo nos projetos humanos que os objetos materiais, sejam eles humanos ou inumanos, adquirem todas as qualidades misteriosas, aterrorizantes, assustadoras e repulsivas”².

Para o desenvolvimento do lixo humano, conforme explica Bauman, impõe-se também construir novas prisões, aumentar o número de delitos, de sentenças mais duras e penas longas em prol dessa atividade industrial de intensa criminalização dos problemas sociais.

¹ *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar Editor, 2005, p. 32.

² Op. cit., p. 32.

Michel Foucault aponta, historicamente, as crises econômicas que atingiram a Europa no século XIX como nascedouro do que denomina ilegalismos populares, direcionados contra leis restritivas e a propriedade da terra, momento em que se multiplicam os roubos e pilhagens. Nesse instante é que surge o conceito de que o crime é de toda uma classe de pessoas e os criminosos pertencem à última fileira da ordem social, constituindo a delinqüência, que deve ser controlada³.

Na mesma linha, de forma semelhante, coloca-se o pensamento de Nils Christie, no sentido de que o surgimento do excedente populacional advindo do crescimento do desemprego, para o que contribuíram o progressivo ingresso da mulher no mercado de trabalho e a queda dos regimes socialistas do leste, trouxe à tona a questão de como controlar as classes perigosas e os que não possuem trabalho, chamados por ele de “acionistas do nada”. Uma destas formas de controle se dá por meio das drogas: “a guerra contra as drogas abriu caminho para a guerra contra as pessoas tidas como menos úteis e potencialmente mais perigosas da população”⁴.

Partindo da construção de Bauman sobre uma imensa categoria de pessoas destinadas ao refugio da sociedade, propõe-se, no presente trabalho, uma análise do Direito Penal como ferramenta alimentadora e legitimadora do sistema penal, constituindo-se, assim, num dos responsáveis pela seleção de seres humanos sobre quem recairá a qualificação de criminosos e perigosos, que, portanto, devem ser afastados do convívio social e controlados de qualquer maneira.

Para tanto, impõe-se a análise da seleção que se faz nas duas grandes frentes dessa batalha surda que se trava no interior sistema penal, que são a criação da legislação penal e sua aplicação pelos operadores do Direito, como instâncias de construção do conceito de crime e da punibilidade de seus agentes.

³ *Vigiar e Punir*. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977, pp. 242-243.

⁴ *A indústria do controle do crime*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 65.

O estudo do Direito como ciência tem-se limitado, sobretudo a partir do século XX, ao exame do universo das normas e do ordenamento jurídico, tomados sob o prisma lógico, técnico, ou deontológico, circunscrevendo-se, fundamentalmente, às fontes legislativas. Nesse contexto, a chamada dogmática jurídica, constituída por um corpo de regras, doutrinas e de teorias que visam a uma proposta de solução técnica dos conflitos interpessoais, parece não levar em conta a dinâmica da realidade social que subjaz às normas jurídicas, fazendo pouco da contínua criação do Direito, constituída pelo trabalho de sua interpretação e aplicação pelos operadores jurídicos.

Segundo Nilo Batista, “seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centras de sistemas penais como o brasileiro. Não pode o jurista encerrar-se no estudo – necessário, importante e específico, sem dúvida – de um mundo normativo, ignorando a contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam”⁵.

No âmbito de um estudo crítico do Direito Penal, disciplina jurídica incumbida da classificação das ações consideradas delituosas e seu tratamento por meio da imposição de penas, tem-se já como certo - o que se deve à influência de um moderno pensamento criminológico, desenvolvido nos anos sessenta do século passado - que o crime constitui uma realidade construída pela sociedade e, em especial, pelo Estado e seus operadores jurídicos, sendo, assim, um dos pressupostos da seletividade penal.

O chamado crime se define como uma infração, ou violação, da norma do Estado, idéia que se contém no famoso aforismo “*nullum crimen sine lege*”, utilizado como sustentáculo do princípio da legalidade dos delitos. Só é crime aquilo que as leis o definem como tal. Seu estudo, para além das regras e princípios dogmáticos do Direito Penal, é, também, objeto da criminologia, disciplina que, historicamente, procurou dedicar-se apenas à

⁵ *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 4ª ed., 2001.

figura do criminoso, violador das normas penais e assim classificado por elas, sendo considerado como ente anormal ou perigoso, que necessitaria tratamento punitivo ou terapêutico, com base nos antecedentes sociais ou psicológicos de sua conduta considerada patológica.

A partir de meados do século XX, a ênfase do estudo criminológico se deslocou da análise da conduta ou da ação considerada delituosa do agente e sua personalidade, assim classificadas pela sociedade, para o processo de criação das normas e sua aplicação, uma vez que é o sistema penal que formula o conceito de crime e estabelece suas conseqüências, que são as penas. A chamada criminologia da reação social, expressão que, na verdade, contém diversas correntes teóricas, difere da criminologia tradicional, cuja função implícita, como esclarece Lola Aniyar de Castro, “é a de dar suporte de aparência científica às atividades de controle social formalizado”⁶.

A nova abordagem criminológica, ainda segundo a mesma autora, objetiva conhecer como se dá a criminalização de condutas lícitas mediante a criação de normas penais e como tal operação interfere na criminalidade dos indivíduos e perpetuação do papel delitivo, contendo em si algumas teorias como da rotulação, do estigma e do estereótipo. Essa perspectiva, em termos gerais, acaba por constituir importante ferramenta de análise crítica do sistema penal, principalmente sob o ponto de vista de sua seletividade.

O crime é, assim, um fato institucional, criado e alimentado pelas instituições sociais, o que, para os estudiosos dessa vertente criminológica desenvolvida sob o enfoque da chamada reação social, assemelha-se a um jogo de qualquer espécie, que não existe como coisa em si, mas apenas como construção normativa. É o sistema penal que sustenta o chamado crime como criatura social e jurídica, apesar da inegável realidade fática da conduta do agente, que efetivamente existe no mundo dos acontecimentos.

⁶ *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983, p. 53.

O crime, pois - e também a punição - é construção cultural, sujeita ao crivo valorativo da sociedade enquanto sistema penal, constituindo realidade selecionada por esta última dentre a multiplicidade de condutas praticadas por seres humanos determinados. Inexiste, assim, uma ontologia do crime, no sentido de constituir um ser em si, dotado de uma essência, a partir da qual se extrairiam necessariamente conseqüências para outros seres. Nils Christie afirma que “o crime não existe. É criado. Primeiro existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a esses atos”⁷.

O sistema penal seleciona algumas dessas condutas e as erige à condição de ações perigosas à sociedade, definindo, assim, o que chama de crime e o criminoso. Mais do que isso, tal sistema seleciona o refugio humano da sociedade como alvo do arranjo da própria ordem jurídica penal. Como sustenta Zygmunt Bauman, a norma precede a realidade e o que seria uma ontologia do ser humano, criando “uma categoria universal de marginalizados/excluídos, e o direito de estabelecer um ‘fora dos limites’, fornecendo assim o lugar de despejo dos que foram excluídos, reciclados em refugio humano”⁸. Loïc Wacquant aprofunda a mesma imagem, apontando a transformação histórica de uma comunidade incluyente do estado social em passagem para um estado penal excluyente, com a formação de guetos urbanos como depósitos de lixo para o refugio humano⁹.

Segundo Alessandro Baratta, o sistema penal realiza a reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, colocando em ação processos marginalizadores e criando contra-estímulos à integração de setores mais baixos e marginalizados do proletariado¹⁰. Tal processo se verifica na chamada criminalização primária, que vem estabelecida nas normas jurídicas, e também na secundária, a cargo das instituições sociais, como a Polícia, o Ministério Público e a Justiça Penal.

⁷ *A indústria do controle do crime*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 13.

⁸ *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2005, p. 43.

⁹ *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2001.

¹⁰ *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

Michel Foucault situa a seletividade no interior da própria legalidade, mercê da criação de uma proibição em seu entorno, ou seja, “um campo de práticas ilegais, sobre o qual se chega a exercer controle e a tirar um lucro ilícito por meio de elementos ilegais, mas tornados manejáveis por sua organização em delinquência”¹¹. Em tal organização exercem papéis importantes os operadores do Direito e as agências oficiais de controle. Para Foucault, resulta claro que a ação seletiva consiste em atender à demanda para a criação de uma delinquência, diferenciando as ilegalidades. A justiça criminal desempenha o papel de caução legal e princípio de transmissão¹².

Com efeito, num primeiro momento de atuação do sistema penal, a seleção é estabelecida pelas leis. São as normas estatais que definem, em primeiro plano, as condutas que irão classificar como crimes e quais as conseqüências propostas. As técnicas jurídicas usadas nas classificações, por exemplo, costumam agravar as soluções penais para as condutas normalmente atribuídas a membros das camadas populares, o que ocorre nos crimes patrimoniais como furto e roubo, que deixam pouco espaço para soluções absolutórias ou de baixa punibilidade. Já os crimes contra a ordem tributária, por exemplo, trazem, na própria lei, vias alternativas e estratégicas de despenalização.

Em segundo lugar, o processo de seleção é feito pelas instituições incumbidas da aplicação das leis, a começar pela Polícia, que realiza seleção considerada de pequeno calibre, com filtragem grossa, muito embora, em um contacto inicial com as condutas humanas, não deixe nunca de interpretá-las a seu modo e realizar uma primeira seleção penal, relevando ações que, em tese, estão contidas nas normas penais e sobrevalorizando outras, a incluir a adoção de mecanismos punitivos colocados claramente à margem da lei.

¹¹ *Vigiar e Punir*. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977, p. 246.

¹² *Op.cit*, p. 248.

A seletividade mais apurada das condutas humanas aumenta a partir do transcurso da investigação pela Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e órgãos incumbidos da execução penal. Daí porque é questionável que se estabeleçam como objeto da pesquisa social as pessoas que cumprem pena em presídios ou delegacias como amostragem dos comportamentos criminosos, uma vez constituírem elas próprias produto de processos de seleção social em diversos estágios mediante procedimentos variados, a incluir o próprio universo da vida no cárcere.

Tais procedimentos, seja no âmbito das ações policiais, seja no interior do processo criminal, em que dispositivos do sistema penal são colocados à disposição do Ministério Público e do Poder Judiciário, é que irão demonstrar de que maneira se realizará a seleção de condutas e pessoas, subtraindo algumas destas do sistema e incluindo outras, a serem controladas ou descartadas como refugio humano.

Segundo Massimo Pavarini, a criminologia, desde seu início, auto-limitava seu próprio interesse unicamente pelo delinqüente que pode ser conhecido no cárcere, ignorando deste modo a realidade social em que viveu e em que voltará a viver. O objeto dessa criminologia não é assim tanto o delinqüente quanto aquele delinqüente reduzido a desviado institucionalizado, isto é o encarcerado¹³.

Nesse sentido é que se situa a definição de delinqüente, apresentada por Foucault, fruto do internamento carcerário, que começa a definir-se no século XIX:

“Procurou-se constituir, no próprio interior das massas populares, um pequeno núcleo de pessoas que seriam, por assim dizer, os titulares privilegiados e exclusivos dos comportamentos ilegais. Pessoas rejeitadas, desprezadas e temidas por todo mundo”¹⁴.

¹³ *Control y Dominación*. Tradução para o espanhol de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2003.

¹⁴ *Entrevistas*, com Roger Pol-Droit. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2006, p. 47.

Assim, a prisão, como mecanismo de seleção, suas técnicas e procedimentos, transformam o infrator em delinqüente, para o que também exercem papel relevante os juizes e tribunais. É o mesmo Michel Foucault quem explica: “a vigilância policial fornece à prisão os infratores que esta transforma em delinqüentes, alvo e auxiliares dos controles policiais que regularmente mandam alguns deles de volta à prisão”¹⁵.

Este retorno à prisão deve muito, não só à própria ação dos controles policiais, como à futura seleção que a Justiça penal fará, não exatamente sobre a conduta, mas fundamentalmente sobre as pessoas desses recalcitrantes, tidos como perigosos ou anormais. Aqui se situam, especificamente, os arsenais de normas que diferenciam os que são reincidentes ou possuem antecedentes criminais e também os inumeráveis dispositivos jurisprudenciais e doutrinários que servirão de base às novas seleções e incriminações.

O objeto da ação dos juizes e tribunais passa a ser, pois, o indivíduo perigoso construído a partir de elementos biográficos, tal como aparece, com alguma clareza, nos exames psiquiátricos de insanidade, realizados nos processos criminais. Procedendo a uma análise histórica dos exames psiquiátricos a que eram submetidos autores de crimes, Michel Foucault deixa claro que o Poder Judiciário transforma-se em

“instância de controle do anormal”, tratando-se do monstro de conduta, o monstro moral, como indivíduo a ser corrigido na justa medida: “De Pierre Rivière a esses criminosos de hoje, é sempre o mesmo tipo de discurso que se faz”¹⁶.

No âmbito das instituições penais, a seletividade, a incidir sobre as pessoas, opera com diversas variáveis, como classe social e raça, por exemplo, demonstrando preferência por pobres, miseráveis, desempregados, negros e mulatos, além de jovens,

¹⁵ *Vigiar e Punir*. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977, p. 248.

¹⁶ *Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001, p. 45.

contestadores e rebeldes, que fornecerão um perfil pessoal, racial, político e profissional apropriado a receber as etiquetas do sistema penal.

A seleção dá-se mediante a influência de vários outros fatores, que se harmonizam com as variáveis apontadas, como a maior ou menor visibilidade da ação humana, as circunstâncias do fato, a aparência das pessoas e sua posição social, a habilidade em evitar o registro da ocorrência na Polícia, com eventual poder de negociação, não só nos casos de crimes praticados no mundo empresarial ou em meio a simples desentendimentos familiares.

No trabalho da Polícia, a seletividade assume, às vezes, a forma de amostragem, incidindo sobre clientes prospectivos, que, por sua vez, influenciarão a posterior seleção judicial. É o que esclarece Jock Young:

“A Polícia deixou de suspeitar de indivíduos e passou a suspeitar de categorias sociais. Por exemplo, quanto a parar e revistar: é mais efetivo suspeitar das categorias consideradas mais propensas a cometer infrações (e.g. negros, irlandeses, homens jovens da classe operária) do que suspeitar de indivíduos. Joga-se o arrastão em águas de resultados mais prováveis e ricos, em vez de se tentar a sorte de achar a maçã no cesto, isto é, de efetuar prisões procedendo na base de indivíduo por indivíduo. A velha evocação ‘prenda os suspeitos de sempre’ se transforma em ‘prenda as categorias de sempre’¹⁷.

Alessandro De Giorgi vai ainda mais além, ao afirmar que o recrutamento da população carcerária ocorre com base na identificação de classes de sujeitos consideradas produtoras de risco, potencialmente desviantes e perigosas para a ordem constituída. Assim,

“não são mais tanto as características individuais dos sujeitos que constituem o pressuposto (e ao mesmo tempo o objeto) das estratégias de controle, mas sim aqueles indícios de probabilidades que permitem reconduzir determinados sujeitos a classes perigosas específicas. Isso significa, concretamente, que categorias inteiras de indivíduos deixam

¹⁷ *A sociedade excludente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002, p. 74.

virtualmente de cometer crimes para se tornarem, elas mesmas, crime”¹⁸.

Ilusória, pois, a impressão de que o sistema penal foi concebido para oferecer resposta à totalidade das infrações legais. Como afirma Edson Passetti,

“o próprio sistema penal não foi criado para responder a todas as infrações a ele encaminhadas. Desta maneira, conclui-se que o sistema penal processa, prende e sentencia pelo dispositivo da seletividade, e os seus alvos principais se ampliam ou se concentram a partir das populações pobres e miseráveis, das pessoas que atentam contra a moral e dos rebeldes contestadores do conformismo”¹⁹.

Grande parte das soluções seletivas atuam basicamente em estágio anterior à judicialização dos conflitos, ocorrendo no momento da entrada em cena das instituições policiais, em que a definição de condutas como criminosas encontra seu primeiro teste social, transformando suspeitos sociais em alvos concretos do sistema penal. A par da criminalização de alguns, o descarte de suspeitos e a busca de uma negociação entre as partes envolvidas em determinados conflitos constituem procedimentos que parecem a todos como expedientes considerados naturais, deixando entrever sinais de um modelo penal alternativo, no sentido de legitimar a imunidade penal de determinadas condutas humanas e agentes sociais em detrimento de outras, para as quais é reservada uma eficaz atuação punitiva, de que são exemplos extremos as execuções de pessoas por parte dos policiais em sua tarefa diária de investigação e abordagem dos que consideram como suspeitos.

Como exemplo, pode-se citar a figura do delito de seqüestro, com definição normativa geral no art. 148 do Código Penal brasileiro, que abrangeria a totalidade das condutas que significam a privação da liberdade de determinada pessoa, a incluir o seqüestro de filho menor por pai ou mãe separados, desprovidos da guarda da criança, em quadro de

¹⁸ *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2006, p. 98.

¹⁹ *Ensaio sobre um abolicionismo penal*, in Revista “Verve”, vol. 9. São Paulo: Núcleo de sociabilidade libertária, 2006, p. 91.

conflito familiar. Tal situação, porém, em um caso concreto, manipulada pelas instituições penais (Polícia, Ministério Público e Justiça penal), dificilmente seria considerada típica do crime de seqüestro, o qual, de fato e considerando o mundo das práticas policiais e judiciais, limita-se às hipóteses de ações envolvendo pessoas (acusados e vítimas) de espectro social diferente, em que os suspeitos sejam classificáveis em um quadro de marginalidade.

O fato apontado na primeira hipótese poderia ser facilmente interpretado, já nos registros policiais, ressalvada a possibilidade de crime de subtração de incapaz (art. 249 do Código Penal), como mero desentendimento familiar ou “desinteligência”, expressão genérica utilizada na definição de conflitos que carecem de caracterização técnica, a critério da autoridade policial, tratando-se, pois, de conflito que deve ser resolvido na esfera civil, muito diversa do sistema penal.

O que as novas abordagens criminológicas procuram demonstrar e trazer como contribuição para o conhecimento da criminalização é a idéia da efetiva problematização do que se chama como crime, no sentido de que o desvio é fruto de uma avaliação e construção humanas. Jock Young toma como exemplo o homicídio:

“matar alguém pode ser um ato de heroísmo se cometido por policiais ao enfrentar ladrões armados, ou pode ser um ato de extrema imoralidade se cometido pelos ladrões. Injetar morfina pode ser um ato legal de ditosa necessidade se empreendido por doentes terminais, e pode ser um ato evocador de todos os poderes proibitivos do Estado se cometido por um viciado de rua”²⁰.

O mesmo autor apresenta ainda, como exemplo de problematização atual da criminalização, que também pode ser constatada no universo do sistema judiciário penal, a questão do estupro, vista por outro ângulo, a partir da posição das pesquisadoras feministas, no sentido de que as definições convencionais de tal ação criminosa não guardam

²⁰ *A sociedade excludente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, pp. 67-68.

correspondência com a realidade, trazendo para o debate sobre o que constitui o estupro as relações sexuais forçadas no casamento ou em contextos de encontro, questionando, assim, os limites da coerção e consento nos relacionamentos sexuais²¹.

Ao apresentar tais exemplos, Young sustenta que a realidade consiste em uma série de gradações, que, portanto, abrem caminho a avaliações diferenciadas, inclusive, como buscaremos demonstrar, por parte do sistema penal e seus operadores na classificação das ações criminosas, com vistas aos resultados punitivos almejados.

A multiplicidade de condutas humanas de toda espécie, envolvendo pessoas diversas, constitui manancial que desafia as soluções normativas genéricas contidas nas leis penais, em que as descrições das condutas consideradas delituosas apresentam-se com caracteres universais, contaminados por expressões ambíguas e vagas. Os comportamentos, embora classificáveis genericamente em tais moldes normativos, poderão ou não sofrer a incidência das normas penais; vale dizer, a definição do que constitui crime, em cada situação, dependerá exclusivamente de uma operação de ajuste do fato à lei, ou desta ao fato, a ser realizada pelos agentes do sistema penal. Daí resultará a criminalização de algumas condutas, relativas a certas pessoas, e o afastamento de outras do âmbito de incidência das normas penais, em perfeita convivência com o discurso jurídico da igualdade de todos perante as leis.

A operação de ajuste pode ser melhor definida como gerência, gestão ou modulação, considerando o conceito de sociedade de controle a que se refere Deleuze, de que o exercício do sistema penal, para além da universalidade estática da lei, constitui um exemplar notável.

Nesse sentido é que deve ser compreendida a diversidade de instrumentos postos a serviço dos juizes e tribunais na classificação definitiva das condutas a serem efetivamente criminalizadas e aplicação das penas, o que se vê, com maior clareza, por exemplo, nas operações de adequação dos fatos às leis penais, na quantificação, escolha de

²¹ Op. cit., pp. 69-70.

modalidades punitivas, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e outras, compondo realidade que pode ser associada com o que Deleuze chama de “um novo regime de dominação”²².

Segundo Michel Foucault,

“compreende-se que o poder da norma funcione facilmente dentro de um sistema de igualdade formal, pois dentro de uma homogeneidade que é a regra, ele introduz, como um imperativo útil e resultado de uma medida, toda a gradação das diferenças individuais”²³.

Tais diferenças irão confluir naquilo que o pensador francês procura definir como ilegalismos, que são fruto do próprio aparelho policial e também judiciário e não podem ser vislumbrados como algo negativo ou irregular. Muito pelo contrário,

“o ilegalismo não é um acidente, uma imperfeição mais ou menos inevitável. É um elemento absolutamente positivo do funcionamento social, cujo papel está previsto na estratégia geral da sociedade. Todo dispositivo legislativo organiza espaços protegidos e aproveitáveis, em que a lei pode ser violada, outros em que ela pode ser ignorada, outros, enfim, em que as infrações são sancionadas”²⁴.

É sobre o trabalho dos operadores do Direito, portanto, que se impõe direcionar primordialmente a análise social da seletividade penal, objeto da presente pesquisa, visando esclarecer como as instituições penais, por seus agentes, lêem as condutas consideradas infracionais, colocando-as a serviço dos estereótipos previamente criados no seio mesmo da aplicação das leis.

²² *Pós-scriptum sobre as sociedades de controle*. In “Conversações”. Trad. Peter Pál Perbart. São Paulo: Ed. 34 Letras, 2004, p. 225.

²³ *Vigiar e Punir*. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977, p. 164

²⁴ *Entrevistas*, com Roger Pol-Droit. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2006, p. 50.

O trabalho seletivo dos operadores resulta na criação de um novo contexto normativo, algo diverso das normas estatais propriamente ditas, muito mais rico de possibilidades e interessante como território de seleção e gestão de pessoas. No dizer de David Garland, o extraordinário apego dos governos às soluções penais para lidar com o comportamento de populações marginalizadas deve-se ao fato de possuírem baixo custo e poucos oponentes políticos, harmonizando-se com o senso comum no que concerne às fontes da desordem social e à adequada atribuição de culpa. E também

“Porque elas se amparam em sistemas de regulação existentes, deixando intocados os arranjos sociais e econômicos fundamentais. Sobretudo, porque elas concentram o controle e a condenação de grupos excluídos, deixando relativamente livre de regulação e censura o funcionamento dos mercados, das empresas e das classes sociais mais favorecidas”.

Sem embargo do princípio da legalidade dos delitos e das penas, os tribunais e operadores jurídicos agem algo discricionariamente, movendo-se no espaço da incerteza das normas, por meio das chamadas regras de julgamento, alimentadas continuamente pelos dados construídos pela ciência jurídica. As normas primárias são as próprias leis definidoras de comportamentos criminosos.

É certo, igualmente, que tanto a criação das leis penais quanto sua aplicação pelos operadores do Direito sofrem influência direta do mundo da informação e da mídia, que transforma o delito e a punição em notícia, reconstruindo crimes, selecionando-os e agindo sobre a Polícia, o Ministério Público, o Poder Legislativo e os julgamentos pelos juizes e tribunais. A imprensa constitui, portanto, ferramenta governamental com importante papel na definição de condutas e pessoas, contribuindo, assim, para o papel seletivo do Direito Penal.

Para Foucault,

“as práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas”²⁵.

A seleção das infrações, segundo o pensador francês, na verdade, encobre a seleção dos indivíduos, que passam a constituir-se em alvo da punição e necessitam ser controlados e domados em sua suposta periculosidade e agressividade, segundo critérios científicos obtidos das humanidades. Não se punem os delitos, mas “as paixões, os instintos, as anomalias, as enfermidades, as inaptações, os efeitos do meio ambiente ou de hereditariedade”. Cumpre, assim, para Foucault, à ciência penal, como à criminologia e à medicina,

“dar aos mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram mas sobre o que eles são, serão ou possam ser”²⁶.

Em “Vigiar e Punir”, Michel Foucault procede a uma análise histórica daquilo que chama de as ilegalidades de bens, em contraposição às ilegalidades dos direitos, a partir de fins do século XVIII com o desenvolvimento do capitalismo. A primeira é mais acessível às classes populares - transferência violenta da propriedade - que hoje poderíamos associar aos crimes de furto, roubo e extorsão. A segunda é reservada à burguesia:

²⁵ *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 11.

²⁶ *Vigiar e punir*. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977, p. 22.

“a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação – margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato”²⁷.

Na ciência penal, domínio dos especialistas e estudiosos das normas penais, a tarefa de manipulação das ilegalidades e construção dos chamados ilegalismos deve ser atribuída primordialmente à hermenêutica jurídica, dentre outros dispositivos nomeadamente científicos que servem à aplicação seletiva das normas penais.

O trabalho dos operadores jurídicos – em especial os aplicadores que farão nascer as decisões dos conflitos interpessoais – implica, pois, tarefa de conhecimento, ou um saber especializado, que se estrutura sobre o conceito de interpretação das leis. Hans Kelsen, considerado pai do positivismo jurídico moderno, cuja obra constitui um esforço de criação de uma ciência “pura” do Direito, denomina a interpretação realizada pelos juízes e tribunais de interpretação autêntica, exatamente por ser aquela que fixará definitivamente, para o caso em exame e talvez para casos semelhantes futuros, a pretensa verdade do Direito.

Kelsen pretendeu construir uma teoria rigorosa da logicidade do sistema jurídico, o qual, a seu ver, não chega a apresentar lacunas, uma vez que é o próprio ordenamento jurídico que as institui, municiando os juizes e tribunais das ferramentas técnicas para a integração das normas, vale dizer o preenchimento de tais lacunas. Admite, porém, ele próprio que os tribunais acabam por criar o Direito ao transformarem a regra geral em direito individual, dentro de uma ordem jurídica genérica. Como afirma, “a decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica”²⁸.

Continuando, Kelsen assevera que

²⁷ Op. cit., p. 80.

²⁸ *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996, p. 283.

“na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva (...). Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda”²⁹.

Kelsen deixa entrever ainda que o ato interpretativo é capaz de “produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.

Na obra “Estado de exceção”, o filósofo italiano Giorgio Agamben sustenta que o espaço de aplicação do Direito constitui uma técnica de governo, caracterizadora de um estado de exceção sem direito, que se mostra essencial à ordem jurídica. A decisão judicial constitui uma zona de indiferenciação entre fato e direito, estratégia dos juizes para definir, em última análise, qual é o direito. Nos casos de necessidade e mesmo de lacuna jurídica, a decisão configuraria, assim, um verdadeiro estado de exceção que escapa à universalidade do ordenamento jurídico, situando-se ao mesmo tempo dentro e fora deste³⁰.

Carl Schmitt deixa claro que o caso de exceção pode escapar da norma geral, cabendo ao soberano sua inclusão no contexto normativo. Após criticar a proposta kelseniana de um estado de direito absoluto, com características teológicas, que, em sua racionalidade, não admite a exceção, Schmitt afirma que “a ordem jurídica como toda ordem repousa em uma decisão e não em uma norma³¹”. A norma implica a existência de um meio homogêneo, ou uma ordem, para que a ordem jurídica tenha um sentido, a partir de uma situação normal assim decidida pelo soberano.

Imperiosa, assim, a tarefa de um exame crítico da hermenêutica jurídica, que ainda é sustentada pela idéia de busca de um sentido último das coisas, o qual possa legitimar, no âmbito do Direito Penal, com foros de ciência, a seleção feita sobre pessoas e

²⁹ Op. cit., p. 394.

³⁰ *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

³¹ *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Ed. Rel Rey, 2006, p. 11.

atos. Assim, os dispositivos legais movem-se ao sabor da compreensão realizada por seus operadores, que reconstróem situações descritas nas normas e também os próprios fatos postos sob julgamento, avaliando provas, direcionando soluções para pessoas determinadas no tempo e no espaço, nas quais se encontram implicados os próprios operadores.

No exame do processo de criação das normas penais, no âmbito legislativo, contribuição teórica importante é a dos pensadores de orientação marxista, que se debruçam sobre as leis do Estado como instrumento de dominação de uma classe sobre outra. Nesse sentido, podem-se apontar tópicos importantes para a compreensão do caráter seletivo do sistema penal brasileiro, como a hipótese da valorização dos crimes patrimoniais, e as normas que garantem privilégios, no Direito Penal e no Direito Processual Penal, para determinadas classes de pessoas, com reflexos no processo de criminalização de condutas.

Porém, é na aplicação de tal estoque normativo por parte das instituições sociais que se vê com maior clareza a presença da seletividade penal objeto da presente pesquisa. Importa considerar, por exemplo, como as instituições penais retratam as situações concretas em que julga necessária a decretação da prisão preventiva de suspeitos, ou o que entendem por periculosidade social de tais pessoas, muito embora ainda nem sequer condenadas por uma decisão judicial. O ingresso de suspeitos no sistema carcerário dá-se, portanto, também através de decisões provisórias de juízes e tribunais em situações pontuais, considerando características pessoais de determinados acusados, seu passado e um prognóstico sobre seu futuro.

A pesquisa buscou elementos teóricos na criminologia da reação social, criminologia crítica ou nova criminologia, que viceja a partir dos anos sessenta do século passado, preocupada com a compreensão da realidade do crime como construção social e modalidade de controle dos indivíduos.

Já no início do século XX, a Escola de Chicago parece ter contribuído para o lançamento do embrião da nova visão criminológica, entendida como um problema de interpretação do comportamento delituoso, reduzindo a importância do positivismo e do pensamento criminológico clássico, o qual, elegendo os criminosos e perigosos como objeto de estudo, não questionava o processo de criminalização.

A Escola de Chicago desenvolveu a importância da pesquisa empírica e, num primeiro momento, significou um deslocamento para o que ocorria nas cidades, na movimentação das pessoas, nos problemas relacionados ao trabalho e moradia, com vistas à formulação de uma política criminológica reformista e preventiva.

O deslocamento da análise para fora da pessoa do criminoso abriu caminho para um pensamento criminológico preocupado com a própria definição social do crime e do criminoso e seu condicionamento, de que são exemplos, na chamada Segunda Escola de Chicago, a teoria do etiquetamento, a etnometodologia e os trabalhos de Erwin Goffman³².

Tal criminologia, porém, marcada pelo viés funcionalista, sofreu uma criação ainda maior nos anos sessenta, com o aumento do teor crítico, mercê da adoção, por vários de seus pensadores, da teoria marxista do conflito e do interacionismo aplicado ao crime.

Para o pensamento interacionista, a ação e a leitura da ação se confundem. É a linguagem que produz os fatos, tais como se nos apresentam, diferindo os chamados fatos institucionais dos demais fatos que não sofrem a intervenção construtiva do ser humano, chamados de fatos brutos. O crime é uma realidade institucional; sem a norma, ele é um simples gesto.

A análise criminológica, sob tal perspectiva, traz em si questões a respeito dos caminhos que antecedem a existência das normas penais, bem como dos interesses por

³² Alain Coulon. *A Escola de Chicago*. Trad. Tomás R. Bueno. Campinas: Ed. Papyrus, 1995, pp. 123-126.

elas protegidos e os alvos de sua ação repressiva. Num segundo momento, impõe-se a compreensão sobre a reação social e institucional em face de determinadas condutas humanas.

Como esclarece Sérgio Salomão Shecaira,

“a teoria do *labelling*, também chamada de interacionista ou da rotulação social, parte da premissa segundo a qual a sociedade não é um todo consensual, mas que vivemos em uma sociedade pautada pelo conflito. A pergunta, formulada até então, para saber quais eram as razões que levavam algumas pessoas a ter motivações delituosas, é substituída pela indagação: por que pessoas convencionais não seguem os impulsos desviantes que todos têm? Partindo-se desse relativismo moral, chega-se à conclusão que o cometimento de um delito – a chamada desviação – não é uma qualidade ontológica da ação, mas o resultado de uma reação social; conclui-se, também, que o delinqüente apenas se distingue do homem normal devido à estigmatização que sofre, particularmente aquela decorrente do recolhimento às chamadas instituições totais, em especial a prisão”³³.

Cumprido debruçar-se, portanto, sobre a distinção construída entre criminosos e não criminosos, fruto não só do pensamento criminológico tradicional como também de uma imprecisa, embora interessada, classificação entre violadores e não violadores da lei. O criminoso é o produto de um processo de seleção e é esse processo, como fato institucional, que necessita ser analisado e estudado. O processo, no entanto, é heterogêneo, compondo um quadro amplo, marcado, no caso da atuação dos operadores do Direito, pelos caminhos e dispositivos estabelecidos pela dogmática penal, composta pelas leis penais, doutrina e jurisprudência, por meio da construção de categorias jurídicas que sustentam a seleção e lhe dão legitimidade.

Não se ignora, porém, a existência de desequilíbrios e resistências no interior do sistema penal relativamente aos processos de seleção, que impedem um perfil harmônico do sistema, alimentado por instituições e pessoas que não atuam monoliticamente, como a Polícia, membros do Ministério Público e os juízes e tribunais.

³³ *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 366.

Para tanto, constitui objeto privilegiado de estudo a adoção de entendimentos diversos na prática do sistema penal, em determinadas situações concretas, por parte das principais instituições incumbidas do controle punitivo. Tais instituições são dotadas de visões de mundo relativamente diferentes sob o ponto de vista do sistema penal e com diversificado grau de permeabilidade política.

Nesse quadro é que se propõe, juntamente com a Justiça criminal, o exame da instituição do Ministério Público, como dotada de interessante heterogeneidade, mormente no caso brasileiro, em que o promotor de justiça, na esfera criminal, divide-se em papéis distintos: o autor da ação penal, incumbido de formular a acusação, e o fiscal da lei, atento à regularidade formal do processo e ao respeito aos direitos das pessoas envolvidas, com papel garantista e legalista muito próximo do ideário adotado, em termos gerais, pelo Poder Judiciário.

O presente trabalho envolve a análise pontual da atuação de membros da instituição do Ministério Público e da Justiça penal, compreendido aquele em seu papel de agente e interveniente nos processos criminais com vistas à construção de um modelo de seletividade penal, a ser recepcionada e alimentada pragmaticamente por esta última.

Tomaram-se como universo de pesquisa qualitativa tópicos da jurisprudência brasileira a propósito de algumas questões penais e processuais penais, bem como alguns dados colhidos em processos criminais em grau de recurso, distribuídos em segunda instância ao Tribunal de Justiça de São Paulo e também do recém extinto Tribunal de Alçada Criminal, que detinha a competência para o exame de parcela significativa do universo penal, como os crimes patrimoniais. Cuida-se do exame de fragmentos de um grande universo de processos criminais, sem preocupação com a apresentação de regularidades numéricas como verdades quantitativamente comprovadas.

Tais dados foram retirados de processos criminais dos anos de 2000 a 2008, abrangendo aproximadamente 4.700 processos, e também de pesquisa jurisprudencial realizada em repertórios de jurisprudência relativos a processos criminais que tramitaram nos anos anteriores, a incluir outros tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Os processos examinados referem-se primordialmente a crimes cujo julgamento era da competência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, passando, a partir de sua extinção, em 2006, ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Antes da extinção, competia àquele tribunal o julgamento dos processos relativos a todos os crimes apenados com detenção e crimes patrimoniais, bem como por crimes de uso e tráfico de entorpecente (antiga lei 6368/76).

Tais feitos, com a extinção, passaram à competência do Tribunal de Justiça. Desse universo de processos é que foram retirados, no período indicado, os processos referidos, a mim distribuídos para parecer, como membro do Ministério Público em segunda instância, em grau de recurso, feitos já com sentenças de primeiro grau, oriundos de todas as comarcas do Estado de São Paulo. Englobam crimes patrimoniais (furto, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, dano, apropriação indébita, estelionato, outras fraudes, receptação), todos os crimes apenados com detenção, e outros de leis esparsas, como uso e tráfico de entorpecente, crimes contra a ordem econômica e tributária, crimes contra o consumidor, contra o meio ambiente, crimes de porte de arma e crimes de trânsito, além de todos os incidentes de execução penal.

Todos esses processos foram examinados quando da análise para parecer, tratando-se de recursos de apelação, recurso em sentido estrito, embargos infringentes, revisão criminal e agravo em execução. A análise, para efeito de coleta de dados, dirigiu-se, com maior ênfase, nos processos recebidos nos anos de 2006, 2007 e 2008,

num total de 1897 processos, os quais apresentam a seguinte conformação, quanto ao número de feitos e natureza dos crimes mais recorrentes:

Ano de 2006: total de 605 processos, sendo 249 por crimes de roubo e extorsão, 100 por crimes de furto, 98 por uso e tráfico de droga, 40 por porte ilegal de arma, 37 por receptação, 29 por estelionato, 08 por apropriação indébita e 01 por crimes das leis 8137/90 e 8176/91 (contra a ordem econômica e ordem tributária). Outras espécies de crimes constituem quantidades extremamente baixas, sem nenhuma significação, como crimes de imprensa (02), dano (01), lesão corporal (03), contra a honra (02), invasão de domicílio (01), resistência e desacato (01).

Ano de 2007: total de 670 processos, sendo 235 por crimes de roubo e extorsão, 142 por furto, 111 por uso e tráfico de droga, 65 por porte ilegal de arma, 28 por receptação, 42 por estelionato, 10 por apropriação indébita, 06 por crimes das leis 8137/90 e 8176/91. Desprezaram-se os demais delitos, devido à quantidade insignificante.

Ano de 2008: total de 622 processos, sendo 213 por crimes de roubo e extorsão, 111 por furto, 155 por uso e tráfico de droga, 53 por porte ilegal de arma, 29 por receptação, 10 por apropriação indébita, 03 por crimes das leis 8137/90 e 8176/91. Da mesma forma, desprezaram-se os demais delitos, devido à quantidade insignificante.

O primeiro capítulo apresenta os conceitos clássicos da concepção contratualista do Direito, em sua construção a partir do século XVIII, a explicitar o papel do princípio da legalidade na formação do pensamento penal, em que a tarefa da interpretação, a cargo dos juizes, é retratada com extrema desconfiança, deixada em segundo plano, em nome da preservação da figura de um legislador onipotente, onisciente e imparcial.

No universo penal brasileiro, são examinadas algumas leis e dispositivos do Código Penal como representativos da seletividade realizada pela via legislativa, seja em contraposição às leis civis, esclarecendo, portanto, como se dá a diferenciação entre Direito Civil e Direito Penal, seja no interior das próprias leis penais, que contêm tratamento diferenciado aos responsáveis pelas práticas delituosas.

As leis penais são apresentadas, portanto, como instrumento explícito de seleção social, a qual, no entanto, para legitimar-se procura servir-se de princípios estratégicos da moderna dogmática penal, como os conceitos de lesividade, fragmentariedade e minimalismo penal, como definidores do Direito Penal e da atuação do sistema penal. O objeto explícito de estudo serão tópicos da legislação penal e processual penal, notadamente em sua evolução recente, tendo em conta o trabalho de seleção legislativa a partir de valores sociais, relações de poder, estereótipos e diferenças de classe.

O segundo capítulo é dedicado à apresentação da construção teórica do trabalho que os operadores do Direito realizam através de ferramentas da ciência jurídica, notadamente a hermenêutica, o que fazem a partir de sua justificativa filosófica, em confronto com a concepção legalista clássica. Importa realçar o papel ativo que a interpretação desempenha na construção interessada do saber penal, seja por meio da linguagem, seja utilizando as técnicas e princípios da hermenêutica jurídica e sua aplicação em situações exemplares do universo penal a partir do caráter ambíguo das leis. A interpretação, assim realizada pelos operadores do Direito, constitui a base teórica e prática com que o sistema penal, principalmente no âmbito das instituições judiciárias, busca legitimar a seletividade no processo de criminalização.

Nos terceiro e quarto capítulos, o trabalho se concentra na apresentação teórica da tarefa seletiva a cargo do Ministério Público e da Magistratura (promotores de justiça e juízes e tribunais), focalizando a instituição ministerial, sua história recente e a

multiplicidade de sua atuação processual e social, passando em seguida para a apresentação de situações, extraídas do exame de processos criminais instaurados em todo o Estado de São Paulo, em que se pretendem demonstrar os caminhos, no campo penal e processual penal, utilizados pelos operadores do Direito para construção da criminalidade e punibilidade.

Acreditamos como relevante o papel desempenhado pelos diversos níveis de seletividade para a compreensão do sistema penal e do processo de criminalização. Ao se referir às imagens deste processo, que considera auto-poiético, Louk Hulsman estabelece a proposta, aqui encampada inteiramente, no sentido de que *“devemos trabalhar pela reconstrução dessas imagens a partir da compreensão da sua seletividade”*³⁴.

É a partir da compreensão da seletividade penal, mormente na atividade prática do sistema penal por seus operadores, que nos parece possível apontar o percurso para uma saída de perfil abolicionista para a questão penal, que ponha fim ao modelo universal e teológico da punição e abra as portas para uma solução dos conflitos humanos, desprovida de classificações, que, acima de tudo, consiga abdicar da idéia de castigo.

³⁴ *Entrevista*. In “Discursos sediciosos”, vols. 5/6, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1998, p. 12.

AS LEIS

1. Bem antes de se proceder a uma análise da seletividade levada a efeito por parte dos operadores do Direito no trabalho de compreensão e aplicação das leis, é imperioso debruçar-se sobre o processo de seleção feito pelas próprias normas penais, como momento inicial da consideração sobre o crime como objeto de definição social.

Necessário admitir, antes de tudo, que as normas jurídicas, tanto de natureza civil como criminal, são fruto de uma elaboração técnica pelo Estado, encarnado na figura do legislador, a partir de seu próprio desejo, enquanto interesse de uma classe, agrupamento ou mesmo de um único indivíduo. O objetivo das normas é exatamente o de trazer para o mundo institucional um determinado número de condutas que deverão merecer controle e tratamento legal, no sentido de delimitar-lhes a própria existência enquanto fenômenos que interessam ao Estado como produtores de conseqüências na hipótese de sua violação.

O Direito, portanto, entendido como um conjunto de normas (direito positivo), é seletivo por sua própria natureza operacional, pois, do universo infindável de ações humanas que podem resultar em conflitos, resolve apropriar-se de um pequeno número delas, para o fim de definir-lhes uma especial natureza e conseqüências, estabelecendo proibições e permissões. Deve ser visto, pois, como um importante dispositivo de dominação, disciplina e controle.

A identificação do Direito com a lei como emanção soberana constitui característica daquilo que Foucault chama de sociedade de soberania, marcada pela existência de um poder originário, nascido, nos tempos modernos, do conceito de pacto. O foco principal de sua análise, no entanto, transfere-se da lei para a norma, ao se debruçar sobre a moderna sociedade disciplinar, onde estão em ação a disciplina, o jogo do poder, a guerra permanente e o governo, no sentido de gestão e governamentalidade.

Apesar disso, Foucault considera a lei como um dos dispositivos do poder, especialmente quando vislumbrado em meio ao que chama de ilegalismos, zona incerta de aplicação da lei, sustentada pela própria legalidade. Trata-se de um dispositivo direcionado à dominação, travestido de elemento pacificador, compondo quadro normativo de construção de uma ordem, de onde resultam, como decorrência necessária, os resíduos, os inclassificáveis que serão destinados ao refugio, de que nos fala Zygmunt Bauman.

A seleção operada pelas leis serve-se inicialmente da prévia e célebre separação entre os campos do Direito e da Moral, que se encontra em todos os manuais e tratados de iniciação ao estudo do Direito. A separação inspira-se fundamentalmente na doutrina kantiana, que reserva para a Moral o trato das questões internas ou de foro íntimo, definindo o Direito como a esfera das relações sociais, com reflexos para terceiros.

Bem a propósito, a partir do século XIX, o Direito passa a ser definido como o “mínimo ético”, a significar que as normas jurídicas se diferenciam das normas morais exatamente por sua destinação específica a um pequeno número de condutas humanas, cuja ilicitude se mostra extremamente relevante para uma dada sociedade, no sentido de sua vigilância e controle, exigindo especial tutela do Estado.

Segundo a teoria do mínimo ético, desenvolvida por George Jellinek, o Direito constitui o mínimo da Moral, por ser considerado imprescindível para o desenvolvimento da vida em sociedade. Ações imorais podem não ser antijurídicas por opção da sociedade, como a legitimidade jurídica de determinadas cláusulas contratuais convencionadas por duas pessoas, embora inaceitáveis pelo sentimento moral de dada sociedade³⁵.

No interior da doutrina do Direito, distinguem-se os diversos ramos da árvore jurídica, dos quais se destacam, para o interesse do nosso estudo, a separação entre o Direito Civil e o Direito Penal. Tal divisão ilustra com clareza um primeiro grande momento da seletividade no âmbito do edifício jurídico, significando, em termos amplos, que a natureza das infrações às normas jurídicas e também as suas conseqüências sociais é que deverão definir a morada desses dois ramos do Direito e sua relevância para as relações sociais.

Define-se o Direito Penal como o ramo do Direito Público constituído pelo conjunto de normas que têm como objetivo a definição dos crimes e das penas aplicáveis aos autores das violações a referidas leis. Diferenciam-se as infrações penais, assim classificadas em sentido amplo, a englobarem crimes e contravenções penais, das demais violações de natureza não penal, denominadas ilícitos civis. Estes constituem infrações às leis civis, que produzem, como resultado, as sanções civis, caracterizadas pela reparação, de natureza compensatória ou restitutiva, sem conteúdo explicitamente punitivo.

³⁵ Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

Os ilícitos penais, por outro lado, são violações a leis específicas - as normas penais - que poderão resultar, para o autor da ofensa, na imposição de uma sanção penal, de caráter punitivo, com a característica de castigo.

Vê-se, entretanto, que, ao longo do tempo, a doutrina jurídica jamais conseguiu estabelecer, com nitidez, apesar de pretender, uma diferença ontológica entre crime e infração civil. O que continua a sustentar-se, nas reiteradas tentativas por parte dos juristas de explicação da diferença entre ambos, é que determinadas violações legais assumem uma importância tal que, a par das eventuais consequências civis (reparação, restituição etc.), se torna necessária a previsão de uma pena, no sentido de castigo, para o seu responsável.

As razões que costumam levar os legisladores a definir determinadas ações ilícitas como crimes são atribuídas, de forma genérica e retórica, à gravidade da conduta do agente e suas consequências para a sociedade. A insuficiência da sanção civil, portanto (assertiva carente de delimitação), é que justificará o transporte de determinadas transgressões do campo civil para o penal, levando, assim, à sua classificação como crimes ou contravenções.

Segundo o penalista Nélson Hungria, a única diferença entre o ilícito civil e o penal está na maior gravidade do delito penal, que provoca uma mais extensa e intensa perturbação social:

“se o fato contra jus não é de molde a provocar um intenso ou difuso alarme coletivo, contenta-se ele com o aplicar a mera sanção civil (ressarcimento do dano, execução forçada, *restitutio in pristinum*, nulidade do ato). O Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação, isto é, com os meios próprios do direito civil (ou de outro ramo do direito que não o penal)”³⁶.

³⁶ Comentários ao Código Penal, vol. I. Rio de Janeiro: Forense Editora, 1984, p. 173.

Daí a qualificação do legislador, feita pelo próprio Hungria como um “oportunista”, vocábulo que pode ser lido também em seu sentido popular, a atribuir a essa entidade fictícia a posse de um dispositivo político, nascido de determinados interesses, de controle seletivo das ações das pessoas.

As classificações realizadas pelos legisladores caracterizam-se, assim, por um primeiro momento da seletividade penal, visto que procederão à seleção de determinadas condutas humanas, normalmente atribuíveis a certas pessoas e determinadas circunstâncias, erigindo-as à categoria de crimes, com prejuízo de outras, que permanecerão na condição de ilícitos de natureza civil.

O desrespeito a uma cláusula contratual constitui, em tese, ilícito civil, não sendo classificado, à primeira vista, como infração penal. Se a mesma ação, no entanto, vem acompanhada de outras circunstâncias, igualmente definidas em lei, poderá ser classificada, por exemplo, como crime de estelionato ou de apropriação indébita ou algum outro. Tais circunstâncias legais, portanto, são o expediente de que se serve o legislador para a definição do crime em determinadas situações em que a seleção se lhe apresenta como oportuna.

A seleção penal no âmbito da criação legislativa não se circunscreve, entretanto, à escolha de *ações humanas* que irão compor o quadro das infrações consideradas de natureza penal. Dirige-se também ao *tratamento punitivo* a ser dado a cada uma das condutas já classificadas como crimes, constituindo, assim, uma segunda etapa da mesma seleção. As leis penais definem não só as condutas que consideram criminosas como também as penas respectivas, que variam de acordo com a natureza de cada ilícito definido nelas próprias.

O crime de estelionato, por exemplo, sofre, no interior da lei penal, determinado tratamento punitivo que se diferenciará de outro crime, também componente do

universo das leis penais, seja no tocante à espécie de pena prevista na lei (reclusão ou multa, por exemplo), seja no que se refere à sua quantidade ou quanto a circunstâncias que influenciarão no grau da punição e forma de seu cumprimento pelo agente.

A seleção amplia-se, atingindo também as leis processuais penais, que trazem em si, igualmente, um forte conteúdo seletivo, ao definirem regras que presidirão a apuração das condutas tidas como criminosas com vistas à futura aplicação das penas por parte do Estado. No exame de seus dispositivos, constata-se o mecanismo de escolha de determinadas ações criminosas em contraposição a outras, relativamente aos procedimentos a serem observados para apuração da verdade e posterior decisão judicial.

De tais procedimentos fazem parte normas a respeito dos atos policiais, realizados no inquérito policial, da caracterização da prisão em flagrante, decretação da prisão preventiva, produção de provas e critérios de sua avaliação, bem assim sobre o âmbito e conseqüências dos recursos contra sentenças condenatórias ou absolutórias.

No âmbito da ciência do Direito, percebe-se a existência de um grande esforço teórico e argumentativo para buscar uma justificativa racional e segura da seleção penal realizada pelas leis, de tal forma que lhe possa conferir a necessária legitimidade. Modernamente, o critério mais comumente aceito pelos penalistas e doutrinadores para justificar a criminalização de determinadas condutas humanas e não de outras repousa sobre o conceito de *bem jurídico*.

Sustenta-se, assim, que a função da lei penal é proteger determinados bens, considerados essenciais à vida em sociedade. O bem jurídico se situa no limite entre o Direito Penal e o que se pode denominar como política criminal, atribuindo-se-lhe a condição de fruto da experiência social, a conter em si um interesse considerado vital para a sociedade, como a vida, a propriedade, a incolumidade pública etc³⁷.

³⁷ Prado, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

Segundo tal ponto de vista, o Direito Penal define-se como o ramo especializado do Direito, cujo objetivo é a proteção desses bens jurídicos, servindo-se, para tanto, de alguns parâmetros norteadores de sua existência, como os denominados princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. Esses princípios significam que a intervenção das leis penais só se deve dar em situações especiais, para defesa de determinados bens que não podem ser objeto de proteção apenas das leis civis.

Por intervenção mínima, pois, se quer dizer que, no universo das ações humanas violadoras das normas sociais, uma parcela muito pequena será objeto de apropriação por parte das leis penais, como último recurso jurídico. Daí a utilização rotineira da clássica definição do Direito Penal como *ultima ratio*.

Por sua vez, a recolha de ações ilícitas parece dar-se de forma arbitrária e não sistemática, ao sabor do que se possam considerar as necessidades sociais em dado momento histórico, assim definidas pelo legislador. As leis penais constituem simples fragmentos que formam um arquipélago no oceano do Direito, visando apenas ações dotadas de maior gravidade e intensidade.

A política criminal vincula a categoria do bem jurídico, conceito que contém, como se vê, forte carga metafísica, servindo ainda de baliza para a seletividade operada pelas leis penais e processuais penais sobre as condutas humanas e também, em um segundo momento, pelas decisões judiciais que realizam a aplicação das leis. A modulação quantitativa das penas, prevista genericamente pelo legislador naquilo que se chama de cominação legal, constitui expediente típico de política criminal ao distribuir os castigos de acordo com os crimes definidos pelo próprio legislador.

Crítérios estabelecidos por lei para a concessão de benefícios ou medidas despenalizadoras também refletem escolhas político-criminais, de que constitui exemplo a supervalorização dos crimes praticados com violência como insuscetíveis

de substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas com menor poder punitivo. Crimes praticados com violência, no sentido de força física, recebem tratamento punitivo extremamente mais severo que os crimes praticados com fraude.

Ao retratar os princípios norteadores do Direito Penal já referidos, percebe-se que os doutrinadores parecem resistir ao uso da expressão *seleção*, o que já significa uma clara tentativa de desconsiderar a procedência seletiva das leis penais, com receio talvez de uma primeira dúvida quanto à legitimidade do próprio sistema penal. Como bem esclarecem E. Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Algia e Alejandro Slokar,

“o discurso jurídico-penal não pôde nunca enfrentar a realidade seletiva do poder punitivo, porque se converteria necessariamente em deslegitimante ao não poder compatibilizá-lo com a igualdade perante a lei como premissa do estado de direito³⁸”.

Decorre daí a pretensão de atribuir à política criminal o foro de ciência, responsável pela solução científica de questões relativas à luta do Estado contra o crime, numa espécie de “sabedoria legisferante”, como esclarece René Ariel Dotti³⁹.

Segundo este mesmo autor, na qualidade de ciência, atribui-se à política criminal o papel de escolha dos fatos que deverão ser qualificados como crimes e dos meios para combatê-los, bem como da viabilização de alterações no sistema penal, como a descriminalização de certas condutas e o transporte de outras, do universo civil, para o sistema penal, e a aplicação diferenciada de sanções e eventuais isenções penais a determinadas situações e pessoas.

Entretanto, ainda que se entenda a política criminal como uma ciência, difícil admiti-la, de forma ideal e ingênua, e de maneira paradoxal, como

³⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Algia e Alejandro Slokar. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003, p. 67.

³⁹ *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 180.

expediente não-político ou como saber desgarrado do poder, no qual se insere a capacidade seletiva.

Nilo Batista amplia significativamente o âmbito da expressão “política criminal”, para abarcar

“o desempenho concreto das agências públicas, policiais ou judiciárias, que se encarregam da implementação cotidiana não só dos critérios diretivos enunciados ao nível normativo, mas também daqueles outros critérios, silenciados ou negados pelo discurso jurídico, porém legitimados socialmente pela recorrência e acatamento de sua aplicação”⁴⁰.

Batista dá como exemplo de política criminal as execuções de suspeitos da mesma extração social, etária e étnica pelas forças policiais praticadas com regularidade.

Ações policiais em bairros de classes sociais mais privilegiadas não são realizadas com o mesmo critério, dada a possibilidade de lesão a tais populações. Segundo palavras do Secretário de Segurança do Rio de Janeiro, a propósito da dificuldade de trabalho dos policiais no bairro de Copacabana, para onde os traficantes estariam se transferindo,

“É difícil a polícia ali entrar, porque um tiro em Copacabana é uma coisa. Um tiro na [favela da] Coréia, no complexo do Alemão [nas zonas oeste e norte, respectivamente], é outra”. Afirmou ainda que “uma ação policial e Copacabana tem uma repercussão muito grande, porque as favelas e os comandos estão a metros das janelas da classe média”⁴¹.

O trabalho de definição das condutas humanas constitutivas de infrações penais como algo absolutamente natural, realizado

⁴⁰ *Política criminal com derramamento de sangue*, in “Discursos sediciosos”, vol. 5/6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1998, p. 77.

⁴¹ Folha de S. Paulo, 24.10.2007, p. C4.

desinteressadamente por esse ser abstrato e universal, qual reminiscência platônica, que é o legislador, parece facilitado pela adoção da concepção contratualista do Direito e do Estado.

A partir do século XVIII, especialmente com as revoluções burguesas, assenta-se o princípio da legalidade como um dos pilares do Direito moderno, em especial o Direito Penal. À desordem perigosa de um suposto mundo da natureza há de contrapor-se a reunião dos seres humanos em sociedade, em torno de um contrato que estabeleça direitos e deveres e delimite o âmbito de atuação dos que se incumbirão de elaborar as normas para aqueles que cumprirão a tarefa de julgamento dos conflitos e aplicação das leis e, por último, dos responsáveis pela administração da sociedade e execução das ações de governo.

A teoria da tripartição dos poderes, amadurecida na obra de Montesquieu, definirá a necessidade de uma rigorosa divisão de tarefas no governo da sociedade civil entre os poderes legislativo, executivo e judiciário. As leis devem ser elaboradas pela própria sociedade, por intermédio de representantes, servindo de baliza para sua aplicação por parte dos juizes e tribunais na solução dos conflitos.

Como garantia para os cidadãos, os juizes deveriam constituir-se em meros aplicadores das leis aos casos concretos, sendo-lhes vedada a tarefa de recriação das normas ou sua interpretação, dada a possibilidade de abusos, que se constituiriam em violação do princípio da legalidade. Na imagem clássica estabelecida por Montesquieu, os juizes não deveriam ser mais do que a boca de onde saem as leis⁴².

No âmbito do Direito Penal, no século XIX, o princípio da legalidade fincou raízes no pensamento jurídico do ocidente, significando que as condutas tidas como criminosas só poderiam ser consideradas como tais se definidas previamente em lei, com as penas respectivas previstas juntamente com as definições dos delitos. Esse o conteúdo do

⁴² “Os juizes de uma nação não são mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (*Do espírito das leis*, in “Os pensadores”. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Ed. Abril, 1979, p. 152).

célebre brocardo, utilizado como expediente garantista, “*nullum crimen nulla poena sine lege*”. O legado iluminista para o pensamento penal significa, portanto, a tentativa de emprestar contornos racionais à definição dos crimes por parte das leis, fruto de uma apregoada vontade geral da sociedade, e também à aplicação das penas pelos juizes aos autores de tais ações.

Cesare Beccaria, que pode ser considerado um dos nomes fundadores do direito penal moderno, em sua obra “*Dos delitos e das penas*”, resume o papel do juiz criminal como o de um mero aplicador mecânico das leis, tarefa que imaginava devesse obedecer à estrutura lógica de um perfeito silogismo. A lei é a premissa maior; o caso concreto é a premissa menor e a condenação ou absolvição do acusado é a conclusão do silogismo, que significaria uma singela subsunção do fato ao tipo legal⁴³.

Para o princípio da legalidade estrita, portanto, o crime define-se como simples infração à lei da sociedade, e a punição dos criminosos faz-se em razão do ato praticado, desde que amoldável perfeitamente à lei, e não da pessoa do criminoso, tendo como objetivo a satisfação por um dano social causado pelo indivíduo, a exigir uma reparação ou uma resposta punitiva.

Dentre os pensadores iluministas com maior repercussão no estabelecimento das bases contratualistas do pensamento jurídico, figura o nome de J. J. Rousseau, cuja obra “*O contrato social*” passou a constituir leitura obrigatória aos estudiosos do Direito e a todos os que ingressam nas carreiras jurídicas. Para Rousseau, contra os males da civilização, corruptora da bondade natural do ser humano, a sociedade necessitou estabelecer um pacto em que todos deveriam abrir mão de seus direitos e privilégios em busca de normas gerais que outorgariam direitos e deveres a todos os cidadãos inseridos no pacto. As normas que adviriam da nova realidade contratual seriam, por sua própria definição, expressão da vontade

⁴³ *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996, p. 46.

geral da sociedade. Nítida, assim, a tentativa de afastar, teoricamente, a possibilidade de uma mera seleção de condutas humanas que motivariam a elaboração de leis, na hipótese de não estarem de acordo com a chamada vontade geral⁴⁴.

A propósito, Michel Foucault procede a uma instigante associação entre Rousseau e Jeremy Bentham, vislumbrando a união do sonho contratualista de uma sociedade transparente com o intento de Bentham de investir em um olhar vigilante do poder meticuloso e rigoroso, que prenuncia a moderna sociedade de controle. A sociedade transparente, preconizada pelo contratualismo rousseauiano, é a da opinião, visível em todas as partes, a ela aderindo o projeto de Bentham, no sentido de um poder exercendo-se por transparências, de uma dominação por iluminação. Referindo-se aos reformadores penais do século XVIII, conclui: “a opinião era para eles como que uma reatualização espontânea do contrato”⁴⁵.

A herança iluminista que passou para os séculos seguintes, povoando o universo jurídico ainda no início do século XXI, sustenta, assim, a crença na existência de um legislador autônomo, representante dos anseios da sociedade, que, colocado em posição de absoluta imparcialidade, opta racionalmente pela classificação das condutas humanas como normais ou anormais, lícitas ou ilícitas, definindo a natureza das infrações como penais ou civis.

Em consequência disso, trabalha-se, o que se faz com desenvoltura e facilidade, no âmbito do Direito Penal, com a expressão *legislador* como um ser equidistante, desinteressado, onipotente e justo, repositório dos desejos dos cidadãos, sobre o qual parece não pairar a suspeita de que pudesse equivocar-se na classificação do bem e do mal ou fazê-la em atenção a interesses pessoais ou como uma estratégia de exercício do poder.

Um dos critérios mais festejados da tradicional técnica interpretativa das leis, aliás, consiste simplesmente na pesquisa de qual terá sido a intenção do legislador

⁴⁴ *O contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado, in “Os Pensadores”. São Paulo: Ed. Abril, 1978.

⁴⁵ *O olho do poder*, in “Microfísica do poder”. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1982, pp. 209-227.

(*voluntas legislatoris*) ao editar determinado texto de lei, como forma de chegar ao que seria o verdadeiro sentido da norma.

2. Entretanto, a história política dos séculos XVIII e XIX, onde modernamente foi desenvolvido o princípio da legalidade, demonstrou que a aplicação singela da lei estava longe de constituir uma simples operação aritmética que fornecesse à sociedade como um todo a segurança necessária, imparcial e desinteressada, à solução dos conflitos humanos. Feitas por alguns, a partir de interesses e experiências culturais delimitadas no tempo e no espaço, as leis não sobreviveriam sem a tarefa, igualmente cultural e humana, e, portanto, interessada, de sua aplicação diária aos casos concretos.

Conta-se que Napoleão, responsável pelo código civil francês que entrou em vigor em 1803, considerado um monumento burguês da nova era jurídica das codificações e da crença inabalável no princípio da legalidade estrita, desesperou-se ao saber que seu código estava sendo interpretado pelos advogados⁴⁶.

Inversamente do que sustenta a teoria contratualista, as leis não poderiam constituir simples produto da vontade geral de um grande agrupamento de pessoas, sem que sua elaboração fosse presidida por interesses de diversa ordem, submetidos ao jogo das relações de poder. Tais interesses é que, à evidência, motivam a criação das leis e estabelecem os critérios de seleção das condutas a serem classificadas como infrações penais.

Para os pensadores de orientação marxista, em uma sociedade dividida em classes, em que a classe dominante economicamente acaba por exercer o domínio político, o conjunto de leis não poderia refletir senão a vontade dos detentores do poder político. O Estado e o Direito constituem ferramentas imprescindíveis para o exercício

⁴⁶ Gusmão, Paulo Dourado. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, p. 118. A propósito, o código civil francês exerceu enorme influência sobre quase toda a legislação ocidental, a incluir o código civil brasileiro de 1916.

do poder político pelas classes dominantes, que se servem de artifícios ideológicos para o estabelecimento da dominação, dentre os quais avulta a avaliação das leis como boas para todas as pessoas.

George Ripert, jurista francês do século XIX, afirmava que

“na realidade, a regra jurídica não foi editada senão porque uma força social lhe exigiu a existência, como força vitoriosa em face das que a tal se opunham, ou tirando proveito de sua indiferença. O legislador, posto no centro de tudo como um eco sonoro, ouve todas as vozes, mas há sempre uma mais possante que as outras; é esta que o decidirá a agir. O mais forte sai vencedor de um combate cujo prêmio é a lei. Após o que o jurista declara gravemente que a lei é a expressão da vontade geral. Ela não é nunca senão a expressão da vontade de alguns”⁴⁷.

A realidade ideológica do Direito é ressaltada ainda por Alaor Caffé Alves, para quem a racionalização instrumental do direito apresenta-se sob formas ideológicas que dissimulam os antagonismos sociais:

“Em sua erupção formalizada, o direito se exprime numa fala abstrata e autônoma, que busca um conteúdo de sentido anônimo, parecendo, na sua essência significativa, não precisar de autor nem produtor. Isso sugere a ilusão de não precisar de suportes humanos para criar ou recriar o real social controlado”⁴⁸.

Entretanto, a explicação marxista, por si só, parece não levar em conta a possibilidade de as classes desfavorecidas instituírem, elas próprias, formas de controle social e definição normativa que serão objeto de posterior apropriação pelo Estado. Tal controle, já próprio da sociedade disciplinar do século XIX, terá como alvo a pessoa do indivíduo que pratica atos contrários à lei e não a ação infracional em si.

⁴⁷ *A criação do Direito*, in “O Direito e a vida social”, A.L. Machado Neto (trad. e org.). São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1966.

⁴⁸ *A função ideológica do Direito*, in “Fronteiras do Direito Contemporâneo”. São Paulo: Mackenzie, 2002.

Ao analisar o surgimento da prisão como modalidade praticamente universal de pena no século XIX, Foucault irá debruçar-se sobre os modelos inglês e francês de controle social por meio das leis penais que se deslocarão para as classes pobres. As leis são destinadas a controlá-las, mas é recomendável seu cumprimento pelas classes ricas como exemplo a ser oferecido aos pobres.

Michel Foucault transcreve texto do bispo Watson no sentido de que

“as leis são boas, mas infelizmente são burladas pelas classes mais baixas. As classes mais altas, certamente, não as levam muito em consideração. Mas esse fato não teria importância se as classes mais altas não servissem de exemplo para as mais baixas”⁴⁹.

O controle das classes perigosas nasce, pois, não exatamente da criação de leis por parte das classes ricas, mas de mecanismos que atravessam toda a sociedade, objetivando a reforma moral de parte dos indivíduos não pelo que efetivamente fizeram, mas pelo que eventualmente possam realizar. Para tanto, impõe-se a adoção de critérios, ainda que legais, para avaliação e classificação dos indivíduos, o que resultará no discreto mas sensível esvaziamento do princípio da legalidade, símbolo maior do garantismo penal, transformado em peça retórica.

Necessário, assim, que as próprias leis possam trazer em si as ferramentas e dispositivos para sua individualização, operando um deslocamento do ato em si para a pessoa que o praticou, em franca oposição ao postulado legalista, que ressalta o caráter exclusivamente fático das hipóteses de desvio descritas na lei.

Segundo o ideário garantista, desenvolvido com as reformas penais do século XVIII,

⁴⁹ Michel Foucault. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 94.

“as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem realmente ser descritos pelas normas como tipos objetivos de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal”⁵⁰.

Por vezes, no entanto, mostra-se explícita a seleção de pessoas feita por parte das leis penais, de forma a demonstrar como se procede a valorização de fatos não pelo que, à primeira vista, significam em si mas porque por trás deles encontram-se determinadas pessoas que necessitam ser punidas e controladas. Em outras situações, em que a pesquisa da seletividade parece mostrar-se, aliás, mais instigante, constituídas pelo mundo das práticas jurídicas, constata-se que as leis que definem determinados delitos, na verdade, deixam em aberto para os aplicadores do Direito a possibilidade de futuras escolhas que resultarão em maior ou menor punibilidade para seus agentes.

3. Pode-se dizer que a vocação seletiva das leis penais e os mecanismos classificatórios nelas existentes constituem realidade incontestável das legislações. Na história da legislação penal brasileira é possível colher exemplos de seleção explícita de condutas a partir de diferenças variadas das pessoas nelas envolvidas, a implicarem em classes, raças e poder econômico diversos.

Nas ordenações filipinas, por exemplo, estatuto jurídico que vigorou durante praticamente todo o período colonial, se o marido flagrava sua mulher em adultério, poderia matá-la, bem como ao adúltero, “salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade” (Título XXXVII). No código criminal do Império, fruto explícito das luzes, embora a constituição estabelecesse formal igualdade para todos, aos escravos se reservava de forma exclusiva a pena de morte e das galés.

⁵⁰ Luigi Ferrajoli. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

Na vigência do código penal de 1890, criou-se, com a legislação de 1892 (decreto 121), uma modalidade própria de furto, tendo como objeto produtos de lavoura e indústria, com penas muito superiores às penas do furto comum e tornando o crime de ação pública, vale dizer o processo seria obrigatoriamente instaurado pela justiça pública como vítima direta da ação criminosa. Segundo Helton Fonseca Bernardes, “a referida legislação veio ao encontro dos anseios dos agricultores e industriais...”⁵¹. Anos depois, em 1899, a Lei 628 procedeu a nova especificação, tornando os furtos de animais crimes inafiançáveis. Ao mesmo tempo, todos os delitos de furto passaram a ser de ação pública, constituindo, pois, ofensa ao Estado⁵².

Para o mesmo pesquisador,

“todas as ordenações que regeram o país colônia estabeleceram penas que variavam conforme o estrato social a que pertenciam os personagens do fato, excluindo, obviamente, os nobres do açoite, da tortura e do suplício”⁵³.

Se é certo, como se afirma, que leis penais definem crimes e penas, a maneira por que o fazem traduz uma contínua seleção que se dirige a alguns e não a outros. As descrições são de condutas mas o que as motiva é atingir seus responsáveis. Crimes patrimoniais, por exemplo, apresentam em suas definições muitas qualificadoras, definidas como circunstâncias que tornam a ação mais gravemente punida.

Para o crime de furto, definido no art. 155 do Código Penal brasileiro, importa mais, visando uma mais grave criminalização e apenação, a categoria dos arrombadores das propriedades (art. 155 § 4º nº I do CP), dos que abusam da confiança dos proprietários e patrões (nº II), como os empregados em geral, a incluir os domésticos, bem como dos audaciosos, como os que escalam muros ou obstáculos e agem com fraude ou

⁵¹ *Estratégias punitiva e legitimação*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 2005, p. 63.

⁵² José Henrique Pierangelli. *Todos os Códigos Penais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 468.

⁵³ *Estratégias punitivas e legitimação*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 2005, p. 48.

destreza (nº II e III do mesmo artigo), e por último dos que agem em concurso com outros (nº IV).

Para todos estes indivíduos envolvidos nessas ações, o crime de furto se classifica como qualificado e a pena mínima é simplesmente o dobro da pena cominada à forma simples do delito, praticado sem tais circunstâncias.

Vê-se que tais circunstâncias qualificadoras, que já revelam mecanismo de seleção, se apresentam, ademais, como enunciados muito amplos e vagos, a eles podendo amoldar-se a quase totalidade das ações de subtração de objetos, abrindo-se ao intérprete, ao ensejo da efetiva aplicação das referidas normas, a possibilidade de sua incidência em uma infinidade de situações concretas.

A “escalada”, por exemplo, pode entender-se aplicável a qualquer situação em que o agente tenha de ultrapassar um obstáculo, como um muro ou um portão, quaisquer que sejam suas dimensões, a incluir a remoção de telhas de um telhado. O conceito de “chave falsa” – outra circunstância qualificadora do crime de furto - pode amoldar-se a qualquer objeto utilizado à guisa de chave, a depender das circunstâncias concretas e das pessoas envolvidas.

Outras hipóteses de circunstâncias qualificadoras inseridas em diversos tipos do atual Código Penal podem fornecer exemplos expressivos de uma seleção penal interessada, a ensejarem tratamento punitivo mais severo para determinadas pessoas ao contrário de outras, mesmo em se tratando dos mesmos crimes definidos em lei. No caso do crime de roubo, definido no art. 157 do Código Penal (subtração mediante violência ou grave ameaça), uma dessas circunstâncias, todas elas responsáveis pelo necessário aumento das penas entre 1/3 e 1/2, refere-se ao fato de a vítima da subtração estar operando o transporte de valores, tratando-se de atividade profissional de transporte, situação direcionada a estabelecimentos comerciais e, mais especificamente, bancos e entidades financeiras (art. 157

§ 2º nº III do Código Penal). De acordo com tal dispositivo legal, pois, o roubo de um carro-forte propicia apenação pelo menos um terço superior ao roubo praticado em uma residência familiar.

Como esclarece Foucault, as penas não se destinam a suprimir as infrações, mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las, constituindo

“uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar os limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles”,⁵⁴.

Ao tempo do regime militar brasileiro, nas décadas de sessenta e setenta, o roubo a estabelecimento bancário era definido em lei como modalidade especial de crime contra a segurança nacional, com penas muito elevadas e superiores aos demais roubos, como dispunha o decreto-lei 510, de 20 de março de 1969, alterando a redação do art. 25 do anterior decreto-lei 314:

“praticar devastação, saque, assalto, roubo, seqüestro, incêndio ou depredação; ato de sabotagem ou terrorismo, inclusive contra estabelecimento de crédito ou financiamento; massacre, atentado pessoal; impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais, administrados pelo Estado, ou mediante concessão ou autorização”.

Tal dispositivo foi posteriormente incorporado ao texto da lei de segurança nacional, o decreto-lei 898, de 29 de setembro de 1969 (art. 27), cuja constitucionalidade foi proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo a decisão da corte suprema brasileira,

“a lei levou em conta o período que estamos vivendo, o caráter de tais delitos e o abalo social que provocam, pois, embora causando dano patrimonial a estabelecimento de crédito ou financiamento, ameaçam

⁵⁴ *Vigiar e punir*. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977, p. 240.

também, seriamente, as numerosas pessoas que a eles têm de comparecer, com reflexos na segurança interna”⁵⁵.

Em 1996, inseriu-se, por lei, no ordenamento jurídico brasileiro alteração no art. 155 do Código Penal, que define o crime de furto, exacerbando as penas para os autores de furto de veículos transportados para o exterior, em razão de inegável influência das companhias seguradoras, dada a costumeira transferência de automóveis furtados para países limítrofes, como o Paraguai, com prejuízo econômico contínuo para tais empresas.

Autores de furto de automóveis, portanto, estão sujeitos a penas superiores aos que praticam furtos de outros objetos. A pena mínima cominada para tal situação é de três anos (art. 155 § 5º do Código Penal), ao contrário das demais formas de crime de furto qualificado (art. 155 § 4º).

Por outro lado, as descrições das ações de crimes patrimoniais, notadamente os delitos de furto e roubo, prestam-se mais facilmente à criminalização. Como explica Maria Lúcia Karam, em “Crimes, penas e fantasias”,

“a lei penal brasileira não se destina a proteger bens e valores essenciais, no sentido de bens comuns a todos os homens, tendendo sim a privilegiar os interesses daquela minoria de detentores das riquezas e do poder. Tal tendência vai levar a que o processo de criminalização se oriente, fundamentalmente, contra comportamentos característicos das camadas mais baixas e marginalizadas da população, excluindo ou minimizando comportamentos socialmente danosos, característicos das classes dominantes e ligados à acumulação do capital⁵⁶”.

Segundo ainda a mesma autora, a formulação técnica das figuras delitivas nas condutas características das camadas mais baixas é sempre mais simples, mais

⁵⁵ (RE nº 72.486, Revista Trimestral de Jurisprudência 62/167).

⁵⁶ *De Crimes, penas e fantasias*. Niterói: Ed. Luam, 1991, pp. 75-76.

apertada, enquanto nas condutas mais típicas das classes dominantes a formulação das figuras delitivas dá margem a interpretações mais amplas⁵⁷.

O intuito, portanto, é o de propiciar maior liberdade de atuação seletiva por parte dos aplicadores do Direito para realizar aquilo que Foucault define como poder de diferenciação das situações, em que as leis podem ser violadas por uns, ignoradas em favor de alguns e sancionadas em detrimento de outros.

A seleção, no entanto, não se dá apenas em relação aos crimes patrimoniais. Condutas eivadas de ameaça ao poder instituído costumam receber tratamento punitivo diferenciado, constituindo crimes de natureza política, como ocorreu, durante o governo militar brasileiro, entre os anos sessenta a oitenta, com os assaltos a bancos, cujas ações eram classificadas como crimes contra a segurança nacional, conforme ficou dito.

Exemplo mais expressivo de ausência de simetria entre figuras criminais e as penas respectivas pode ser constatado no confronto entre os delitos dos artigos 149 e 159 do Código Penal, respectivamente “redução análoga a de escravo” e “extorsão mediante seqüestro”, cujas ações se assemelham, envolvendo privação da liberdade de locomoção. O delito do art. 149 do Código Penal (“redução à condição análoga a de escravo”) possui penas cominadas entre dois e oito anos de reclusão, enquanto que o do art. 158 (“extorsão mediante seqüestro”) apresenta penas entre oito e quinze anos de reclusão, definindo-se como crime hediondo, com tratamento punitivo muito mais severo.

Mesmo no âmbito de condutas violentas, percebe-se a diferença de tratamento, como na contraposição entre os crimes de lesões corporais e maus tratos. Embora as penas cominadas a ambas as infrações sejam quantitativamente assemelhadas, a descrição típica dos artigos 129 e 136 do Código Penal, respectivamente, permite que se

⁵⁷ Op. cit., p. 86

multipliquem as situações de impunidade para autores do crime de maus tratos, uma vez que o tipo penal exige, no caso de ação agressiva por pais ou responsáveis contra pessoa sob sua guarda ou vigilância, a inequívoca abusividade da conduta, ou periclitção à vida ou à saúde. Os castigos, pois, não de ser imoderados, intoleráveis, marcados por ação dolosa, não se confundindo com o exercício do chamado “jus corrigendi”⁵⁸.

O processo seletivo dá-se igualmente em relação aos crimes praticados com violência física, em muitas situações associados a ofensas ao patrimônio, como o delito de latrocínio, com tratamento penal extremamente mais severo em contraposição aos crimes de fraude, ações contra a administração pública ou a fé pública. Foucault apontou, aliás, a diferenciação entre os crimes de sangue e de fraude, como origem histórica do tratamento penal diferenciado e da apregoada humanização das penas a partir do século XVIII.

A seletividade legal explícita pode dar-se também a partir dos antecedentes dos indivíduos suspeitos, detectada, por exemplo, em disposições da lei 9099/95, que instituiu os juizados especiais criminais e definiu crimes de menor potencial ofensivo, passíveis de uma apregoada despenalização através dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Como fatores que impedem a transação penal, a lei 9099/95 dispõe sobre os antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias submetidas ao exame pelo promotor de justiça, a quem incumbe formular as propostas de transação penal – que impedirá a instauração do processo – e a posterior suspensão condicional, que interromperá o desenvolvimento do processo e a eventual condenação.

⁵⁸ Art. 136 do Código Penal: “Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina”.

Ao dispor sobre os antecedentes, a própria lei está a limitar os benefícios despenalizadores apenas aos que não possuem antecedentes criminais, sendo estes, ademais, categoria fluida que poderá prestar-se a uma manipulação pelo promotor de justiça a partir do caráter ambíguo de tal dispositivo, conforme reconhecido pela própria jurisprudência. A não criminalização efetiva de diversos comportamentos, pois, acha-se na dependência de os agentes não registrarem antecedentes, promovendo prévia separação entre os que não registram antecedentes criminais e aqueles que, de algum modo, já ingressaram no sistema penal. O mesmo ocorre com aqueles que já receberam benefícios anteriores da mesma lei, impossibilitados de novas medidas tidas como despenalizadoras.

Visou a lei 9099/95 criar mecanismos para a prévia aplicação de pena ao suspeito, com a concordância deste. Alguns delitos passaram a prever a exigência de representação da vítima para a instauração do processo criminal, como os de lesão corporal dolosa e culposa, ficando à margem os indivíduos que praticam crimes patrimoniais. Para Maria Lúcia Karam, a referida lei prioriza a proteção da propriedade privada em detrimento de outros bens essenciais, deixando

“fora do alcance das regras que ensaiam o tímido resgate do protagonismo do ofendido quase todos os crimes contra o patrimônio, em que a negociação entre ofendido e apontado autor da conduta punível, visando prioritariamente à reparação do dano, certamente encontraria seu campo mais propício”⁵⁹.

No que se refere ao regime inicial de cumprimento das penas corporais, o Código Penal, com a alteração ocorrida em 1984 (lei 7209/84), estabeleceu critérios que deverão ser seguidos pelos juizes na aplicação das penas. Réus condenados a pena superior a quatro anos, por exemplo, sendo reincidentes, só poderão iniciar o cumprimento da pena

⁵⁹ *Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pp. 50-51.

privativa de liberdade em regime fechado, o que inclui, por exemplo, todas as situações que envolvam a prática de crime de roubo, ainda que na forma simples, cuja pena mínima é de quatro anos, ou nas formas qualificadas.

Crimes financeiros, contra administração pública e outros, a incluir os delitos de estelionato e apropriação indébita, ficam, em tese, fora da determinação legal do regime mais severo, mesmo em se tratando de réus reincidentes, tendo em vista o escalonamento quantitativo estabelecido na própria lei (art. 33 do Código Penal).

Evidente, pois, a opção pela pena privativa de liberdade para os crimes com penas elevadas, em sua grande maioria, dentre as infrações efetivamente apuradas em processos criminais, representados por delitos de roubo qualificado e extorsão. Crimes de estelionato, apropriação indébita, contra o sistema financeiro nacional, de corrupção ativa e passiva e outros, com penas estabelecidas na lei penal em torno de dois anos de reclusão levam necessariamente o julgador à fixação do regime inicial aberto ou, no máximo, semi-aberto. Por serem crimes praticados sem violência ou ameaça, ainda tornam possível a substituição da pena privativa de liberdade por sanção alternativa (art. 44 do Código Penal).

Em decisão recente, na esteira, aliás, de entendimento predominante na jurisprudência, estabeleceu o Tribunal de Justiça de São Paulo que, em se tratando de crime de estelionato, praticado sem violência, tendo o réu sido condenado a pena inferior a quatro anos, mesmo sendo reincidente, o acusado faz jus ao regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena corporal (Apelação nº 1.394.321/2, 11ª Câmara, j. em 22.06.2005).

No discurso jurídico liberal, que domina o Direito Penal a partir do século XVIII, avultam princípios informadores retóricos, como o da humanidade das penas, sua individualização e da proporcionalidade, os quais são continuamente lesionados por ações pontuais da própria legislação penal que, de forma sistemática e seletiva,

adota posturas extremamente severas para os autores de determinadas infrações penais em contraposição a outras.

É o que ocorre com certas normas jurídicas incriminadoras, representativas do denominado “movimento da lei e da ordem”, que fazem pouco daqueles princípios, em nome de uma maior sensação de segurança social, vale dizer, do estabelecimento de uma agenda dotada de maior carga repressiva contra os autores dessas infrações.

Tal se deu, no Brasil, com a lei dos assim chamados crimes hediondos (lei 8092/90), apoiada em dispositivo da constituição de 1988. Foram as valorações político-criminais próprias do referido “movimento da lei e da ordem” que se fizeram presentes à retaguarda do posicionamento assumido pelo legislador constituinte, em que o conceito de criminalidade buscou circunscrever-se ao de violência⁶⁰. A prática de infração com violência ou grave ameaça é, aliás, uma das poucas hipóteses legais que permitem, expressamente e de forma genérica, a medida extrema de internação de adolescentes, como estabelece o art. 122 n° I da Lei 8069/90⁶¹.

Há quem sustente que a identificação da criminalidade com a violência e a escolha desta como paradigma de objeto da repressão penal deveu-se à eleição de um novo bode expiatório, com o fim do regime militar no país. A segurança nacional teria dado lugar à idéia de segurança pública, o que parece ter coincido com o recrudescimento da inflação, do desemprego e da crise política nos anos oitenta. A repressão aos criminosos serviria também para calar qualquer oposição política democrática⁶².

⁶⁰ Alberto Silva Franco. *Crimes hediondos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, pp. 78-79.

⁶¹ Lei 8069/90, art. 122: “A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I- tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta”.

⁶² Pastana, Débora. *Cultura do medo. Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, cap. 2.

A lei dos crimes hediondos (lei 8092/90) cuidou de aumentar sensivelmente as penas dos delitos já classificados em artigos do Código Penal, ao mesmo tempo em que subtraiu direitos dos réus, impedindo, por exemplo, a progressão de regime na execução da pena privativa de liberdade, eis que os sentenciados deveriam cumprir de forma integral as penas até o seu término, ao contrário do que continuava a ocorrer com quaisquer outros crimes.

Para tais criminosos, portanto, a modulação no regime de cumprimento da pena atingiu o ápice, eis que a lei passou a prever a necessidade do cumprimento da pena privativa de liberdade não apenas em regime fechado, mas em regime integralmente fechado, o que vedava, no decorrer da execução, a progressão para regime mais brando.

A lei dos crimes hediondos foi fruto da fusão de diversos projetos que se encontravam em andamento no congresso nacional, todos eles adotando tratamento punitivo mais severo com relação a determinados crimes, como roubo, estupro, seqüestro e tráfico de entorpecente. Em especial, merece destaque o projeto 5270/90, que visava elevar as penas do crime de extorsão mediante seqüestro, cujo texto considerou expressamente

“a crescente incidência do seqüestro no Rio de Janeiro e, praticamente, em todo o Brasil, transformando-o em indústria altamente lucrativa, à custa do sofrimento das famílias das vítimas e dos amigos e do pânico que se generaliza na sociedade, exige providências imediatas e uma pronta ação do congresso nacional”⁶³.

O texto referia-se aos casos dos seqüestros dos empresários Martinez, Salles, Dinis e Medina, ocorridos nos anos oitenta. Na discussão do projeto, temerosos de que não ficaria bem a edição de uma lei extremamente rigorosa para

⁶³ Alberto Silva Franco. *Crimes hediondos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 89.

apenas uma infração penal – extorsão mediante seqüestro – os legisladores nela incluíram os outros delitos, como latrocínio, estupro e outros, bem como o tráfico de entorpecente. A justificativa da ampliação é de que a atenção apenas ao crime de extorsão mediante seqüestro significaria “dar proteção somente à camada mais rica da população brasileira”⁶⁴.

A classificação de determinadas infrações como hediondas, com tratamento punitivo diferenciado, parece guardar correspondência com a ação política semelhante desenvolvida durante o regime militar brasileiro, nos anos sessenta e setenta, que constituiu em uma demarcação das categorias de crimes comuns e crimes políticos, para maior exacerbação punitiva em desfavor dos autores de determinadas infrações penais, como se deu com os roubos a estabelecimentos bancários e seqüestros, classificados como crimes contra a segurança nacional.

Impunha-se, pois, afastar eventual crítica deslegitimadora da lei e a idéia de uma seleção implícita. A definição do que significaria o adjetivo hediondo não foi feita pela nova lei, que, ao contrário, limitou-se a operar a seleção através do etiquetamento de delitos já existentes na legislação penal.

Em momentos de crise envolvendo a segurança pública, é constante e explícita a busca de soluções punitivas exacerbadas, que não podem ser consideradas medidas totalmente estranhas ao Direito Penal. Ao contrário, o próprio sistema parece trazer em seu bojo – ancorada na idéia da necessidade de uma resposta a uma ação reprovável – a possibilidade da exacerbação, que se exerce sobre uma ação seletiva explícita, gerando, por exemplo, projetos de lei incriminadores em total conformidade com o sistema penal e sua abertura lingüística.

No caso da lei dos crimes hediondos, entendem vários doutrinadores que a nova seleção feita violou os princípios da proporcionalidade, já que o excesso punitivo descontrolou o já precário balanceamento entre delitos e penas encontrado

⁶⁴ Op. cit., p. 91.

no Código Penal, e da individualização das penas, ao mesmo tempo em que proibiu o indulto, tornou mais difícil o livramento condicional e impediu a progressão de regime. Tais direitos passaram a ser exclusivos de autores de outros tipos de delitos.

Com a entrada em vigor da lei 11464/07, não mais subsiste a vedação expressa à progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. Percebe-se, de outra parte, que, aos poucos, reduzem-se, na doutrina e jurisprudência brasileira, inclusive no seio dos estudiosos do Direito Penal, as críticas a referido diploma legal, num processo de aceitação contínua de seu teor classificatório e seletivo. Tais críticas passam a limitar-se a programas de reforma da lei ou até sua ampliação para abarcar outras infrações penais.

Na outra ponta da seleção penal legislativa, depara-se, por exemplo, com os chamados crimes contra a ordem financeira e tributária, classificados, dentre outras normas, pela lei 8137/90, situada fora do âmbito do Código Penal. Trata-se de ações praticadas, via de regra, por pessoas pertencentes a *status* sociais economicamente elevados, cuja acomodação aos tipos legais não constitui tarefa fácil para juizes e tribunais, facilitando sobremaneira as absolvições. Não obstante, tais ações atentam contra valores coletivos e sociais de grande relevância, reconhecidos, ao menos retoricamente, pela constituição de 1988.

Muito embora prescreva a imposição de penas para os que praticam as ações consideradas delituosas, tal legislação se apresenta com um perfil punitivo muito mais brando, tornando extremamente remota, mesmo em tese, a hipótese do efetivo cumprimento de eventual pena privativa de liberdade que possa ser fixada aos seus violadores.

No âmbito dos crimes contra a ordem financeira e tributária, o primeiro obstáculo à punibilidade refere-se à necessidade do prévio esgotamento

da esfera administrativa antes de se proceder à instauração da ação penal que culminaria com a imposição da pena criminal. A exigência da prévia decisão administrativa, no caso dos crimes de sonegação fiscal, já vinha disciplinada na lei nº 9.430/96. Isso significa que só se poderá falar em instauração de processo criminal caso o contribuinte não conteste o procedimento administrativo fiscal que culminou com a autuação.

Na hipótese de resistência pelo contribuinte faltoso, necessário se faz esgotar os trâmites administrativos, com a possibilidade, prolongada no tempo, de pagamento ou parcelamento do tributo, o que tornará inviável a instauração da ação penal. O pagamento do tributo, portanto, ou o mero parcelamento junto à entidade administrativa, poderá ocasionar o fim definitivo de eventual instância penal, com a decretação da extinção da punibilidade. É o que estabelecem o art. 14 da lei 8137/90 e o art. 34 da lei 9249/95, que disciplinam a matéria.

Esgotadas a atuação da defesa na esfera administrativa e a possibilidade de pagamento, que operaria a extinção da punibilidade, ainda remanesceria como viável, aos crimes contra o sistema financeiro e tributário, a aplicação da lei 9099/95, com a possibilidade de suspensão condicional do processo mediante determinadas condições, que significaria a definitiva impunidade empresarial, em termos de penas privativas de liberdade.

Tais benefícios legais – a necessidade do prévio esgotamento da esfera administrativa e a extinção da punibilidade com o pagamento – não encontram paralelo em qualquer outra infração penal comum, definida no Código Penal ou legislação esparsa. Constituem resultado do anseio da comunidade empresarial e do universo de juristas ligados a tais interesses, que, em última análise, não admitem a definição das condutas ilícitas atribuídas aos empresários como criminosas e penalmente típicas, com evidentes reflexos no tratamento legislativo de tais ações.

As infrações financeiras permitem, pois, que a reparação do prejuízo determine a extinção da punibilidade. Curiosamente, como se trata de infrações contra o Estado, sem ofensa determinada a particulares, não deveriam permitir a impunibilidade em razão do ressarcimento do débito, considerando a indisponibilidade do interesse público. A classificação criminal, entretanto, não passa de meio para uma arrecadação tributária mais eficaz, ao mesmo tempo em que as práticas tributárias ilegais, dotadas de maior gravidade e definidas como crimes, possam ser facilmente geridas por meio do pagamento do tributo, de forma a livrar alguns da possibilidade das penas criminais, em detrimento de outros.

Tal tratamento penal, a bem da verdade, não constitui exclusividade da legislação brasileira, em que as ações penais, de natureza pública e de atribuição do Ministério Público, transformam-se, na prática, em verdadeiras ações penais de cobrança. No dizer de Élcio Arruda, na maioria dos sistemas, o integral pagamento da prestação tributária surge como legítima terceira do direito repressivo⁶⁵.

Em “A criminalidade econômico-tributária”, Émerson de Lima Pinto sustenta que toda a legislação recente, na esfera penal tributária, parece ter sido elaborada por teóricos ou juristas identificados ao pensamento liberal do jurista Yves Gandra Martins. Entende tal corrente de pensamento jurídico-político que a criminalidade tributária deva ser compreendida sob um enfoque do pensador abolicionista Louk Hulsman, ou seja, de uma imunidade penal absoluta porque os cidadãos ‘honoríficos’ não podem ser sancionados pelo Estado, haja vista serem os agentes do desenvolvimento social nacional. Para os demais crimes, no entanto, lutam por penas mais severas, inserindo-se no chamado movimento da lei e da ordem⁶⁶.

⁶⁵ *Crimes tributários. Tratamento penal nos países da Europa*, in “Boletim” IBCCRIM-SP nº 171, fevereiro/2007, pp. 7-9.

⁶⁶ *A criminalidade econômico-tributária*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2003, pp. 134-135.

Segundo Edson Passetti, uma sociedade sem penas já existe no interior da sociedade punitiva, por meio da busca de soluções para resolver as infrações cometidas por determinadas categorias de pessoas:

“a população mais abastada, e excluída da seletividade penal, permanece desfrutando a mesma boa sorte, produzindo, por meio de políticos e funcionários competentes, as leis universais atreladas às práticas ilegais que sustentam interesses particulares. Este universalismo particularista da lei e do direito penal se robustece e se perpetua pela capacidade de penalizar, de vez em quando e por diversos motivos, um indivíduo privilegiado⁶⁷”.

Tratando-se de ações pertencentes ao mundo dos negócios, a punibilidade das condutas não poderia fazer-se com a mesma facilidade com que se atribui a membros das classes populares na prática dos crimes de furto e roubo.

Daí o questionamento de Augusto Thompson: “poderia uma sociedade negocista sancionar com castigo os negócios?”⁶⁸. Segundo o mesmo autor,

“sabendo que os membros das classes inferiores tendem a lidar com as coisas em espécie (objetos, dinheiro) e as pessoas das classes média e alta com seus símbolos (títulos, papéis), percebe-se com nitidez que espécie de ladrões mais provavelmente cairão na teia do aparelho de repressão criminal e quais os que passarão incólumes pelos seus buracos”⁶⁹.

No caso dos crimes envolvendo a posse de tóxicos, mostra-se evidente o critério de seleção de condutas com vistas à classificação das infrações definidas genericamente na lei anti-tóxicos (Lei 6368/76 revogada pela atual lei 11.343/06). A definição do que seja uma substância entorpecente pertence ao Estado, no âmbito de suas autoridades sanitárias, preenchendo assim o espaço vago das normas penais relativas a drogas,

⁶⁷ *Ensaio sobre um abolicionismo penal*, in Revista “Verve” vol. 9, São Paulo: Núcleo de Sociabilidade Libertária, 2006, p. 92.

⁶⁸ *Quem são os criminosos*. Rio de Janeiro: Ed. Achiamé, 1983, p. 59.

⁶⁹ Op. cit., p. 61.

que, tecnicamente, inserem-se na classe das chamadas leis penais em branco. Tais normas definem determinada conduta que consideram criminosa, necessitando, porém, de complementação por parte de ato de autoridade do Poder Executivo que irá preencher os espaços de definição do caráter danoso da conduta incriminada.

O álcool e a nicotina, por exemplo, constituem substâncias químicas consideradas nocivas à saúde, que causam dependência química e física, não comendo, porém, o rol das substâncias proibidas. Que critérios são utilizados pelas autoridades administrativas para a elaboração do rol das substâncias entorpecentes que proibirão, a ensejar rigoroso tratamento repressivo para seus usuários? Sabe-se que “algumas drogas são liberadas para consumo por razões culturais e sobretudo econômicas”⁷⁰.

Nesse sentido, a história do proibicionismo em nosso país revela que o aumento do interesse pela repressão ao uso de drogas parece coincidir com o aumento do uso entre as classes mais pobres e com uma política crescente de controle sanitário, como explica Thiago Rodrigues⁷¹, ao sustentar que a motivação política da proibição constitui estratégia de controle social, já que os critérios farmacológicos não definem, de fato, que drogas devem ser proibidas. Segundo o mesmo pesquisador, as legislações anti-drogas “devem ser entendidas apenas como instrumentos impulsionadores de dispositivos de controle extremamente úteis para a manutenção da ordem”⁷².

Nils Christie esclarece que uma das razões da eficácia do discurso de criminalização das drogas é a da explicação da pobreza e desatenção sobre o alcoolismo. Mas, mais do que isso, a guerra contra as drogas, em todos os países industrializados, reforçou concretamente o controle do Estado sobre as classes potencialmente perigosas, responsável em grande parte pelo crescimento da população carcerária nos EUA:

⁷⁰ “Boletim” do IBCCRIM n° 136, Editorial. São Paulo, Março/2004.

⁷¹ *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: Ed. Educ, 2004.

⁷² Op. cit., p. 167.

“Não só se condena o hedonismo e se justifica os defeitos da sociedade, como também, muito concretamente, se põe atrás das grades uma grande parcela da população não produtiva”⁷³.

Para Rosa Del Olmo, as drogas nem sempre foram um problema. “Converteram-se em problema quando deixaram de ter exclusivamente valor de uso para adquirir valor de troca e converterem-se, assim, em mercadorias sujeitas às leis da oferta e da procura”⁷⁴, o que levou a totalidade dos países a editar leis repressivas em resposta a acordos e tratados internacionais que se multiplicaram no século XX, a partir da liderança dos Estados Unidos.

Dados históricos sobre o proibicionismo das drogas são apresentados por Sebastian Scherer, ao esclarecer a ação dos Estados Unidos de combate ao ópio nas Filipinas ocupadas no final do século XIX e início do século XX, que resultou no Acordo do ópio, ocorrido em Haia, em 1912, considerado matriz de todas as leis contra entorpecentes no mundo inteiro. A partir daí, amplia-se em nível mundial o número de substâncias controladas, a incluir a cocaína, a heroína e a maconha, no que o autor denomina de gigantesco sistema de economia dirigida em termos de produção e comercialização, geradora de um não menor gigantesco mercado negro⁷⁵.

Na verdade, o que se constata no exame de grande número de processos criminais envolvendo crimes da lei anti-tóxicos é que muitas dessas investigações nascem de diligências policiais realizadas em favelas, becos, cortiços e espaços comumente utilizados por camadas consideradas marginais da sociedade, que culminam com a prisão em flagrante de suspeitos portando droga. A apreensão do entorpecente com tais pessoas constitui motivo legal para a prisão que, de outra forma, enfrentaria problemas legais

⁷³ *A indústria do controle do crime*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 61.

⁷⁴ *A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas*, in “Discursos sediciosos”, nº 12, Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002, p. 66.

⁷⁵ *Economia dirigida e perspectivas da política de drogas*, in “Discursos sediciosos”, nº 14, Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004, pp. 104-115.

de classificação de suas ações ilícitas. Nesse mesmo contexto de ilegalidades, vicejam a violência policial e, principalmente, a corrupção.

A lei 6368/76 não distinguia grandes produtores e traficantes de singelos distribuidores, chamados “aviões”, normalmente pessoas das classes operárias, desempregados, com grande número de mulheres desqualificadas para o trabalho, a incluir donas de casa. A justiça do Estado costuma recair pesadamente sobre tais pessoas, cuja conduta é enquadrável exatamente na mesma definição do grande traficante, já que a lei 6368/76 não operava qualquer distinção entre essas duas categorias sociais. A simples posse da droga para fornecimento a terceiros, ainda que eventual, caracterizava o crime do citado diploma legal, igualando grandes traficantes e meros passadores de droga.

A nova lei de drogas (lei 11343/06) cuidou de estabelecer distinções para tratamentos diferenciados a traficantes e pessoas que simplesmente auxiliam ou oferecem drogas a outras sem objetivo de lucro, fornecendo aos juízes e tribunais uma maior possibilidade de individualização das ações. O anterior tratamento seletivo, porém apresentado como igualitário da lei, era comumente adotado por juízes e promotores de justiça em seu trabalho de aplicação da lei, que, por assim dizer, reforçavam uma espécie de seletividade às avessas, já que pequenos passadores de drogas e consumidores coletivos acabam equiparados à figura do grande tráfico de drogas, sofrendo as penas da mesma norma. Os grandes traficantes e produtores cuidam de escapar da filtragem policial por outros meios.

A nova lei de drogas, em seus arts. 28 § 2º e 42, abriu expressamente as portas aos juízes para levarem em conta o local, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do acusado, seja para definir se se trata de posse de droga simplesmente para uso próprio, seja para proceder à individualização da pena relativa ao delito de tráfico de droga (art. 33).

Conseqüências sobre a efetiva criminalização e punibilidade de certas condutas podem constatar-se ainda nas normas que consagram os indultos. Trata-se de atos discricionários do chefe de Estado (*clementia principis*), a moverem-se em espécie de estado de exceção, manifestação de soberania, demonstrando o poder sobre os súditos mediante suspensão do Direito, eis que desconsideram, em situações pontuais, decisões definitivas do Poder Judiciário que condenaram determinados cidadãos e lhes impuseram as penas respectivas.

Os indultos podem ser individuais ou coletivos, impondo determinadas condições para que certas categorias de pessoas condenadas pela prática de crimes possam ser beneficiadas. Processadas e definitivamente condenadas, tendo cumprido parte de suas penas, tais pessoas são aquinhoadas com tal benefício jurídico, que lhes promove a redução da pena ou a extinção da punibilidade.

De atribuição do chefe do Executivo, costuma-se afirmar que os indultos chocam-se com o princípio da legalidade e a doutrina da separação dos poderes, tendo inclusive sido criticados por Cesare Beccaria, que considerava constituir o perdão ao criminosos uma ofensa à legalidade e independência dos poderes. Os indultos são, assim, uma explícita manifestação da seletividade penal porque contemplam pequena parcela de delitos e pessoas, refletindo escolhas de um dos poderes do Estado, muitas vezes motivadas pela opinião pública e pela cobertura midiática de parcela do mundo das ações consideradas criminosas.

Normalmente não são incluídos nos decretos de indulto os crimes relacionados com tráfico de entorpecente, crimes praticados com violência, classificados como hediondos, além de condenados que sejam reincidentes. Entretanto, autores de demais infrações penais não costumam encontrar óbice à obtenção do favor do soberano. Crimes contra o sistema financeiro nacional, por exemplo, que constavam como

insuscetíveis de indulto até o ano de 2002 (Decreto 4495/2002), passaram a deixar de pertencer ao rol dos delitos que não permitem o benefício a partir de então, nos anos de 2003, 2004 e 2005 (Decretos presidenciais nº 4904/2003, 5295/2004 e 5620/2005).

4. A seletividade penal ocorre igualmente no âmbito do Direito Processual Penal. O princípio básico que, nomeadamente, informa tal ramo do Direito – incumbido do estabelecimento de regras e princípios que norteiam a instauração e o desenvolvimento dos processos judiciais que viabilizarão a aplicação das leis penais, com eventual imposição de penas – é o da presunção de inocência do acusado, o qual só poderá ser considerado culpado após a decisão condenatória definitiva.

No decorrer do processo, no entanto, antes da condenação, é possível que o acusado venha a ser preso provisoriamente, o que ocorre ou em razão de prisão em flagrante ou por ordem judicial. Quando não se tratar de hipótese de prisão em flagrante, a prisão do réu só se justificará nas situações previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, para “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação do direito”⁷⁶.

Mesmo no caso da existência de prisão em flagrante, esta só se manterá se presentes as circunstâncias referidas em tal dispositivo legal. Inadmissível, por imposição legal, a prisão provisória nas hipóteses de delitos culposos, que são aqueles praticados mediante imprudência, negligência ou imperícia, salvo situação especialíssima.

As condições legais exigidas para a manutenção ou decretação da prisão antes da condenação definitiva prendem-se a expressões vagas que, de forma casuística, deverão ser objeto de interpretação por parte dos juizes e tribunais no

⁷⁶ Art. 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

momento da decretação da prisão, denominada prisão preventiva. A seleção feita pela lei processual penal, ao optar por tais expressões, parece revelar preocupação com os crimes dotados de maior visibilidade externa, como os crimes patrimoniais ou crimes contra a vida (ordem pública), bem como com os autores de crimes cuja presença na instrução criminal se apresenta imprescindível. Tal ocorre, com extrema frequência, nos crimes de roubo, em que se mostra importante a presença do réu em audiência judicial, para reconhecimento por parte da vítima, elemento de prova considerado de grande importância para definir a responsabilidade do agente.

A definição legal da prisão preventiva aponta ainda para a necessidade de “assegurar a aplicação da lei penal”, a revelar preocupação com os acusados que podem empreender fuga e, assim, frustrar a execução da pena privativa de liberdade, o que levará o aplicador da lei a ficar atento para condições pessoais do réu, como a condição de desempregado, de não proprietário ou de tratar-se de pessoa desprovida de raízes sólidas no local da prática do delito. A hipótese constituirá, como veremos, ferramenta utilíssima na seleção daqueles que deverão permanecer no cárcere durante o processo criminal até a decisão definitiva, que poderá demandar meses ou anos.

A custódia preventiva, antes da sentença, também se encontra inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8069/90), em termos semelhantes aos do Código de Processo Penal. Dispõe o § único do art. 108 que “a decisão deverá ser fundamentada e basear-se-á em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida”. Contudo, na hipótese de prisão em flagrante (apreensão do infrator), dispõe a lei que ele será liberado ante o comparecimento dos pais ou responsáveis, “exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública” (art. 174 do ECA).

O exemplo mais expressivo de seleção na órbita processual vem estampado no art. 295 do Código de Processo Penal brasileiro, o qual estabelece o direito à prisão especial, antes da condenação definitiva, a determinadas categorias de pessoas, como os ministros de Estado, governadores, prefeitos, vereadores, chefes de polícia, membros do parlamento e assembleias, cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”, oficiais das forças armadas, magistrados, membros do Ministério Público, ministros de confissão religiosa, ministros do tribunal de contas, delegados de polícia, jurados e diplomados por qualquer das faculdades superiores da república. A partir da entrada em vigor do Código de Processo Penal, ao longo do tempo, várias dessas categorias foram sendo paulatinamente incluídas no rol daqueles que fazem jus à prisão especial.

A prisão provisória para tais pessoas, ao contrário do que ocorre com os demais acusados, realiza-se em locais especiais, normalmente salas individuais ou com pouquíssimos ocupantes, em dependências militares desprovidas do rigor das cadeias públicas e centros de detenção, onde a vida do preso não tem nenhum valor, submetido a violências físicas e morais de toda ordem.

O caráter especial da prisão inclui também o transporte separado de tais pessoas, de acordo com o § 4º do art. 295 da lei processual penal. Como estabelece o mesmo dispositivo legal em seu § 3º, a prisão pode dar-se em cela especial, desde que obedecidos os requisitos de “salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana”. Outra das categorias beneficiadas pela prisão especial são os jornalistas, que têm seu direito assegurado no art. 66 caput da lei 5260/67, a qual faz referência expressa a local com “sala decente, arejada e onde encontre todas as comodidades”.

Aos advogados assegura-se a prisão em sala do Estado-Maior até o trânsito em julgado da eventual sentença condenatória, não podendo confundir-se com cela:

“A sala do Estado-Maior se define por sua qualidade mesma de sala e não de cela ou cadeia. Sala essa instalada no Comando das Forças Armadas ou de outras instituições militares (Polícia Militar, Corpo de Bombeiros) e que em si mesma constitui tipo heterodoxo de prisão, porque destituída de portas ou janelas com essa específica finalidade de encarceramento” (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 91.089, Rel. Ministro Carlos Brito, j. 04.09.2007, DJU 19.10.2007).

Na hipótese da inexistência de local separado para o recolhimento dos acusados com direito à prisão especial, estabeleceu a lei 5256/67 sobre a possibilidade da prisão domiciliar, a critério do juiz, que se dará sob vigilância policial, mas com discrição e sem constrangimento para a pessoa e seus familiares⁷⁷.

Embora provisória, a prisão, inclusive na modalidade domiciliar, na prática, pode significar para o réu a totalidade ou parte significativa do tempo da pena privativa de liberdade que porventura possa lhe ser imposta na decisão judicial final, uma vez considerar-se como período de cumprimento efetivo da pena, inclusive para fins de benefícios, como a progressão de regime ou livramento condicional. Oficiais e militares, ademais, cumprem pena em presídios militares, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Pode-se afirmar que a instituição da prisão especial constitui mais um expediente de seleção entre autores de condutas ilegais e delinquentes. Se a prisão, como esclarece Michel Foucault, se prestou sempre à construção do meio delinquente, constituído por pessoas a quem se imputa a titularidade exclusiva dos comportamentos ilegais, por serem rejeitadas, desprezadas e temidas, justifica-se o dispositivo da prisão provisória especial, com

⁷⁷ Lei 5256/67, art. 1º: “Nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito a prisão especial, o juiz, considerando a gravidade das circunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência, de onde o mesmo não poderá afastar-se sem prévio consentimento judicial”.

vistas a delimitar de forma clara quais são aqueles que, embora autores de condutas ilegais, não podem ser recrutados para o exército de delinquentes⁷⁸.

A doutrina jurídica, entretanto, reluta em considerar a prisão especial como privilégio ou dispositivo jurídico em favor de determinados infratores em contraposição a outros. Segundo Júlio Fabrini Mirabete, interpretando o dispositivo legal,

“sem ferir o preceito constitucional de que todos são iguais perante a lei, esta prevê hipóteses em que a custódia do preso provisório pode ser efetuada em quartéis ou prisão especial, prerrogativa concedida a certas pessoas pelas funções que desempenham por sua educação ou cultura, por serviços prestados etc., evitando que fiquem em promiscuidade com outros presos durante o processo condenatório”⁷⁹.

Para Hélio Tornaghi, a prisão especial não constitui privilégio, “que seria inconstitucional e odioso”, mas sim prerrogativa de determinados cidadãos⁸⁰.

Em decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em defesa do instituto da prisão especial, assim se posicionou o Desembargador Romeu Jobim, em seu voto: “entendo que os iguais, como já dizia Rui Barbosa, devem ser tratados como iguais. Se uma pessoa, que tem nível superior, é submetida ao mesmo tratamento, por certo que a pena que se lhe está impondo será maior”⁸¹.

5. A existência de mecanismos seletivos no âmbito legislativo, conforme dados apresentados, que poderiam ser exemplificativamente multiplicados, não significa que as leis devam ser compreendidas como simples reflexo e

⁷⁸ *Entrevistas*. Roger Pol-Droit, trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2006, pp. 47-48.

⁷⁹ *Processo penal*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 368.

⁸⁰ *Curso de processo penal*, vol. 2. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990, p. 12.

⁸¹ *Revista dos tribunais*, vol. 736/666.

produto de uma seleção uniforme e retilínea, de tal forma que implicassem uma escolha sempre favorável a determinadas situações e categorias de pessoas em detrimento de outras.

Resistências a programas seletivos são verificadas em todos os níveis do sistema penal, a incluir a produção de leis. Normas despenalizadoras, que favorecem aqueles contra quem o rigor legislativo sempre foi direcionado, vez por outra ingressam no ordenamento por variadas razões, inclusive para, aparentemente, lhe reforçar a legitimidade perante a comunidade jurídica. Quase nunca, porém, tal se dá por motivo de buscar, de forma absoluta, a igualdade de situações com a virtual clientela do sistema.

O abrandamento punitivo promovido por determinadas reformas legislativas, por exemplo, se é que se pode assim qualificá-las, a favorecer os fregueses de sempre do sistema penal, pode ter como objetivo o desafogo momentâneo do excesso de população carcerária, como se deu em alguns momentos da história do Direito Penal brasileiro, de que é exemplo a lei 9714/98, que ampliou a incidência das chamadas penas alternativas.

A lei 9099/95, se, de um lado, reduziu quantitativamente o processamento envolvendo autores de crimes de menor gravidade, de outro, ampliou a possibilidade de controle sobre autores das ações respectivas que sequer seriam objeto de ações penais, uma vez transferida ao Ministério Público a atribuição para a imposição de penas sem processo, por meio do instituto da transação penal.

O movimento pendular da legislação penal brasileira, transitando do rigor punitivo de leis mais severas, passando por sua mitigação, criação de punições alternativas e novos benefícios, resultando, ao depois, de forma circular, em novos reforços punitivos, traz em si a idéia de modulação e gestão penal permanente, própria da sociedade de controle em que vivemos, cujo objetivo não declarado é a manutenção de um

determinado nível de ilegalidade que não interfira na condução “normal” da vida, no desenvolvimento da economia e dos negócios.

Tratamentos especiais por parte do sistema penal, de que são exemplos, como ficou dito, o indulto presidencial e a prisão especial, não constituem, como à primeira vista pode parecer, mera liberalidade do poder político para com determinadas situações e pessoas. A questão remete para a emergência do perdão, tomado em sentido amplo, no caso particular do indulto, e do tratamento especial, na hipótese da prisão especial, os quais devem ser compreendidos como manifestação do poder e submissão a ele, sob a forma de um controle prolongado e eterno.

Na segunda dissertação inserida na “Genealogia da Moral”, Nietzsche traça a história do direito penal a partir da noção de consciência de culpa como dívida, inserida em uma relação contratual entre credor e devedor. A prática de uma infração leva à produção da dor, justificando, como uma troca, uma punição sobre a pessoa do causador. O criminoso é, assim, um devedor, sobre quem recairá o castigo cruel. Entretanto, quando aumentado e solidificado o poder de uma comunidade, esta desconsidera um pouco os desvios individuais, que não colocam em risco o todo social. Daí a possibilidade de composição e a idéia de resgatar a infração cometida. Diz Nietzsche: “se crescem o poder e a consciência de si de uma comunidade, torna-se mais suave o direito penal”⁸².

Para Elias Canetti,

“o detentor do poder jamais perdoa de fato. Todo ato hostil permanece cuidadosamente registrado; ele o oculta ou armazena. Por vezes, troca-o por genuína submissão; atos generosos da parte dos poderosos ocorrem sempre dessa forma. Anseiam de tal maneira pela submissão de tudo quanto se opõe a eles que amiúde pagam por ela um preço exageradamente alto”⁸³.

⁸² *Genealogia da moral*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Ed. Cia. das Letras, 2004, pp. 61-62.

⁸³ *Massa e poder*. Trad. Sérgio Tellarolli. São Paulo: Ed. Cia. das Letras, 2005, p. 298.

O perdoado é, assim, acolhido na graça do detentor do poder, sendo certo que a misericórdia pressupõe sempre a condenação. Refere-se ainda Canetti – o que nos interessa sobremaneira para o tema da seletividade penal – à seleção que preside o perdão: “Não é costume perdoar-se mais do que um número determinado e restrito de condenados⁸⁴”.

Apresenta, pois, o perdão a sua face seletiva, expressando, a par da solidez do sistema judiciário penal e suas garantias constitucionais, de que faz parte a soberania e definitividade das decisões condenatórias, a salvação de alguns dependerá de um ato unilateral, imotivado e misericordioso do detentor do poder executivo, que, não obstante, não abre mão do poder de controle do perdoado.

Com a reforma penal brasileira ocorrida em 1984, a figura do perdão judicial passou a desempenhar papel de maior importância nos processos criminais em que juizes e promotores criminais entendem desnecessária a punição daqueles cuja prática infracional lhes atingiu igualmente, como nos casos de crimes culposos vitimando familiares que sofrem lesões corporais ou morte (arts. 121 § 5º e 129 § 8º do Código Penal).

Em tais situações, conforme abertura permitida pelas próprias normas jurídicas, cabe ao julgador a formulação do juízo de desnecessidade da sanção penal, que se explicitará no bojo da própria sentença condenatória. O réu acaba condenado mas o juiz lhe confere o perdão, deixando de lhe aplicar a pena respectiva por reputá-la desnecessária.

Segundo Jacques Derrida, o perdão traz em si uma idéia de transcendência religiosa, eis que, na verdade, só Deus pode perdoar: “o poder de perdoar, condicional ou incondicionalmente, é sempre um poder de essência divina, mesmo quando parece exercido pelo homem”⁸⁵.

⁸⁴Op. cit., p. 299.

⁸⁵ *Penas de morte*, in “De que amanhã”. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, p. 196.

É bom lembrar que os indultos presidenciais são anualmente editados no final do ano, denominados indultos natalinos, de forma a associar o benefício do perdão à capacidade cristã de perdoar os pecadores⁸⁶, significando, ainda na esteira do pensamento de Derrida, uma suspensão do direito, só fazendo sentido quando o criminoso o solicita, reconhecendo seu erro, em uma espécie de troca pelo arrependimento.

A seleção realizada pelas leis, classificando determinadas ações como crimes, ligadas a determinadas pessoas, própria da sociedade disciplinar, encontra no dispositivo jurídico do indulto o reforço da certeza de que o poder soberano se confunde com uma espécie de poder divino de dizer a verdade, distribuir castigos seletivamente e eventualmente substituí-los pelo perdão e pela graça.

No mesmo sentido, a efetivação do indulto, a cargo dos juízes e tribunais, com a interferência direta dos promotores de justiça, será caracterizada também pelo exercício de um poder soberano que se eterniza, embora com caracteres diferentes, gerido pelas instâncias de aplicação das leis, em face das pessoas condenadas, num regime de dívida infinita. Sobre a definição de quais são os crimes cujos autores condenados poderão receber a bênção da abreviação de seus castigos, incidirá, assim, uma nova seleção, que individualizará as hipóteses de concessão do favor político-divino, afunilando-as seletivamente, a demonstrar a verticalidade e perenidade dessa relação de débito.

⁸⁶ Todos os decretos de indulto apresentam o mesmo intróito: “Considerando a tradição de conceder, por ocasião das festividades comemorativas do natal, perdão ao condenado em condições de merecê-lo, proporcionando-lhe condições para a harmônica integração social, objetivo maior da sanção penal...”

A CIÊNCIA DO DIREITO

1. Um segundo e importante estágio da seletividade penal, como instância de real definição das ações humanas como infrações penais, é constituído pelo trabalho desenvolvido pelos operadores do Direito com vistas à compreensão e efetiva aplicação das leis penais. Trata-se da chamada criminalização secundária que, embora atue sobre uma base de escolha já realizada pelo controle informal da sociedade, exerce um papel de relevo na efetiva definição das ações consideradas criminosas e, principalmente, na seleção dos indivíduos que virão a passar pelo filtro das instituições judiciárias.

Tal definição, ao contrário da seleção realizada informalmente pela sociedade, que, em maior ou menor grau, influencia a elaboração das leis penais, faz-se sobre o conteúdo das normas penais já postas, servindo-se primordialmente da ciência do Direito, ou, mais propriamente, da chamada ciência penal. Esta é constituída por um conjunto de

regras próprias, princípios, saberes construídos ao longo dos tempos, cujo objetivo é o estudo e sistematização das normas penais, fornecendo ferramentas teóricas para a classificação definitiva e pragmática dos criminosos e a imposição de penas.

Essas ferramentas, aliás, também exercem alguma influência no trabalho realizado pela Polícia, o qual se baliza igualmente, ao menos num plano teórico, nas normas penais e na própria ciência do Direito, embora com menor rigor técnico, dadas as características marcadamente práticas e repressivas da ação policial. A classificação de condutas feita pela Polícia também leva em conta o universo dogmático do Direito Penal, o qual, por sua vez, alimenta-se continuamente da atividade prática desenvolvida por juizes e tribunais e pelos promotores de justiça que atuam na área dos processos criminais.

Como já foi visto no capítulo anterior, a atuação dos aplicadores da lei distancia-se enormemente de um mero desdobramento lógico de subsunção dos fatos às normas, como pretendiam fazer crer os pensadores e reformadores do século XVIII, na tentativa de construção de um conceito de ordem jurídica que afastasse para sempre o arbítrio dos juizes e a incerteza das decisões. A colocação em prática de um modelo silogístico pretensamente rigoroso encontra um primeiro e intransponível obstáculo na atividade de interpretação das normas, etapa necessária e coincidente com a sua aplicação pelos juizes e tribunais.

Daí porque a seletividade realizada pelas leis penais, quando de sua formal instituição, vem a sofrer, em seguida, um ataque certo em suas pretensões universalistas e perfeccionistas, que é realizado pela instância prática de aplicação e efetivação das normas pela Justiça penal, passando pelas filtragens intermediárias do aparato policial e do Ministério Público. Afirma-se que a instância legislativa não é a única responsável pela definição de quais ações são caracterizadas como crimes e quais como simples ilícitos de natureza civil e, em consequência, de quem são os criminosos e os não criminosos.

O sonho positivista e legalista de uma atividade judicial que fosse simplesmente mecânica e desinteressada, de mera aplicação das leis aos fatos, irá se transformar em um problema para os legisladores e cientistas do Direito. Isso porque é impossível falar em aplicação prática das normas sem antes perquirir o seu conteúdo efetivo ou a possibilidade de sua amoldagem às ações humanas e principalmente aos indivíduos, para os quais foram criadas.

A busca vã e ingênua do que seria o sentido autêntico das normas leva o jurista, necessariamente, ao terreno da interpretação, verdadeiro pântano onde é travada a luta semântica capaz de operar criações normativas e transcrições ao interesse de qualquer dos atores da cena jurídica e judiciária, com vistas a uma modulação das leis, que significará o que se pode qualificar como sendo uma verdadeira gestão do sistema penal.

A idéia de uma ciência que tenha como objetivo atingir teórica e harmonicamente a verdade encontra obstáculos intransponíveis no campo do Direito, em especial do Direito Penal, esfera por excelência das técnicas de individualização, de natureza disciplinar, ou de dispositivos penais de controle competente da população, cujo modelo não é o pretenso descompromisso imparcial do cientista, que, aliás, em outros termos, já fora afastado por Max Weber⁸⁷, mas a guerra e a batalha, a significarem, segundo Michel Foucault, que a verdade não existe fora do poder e pertence a este mundo⁸⁸. Também no campo do Direito, ou principalmente nele, o processo de conhecimento, parcial e oblíquo, implica uma relação de dominação e luta, visando indivíduos e situações.

É possível, assim, no interior das práticas judiciárias, compreender a importância de uma ciência do Direito afeita às decisões e à aplicação das normas aos sujeitos e não apenas centrada na figura de um legislador onisciente, exato e imparcial, como produtor de normas universais que constituam o campo da verdade.

⁸⁷ *A objetividade do conhecimento na ciência social e na ciência política*, in “Metodologia das ciências sociais”. Trad. Augustin Wernet, São Paulo: Cortez Editora, 1993, p. 153.

⁸⁸ *Verdade e poder*, in “Microfísica do poder”. Trad. Roberto Machado, Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1982, p. 12.

A propósito, sustenta Foucault que

“o processo que possibilitou fundamentalmente o discurso das ciências humanas foi a justaposição, o confronto de duas linhas, de dois mecanismos, de dois tipos de discurso absolutamente heterogêneos: de um lado, a organização do direito em torno da soberania, e de outro, o mecanismo das coerções exercidas pelas disciplinas”⁸⁹.

Trata-se, pois, como afirma o pensador francês em outro texto, de utilizar mais táticas do que leis, ou usar as leis como táticas⁹⁰, ou, em outros termos, de colocar a questão sobre “de que regras de direito as relações de poder lançam mão para produzir discursos de verdade”⁹¹.

A interpretação das normas legais é objeto de uma atividade que, com o passar do tempo, parece adquirir cada vez mais espaço em uma ciência do Direito: a hermenêutica jurídica. O vocábulo hermenêutica provém do deus da mitologia grega a quem se atribuía a capacidade de levar mensagens e decifrá-las. O mito de Hermes é significativo para a compreensão da atividade de interpretação das leis, tarefa diária dos operadores do Direito, da qual resultarão eventuais criminalizações e punições, em vista de condutas e pessoas determinadas.

Menino precoce, Hermes furtou animais do rebanho de Apolo, impedindo que, ao transportá-los, deixassem rastros, amarrando folhas em suas caudas. Acusado por Apolo, Hermes acabou interrogado por Zeus, a quem foi obrigado a prometer que nunca mais faltaria com a verdade. Ao fazer a promessa, porém, acrescentou que não se achava obrigado a dizê-la por inteiro...

⁸⁹ *Soberania e disciplina*, ibidem, pp. 189-190.

⁹⁰ *A governamentalidade*, ibidem, p. 284.

⁹¹ *Soberania e disciplina*, ibidem, p. 179.

Hermes dedicou-se à arte divinatória, utilizando um caduceu, com que lia o futuro das pessoas. Considerado símbolo da astúcia e ardil, o mensageiro dileto dos deuses buscava interpretar-lhes as vontades, ao proceder ao repasse de suas mensagens. Segundo Mircea Elidea, no estudo dessa instigante figura mitológica, interessam suas relações com o mundo dos homens, um mundo por definição aberto, que está em permanente construção⁹². Abertura e construção constituem conceitos fundamentais no campo da interpretação das leis, por onde passarão muitos dos dispositivos jurídicos que legitimarão a seletividade.

A partir da raiz mitológica, portanto, também é possível entender, numa primeira abordagem, o papel político da arte da interpretação no trabalho de construção do Direito por seus operadores, através da manipulação da linguagem e reconstrução de significados e sujeitos.

A hermenêutica jurídica, ora definida como arte ora como ciência nos manuais de introdução ao estudo do Direito e de Filosofia do Direito, representa uma influente ferramenta legitimadora de decisões no âmbito da definição de condutas criminosas ou sua descaracterização por parte de doutrinadores, juizes e tribunais. Sua importância é perceptível igualmente na atividade administrativa das polícias em geral, que também se servem das normas penais e do repertório técnico-científico da ciência do Direito para realizarem suas escolhas e estratégias de atuação.

Nesse sentido, constitui tarefa da ciência jurídica, por uma de suas áreas mais importantes que é a hermenêutica, a busca do que seria o sentido da norma, o qual se supõe encontrar-se seja depositado nela própria, seja em sua relação com o ordenamento jurídico, ou ainda acobertado no desejo de um legislador onisciente e universal, responsável por sua criação. Possui, assim, a interpretação nítido caráter normativo e de normalização. Para tanto, serve-se de diversas técnicas ou processos cognitivos, que se colocam como postulados da ciência jurídica, todos de índole dogmática e pragmática, necessários ao que

⁹² *O sagrado e o profano*. Trad. Rogério Fernandes. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001.

seria um conhecimento científico do Direito com vistas a uma pretensa aplicação objetiva e desinteressada das normas.

Importa, no entanto, problematizar essa idéia da existência de uma essência significativa lançada na linguagem das normas, a desafiar os intérpretes. A compreensão da linguagem emanada das próprias coisas constitui concepção típica do mundo antigo, a que se seguiu a idéia de uma representação harmônica do mundo, própria do Iluminismo, como expressão de quem fala, sem a presença de referenciais estáveis.

Argumenta Foucault que

“o mundo é coberto de signos que é preciso decifrar, e estes signos, que revelam semelhanças e afinidades, não passam, eles próprios, de formas de similitude. Conhecer será, pois, interpretar: ir da marca visível ao que se diz através dela e, sem ela, permanecerá palavra muda, adormecida nas coisas⁹³”.

É certo que a necessidade da atividade interpretativa não se circunscreve à circunstância da indeterminação lingüística das normas, mas também inclui o conceito de *lacuna*, o qual dá força e sustenta o exercício de escolhas e justificativas por parte dos operadores jurídicos na aplicação seletiva das normas jurídicas. Comumente definidas como vazios técnicos de sentido, as lacunas, na verdade, são de natureza valorativa, servindo como dispositivos importantes de construção de soluções jurídicas, conforme admitido pelos próprios juristas.

Hans Kelsen, adepto fervoroso da idéia de um ordenamento completo e coerente, admite que a lacuna é uma ficção criada pelo intérprete, na hipótese de este considerar injusto o sentido da norma e dele discordar, o que significa dizer que a própria existência da lacuna acha-se condicionada à prévia escolha a ser feita pelos juristas e operadores do Direito, tendo em vista a solução de conflitos nos casos concretos. É a partir

⁹³ *As palavras e as coisas*. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002, p. 44.

destes que o intérprete avaliará a existência ou não da lacuna legal, levando em conta, certamente, as possíveis soluções que ele próprio vislumbraria racionalmente para o caso.

Para Lênio Streck, não há lacunas técnicas, mas simplesmente axiológicas, sustentando ainda que sua superação passa pelos chamados princípios gerais do Direito, que não possuem conceito definido, sendo estruturas elásticas (como, por exemplo, “todos são iguais perante a lei”), que servem como um *topos* hermenêutico. No pensamento jurídico, ainda vigora, com alguma força, a concepção de uma hermenêutica objetivista, no sentido de manter a crença na existência de um “sentido exato” da norma, um “verdadeiro significado” que deva ser pesquisado pelo intérprete. Há, assim, no processo interpretativo, a participação de “um sujeito interpretante, um objeto com formas significativas e a mente de um outro sujeito”⁹⁴.

Vale aprofundar a questão da relação entre a norma e o caso que lhe escapa, costumeiramente definido pela ciência jurídica como lacuna, utilizando o pensamento de Giorgio Agamben, que realiza reflexão filosófico-política sobre situações que escapam da abrangência do ordenamento jurídico. Segundo o filósofo italiano, o estado de exceção se faz presente na decisão do soberano, que constitui solo característico do Direito. Trata-se de uma articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica, ou entre a norma e a decisão, esta separada daquela, a introduzir no Direito “uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real”⁹⁵.

Agamben associa a exceção com a necessidade, no sentido de que a lei, na verdade, visa à salvação comum dos homens, mas não ao caso particular, que lhe escapa. O fato se transforma, então, em Direito, que se suspende, mostrando-se essencial à ordem jurídica por se tratar de caso excepcional que levará o juiz à criação de um Direito (sem lei) ou decisão normativa com força de lei.

⁹⁴ *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2003, p. 166.

⁹⁵ *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poletti, São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 58.

A exceção seria a zona de indiferenciação entre fato e Direito, podendo ser interpretada, no bojo da presente pesquisa, como estratégia do poder judicial para fundamentar a decisão, qual seja punir ou deixar de punir alguém, entender típica ou atípica uma ação, culpável ou não culpável o agente, provado ou não provado o fato sob exame, levando em conta a agenda seletiva do sistema penal. As decisões judiciais, portanto, são o palco onde, de forma contínua e permanente, os casos considerados excepcionais escapam das normas, mesmo estando incluídos nelas.

A esse respeito, exerce papel importante o Direito Processual e a jurisprudência. O primeiro porque poderá fornecer aos operadores, em um dado contexto, as ferramentas que lhes permitirão movimentar-se rumo à criminalização ou não de determinada conduta, com a conseqüente imposição de pena criminal; a jurisprudência porque apresentará uma variadíssima gama de decisões em casos semelhantes, mas com soluções diversas, que lhes permitirão fundamentar devidamente as escolhas, sem que estas demonstrem seu caráter arbitrário. Nesse sentido é que, no âmbito da aplicação do Direito, se pode falar de uma relação muito próxima e significativa do Direito com a Política.

A exceção se confunde, pois, por vezes, com a própria lacuna, a legitimar a atuação do Poder Judiciário, previamente alimentado pelos demais operadores do Direito, qual soberano, a postar-se como o guardião da constituição, tarefa constitucional, entre nós, desempenhada, aliás, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal. A alimentação da suprema corte brasileira, com casos e argumentos, é continuamente realizada pelo manejo das normas jurídicas por parte de advogados, membros do Ministério Público e juizes das instâncias inferiores, cujas atuações confluem para as decisões supremas em sucessivos e múltiplos conflitos jurisprudenciais.

O Ministério Público, por exemplo, ao interpor recursos especiais e extraordinários perante os tribunais superiores, busca consolidar posicionamentos próprios

consistentes em interpretações pontuais das normas numa infinidade de casos concretos, com vistas à consolidação de suas teses institucionais, em confronto com as posições dos juizes de primeira instância e dos tribunais inferiores.

À frente dos múltiplos interesses pontuais na solução de conflitos jurídicos, por parte de advogados e membros do Ministério Público, situam-se os inúmeros métodos e técnicas interpretativas, todos eles legitimados pela ciência jurídica.

Para o jusfilósofo Luiz Alberto Warat, os chamados métodos interpretativos escondem um compromisso ideológico, constituindo um “álibi teórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do Direito”. Buscam, dentre outros fins, “legitimar a neutralidade dos juristas e conferir-lhes um estatuto de cientistas”⁹⁶. Segundo Nilo Bairros de Brum, “a fungibilidade dos métodos transforma a interpretação jurídica num jogo de cartas marcadas”⁹⁷. Como não há hierarquia entre os diversos métodos de interpretação, seu uso, em verdade, é arbitrário, ficando a critério de cada juiz a escolha desta ou daquela técnica para chegar ao que seria o “verdadeiro” sentido do texto legal.

Numa concepção mais tradicional de aplicação do Direito, a partir do viés legalista e contratualista oriundo do século XVIII, o papel do aplicador das normas deveria limitar-se a um juízo deliberativo por parte da autoridade judiciária, que procedia a uma construção silogística de subsunção do fato à lei. Vê-se, no entanto, que, nas práticas de solução judicial de conflitos, procede-se a um duplo movimento interpretativo, distanciado da mera subsunção aritmética, como queriam os juristas do século XVIII, fiéis à ficção da tripartição de poderes.

O primeiro movimento consiste na reconstrução da premissa maior – a lei – a ser feito através da busca de seu significado, o que desnuda, de início, o caráter pretensamente lógico do procedimento. Conceitos valorativos e indeterminados contidos nas

⁹⁶ *Introdução geral do Direito I*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994, p. 89.

⁹⁷ *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, pp. 39-40.

normas gerais propiciam a reconstrução da premissa maior pela via hermenêutica, o que é possível fazer conforme a decisão e o desejo do operador, o qual, no instante da aplicação, já dispõe do caso concreto ao qual se amoldará a norma que está sendo interpretada.

Um segundo movimento refere-se à premissa menor, qual seja, o fato submetido a exame por parte do aplicador do Direito, que necessita ser esclarecido e compreendido em todas suas circunstâncias. Da compreensão do evento fático depende a operação de ligação da premissa maior – a norma – ao fato concreto (premissa menor), que resultará na solução a ser adotada.

Vê-se, pois, na órbita da aplicação das leis penais, que a condenação ou absolvição do réu encontra-se na dependência de uma prévia tarefa interpretativa que tem como objeto não só a norma jurídica propriamente dita, carregada de expressões vagas e ambíguas, como também o fato colocado sob exame e suas circunstâncias, envolvendo práticas humanas atravessadas por valores, intenções, finalidades e anseios.

Não é difícil, assim, perceber por quais caminhos se processa a seleção de condutas a serem qualificadas como criminosas, a qual, por sua vez, repercutirá no entendimento do conteúdo das normas para futura aplicação em casos análogos. O trabalho de interpretação das normas por seus aplicadores resultará não só na construção ou reconstrução do Direito nos casos concretos submetidos a exame em cada um dos conflitos, como também na abertura de veredas por onde as normas postas adquirirão novos conteúdos para atuação futura em situações consideradas semelhantes. Por seu turno, a avaliação da semelhança entre situações passadas e presentes instaurará novas batalhas judiciárias, igualmente atravessadas por decisões e seleções.

A interpretação judiciária do Direito constitui, assim, a própria jurisprudência, que pode ser definida como conjunto de decisões dos juizes e tribunais que procedem à individualização das normas, devendo ser compreendida como a atividade ou

mecanismo de regulação social e modulação, onde se cria o Direito. Sua importância é tal que, segundo Deleuze, não deveria ser confiada aos juizes⁹⁸.

A interpretação constitui, pois, dispositivo fundamental para a seletividade, não tanto ou apenas porque fixará o sentido de cada norma jurídica em cada situação, mas principalmente porque levará em conta as ações submetidas ao exame dos operadores e quais são os seus agentes, seu perfil pessoal e sua história, e as circunstâncias que envolvem sua prática.

O processo de integração das normas pela atividade judicial dá-se quando se procede à análise dos tipos penais, das lacunas, das antinomias e dos chamados elementos subjetivos e normativos, tudo como sendo, na verdade, matéria de prova no processo penal e objeto de valoração judicial. É o que explica Celso Eduardo Faria Coracini, referindo-se ao dever que os juizes ostentam, de ordem constitucional, de fundamentação de suas decisões, que constituem, na verdade, a manifestação exterior da interpretação judicial⁹⁹. O autor estabelece crítica contra os tipos penais exageradamente abertos, que considera inconstitucionais por violarem o sentido da tipicidade e abrirem as portas ao arbítrio judicial.

A verdade, porém, é que as decisões judiciais, em tais circunstâncias, multiplicam-se diariamente, como Coracini explicita nos exemplos do crime de “gestão fraudulenta” e “gestão temerária” (Lei 7492/86) e da adoção do regime disciplinar diferenciado, em execução penal, introduzido no ordenamento brasileiro pela Lei 10.792/03, aos condenados que “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”¹⁰⁰.

⁹⁸ “O que me interessa não é a lei nem as leis (uma é noção vazia, e as outras são noções complacentes), nem mesmo o direito ou os direitos, e sim a jurisprudência. É a jurisprudência que é verdadeiramente criadora de direito: ela não deveria ser confiada aos juizes. Não é o Código Civil que os escritores deveriam ler, mas antes as coletâneas de jurisprudência.” (*Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, p. 209).

⁹⁹ *Jurisprudência penal e determinação típica*, dissertação de Mestrado, mimeo, FADUSP, São Paulo, 2004, pp. 133-135.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 141.

A solução para a ação arbitrária do julgador é identificada como uma proposta de atenção maior à exigência de taxatividade e certeza da lei, com apelo aos juizes para que, na expressão de suas interpretações, enfrentem o significado das palavras e que suas decisões estejam materialmente de acordo com o princípio constitucional da legalidade, perseguindo o sentido mais favorável à liberdade do cidadão¹⁰¹.

Ocorre que a atividade interpretativa, assim orientada pela busca do sentido mais favorável à liberdade do cidadão, acaba por não constituir garantia contra a seletividade por parte dos juizes e tribunais, podendo, ao contrário, servir de ferramenta para a não incriminação de grande número de condutas praticadas por determinadas pessoas, como nos casos de tipos penais abertos, de que são exemplos os crimes culposos e, principalmente, os crimes financeiros e tributários, por si sós tão receptivos às decisões absolutórias.

Pode-se afirmar que o que mais pesa na seleção, com vistas à criminalização, é a pessoa do sujeito no sistema penal e não a prática do ato em si, o que leva à conclusão de que o antigo paradigma criminológico positivista, ancorado na idéia de periculosidade do infrator, embora retoricamente condenado, continua a merecer total prestígio na prática judiciária penal de nossos dias. O trabalho de interpretação, com seu aparato técnico, simplesmente procura esconder tal escolha, realizada pelos juizes e tribunais a partir do olhar sobre o indivíduo cuja conduta se sujeita à criminalização.

Segundo Enrico Ferri, célebre positivista do início do século XX, responsável por um pensamento criminológico que se pretendia científico, a pena deve ajustar-se sobretudo à personalidade, mais ou menos perigosa, do delinqüente, incumbindo à Justiça penal uma defesa social mais eficaz contra os criminosos mais perigosos e, por outro lado, uma defesa mais “humana” para os criminosos menos perigosos, que são o maior número.

¹⁰¹ Op. cit., p. 162.

Sobre a interpretação, Ferri deixava claro que

“quando a norma legal não admite diversidade de interpretação, o juiz recorre, para os criminosos menos perigosos, ou à negação do fato, ou à insuficiência das provas, quando não chega a negar a participação do acusado confesso no fato, ou lhe obtém a absolvição negando-lhe a culpabilidade, ou com a falsa aplicação da enfermidade mental”¹⁰².

Enrico Ferri já apontava, pois, para uma espécie de gestão a ser adotada pelos juízes na aplicação das leis, direcionada à condenação ou absolvição de determinadas pessoas, servindo-se estrategicamente de dispositivos da própria dogmática jurídica.

O comprometimento da ciência do Direito com a prática de um saber interessado na seleção de pessoas para o sistema penal aparece nítido em texto referente a conferência realizada no Rio de Janeiro, no ano de 1956, por Néelson Hungria, um dos mais respeitáveis penalistas brasileiros, à época juiz do Supremo Tribunal Federal. Preconizava ele diretriz a ser seguida pelos juizes quando do exame da cessação de periculosidade dos condenados submetidos a medida de segurança (ao tempo aplicável não só aos inimputáveis como também aos reincidentes), na esteira de método estatístico e comparativo de previsão do êxito ou fracasso da liberação do condenado, utilizado, na época, nos Estados Unidos.

Tal método levava em conta a reincidência do condenado, a habitualidade delituosa, a delinqüência associada (“embora o lobo solitário possa ser mais perigoso que o bandoleiro”), a ausência de relações familiares ou de casamento, más condições domésticas, hábitos de ociosidade, delinqüência precoce, retardamento escolar, “certa condição social (os negros são mais inclinados à reincidência que os brancos)”, mau comportamento na prisão, procedência dos centros urbanos etc. Conclui Hungria, afirmando que o método tem a vantagem de chamar a atenção para os indivíduos que estejam mais fadados à prática de

¹⁰² *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Paolo Capitanéo. Campinas:Bookseller Editora, 1999, p. 194.

novos crimes “e, sob este aspecto, não temos dúvida em recomendá-lo. Como quer que seja, porém, em qualquer caso, não é necessária, repita-se, a certeza matemática da prognose”¹⁰³.

Isso significa que, para a concepção positivista, o princípio da seleção, a cargo das agências judiciais, se mostra de fundamental importância para a defesa social e, paradoxalmente, tributário de outro princípio valorizado pela ciência penal e, à primeira vista, de índole garantista: a individualização da pena. Como sublinha Vera Regina Pereira de Andrade, “o princípio da individualização da pena com suporte na personalidade do criminoso é, pois, um produto do positivismo, ampliando significativamente os poderes discricionários do juiz na aplicação da pena”¹⁰⁴.

De garantia do réu contra uma pena excessiva, à vista de punição mais branda imposta a outro pela prática da mesma infração, sem levar em conta circunstâncias pessoais que lhe sejam favoráveis, a individualização passa a constituir, na verdade, oportuno dispositivo de seleção penal facultado ao juiz para optar por penas mais elevadas e regime carcerário mais rigoroso, com apoio em circunstâncias pessoais do acusado. Ter-se-ão, pois, penas distintas para pessoas distintas que tenham praticado o mesmo delito.

Pode ocorrer que delinqüentes de baixo nível de vulnerabilidade objetiva, como empresários e políticos, sejam atingidos, em determinados momentos da história, por situações de alta vulnerabilidade pessoal, em razão, por exemplo, de confrontações com outro poder superior. Nesse caso, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, tais pessoas prestam grande ajuda ao sistema penal “por reforçarem a falsa ilusão de igualdade perante a lei e de utilidade do sistema penal”¹⁰⁵. São os chamados bodes expiatórios, tão caros à legitimidade do sistema penal.

¹⁰³ *Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade*. In “Revista Jurídica”, Rio de Janeiro, ano 4, vol. 22, 1956.

¹⁰⁴ *A ilusão da segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 70.

¹⁰⁵ *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1996, p. 271.

A pretensa oposição entre individualização da pena e codificação é apontada e desnudada por Foucault, para quem “a individualização aparece como o objetivo derradeiro de um código bem adaptado”¹⁰⁶. A individualização tem como parâmetro o infrator e seu modo de vida como indivíduo singular, em que se inclui a circunstância da reincidência como dispositivo colocado aos juizes e tribunais não só para a imposição de penas e regimes mais severos, bem assim também como ferramenta de convencimento da culpabilidade do réu.

Deve-se descartar, pois, a idéia de uma ciência pura do Direito, que não dependa da operação humana de seleção e construção contínua, a partir da realidade social e movida por interesses determinados. Já no âmbito da teoria jurídica propriamente dita, Hans Kelsen apontava para a existência de um conflito entre a pureza metodológica da teoria pura e a possibilidade da criação do Direito via interpretação, contaminada pelos valores. Para ele, o estudo da criação do Direito pelos aplicadores constitui campo da Sociologia Jurídica, em cujo seio se coloca a questão central da eficácia do Direito, produto final em débito permanente com o trabalho hermenêutico dos seus aplicadores, os quais propiciarão a conformidade das condutas humanas à ordem jurídica¹⁰⁷.

Importa, assim, para os fins da análise proposta, conceber o Direito como aquilo que ele realmente é na prática judiciária: um sistema aberto e móvel, dotadas as normas de cláusulas gerais e conceitos indefinidos, de forma a abrir para os operadores, notadamente os juizes e tribunais, a tarefa de preenchê-los com valores.

De outra parte, a ciência jurídica ostenta ainda uma característica marcante e diferenciadora. Os cientistas do Direito confundem-se com os seus operadores, dado que a própria ciência jurídica constitui atividade interessada e interpretativa voltada para a aplicação prática das normas. As teorias jurídicas apresentam-se como enunciados de natureza prescritiva, cuja necessidade surge nítida aos agentes do sistema judiciário para embasar suas

¹⁰⁶ *Vigiar e punir*. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977, p. 90.

¹⁰⁷ *O que é justiça*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998.

decisões. A decisão jurídica não se afasta, assim, de uma modalidade de controle do comportamento que se serve das normas, princípios e técnicas jurídicas, bem assim do trabalho do juiz que as aplica. Tudo isso a significar um conjunto de mecanismos políticos que geram a obediência¹⁰⁸.

É certo, por outro lado, que tais teorias, construídas pelos cientistas do Direito e aplicadores, são gestadas e geridas por esses mesmos sujeitos, operadores-doutrinadores, que se situam em posição superior àquela que seria de uma simples comunidade científica desvinculada da prática judiciária que pertence ao poder do Estado. Advém daí o valor de seus argumentos como argumentos de autoridade¹⁰⁹. Quando se dedicam à produção de um saber jurídico-científico, os doutrinadores ainda o fazem como se estivessem a resolver uma questão prática, orientados por determinados interesses pessoais.

Segundo Marcos Nobre, o que marca o trabalho do estudioso em Direito é o mesmo espírito da estratégia advocatícia, sob o modelo do parecer:

“o parecer recolhe o material jurisprudencial e doutrinário e os devidos títulos legais unicamente em função da tese a ser defendida: não recolhe todo o material disponível, mas tão só a porção dele que vem ao encontro daquela tese”¹¹⁰.

Não é difícil entender, assim, as razões da facilidade de manipulação do conteúdo das normas e de seu uso como instrumento de seleção de pessoas, ligadas a determinadas condutas, para o sistema penal.

Em verdade, as leis, ferramentas técnicas postas à seleção, se apresentam como signos lingüísticos cuja ambigüidade somente se desfaz pelo uso nas situações pontuais e interessadas de aplicação. Disso não discrepa a legislação penal brasileira, pródiga em

¹⁰⁸ Tércio Sampaio Ferraz. *A ciência do direito*. S. Paulo: Atlas, 2ª ed. 1980.

¹⁰⁹ Fernando H. Aguillar. *Metodologia da ciência do direito*. S. Paulo: Ed. Max Limonad, 1999.

¹¹⁰ *Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil*, in “Novos Estudos” nº 66, São Paulo: Cebrap, julho de 2003, pp. 145-154.

expressões vagas e ambíguas, que tornam indispensável, no ato decisório do juiz ou tribunal, a escolha do sentido e a adaptação do preceito legal ao caso concreto em exame, as quais constituem avaliações pessoais e históricas.

A escolha do sentido das palavras da lei com vistas à sua aplicação ao fato é muitas vezes justificada pela invocação da finalidade social do Direito, conceito igualmente dotado de indeterminação suficiente para seu uso em significados os mais diversos, ao sabor das circunstâncias fáticas. Segundo ditame do art. 5º da Lei de introdução ao código civil (decreto-lei 4657/42), considerado norma nuclear do sistema jurídico brasileiro, constituindo ferramenta valiosa de interpretação das leis, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O exame do processo de seleção de conduta sociais e seus agentes, que é feito pelos operadores jurídicos, deve passar pelo estudo da linguagem enquanto objeto de uma abordagem construtivista. No mundo do Direito, a linguagem e os ritos processuais fazem emergir a realidade, transformando os fatos, dando-lhes forma jurídica e funcional como um artefato humano que necessita ser compreendido em face das pessoas.

É certo, por exemplo, que o Direito não inventou o homicídio, que existe como um fato do mundo da realidade concreta, constituído por uma ação de um ser humano contra outro que tem sua vida ceifada. Entretanto, é a construção jurídica, feita inicialmente pelas normas penais e posteriormente desenvolvida e compreendida pelo sistema penal, que atribui à ação determinadas conseqüências, dando-lhe, assim, uma significação humana e diferenciando situações semelhantes, com vistas a determinados resultados¹¹¹.

Tal significação, na esteira do pensamento de Berger e Luckman, é construída pela linguagem, responsável pela reconstrução do real que é, visto como fato institucional, criado por regras. A linguagem serve de terreno para as legitimações e o mundo

¹¹¹ Parte das idéias aqui desenvolvidas, a propósito de uma abordagem construtivista do crime, devem ser creditadas às aulas dos Professores Álvaro Pires e Fernando Acosta, ministradas nos cursos de extensão em criminologia, no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em São Paulo, nos anos de 2002 e 2004.

social objetivado. Nesse sentido é que se pode afirmar que o crime é uma realidade institucional, mercê da transformação de significados subjetivos em facticidades objetivas. É a atividade humana a produzir um mundo de coisas¹¹².

No conhecido pensamento de Heidegger, a linguagem pode ser definida como a morada do ser, e o acesso ao mundo só por ela se torna possível, constituindo a existência humana a abertura necessária para que o ser se manifeste. O homem se encontra no mundo, totalidade de relações vinculadas entre si, desprezada a separação entre sujeito e objeto, sendo também constituído pela compreensão¹¹³. As coisas do mundo só existem se interpretadas, o que levará Gadamer a sustentar que a linguagem não é uma via estranha e autônoma do sujeito e objeto. Entre estes não há divisão, eis que a maneira como surgem e se reproduzem faz parte deles, em termos de compreensão e interpretação¹¹⁴.

A ordem social só existe – e com ela a noção de normal/anormal – no momento em que as pessoas e grupos interagem, com significação em suas condutas e trocas sociais. E, segundo Howard Becker, a questão de qual é o objetivo ou meta de um grupo e quais são os obstáculos à realização dessa meta é muitas vezes política e, conseqüentemente, “as questões de quais regras devem ser impostas, que comportamentos vistos como desviantes e que pessoas rotuladas como outsiders devem também ser encaradas como políticas”¹¹⁵. Para Becker, o desvio é o produto de uma transação que tem lugar entre algum grupo social e alguém que é visto por esse grupo como infrator de uma regra.

A atividade interpretativa na compreensão do crime como fato social, na agenda construtivista, também é modificada pontualmente e historicamente. Os chamados crimes do colarinho branco ou os crimes culposos, por exemplo, não parecem, no seio da sociedade, pré-constituídos como crimes, muito embora definidos como tais nas leis penais,

¹¹² *A construção social da realidade*. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002, pp. 34 e 92.

¹¹³ *Ser e Tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Ed. Vozes, 1997, p. 198.

¹¹⁴ *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002, p. 647.

¹¹⁵ *Outsiders*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 20.

contribuindo assim para a formação de entendimento semelhante por parte dos operadores jurídicos¹¹⁶.

É possível sustentar, igualmente, que tal postura criminológica sobre a atividade criadora da prática penal, com desprezo para as idéias essencialistas, guarda relação com o pensamento pragmatista, para o qual também não há um modo como as coisas realmente são, daí porque substitui a distinção entre aparência e realidade pela distinção entre descrições do mundo e de nós mesmos que são menos úteis e outras que são mais úteis¹¹⁷.

As normas jurídicas, portanto, apresentam-se como meros enunciados genéricos sem um sentido único e universal, constituindo dispositivos utilizados pelos juizes e tribunais em sua atividade decisória prática. Esta, por sua natureza empírica e estratégica, é que confere sentido ao texto das normas, em sua atividade interpretativa, a qual leva em conta a realidade econômica e social e uma visão de mundo continuamente filtrada por seus aplicadores.

O comportamento considerado criminoso é construído pelas interações, visto como não conforme às expectativas normativas do grupo e classe social. Ao interpretar as condutas – no caso por parte dos operadores do Direito Penal – a sociedade, contaminada por relações de poder, cria o desvio e o etiqueta, estabelecendo significados. Leva em conta, outrossim, a existência de fatores objetivos que interferem na etiquetagem, como a natureza do ato, suas circunstâncias, a classe social a que pertence o agente e o nível de tolerância por parte dos atores sociais para a conduta considerada infracional.

¹¹⁶ Não são apenas os autores de crimes do colarinho branco que não se vêem como criminosos, mas também jovens das classes média e alta que praticam infrações penais, ao contrário de jovens pobres e marginalizados. Em episódio ocorrido no bairro da Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, em junho de 2007, cinco jovens de classe média agrediram uma empregada doméstica e prostitutas na via pública, sendo presos. Tais jovens e seus familiares se insurgiram inconformadamente com a criminalização e prisão, e diversas pessoas do povo, entrevistadas por órgão de imprensa, deixaram claro que eles não eram bandidos e não deveriam ser presos junto com bandidos, considerando inclusive que as prisões brasileiras não são adequadas (Folha de S. Paulo, 01.07.2007, p. C-1). Já o rabino Henry Sobel, preso em flagrante ao furtar gravatas em loja nos Estados Unidos, afirmou, ao ser ouvido a respeito, que foi vítima de um estado de confusão mental causado por remédios: “o Henry Sobel que cometeu aquele ato não é o mesmo que vocês conhecem. Eu não me reconheço naquele homem. Olho e não vejo nele” (O Estado de S. Paulo, 01.04.2007, p. C-10).

¹¹⁷ Richard Rorty, *Pragmatismo*. Trad. Cristina Magro e Antônio Marcos Pereira (org.). Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000, p. 27.

A dogmática jurídica ou ciência penal, em seu arsenal de regras, princípios, técnicas e dispositivos, fornece ferramentas teóricas imprescindíveis ao exercício da seleção de ações por parte dos operadores do Direito, a começar pela teorização sobre o conceito de delito, que constitui um poderoso critério limitador da seleção, assim como pelo próprio princípio da legalidade. Tais ferramentas, por sua vez, influenciam a futura formação das próprias leis penais incriminadoras, num movimento circular.

Segundo Mariana Thorstensen Possas,

“empiricamente, o que encontramos na política, em matéria de criação de leis penais, é uma atualização, tanto no discurso quanto no próprio texto da lei, de certas fórmulas amplamente reproduzidas no interior do Direito Penal, sobretudo através das teorias das penas”¹¹⁸.

A solução encampada pelo poder político encontra, pois, no saber jurídico um sólido ancoradouro para a criação de tipos criminais e cominação de penas. É o caso da orientação técnico-jurídica comumente direcionada aos legisladores, encampada por estes e por grupos políticos, para que projetos de leis penais sejam redigidos de forma tal que possam contemplar futuras soluções jurisprudenciais num sentido ou em outro, mercê da inserção de dispositivos genéricos e cláusulas abertas.

Eugenio Raúl Zaffaroni define o delito como

“a síntese dos requisitos que devem estar presentes em qualquer ação conflituosa de um autor selecionado pelo poder do sistema penal, para que a agência judicial responda afirmativamente quanto ao prosseguimento do processo de criminalização já em curso”¹¹⁹.

¹¹⁸ *Política, Direito e o problema da produção da lei penal: uma nova maneira de observar antigas (e complexas) relações.* In “Boletim” IBCCRIM-SP, ano 14, nº 165, 2006, p-11-12.

¹¹⁹ *Em busca das penas perdidas.* Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1996, p. 247.

Para o referido autor, a imprecisão do conceito de culpabilidade – outro componente importante à caracterização do delito – que consiste na reprovação social da conduta, é preenchida pela agência judicial, traduzida seletivamente em uma culpabilidade pela vulnerabilidade, muito distante da consagrada culpabilidade pelo ato injusto praticado pelo agente e definido previamente em lei.

Longe, porém, de imaginar que o sistema penal judicial, na ação seletiva, aja de forma puramente emocional ou incoseqüente. Zaffaroni não deixa de realçar a racionalidade com que atua a agência judicial, ao regular suas decisões com o critério da culpabilidade, estabelecendo uma determinada ordem natural de atenção. Mesmo atuando sobre escolhas feitas, na esfera policial, em função da pessoa, a racionalidade judicial consiste também em limitar a violência seletiva e física segundo critérios objetivos diversos daqueles utilizados pelas outras agências do sistema, de forma a conferir-lhe a máxima legitimidade possível¹²⁰.

Para Eduardo Balestena, em lugar de marchas e contramarchas ou de decisões políticas, o saber penal legitima operações em busca da punição de indivíduos, cuidando de fazer crer que essas operações são reais, efetivas, corretas e justas, tanto quanto foi real, efetivo, correto e justo perseguir as bruxas, hereges e judeus:

“Dentro da lógica do sistema, o saber penal aparece como uma gesta onde se sucedem brilhantes teorias, expostas em prestigiosos foros por reconhecidos autores, aplicados por honoráveis juizes com independência de critério, tecidas por secretários e relatores que, desde o puro saber, vão armando o cenário do desenvolvimento progressivo do Direito”¹²¹.

A idéia de uma seleção requisita à ciência jurídica um discurso que a mantém e a legitima. O critério diferenciador de condutas que possam ou não ser

¹²⁰ Op. cit., p. 246.

¹²¹ *La fabrica penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, pp. 7-8.

criminalizáveis é estabelecido pela teoria do chamado bem jurídico, ferramenta típica da ciência penal, já referida neste texto, tratando-se, porém, de conceito de difícil delimitação, que costuma ser analisado e entendido no bojo do conteúdo da constituição federal, no contexto daquilo que a comunidade jurídica democrática e os modernos penalistas denominam, de forma retórica, o Estado Democrático de Direito.

Assim é que se costumam definir os bens jurídicos como aqueles “bens dignos de tutela”, “núcleo duro de valores”, no sentido de que a pena criminal só se impõe na ocorrência dos ataques “mais insuportáveis para a vida comunitária”, quando necessária a defender “valores com dignidade constitucional”.

Segundo Figueiredo Dias, os bens jurídicos são “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”¹²².

A dificuldade na delimitação do conceito de bem jurídico, legitimador da seletividade penal, mesmo no âmbito de uma visão sociológica e não puramente técnica, acaba sendo admitida por grande parte dos doutrinadores, que, em última análise, se limitam a associar o bem jurídico penal com o resguardo dos direitos fundamentais, que, por sua vez, se encerram em retóricos mandamentos constitucionais. Estes, não necessariamente, fornecem garantia contra eventual ação punitiva arbitrária do Estado.

A teoria do bem jurídico parece não se prestar, pois, de forma clara, para apontar a linha divisória entre o ilícito civil e o penal, como se dá nos casos dos crimes de estelionato, apropriação indébita e até em algumas situações tipificadas como crime de falsidade ideológica. Nos crimes contra o meio ambiente, por exemplo, a invocação da teoria do bem jurídico tem, na prática da aplicação do Direito, militado em favor da punição de

¹²² *Questões fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. S. Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 63.

ações de pouca significação pessoal, favorecendo a criminalização de pequenos pescadores e caçadores, dado que atentam contra bem jurídico extremamente valioso, incompatível com o reconhecimento de eventual insignificância da conduta infracional.

A polêmica jurisprudencial sobre a convivência entre as formas qualificadas e privilegiada do crime de furto, por exemplo, revela a ineficácia da idéia de bem jurídico como limite garantista à ação punitiva. Assim é que a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, alimentada por grande quantidade de casos nascidos de decisões reiteradas dos tribunais de justiça dos Estados, inclusive de São Paulo, entende incabível a concessão do privilégio (art. 155 § 2º do CP) no furto qualificado (art. 155 § 4º do CP), argumentando com o maior desvalor das condutas qualificadas, para o que se serve da teoria do bem jurídico.

Tal entendimento refere-se à impossibilidade do benefício legal (art. 155 § 2º do CP) na hipótese de desvalor da ação ou do resultado, definidos como uma “conduta intolerável para uma salutar, proveitosa vida coletiva ou para um bom convívio social”. Assim, nas formas qualificadas do delito de furto, o desvalor é sempre considerado maior, ao contrário do que se dá no furto privilegiado: “o furto privilegiado se identifica com o furto bisonho de um réu primário”, ou

“Em se tratando do bem jurídico patrimônio, a lesão ou ofensa, por si, isoladamente, nada diz, nada revela em sede de ilicitude penal. Para tanto, basta ser lembrado que o não cumprimento de um contrato pode acarretar uma ofensa patrimonial equivalente a de um grande número de furtos, sem, no entanto, configurar, de per si, uma conduta típica. A diferença reside, portanto, no desvalor da ação... É natural que, com relação a certos bens jurídicos de extrema relevância, o desvalor de resultado adquira uma importância fulcral” (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 632.947/SP).

O acórdão citado, do Superior Tribunal de Justiça, define ainda as circunstâncias qualificadoras do delito de furto como “revoltantes maneiras de agir descritas

no § 4º do art. 155 do Código Penal”. Tais circunstâncias são simplesmente o concurso de agentes, o rompimento de obstáculo, a escalada, a fraude, o abuso de confiança, a destreza e o emprego de chave falsa, responsáveis pela cominação em dobro das penas em relação ao furto simples, praticado sem essas circunstâncias. Já o furto privilegiado vem disposto no mesmo art. 155, em seu parágrafo 2º, do Código Penal (subtração de coisa de pequeno valor, por réu primário), possibilitando a aplicação tão só de pena de multa, quando não a redução do “quantum” da pena privativa de liberdade ou sua substituição.

Discute-se, na doutrina e na jurisprudência, se a figura se aplica só ao furto simples ou também às formas qualificadas. Conforme o entendimento adotado, diversa pode ser a decisão condenatória, com maior ou menor possibilidade de cumprimento efetivo da pena privativa de liberdade. A não aplicação às formas qualificadas do benefício do privilégio significa poder-se lançar ao cárcere uma infindável quantidade de autores de furto qualificado, ainda que primários e responsáveis pela subtração de objetos de pouco valor econômico, como se constata empiricamente em diversos processos criminais.

A atenção às bases constitucionais busca conferir ao sistema penal algum grau de garantia contra o arbítrio, inclusive dos juízes e tribunais, mas, ao mesmo tempo, reforça sobremaneira sua abertura para a realidade e o contexto, abrindo as portas para uma praxis por vezes interessada e seletiva. É o que decorre do recurso a expressões constitucionais como “dignidade da pessoa humana”, “princípio democrático”, “individualização da pena”, “segurança como dever de todos” e a própria teoria do delito, ancorada no princípio da lesividade.

A imprecisão de tais conceitos parece, ao reverso, favorecer as políticas preventivas de combate à insegurança, malgrado o secular princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), considerado, sob o ponto de vista formal, o maior dos

princípios garantistas. No campo da aplicação das leis, na verdade, legalidade e igualdade constituem dispositivos puramente retóricos.

Como afirma Salo de Carvalho,

“o discurso liberal de estar o direito penal voltado ao respeito da legalidade e da igualdade, na tutela dos principais interesses e valores da sociedade (bens jurídicos), ficou localizado no plano das funções declaradas, pois a beligerância continuou sendo a constância do sistema repressivo (função real), ou seja, a justificativa de excepcionalidade da violência institucional restou permanente”¹²³.

A propósito, segundo Rosa Maria Cardoso da Cunha, “o princípio da legalidade dos delitos e das penas não constitui uma garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado”, possuindo suas regras simples caráter retórico, trazendo em si expressões que não passam de mitos do pensamento dogmático¹²⁴, tais como “univocidade das palavras da lei”, “vontade do legislador”, “vontade autônoma da lei”, “natureza jurídica”.

Segundo a mesma autora, o significado da legalidade preconizada pelo Iluminismo e pela Revolução Francesa não corresponde ao modelo de legalidade das reformas penais do século XIX e XX, já agora marcado por uma significativa liberdade concedida ao juiz na individualização da pena, própria de um ideal de controle e vigilância sobre as pessoas¹²⁵.

Ricardo Antunes Andreucci também aponta o caráter relativo do princípio da legalidade, de que são ferramentas as lacunas, as antinomias e as criações jurisprudenciais, usando como amostras o perdão judicial, o reconhecimento do concurso formal, da continuidade delitiva e da tentativa. Procede ainda, em sua obra, à análise dos tipos penais abertos e tipos anormais, bem assim as excludentes de criminalidade supralegais e inúmeros

¹²³ *A Política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 76.

¹²⁴ *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Ed. Síntese Ltda., 1979.

¹²⁵ *Direito Penal e criação penal judicial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989, pp. 46-49.

exemplos de expressões abertas nas leis penais (“arma”, “cônjuge”, “velho”) e ainda os critérios de mensuração das penas.

Apresenta Andreucci exemplos de criações judiciais contra a lei, em desfavor dos réus, como a qualificação do crime do roubo em diversas hipóteses, a exigência de bons antecedentes para a concessão do privilégio no delito de furto e a limitação temporal no crime continuado. Com medidas judiciais em favor de determinados réus, o autor aponta as hipóteses de absolvições dos maridos que agredem as esposas, com quem voltam a coabitar, em nome da política criminal; a embriaguez nos crimes de resistência e desacato; a absolvição na contravenção do jogo do bicho.

Em todas essas hipóteses, as leis penais constituem, de forma completa, ferramentas técnicas que serão utilizadas pelos operadores do Direito na tarefa de aplicação, compondo um amplo quadro de escolhas que se movimentarão em busca de criminalizações, descriminalizações, classificações e desclassificações, tendo em vista situações concretas envolvendo pessoas.

Para os objetivos propostos por este trabalho, impõe-se, no âmbito da aplicação das leis penais no universo brasileiro, o exame de tópicos que possam explicitar em que sentido a dogmática penal serve de instrumento técnico para o trabalho seletivo dos juizes e tribunais sobre as normas, com vistas a uma redefinição dos delitos nelas descritos abstratamente e à seleção de condutas sociais que devem ser nelas subsumidas, reconstruindo-se, assim, novos moldes normativos por via interpretativa.

2. No âmbito da ciência penal, define-se o crime como fato típico, antijurídico e culpável. Fato típico significa que o fato, evento do mundo dos fenômenos, se enquadra nos elementos descritivos da figura existente na lei penal. Dele fazem parte a ação ou omissão, que pode ser dolosa ou culposa, o resultado, que é a alteração

promovida no mundo externo pela conduta humana, o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, e a tipicidade, que vem a ser a correspondência entre a ação praticada e a descrição da infração contida na lei penal.

Antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. Há condutas típicas que a ordem jurídica considera lícitas, como as ações praticadas em legítima defesa, estado de necessidade e em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito. A culpabilidade recai sobre o agente que praticou um fato típico e antijurídico, uma vez que poderia ter agido de outra forma. A punibilidade, por outro lado, liga-se às conseqüências do crime, constituindo a possibilidade concreta da imposição da sanção penal a determinados comportamentos típicos, antijurídicos e culpáveis, não constituindo, porém, elemento essencial à definição do crime.

O crime é atribuído a um sujeito ativo, que o pratica, e a um sujeito passivo, que sofre sua ação. Há crimes cujos sujeitos ativos necessitam possuir determinada condição jurídica; são os chamados crimes próprios, como o peculato, só praticado por funcionário público. Outros podem ser praticados por qualquer pessoa; são os chamados crimes comuns. Discute-se, no âmbito da dogmática penal, sobre a possibilidade de co-autoria ou participação nos crimes próprios, o que abre margem à criminalização de terceiros que tenham participado, direta ou indiretamente, em limites pouco precisos, de determinadas ações criminosas que vitimam a administração pública.

A tipicidade constitui elemento de grande importância prática na atuação dos operadores do Direito, no sentido da criminalização ou não das pessoas acusadas da prática de ações que, à primeira vista, se amoldam aos tipos penais. Constitui, segundo a doutrina, “o conjunto dos elementos descritivos do crime contidos na lei penal”¹²⁶. Chama-se adequação típica o processo mediante o qual o fato se amolda ao tipo penal,

¹²⁶ Damásio E. de Jesus. *Direito Penal*, vol. I. São Paulo: Ed. Saraiva, 27ª ed., 2003, p. 269.

constituindo operação que só à primeira vista pode parecer singela, sendo realizada, em última instância, pelos juízes e tribunais no momento do julgamento do processo criminal.

À multiplicidade de condutas humanas, com suas inúmeras circunstâncias objetivas e subjetivas, somam-se as várias normas penais incriminadoras em vigor, descritivas, por sua vez, de inúmeras outras circunstâncias que necessitam ser interpretadas para que se proceda ao que, na dogmática penal, se denomina subsunção, ou seja, a adequação entre a conduta e a lei.

Os tipos descrevem elementos objetivos e materiais mas também subjetivos e normativos. Estes últimos constituem um manancial de oportunidades hermenêuticas que se apresentam aos juizes e tribunais no instante da aplicação das leis penais, e, de sua compreensão, poderão resultar soluções díspares, no sentido da criminalização ou não de determinadas condutas, produto de juízos de valor.

É o que se dá, por exemplo, nos crimes de corrupção passiva e concussão, com as expressões “solicitar ou receber..., exigir...vantagem indevida” (arts. 316 e 317 do Código Penal) ou de prevaricação, com a circunstância elementar “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” (art. 319 do Código Penal).

O tipo doloso envolve a imputação a alguém de crime doloso, a demonstrar que possuía consciência da conduta e do resultado, bem como a existência da relação de causalidade entre a conduta e o resultado, além da vontade de realizar a conduta e produzi-lo. O dolo específico é aquele em que o agente demonstra vontade de produzir fim especial, como no caso do crime de prevaricação, cuja prova se mostra quase sempre muito difícil de fazer, o que facilita ao julgador a opção pela absolvição do réu.

Ao contrário, o dolo chamado genérico é aquele que não exige do agente a vontade dirigida a fim especial, como se dá, por exemplo, na grande maioria dos crimes patrimoniais ou de porte de entorpecente. A análise do dolo, elemento subjetivo

sem o qual não se define o chamado crime, constitui ferramenta importante na tarefa seletiva dos operadores do Direito.

Determinadas ações amoldam-se com mais facilidade às normas penais, como ocorre com as hipóteses fáticas do crime de furto, definido em lei como o ato de subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Outras condutas são mais dificilmente subsumidas na moldura genérica das normas, o que se verifica nas condutas praticadas no mundo dos negócios, dotadas de maior complexidade, vale dizer, envolvidas em um maior aparato fático e documental, em que se podem encontrar maior quantidade de brechas e poros por onde escapará o intérprete da lei ao proceder a adequação entre o fato e a norma. É o que se dá com os crimes contra o sistema financeiro e tributário ou crimes de estelionato, apropriação indébita, falsidade e outros, o que torna mais difícil a criminalização das ações e responsabilização de seus autores.

O tipo do crime culposos, ao contrário, é aquele em que o agente é definido como aquele que não busca o resultado da ação, atuando, no entanto, de forma a deixar de observar dever de cuidado normalmente atribuído a indivíduo médio ou padrão, mediante imprudência, negligência ou imperícia, constituindo a culpa um juízo de reprovação por parte do julgador. Os tipos dos crimes culposos são chamados tipos abertos, exatamente porque constituem descrições legais incompletas que necessitam ser compreendidas à luz dos casos concretos, em que se mostra possível constatar a inobservância do dever de cuidado por parte daquele a quem se atribui a prática criminosa.

É extremamente elástico e elevado, pois, o campo da seletividade por parte de juizes e tribunais ao se depararem com condutas classificadas como crimes culposos, de forma a motivar criminalizações ou descriminalizações, com grande margem de arbítrio. A avaliação da conduta culposa implica tomada de posição sobre a imprudência, negligência ou imperícia atribuídas ao responsável pela ação, operação que

remete à figura do chamado homem médio, cidadão que serve de paradigma para poder-se concluir se determinado indivíduo, em situação concreta, agiu corretamente como, em seu lugar, agiria um cidadão médio. Tal parâmetro, com raízes na figura do “bonus paterfamilias” do Direito Romano, constitui importante ferramenta estratégica de seleção de indivíduos acusados da prática de crimes culposos.

Cada um desses elementos definidores do crime, por sua vez, desdobra-se em outros elementos e caracteres, cuja presença em cada ação delituosa é objeto de análise pelos juizes e tribunais no instante da formulação do juízo condenatório ou absolutório.

Condenado o réu, a aplicação das penas, abstratamente previstas na lei, obedecerá a critérios e regras legais e dispositivos que serão, igualmente, objeto da análise judicial, em que se definirão a natureza da sanção (privativa de liberdade ou multa, por exemplo), a quantidade e a forma de seu cumprimento, bem assim a possibilidade de alguns benefícios postos à disposição dos sentenciados e que também serão objeto de deliberação judicial.

A multiplicidade de dispositivos técnico-jurídicos fornece aos operadores do Direito uma ampla gama de possibilidades de, ao se dedicarem à tarefa da aplicação das leis penais, alimentarem ou enfraquecerem os processos de criminalização e punibilidade. Tais dispositivos podem ser usados seja pelo Ministério Público, na etapa pré-processual em que deverá formar sua opinião acerca da possibilidade da instauração da ação penal, cuja iniciativa lhe pertence na grande maioria das infrações penais, seja pelos juizes no decorrer do processo criminal, em que se produzem as provas, ou, por último, na decisão final.

A possibilidade da produção de determinadas provas depende da forma como o promotor de justiça formula a acusação, selecionando previamente

aquilo que entende deva ser demonstrado em Juízo ou classificando a ação delituosa de acordo com definições legais específicas. Da classificação feita na denúncia, peça inicial do processo criminal, resultarão conseqüências processuais relevantes, que influirão, por exemplo, na concessão da liberdade provisória ao acusado ou no reconhecimento da prescrição, que constitui a perda, por parte do Estado, do direito de punir, em razão da passagem do tempo.

Por sua vez, aos juizes criminais incumbe presidir a instrução do processo, colhendo as provas requeridas pela acusação e defesa, em um momento processual em que a formação do juízo de reprovação da conduta do réu já poderá influir no próprio procedimento de colheita de depoimentos testemunhais. Poderá ainda o juiz, por dispositivo legal específico, determinar, por iniciativa própria, a realização de prova que repute necessária em razão de questões levantadas no decorrer da instrução, o que constitui ferramenta valiosa para que possa, de antemão, alicerçar decisão que sua observação e interesse pessoal previamente lhe aconselham.

Tais questões, envolvendo muitas vezes a fixação de um conteúdo a uma norma jurídica, acham-se vinculadas à tarefa de interpretação a ser realizada pelos operadores do Direito. Juizes e tribunais, a quem incumbem as decisões finais sobre a classificação de condutas como criminosas e eventual aplicação de penas, servem-se das técnicas interpretativas para buscar determinada conclusão, fruto do relacionamento entre fatos e normas. As técnicas são ferramentas colocadas à disposição dos intérpretes, tendo como função fornecer respaldo teórico e argumentativo para as muitas soluções que se mostrem possíveis aos conflitos de natureza criminal.

São múltiplas as técnicas interpretativas, também chamadas fases ou métodos de interpretação. Entre elas inexistente hierarquia, de modo que

podem ser usadas de forma seletiva, uma em detrimento da outra, conforme o resultado que se busca em determinadas situações concretas.

A interpretação *literal*, ou *gramatical*, define-se como a modalidade que objetiva buscar o sentido da norma jurídica a partir da letra do texto ou significado aparente, sem que a norma seja vista como um componente pertencente ao sistema global do Direito ou sem que se indague sobre suas finalidades e sua história. Se o sentido inicial e superficial que a norma ostenta serve ao propósito prévio do julgador, diante de situação fática concreta, a adoção da interpretação literal se apresentará como a melhor solução, desprezadas as outras modalidades de interpretação.

Ao contrário, a interpretação *sistemática* busca o significado da norma a partir de sua posição no ordenamento jurídico como um todo, visando constatar sua razão de ser e a convivência harmônica da regra com o conjunto de normas, numa relação de parte-todo. A interpretação *teleológica* interessa-se pelos fins que presidiram a confecção das normas, visando harmonizar as conseqüências de sua aplicação com os objetivos a que se propuseram quando de seu nascimento.

Operadores do Direito podem lançar mão de outras espécies de interpretação, conforme a natureza e característica da norma a ser compreendida e aplicada e, acima de tudo, levando em conta os resultados previamente escolhidos para a situação particular. As diversas espécies interpretativas, no entanto, em termos gerais, podem ser classificadas, quanto ao alcance, nas modalidades de interpretação extensiva e interpretação restritiva, conforme possam trazer um avanço ou uma limitação nos possíveis significados dos textos normativos.

Do resultado da interpretação, na conformidade das espécies utilizadas, poder-se-á chegar a soluções díspares que implicarão a criminalização de

determinadas condutas em detrimento de outras, embora sejam genericamente enquadráveis em uma mesma norma jurídica.

Da compreensão do vocábulo *arma*, por exemplo, inserido no artigo do Código Penal que define o crime de roubo, conforme a espécie de interpretação escolhida, resultará o reconhecimento ou não de circunstância qualificadora que determina aumento da pena (art. 157 *caput* ou art. 157 § 2º nº I do Código Penal). A interpretação restritiva resultará no afastamento da causa de aumento; a extensiva atribuirá a um brinquedo, com aparência de arma, a mesma função da arma verdadeira, dando ensejo ao acréscimo punitivo.

A compreensão do vocábulo é relevante porque repercutirá na quantidade final da pena privativa de liberdade, mas a escolha do melhor significado, em cada caso concreto, pode depender de uma prévia decisão do julgador de impor uma pena maior ou menor a determinado réu, a quem se atribui a prática de um crime de roubo mediante emprego de uma arma de brinquedo. Se o objetivo do julgador é impor a determinado réu pena quantitativamente mais elevada, o caminho a seguir, no caso de subtração praticada com uma arma de brinquedo, será adoção de interpretação extensiva, de forma a entender por “arma” qualquer objeto capaz de oferecer maior intimidação à vítima.

O brinquedo sob a forma de arma, portanto, embora não seja uma arma, poderá ser entendido como tal, o que resultará no aumento mínimo de 1/3 sobre as penas cominadas ao crime de roubo na modalidade simples. O aumento de 1/3 trará conseqüências mais severas ao réu, servindo, por exemplo, com maior razão, de justificativa para a escolha do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

A opção pela interpretação extensiva, que propicia entender como arma também um mero brinquedo de plástico com o formato de revólver, vem quase sempre acompanhada de razões conjunturais que levam em conta, em expressões tópicas que se

repetem infinitamente nas decisões judiciais e pareceres do Ministério Público, “a necessidade de conter a onda de violência que avassala a população e os homens de bem, de forma a exigir do Poder Judiciário uma posição enérgica em defesa da sociedade”. Em um desses acórdãos, exteriorizaram os juízes do Tribunal de Alçada Criminal que julgaram o recurso de apelação em que se discutia a incidência ou não a circunstância do emprego de arma como causa de aumento da pena:

“Afinal, será que já se prestou suficiente atenção ao qualificativo de brinquedo que se dá a essas perfeitas imitações de armamento pesado? Que brinquedo é esse? Será que pela cabeça do mais ingênuo dos mortais pode passar a idéia de que qualquer dos criminosos que portam esses perfeitos similares tem a intenção de brincar e não de intimidar, humilhar, violentar psicologicamente sua indefesa vítima? É bem verdade que, pelo acovardamento de muitas autoridades, a ousadia dos malfeitores faz parecer que brincam com a vida, com o patrimônio e com os direitos alheios, sem temor de punição: mas daí a realmente considerar de brinquedo arma cuja simples visão é suficiente para infundir terror vai enorme distância”(TACRIM-SP Apelação nº 1377.851/1).

3. A formulação de conceitos indeterminados e expressões ambíguas por parte das leis penais, a serem colocadas à disposição do trabalho de interpretação e seleção, pode ser constatada em uma infinidade de normas, retiradas seja do Código Penal Brasileiro, seja da legislação esparsa.

Não é difícil, por exemplo, observar a maior facilidade com que são acomodadas as condutas dos crimes patrimoniais aos tipos legais, dada a própria formulação destes. De tal acomodação, como já referido anteriormente, depende a caracterização da tipicidade, sem a qual o fato não poderá ser definido como crime. Basta comparar os núcleos verbais dos tipos dos delitos de furto, descrito no art. 155 do Código Penal (*subtrair*), com os do crime de estelionato, no art. 171 (*obter vantagem*), ou das infrações contra a economia popular ou contra o sistema financeiro, para verificar quão mais difícil é a incriminação

dessas condutas, dada a ampla possibilidade de problematizarem-se as situações concretas à luz da expressão *vantagem ilícita* contida no art. 171 do Código Penal.

Não se considera, por exemplo, *vantagem ilícita* o ganho auferido por industrial ou comerciante na venda de produto cujas qualidades são sobrevalorizadas por publicidade exagerada, mesmo que signifique prejuízo para o comprador. Ou cujos defeitos ou características negativas sejam ocultados. A descriminalização de grande quantidade de condutas, em tese definidas como estelionato, encontra apoio na própria formulação da figura delituosa do dispositivo penal, posta à disposição do intérprete para a individualização e seleção.

Mais especificamente, a conseqüência natural da formulação genérica é fornecer aos juízes e tribunais as ferramentas com que, fundamentalmente, cuidarão de separar as ações ilícitas de natureza civil das de natureza penal. A seleção, eminentemente pessoal, levará em conta, de forma retórica e vaga, a provável ofensa a bem jurídico-penal e a maior ou menor relevância da conduta com a conseqüente necessidade ou desnecessidade de uma sanção penal.

O reconhecimento da atipicidade das condutas em tese definidas como crime de estelionato ou crimes contra a economia popular ou contra o sistema financeiro ou a ordem tributária, por exemplo, é comumente observado nos processos que envolvem relações comerciais e empresariais, em que o rigor na necessidade da demonstração da fraude torna ainda mais difícil a criminalização de tais condutas. Não apenas a condenação do infrator como também a instauração de processo criminal ou até de investigação policial devem passar por um rigoroso crivo judicial que, por ensejar absolvição do acusado ou até o trancamento de ações penais, por vezes, leva os juízes a exteriorizar uma velada má consciência:

“Não se trata de fraqueza da Justiça punitiva, senão cautela com que devem obrar seus agentes, em ordem a não deitar a perder aqueles

que, por equívoco, insídia ou malícia, foram submetidos a formal indiciamento, ato procedimental cujos estigmas persistem ad aeternum nos registros dos órgãos da polícia e da Justiça Criminal” (TJ/SP Recurso nº 00832150.3/7).

No mesmo acórdão, fazem menção os julgadores a Néelson Hungria, no sentido de que “somente integra um crime a fraude que reveste cunho de especial malignidade”,

Idêntica possibilidade se abrirá ao intérprete diante da interpretação da expressão *apropriar-se indevidamente*, que constitui a definição legal do crime de apropriação indébita (art. 168 do Código Penal), imputável, em tese, a quaisquer desvios praticados por funcionários de empresas e profissionais liberais, com acesso à posse momentânea bens e valores. Aproveitando-se da indeterminação do advérbio *indevidamente*, que a doutrina jurídica denomina “elemento normativo do tipo penal”, a jurisprudência criará um grande número de possibilidades de descriminalização de condutas, como ocorre, por exemplo, com o desvio, por parte de administradores de bens, advogados e outros profissionais, de numerário pertencente a clientes com os quais mantêm relação contratual que possa confundir créditos e débitos.

De outra parte, é quase nenhuma a possibilidade de problematização das condutas dos agentes em face das definições legais dos crimes de furto (art. 155 do Código Penal) e roubo (art. 157 - subtração mediante violência ou grave ameaça), para fins de questionamento da tipicidade da conduta, compondo redes muito finas de captura, normalmente imputáveis a pessoas de escalões sociais de menor expressão econômica e social. Trata-se, ademais, de infrações praticadas a céu aberto, com maior visibilidade e, pois, com ampla possibilidade de prova contra os respectivos suspeitos.

Uma das poucas situações, a envolver o crime de furto, que pode levar a um sério questionamento da tipicidade da ação criminosa, é a possibilidade de entender atípica a

subtração de objeto de valor econômico insignificante. Discute-se a respeito da não caracterização do crime de furto (*subtrair de coisa alheia móvel*) na hipótese de subtração de objeto de valor desprezível, como mercadorias retiradas de supermercados, lojas, farmácias etc.

Doutrinadores jurídicos criaram uma teoria a respeito das ofensas consideradas mínimas, consagrando o chamado “princípio da insignificância”, segundo o qual, nas hipóteses em que o desvalor da conduta é entendido como mínimo, como o furto de objeto de pequeníssimo valor, não estaria caracterizado o crime, já que o fato é atípico. No caso do furto, passou-se a denominar “crime de bagatela”, a abarcar essas pequenas subtrações, normalmente praticadas em lojas e supermercados.

Cuida-se, no entanto, de fruto de construção doutrinária, sem qualquer força legal, cuja adoção fica a critério dos juizes e tribunais ao sabor de circunstâncias concretas, com a abertura interpretativa a propiciar uma ampla possibilidade de seleção para fins de provável descriminalização. O argumento da descriminalização baseia-se no fato de que, dada a insignificância do bem subtraído, a ação não chega a ofender o patrimônio da vítima, já que o furto, por definição legal, é crime contra o patrimônio.

A prática penal, no entanto, tem reservado a condenação por crime de furto, afastada a tese da atipicidade, a acusados que apresentam antecedentes criminais ou dotados de estereótipos de anormalidade ou periculosidade, situações em que a idéia de insignificância, com baixo peso teórico, é desconsiderada.

Em caso julgado pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, foi reconhecido o princípio da insignificância, que resultou na absolvição do réu, o qual subtraíra de uma loja de produtos populares uma sombrinha, no valor de R\$ 5,00, e, em seguida, em outro estabelecimento, tentou subtrair dois ovos de páscoa, um fone de ouvido,

um pacote de cotonetes e um aparelho de pregar botões, objetos avaliados, em sua totalidade, em R\$ 7,00.

Ao interpor recurso contra a decisão judicial, discordando da solução absolutória, o Ministério Público de São Paulo trouxe aos autos cópia de outra decisão, em caso semelhante, do Superior Tribunal de Justiça, que defendeu a tese de que a aplicação do princípio estava condicionada à “sensatez do julgador, a quem cabe – orientado pelos parâmetros previstos no art. 59 do CP – avaliar a necessidade e conveniência da concessão dessa benesse” (RESP 562.223/DF-5ª Turma, Min. Gilson Dipp, D.J.U. 31.04.2004, p. 355).

Ficava clara, portanto, no precedente jurisprudencial apontado, a expressiva margem de manobra deixada aos juizes para avaliação da necessidade e conveniência de reconhecimento de princípio jurídico criado pelos doutrinadores para justificar a incriminação de determinadas pessoas e não incriminação de outras, a quem se atribuíam as mesmas infrações penais.

Assim, a aceitação do princípio da insignificância – que resultará no reconhecimento da atipicidade do fato e conseqüente absolvição do réu – varia na conformidade das ações criminosas atribuídas a determinadas pessoas. É extremamente mais fácil, por exemplo, a admissão de tal doutrina nos crimes de estelionato consistentes em golpes que resultam em pequenos prejuízos, em contraposição aos crimes contra o meio ambiente.

No recurso de apelação nº 1.476.327/8-00, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, reconheceu-se o princípio da insignificância em caso que envolveu a aquisição, pelo acusado, de mercadoria no valor de R\$ 15,00, mediante uso de cheque falsificado. Os argumentos usados no acórdão parecem legitimar-se pelo invocação de critérios objetivos, técnico-científicos e dogmáticos, que vale a pena transcrever:

“Pode parecer problemática a descriminalização pela via interpretativa. No entanto, a moderna dogmática penal fornece diversas técnicas para que se possa alcançar tal objetivo, sem que se abra mão da segurança jurídica do sistema. Exemplos são os princípios da adequação social e da insignificância. Para evitar qualquer situação de insegurança jurídica, provocada por decisões carentes de critérios sistemáticos ou científicos, é preciso deixar que as proposições valorativas político-criminais, como é o caso da necessidade de descriminalização de algumas condutas, passem a penetrar nas categorias sistemáticas do Direito Penal, superando-se, assim, as discrepâncias existentes entre a experiência e certos postulados da dogmática, compatibilizando-se a prática com a teoria...”

E prossegue o acórdão, para encaminhar, com embasamento técnico, a absolvição do réu:

“Para tanto, os elementos do delito, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, devem ser analisados, desde o início, sob o prisma de sua função político-criminal... De fato, o comportamento humano, para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos e socialmente reprovável”.

Em contrapartida, nos processos por crimes ambientais da Lei 9605/98, a seleção dos réus a serem condenados, limitada majoritariamente, em face da prévia filtragem policial, a pescadores, pequenos plantadores e assemelhados, não costuma deixar-se contaminar pelos argumentos em prol da insignificância penal. E os argumentos são também os da ciência do Direito, levando em conta agora a natureza do bem jurídico tutelado pela lei, que não deve permitir qualquer flexibilização.

No recurso de Apelação nº 815.899.3/0, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a condenação do réu às penas de um ano e dois meses de detenção e multa, pelo delito do art. 34 nº II da Lei 9605/98, por ter sido surpreendido a pescar três tilápias em represa da cidade, no interior do Estado, deixando claro que:

“a tutela dos bens jurídicos na referida legislação tem como objetivo o intuito de resguardar interesses muito maiores: a proteção de toda a fauna aquática, incluídos tanto aspectos econômicos quanto ambientais”.

Argumenta ainda o acórdão com o fato, de real relevância para a dogmática jurídica, de o crime ser formal e não material, não importando, pois, para sua caracterização, o resultado:

“Temos que o ato punível previsto no tipo do art. 34 caput c.c. o art. 36 da lei 9605/98 inicia-se com a imersão à água da linha (com anzol e isca), rede ou qualquer outro instrumento hábil para pescaria, em local ou durante período proibido para a prática de pesca, ação esta que, por se tratar de um crime formal – como demonstrado acima – para a sua consumação não é exigida a produção de resultado, bastando apenas a realização da conduta prescrita no tipo”.

Crimes de apropriação indébita previdenciária, consistente no desvio de valores que deveriam ser encaminhados à Previdência Social, praticados, em geral, por responsáveis pela administração financeira das empresas, e também de descaminho, ambos de competência da Justiça Federal, são facilmente enquadráveis na categoria de crimes de bagatela.

Em razão de Portaria do Ministério da Fazenda, estabelecendo a regra da não inscrição de dívida à Fazenda Pública inferior a R\$ 1.000,00 e a recomendação de não ajuizamento de execuções fiscais com débitos até R\$ 10.000,00 (Portaria nº 49/2004), a jurisprudência dos tribunais federais encaminha-se no sentido da adoção do princípio da insignificância nos casos de descaminho, apropriação indébita e sonegação fiscal em valores inferiores.

Há outras situações em que a seleção judicial se socorre, com facilidade, de princípios e saberes que lhe são apresentados pela dogmática penal. A prática, por uma mesma pessoa, de sucessivos crimes, em condições de tempo, lugar, maneira de execução e

outras semelhantes, de tal forma que devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, dá ensejo ao reconhecimento da figura do crime continuado.

Trata-se de ficção jurídica mediante a qual, não obstante ter o réu praticado vários delitos, poderá sofrer a sanção de apenas um deles, com aumento da pena de um sexto a dois terços, a critério do juiz. É o que dispõe o art. 71 do Código Penal Brasileiro, a constituir medida considerada de política criminal que resultará na imposição da penas em quantidade muito abaixo da hipótese de mera soma de penas, que caracteriza a figura do concurso material de crimes. O reconhecimento da figura do crime continuado, um artefato jurídico, depende de um detido exame dos fatos pelo juiz, em confronto com o texto do referido dispositivo legal, cujas expressões genéricas (condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes) necessitam ser interpretadas para o mecanismo da adequação entre o fato e a norma.

Na prática da aplicação do Direito, assiste-se, no caso da continuidade delitiva, a uma verdadeira batalha travada entre acusação e defesa, tendo como objeto dispositivo legal que nasceu como instrumento de política criminal para reduzir penas longas por parte de autores de várias ações criminosas praticadas sucessivamente. A adoção do instituto, que pode significar drástica redução das penas, passou por diversos estágios históricos no sentido da ampliação do benefício e seu retraimento, compondo ferramenta de modulação penal com os olhos voltados para as ações criminosas concretas e para os seus autores.

A incidência do instituto da continuidade pode dar-se mesmo após a decisão condenatória definitiva, na fase de execução penal, quando ainda é possível a reabertura da discussão objetivando eventual unificação de penas impostas em virtude de várias práticas criminosas, que podem ser interpretadas como ações continuadas.

O art. 155 § 2º do Código Penal, por outro lado, conforme já foi dito, consagra outra modalidade de crime, o chamado furto privilegiado, com pena mais branda, constituído pela subtração de objeto de “pequeno valor”. A indeterminação da expressão *pequeno valor* abre aos aplicadores do Direito a possibilidade de ampla discussão, que resultará no reconhecimento ou não de tal favor legal em um grande número de hipóteses.

Um dos requisitos para o reconhecimento de tal figura, fixado em lei, a par do pequeno valor do bem furtado, é a circunstância de o réu não ser reincidente, o que significa dizer que, na prática, grande parte da clientela penal de praticantes de crimes patrimoniais, oriundos de extratos sociais marginalizados e inseridos em carreiras desviantes, encontra-se impossibilitada de obter a descriminalização. Parte significativa da jurisprudência, aliás, estende o obstáculo legal, ao arripio da letra da lei, aos réus que ostentam antecedentes (processos criminais em andamento), mesmo não sendo reincidentes, numa clara indicação do caráter seletivo e até excepcional da aplicação da lei, destinada a clientes cativos do sistema penal. Serve-se, assim, de interpretação extensiva que permite ampliar o óbice e criminalizar, com penas mais graves, determinados agentes.

Exemplo de previsão de discricionariedade explícita aos julgadores pode verificar-se ainda na classificação dogmática de traficantes e usuários de drogas, para fins de soluções punitivas diferenciadas. A posse de droga para consumo próprio não mais sujeita o autor a pena privativa de liberdade, senão novas medidas penais, ao contrário das penas previstas para aqueles que possuem substâncias ilícitas destinadas ao comércio ou a repasse a terceiros, como estabelece a nova lei de drogas (lei 11343/06).

Cabe ao juiz a decisão sobre qual das duas figuras legais deve aplicar-se ao caso concreto, levando em conta as circunstâncias do fato, inclusive de natureza pessoal, a conduta e os antecedentes do acusado. Num universo de vagueza lingüística, confere a lei ao juiz ampla liberdade para concluir pela caracterização de qualquer

das infrações penais descritas na lei, a resultar em graves e relevantes conseqüências penais para os réus, numa explícita delegação legal-seletiva.

O mesmo ocorre com a incidência de circunstâncias que qualificam o crime de tráfico de entorpecente, atualmente descritas no art. 40 da lei 11.343/06, como as hipóteses de crimes praticados nas proximidades de estabelecimentos de ensino, estabelecimentos prisionais, locais de trabalho coletivo e outras, cuja amplitude fornece elementos para seu reconhecimento, com o conseqüente aumento das penas, na quase totalidade das situações.

Ainda nos casos de tráfico de entorpecente, a figura autônoma do art. 35 da referida lei poderá ser sempre invocada na criminalização de condutas em que atuam duas ou mais pessoas que venham a se associar para a prática do ilícito penal. Uma interpretação literal do texto do art. 35 da lei, que retrata o crime de *associação para o tráfico*, poderá levar o juiz, como se detecta em inúmeros processos criminais, a condenar os agentes pelos dois crimes, o relativo ao tráfico de droga (art. 33) e o de associação (art. 35), com a imposição de penas quantitativamente elevadas, seguindo a regra do concurso material de infrações, em que as penas dos crimes são somadas.

Na aplicação das penas, em caso de condenação, cuidando-se, assim, de ações típicas e culpáveis, juizes e tribunais levarão em conta procedimento técnico que visará conferir à decisão as características do raciocínio lógico, sob a forma silogística, que legitimará a escolha da pena, sua quantidade, a forma de cumprimento e seu regime, tendo em vista etapas e caminhos estabelecidos genericamente nas leis penais. O procedimento – individualização da pena - não apenas permite, mas determina o exercício seletivo pelo julgador, a resultar em maior ou menor punibilidade para o acusado. A cada réu a pena que lhe cabe, embora ações humanas semelhantes sejam enquadradas em uma única norma penal, de forma a realizar o conteúdo do célebre brocardo do Direito Romano que constitui parte essencial do tradicional conceito de justiça: dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*).

Nas hipóteses de sentença condenatória, a determinação do regime da pena privativa de liberdade (reclusão e detenção) nas sentenças condenatórias assume grande importância na prática da criminalização, eis que dela decorrerá o efetivo ingresso do sentenciado em uma prisão ou a permanência nela por tempo razoável. Selecionar o regime de pena, portanto, implica também selecionar o criminoso, uma vez que a escolha do regime também se insere no processo de individualização da pena, que é abstratamente definida na lei entre limites quantitativos de mínimo a máximo.

Assim, estabelece o Código Penal que as penas privativas de liberdade devem ser cumpridas de forma progressiva e, ao fixar a pena, o juiz deverá escolher o regime inicial de seu cumprimento. A escolha do regime submete-se a parâmetros quantitativos previstos no art. 33 do mesmo Código e também qualitativos, estabelecidos estes últimos em seu artigo 59.

A quantidade da pena imposta a cada caso é que, conforme tabela constante do art. 33 § 2º do Código, indicará o regime a ser fixado, com alguma margem de liberdade ao juiz para escolha entre o mínimo e o máximo. Segundo a letra “b”, por exemplo, “o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto”. A expressão “poderá”, associada ao fato de que a escolha do regime se fará em consonância com os critérios previstos no art. 59 do Código Penal (antecedentes, motivos, personalidade do agente, circunstâncias), entrega ao juiz a possibilidade de determinação do regime de pena na modalidade fechada ou semi-aberta em uma infinidade de casos concretos. Encontra amparo legal, portanto, a escolha do regime inicial fechado para todas pessoas acusadas, por exemplo, da prática de crimes de furto ou roubo.

Segundo o referido art. 59, o juiz deverá levar em conta, pois, não só na aplicação da pena como também na escolha do regime de seu cumprimento, a culpabilidade,

os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, as circunstâncias e conseqüências do crime e o comportamento da vítima. Tudo isso “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, consoante estabelece o mesmo dispositivo legal.

Todas essas circunstâncias, representadas por expressões eivadas de ambigüidade, visam fornecer ao aplicador da lei instrumentos de seleção da forma como será cumprida a pena privativa de liberdade, de modo a possibilitar a fixação de regime mais ou menos severo (fechado ou semi-aberto) na hipótese apresentada como exemplo. Nesse caso, a seleção se fará no âmbito das condenações a penas que variem entre quatro e oito anos para réus não reincidentes.

As diversas espécies de crimes, por suas próprias naturezas, influenciarão os juízes na fixação do regime, revelando critérios valorativos de atuação. Por exemplo, percebe-se, com clareza, que os juízes criminais tendem mais a escolher o regime fechado para os acusados da prática de crimes de roubo, ainda que na modalidade simples, apenado com o mínimo de quatro anos de reclusão, e, de outra parte, o regime semi-aberto ou aberto para acusados da prática de outros crimes, como falsidade documental, que resultem na prática de pena privativa de liberdade em quantidade aproximada.

À parte a invocação da natureza do crime e de valores que o envolvem, os juízes ainda poderão balizar suas decisões a partir das circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, igualmente suscetíveis de avaliação subjetiva. Ao agente que já responde a outro processo por crime patrimonial e que não possua “ocupação fixa”, por exemplo, se mostrará mais apropriada e justificada a fixação do regime inicial fechado, se condenado a pena de quatro anos de reclusão, a partir dos quesitos “conduta social”, “personalidade”, “antecedentes”, em contraposição a funcionário de empresa ou profissional liberal que, igualmente, responde a outro processo também por delito patrimonial.

Uma das circunstâncias, estabelecida no art. 59 do Código Penal, que autoriza os juizes a modularem a pena a ser imposta ao réu, refere-se expressamente à “personalidade do agente”, expressão que permite a escolha de pena mais elevada e de regime mais severo, em nome de qualificações da personalidade, invocados sem qualquer base científica. Tais qualificações são comumente encontradas na jurisprudência de nossos tribunais relativamente aos autores de crimes patrimoniais, especialmente se praticados com violência ou ameaça, como “desvirtuada”, “distorcida”, “desviada”, “voltada à prática delitiva”, “perigosa”, “antisocial”, “comprometida pela falta de valores éticos e morais”, “voltada para o mal” etc.

4. A definição de quais ações podem ser efetivamente classificadas como crimes com a eventual imposição de penas a seus agentes – os criminosos – não prescinde da esfera processual. É no interior da batalha judicial, em que atuam acusação e defesa, que a análise dos fatos e das normas penais por juizes e tribunais na solução das ações penais encontra espaço para realizar-se e manifestar-se seletivamente.

O objetivo das regras processuais penais é o de determinar a forma do procedimento a ser adotado na apuração dos casos concretos, com vistas à construção da verdade e formulação de um juízo deliberativo sobre se determinado fato, posto sob julgamento, é efetivamente criminoso e se o indivíduo acusado deve por ele ser responsabilizado e de que forma. A esse conjunto de regras e princípios se dá o nome de Direito Processual Penal, que, por seu turno, dá origem a um verdadeiro saber processual penal desenvolvido pelos estudiosos desse ramo do Direito a servir como ferramenta importante na aplicação das leis penais.

Como explica Júlio Fabrini Mirabete, “o Direito Processual Penal constitui uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica... investiga os princípios, organiza os institutos e constrói o sistema. Seu método é o técnico-jurídico”¹²⁷.

O procedimento processual moderno é tributário da modalidade do inquérito, em que se busca, a partir da segunda metade da Idade Média, a constatação de determinado fato. Segundo Michel Foucault, em “A verdade e as formas jurídicas”, no Antigo Regime, a busca da verdade, nas situações de conflito entre pessoas, era marcada por um certo jogo de prova, em que exerciam papel relevante a adivinhação, a profecia e o juramento, bem como os torneios físicos e as ordálias.

Na fase do Direito germânico, o Direito passa a representar a forma regulamentar de fazer a guerra, adotando certos ritos e formas para a formalização do conflito. Nessa fase, ainda feudal, o regime da prova ainda exerce sua influência sobre o sistema de apuração da verdade, valorizando as provas mágicas e as ordálias.

Com o regime do inquérito, que passa a vigorar a partir daí por razões políticas, importa saber de fato o que aconteceu e de que forma as coisas se desenrolaram, para o que são requisitadas, por exemplo, as testemunhas. Surge então, historicamente, a figura do procurador, que substitui a vítima do conflito, em nome do soberano. E o soberano (posteriormente o Estado) vai exigir a reparação, através de confiscações e multas.

É o soberano, segundo Foucault, que vai motivar o surgimento do inquérito, razão política da transformação jurídica: “o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer”¹²⁸. Para Foucault, o conhecimento da verdade é marcado por uma luta e não por um processo natural e desinteressado, envolvendo uma

¹²⁷ *Processo Penal*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, 14^a ed. p. 30.

¹²⁸ *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 73.

relação estratégica em que o homem se encontra situado. É, assim, parcial, oblíquo e perspectivo, visando a indivíduos e situações.

Nesse universo da luta processual pela verdade do que ocorreu – de que resultará o exercício do poder punitivo pelo Estado – o que se sustenta, na análise do componente processual do sistema penal – é que as escolhas feitas pelos operadores do Direito não são aleatórias nem podem parecer arbitrárias. Ao contrário, devem ser legitimadas por critérios objetivos da dogmática jurídica, hauridos da lógica jurídica e da hermenêutica, decorrendo daí a importância do saber processual penal. O objetivo do processo é a busca daquilo que o saber processual chama de verdade real, em contraposição à verdade processual, presa a obstáculos e limites impostos pelo sistema de garantias.

Sob o manto da busca da verdade real, não só as partes no processo, mas também o juiz, sentem-se libertos para uma reconstrução interessada dos fatos, com vistas a determinadas soluções.

Segundo Aury Lopes Jr.,

“o mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório: com o ‘interesse público’ (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ator (inquisidor)”¹²⁹.

Pequenos passos dados pelas partes – promotores de justiça e defensores – e também pelos juízes constituem lances importantes da batalha processual que resultará em condenação ou absolvição do réu. O bom manejo das regras

¹²⁹ *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, pp. 272-273.

processuais propicia soluções previamente estabelecidas pelos operadores jurídicos, inclusive pelos juízes que julgarão as causas penais.

A partir do abandono, no final da Idade Média, do regime de prova e seu mundo de magia e profecia, com o regime da busca da verdade inquisitorial, o que se pretende é também a prevalência do mais forte: “no fundo, trata-se sempre de uma batalha, trata-se sempre de saber quem é o mais forte”¹³⁰. E o mais forte, no sistema processual penal brasileiro, é quase invariavelmente a acusação, representada pelo Ministério Público, instituição essencial à administração da justiça, dotada das mesmas garantias e atributos da Magistratura, em contraposição às incipientes e desmuniadas Defensorias dos Estados, de forma a levar os juízes, nos processos criminais, a nomear advogados dispostos, por convênio firmado entre os Estados e a OAB, a responderem pelas defesas dos acusados.

De forma provocadora, sustenta Eugenio Raul Zaffaroni que o inquérito nada mais é do que uma ordália legal. A agência judicial depreende a verdade da “lei” e do “legislador”, que são “conceitos que se agitam espíritos superiores. A exegese não é nada mais que uma forma de ordália legal”¹³¹.

O uso das normas processuais e também dos meios legais de prova, portanto, abre caminho a um significativo trabalho de seleção por parte dos juizes e tribunais no campo do Direito Processual Penal, onde se trava uma batalha surda, às vezes nem tanto, entre acusação e defesa.

Tome-se o art. 312 do Código de Processo Penal, que define as situações em que se justifica a prisão preventiva do réu, em processo a que responde pela prática de algum crime, quando ainda inexistente sentença condenatória definitiva.

¹³⁰ Michel Foucault. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 60.

¹³¹ *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1996, p. 266.

Estabelece o dispositivo legal que a prisão preventiva “poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

A lei compreende, como se vê, um amontoado de expressões equívocas, conferindo a juizes e tribunais ampla liberdade na decretação da prisão de determinado suspeito antes do julgamento da ação penal. Doutrina e jurisprudência penal transitam com facilidade em meio a uma ampla variedade de situações concretas, em confronto com as expressões da lei, objetivando definir em que circunstâncias se justifica a prisão de réus ainda não condenados para que respondam presos aos respectivos processos.

Como “garantia da ordem pública”, por exemplo, costuma-se entender a possibilidade de o acusado vir a praticar novas infrações penais se permanecer solto até o julgamento final do feito. “Ordem pública” e “ordem econômica” costumam ser interpretadas pelos juizes como categorias relativas a ações violentas ou que ofendam o patrimônio, o que fornece munição para uma atuação judicial seletiva muito semelhante, por exemplo, àquela que preside a escolha do regime fechado para os autores de crimes de roubo. Estes, ao lado de acusados de tráfico de drogas, são o alvo preferido das decisões judiciais que decretam a prisão preventiva e obrigam, em consequência, tais pessoas a permanecerem presas durante o percurso do processo criminal, que pode levar meses ou anos.

Sabe-se que no sistema jurídico brasileiro, procura-se difundir o princípio de que a liberdade é a regra; a prisão a exceção. Quando, porém, a exceção se faz regra? Em situações pontuais, amoldáveis aos genéricos dizeres da lei processual penal (art. 312 do CPP), especificamente, com maior frequência, a chamada “garantia da ordem pública”. Tudo em nome da compatibilização da presunção de inocência

(princípio constitucional garantista) e do direito à segurança e necessidade de defesa da sociedade.

A prisão visa comumente aquietar parte da população atingida por determinada prática delituosa, especialmente nas situações de reprodução midiática. Para justificar a exceção, exige o Direito Processual penal que o ato judicial seja devidamente fundamentado, de forma a legitimar-se a prisão como medida jurídica e necessária.

Pesam nas decretações de prisão preventiva, por parte dos juízes e tribunais, a gravidade do ato e também sua repercussão social. Nenhuma das duas características, na verdade, consta claramente dos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, mas fazem parte do universo jurisprudencial de justificação da prisão preventiva. A repercussão costuma ter ligação direta com a mídia; a gravidade com a impressão pessoal dos julgadores e a intuição de uma representação social de episódios que são considerados graves e que devem recomendar que a exceção se transforme em regra.

O professor e juiz de direito Guilherme de Souza Nucci cita como situações graves o homicídio de pessoa estimada em determinada localidade, os crimes praticados de maneira perversa, a gerar intranqüilidade pública, situações mais relevantes em pequenas localidades, dotadas de maior grau de controle social. Logo, tais condutas apresentam, nessas situações, um tratamento penal dotado de maior rigor, o que revela níveis diversos de seletividade geográfica, em contrariedade com o postulado de universalidade do Direito.

O registro de maus antecedentes constitui outro critério apresentado pelo doutrinador, que se refere especificamente a crimes violentos e envolvimento com o crime organizado (categoria carente de delimitação legal), chegando a esclarecer que, por exemplo, “um homicídio passional, cometido por réu primário, sem antecedentes, embora ilícito penal,

não gera, necessariamente, a prisão preventiva, até pelo fato de, muitas vezes, não ser capaz de provocar desassossego coletivo”. Conclui Guilherme de Souza Nucci, afirmando que, em determinadas situações, a prisão preventiva precisa ser decretada “sob pena de produzir o descrédito em relação ao Poder Judiciário”¹³².

Situação semelhante é apresentada no art. 594 do Código de Processo Penal, o qual impede que o réu condenado em primeira instância interponha recurso à superior instância (Tribunal de Justiça) se permanecer em liberdade. Cabe ao juiz da ação penal verificar, no caso concreto, a conveniência ou não da medida cautelar (prisão), levando em conta tratar-se de medida de política criminal, em que exerce forte influência o fato de o réu registrar antecedentes criminais, sob um hipotético índice de periculosidade social. Se o réu já se encontrava preso durante o processo, em razão da anterior decretação da prisão preventiva, terá maiores chances de assim permanecer, à espera do julgamento do recurso interposto contra a sentença condenatória.

A construção da verdade no processo penal não se faz, assim, longe de uma avaliação interessada, formulada em meio a embate social de que participa ativamente o julgador, cuja imparcialidade constitui postulado teórico e retórico sem o qual o sistema judiciário penal encontraria insuperáveis problemas de legitimidade. O objeto da construção processual, assim gerado pelo trabalho dos atores judiciários, de natureza interpretativa, notadamente os juízes, passa, portanto, a constituir uma espécie do saber penal e criminológico, que exercerá papel relevante na definição e classificação dos crimes e criminosos. Tal saber constitui uma forma de poder, na medida em que colocado à disposição dos juizes e tribunais em seu trabalho de seleção dos autores de infrações penais que serão provisoriamente levados ao cárcere ou dele excluídos.

¹³² *A prisão cautelar e a garantia da ordem pública*. In “Carta Forense”, São Paulo: fevereiro de 2008, p. 14.

A ciência do Direito, portanto, no âmbito de seu mister de compreensão das leis e sua aplicação contínua, constitui um instrumento normalizador e de regulamentação, ou uma aprimorada tecnologia da sujeição, legitimada, no mundo moderno, pela excelência das humanidades, apresentando-se, como diz Foucault, de forma quase invisível, nesse “jogo moderno das coerções sobre os corpos, os gestos, os comportamentos”, no sentido de que “formação do saber e majoração de poder se reforçam regularmente segundo um processo circular”¹³³.

A multiplicidade de dispositivos técnicos construídos pela ciência penal legitimará o processo de seleção de situações e pessoas para o sistema penal, estabelecendo convivência com a universalidade e abstracionismo das leis. Segundo Foucault,

“se o juridicismo universal da sociedade moderna parece fixar limites ao exercício dos poderes, seu panoptismo difundido em toda parte faz funcionar, ao arrefio do direito, uma maquinaria ao mesmo tempo imensa e minúscula que sustenta, reforça, multiplica a assimetria dos poderes e torna vãos os limites que lhe foram traçados”¹³⁴.

É certo ainda que esse saber penal e tecnológico desenvolve-se também, cada vez mais, no campo das humanidades, a quem deve o fornecimento de dispositivos retóricos que legitimarão as escolhas e as delimitações do sentido adequado das normas para os resultados desejados. Opera, assim, uma passagem do império da lei como produto da soberania absoluta para o campo as disciplinas infinitas construídas e diversificadas pela ciência do Direito e também pelas ciências afins, as assim chamadas ciências auxiliares do Direito, como gostam de denominar os juristas.

¹³³ Michel Foucault. *Vigiar e punir*. Trad. Lígia Pondé Vassalo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977, pp. 195-196.

¹³⁴ Op.cit. pp. 195-196.

O MINISTÉRIO PÚBLICO

1. Uma primeira seleção criminológica, para além daquela feita pelas próprias leis penais, é realizada pelos órgãos policiais, que exercem um papel importante no fluxo seletivo que estrutura o sistema penal. A Polícia é a porta de entrada por excelência das pessoas no sistema, recebendo a quase totalidade de situações sociais envolvendo condutas consideradas delituosas à luz da legislação penal. Episódios de conflito exacerbado de toda ordem, entre pessoas, costumam encaminhar-se às unidades policiais, delegacias ou ao policiamento móvel existente nas cidades, onde se dá, em um contacto inicial, uma primeira grande filtragem criminológica.

Essa filtragem pode realizar-se também por mecanismos sociais informais, como a própria família, e intermédio de outras instituições e instâncias sociais, dentre as quais é imperioso registrar o papel dos conselhos tutelares, instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8069/90). Trata-se de órgão não jurisdicional, existente em todos os municípios e regulamentado por lei municipal, cujos membros são escolhidos pela comunidade local, sendo dotados de expressivo rol de atribuições.

Dentre essas atribuições, figuram o atendimento das crianças e adolescentes, bem como pais e responsáveis, a incluir providências relativas à prática dos atos infracionais e execução de medidas específicas de proteção, com teor punitivo. À evidência, a praxe de encaminhamento de crianças e adolescentes suspeitas da prática de atos criminosos aos membros dos conselhos tutelares dos municípios transformados, na realidade, em instância de controle e definição dos infratores, levando-os a exercer uma tarefa seletiva de grande relevância.

Excetuam-se, à evidência, os conflitos que não são comunicados à Polícia, mesmo em se tratando de ações que poderiam classificar-se também como criminosas, a constituírem parte da denominada cifra negra da criminalidade, que contém, aliás, a imensa maioria das ações, em contraste com a criminalização de apenas

algumas delas. Como explica Louk Hulsman, “a criminalização efetiva é um evento raro e excepcional”¹³⁵.

A atuação das polícias pode ser qualificada de seleção de grosso calibre, lidando com vítimas, suspeitos e testemunhas num momento muito incipiente do processo de seleção e com ampla margem de ação. Da seleção policial também decorre parte da referida cifra negra da criminalidade, já que muitas das infrações penais são deixadas de fora do sistema a partir de uma prévia avaliação profissional e pessoal da Polícia, muitas vezes informal, realizada diariamente por seus integrantes, com poder de definição, ou até em razão de negociação e acordos, no espaço das delegacias, entre as pessoas envolvidas nas situações problemáticas.

O primeiro e superficial conhecimento dos fatos por parte dos policiais, um posterior esclarecimento através das investigações, com a influência de seu espírito de corpo profissional, bem como o papel da vítima e do suspeito de uma conduta delituosa, todos esses fatores repercutem sensivelmente na seleção dos casos que, com o trabalho de investigação, poderão sofrer continuidade em seleções posteriores, seja na apreciação pelo Ministério Público seja na esfera judicial pelos juízes e tribunais.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, a Polícia dispõe de um largo leque de alternativas à estrita e efetiva aplicação da lei: umas legais, outras ilegais, outras ainda situadas numa zona cinzenta não expressamente coberta pela lei ou pelos manuais, com largo espaço de liberdade que ultrapassa as margens permitidas pelas normas¹³⁶.

¹³⁵ *Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal*. In “Verve” vol. 3, São Paulo: Nu-Sol, 2003, p. 204.

¹³⁶ *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 445-446.

Vencida a etapa policial, na hipótese de formalização de uma ocorrência ou aprofundamento de uma investigação, descortina-se um segundo estágio de seleção, que consiste no trabalho de análise e posterior formação da opinião do Ministério Público sobre os fatos investigados pela Polícia, que poderá resultar na apresentação, por um promotor de justiça, de denúncia ao Poder Judiciário visando a instauração da ação penal. Do desenvolvimento desta última, no bojo do processo criminal, resultará, ao final, a possibilidade de condenação ou absolvição do acusado.

Entretanto, ao invés de oferecer a denúncia contra o suspeito da prática de crime, apontado pela investigação policial realizada no inquérito, poderá o promotor de justiça optar pelo arquivamento do inquérito, quando, a seu critério, entender não caracterizada qualquer infração penal ou insuficiente o conjunto de indícios e provas colhidos pela Polícia.

A filtragem realizada pelo Ministério Público, portanto, implica oferecer um desfecho a fatos investigados pela Polícia, seja através do arquivamento do inquérito, seja pela apresentação de denúncia contra o suspeito da prática de delito. Naturalmente, o suspeito é normalmente alguém apontado pela própria Polícia, que o classifica como indiciado. Na hipótese do oferecimento de denúncia pelo promotor de justiça, e desde que aceita preliminarmente pelo juiz, inicia-se o processo criminal, que, posteriormente, resultará em decisão final através de uma sentença, condenatória ou absolutória, a ser proferida por juiz de direito, membro do Poder Judiciário.

A decisão judicial, que se desdobra em primeira instância (juizes de direito) e segunda instância (os tribunais que julgarão eventuais recursos), constitui, assim, a etapa posterior de seleção de condutas em tese classificadas criminosas pelas leis penais, após ultrapassarem o filtro policial. Interessa-nos, para os fins deste trabalho, o exame da seleção penal feita por tais operadores jurídicos, tendo como foco a atuação concreta dos membros do

Ministério Público e do Poder Judiciário, analisada em grande número de processos criminais do Estado de São Paulo, já em grau de recurso.

Se o crime constitui, como se afirma, uma realidade construída, o que faz deslocar-se o objeto de preocupação do estudioso para as formas de definição e controle do fenômeno criminoso, mostra-se imprescindível, por via de consequência, o estudo da atividade das instituições incumbidas do controle penal, como o Ministério Público, que congrega os promotores de justiça, responsáveis por uma parcela significativa dessa tarefa de seleção de condutas e suspeitos, a partir dos dados construídos pela ação policial.

As decisões dos juízes e tribunais, por sua vez fruto desses estágios seletivos anteriores, constituem uma das principais fontes de manifestação do Direito: a jurisprudência. Trata-se de verdadeiro laboratório social de recriação e aplicação das normas estatais aos casos concretos, terreno das práticas judiciárias que se repetem e se renovam, em pequenas batalhas diárias marcadas por ações e reações. O instrumento por excelência dessas práticas, fornecido pela ciência do Direito, é o trabalho hermenêutico, no qual convivem advogados, promotores e juízes, sendo exercitado continuamente no universo que envolve as soluções das ações penais.

A interpretação, como já se viu, é o grande instrumento de aplicação das normas na construção do crime e qualificação das condutas consideradas anormais ou desviantes, que poderão motivar, por sua vez, a resposta punitiva do Estado. O trabalho interpretativo constitui também, em determinadas situações sociais, etapa de legitimação final dos estereótipos construídos sobre os indivíduos, reproduzidos na investigação policial e no processo judicial.

Os operadores do Direito movimentam-se também pelas lacunas normativas, preenchendo-as a partir de valores e interesses, buscando o que entendem pelo “verdadeiro sentido” das leis, por meio de regras e princípios da ciência jurídica, de forma a

justificar, no exercício de um verdadeiro saber penal, a seleção daqueles sobre quem, individualmente, recairá ou não o peso do sistema penal, com maior ou menor rigor.

Cria-se, assim, a criminalização ou a imunização de pessoas e ações por via hermenêutica e processual, adotando-se determinados dispositivos jurídicos, como, por exemplo, interpretações pontuais sobre circunstâncias que resultarão em penas maiores ou menores. Desse trabalho de gestão do sistema penal também faz parte a escolha de critérios diferentes de consideração do valor das provas, dependendo do tipo de delito, da conduta, suas circunstâncias e do sujeito envolvido.

Tal tarefa significa reconhecer a existência de uma dinâmica interação de normas primárias (leis) e secundárias (trabalho interpretativo de aplicação das leis), que deixa à mostra uma visão mais amplificada do mecanismo de criação do Direito. Este não se limita, portanto, ao conjunto de leis vigentes no país, mas se amplia para as inúmeras soluções concretas e caminhos abertos pela aplicação das normas, dando vida e concretude normalizadora a genéricas normatizações.

Nesse ponto, cumpre esclarecer como o comportamento desviante das normas é efetivamente tratado e em que medida o trabalho decisório dos operadores jurídicos – no caso com realce para o Ministério Público em seu papel de filtragem criminológica – envolve a escolha sobre pessoas, valores morais e sociais e qual a sua influência sobre a dogmática e o saber penal, que se pretendem objetivos, desinteressados e científicos.

Se advogados, juízes e promotores, a par de suas atuações práticas nos processos criminais, são também estudiosos do Direito Penal e do Direito Processual Penal, cada vez mais conviventes no mundo acadêmico onde, em tese, se produz a ciência jurídica, é inevitável que levem consigo sua experiência prática e parte do perfil das instituições a que pertencem. Daí porque o saber penal se diversifica em entendimentos diversos, mesmo sobre

questões técnicas e dogmáticas, na medida da compreensão realizada por esses operadores jurídicos e seus interesses.

Doutrinadores promotores, doutrinadores juízes e doutrinadores advogados chegam com frequência a resultados divergentes sobre dados e construções da ciência do Direito e procedem a interpretações conflitantes dos textos das leis. Num contínuo processo de interação, tais operadores encontram nas leis e na ciência jurídica as soluções que, muitas vezes, desde o início buscaram para os casos que são submetidos à sua aplicação. A seleção das pessoas a serem condenadas ou absolvidas passa, pois, pela escolha prévia ou concomitante das leis, princípios, critérios dogmáticos a serem aplicados ou boas razões jurídicas que possam fundamentar as decisões.

Pierre Bourdieu advertia que o Direito constitui um universo relativamente independente, marcado por práticas e discursos jurídicos, cuja lógica é determinada por relações de forma e pelas obras dos juristas, que delimitam o universo das soluções possíveis. Os agentes jurídicos participam, ao mesmo tempo, da lógica positiva da ciência e da lógica normativa da moral, utilizando os textos como palco de lutas, cuja leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que neles se encontra em estado potencial¹³⁷.

Ainda segundo Bourdieu, há uma relação dinâmica entre a produção teórica dos doutrinadores e a prática dos magistrados: “o simples juiz de instância está ligado ao teórico do Direito puro e ao especialista do Direito Constitucional por uma cadeia de legitimidade que subtrai os seus atos ao estatuto de violência arbitrária”¹³⁸. E a interpretação opera a historicização da norma, o que faz dispor de uma imensa liberdade:

¹³⁷ *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 2003, p. 213.

¹³⁸ Op. cit., pp. 219-220.

“o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos disponíveis, pela exploração das regras possíveis e de os utilizar eficazmente”¹³⁹.

Michel Foucault, por sua vez, sustenta que a simples noção de instituição não parece satisfatória, pois desconta a existência dos indivíduos, da coletividade e das regras que os governam. O que importa não são as regularidades institucionais, senão as disposições de poder, as redes, correntes, pontos de apoio, para o que se mostram importantes, por exemplo, os regulamentos indefinidos e permanentes da Polícia como exercício direto da governamentalidade¹⁴⁰.

O Ministério Público, por seus agentes, realiza trabalho de controle, seleção e definição social dos crimes e castigos, por meio da filtragem criminológica que lhe é atribuída pelo sistema processual brasileiro, de natureza não exatamente uniforme, em que é possível detectar traços das opções valorativas estabelecidas em critérios de atuação prática. Estes, por seu turno, repercutirão na aplicação do Direito pelo Poder Judiciário e no próprio universo da dogmática penal.

É certo que a ausência de uma uniformidade de atuação dos membros da instituição no controle e seleção de ações humanas classificáveis como delitos contribui decisivamente para uma interessada e pontual definição do crime e do criminoso nos inúmeros processos criminais, dentre as diversas modalidades de condutas legalmente classificadas como criminosas, o que se faz a partir do princípio da independência funcional dos membros da instituição e respeito a seu poder de convencimento individual. Cada qual,

¹³⁹ Op. cit., p. 224.

¹⁴⁰ *Segurança, território, população*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008, p. 155-174.

portanto, possui liberdade para o exercício interpretativo sobre normas e fatos, expediente por excelência que justifica as escolhas.

Essa atuação seletiva é, por vezes, alimentada pela própria instituição e seus doutrinadores, no sentido de, de forma genérica e retórica, inculcar nos promotores de justiça a necessidade de estabelecer prioridades sobre o combate às “ações mais danosas à sociedade”, abrindo a possibilidade, assim, para uma ação interessada sobre determinadas situações e pessoas. Tal se vê na recomendação de Enzo Bello:

“Cumpra a cada membro da instituição conferir um cunho seletivo às suas atividades profissionais. É preciso que os membros do Parquet façam um exame de seletividade entre os inquéritos policiais, procedimentos administrativos e processos judiciais com que se deparam, de maneira a atribuir uma índole prioritária aos casos em que se trate de condutas delitivas cuja potencialidade lesiva seja capaz de ocasionar uma verdadeira disfunção social e atingir ou obstar os princípios, fundamentos e metas da República brasileira (isto é, os verdadeiros anseios e perspectivas da nossa sociedade)”¹⁴¹.

Ao mesmo tempo, quando os promotores de justiça apresentam, em suas atuações, algum grau de organização e unidade, é perceptível, da mesma forma, a influência de um determinado pensamento criminológico, alimentado por atos e disposições a cargo dos órgãos superiores da instituição e igualmente marcado por seu caráter seletivo, conferindo prioridade a determinadas situações que envolvem pessoas e ações específicas.

Assim, a ausência de uma aparente uniformidade de atuação por parte dos membros do Ministério Público não significa que não se possam detectar as linhas gerais de uma política criminal da instituição nas suas manifestações nos processos criminais. Tal se mostra visível, por exemplo, o que é objeto da presente pesquisa, nos processos de execução penal, cujas práticas individuais dos promotores que atuam perante as varas de execução do Estado são referendadas pelas diversas teses defendidas pelo Ministério Público do Estado de

¹⁴¹ *Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 2007, p. 335.

São Paulo junto aos tribunais superiores no ensejo da interposição de recursos especiais e extraordinários, revelando uma verdadeira política criminal.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade,

“o Ministério Público é, por razões óbvias, a instância formal de controlo mais claramente ligada às agências definidoras da política criminal. O MP é, por isso, a instância de controlo em cuja ação é possível identificar um maior coeficiente político”¹⁴².

A atuação dos promotores de justiça nos processos criminais tem na denúncia a sua manifestação mais expressiva, pois nesse momento é que a acusação é objetivamente formulada e dá início à ação penal, exercendo função seletiva, da qual decorrerão conseqüências relevantes à futura condenação ou absolvição do acusado. No caso de condenação, esta se baseará na descrição dos fatos que é feita pelo promotor na denúncia, com a correspondente classificação. O réu se defenderá da acusação ali contida, a qual delimitará os fatos e apresentará o enquadramento legal, com vistas à realização das provas em Juízo e posterior condenação do acusado.

A forma como os fatos são descritos e o enquadramento legal proposto pelo promotor revelam, pois, que a denúncia constitui o dispositivo jurídico mais importante colocado à disposição do Ministério Público e o momento por excelência da seletividade, realizada no nascedouro da ação penal.

No papel de acusadores, vê-se que os promotores criminais costumam desinteressar-se pela discussão acerca da utilidade e destinação final do seu trabalho, mormente no que se refere a qual seja, de fato, a função e as conseqüências da pena de prisão a ser destinada a grande parte das pessoas acusadas, nomeadamente definida como medida

¹⁴² *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 482.

ressocializadora e justa. A análise dos discursos de acusação, contidos nos processos criminais, revela que a atuação dos promotores, em linhas gerais, parece sofrer influência de um senso comum, também alimentado pela mídia policial, que, de forma maniqueísta, divide claramente a sociedade entre pessoas de bem e criminosos, auxiliando, de forma recíproca, na formação de uma concepção penal, com categorias e princípios, que vai reforçar uma postura severa e excludente, no sentido de considerar fora da sociedade, dentre os infratores das leis, as pessoas selecionadas pelo sistema penal.

Os promotores criminais, por outro lado, também exercem a função de fiscais da aplicação da lei, o que significa que, a par de acusadores, fiscalizam a atuação dos próprios juízes visando uma correta e justa aplicação do Direito e defesa da ordem jurídica. Nesse segundo aspecto, imbuído de uma certa imparcialidade moral, o Ministério Público parece postar-se em situação que o torna, ainda que às vezes involuntariamente, mais próximo de um papel garantista do Direito Penal, já que desprendido de sua estreita postura de parte ativa, que tem como objetivo obstinado a condenação do réu que está sendo processado.

O que se percebe é que, atuando como fiscal da lei, o promotor de justiça parece mais livre para direcionar sua atividade a rumo diverso, com a realização de uma filtragem criminológica algo diferente daquela realizada por ele próprio enquanto atua como parte ativa na relação processual, vale dizer na qualidade de simples acusador, em que a “verdade” (responsabilidade do réu pela ação delituosa) já se coloca antecipadamente, cumprindo apenas confirmá-la, através do processo criminal.

Ocorre que as duas posições – de acusador e de fiscal da aplicação da lei penal – convivem em um mesmo processo criminal, nas inúmeras espécies de delitos, o que confere aos promotores de justiça uma ainda maior liberdade de escolha, no que se refere à formação de sua convicção quanto à necessidade ou não de punir determinadas condutas e pessoas ou admitir certas práticas processuais que influirão na decisão final do juiz.

A existência de uma política criminal institucional, embora não nomeadamente vinculativa para os membros do Ministério Público, exerce um papel relevante na contínua construção do ideário profissional dos promotores de justiça que atuam na área criminal, para o que contribui a própria estruturação da carreira desses profissionais, cuja progressão está subordinada a critérios de avaliação de mérito por parte dos órgãos superiores, como o Conselho Superior, a Corregedoria-Geral e a Procuradoria-Geral de Justiça.

Nos dois primeiros anos da carreira, constitutivos dos anos de “estágio probatório”, os promotores têm sua atividade fiscalizada diretamente pela Corregedoria-Geral, mercê da obrigatoriedade da remessa àquele órgão de cópias dos principais trabalhos, consistindo, na área de atuação criminal em denúncias, pedidos de arquivamento, pareceres, razões e contra-razões recursais. Além disso, os procuradores de justiça, situados na instância superior, exercem a chamada “inspeção permanente”, fruto do próprio trabalho de leitura de processos em grau de recurso, consistente no exame das intervenções dos promotores de justiça, com a possibilidade de comunicação à Corregedoria de eventuais irregularidades que, a seu juízo, venham a encontrar.

A atividade de controle superior nos primeiros anos da carreira tende a levar muitos desses promotores de justiça a desenvolverem seu trabalho em consonância com as políticas criminais acenadas pela Procuradoria-Geral de Justiça e as orientações administrativas superiores, para afastar a suspeita de omissão ou falta de combatividade, consideradas relevantes para o conceito de um bom promotor de justiça criminal.

Não é difícil admitir, portanto, o papel exercido por tal controle na formação das posturas dos promotores de justiça frente aos temas criminais, contribuindo assim para a construção diária de um Direito Penal mais interessado e seletivo, dada a relevância do trabalho dos promotores de justiça na formação da jurisprudência.

2. Atuando como titular da ação penal, objetivando a responsabilização dos indivíduos sobre quem pesa a acusação da prática de um crime, objeto de uma prévia seleção, o promotor de justiça parece encarnar em si a própria sociedade punitiva, a defender-se dos que violam as leis penais, consideradas as mais importantes dentre as demais normas, por encerrarem os valores mais respeitáveis da sociedade.

Segundo a doutrina mais tradicional, como do processualista José Frederico Marques, o Ministério Público deve orientar sua ação pelo interesse punitivo do Estado, o que significa dizer que ocupa o polo ativo da ação penal, devendo buscar a condenação do acusado¹⁴³. Tal postura, assumida pelos promotores de justiça, marca poderosamente o terreno de ação dos profissionais do Ministério Público que atuam na área criminal, trazendo-os mais próximos a uma concepção rígida de acusadores fiéis ao ideário da lei e da ordem, como partes interessadas na condenação daqueles que se apresentam como réus, parte passiva na relação processual penal.

A origem histórica da figura do promotor de justiça parece explicar um pouco a formação e alimentação dessa postura. De procurador do rei para a defesa dos interesses patrimoniais e fiscais do soberano, passou ele a invocar a defesa do mandante como vítima dos crimes, tendo como alvo a recepção dos valores das multas e confiscações.

Segundo Michel Foucault, na Alta Idade Média, o procurador apresenta-se como representante do soberano, que passa a assumir a condição de lesado pelo único fato de ter havido um delito ou um crime: “o procurador vai dublar a vítima, vai estar por trás daquele que deveria dar a queixa”, já que a ação danosa constitui a infração à lei do Estado: “a infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano”¹⁴⁴.

¹⁴³ *Elementos de Direito Penal*. Campinas: Ed. Bookseller, 1997, p. 51.

¹⁴⁴ *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 66.

Nessa tarefa, o promotor de justiça dispõe-se até, em casos excepcionais, a questionar o princípio da legalidade, considerado uma garantia individual, nas hipóteses em que este puder fornecer à defesa de determinados réus, em processos criminais, armas suscetíveis de, a médio ou longo prazo, esvaziar a acusação, levar a um futuro abrandamento da eventual punição ou inviabilizar a execução da sentença condenatória pela qual lutou.

Assim, a adoção exacerbada de postura acusatória pragmática, em nome de uma sociedade punitiva, parece conduzir o promotor de justiça criminal, ao encarnar o papel de acusador público e a sagrada missão de defesa da sociedade, no sentido até da flexibilização do sistema de legalidade estrita, dispondo-se inclusive a uma utilização do Direito Penal como fórmula atípica de resposta irracional às chamadas demandas da sociedade, envolta em clima de emotividade ou manipulação por parte dos meios de comunicação de massa.

Em contrapartida, aos promotores costumam afigurar lícitos e adequados todos os meios processuais que a lei confere às partes a fim de que possa atingir o objetivo de sua atuação, que normalmente se confunde, nas ações penais, com a condenação do acusado. Nesse sentido é que se explica a valorização dos indícios, dos elementos colhidos no inquérito policial, produzidos sem o contraditório, como a confissão policial, e das provas periciais realizadas pela Polícia, como elementos suficientes à condenação do réu.

No recurso de Apelação nº 1416.931-9 (TACRIM-SP), depara-se com situação concreta em que réu foi condenado por crime de roubo qualificado na forma tentada às penas de cinco anos de reclusão e dez dias-multa, tendo a reincidência sido reconhecida em Juízo, a justificar o aumento das penas para além do mínimo estabelecido em lei. Ocorre que, na verdade, a reincidência não ficou comprovada nos autos, já que o acusado tinha contra si apenas dois processos, ainda em andamento. O que caracteriza a reincidência, segundo a dogmática penal, é o fato de, no momento da prática do delito pelo qual está sendo acusado, o

réu já ter contra si outra condena o definitiva pela prática de outro crime. Mesmo assim, a argumenta o da defesa no recurso interposto, questionando o reconhecimento da reincidência, não mereceu aprecia o por parte do promotor de justiça, o qual se limitou a afirmar em contra-razões que “os crimes praticados são extremamente graves e merecem severa puni o”.

No caso, v -se que o interesse do promotor de justiça como parte processual, interessado na condena o do réu, se sobrepõe ao seu papel de fiscal da aplica o correta da lei, para o que pareceram contribuir a considera o sobre a pessoa do acusado e a modalidade de a o por ele praticada. Como fiscal da aplica o da lei penal, deveria bater-se pelo afastamento da agravante da reincidência, já que tecnicamente não caracterizada. A considera o pessoal sobre a gravidade da a o criminosa e conseqüente necessidade de uma puni o severa assumiram tal vulto, no sentido de uma inadiável missão de defesa da sociedade contra determinados infratores, que relegaram ao silêncio a viola o de preceito da ciência penal.

Promotores de justiça, pois, agem, na prática, como criadores da punibilidade, servindo-se muitas vezes da via processual e do arsenal de regras de prova que lhe proporciona o próprio sistema penal, buscando ainda, para as hipóteses selecionadas, o alargamento das fronteiras do Direito Penal, assim entendendo-se o exercício da pretensão punitiva no limite máximo estabelecido em lei e, em certos casos, interpretando até como criminalizáveis condutas que podem ser mais facilmente acomodadas nos dispositivos das leis civis.

No caso apontado, o promotor de justiça desconsiderou a tese levantada pela defesa, ancorada em dispositivo legal e dado da ciência jurídica, que implicaria em cancelamento do aumento das penas em razão do afastamento da reincidência, que, de fato, não se encontrava caracterizada. A apregoada gravidade dos crimes, a merecerem severa

punição, significa, na verdade, um momentâneo desapego às bases técnicas e dogmáticas, numa espécie de invocação de situação de exceção, justificada pela especificidade do caso concreto. Tal expediente se multiplica em muitos dos feitos criminais examinados.

Submetido o processo a grau de recurso, à evidência, é possível que a decisão de primeiro grau venha a sofrer alteração em segunda instância, afastando-se a circunstância que motivou o aumento das penas. Entretanto, a atuação conjunta de promotores e juízes, por vezes, conta com a omissão do defensor, que não interpõe recurso de apelação contra as decisões condenatórias, transitando em julgado e tornando-se definitivas. Tal situação é extremamente comum em comarcas do interior do Estado e, mais exatamente, quando os réus não possuem defensores constituídos por serem pobres.

Como a maioria das comarcas do Estado de São Paulo não dispõe de defensores públicos, defensores particulares são nomeados pelos juízes e assumem a defesa dos réus, tarefa modestamente remunerada pelos cofres públicos segundo convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil. Na prática, muitos desses defensores limitam-se a uma defesa puramente formal dos réus, em atuações insignificantes e ineficazes¹⁴⁵.

De questionar-se, assim, se o mero exercício da acusação pelos promotores de justiça, sabedores do peso de sua atuação, seu saber e seu papel como defensores da sociedade, não contribui, de fato, para decisões judiciais que sejam fruto de um evidente desequilíbrio de forças processuais. À evidência, uma acusação melhor fundamentada tecnicamente, fruto de profissionais mais qualificados e, aos olhos da sociedade, moralmente desinteressados no desfecho deste ou daquele processo criminal, tenderá a influir mais eficazmente os juízes em suas decisões.

¹⁴⁵ Só recentemente, no Estado de São Paulo, no ano de 2006 (Lei Complementar 988/06), foi criada a Defensoria Pública, ainda com número insuficiente de profissionais, recrutados por concursos públicos e que não atraem os melhores candidatos do mercado, dada a extrema defasagem salarial com as carreiras correlatas do Ministério Público e da Magistratura. Tal defasagem é verificada também nos demais Estados, mesmo naqueles em que a Defensoria Pública já há muitos anos se encontra estruturada, o que faz com que a parcela majoritária dos réus pobres, desprovidos de defensores constituídos, seja assistida por advogados nomeados pelos juízes, com base nos convênios com a OAB, onde predominam profissionais inexperientes e em início de carreira.

Esse desequilíbrio pode ser constatado com maior facilidade nos julgamentos perante o tribunal do júri, que julga os acusados de crimes contra a vida, em especial nas comarcas do interior do Estado. Grande número desses réus, constituído de pobres e miseráveis, e portanto desprovidos de defensores contratados, é defendido por advogados nomeados pelos juízes, muitos deles em início de carreira, desprovidos das mesmas armas intelectuais e da mesma imagem social dos membros do Ministério Público. Tais defensores, denominados defensores dativos, são portanto advogados privados que se dispõem a exercer a tarefa pública de defesa de réus pobres que não têm seus próprios advogados, fazendo-o por intermédio de convênios firmados pelos Governos dos Estados com os órgãos estaduais da Ordem dos Advogados do Brasil. A remuneração de tais trabalhos é feita em patamares bastante módicos, deixando de interessar, assim, aos profissionais mais qualificados e experientes do mercado.

A relevância desse descompasso é ainda mais visível se se levar em conta que os juízes que proferirão o juízo final de condenação ou absolvição no tribunal do júri são os jurados e não os juízes togados, sendo recrutados por estes últimos junto a pessoas do povo, na própria comunidade, onde os promotores de justiça exercem suas funções de defesa da sociedade, a incluir os misteres processuais e extraprocessuais de defesa dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio público e outros interesses coletivos e difusos. O exercício dessas funções costuma angariar credibilidade e respeito público que, à evidência, se apresenta aos jurados nos julgamentos de processos criminais no tribunal do júri e sobre eles pode exercer inequívoca influência.

Tal se dá à semelhança com o que se afirma em relação ao papel da imprensa e da opinião pública nos julgamentos de casos rumorosos, dada a maior permeabilidade dos jurados, cidadãos incumbidos pela sociedade de declarar se os acusados

submetidos a julgamento são culpados ou inocentes, como afirma Ana Lúcia Menezes Vieira¹⁴⁶.

No momento do oferecimento da denúncia, a atividade seletiva dos promotores de justiça realiza-se com desenvoltura na tarefa discricionária da avaliação do que sejam indícios suficientes para a instauração de determinada ação penal. Finda a instrução probatória, ao término da ação penal, cabe também aos promotores a formação de juízo de valor sobre as provas produzidas, de forma a justificar um pedido de condenação.

Nesse sentido, a avaliação da pessoa do suspeito, seu perfil e antecedentes constituirão prognóstico importante para a tomada de posição, de teor seletivo, relativamente à possibilidade do oferecimento de uma denúncia ou formulação de um pedido de arquivamento ou, em etapa posterior, a um pedido de condenação ou de absolvição.

Segundo Augusto Thompson,

“Também ao promotor se faculta uma oportunidade de julgamento do caso, posto que decidir aquilo a ser considerado como indícios suficientes ou insuficientes exige uma consideração valorativa sobre o conteúdo do processo... Como consequência, embora sustentando a posição por meio de um discurso dissimulador, muitas vezes o promotor requer o arquivamento por entender que o apontado autor não caracteriza um verdadeiro criminoso, ainda que esteja absolutamente certo da existência do crime e de ser o indiciado seu agente”¹⁴⁷.

Sabe-se, por imperativo da dogmática penal, alicerçada em bases garantistas, que a pena criminal não pode ultrapassar a medida da culpa do agente, sendo inaceitáveis as penas inadequadas à culpa do agente. É o caso das penas exemplares nos crimes de trânsito, que muitas vezes não correspondem ao grau da culpa individual, por mais importante que possa parecer a contenção social de tais infrações, ou em situações veiculadas pela imprensa, que motivam condenações a penas excessivamente altas. Segundo Claus

¹⁴⁶ *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 246.

¹⁴⁷ *Quem são os criminosos*. Rio de Janeiro: Ed. Achiamé, 1983, pp. 32-33.

Roxin, “o fim da prevenção geral da punição apenas se pode conseguir na culpa individual. Se se vai mais além e, portanto, se pretende que o autor expie as tendências criminosas de outros, atenta-se realmente contra a dignidade humana”¹⁴⁸.

A constatação do penalista Roxin parece auxiliar na compreensão do papel dos promotores criminais que, encarnando aquilo que interpretam como sendo os anseios sociais por segurança para a sociedade, buscam, muitas vezes, apresentar nos processos criminais, que envolvem apenas determinados delitos, o que definem como interesse social por penas mais longas e severas ou por uma mais abrangente incriminação de condutas, desprezando, muitas vezes, o princípio da culpa individual como limite da ação punitiva do Estado.

Tal ação constitui, na verdade, espécie de gestão penal, no sentido de um manejo constante de uma prática processual que costuma levar o promotor de justiça, em determinada ocorrência social, após a filtragem policial por via do inquérito (investigação prévia feita pela Polícia), a admitir como verdade definitiva o resultado da investigação policial, buscando apenas confirmá-la, com seu trabalho no processo criminal que se iniciará, através da construção de sua forma processual. É o rito processual, portanto, que irá construir a verdade, dada previamente, no entanto, como uma base fática verossímil e eivada de valores de classe e preconceitos.

O trabalho de reconstrução do Direito pelos membros do Ministério Público, por meio da interpretação das leis, atinge também não apenas os fatos que constam dos inquéritos e processos, mas o significado das próprias normas jurídicas. Estas, por seu turno, também são influenciadas pelo sentido a ser dado à base fática, numa interação fruto de manipulação jurídica, com vistas a atingir uma solução final prática e interessada, que muitas vezes já fora previamente estabelecida.

¹⁴⁸ *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Ed. Vega, 1998, p. 37.

A reconstrução dos fatos, o que se dá, por exemplo, ao ensejo da inquirição de testemunhas em Juízo, já pode ter como objetivo a confirmação de uma verdade anteriormente escolhida. Tal estratégia não é exclusiva do acusador, mas também do defensor e até do próprio juiz da causa. Todos eles, em muitas situações, se servirão do processo, palco teoricamente apropriado à busca da verdade, para reconstruir os fatos de forma tal que possam se ajustar a uma decisão condenatória ou absolutória ou adequar-se a determinada classificação jurídica, da qual resultarão conseqüências diversas para as partes.

Pode-se afirmar, portanto, que o objetivo do processo e da atuação nos autos é a busca de uma forma penal que, em cada caso, satisfaça o operador do Direito em seus interesses, relativamente à solução do conflito que se coloca à sua frente, e na realização dos valores que encarna. A linguagem de tais atores, manifestada nos processos, deixa transparecer a idéia de que se está diante de uma conduta humana, que é criminosa e condenável, nos termos do estabelecido pelo legislador, a qual cumpre verificar e constatar, objetivando colocar em prática aquele procedimento clássico de aplicação da lei aos fatos.

Na verdade, são os fatos que se aplicam à lei, por meio de uma batalha profissional que tem como arsenal as leis penais e a ciência jurídica, no sentido de que determinada leitura dos fatos poderá ou não promover uma adequação ao texto da lei para que, assim, possa produzir certos resultados.

É certo ainda que essa construção da verdade não se dá apenas no processo criminal, mas também, previamente, na investigação policial que lhe servirá de base. Nos casos que consideram mais relevantes, o promotor e, às vezes, o advogado de defesa, na hipótese de este ser constituído pela parte (particular), podem acompanhar o desenvolvimento do inquérito policial e dele participar como coadjuvantes, numa estratégica ação de contribuição para a ordenação dos fatos, que significará, afinal de contas, a possibilidade de

construir previamente uma verdade que se mostrará, por verossimilhança, apta à futura adequação a determinada norma jurídica.

É na fase policial da investigação de um crime, quando são ouvidas a vítima e testemunhas e coletados indícios e provas, que a construção dos fatos se faz com maior facilidade e pode influenciar definitivamente a futura solução a adotar-se no processo judicial, considerando serem menores e menos rígidas as formalidades a serem observadas na investigação policial.

Acusados desprovidos de advogados de defesa, nessa fase da investigação policial, não contarão com suas atuações nas delegacias de polícia, onde se colherão os indícios e primeiras provas, muitas vezes decisivas na futura decisão da ação penal. As incipientes Defensorias Públicas ainda não dispõem de recursos suficientes para assistência a esses suspeitos que apenas ingressam no sistema penal por intermédio da investigação policial.

Uma vez instaurado o processo em Juízo, com o oferecimento da denúncia pelo promotor de justiça, a construção da verdade penal limitar-se-á, na grande maioria dos casos, quase que exclusivamente, à oitiva de testemunhas e, mais fundamentalmente, à interpretação das normas e dos fatos ocorridos, em busca da formulação de um artefato jurídico final que, em última análise, constituirá a sentença judicial, também um ato do poder político, resultado de sucessivas seleções, previamente realizadas pela Polícia e pelo Ministério Público.

A verdade, portanto, não é fruto apenas de uma construção a partir da produção de provas em procedimento judicial submetido ao contraditório, como dispõe a respeito a doutrina processual. Ao contrário, a culpabilidade e a condenação de determinados suspeitos já se coloca às vezes como verdade sabida, que necessita simplesmente passar pelo crivo do rito processual, o qual lhe atestará a legitimidade.

Suspeitos desempregados e sem residência fixa, por exemplo, são mais facilmente enquadráveis na acusação de crimes patrimoniais, mercê de um natural afrouxamento do rigor probatório, mostrando-se, também, insuscetíveis de receberem benefícios legais. Se presos em flagrante, certamente terão maior possibilidade de permanecerem presos no decorrer do processo, ingressando definitivamente no sistema penal que os poderá transformar de infratores em delinqüentes.

Sustenta-se que a atuação dos promotores de justiça, numa grande quantidade de feitos criminais, como nos casos de crimes patrimoniais ou de tráfico de drogas, alimenta fortemente a criminalização efetiva de determinados acusados, previamente selecionados pelos filtros policiais, ainda que os membros do Ministério Público venham a atuar simetricamente em todos os feitos, com o mesmo rigor. Para tanto, contribui sobremaneira a formação do acusador público, que é a do Direito Penal clássico, de índole retributivista e prevencionista, com forte espírito dogmático e baixo teor crítico, como concluiu Antônio Alberto Machado¹⁴⁹.

É o que ocorre a propósito da classificação de condutas como as dos chamados crimes hediondos ou a eles equiparados, como o tráfico de entorpecente, nos inquéritos que são remetidos ao Ministério Público para análise da possibilidade de instauração da ação penal. Admitida a classificação dada pela Polícia, na hipótese de prisão em flagrante de suspeito com substância entorpecente, seguir-se-á, de forma quase invariável, a manutenção da classificação policial, reproduzida na denúncia oferecida pelo promotor de justiça. Tal classificação tornará impossível, ou ao menos dificultará fortemente, a concessão da liberdade provisória, como determina a Lei 8072/90, em seu art. 2º, mesmo na hipótese de futura desclassificação para o crime de posse de entorpecente para uso próprio, que poderá ser feita pelo juiz da causa ao prolatar a sentença.

¹⁴⁹ *Ministério Público, democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.

A esse respeito, a jurisprudência de nossos tribunais, inclusive do Tribunal de Justiça de São Paulo, é majoritária, no sentido da necessidade de manutenção da prisão processual dos réus acusados de crime de tráfico de droga, até a sentença final. A classificação inicial do crime, feita na denúncia, exerce, pois, papel fundamental na permanência do suspeito no cárcere até final sentença, a qual poderá ser proferida meses ou até anos após a instauração do processo.

Em caso concreto, ocorrido no Estado de São Paulo (TJ-SP Recurso nº 852.470.3/3-00), o juiz, discrepando da jurisprudência majoritária, concedeu ao réu a liberdade provisória, o que motivou a interposição de recurso pelo promotor de justiça, o qual sustentou a ilegalidade da decisão judicial. Nas razões de recurso, serviu-se de precedentes jurisprudenciais, inclusive decisão do Superior Tribunal de Justiça, fruto de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (STJ-RHC DJU 18.12.1995, Boletim IBCCRIM fev/96, p. 127).

Essa a postura do Ministério Público comumente observável nas hipóteses de concessão de liberdade provisória a réus denunciados por crimes hediondos ou a ele equiparados, que motiva a interposição de recursos, em que argumenta com a disposição legal e a necessidade da manutenção da prisão em se tratando de crime grave, classificado como hediondo.

Tratava-se, no caso em exame, da prisão em flagrante de indivíduo de vinte anos de idade, portando dez papétes de maconha em via pública de cidade do interior do Estado, bem como a importância de R\$ 30,00 em dinheiro. A existência da quantia foi interpretada como prova de que o entorpecente se destinava ao tráfico, sendo o dinheiro produto da venda da droga, não obstante o acusado ter confessado que ela se destinava a seu próprio uso, alegando que ganhara o dinheiro fazendo um “bico” em estabelecimento comercial (“Ceasa”) daquela cidade.

A apreensão de quantia em dinheiro com indivíduos pobres e com poucos recursos constitui circunstância relevante que vem sendo interpretada pelos juizes e tribunais como prova da existência de tráfico de droga e não simplesmente a posse para uso próprio, dada a possibilidade de ser o dinheiro produto da venda de parte do entorpecente.

A dúvida sobre a classificação do delito, como tráfico ou uso próprio, conforme definido nos arts. 12 ou 16 da Lei 6368/76, revogada pela Lei 11.343/06, que reproduziu as descrições legais em seus artigos 28 e 33, respectivamente, é efetivamente relevante, uma vez que o tráfico é considerado crime hediondo, insuscetível de diversos benefícios processuais, inclusive o da liberdade provisória, ao contrário do porte para uso próprio (art. 16, atual art. 28 da Lei 11.343/06), que propicia a imposição de medidas punitivas não detentivas. Neste caso, a decisão do juiz que concedeu a liberdade provisória baseou-se em eventual desclassificação futura do delito (do art. 12 para o art. 16 da antiga Lei 6368/76), o que tornaria abusiva e insustentável a manutenção da prisão.

A classificação de conduta envolvendo a posse de droga pode diversificar-se de acordo com as circunstâncias fáticas, que possam revelar tratar-se da figura do crime do art. 33 da Lei 11343/06 (antigo art. 12 da Lei 6368/76) ou do artigo 28 da mesma lei (antigo art. 16 da lei 6368/76).

Em situações que possam apresentar alguma dúvida a respeito da classificação correta, os promotores de justiça costumam oferecer a denúncia imputando ao acusado a prática da infração penal mais grave. Trata-se de dispositivo de grande importância para a maior criminalização de determinadas pessoas e ações, constituindo a chamada denúncia excessiva, que resultará em graves conseqüências para a pessoa do acusado, o qual, por exemplo, se se encontrar preso em flagrante, dificilmente logrará obter a liberdade provisória para responder ao processo em liberdade, nem tampouco conseguirá o benefício da suspensão condicional do processo (*sursis processual*), instituído com a Lei 9099/95.

O resultado é a permanência do réu no cárcere, durante o processo, que se prolongará por meses ou até anos. Considerando o extraordinário número de indivíduos presos no sistema penitenciário aguardando julgamento, com acusação de tráfico de drogas, pode-se constatar, portanto, o papel da ação do promotor de justiça, ao elaborar a denúncia e optar por uma determinada classificação do crime a ser imputado ao indiciado, na efetiva criminalização que resultará de uma prolongada permanência de determinados réus no cárcere.

É a classificação feita pelo promotor de justiça na denúncia, pois, que servirá de parâmetro para a provável obtenção de diversos benefícios, como, no caso, a incidência da Lei 9099/95. Na hipótese de ocorrência envolvendo a posse de droga por parte do suspeito, o oferecimento de denúncia com base no art. 28 da Lei 11.343/06 (posse de droga para uso próprio e não para tráfico) tornaria impossível a manutenção da prisão provisória do réu, que necessariamente responderia ao processo em liberdade, e possibilitaria, ao final da ação penal, a obtenção de medida despenalizadora.

Na Apelação nº 990.08.061044-9 (TJ/SP), retrata-se caso em que o réu, acusado da prática do delito do art. 33 da Lei 11.343/06 (tráfico de droga), permaneceu preso durante o processo criminal pelo período de um ano, já que a classificação feita pelo promotor de justiça na denúncia tornava praticamente impossível, consoante entendimento jurisprudencial majoritário, pudesse responder ao processo em liberdade. Na sentença, o juiz operou a desclassificação e determinou a expedição de alvará de soltura em favor do réu. Tratava-se de acusado primário, sem antecedentes criminais, cobrador de ônibus, casado com dois filhos, morador de habitação coletiva.

Submetido, no feito criminal, a exame psiquiátrico, constatou-se ser usuário de duas drogas, tendo os peritos sugerido tratamento médico pelo prazo de dois anos. Além disso, o réu apresentou documentos médicos relativos a acompanhamento psiquiátrico

decorrente do uso de drogas, circunstâncias que, associadas às pequeníssimas porções de droga que portava quando preso, revelavam tratar-se de mero usuário de droga e não traficante. A denúncia, porém, da forma como operada a classificação pelo Ministério Público, fez com que o réu permanecesse preso até o momento da prolação da sentença pelo juiz, o qual, ao final, reconheceu sua condição de usuário, impondo-lhe tão só medida prevista no art. 28 da Lei 11.343/06.

Não satisfeito, o promotor de justiça interpôs recurso de apelação, em que pretendia se reformasse a sentença para classificar o fato na forma do art. 33 da Lei 11.343/06, argumentando que a prisão do réu se deu nas proximidades de uma choperia da cidade, que concentra grande número de jovens, “reforçando a convicção acerca do tráfico” e que o réu trazia consigo grande quantidade da droga (7,4 g.), incompatível com o poder aquisitivo do acusado, que possuía apenas R\$ 6,00. A atitude suspeita, que também deveria levar à convicção de tratar-se de traficante, limitou-se ao fato de ter atravessado a rua quando viu a viatura policial.

A denúncia em excesso constitui, portanto, dispositivo jurídico estrategicamente utilizado pelos promotores de justiça, visando inviabilizar a consecução de benefícios legais por parte de determinados réus, impossibilitando, por exemplo, a obtenção de *sursis* ou da suspensão condicional do processo.

Em alguns casos, é tão evidente o excesso que, ao final da ação, o próprio promotor chega a requerer ao juiz o reajustamento da classificação, com a absolvição do réu relativamente a um dos delitos que lhe foram imputados. Foi o que ocorreu no processo que resultou na Apelação nº 990.08.120542-4 (TJ/SP), em que o réu foi denunciado por crimes de roubo qualificado pelo emprego de arma e porte ilegal da arma (a mesma arma usada no roubo), sendo classificados os fatos nos arts. 157 § 2º nº I e 14 da Lei 10.826/03, em concurso material.

Nas hipóteses de posterior desclassificação para infração de menor gravidade, que é a que, de fato, deveria ensejar a acusação inicial, depara-se com óbice legal para a suspensão condicional, medida que, segundo a jurisprudência da época, posteriormente objeto de alteração, deve ocorrer antes da realização da prova em Juízo.

De fato, em caso relatado na Apelação nº 1.315.993-8-TACRIM-SP, a infração, tipificada inicialmente pelo Ministério Público como crime de estupro, foi desclassificada pela juíza de direito para o delito de lesões corporais dolosas, tendo o promotor de justiça discordado da aplicação da Lei 9.099/95 e concessão da suspensão condicional do processo por entender processualmente inoportuna a medida, que só poderia ocorrer ao ensejo do oferecimento da denúncia. Como esta incluiu classificação por crime mais grave, insuscetível da oferta do benefício, este não mais pôde ser concedido ao acusado.

A mesma estratégia é adotada na hipótese de denúncia por suposto concurso material de crimes como forma de evitar a incidência da norma legal favorável à suspensão do processo (TACRIM/SP, Rec. nº 1.258.593/2). No concurso material de crimes, somam-se as penas de dois ou mais delitos, ultrapassando, assim, o teto legal permitido para a concessão do benefício da suspensão do processo. Em inúmeras situações, a hipótese não se ajusta com facilidade à regra do concurso material de infrações, mas sim de crime continuado, que resultaria em pena inferior, com a possibilidade de concessão do benefício legal.

Constata-se ainda, na análise dos inúmeros processos criminais, que o questionamento da constitucionalidade das leis pelos membros do Ministério Público não obedece sempre, de forma simétrica, a critérios científicos, dogmáticos ou técnicos, mas a escolhas pontuais e interessadas, apoiadas na missão de defesa da sociedade e valorização da idéia de segurança pública. É o caso, por exemplo, da disputa jurisprudencial que envolveu a Lei 8092/90, a chamada lei dos crimes hediondos, a qual, em seu artigo 2º § 1º, dispunha sobre a impossibilidade da progressão de regime para os autores dos crimes ali elencados.

A inconstitucionalidade de tal dispositivo legal, que significava violação dos princípios da individualização da pena e da ressocialização do recluso, acabou proclamada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 82959, o qual firmou o entendimento de que também para os autores de crimes classificados como hediondos é possível a progressão de regime (do regime inicial fechado para o semi-aberto), após o cumprimento do lapso temporal estabelecido em lei para os autores dos demais crimes.

Entretanto, a batalha encetada pelos promotores de justiça não retrocedeu após referido julgamento, mesmo ante a contínua adoção do mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal pelos demais tribunais e juízes, recuando apenas com a aprovação pelo congresso nacional da Lei 11.464/07, que, de forma expressa, alterou o dispositivo legal e passou a admitir, também em relação aos autores de crimes hediondos, a possibilidade de progressão de regime, estabelecendo, porém, prazos maiores para a obtenção do benefício.

Em contrapartida, continuam os promotores de justiça, notadamente aqueles que trabalham com os processos de execução penal – quando definitivas as sentenças condenatórias, passando a retratar incidentes na execução das penas privativas de liberdade, como livramento condicional, progressão de regime, indulto, remição e outros, - a sustentar a inconstitucionalidade da lei 10.792/03, que alterou dispositivo da lei de execução penal (lei 7210/84), a qual determinava a prévia realização de exame criminológico antes da deliberação judicial sobre a concessão de referidos direitos aos sentenciados.

O argumento desenvolvido é, ao inverso, o de que a alteração legislativa fere o princípio da individualização da pena, deixando de prever o exame criminológico, cuja realização era anteriormente obrigatória para a obtenção dos benefícios por parte dos sentenciados em cumprimento de penas privativas de liberdade.

As razões, na verdade, se prendem à possibilidade da concessão dos benefícios pelos juízes das varas de execuções criminais com base tão somente no

cumprimento, pelo recluso, do tempo mínimo de pena privativa de liberdade e apresentação de comprovante de boa conduta carcerária, conforme exige a lei, o que diminui consideravelmente o tempo médio de cumprimento das penas privativas de liberdade de uma grande quantidade de sentenciados.

A realização do exame criminológico significa, na prática, uma oportunidade para avaliação subjetiva do mérito do sentenciado para fins de concessão de benefícios, a partir de conclusões médica, psicológica e pessoal contidas nos referidos exames. A idéia, às vezes abertamente confessada nos autos pelos promotores de justiça, é a de reter os sentenciados – em sua quase totalidade condenados por crimes de tráfico de entorpecente roubo e furto - no cárcere o maior tempo possível, como forma de defesa da sociedade.

O trabalho seletivo realizado pelos promotores de justiça na órbita criminal inclui também a possibilidade de negociação com os suspeitos e com a própria defesa, como quando, ameaçada a verdade por ele previamente estabelecida na busca da punição do infrator, opta por uma solução desclassificatória, em acordo com o advogado de defesa, o que costuma ocorrer, com alguma frequência, no tribunal do júri, em casos de prova considerada duvidosa ou precária para a acusação, ou envolvendo situações que pendem para uma futura solução absolutória pelos jurados.

A desclassificação, por outro lado, pode significar desesperada estratégia para obter a condenação de réu que seria absolvido pela prática de delito mais grave que lhe fora inicialmente imputado.

Em caso ocorrido na comarca de Arujá (SP), foi imputada ao réu a prática dos delitos de roubo qualificado e corrupção de menores. Tratava-se da subtração de um revólver de um policial militar a paisana, que estava no interior de um bar, onde todos se envolveram em tumulto. O policial foi agredido pelo réu e dois outros agentes, menores de

dezoito anos de idade. O acusado foi preso em flagrante, apreendendo-se a arma subtraída. Ocorre que os adolescentes assumiram a subtração da arma, versão corroborada pelas testemunhas. Para evitar a absolvição do acusado, o promotor de justiça pediu, em alegações finais, a desclassificação para o delito de porte ilegal de arma (art. 10 “caput” da Lei 9437/97), já que outros policiais detiveram o réu momentos após o ocorrido, com a arma de fogo subtraída. O réu acabou mesmo condenado pelo delito de porte ilegal de arma (Apelação TACRIM-SP nº 1.345.493-6), quando, ao que tudo indica, não sofreria condenação pelo crime de roubo.

Compreensível, assim, a afirmação de Figueiredo Dias e Costa Andrade, no sentido da importância política do Ministério Público como órgão de controle na órbita criminal, ao usar de expedientes técnicos para dar vazão às suas estratégias políticas, seja por meio da negociação processual – a *plea bargaining* – seja pela via da insuficiência em matéria de prova¹⁵⁰.

Para os autores do crime de roubo, desprezadas as circunstâncias e especificidades de cada caso, reservam os promotores de justiça atuações firmes, objetivando a busca de condenações a penas expressivas e a imposição do regime mais severo para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Os discursos ministeriais se mostram cada vez mais homogêneos, em consonância com a jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça, no sentido da adoção expressa dos moldes positivistas que definem os autores de tais crimes como perigosos:

“Não há como negar que o roubador – autor de crime doloso com violência ou grave ameaça - é, presumidamente, possuidor de personalidade perigosa, circunstância permissiva da adoção, em razão das circunstâncias judiciais, do regime de maior severidade para o cumprimento da reprimenda” (TJ/SP Apelação nº 990.08.058077-9).

¹⁵⁰ *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 482.

A defesa da prisão para de réu acusado por crime de tráfico de droga levou, em caso concreto, o representante do Ministério Público a enveredar por aforismo encontrado no senso comum da mídia policial, trazido para os autos:

“O tráfico é a constituição dos crimes. É o ápice, pois todos os demais crimes estão interligados com o entorpecente, seja o roubo praticado pelo viciado, o furto pelo usuário ou o homicídio pelo traficante. Nesse diapasão, não há como haver conclusão diversa de que a manutenção de um réu, preso em flagrante pela prática de tráfico, garante a ordem pública” (TJ/SP Agravo 1224.269.3/3).

3. A relevância do papel dos promotores de justiça na construção de uma perspectiva a partir da qual costumam definir, na prática da atuação profissional, o que sejam o crime e o criminoso não se limita ao chamado processo de conhecimento, no qual se insere, numa etapa preliminar, a própria investigação policial. Vê-se que, seja no momento da instauração das ações penais, com o oferecimento da denúncia e classificação do delito, seja no decorrer do processo, durante a instrução probatória, a que se seguem os pedidos de condenação ou absolvição, ou ao manifestar-se nos recursos contra as decisões de primeiro grau, os membros do Ministério Público exercem papel de relevo no universo da chamada criminalização secundária. Contribuem, pois, para que certas infrações penais e determinados sujeitos sejam efetivamente classificados como crimes e criminosos.

Por ocasião da execução das penas, contudo, tal papel na construção de uma seletividade penal não perde sua importância. Ao contrário, se a prisão pode ser definida como a pena por excelência do Direito Penal brasileiro, constituindo a porta por onde infratores poderão transformar-se em delinquentes, a permanência deles no cárcere, por maior ou menor tempo, na dependência da aplicação de inúmeros dispositivos penais, passa a significar uma maior ou menor possibilidade de que determinadas pessoas, infratores de

determinados artigos de lei, ingressem definitivamente no mundo da delinquência ou dele possam escapar ilesos.

Na fase de execução, proceder-se-á a uma derradeira seleção, a partir dos dispositivos que o Direito coloca à disposição do sistema judiciário penal. A atuação dos promotores de justiça em prol de uma atenta fiscalização sobre a concessão de benefícios legais, que possam significar a flexibilização do regime prisional para os sentenciados que se encontram cumprindo penas privativas de liberdade, faz-se, como se sabe, sobre uma clientela carcerária já selecionada previamente pelas instâncias policial e judicial do sistema penal. Daí porque resultará, necessariamente, em considerável reforço à punibilidade dos sentenciados já acolhidos no sistema penitenciário. Destes, entre 90 e 95% são compostos por absolutamente pobres, consoante os censos periodicamente realizados pelo Ministério da Justiça¹⁵¹.

Pode-se afirmar que, nos processos de execução, as atuações dos promotores mostram-se até mais significativas no âmbito da seletividade penal, dado que neles o Ministério Público, por definição, não exerce função de acusador, limitando-se a intervir como parte, mas tecnicamente interessado tão só na fiscalização da correta aplicação da lei e cumprimento da pena por parte do sentenciado.

Cabe aos promotores que atuam perante as varas de execuções criminais manifestar-se nos inúmeros incidente surgidos em tais processos e, tecnicamente falando, não há acusação nessa instância processual de execução penal, eis que ela já se exauriu no processo de conhecimento, com a decisão judicial final, transitada em julgado.

No caso de sentença condenatória definitiva, o desenrolar do processo de execução tem no Ministério Público, portanto, órgão interessado na fiscalização do cumprimento das condenações e na correta aplicação da lei, de que fazem parte os benefícios

¹⁵¹ Maria Lúcia Karam. *Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais*. In “Mundo jurídico”, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10.03.2009.

legais que constituem direitos dos sentenciados, devendo os promotores emitir pareceres, tecnicamente desinteressados, a propósito dos incidentes processuais que ali se desenrolam. Tais são os pedidos de livramento condicional, progressão de regime, unificação e comutação de penas etc. A natureza do posicionamento autoriza, inclusive, os promotores a eventualmente atuarem em favor dos sentenciados.

A atuação se faz sobre casos já julgados, réus condenados definitivamente, num estágio em que a seleção criminológica já passou por todas as etapas necessárias, a partir da apuração policial, seguindo-se a análise pelo Ministério Público antes do oferecimento da denúncia, a instrução do processo e a prolação da sentença e sua manutenção ou alteração ao ensejo do exame de recurso de apelação. Os sentenciados que iniciam o cumprimento de suas penas em estabelecimentos penitenciários já foram, portanto, objeto de seleção nessas várias etapas, com a participação efetiva também do Ministério Público durante o transcurso da ação penal.

Apesar da intervenção dos promotores de justiça nos processos de execução não autorizar a adoção de uma postura de acusador público, o que se vê, na análise de grande quantidade de processos de execução, contidos na totalidade dos processos examinados, na modalidade de recursos de agravo em execução, é a atuação dos membros do Ministério Público de uma forma que a torna bastante semelhante àquela que marca sua presença nas ações penais em que atuam como titulares da ação.

Na prática, pois, os promotores agem nos processos de execução também como acusadores; não mais buscam a condenação dos réus, mas a eficácia e efetividade de suas penas e, mais especificamente, no caso de penas privativas de liberdade, sua permanência no cárcere por um maior tempo possível. Atuam, assim, de forma tal que acabam por reforçar o resultado de um processo de seleção que, mesmo com a sentença condenatória, prolonga-se no tempo.

Na análise de tais processos, percebe-se que a idéia de unidade do Ministério Público parece ganhar um reforço considerável, dado que, de forma cada vez mais expressiva, os promotores que atuam perante as varas de execução penal costumam adotar comportamentos unitários sobre os diversos temas que envolvem os incidentes de execução e os sentenciados que os provocam.

Pareceres padronizados são cada vez mais comuns sobre diversos temas, com a utilização inclusive de determinadas fórmulas retóricas que se repetem independentemente da natureza e forma dos procedimentos. Tal ocorre, por exemplo, com as críticas endereçadas a decisões judiciais que reconhecem benefícios legais a sentenciados, classificadas como pertencentes a correntes da chamada nova criminologia ou da criminologia crítica.

Um desses pareceres estereotipados direciona sua crítica ao pensamento crítico em criminologia, dispondo expressamente que

“caso se enfoque o condenado como um cidadão que foi oprimido pela sociedade e que o caminho da criminalidade foi fomentado pela carência de valores essenciais à sua formação, chegar-se-ia à mesma conclusão da criminologia crítica, para quem o Direito Penal representa um instrumento da classe dominante para oprimir os pobres, de forma que deveria ser abolida a pena privativa de liberdade, libertando a classe proletária das prisões, cabendo à sociedade escolher novos caminhos de convivência com aqueles que apresentam dificuldades para justarem-se aos regramentos sociais. Evidentemente tal utopia não pode prevalecer” (TJ/SP Agravo em Execução nº 990.08.107823-6).

A crescente unificação de entendimentos dos membros do Ministério Público que atuam perante as varas de execução penal pode ser sentida em deliberações de grupos de trabalho, encontros e órgãos colegiados da instituição, no sentido de firmar recomendações internas endereçadas a todos os promotores, com o objetivo explícito de

limitar a interpretação dos dispositivos legais relativos a benefícios requeridos pelos sentenciados que cumprem penas privativas de liberdade, a incluir os decretos de indulto firmados pelo Poder Executivo.

Como exemplo, podem-se constatar os Assentos estabelecidos, em São Paulo, pelo Grupo de Trabalho das Execuções Criminais, realizado em 19 de dezembro de 2001 e os Enunciados firmados no “I Encontro Estadual dos Promotores de Justiça de Execuções Penais do Estado de São Paulo”, em 25 de novembro de 2005, apresentando todos eles, de forma universalizante, o mesmo perfil de entendimentos limitadores dos benefícios legais destinados aos sentenciados.

Dos dois documentos, consta o enunciado determinando a inclusão, pelos promotores de justiça, no relatório mensal oferecido à Corregedoria Geral do Ministério Público, de dados específicos relativos à concessão de benefícios em sede de execução penal, sob o argumento de propiciar maior eficiência na atuação dos promotores de justiça¹⁵². O objetivo é claro, no sentido de estabelecer um sistema de controle da instituição sobre a atuação dos promotores de justiça nos processos de execução em que foram concedidos benefícios aos sentenciados. A providência significa na prática, indiretamente, um desestímulo institucional a manifestações eventualmente favoráveis à concessão dos benefícios legais aos que cumprem penas privativas de liberdade.

Nos pedidos de progressão de regime de pena (do fechado ao semi-aberto ou do semi-aberto ao aberto), que constitui direito de todos os sentenciados, preenchidos os requisitos estabelecidos em lei (lei 7210/84), as manifestações dos promotores de justiça deixam entrever, de forma invariável, juízo de valoração sobre sentenciados condenados por crimes de roubo, tráfico de entorpecente, extorsão e extorsão mediante seqüestro, no sentido de limitar ao máximo a concessão dos benefícios legais.

¹⁵² Diário Oficial do Estado de São Paulo, 25.02.2006, Seção I, p. 48.

O argumento básico é o da periculosidade inata de tais sujeitos, por vezes reforçada em faltas disciplinares, definidas na lei de execução penal (lei 7210/84), a qual fornece subsídios lingüísticos para que sejam quase todas elas classificadas como de natureza mais gravosa para o sentenciado.

Nas hipóteses de sentenciados condenados pela prática de tais crimes, ainda que apresentem bom comportamento carcerário, sem nenhuma falta disciplinar, dificilmente, no entender dos promotores de justiça, farão jus ao benefício da progressão de regime, mesmo tendo preenchido o requisito temporal (cumprimento do mínimo de tempo). Em um desses casos, em que o sentenciado, que tinha contra si uma única condenação, mereceu o acolhimento de seu pedido pelo juiz da vara das execuções, o promotor de justiça interpôs recurso de agravo, pretendendo a reforma da decisão judicial, argumentando não ser suficiente o bom comportamento carcerário do sentenciado.

Segundo o promotor de justiça, nas razões de recurso, em que promoveu a citação de opinião doutrinária no mesmo sentido, não basta o bom comportamento carcerário, que não serve como índice de sua readaptação social:

“na verdade, a adaptação do sentenciado à organização do estabelecimento se deve a vários e múltiplos fatores simultâneos e justapostos, e somente a verificação dos motivos predominantes permitirá uma conclusão motivada sobre o caráter” (TJ/SP Agravo em Execução nº 990.08.109273-5).

Na ausência de óbices objetivos à concessão do benefício por alguns dos sentenciados, o que se busca, pois, é a descoberta de um óbice interno, o exame do caráter ou a mudança interna do sujeito, apostando-se, pois, numa espécie de mecanismo biopolítico de transformação cerebral e ressocialização promovido pela vida carcerária. Esse o objetivo da defesa intransigente, por parte dos promotores que atuam perante os juízes das varas de

execução, da obrigatoriedade da realização do exame criminológico nos casos de pedidos de progressão de regime.

Tal exame, como providência obrigatória, foi abolido pela lei 10.792/03, batendo-se a instituição, de forma praticamente unitária, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de tal alteração legislativa, já que fere o princípio da individualização da pena por parte do Juízo da execução.

Em alguns casos, os juízes das varas de execução têm deferido os exames criminológicos, em cuja realização se constata, de forma clara, por parte dos promotores de justiça, o intento de obter e detectar uma possível definição dos indivíduos perigosos e desajustados, que devam permanecer excluídos da sociedade. O objetivo da realização desses exames é a busca de subsídios médicos para a denegação dos benefícios que possam resultar em redução do tempo de cumprimento das penas em regimes mais severos.

Em um desses exames, o representante do Ministério Público apresentou quesitos que visavam constatar, pelos peritos, “sinais de desajuste social”, anterior passagem pela “FEBEM ou instituto similar”, “instabilidade no relacionamento interpessoal”, “envolvimento com o uso de drogas”, “desordem de personalidade”, “falta ou ausência de insight (autocrítica)”, registro de “atitudes negativas, dentro ou fora do presídio, desde o início do cumprimento da pena”, se o “sentenciado é pessoa impulsiva”, se “essa impulsividade parece estar sob controle”, se “o sentenciado ostenta sinais de tensão (stress) em nível acentuado”, “como age ou parece agir diante de instabilidades comuns da vida”. Numa clara comunhão entre a medicina e o saber penal, para justificar a retenção do sentenciado no cárcere, referiu-se o promotor de justiça, na formulação de tais quesitos à perícia médica, de forma atuarial, a uma “escala para a previsão de fatores de risco para a violência (esta escala, conhecida como HCR-20, da Simon Fraser University, do Canadá” (Proc. Execução 547.258, Vara das Execuções Criminais de Araraquara).

Em outro processo de execução, em que o juiz determinou a realização do exame criminológico, este apresentou resultado favorável ao sentenciado, conforme o relatório psicológico, no sentido de que o examinando “assume parcialmente os delitos pelos quais cumpre pena... verbalizando arrependimento em razão das perdas sofridas”. Sobre tal exame, contudo, o promotor de justiça apresentou parecer desfavorável ao benefício pretendido pelo sentenciado, afirmando que “o exame pericial revelou que o sentenciado assume apenas parcialmente a responsabilidade pelos crimes nos quais foi condenado; outrossim, o arrependimento é devido às perdas pessoais” (TJ/SP Agravo em Execução nº 990.08.118518-0).

O objetivo da defesa da manutenção do exame criminológico e a crença em seu papel de freio à concessão de benefícios carcerários a determinados sentenciados, condenados por certos crimes, aparecem bastante nítidos em tais manifestações. Busca-se ampliar a discricionariedade dos juízes das varas de execuções, de forma que, para a obtenção da liberdade por parte dos sentenciados, não baste o simples o cumprimento do período de tempo estabelecido em lei.

Exigências de ordem puramente objetiva impedem uma atuação gerencial dos juízes das execuções e também das intervenções pontuais dos promotores de justiça, no exame de cada caso concreto, com vistas ao indeferimento dos pedidos dos sentenciados com base em uma “prognose positiva ou negativa de readaptação social”. A prognose pode ser detectada, basicamente, em casos envolvendo certos infratores e a prática de determinadas ações criminosas, revelando a ação seletiva: “o agravante cumpre pena pela prática de roubos qualificados, tratando-se de pessoa extremamente perigosa, violenta e nociva à sociedade” (TACRIM/SP Agravo em Execução nº 1224.374.3/2).

Não por acaso, cita-se, com freqüência, nos pareceres dos promotores de justiça, como no caso referido, texto do doutrinador italiano Francesco Ferrara, onde se lê:

“A lei é um ordenamento de relações que mira a satisfazer certas necessidades. Ora isto pressupõe que o intérprete não deve limitar-se a simples operações lógicas, mas tem de efetuar complexas apreciações de interesses, embora dentro do âmbito legal”.

O mesmo parecer do Ministério Público, no processo referido, chama a atenção dos juízes para fatores conjunturais e alheios aos critérios objetivos da dogmática jurídica, que significam um apelo constante à idéia de defesa da sociedade, alertando-os que “não poderão deixar de considerar a importância de suas decisões na contenção da onda de violência que se vem alastrando e de maneira quase incontornável”.

Outros benefícios buscados pelos sentenciados encontram óbices sistemáticos nessas manifestações escritas dos promotores de justiça, a refletirem, por sua vez, no teor das decisões judiciais de primeira e segunda instância. Nesse rol de posicionamentos, podem-se citar diversas teses ministeriais, como da não aceitação do direito à remição de pena pelo estudo do sentenciado, já que a lei só permite a remissão, de forma expressa, na hipótese de trabalho, a tese da recontagem do prazo, nos casos de livramento condicional e indulto, quando da prática de falta disciplinar, a negativa da continuidade delitiva para fins de unificação de pena e conseqüente redução.

Trata-se de dispositivos hermenêuticos explorados por grande parte de membros do Ministério Público, todos eles no sentido de não se aceitarem interpretações em benefício dos sentenciados e, como expresso em acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, “em detrimento da sociedade afrontada” (Agravo em Execução nº 304.578.3/4).

Nos autos do Agravo em Execução nº 1215.770.3/9 (TACRIM-SP), depara-se com pedido de unificação de penas formulado pelo sentenciado, que tinha contra si quatro condenações por crimes de furto, todos eles praticados numa comarca do interior do Estado de São Paulo, em um período de sete dias, vitimando três residências e um estabelecimento

comercial. A hipótese autorizava o reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), que resultaria na consideração de crime único, com expressiva redução das penas. O benefício, contudo, foi indeferido pelo juiz da vara das execuções criminais.

Em seu parecer contrário ao benefício, argumentou o promotor de justiça: “tratando-se de instrumento de política criminal, não pode ser transformada em instrumento para concretização da impunidade daqueles que, tendo praticado vários crimes, merecem reprovação e repreensão da sociedade”. Estabeleceu ainda, no parecer, como elementos do crime continuado, a restringirem a medida, os conceitos de prolongamento e desdobramento (ampliação temporal e espacial, respectivamente), para, em seguida, afastar a continuidade no caso em exame: “não se trata de continuidade delitiva, mas sim de continuação na vida criminosa”.

O juiz encampou a tese apresentada pelo promotor de justiça: “A hipótese dos autos retrata verdadeira compulsão delituosa, havendo habitualidade criminosa que afasta, por conseguinte, o reconhecimento de crime continuado”. Citou ainda precedente do mesmo Tribunal de Alçada Criminal, que atribuiu ao contexto social o critério segundo o qual só haverá continuidade se as ações provierem de um só impulso:

“Bem por isso, diante do traumatizante crescimento dos delitos violentos, a jurisprudência, na atualidade, tem se norteado no sentido de que a unificação de penas pela continuidade delitiva somente se admite quando as infrações provêm de um só impulso delitivo”.

O afastamento da continuidade delitiva, dispositivo técnico da dogmática jurídica, constitui o pressuposto necessário para a denegação do benefício da unificação de penas, que resultaria em recálculo e considerável redução das penas dos sentenciados que fazem jus a referido benefício.

Nesses casos, o objetivo, às vezes admitido abertamente, do posicionamento dos promotores de justiça é impedir que os sentenciados cumpram suas penas de prisão em menor tempo:

“ressalte-se ainda que o reconhecimento da continuidade delitiva, nos casos mencionados, concorreria indiretamente para a criminalidade. Aceitando-se, no caso *sub judice*, a caracterização do crime continuado, estaria o Estado-Juiz incentivando criminosos como o agravante a perseverar na sua vida criminosa, fazendo do crime a sua profissão” (TJ/SP Agravo em Execução nº 1191.018.3/5).

A extremada valorização da pena privativa de liberdade associa-se a uma crescente proposta, formulada pelos promotores de justiça, de retomada da função retributiva da pena, nos moldes do pensamento de Emile Durkheim, como “retribuição integradora, não com o propósito de satisfazer uma exigência de punição, plasmada no desejo de vingança social, mas exercendo uma função muito mais profunda e construtiva no âmago da psique humana”. Nesse ponto, a invocação de Durkheim é feita por Élio Morseli, no sentido de que a pena reconstrói o equilíbrio social atingido pelo crime: “punindo o delinqüente, o delito é, por assim dizer, eliminado da consciência, e, por conseguinte, da lembrança coletiva” (TJ/SP Agravos nº 990.08.056368-8, 990.08.058321-1).

4. Poder-se-ia alegar que a atuação dos promotores de justiça nos processos criminais deve-se unicamente à adoção de critérios individuais e independentes de integrantes da instituição, não passando esta de um conglomerado de posicionamentos autônomos de seus membros, ancorados em inúmeros dispositivos da ciência jurídica.

De fato, dizer que a atuação dos promotores só interesse na medida em que reflete o pensamento da instituição não condiz com a compreensão do papel de um dos atores do espetáculo penal, em termos daquilo que Michel Foucault, em contraposição a uma análise

puramente institucional, apontava como pontos de apoio e disposições de poder, que envolvem sujeitos e situações¹⁵³.

Entretanto, o desenvolvimento e a valorização crescente do Ministério Público, notadamente a partir da constituição federal de 1988, significaram para ele, igualmente, a busca contínua de uma linha de ação ou estratégia que visa criar condições para o estabelecimento de um ideário que passou a influir decisivamente nas formas de ação individuais dos seus membros.

Não se há de esquecer que, a par da histórica valorização da independência de cada membro do Ministério Público – que pareceu sempre acompanhar o princípio da independência dos juízes como garantia funcional – subsiste o princípio, de igual consideração e importância, da unidade e indivisibilidade do Ministério Público. A luta entre esses dois princípios é inegável, sendo, por vezes, classificada como a contraposição entre a independência e a eficiência, questão que vem à tona no seio de uma discussão sobre a vinculatividade dos chamados Planos de Ação, que são documentos firmados pelos Ministérios Públicos estaduais em que são fixadas, anualmente, as linhas gerais de atuação da instituição. Esses planos são previstos na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625/93) e, no caso do Estado de São Paulo, na Lei Orgânica Estadual (Lei Complementar 734/93).

A propósito, sustenta o promotor de justiça Ronaldo Porto Macedo Jr., em texto em que reflete sobre o âmbito de abrangência dos planos de ação institucional, que “constitui dever funcional do promotor de justiça realizar esforços no sentido de implementar o plano de atuação funcional”¹⁵⁴. Uma das teses aprovadas no Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo em 2005, sustenta que “o comprometimento com as teses e políticas institucionais não colide com a independência funcional, ao contrário,

¹⁵³ *Segurança, território, população*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008, p 458.

¹⁵⁴ *A vinculatividade dos planos de atuação do Ministério Público*. In “Anais do II Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo”. São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 1997.

apenas imprime à atuação do *Parquet* um tom geral de racionalidade e eficiência (CF art. 37)”¹⁵⁵.

Constata-se, assim, que a independência é cada vez mais da instituição e não dos seus membros, advindo daí a facilidade com que o Ministério Público, antes cioso da necessidade de preservação da autonomia e independência de cada promotor de justiça, tendo em vista o princípio do promotor natural, passa a investir na uniformidade de entendimento e no trabalho em grupo, com a valorização das coordenadorias e a formação de forças-tarefa e núcleos de atuação, tudo em conformidade com o que dispõem os planos gerais de atuação e as novas políticas institucionais.

No plano criminal, o abandono contínuo do princípio do promotor natural passa a conviver com o alinhamento a teses cada vez mais alinhadas a uma política criminal de valorização da repressão penal e à aproximação com os organismos policiais. Dentre as teses aprovadas no “XXXV Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo” do Estado de São Paulo, realizado em setembro de 2007, na cidade de Guarujá, figuram as que estabelecem a necessidade de compatibilizar os princípios da independência funcional e da unidade de pensamento institucional, valendo-se de planos de ação e câmaras temáticas, ficando ainda assentado que

“a unidade e independência funcional devem ter relação com a conotação política da instituição e atingimento de objetivos estratégicos, de acordo com o plano de atuação e a vinculação do seu cumprimento, em relativização ou limitação da independência funcional”¹⁵⁶.

Os planos de atuação, muito embora elaborados em termos algo genéricos, somam-se a inúmeras outras iniciativas institucionais, visando caminhar rumo a uma efetiva unidade de ação dos membros do Ministério Público. Daí porque uma análise das ações

¹⁵⁵ Diário Oficial do Estado, 06.09.2005, Seção I, p. 46.

¹⁵⁶ Diário Oficial do Estado, 13.09.2007, Seção I, p. 39.

individuais dos promotores de justiça deve implicar inevitavelmente a necessidade de análise dessa posturas institucionais cada vez mais vinculativas.

Na área criminal, tais iniciativas podem ser apontadas em vários dispositivos institucionais e manifestações dos órgãos superiores que, analisados em conjunto, permitem que se extraiam linhas de pensamento institucional que vão alimentar as ações individuais, carreando forças para uma visível unidade de posições dos promotores de justiça no combate ao crime. As atuações individuais, portanto, parecem juntar-se crescentemente às linhas apresentadas pelos órgãos superiores da instituição e suas manifestações formais ou informais, facilitando um controle geral da atuação de todos os membros, à guisa de uma maior eficácia profissional.

A esse respeito, é significativo o papel desempenhado pela formulação das chamadas teses do Ministério Público em matéria dos Recursos Especiais e Extraordinários, com êxito na revisão dos julgados dos tribunais estaduais. Tais recursos, em casos concretos e pontuais, são interpostos perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, mas não se limitam, na verdade, a esses casos, senão como instância em que se firmará a posição do Ministério Público em diversos temas penais e se procurará influir efetivamente na formação de precedentes para julgamentos posteriores pelas instâncias judiciais inferiores.

A análise da totalidade dessas teses, formuladas por grupo especializado de procuradores e promotores de justiça, vinculado à Procuradoria Geral de Justiça, revela a absoluta inexistência de posições institucionais que signifiquem descriminalização, despenalização ou a defesa de soluções que militem em favor da redução da carga punitiva, nas inúmeras situações envolvendo a interpretação e aplicação das leis penais e processuais penais.

Tais são, por exemplo, o estabelecimento de critérios extremamente rígidos para o reconhecimento do concurso formal ou da continuidade delitiva, em contraposição ao concurso material de crimes, o que se dá no concurso entre crimes de porte ilegal de arma e receptação (tese 228), extorsão e extorsão mediante seqüestro (tese 174), furto e roubo (tese 240), extorsão mediante seqüestro e roubo (tese 182), roubo e extorsão (tese 235). No mesmo sentido se colocam as teses que tornam impossível o reconhecimento da forma privilegiada na hipótese de furto qualificado (tese 008), ou que recomendam o reconhecimento do furto qualificado pelo repouso noturno, com pena maior, mesmo na hipótese de a residência não ser habitada (teses 042 e 244). Na aplicação da pena para réus reincidentes, a tese defendida, numa interpretação particular e interessada, é de que se justifica sempre a escolha do regime inicial fechado, “não importando a quantidade da pena imposta” (tese 090).

É relevante, pois, o papel da instituição na formação de um pensamento punitivo, igualmente seletivo, que repercutirá na formação da jurisprudência penal. Internamente, as Teses, embora não vinculem obrigatoriamente os membros do Ministério Público, servem de alimento e apoio às ações que eles desenvolvem nos processos criminais em que atuam, considerando que, no caso de recurso à segunda instância, os posicionamentos coerentes com as teses defendidas pela instituição poderão ser reiterados e prestigiados em eventual recurso especial ou recurso extraordinário a serem interpostos pela Procuradoria-Geral de Justiça perante os tribunais superiores de Brasília.

Tão expressiva é a postura do Ministério Público em favor das teses que signifiquem maior carga repressiva no âmbito do sistema penal que, em manifestação sobre pedido de afastamento para freqüentar curso no exterior por parte de promotor de justiça, decidiu o Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, órgão da administração superior da instituição a quem incumbe autorizar o afastamento temporário do promotor, que, no caso, a escola e o orientador apresentados pelo candidato deveriam guardar sintonia com as

posições da instituição: “quem deseja, p. ex., ir estudar com minimalistas ou abolicionistas deve procurar fazê-lo às suas próprias expensas, com afastamento sem vencimentos, conforme, aliás, facultado pela legislação”¹⁵⁷.

A decisão não deixa dúvidas quanto à postura institucional a influir na conduta de todos os membros, no sentido de uma atuação direcionada à defesa da sociedade através de uma política criminal penal predominantemente repressiva, homogênea, articulada com os postulados do movimento da lei e da ordem, no que se vem convencendo chamar, ironicamente, de Direito Penal máximo, em contraposição ao chamado Direito Penal mínimo, de perfil garantista e minimalista.

Mas a instituição veicula outras formas de manifestação dos órgãos superiores que não deixam de repercutir nas ações individuais dos promotores de justiça nos processos criminais. O posicionamento contrário à alteração da lei dos crimes hediondos (lei 8092/90), por exemplo, especialmente no tocante à possibilidade de progressão de regime por parte de condenados por tais delitos, ora sacramentada com a Lei 11.464/07, vinha sendo reforçado pelo Ministério Público, como se deu, no Estado de São Paulo, com manifestação expressa dos órgãos mais representativos da administração superior, como o Colégio de Procuradores e o Conselho Superior do Ministério Público, que firmaram entendimento a respeito:

“Eventual permissão da liberdade provisória para acusados de crimes hediondos e equiparados, assim como a possibilidade de progressão de regimes aos condenados por tais delitos – associada à recente abolição da obrigatoriedade do exame criminológico – incontestavelmente ensejariam a reinserção precoce, no meio social, de indivíduos dotados de periculosidade” (manifestação do colégio de procuradores de justiça)¹⁵⁸.

Referindo-se a matéria publicada em jornal de São Paulo, criticando a mencionada alteração legislativa, manifestação do Conselho Superior do Ministério Público

¹⁵⁷ Diário Oficial do Estado, 03.08.2002, Seção I, p. 71.

¹⁵⁸ Diário Oficial do Estado de São Paulo, 26.10.2004, Seção I, p. 25.

demonstrou preocupação com as “recentes manobras governamentais objetivando a revogação da Lei dos Crimes Hediondos”, asseverando que “o laxismo nostálgico do ministro ainda não descobriu Fernandinho Beira-Mar”, concluindo no sentido de que “o que realmente o Brasil precisa é acabar com a impunidade, garantindo cadeia para quem é perigoso e penas alternativas como punição para os demais”¹⁵⁹.

Aviso publicado pela Procuradoria-Geral de Justiça veiculou artigo de autoria de membros do Ministério Público publicado em jornal de São Paulo (“A justiça criminal a caminho da falência”), em que sustentam que

“a justiça criminal ficará significativamente enfraquecida caso se adotem as teses de que o mandado de prisão só pode ser expedido após o trânsito em julgado da sentença condenatória e de que é possível a progressão de regime prisional aos crimes hediondos”¹⁶⁰.

Vê-se, assim, que as posturas mais severas dos promotores de justiça, no tocante a uma política criminal mais repressiva, são quase sempre encampadas e referendadas pelos órgãos superiores da instituição, que as alimentam. É o caso, por exemplo, das campanhas institucionais que recomendam a imposição de regimes mais severos de cumprimento das penas privativas de liberdade, as quais são direcionadas a todos os promotores de justiça do Estado de São Paulo.

Em aviso público, a Procuradoria Geral de Justiça recomendou aos promotores de justiça do Estado,

“resguardada a sua independência funcional, a interposição de recurso das decisões que tenham fixado o regime prisional semi-aberto para autores dos delitos de roubo qualificado (art. 157 §§ 2º e 3º, 1ª p. do CP), objetivando-se, assim, seja a reprimenda cumprida, inicialmente, em regime fechado”¹⁶¹.

¹⁵⁹ Diário Oficial do Estado de São Paulo, 25.08.2004, Seção I, p. 27.

¹⁶⁰ Diário Oficial do Estado de São Paulo, 19.08.2005, Seção I, p. 49.

¹⁶¹ Diário Oficial do Estado de São Paulo, 18.10.2001, Seção I, p. 73.

Observa-se que a recomendação fez expressa referência seletiva à modalidade do crime de roubo qualificado como a ensejar a imposição do regime de pena mais severo, o que significa dizer, a contrario sensu, que as demais modalidades de delito podem ser objeto de uma livre apreciação, no que se refere à fixação do regime de pena.

Tais Avisos da Procuradoria Geral de Justiça, com recomendações aos membros da instituição para agirem de determinado modo em certos processos criminais, envolvendo determinadas infrações penais, embora não vinculem obrigatoriamente os promotores de justiça, deixam entrever, com alguma clareza, as linhas gerais da política criminal adotada pelo Ministério Público, induzindo obediência em atenção ao princípio da unidade.

Muitas vezes, os Avisos veiculam acórdãos dos tribunais superiores contendo, invariavelmente, diretrizes criminalizadoras ou punitivas.

Como exemplo, pode-se citar o Aviso nº 353/2005, publicado no Diário Oficial do Estado de 01.07.2005, p. 48, que continha ementa do acórdão no Habeas Corpus nº 472.694.3/5, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgado em 15.03.2005, que retratou feito criminal em que o réu se encontrava preso, respondendo a acusação pela prática de crime de porte ilegal de arma com a numeração raspada (art. 16 § único nº IV da Lei 10.826/03). Tratava-se, segundo a decisão, de crime grave, que indica periculosidade por parte do agente: “o princípio constitucional de presunção de inocência não alcança institutos de natureza processual penal, como a prisão em flagrante e a preventiva”.

A decisão do Tribunal de Justiça afigurava-se significativo paradigma para os membros do Ministério Público, na medida em que defendia o instituto da prisão provisória para réus acusados do crime de porte ilegal de arma, desconsiderando o argumento garantista de que a prisão antes da decisão condenatória transitada em julgado só deve ser

aceita em situações excepcionais, devidamente comprovadas, tendo em conta o princípio constitucional da presunção de inocência.

5. A postura ativa da instituição na construção de uma jurisprudência mais punitiva vai atingir também a produção legislativa. É cada vez mais comum a atuação do Ministério Público visando influir no universo da confecção das leis e decretos pelos Poderes Legislativo e Executivo, no sentido da criação de normas mais severas, que impõem penas quantitativamente mais expressivas e que reconheçam menor quantidade de benefícios processuais para os infratores.

Tal iniciativa pode ser constatada com maior facilidade no caso dos decretos de indulto do Poder Executivo Federal, os quais são editados todos os finais de ano. Inconformado com normas consideradas excessivamente benevolentes com os sentenciados, o Ministério Público de São Paulo vem, costumeiramente, tomando a iniciativa de apresentar sugestões para a elaboração de tais decretos. As sugestões, encaminhadas ao Ministério da Justiça, invariavelmente, têm como foco a limitação dos benefícios, com explícito caráter seletivo, já que procura apontar quais os crimes e sentenciados podem tornar possível a concessão da benesse.

No ano de 2000, a instituição sugeriu alterações ao projeto de decreto de indulto, elaborando uma proposta alternativa ao referido projeto que fora redigido pelo Poder Executivo, a qual continha a exclusão dos condenados por crimes hediondos ou equiparados e estupro e atentado violento ao pudor tentados, eis que, em razão das penas cabíveis, inferiores a quatro anos, poderiam ser aquinhoados com o indulto.

A proposta inicial do indulto natalício, segundo a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça, se apresentava “demasiadamente generosa para com criminosos de reconhecida periculosidade”. O decreto acolheu as sugestões, vedando os

benefícios nas situações sugeridas, inclusive para os autores de crime de roubo qualificado, considerando que o decreto de indulto “deve refletir os anseios da sociedade”.

No ano de 2004, o projeto de decreto de indulto previa a concessão de indulto condicional ao sentenciado que, até 25 de dezembro de 2004, tivesse cumprido, em regime fechado ou semi-aberto, ininterruptamente, quinze anos de pena, se não reincidente, ou vinte anos, se reincidente. A proposta do Ministério Público ampliou para vinte anos, se não reincidente o sentenciado, ou vinte e cinco anos, se reincidente, opção que “atende aos anseios crescentes da sociedade no combate à criminalidade de maior gravidade, extirpando-se a sensação de impunidade que a soltura antecipada de criminosos perigosos produz”.

Outras iniciativas da instituição envolvem ações pela alteração de grande número de leis penais e processuais penais. Em meio aos conflitos ocorridos em São Paulo nos meses de maio e junho de 2006, em que inúmeros ataques a unidades policiais e civis foram atribuídos a grupos de criminosos organizados, como o PCC (Primeiro Comando da Capital), o Ministério Público de São Paulo apresentou várias sugestões de projetos de leis para combater a criminalidade, dentre eles o de alterar a Lei das Execuções Penais para que o período de isolamento do preso em RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) “perdure enquanto necessário para a manutenção da ordem e a disciplina do sistema prisional e enquanto o custodiado representar risco à sociedade”¹⁶².

Quando se tem em mente o trabalho do Ministério Público no combate à criminalidade comum, em confronto com as outras atividades, mormente o papel social ativo nas ações civis em defesa dos interesses coletivos e difusos, parece difícil deixar de vislumbrar uma certa tensão institucional, marcada por expectativas contrárias nas duas pontas do arco de atuação. Como titular da ação penal, assume o promotor de justiça a

¹⁶² Informativo da Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, maio de 2006, p. 5.

atividade de controle social das condutas chamadas de desviantes, colocando-se, portanto, como peça importante do sistema penal, quase sempre refratário a mudanças de paradigma.

Evidência disso é a relutância na aceitação da descriminalização de condutas de pouca significação social, da despenalização e da adoção de mecanismos consensuais, dentre outros, como se deu com a luta da instituição contra o entendimento doutrinário e jurisprudencial, praticamente unânime, que sustentava ter o novo Código de Trânsito (Lei 9503/97) revogado a contravenção de direção inabilitada (art. 32 da Lei das Contravenções Penais).

É notória a luta do Ministério Público contra uma série de medidas próprias do chamado Direito Penal mínimo quando inseridas na legislação penal brasileira. Nesse sentido, pode-se dizer, no caso do Ministério Público brasileiro, que, em linhas gerais, ele vem atuando em consonância com outro movimento de política criminal em desenvolvimento – o chamado movimento da lei e da ordem. Este luta pela inclusão de novas condutas criminalizáveis e pelo aumento e exacerbação das penas criminais para determinados crimes, bem como pela interpretação alargadora dos tipos penais contra a liberalização penal, como o questionamento dos indultos natalinos pelo Poder Executivo e reformas penais de natureza liberal.

Conforme Alberto Silva Franco, a propósito do movimento da lei e da ordem, trata-se de corrente surgida nos anos setenta, no contexto do aumento da criminalidade de massa, que passou a incidir sobre seguimentos mais privilegiados (roubos e seqüestros), a gerar um sentimento coletivo de insegurança, alimentado pelos meios de comunicação de massa. A criminalidade é vista como “uma doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho”, gerando a expectativa de uma ação que restabelecesse a lei e a ordem, a consistir na

produção de novas leis incriminadoras, no alargamento da atuação policial e na supressão de garantias processuais¹⁶³.

Dentre as teses aprovadas no “XXXV Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo”, realizado entre 14 e 16 de setembro de 2007, na cidade de Guarujá, conforme já referido, figuram a atuação do Ministério Público como protagonista no combate à criminalidade, incumbindo-lhe “combater a impunidade e o excesso de garantismo e de teses de presunção de inocência”. A atuação da instituição para aprimoramento legislativo apontou ainda “a necessidade de limitação da interpretação do princípio da presunção de inocência”¹⁶⁴.

O contínuo afastamento, por parte da instituição, de uma agenda garantista e constitucional, embora nem sempre admitido expressamente por seus membros, salvo em situações pontuais e de exceção, parece amoldar-se a uma política de defesa do interesse público de uma sociedade fragilizada, como agência política independente e motivada pela ideologia do voluntarismo político, como defende Rogério Bastos Arantes¹⁶⁵. A tanto parece corresponder a via da atuação em defesa dos chamados interesses difusos e coletivos, que já constitui uma marca distintiva do Ministério Público.

Segundo Arantes, a legitimidade do Ministério Público decorre de ser independente de controles políticos, constituindo um “poder neutro, externo ao mundo da política e com autonomia suficiente para tutelar e conduzir a sociedade”¹⁶⁶, crescido sob o discurso da hipossuficiência da sociedade, ou da indisponibilidade dos direitos associada à incapacidade de seus titulares.

Observando a atuação dos membros da instituição na esfera criminal, tanto nas ações pontuais dos promotores de justiça em primeira instância, como na formulação das linhas gerais da política criminal, através da postura dos órgãos superiores, vê-se que o

¹⁶³ *Crimes hediondos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2000, p. 82.

¹⁶⁴ Diário Oficial do Estado de São Paulo, 13.09.2007, Seção I, pp. 38-40.

¹⁶⁵ *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Fapesp-Educ, 2002.

¹⁶⁶ Op. cit., p. 129.

voluntarismo político, a que se refere Rogério Bastos Arantes, acaba por exercer forte influência sobre o conteúdo da atuação dos promotores criminais. O perfil de agentes políticos, assumido pelos membros do Ministério Público, parece amoldar-se com perfeição à natureza difusa e coletiva dos chamados bens jurídicos que exigem a tutela do Estado e da sociedade na área criminal.

O ideário de “defesa da sociedade”, no âmbito criminal, aproxima o Ministério Público dos movimentos sociais por maior segurança e rigor punitivo, bem como da imprensa e dos demais órgãos encarregados da política de segurança pública, o que facilita o contacto e assimilação com as forças policiais e suas linhas de ação. Tal análise torna mais fácil a compreensão dessa crescente associação entre os promotores de justiça criminais e a Polícia, que vai culminar na formação de grupos de trabalho conjunto, forças-tarefa desgarradas das amarras jurisdicionais e territoriais e dos limites da figura do promotor natural. Vê-se que os promotores de justiça começam a ganhar as ruas e assumir definitivamente a condição de investigadores e policiais, atuando em conjunto com os órgãos da imprensa policial, no exercício indisfarçável de uma agenda seletiva.

A politização da ação criminal, com o risco de perda da independência institucional, passa a exercer um papel relevante da atuação seletiva da instituição, com reflexos naturais sobre o trabalho pontual dos promotores de justiça. A análise dos discursos dos membros da instituição nos processos criminais, notadamente nos feitos em trâmite nas varas de execução penal, parece confirmar a formação de um pensamento cada vez mais hegemônico com a política criminal alinhavada nos órgãos superiores.

Do que se cuida, no que se refere ao exercício de uma tarefa de defesa da sociedade, independente das instituições políticas, mas cada vez mais associada à pauta da mídia policial, é de evitar um questionamento crítico do sistema penal, principalmente do sistema carcerário, com a reafirmação de posturas severas nos processos de conhecimento e

de execução, objetivando a manutenção da agenda seletiva iniciada pela Polícia. De tal agenda, faz parte a escolha de estratégias processuais que impliquem em maior punibilidade aos réus acusados da prática de crimes definidos como graves, além daqueles já classificados hediondos e assemelhados, bem como a preferência por regimes de pena mais severos e uma atuação contrária à concessão de benefícios aos sentenciados em sede de execução, no limite máximo sustentável em face do princípio da legalidade.

Pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais levanta a hipótese de essa ideologia encontrar seu equivalente, no âmbito penal, nas doutrinas de defesa da sociedade (defesa social e nova defesa social), as quais entram em confronto com a recente democratização e o reconhecimento dos direitos civis dos indivíduos. Haveria, pois, por parte do Ministério Público, na esfera penal, a opção por um Estado inquisidor, em oposição ao garantismo, decorrendo daí o apego dos promotores de justiça à idéia de controle total, exacerbação punitiva, desinteresse pela questão das provas ilícitas, bem assim a busca pelo acesso à investigação criminal¹⁶⁷.

O rigor penal, abraçado pela instituição, pode ser constatado na análise de dados reveladores da política criminal, de que são exemplo as teses do Ministério Público para efeito dos recursos especiais e extraordinários, como ficou dito, convivendo também com ações pontuais, e igualmente seletivas, de criminalização dos administradores públicos, políticos e setores das classes economicamente privilegiadas, estratégia funcional que confere ainda maior credibilidade e legitimidade a uma política criminal nominalmente repressiva contra todos.

Na prática, tal conduta reforça sobremaneira a seletividade primária e a valorização dos filtros policiais por onde é recrutada a quase totalidade da clientela do sistema penal, visto que, ao final, uma criminalização eficaz e estigmatizante, que se aperfeiçoa com o

¹⁶⁷ “Visões de política criminal entre operadores da justiça criminal de São Paulo”, Relatório parcial de pesquisa, a cargo de Renato Sérgio de Lima, Frederico de Almeida e Jacqueline Sinhoretto, IBCCRIM, in Ibccrim@org.br, acesso em 20.10.2007.

efetivo cumprimento das penas privativas de liberdade, resta reservada aos clientes tradicionais do sistema, recrutados pelos filtros policiais, com a legitimação interessada dos promotores de justiça e juízes.

A sociedade se policia continuamente. No caso do Ministério Público, trata-se, pois, da assunção de um papel importante de fiscalização moral, cada vez mais parecido com o trabalho de atuação das polícias, reclamado pela chamada *sociedade civil organizada*, a constituir um universo de controle e defesa social, do qual nada pode escapar.

Segundo Edson Passetti, a sociedade de controle “requer a ampliação das punições e a tolerância aos protocolos estatais-empresariais de renovação do planeta com adesão à utopia do fim das impunidades e na participação na democracia universal”. E a chegada a essa perfeição implica em punir mais e regularmente cada infração e cada comportamento suspeito: “fortalecendo a crença na punição e no combate à impunidade; difunde a crença na justiça universal contra ricos e pobres, colarinhos brancos, narcotraficantes, menores e jovens delinquentes, como se isso fosse possível e passível de superação definitiva”¹⁶⁸.

A problematização do sistema punitivo, em uma trajetória abolicionista, torna necessária uma mudança radical na atuação dos profissionais que trabalham com o crime e a justiça criminal, no sentido de uma mudança da linguagem e do abandono da organização cultural e social da justiça criminal. Esse o legado do pensamento de Louk Hulsman, para quem tal linguagem não pode ser aquela em que se pratica e se legitima a justiça criminal e a imposição de penas, mas, ao contrário, exigindo um acordo sobre o caráter secular e não fundamentalista do Estado, o respeito pelo diferente, a problematização do conceito de crime e o questionamento da criminalização, que “não é uma resposta específica

¹⁶⁸ *Poder e anarquia*. In “Verve”, vol. 12, pp.11-43 Editado pelo Núcleo de Sociabilidade Libertária. São Paulo, 2007.

aos eventos, mas sim um modo específico de olhar para os eventos e, assim, de construir os próprios eventos”¹⁶⁹.

¹⁶⁹ *Alternativas à justiça criminal*. In “Curso livre de abolicionismo penal”, Nu-Sol/PUC-SP, Ed. Revan, 2004, pp.35-68.

JUIZES E TRIBUNAIS

“Diante da lei está postado um guarda. Até ele se chega um homem do campo que lhe pede que o deixe entrar na lei. Mas o sentinela lhe diz que nesse momento não é permitido entrar. O homem reflete e depois pergunta se mais tarde lhe será permitido entrar. É possível, diz o guarda, mas agora não.” (F. Kafka)

1. Às filtragens criminológicas realizadas pelos organismos policiais e, em seguida, pelo Ministério Público, no bojo do chamado controle formal do crime, segue-se, num estágio final, a atuação do Poder Judiciário, por seus juizes e tribunais. A estes cabe, nos processos criminais, instaurados sobre casos previamente selecionados pela Polícia e Ministério Público, decidir pela condenação ou absolvição das pessoas acusadas. Na hipótese de condenação, incumbe aos juizes a escolha da modalidade de pena a ser aplicada, dentre aquelas cominadas abstratamente na lei penal, sua quantidade, qual o regime de cumprimento no caso da pena privativa de liberdade, bem como sua eventual substituição por qualquer outra ou até sua imediata suspensão sob determinadas condições (sursis).

Uma vez definitiva a condenação à pena privativa de liberdade, a pena por excelência do sistema penal brasileiro, inicia-se a fase de execução penal, que constitui procedimento distinto, em que serão julgados pelos juizes das varas das execuções criminais

eventuais incidentes processuais, que repercutirão na forma e conteúdo do cumprimento das penas. Nessa fase são examinados benefícios como livramento condicional, indulto e progressão de regime, dentre outros, que importarão em alteração no efetivo cumprimento das penas e, portanto, na possibilidade de maior ou menor tempo de permanência do sentenciado no cárcere.

Aos juizes criminais, de primeira e segunda instância (juizes e tribunais, respectivamente), incumbirá a tarefa de aplicar as leis penais, interpretá-las e amoldá-las aos fatos representados nos processos. Estes têm como suporte probatório inicial a apuração feita pela Polícia, transformada em processo após o oferecimento da denúncia pelo promotor de justiça e recebida pelo juiz, iniciando-se aí o processo criminal propriamente dito.

Nesse sentido, o trabalho de análise dos fatos limita-se, de forma significativa, embora não exclusiva, ao que consta do inquérito policial. Muito raramente o promotor de justiça oferecerá denúncia, contra quem considera responsável pela prática de crime, servindo-se apenas de outros elementos de prova que não sejam os autos da investigação policial, o que ocorre, por exemplo, na hipótese de documentos que vão ter diretamente às mãos do promotor sem que haja apuração policial.

A ação penal (processo judicial), pois, guarda relação probatória com os elementos que a Polícia obtém e que faz constar do inquérito, os quais podem ser ampliados ou questionados em sua legitimidade no decorrer do processo, onde passa a atuar o advogado de defesa, que, ao contrário do que ocorre na Polícia, tem possibilidade de contestar as provas, acompanhá-las e realizar outras, agora já sob o signo de uma relação processual entre partes distintas, em que impera o princípio do contraditório.

Diz-se do inquérito policial, onde inexistente a garantia constitucional do contraditório, que se trata de peça meramente informativa e, nessa condição, não se mostra relevante como elemento de prova para o futuro desfecho do processo criminal. Entretanto, o

inquérito fornece subsídios importantes ao promotor, que poderá formular a acusação, e também ao juiz, que dele se servirá para condenar ou absolver o acusado, em cotejo com as provas que se produziram na fase judicial. Acaba por constituir, pois, peça importante no jogo seletivo de tais operadores do Direito.

Como coletânea de indícios, apresenta-se a investigação policial também como futuro complemento das provas que serão produzidas em Juízo e, nessa condição, poderá ser levada em conta na sentença como elemento subsidiário. Em determinados delitos, tais elementos indiciários exercem papel até bastante relevante, como ocorre, por exemplo, com a confissão policial ou com a apreensão do produto do crime de furto com o suspeito. Nessas duas situações, a prática judiciária das varas criminais revela que o juiz costuma munir-se de tais elementos de convicção que lhe permitirão condenar o réu com base nesses elementos indiciários, embora não corroborados por outras provas produzidas na fase do contraditório judicial.

No julgamento da Revisão nº 847.742.3/3, o Tribunal de Justiça de São Paulo deixou claro que

“não se pode negar a validade à prova indiciária, cujo valor é idêntico à direta, posto que reconhecida pelo sistema do livre convencimento, adotado pelo Código de Processo Penal, segundo a exegese do art. 157, combinado com o art. 239. Esta é ainda a lição de José Frederico Marques (Elementos de Direito Processual Penal, RJ: Forense, 1961, vol. II, nº 525, p. 378)”.

Tal significa dizer que são também valorizados os elementos colhidos durante o inquérito policial, mesmo na ausência do contraditório, o que confere importância à atuação policial, onde se exerce ação seletiva às vezes definitiva, e, pois, à liberdade de decisão por parte do juiz na apreciação do caso concreto.

Se, de um lado, a dogmática penal, com seu arcabouço garantista, exige que os elementos indiciários, colhidos pela Polícia, passem pelo crivo do contraditório para justificarem a decisão judicial condenatória, de outro lado, no caso, por exemplo, da acusação da prática de crime de furto contra agente que tenha admitido, na delegacia policial, a autoria, ou contra quem pesa a circunstância de ter sido surpreendido na posse do produto da subtração, ela permite que juizes e tribunais utilizem o argumento de que a apreensão do produto do furto com o acusado opera uma verdadeira inversão do ônus da prova.

Ao acusado cabe, pois, demonstrar a legitimidade da posse do objeto, anteriormente subtraído de seu proprietário, mesmo sabendo-se que objetos de toda espécie são costumeiramente negociados pela população sem as cautelas que se exigem para operações de vulto. É o que se verifica nos processos criminais envolvendo pequenos veículos, como bicicletas usadas ou botijões de gás, aparelhos elétricos e eletrônicos de pequeno valor, utensílios domésticos etc.

O conteúdo do inquérito policial é ainda levado em conta para seguimento da própria investigação na fase pré-processual, como se dá com as decisões liminares de quebra de sigilo, busca e apreensão ou outras diligências a serem autorizadas pelos juizes, das quais decorrerão conseqüências futuras para os suspeitos, como o oferecimento de denúncia, com a conseqüente instauração do processo criminal, a decretação da prisão preventiva ou outras¹⁷⁰.

Por último, cabe registrar ainda que a existência de inquérito policial em andamento contra o suspeito é compreendida por muitos juizes e tribunais como antecedente criminal capaz de, em casos futuros, influir na decisão condenatória ou, principalmente, na aplicação da pena. Afinal, “antecedentes são todos os fatos ou episódios, próximos ou

¹⁷⁰ Fábio Motta Lopes. *O inquérito policial, na prática, não é peça informativa*, in “Boletim” IBCCRIM nº 181, S. Paulo, dez/2007, pp. 10-11.

remotos, da vida anteaacta do réu, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime” (Revista dos Tribunais, vol. 513/405).

A batalha judicial, de que participarão acusação e defesa no processo criminal, presidirá a construção de uma verdade que orientará o juiz em sua decisão de condenação ou absolvição do réu, mas também lhe poderá fornecer elementos para a eventual aplicação da pena no caso de condenação. O que se sustenta, porém, é que não apenas as provas produzidas no processo judicial servirão de base para a decisão, mas também os elementos de prova produzidos no inquérito, por constituírem normalmente a base sobre a qual o promotor fará a acusação inicial (denúncia) e terá início o processo, são deveras relevantes para a futura ação seletiva que o juiz fará ao proferir a sentença.

Sabem disso os advogados de defesa de pessoas oriundas das classes média e alta, que costumeiramente passam a acompanhar pessoalmente a investigação policial. Pobres e beneficiários da justiça gratuita normalmente só terão contacto com seus defensores quando já instaurada a ação penal por denúncia do promotor, após a finalização do inquérito.

Ao condenar ou absolver o réu, ou ao aplicar a pena de uma determinada forma ou de outra, na verdade, o juiz se insere no movimento geral de seletividade que tem início nos primeiros contactos que vítimas e suspeitos mantêm com os policiais, constitutivos daquela primeira grande filtragem criminológica, a resultar na definição final de crimes e criminosos que o Poder Judiciário pode fazer ingressar no sistema penal.

Está-se, pois, diante de um verdadeiro processo de criação do Direito, que se perfaz efetivamente através das decisões judiciais, supostamente imparciais, proferidas por poder independente e desinteressado, cuja neutralidade, contudo, não passa de dispositivo retórico de legitimação das escolhas que compõem o conteúdo pessoal das decisões. De que forma atuam os juizes criminais? Quais as ferramentas que utilizam para condenar ou absolver pessoas acusadas?

A par das razões e expedientes técnicos consignados pelos juízes na aplicação das leis, Alessandro Nepomuceno aponta, nas decisões judiciais, a existência de um código ideológico “no qual a discricionariedade do julgador somente encontra limites na sua própria concepção pessoal da criminalidade e nos estereótipos que orientam a possibilidade de separar o joio do trigo”¹⁷¹.

Pretende-se que as respostas a tais indagações possam contribuir para que melhor sejam compreendidos os dispositivos que presidem a definição dos crimes e de quem são os criminosos, no âmbito da chamada criminalização secundária.

Pode-se dizer que a hermenêutica jurídica – comumente definida como arte ou ciência da interpretação das normas – é um dos mais importantes dispositivos técnicos para justificar a seleção de fatos e autores destinados à punição. As diversas técnicas interpretativas e princípios colocam-se a serviço dos juizes para uma escolha fundamentada e racional, de forma a passar a impressão de uma operação lógica de mera aplicação das leis penais aos casos concretos, com foros de legitimidade científica.

A análise de grande quantidade de processos criminais deixa entrever o viés dos aplicadores das leis penais, representativo de uma herança positivista da atividade judiciária, no sentido de uma individualização voltada para uma clientela seleta de pessoas consideradas perigosas, que constituirão o refugio da sociedade, segundo Zygmunt Bauman.

A seleção judicial movimenta-se numa bem tecida rede de critérios interpretativos, entremeados por regras processuais e de prova e por procedimentos, a incidirem sobre condutas humanas carregadas de sentido, pré-selecionadas como criminosas, e sobre um verdadeiro universo de vagueza e ambigüidade das leis penais e processuais penais.

O resultado do trabalho de seleção judicial não apenas se diversifica entre a dicotomia absolvição/condenação do réu, mas envolve dispositivos e vias diferentes de

¹⁷¹ *Além da lei. A face oculta da sentença penal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004.

solução dos casos de condenação, o que se faz, dentre outros meios, por intermédio da dosagem e modulação das penas, concessão de benefícios processuais e escolha dos regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade.

O peso dado aos antecedentes do réu, por exemplo, no momento da condenação ou da decretação da prisão preventiva pertence ao poder discricionário do juiz, o qual, a par de, por definição, dever atentar para o princípio constitucional da não culpabilidade, que impede, em tese, a valorização de inquéritos e processos ainda em andamento contra o réu, poderá, na sentença, considerá-los circunstâncias adversas para fins de promover o aumento da pena ou de reconhecer a periculosidade do acusado.

Ao lado de um forte ideário garantista e legalista, objeto de recorrentes referências retóricas nos julgamentos, pode o tribunal entender, como de fato o fez, em decisão já antiga, quando, aliás, era diverso o contexto midiático de violência e criminalidade na sociedade brasileira, que “homem de bem, realmente, não marcaria com tal frequência, presença no campo das investigações da polícia e da justiça penal” (TJ/SP Apelação nº 149.906/3).

Tal vaticínio parece falar por si mesmo, no sentido de demonstrar o peso da biografia do réu sobre o julgamento de sua ação.

A prática judicial constitui atividade de controle e normalização dos infratores, a qual se faz não só pelo poder genérico das leis, dado que estas punem ações humanas abstratamente, mas também pelos juizes, que exercem o poder punitivo de forma concreta e individualizadora, qual autêntico poder de polícia, visando corrigir alguns dos infratores que violam as leis.

Montesquieu, o teórico da separação de poderes, já dizia que

“no exercício da polícia, quem pune é mais o magistrado do que a lei; nos julgamentos de crimes, é a lei que pune mais do que o magistrado.

As questões de polícia são coisas de todo instante, em que ordinariamente se trata de pouca coisa: quase não se necessita de formalidades”¹⁷².

Vê-se, pois, que o rigor abstrato e retórico do princípio da legalidade e divisão de poderes, já em sua origem histórica, dá mostras de sua verdadeira face flexível e individualizadora, no sentido de não obstar uma regulação ordinária que se realiza plenamente, também no âmbito do Poder Judiciário, nas práticas processuais penais, visando o todo, mas principalmente cada um, ao definir pontualmente o que deve e o que não deve ser tolerado. Tal regulação judicial confunde-se, na prática, com a ação desenvolvida pela Polícia, identificando-se com a sociedade de tipo disciplinar, como explica Michel Foucault¹⁷³ a propósito da atuação da Polícia.

Trata-se de uma modalidade pastoral do poder, no sentido de uma razão judiciária de Estado, de natureza individualizadora, exercida de forma seletiva. A atividade punitiva por parte dos juízes no julgamento dos acusados significa não uma simples repressão das condutas ilícitas, mas

“uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não ‘reprimiria’ pura e simplesmente as ilegalidades: ela as ‘diferenciaria’, faria sua ‘economia’ geral.”¹⁷⁴

Na sociedade de controle em que já vivemos, os juízes parecem assemelhar-se cada vez mais a policiais e vigilantes, tornando concretos e individuais dispositivos legais

¹⁷² *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Ed. Abril, 1979, in “Os pensadores”, p. 405.

¹⁷³ *Omnes et singulatim*. Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro, in “Ditos e escritos” vol. IV, S. Paulo: Forense Universitária, 2003.

¹⁷⁴ *Vigiar e punir*. Trad. Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977, p. 240.

genéricos que os autorizam a exercerem sua livre convicção de julgadores e gestores das questões pessoais.

Antes de procederem à classificação final na sentença, quando decidirão em qual ou quais dispositivos legais se acha incurso o réu, os juízes têm diante de si os mesmos fatos que já passaram pela definição da Polícia, a qual instaurou a investigação criminal e apontou o suspeito (indiciado) e o delito praticado, e pelo Ministério Público, responsável pelo oferecimento da denúncia, na qual consta a classificação da infração penal feita pelo promotor de justiça.

Em muitos desses casos, costumam deixar-se à mostra, às vezes de forma sutil, às vezes nem tanto, a parcialidade dos juízes criminais e seu papel regulador e gestor das ilegalidades. Tal exercício regulador pode brotar de uma simples análise das perguntas que o magistrado costuma formular aos acusados, quando interrogados, e às testemunhas de acusação ou defesa.

Nos processos por porte ilegal de arma ou posse de droga, crimes definidos doutrinariamente como infrações de perigo, em que é manifesto o intento de controle sobre os suspeitos de sempre (pobres, moradores de favelas, desempregados, drogados, indivíduos com passagens policiais), a prévia intenção de condenar os acusados pode ser detectada na forma como são encaminhadas as perguntas. Em tais processos, a prova de acusação é constituída quase que exclusivamente por depoimentos dos policiais que realizaram a diligência e efetuaram a apreensão da arma ou da droga.

Num desses casos observados, já no interrogatório em Juízo, ato judicial considerado típico de defesa, em que se dá a oportunidade de o réu, livremente, apresentar sua versão dos fatos, o juiz ouviu dele a informação de que as armas apreendidas na residência – uma habitação de favela freqüentada por várias pessoas – pertenciam a outro indivíduo que lá

ingressara e que não fora abordado pelos policiais militares. Eis o diálogo entre o juiz e o acusado:

Juiz: "Ele é maior ou menor?"

Réu: "É de menor, tem 16 anos".

Juiz: "Eu imaginei, a alegação que o menor aparece para assumir a prática de crimes é tão antiga que eu acho que eu engatinhava quando começou a existir, se é que não era de antes".

Diante da reafirmação da versão do réu por uma testemunha de defesa, o juiz afirmou a ela:

"Eu perguntei para o senhor o que os policiais encontraram com ele, o que o senhor veio preparado para falar eu já entendi e não acreditei".

Outra testemunha de defesa também apresentou a mesma versão do réu, seu cunhado. O juiz então advertiu a testemunha sobre o que poderia ocorrer caso estivesse mentindo, ou seja, caso ele juiz viesse a condenar o réu:

"Então o senhor está ciente que se seu cunhado for condenado o senhor vai ser processado por crime de falso testemunho. Já foi processado alguma vez?" *A testemunha:* "Já". *O juiz:* "Por que, falso testemunho?" *A testemunha:* "Não". *O juiz:* "Por que, tráfico, furto, roubo?" *A testemunha:* "180" (crime de receptação). *O juiz:* "Então seu depoimento tem muita valia, o senhor já foi réu em processo. Foi condenado?" *A testemunha:* "Eu fiquei preso três meses". *O juiz:* "Num país como o nosso, alguém que foi processado por crime contra o patrimônio está perto daqueles políticos corruptos. Já que o depoimento do senhor está muito preciso, de ter sido o menor, o réu ser seu cunhado e o senhor já ter sido processado, eu não vou nem continuar fazendo perguntas para o senhor".

O réu acabou condenado por crime de porte ilegal de arma (TJ/SP Apelação nº 990.08.053195-6).

2. A facilidade de acomodação das condutas relativas a alguns dos crimes patrimoniais, como furto e roubo, aos tipos penais milita fortemente em favor de uma ação seletiva dos juizes, com vistas à condenação dos agentes. Outros crimes patrimoniais inseridos no mesmo capítulo do Código Penal Brasileiro, como estelionato e apropriação indébita, prestam-se a um diferente tratamento judicial, que costuma ser realizado com muito maior rigor analítico no que se refere à pesquisa do *dolo* do agente, já que tais ações, por postura legislativa, situam-se em zona mais próxima da linha divisória entre o ilícito civil e o ilícito penal.

Nos processos por crimes de furto, o que se vê é que os indícios, na prática judiciária, valem como verdadeiras provas, sob o argumento, sempre recorrente, de que se trata de delitos clandestinos¹⁷⁵.

Em um desses casos concretos examinados, que retrata o furto de uma motocicleta, o réu apelante recebeu peças de tal veículo das mãos do verdadeiro autor da subtração, o qual o inocentou. Mesmo assim, sem provas suficientes, acabou condenado, em atenção ao momento social em que se deram os fatos, a exigirem tolerância zero.

Segundo o juiz,

“a violência está chegando às vias do intolerável. O começo disso está nos pequenos furtos, na maioria motivado por drogas. É momento de algum rigor, sob pena do incontável, do desrespeito, da falência das instituições sérias, que balizam o sistema democrático. Deve o Judiciário interpretar as leis atuais segundo suas finalidades, sempre observando os dias de sua aplicação e principalmente o contexto social da época” (TJ-SP Apelação 1132.907.3/0).

¹⁷⁵ “O furto é delito praticado na clandestinidade, a presença da vítima inibe o agente. Para perpetrar a subtração, precisa de tranqüilidade e por isso o furto, em regra, é praticado em lugares desprovidos de testemunhos. Daí surgir como valor incontestável a detenção da coisa furtada em poder de quem não oferece explicações lógicas para essa posse. Gerando presunção válida de responsabilidade. Em verdadeira inversão do ônus da prova...É de natureza das coisas essa conduta. Assim vem ocorrendo e, para defesa da sociedade, não é necessário mais para a conclusão inafastável da responsabilidade criminal do réu” (TACRIM-SP, Apelação 802.239/2, j. em 19.12.1994).

Vê-se que o discurso judicial associa a necessidade da punição dos pequenos furtos, com uma interpretação “apropriada”, ao controle dos usuários de drogas, apontados como causadores da criminalidade. Tal associação já constitui uma constante na jurisprudência brasileira, com um forte respaldo midiático, aliás, a referendar um tratamento punitivo cada vez mais severo para pequenos vendedores de drogas, num processo de demonização que culminou com a edição da nova lei de drogas, que estabeleceu significativo aumento das penas (lei 11.343/06).

Mesmo no âmbito dos crimes de furto, constata-se tratamento seletivo entre pessoas acusadas e situações, a estabelecer diferenciação entre as qualificadoras, que constituem circunstâncias definidas na própria lei, as quais determinam tratamento punitivo mais severo. O crime de furto praticado com fraude (art. 155 § 4º II do Código Penal), limítrofe do delito de estelionato, costuma produzir, na prática judiciária, decisões menos gravosas ao acusado que o furto com rompimento de obstáculo (art. 155 § 4º I do CP), mesmo ante o tratamento punitivo igualitário da lei penal para ambas as situações.

Em caso submetido a julgamento no Tribunal de Justiça de São Paulo, a ré, reincidente, ostentando condenações por outros crimes de furto, efetuou saques em caixa bancário, ludibriando duas vítimas aposentadas, a pretexto de auxiliá-las. O delito, no caso, tinha duas agravantes – a reincidência e a prática contra pessoa idosa. Apesar disso, o juiz da causa fixou o regime inicial semi-aberto e não o fechado, argumentando com o fato de que a reincidência não conduz necessariamente ao regime fechado.

De fato, a lei não impõe ao juiz, na hipótese, a fixação do regime inicial fechado. Ocorre que, nos demais casos de furto qualificado, em especial nos casos de rompimento de obstáculo (arrombamento) e principalmente nos crimes de roubo, a reincidência vem quase sempre apontada como motivadora da escolha do regime mais severo

(fechado), procedimento que se adota até nos casos de réu primário, em que teria direito ao regime inicial semi-aberto, como permite o art. 33 do Código Penal.

No caso apresentado, o juiz argumentou que o crime não foi praticado com grave ameaça ou violência às vítimas e que a ré não apresentava periculosidade (TJ-SP Apelação 1169.472.3/0). Nos casos de roubo (subtração mediante violência ou grave ameaça), os agentes são invariavelmente classificados como perigosos.

Multiplicam-se as decisões que situam o crime de furto, especialmente praticado em concurso de agentes ou com rompimento de obstáculo (arrombamento), no rol das infrações que exigem rigor punitivo em razão do contexto social, como defesa da sociedade:

“Os crimes contra o patrimônio, dentre eles o furto, é que vêm gerando o clima de violência e de inquietude que aflige a sociedade brasileira atual. Devem os juizes estar atentos aos anseios da sociedade que, acuada pelo desenfreado avanço da criminalidade, clama por medidas enérgicas por parte do Poder Público” (TJ-SP Apelação 913.252.3/2).

No sopesar os elementos de prova que servem de base à condenação ou absolvição dos réus, observa-se o uso de critérios diferenciados não apenas conforme a natureza dos delitos, mas principalmente o perfil de seus agentes. Para a condenação de suspeito da prática de crime de furto, por exemplo, basta que, uma vez apreendido o produto em seu poder, sua explicação sobre a origem do objeto não seja considerada satisfatória pelo juiz, a seu exclusivo critério valorativo.

Trata-se de situação extremamente comum, observada nas centenas de processos que deram entrada no Tribunal de Justiça de São Paulo, como nos casos de furtos de automóveis, bicicletas, aparelhos eletrônicos e outros objetos semelhantes, de fácil comercialização popular. Se o agente alega, por exemplo, que adquiriu o objeto em uma feira

popular, em que se mostra difícil ou impossível a identificação do vendedor, terá redobradas chances de ser condenado.

A assimetria marca igualmente o exame das provas, quando são diversas as infrações penais, normalmente atribuídas a pessoas com perfil diferenciado. Em um processo por crime de sonegação fiscal, em que a documentação competente demonstrou que os réus, comerciantes, adquiriram mercadorias de empresa fictícia ou irregular, sequer encontrada no endereço existente, eles alegaram que não sabiam da irregularidade da empresa vendedora. Outros processos foram instaurados contra os mesmos réus, cuja empresa adquirira mercadorias de empresas vendedoras também fictícias.

No caso em análise, a empresa vendedora tinha registro inicial na Junta Comercial, mas já não funcionava. As vendas eram de valores altos e, no ato da compra pela empresa dos réus, estes creditavam-se no ICMS respectivo para posterior abatimento no ato das vendas posteriores, prejudicando o Fisco. O fato é classificado como crime no art. 1º nº IV da lei 8.137/90. Os réus não provaram o pagamento das mercadorias, conforme alegaram, não obstante a utilização de cheques, que poderiam revelá-lo. Tal circunstância não lhes deveria pesar negativamente, assim como a explicação insuficiente dada pelo suspeito da prática do furto com quem foi apreendido o produto da subtração? Os acusados, no entanto, acabaram absolvidos em primeira instância.

Na sentença absolutória, afirmou o juiz:

“Lembrou a defesa, aliás, que é público e notório que as relações no mundo dos negócios exigem rapidez, sob pena de insucesso empresarial, donde não ser factível que o empresário, a cada compra que realiza, paralise sua empresa para se certificar se este ou aquele fornecedor é idôneo ou não; se está ou não regularmente estabelecido. Basta imaginar uma empresa de São Paulo, paralizando os seus negócios para investigar se um fornecedor de outro Estado da federação é idôneo, se está regularmente estabelecido... E o que dizer então se o fornecedor está sediado fora do Brasil?” (TJ-SP, Apelação nº 1.474.881-2).

Caso emblemático pode ser visto nos autos da Apelação 1189.265.3/1, em que o réu acabou condenado por crime de furto praticado em concurso de agentes, na modalidade continuada. Na verdade, poder-se-ia caracterizá-lo como crime de furto simples, uma vez que o réu apelante e o co-réu subtraíram cada qual uma bicicleta, estacionadas ambas em via pública de pequena cidade do interior do Estado de São Paulo. Considerou o juiz que cada réu praticou dois furtos, subtraindo uma bicicleta e participando, ao mesmo tempo, como co-autor, da subtração da outra, e em continuidade delitiva. O réu apelante confessou o furto de uma das bicicletas, sendo reincidente. Ao aplicar a pena, o juiz aumentou a pena-base em 1/3 em razão da reincidência, mesmo registrando o réu uma só condenação anterior, e não levou em conta a atenuante da confissão, como exige a lei.

O resultado dessa operação técnica foi a imposição de pena de três anos, sete meses e dezesseis dias de reclusão, a cumprir em regime inicial semi-aberto, além da multa. As duas bicicletas foram recuperadas, apreendidas momentos depois nas residências dos dois réus.

Uma política de condenação de autores de furto, com o objetivo de lhes impor penas privativas de liberdade, passa ainda pela interpretação restritiva e topográfica do art. 155 § 2º do Código Penal, o qual prevê a hipótese de furto de objeto de pequeno valor, com apenação mais branda e até possível e exclusiva imposição de pena de multa. Tal interpretação judicial tem como objetivo tornar impossível o reconhecimento de tal figura (furto privilegiado) quando se tratar, também, de furto qualificado (art. 155 § 4º do Código Penal), entendendo que só a modalidade simples (art. 155 *caput* do Código Penal) permite a forma privilegiada.

Adotam, no caso, os juizes e tribunais a interpretação restritiva, numa leitura quase literal da posição que os parágrafos ocupam no artigo 155 do Código Penal, antecedida

por uma anterior deliberação no sentido de evitar o reconhecimento da figura privilegiada, que significaria uma punição significativamente mais branda. A escolha da modalidade de técnica interpretativa, pois, revela-se dispositivo técnico escolhido no bojo da análise do processo e à formação do juízo de valor sobre a necessidade de uma punição mais severa.

Nesse sentido, a prática de furto mediante remoção de telhas de um imóvel, embora de pequeno valor o objeto furtado, caracterizando, segundo parcela significativa da jurisprudência, a qualificadora do rompimento de obstáculo (art. 155 § 4º nº I do Código Penal), impede o reconhecimento da forma privilegiada (art. 155 § 2º do CP), levando assim à condenação do agente à pena de reclusão, prevista para todas as modalidades qualificadas (TJ-SP Apelação 1159.984.3/8).

São inúmeros os precedentes dos tribunais superiores, a incluir o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em posição majoritária, quase unânime, ancorada na interpretação restritiva, no sentido da impossibilidade da convivência entre as figuras qualificadas e privilegiadas¹⁷⁶.

Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu-se não cabível a forma privilegiada para o réu, ainda que primário, sendo de pequeno valor o produto do furto, condições estabelecidas na lei para o reconhecimento de tal modalidade. Segundo o julgado (tentativa de furto de placas usadas que guarneciam um armazém abandonado),

“as condições pessoais e antecedentes do acusado não autorizam a concessão do benefício. Verifica-se que AC ostenta duas condenações com trânsito em julgado, uma delas pela prática de idêntico delito, cometido, inclusive, antes dos fatos noticiados nestes autos. Ademais, responde por mais dois processos por crime de furto” (TJ/SP Apelação nº 1422677/7).

¹⁷⁶ STJ: Recursos especiais 202590, 401123, 401133, 443550, 693158. STF: Recursos extraordinários 105069, 113408, Habeas Corpus 73794).

O acórdão utiliza como paradigma decisão anterior do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que

“a concessão dessa benesse está condicionada não somente aos fatores objetivos ali relacionados – primariedade do agente e pequeno valor da coisa furtada – como à sensatez do julgador, a quem cabe – orientado pelos parâmetros previstos no art. 59 do Código Penal – avaliar a necessidade e conveniência da concessão do favor legal” (STJ – Recurso Especial 315.882).

O reconhecimento da figura legal (furto privilegiado) constitui, portanto, mais uma técnica punitiva subordinada à sensatez do juiz, que procederá, em cada caso a ser examinado, a uma escolha pessoal em que avultará a pessoa do réu, seu perfil e passado. Trata-se, mesmo, de descobrir, no dizer de Michel Foucault, como o criminoso já se parecia com o crime antes: “já que o sujeito se assemelha tanto a seu ato, seu ato lhe pertence, e teremos o direito de punir o sujeito, quando tivermos de julgar o ato”¹⁷⁷.

3. Se, em relação a autores de furto é possível dizer que juizes e tribunais manifestam preferências direcionadas à condenação dos suspeitos, numa indisfarçável aversão seletiva, para os acusados da prática de crime de roubo são reservadas as ferramentas dogmáticas ainda mais severas. O roubo diferencia-se do furto porque praticado mediante violência ou grave ameaça. Em ambos, está-se diante da subtração de bens. A caracterização da violência ou da grave ameaça, que constituem elementares do delito de roubo, nem sempre é fácil e tranqüila na jurisprudência. Episódios fugazes em que o agente se depara com a vítima e, no momento da subtração, lhe dirige uma palavra ou gesto ameaçador, são muitas vezes suficientes para deslocar a tipificação penal do furto, do qual não fazem parte nem a violência nem a grave ameaça, para o roubo (art. 157 do Código Penal).

¹⁷⁷ *Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001, p.156.

As penas do furto na modalidade simples vão de um a quatro anos de reclusão, além da multa. O furto qualificado prevê penas entre dois e oito anos de reclusão. As penas do roubo simples vão de quatro a dez anos de reclusão e multa; as do roubo qualificado sofrem um aumento, a critério do juiz, entre o mínimo de 1/3 e o máximo de 1/2, a incidir sobre a pena da modalidade simples.

No caso da “tombada”, quando o agente esbarra intencionalmente na vítima ou a empurra rapidamente, ao mesmo tempo em que lhe subtrai algum objeto, as divergências jurisprudenciais resolvem-se cada vez mais no sentido da caracterização do roubo e não do furto, para o que são comumente invocados argumentos de defesa social e de apelo ao contexto de violência que atinge a população.

Trata-se de situação reveladora da existência de um *continuum* na criminalização¹⁷⁸, que vai do gravemente violento ao não violento, ou da violência dirigida à pessoa ou à coisa portada pela pessoa, gerando uma imensa multiplicidade de episódios limítrofes da vida real, em que se pode constatar a definição de determinada infração penal conforme o fato concreto e o indivíduo nela envolvido.

Nas situações limítrofes, entre furto e roubo, é mesmo indisfarçável o peso das razões contextuais de “defesa social” para uma classificação mais gravosa em favor da caracterização do crime de roubo e não do furto.

Em uma dessas situações, réus menores de vinte e um anos de idade abordaram a vítima em via pública e exigiram, sem o emprego de arma, a entrega de um aparelho de som portátil que ela trazia consigo. Foram presos momentos depois pela Polícia. Só um deles tinha antecedente criminal (outro crime de roubo com processo em andamento), tendo sua pena aumentada, em razão disso, em 1/4, afirmando, a propósito, o juiz que o réu ostentava: “antecedentes e personalidade voltada para a prática de crimes patrimoniais violentos”. Um dos agentes apresentava sinais de deficiência mental, circunstância

¹⁷⁸ Jock Young. *A sociedade excludente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 68.

desprezada na sentença, não obstante a existência, nos autos, de atestado que o dava como deficiente mental, firmado por neuropediatra (TJ/SP Apelação nº 990.08.039983).

Da classificação a conferir-se ao fato, portanto, resultarão penas muito diversas para os réus, com a possibilidade da imposição de regimes de cumprimento igualmente diferenciados (fechado, semi-aberto ou aberto), a significar uma contínua alimentação do sistema carcerário, com o efetivo ingresso na prisão dos réus condenados por crimes de roubo e uma maior quantidade de tempo de efetivo cumprimento de pena privativa de liberdade.

Diversidade significativa de penas ocorre ainda nos casos em que o crime de roubo pode ser considerado em sua modalidade consumada ou tentada. O crime tentado resulta em redução das penas previstas para a forma consumada entre 1/3 e 2/3, a critério do juiz. No roubo, mesmo que o agente não consiga apossar-se definitivamente do objeto da subtração, a parcela majoritária da jurisprudência entende que o crime se consuma só com a prática da violência ou grave ameaça, independentemente da efetivação da subtração patrimonial. É o que ocorre em infinidade de situações em que o agente é preso em flagrante com o objeto subtraído instantes após a subtração, ainda sob as vistas da vítima ou de terceiros eventualmente perseguidores. Entender consumada ou tentada a infração penal, em cada caso concreto, resultará em penas muito maiores ou menores, já que, no caso de tentativa, o juiz deverá, por imposição legal, reduzir as penas em pelo menos 1/3.

Em processo que tramitou por vara criminal de São Paulo, o réu foi condenado à pena de seis anos e oito meses de reclusão, em regime fechado, tratando-se de crime de roubo praticado sem o emprego de arma, sendo preso ao descer do automóvel da vítima, no qual ingressara simulando o emprego de arma inexistente, ali permanecendo por alguns minutos apenas. Os poucos minutos em que a vítima esteve com o réu no interior do automóvel foram suficientes para que fosse reconhecida, pelo juiz, a causa de aumento do art.

157 § 2º nº V do Código Penal (“se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade”).

Na hipótese em análise, se reconhecida a tentativa e afastada a causa de aumento, como seria mais razoável, já que o réu não chegou a exercer a posse de qualquer objeto da vítima nem tampouco chegou a restringir sua liberdade, a pena não chegaria a três anos de reclusão e outro poderia ser o regime fixado para o início de seu cumprimento, no caso o regime semi-aberto ou aberto. Tratava-se de réu com perfil bem característico dos que são acusados da prática de crimes de roubo retratados nos feitos criminais, sendo primário, com vinte e três anos de idade, dois filhos, desempregado, com curso primário incompleto.

A sentença, extremamente bem fundamentada em razões técnicas, deixou expresso apelo para contexto social de violência, que certamente influenciou no julgador, no sentido da opção por solução técnica que resultasse em penas mais gravosas para o réu, pois: “a perpetração de roubo denota personalidade avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem a convivência social” (TJ/SP Apelação nº 1171.664.3/6).

No exame da prova da autoria, nos processos que apuram crimes de roubo, juizes e tribunais consideram praticamente absoluto o valor das declarações da vítima e o reconhecimento, por parte dela, da pessoa do acusado, ao apontá-lo como o autor do delito. As demais circunstâncias que envolveram o fato também dependerão da versão fornecida pela vítima, como o emprego de arma, a existência de comparsa ou a privação da liberdade durante o episódio da subtração. Todas elas constituem modalidades que autorizam o aumento das penas de 1/3 a 1/2 (art. 157 § 2º do Código Penal).

Na ausência do formal reconhecimento pessoal do acusado pela vítima, costuma-se emprestar valor à prova indireta dos depoimentos de terceiros, a incluir os policiais responsáveis pela apuração dos fatos, que possam referir-se a tal reconhecimento, quando realizado informalmente nas delegacias ou por ocasião da prisão do suspeito. Mesmo

se o reconhecimento não obedecer às formalidades legais e processuais, estabelecidas no art. 226 do Código de Processo Penal, costuma ser levado na devida conta como valioso elemento de prova para a condenação do réu (Apelação 853.507.3/0 – TJ-SP; Apelação 1122.590.3/4 – TJ-SP).

Em caso julgado pelo extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, o reconhecimento feito contrariamente à norma processual foi expressamente reconhecido e acolhido, sendo mantida a condenação do réu:

“Em tema de reconhecimento, o que importa é que seja seguro, não havendo atribuir desmesurada importância à forma, de modo a sobrepô-la ao próprio conteúdo. Nem por outra razão utilizou-se a Lei Processual (art. 226, II) da expressão ‘se possível’ (se possível, quem deva ser reconhecido haverá que ser colocado lado a lado de pessoas outras, fisionomicamente assemelhadas), a arredar a idéia de obrigatoriedade). Vale dizer, essa formalidade legal pode, conforme a hipótese, vir a ser dispensada” (Apelação 1005.665-8).

Em outro julgado, do mesmo teor, pode-se colher:

“o art. 226 do CPP não traduz deva a providência de reconhecimento conter toda a recomendação ali registrada, sob pena de ineficácia. A norma traça diretrizes para melhor realização do ato, realçando, nesse ponto, a expressão ‘se possível’” (TACRIM/SP Apelação nº 1390.841/8).

A expressiva maioria dos julgados entende suficiente o reconhecimento realizado só na Delegacia, embora se trate de prova extremamente precária: “tendo a vítima reconhecido o apelante, sem sombra de dúvida, quando da prisão em flagrante, irrelevante que em Juízo não tivesse condições de efetuar a reconhecimento devido ao tempo decorrido”. E mais, o reconhecimento policial “tem o seu valor pela credibilidade que dele se extrai, não importando o momento em que foi efetuado, em Juízo ou fora dele” (TACRIM/SP Apelação nº 1446.435/4).

Quando o reconhecimento feito na Polícia não vem confirmado posteriormente em Juízo, em audiência, quando naturalmente passado algum tempo, entende-se compreensível o fato, dada a passagem do tempo (TACRIM-SP, Apelação 878.166.3/6). Um dos dispositivos jurídicos dogmáticos mais utilizados nas decisões judiciais que buscam conferir legitimidade a reconhecimentos irregulares consiste exatamente em apontar a discricionariedade da atuação do magistrado no exame das provas e seu peso para uma decisão condenatória ou absolutória. Conclui-se, pois, em tais casos, ser desnecessário seguir as formalidades processuais “até mesmo em função do princípio que informa em nosso sistema processual a formação do livre convencimento pelo juiz” (TJ-SP Apelação 907.075.3/5).

Ainda nos casos de crimes de roubo, parcela significativa da jurisprudência brasileira, a incluir os inúmeros processos examinados, costuma aceitar como válido, na ausência do suspeito, o reconhecimento feito por meio de fotografia, muito embora não previsto em lei. Em caso em que o reconhecimento judicial foi eivado de dúvidas, admitiu-se a validade do reconhecimento fotográfico feito na Delegacia, fórmula não adotada na lei processual penal, porque testemunhado por investigador de Polícia, o que levou à manutenção da condenação do réu, decretada em primeira instância, pela prática de crime de roubo (TJ-SP Apelação nº 947.260.3/2). O não reconhecimento do réu em Juízo costuma ser visto como compreensível em razão da passagem do tempo (TJ-SP Apelação nº 878.166.3/6).

Outra hipótese que implica a possibilidade de aplicação de penas muito maiores ou menores é a do concurso material ou continuidade entre crimes de roubo e extorsão ou roubo e seqüestro. Juizes e tribunais costumam negar a existência de continuidade entre os delitos de roubo e extorsão. Pela regra da continuidade, expediente técnico estabelecido em lei, diante da prática de dois ou mais crimes, em circunstâncias semelhantes de tempo, lugar e modo de execução, aplica-se tão só a pena de um deles, a mais

grave, com aumento variável de 1/3 a 2/3 (art. 71 do Código Penal). Se, ao contrário, ausentes tais circunstâncias, tratar-se-á de concurso material de delitos, que obrigará a soma das penas de todos os crimes.

O argumento utilizado por parcela significativa dos juizes e tribunais para negar a continuidade em algumas das figuras penais, como entre roubo e extorsão, é o de tratar-se de crimes de espécies diferentes, uma perversa sutileza construída com respaldo doutrinário a partir dos verbos dos dois tipos penais (arts. 157 e 158 do CP), que são diferentes, respectivamente (“subtrair” e “constranger alguém”). Trata-se, porém, de tipos penais extremamente próximos, a ponto de estabelecerem dúvida, em casos concretos, se se está diante de crime de roubo ou de extorsão.

A negativa da possibilidade de continuidade delitiva esconde escolha do juiz por penas maiores, normalmente precedida de respaldo fornecido pelo promotor, por solução penal mais gravosa para o réu. Segundo o doutrinador Cezar Roberto Bittencourt, “não há nenhuma razão técnica jurídica, dogmática ou científica para negar essa obviedade, a não ser a adoção de uma política criminal exasperadora, na linha do movimento de lei e ordem”¹⁷⁹.

Argumentam, no entanto, os julgados de primeira e segunda instância, de forma recorrente, para justificar a soma das penas dos delitos em concurso material, no sentido de que os crimes de roubo e seqüestro ou roubo e extorsão resultam de “desígnios autônomos”, como na hipótese de roubo em residência, em que a vítima é obrigada a preencher cheque, posteriormente sacado. Concluiu-se, no caso, tratar-se de “crimes graves” (TACRIM/SP Revisão nº 326.834/2).

A negativa da continuidade ou concurso formal de infrações resulta em significativo aumento da pena, em crimes que motivam invariavelmente, ainda segundo a prática judicial, o cumprimento da pena reclusiva em regime mais severo, dado que a natureza de tais infrações também orientará, na imensa maioria dos casos, a escolha do regime inicial

¹⁷⁹ *Tratado de Direito Penal*, vol 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 127.

fechado por parte dos juizes e tribunais. Há posições em contrário, que são minoritárias (Apelação 947.111.3/3 – TJ-SP; Apelações 297.657.3/1 e 1243.731/1 – TACRIM-SP).

No âmbito dos processos envolvendo réus acusados da prática de crimes de roubo, merece destaque especial o resultado de pesquisa realizada no Estado de São Paulo pela Fundação Seade, com a cooperação técnica do Núcleo de pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, apontando para maior punibilidade para acusados negros, seja sua captação pelo sistema penal com condenação, seja sua manutenção na prisão. E, entre homens e mulheres, a pesquisa revelou maior punibilidade para mulheres negras, que, de forma gradativa, vão sendo mais representadas ao longo das etapas do inquérito e do processo, ao passo que as brancas vão, em sentido inverso, saindo do sistema¹⁸⁰.

Também na escolha do regime de pena para os réus condenados, os juizes guiam-se por critérios subjetivos, a partir da abertura interpretativa ofertada pelo art. 33 do Código Penal, tendendo a realçar a separação entre perigosos e não perigosos. Os primeiros são invariavelmente identificados como autores de crimes contra o patrimônio ou praticados com violência física. Nesse sentido, o crime de roubo – subtração de objeto mediante violência ou grave ameaça – é o grande alvo da escolha do regime mais severo, no caso o regime inicial fechado, a significar que a pena há de cumprir-se, desde o início, em presídio de segurança.

A análise das inúmeras decisões do tribunal paulista, em cotejo com as sentenças de primeiro grau, leva à conclusão de que, em se tratando de crime de roubo, a individualização da pena, erigida à condição de princípio constitucional, praticamente não atinge a decisão judicial no tocante à escolha do regime carcerário, como seria de rigor. Ao contrário, há uma associação cada vez mais automática entre roubo e regime inicial fechado:

¹⁸⁰ *Mulheres negras: as mais punidas nos crimes de roubo*. São Paulo: Boletim IBCCRIM nº 125, abril/2003, pesquisa coordenada por Renato Sérgio de Lima, Alessandra Teixeira e Jacqueline Sinhoretto. V. também WWW.seade.gov.br., acesso em 11.03.2009.

“O delito de roubo é daquelas infrações que desassossegam a população ordeira, deixando-a em verdadeira polvorosa, e, infelizmente, vem num crescendo, principalmente nas grandes metrópoles e essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, e assim evitar que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, como também lhe aplicará o devido castigo” (TACRIM-SP Apelação nº 1.023.851-7).

A universalização da escolha do regime fechado, a bem da verdade, contraria inclusive orientação do Supremo Tribunal Federal que, a respeito, editou a Súmula nº 718, no sentido de condenar a atitude dos juizes que optam pela escolha do regime mais severo com base na gravidade em abstrato do crime.

Em decisão condenatória contra autor de crime de furto em um supermercado, o qual ostentava antecedentes criminais, o juiz fixou o regime inicial fechado, argumentando com o fato de o réu ser um tapeceiro, profissão que não o prendia ao local da culpa, a tornar necessária, portanto, sua prisão em regime mais severo (TACRIM-SP Apelação nº 1461.259-8).

A divisão entre criminosos e “cidadãos de bem” aparece bem nítida nas sentenças judiciais e acórdãos quando se trata de crimes de roubo a ensejar a escolha do regime mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade. As vítimas são invariavelmente classificadas como pertencentes à população “laboriosa”, a conviverem com criminosos extremamente perigosos, que são os autores dos crimes patrimoniais mediante violência ou ameaça.

Constata-se que aos autores do crime de roubo, quaisquer que sejam as circunstâncias que envolvem sua prática, reservam as decisões judiciais as qualificações mais duras e ubuescas, de indivíduos presumidamente perigosos (TJ/SP Apelação nº 885.187.3/8), que não podem viver em sociedade, revelando “egoísmo e desfaçatez” (TACRIM/SP Apelação nº 1219.685-0), sendo um “malfeitor perigoso” (TACRIM/SP Apelação nº

1023.851-7), “astuto, cruel, agressivo” (TJ/SP Apelação nº 914.330.3/6). Ao mesmo tempo, a sociedade é invariavelmente definida como “população ordeira e trabalhadora” (TACRIM/SP Apelações nº 798.055/3, 1219.685-0), a exigir dos juízes posição enérgica de sua defesa contra os criminosos.

Em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a condenação do réu por crime de roubo, constou:

“trata-se de roubo, crime grave que, cada vez mais e de forma incessante, desassossega a sociedade em geral, desvelando, ademais, a periculosidade de seus agentes. Tais pessoas merecem, portanto, receber uma resposta enérgica do Poder Judiciário. É o que espera e vem pedindo a sociedade” (TJ/SP Apelação nº 993.05.054946-1).

Crimes de roubo praticados contra vítimas moradoras de bairros de periferia e favelas nas grandes cidades, pertencentes aos mesmos estratos sociais dos acusados, muitas vezes sequer são comunicados à Polícia, obtendo desta, quando registrados, tratamento seletivo que os classifica como “acerto de contas”. Submetidos eventualmente ao crivo judiciário, tais ações criminosas não costumam motivar as considerações maniqueístas que separam os cidadãos de bem (vítimas) dos criminosos, que encarnam o mal.

Ao fixar o regime fechado para condenado por crime de roubo, o juiz de direito, na sentença, identificou os cidadãos de bem com comerciantes da cidade:

“ainda mais nesta cidade extremamente violenta que é D., onde os cidadãos de bem, especialmente os comerciantes, são ininterruptamente molestados por assaltantes, que fazem isto como se fosse uma atividade normal, em verdadeiros bandos roubam diversas vezes os mesmos estabelecimentos, demonstram suas totais faltas de condições de viverem em sociedade” (TACRIM/SP Apelação nº 1453.505-1).

A opção pelo regime de pena mais rigoroso para autores de roubo, em contraposição a réus condenados por outras infrações penais, é frequentemente tornada explícita em decisões judiciais, como na sentença condenatória de primeira instância, em que ficou assentado: “inconcebível que autor de roubo mereça tratamento dispensado ao responsável, v.g., por sonegação fiscal, sendo nítida a necessidade da imposição de regime fechado em prol do primeiro” (TJ/SP Apelação nº 1212.154.3/6).

A tendência da magistratura paulista para a fixação do regime inicial fechado para os autores de crimes de roubo é objeto de comprovação estatística, veiculada no trabalho de pesquisa “Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo. A lei, o direito, a ideologia”, publicado pelo IBCCRIM, em São Paulo, no ano de 2005. De acordo com a pesquisa, dentre os réus primários condenados, por delito de roubo, à pena mínima, 80,75% foram punidos com o regime inicial fechado. Em 2ª instância, o número ficou em torno de 68,85%.

Segundo a mesma pesquisa, o critério de periculosidade é invocado pelos juizes e tribunais, na condenação dos autores de roubo, em 56,86% das sentenças e acórdãos, não obstante ter o Código Penal, a partir de 1984, eliminado expressamente a periculosidade como critério de avaliação da conduta dos réus, que deve centrar-se na culpabilidade (censura dirigida ao fato e não ao autor). A utilização, porém, do critério encontra apoio nos comandos genéricos do art. 59 do Código Penal, o qual abre as portas à avaliação da pessoa do agente e seu passado no momento da aplicação da pena¹⁸¹.

Ao comentarem referida pesquisa, Marta Rodriguez de Assis Machado e José Rodrigo Rodriguez apontam a existência do que chamam, adequadamente, de um juízo

¹⁸¹ Art. 59 do Código Penal: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível” .

de periculosidade “travestido de individualização da pena”. Tais autores criticam a informação contida naquela pesquisa, no sentido de que a interpretação judicial, ao assim agir, estaria postando-se contra o Direito, mostrando-se como tarefa irregular e ilegítima. Bem ao contrário, demonstram que o próprio Direito permite tal atuação interpretativa, ao criar, por exemplo, casos de periculosidade presumida, como os crimes envolvendo a posse de armas de fogo e a violência física. É certo que o ordenamento jurídico é um sistema aberto e móvel e “o poder político passa a ser exercido também pelo aplicador, responsável por escolher uma entre várias decisões possíveis”¹⁸².

Um dos argumentos utilizados por juizes ao optarem pelo regime mais severo para os autores de crimes de roubo é o da presença do *dolo*, que é mais visível em tais ações delituosas, sendo mais fácil a acomodação do fato ao dispositivo jurídico que constitui elementar essencial das figuras criminosas. À dificuldade de constatação do dolo nos crimes que tangenciam o ilícito civil, como os de estelionato e apropriação indébita, por exemplo, contrapõe-se a facilidade de demonstração da conduta dolosa em crimes como os de furto e roubo.

No julgamento da Apelação nº 1263.177/2 (TACRIM/SP), manteve-se o regime inicial fechado, fixado na sentença para autor de tentativa de roubo, preso no local, tratando-se de indivíduo primário, referindo-se o tribunal ao “dolo intensíssimo, de fácil aferição nos aspectos exteriores de sua conduta”. Aqui, a seleção do caso, para fins de maior rigor punitivo, teve como principal elemento norteador o dolo do agente, característica subjetiva de difícil constatação na maioria das infrações penais, a incluir especialmente as fraudes de toda espécie, envoltas em operações comerciais ou industriais. No crime de roubo, o dolo pode ser facilmente verificado na exterioridade da própria conduta pessoal, a qual, no

¹⁸² *Os juizes de direito e os caminhos da periculosidade no Direito Penal Brasileiro*, in “Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo, a lei, o direito e a ideologia”. São Paulo: IBCCRIM, 2005, pp. 73/96.

caso em exame, chamou a atenção dos julgadores, que se referiram claramente à facilidade de sua aferição.

A existência de antecedentes criminais, ainda que não caracterizadores da reincidência, justifica, na grande maioria dos julgados, a imposição de penas mais elevadas, por vezes em quantidade muito acima do parâmetro legal mínimo, conforme autoriza o art. 59 do Código Penal.

Em caso concreto, o réu teve sua pena situada em quantidade três vezes acima do mínimo legal, mesmo tratando-se do roubo de uma motocicleta, que lhe resultou em prisão em flagrante, pelo fato de registrar outro processo por crime de roubo e outro por uso de droga. Na sentença, afirmou o juiz que “o réu demonstrou personalidade voltada para o crime, conduta totalmente anti-social, mostrando que não tem condições de viver em sociedade, causando instabilidade na vida urbana, perturbando a tranqüilidade do comércio” (TACRIM/SP Apelação nº 1479.411-1).

Uma das decisões matrizes para a aplicação de penas elevadas e escolha de regime mais severo, norteador grande parte das decisões do tribunal paulista, com citações recorrentes, é oriunda do Superior Tribunal de Justiça:

“O Poder Judiciário não pode ficar alheio à gravidade do problema de segurança que atormenta os moradores das cidades. E se o juiz é, como deve ser, homem de seu tempo, atento à realidade dos fatos e ao momento que atravessa, não pode deixar de considerar a importância de suas decisões na contenção da onda de violência que se vem alastrando e de maneira quase incontornável, alarmando a população e intranqüilizando as famílias” (RTJ 123/547).

A opção praticamente automática pelo regime fechado para o cumprimento das penas por parte de autores de crimes de roubo e até furto revela, de forma indisfarçada, o abandono do princípio da ressocialização do recluso e da retórica idéia de reinserção social do criminoso, que ainda persiste nos textos legais e princípios constitucionais, em favor de uma

concepção de prisão como gueto, aquilo que ela realmente é, ao contrário do que se verifica nas condenações de indivíduos com perfis diversos, pela prática de outros delitos.

Entretanto, quando outras categorias de autores de crimes patrimoniais, como furto e roubo, são surpreendidos pelo sistema penal, mecanismos diversos atravessam os procedimentos dos operadores do Direito, propiciando uma outra forma de interpretar as disposições legais. Em caso ocorrido em São Paulo, no ano de 2004, dois jovens oriundos da classe média acabaram presos em flagrante após a prática de um roubo em via pública da zona sul da cidade. Subtraíram bolsa e pares de tênis, mediante ameaças de morte e violência física contra as vítimas.

No requerimento de concessão da liberdade provisória, seu advogado constituído esclareceu tratar-se de estudante de Direito e estagiário de grande escritório de advocacia, possuindo residência fixa, morando com a mãe, que é professora, em apartamento próprio, tendo ainda, em seu nome, conta-corrente bancária e cartão de crédito, e, inclusive, “já morou na Europa, como prova seu passaporte”. O outro se identificou como sendo empresário, também com residência fixa, tendo sua empresa um faturamento de R\$ 147.799,49 no último ano, conforme dados também inseridos no pedido de liberdade provisória.

Tais réus foram pessoalmente reconhecidos pelas vítimas, em número de quatro, e também por duas testemunhas. Os pedidos de liberdade provisória foram indeferidos pelo juiz, o que motivou o ajuizamento de pedido de habeas corpus ao Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, o qual indeferiu o pedido liminar. Seguiu-se, então, a impetração de outro pedido de habeas corpus, desta vez ao Superior Tribunal de Justiça, o qual, como providência legal de praxe, solicitou informações ao Tribunal de Alçada Criminal, que indeferira o primeiro habeas corpus impetrado em São Paulo.

Na petição de habeas corpus, o advogado, reiterando os dados qualificativos de um dos réus, protestou com sua manutenção na prisão, que já perdurava cerca de vinte dias, com sua transferência a um presídio da cidade de Guarulhos “uma das mais temidas penitenciárias de São Paulo, um exemplo do caos do sistema penitenciário do país, que tem grupos organizados dentro do presídio, a quem ficam expostas pessoas de pouca ou de nenhuma periculosidade”. E prossegue o advogado: “há duas semanas esse jovem estudante de Direito não vai à faculdade, não trabalha, não convive com sua família, não tem o direito de ir e vir”.

Dias depois, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo concedeu a ordem para que ambos os réus respondessem ao processo em liberdade, comunicando tal decisão ao Superior Tribunal de Justiça antes que este julgasse o habeas corpus então impetrado contra o indeferimento do pedido de liminar. Na decisão, os juízes concluíram:

“há informações segundo as quais não foi apreendida em seu poder ou de seu comparsa arma que pudesse, a priori, qualificar o crime. Ademais, consta ser primário, de bons antecedentes e que cursa o segundo ano da Faculdade de Direito Damásio de Jesus, requisitos que justificam a concessão da benesse pleiteada, eis que se presume que em liberdade não venha a comprometer a ordem pública e embaraçar a aplicação da lei penal” (TACRIM-HC 493304/7).

Os réus foram soltos dias depois, permanecendo, portanto, quarenta e seis dias presos a partir da prisão em flagrante. A Procuradoria de Justiça deu parecer favorável à concessão da liberdade provisória. Anos depois, foram condenados em primeira instância às penas mínimas do crime de roubo qualificado pelo concurso de agentes, em concurso formal, sendo-lhes imposto o regime inicial semi-aberto, tendo apresentado recurso em liberdade. O Ministério Público não interpôs recurso contra a concessão do regime inicial semi-aberto. Mesmo se confirmada a condenação dos réus pela instância superior, no julgamento do recurso de apelação, cumprirão o início de suas penas privativas de liberdade fora dos

presídios de segurança, com possibilidade de progressão para o regime aberto após cumprimento de 1/6 das penas.

A observação da marcha processual revela, com clareza, que, na impossibilidade de uma decisão absolutória a determinados réus, os quais, aos julgadores, não apresentam perfil e biografia de criminosos e perigosos, muito embora tenham praticado “crime grave” e que indica a “periculosidade de seus agentes”, é possível lançar mão de diversos dispositivos penais e processuais penais que possam administrar ilegalidades, de forma a individualizar as respostas punitivas e selecionar determinadas pessoas para o fim de as lançar para fora do sistema penal.

4. Na interpretação e aplicação das leis de drogas, a seletividade operada por juizes e tribunais parece revelar sua feição mais expressiva como forma de controle de pessoas socialmente desqualificadas, como desempregados, drogados, pequenos vendedores de droga, situados nos estratos mais desprezados da sociedade.

Trata-se de delitos de mais fácil constatação pela Polícia e também de pronta incriminação, constituindo, assim, a arma mais eficaz e poderosa para a abordagem e prisão de suspeitos de toda ordem. Trazer consigo substância entorpecente constante de rol de proibição estabelecida pelos órgãos sanitários do Estado, que não seja para exclusivo uso próprio, é caracterizado como crime, de natureza hedionda, submetido a rigoroso tratamento penal por parte da Lei 11.343/06, que revogou a antiga Lei 6368/76.

O sistema penal lança sobre o traficante a qualificação mais contundente de inimigo público, responsável pelo descaminho de jovens e crianças consumidoras de droga, como que substituindo os inimigos políticos dos tempos de repressão do regime militar.

Como aponta Vera Malaguti Batista,

“na transição do autoritarismo, da ditadura para a abertura democrática (1978-1988), houve uma transferência do ‘inimigo interno’ do terrorista para o traficante. Todo o sistema de controle social (incluindo aí suas instituições ideológicas, como os meios de comunicação de massa) convergiu para a confecção do novo estereótipo. O inimigo, antes circunscrito a um pequeno grupo, se multiplicou nos bairros pobres, na figura do jovem traficante”¹⁸³.

As razões para a crescente criminalização da questão do uso de drogas ilícitas, segundo a mesma pesquisadora, não devem ser buscadas em exclusivas motivações de saúde pública, dado o grande fracasso que caracteriza a política repressiva, em termos de redução da demanda, mas na função de controle, a exercer-se sobre parcelas economicamente desqualificadas da sociedade, consideradas perigosas, já que usuários passam a obter tratamento punitivo cada vez mais benevolente, em contraposição à exacerbação das penas para os que se dedicam às vendas a varejo, normalmente pobres e desempregados: “aos jovens de classe média, que a consomem, aplica-se o estereótipo médico, e aos jovens pobres, que a comercializam, o estereótipo criminal”¹⁸⁴.

Segundo Nils Christie, o surgimento da guerra contra as drogas criou possibilidades alternativas de controle das classes perigosas:

“Em todos os países industrializados, a guerra contra as drogas reforçou concretamente o controle do Estado sobre as classes potencialmente perigosas. Elas não são desafiadoras, como descreveu Gusfield, mas seu estilo de vida é ofensivo. Não só se condena o hedonismo e se justificam os defeitos da sociedade, como também, muito concretamente, se põe atrás das grades uma grande parcela da população não-produtiva”¹⁸⁵.

A pena mínima para o delito do art. 33 da Lei 11.343/06 é de cinco anos de reclusão, extremamente elevada se cotejada com amplo quadro de crimes definidos nas leis esparsas e no Código Penal Brasileiro. O rigor punitivo parece ter-se acentuado com a nova

¹⁸³ *Difíceis ganhos fáceis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1998, p.32.

¹⁸⁴ *Op. cit.*, p. 74.

¹⁸⁵ *A indústria do controle do crime*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 61.

legislação, na esteira de movimento mundial de exacerbação punitiva para o comércio ilícito de drogas. Cabe aos juizes, contudo, em cada caso, concluir se a droga destinava-se ou não a consumo pessoal do agente com quem foi apreendida. O porte da droga para consumo pessoal sujeita o autor da ação tão só a medidas punitivas diversas da pena de prisão, como advertência, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa (art. 28 da Lei 11.343/06).

Para a decisão de classificar o fato como porte de droga destinada a terceiros (tráfico) ou para consumo próprio (art. 28 da lei), “o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (art. 28 § 2º da Lei 11.343/06). Vê-se que a própria lei, de forma explícita, fornece aos juizes o instrumental necessário para a seleção das situações que serão definidas como típicas do tráfico de entorpecente ou porte de droga para uso próprio do agente, fazendo menção, inclusive, a circunstâncias pessoais e aos antecedentes do acusado.

É certo que os processos criminais relativos ao porte de droga têm como antecedente, quase exclusivo, inquérito policial iniciado por auto de prisão em flagrante. A grande seleção dos réus, pois, deve-se às polícias civil e militar, fruto de diligências em locais tidos como de vendas de droga, normalmente em bairros periféricos, favelas e cortiços. Com grande frequência, tais prisões nascem de diligências policiais que visam a abordagem de suspeitos de porte ilegal de arma ou prática de outros delitos e de réus já condenados ou conhecidos dos meios policiais.

As abordagens apostam na apreensão de droga com desafetos policiais, corruptores em débito com os caixas da corrupção policial ou suspeitos alvos de denúncias anônimas ou entreveros familiares em sítios periféricos, especialmente em favelas e locais

frequêntados por trabalhadores e pessoas do povo, como terminais de ônibus (TJ/SP Apelação nº 990.08.061630-7) e rodoviários (TJ/SP 1.158.736/0).

Fácil concluir, portanto, que a ação policial, com tais características, resultará inevitavelmente na coleta de acusados que compõem um perfil mais ou menos homogêneo, objeto predileto de um controle seletivo que fornecerá ao sistema judicial os réus e sentenciados que dificilmente escaparão das decisões judiciais condenatórias. Contra o suspeito preso pesam, como prova acusatória, as declarações testemunhais dos mesmos policiais que realizaram a apreensão da droga e a prisão.

Trata-se de prova considerada robusta pela expressiva maioria dos julgados que, quase invariavelmente, realçam sua validade e legitimidade. Afinal, como consta de algumas dessas decisões, não faz sentido o Estado confiar em agentes públicos a quem delega o poder de polícia e negar legitimidade às suas palavras como testemunhas. Esse o argumento recorrente de uma infindável pletora de decisões de primeira e segunda instâncias.

Como consta dessas decisões, “seria um contra-senso o Estado dar-lhes crédito para atuar na prevenção e repressão da criminalidade e negar-lhes esse mesmo crédito quando perante o Estado-Juiz, dão conta das suas atividades” (TJ/SP Apelação nº 993.06.077711-4). A legitimidade de tais testemunhas é por vezes referida ao fato de trazerem “relatos coerentes e harmônicos” (TJ/SP Apelação nº 1.146.318.3/0; Apelação 993.06.105530-9), com depoimentos “firmes e coerentes” (TJ/SP Apelação nº 815.844.3/2), já que difícil a arregimentação de testemunhos de fora do âmbito da Polícia.

O sentido prático da valorização dos testemunhos policiais vem explicitado em acórdão que transcreve uma decisão antiga, no sentido de que “se os juízes fossem depender sempre do testemunho de pessoas fora do quadro policial, nenhum traficante ou mesmo usuário de drogas seria condenado...” (TJ/SP Apelação nº 864.689.3/5). As hipóteses de absolvição ficam restritas a situações em que se mostra contradição evidente entre os

relatos dos policiais. Mas, mesmo assim, “pequenas divergências existentes nos depoimentos dos policiais, referentes a pontos secundários, não retiram a credibilidade de suas versões, ao contrário, dão-lhe ainda maior autenticidade, na medida em que demonstram não ter havido prévio concerto entre os depoentes” (TJ/SP Revisão Criminal nº 304.539.3/7-00).

O exame de grande quantidade de processos criminais, na sua quase totalidade com condenações em primeira instância, revela perfis bastante semelhantes dos réus a quem foi imputada a prática do tráfico. A posse de droga em grande ou pequena quantidade, diante de circunstâncias variadas, torna típico o delito do art. 33 da Lei 11.343/06 (antigo art. 12 da Lei 6368/76), sendo o acusado classificado como traficante. Para tanto, a classificação fundamenta-se muitas vezes nos antecedentes que o réu ostenta, seja por crimes envolvendo droga seja por outros, ou em denúncias anônimas referidas pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante e apreensão da droga.

Circunstâncias fáticas reveladas pelos policiais, como a simples existência de pessoas nas proximidades do acusado, ou a posse de quantia em dinheiro (indicativa de recebimento pela venda de parte da droga) ou, ao contrário, sua inexistência costumam ser arroladas como argumentos para a incriminação dos acusados.

Curiosamente, há decisões que concluem no sentido da caracterização do tráfico seja no caso da apreensão de quantia em dinheiro com o acusado, seja, na hipótese oposta, quando se argumenta que a falta de recursos financeiros, mormente por pessoa pobre, não se harmoniza com a posse da droga... A condição de traficante é muitas vezes atribuída ao fato de a droga se achar acondicionada em pequenos pacotes, “pronta para a comercialização”, consoante expressão estereotipada inserida nos documentos policiais, na denúncia do promotor e também na sentença condenatória. Em situação oposta, a mesma imputação ao acusado é justificada pelo fato de a droga se achar acondicionada em um único pacote, que, assim, não se destinaria ao uso de seu possuidor...

A instauração de processo com a acusação de tráfico de droga torna praticamente impossíveis a obtenção de liberdade provisória durante o feito ou, com a condenação final, a fixação de regime de pena diverso da modalidade mais severa (regime fechado).

É em relação a tais ações delituosas que o discurso da justiça criminal como defesa da sociedade – contra o tráfico e o traficante – se mostra mais pungente, com a aplicação de penas severas, sem levar em conta a maior ou menor expressividade da própria ação delituosa, até porque a apuração policial e judicial do grande tráfico constitui figura praticante inexistente no sistema penal.

É o que esclarece Salo de Carvalho:

“A prática forense acabou por revelar aplicação genérica de penalidades severas, sem a diferenciação do pequeno e do grande comerciante de drogas, sobretudo porque a população-alvo da incidência das agências de controle penal acaba sendo, invariavelmente, a juventude pobre recrutada para a prática do pequeno varejo”¹⁸⁶.

Na Apelação nº 990.08.006844-0, do Tribunal de Justiça de São Paulo, depara-se com ré processada e condenada por tráfico de entorpecente por ter vendido a terceiro três pedras de “crack” com 0,5 decigramas, sendo presa em flagrante, assim permanecendo até o final do processo. Sete meses depois de presa, sem que houvesse sentença, como exigia a lei, impetrou habeas corpus, alegando excesso de prazo da prisão e inexistência de fundamentos para a manutenção da prisão preventiva.

Ao denegar o pedido de habeas corpus, entendeu o Tribunal que

“crimes dessa natureza devem ser tratados com maior rigor, sobretudo pelo fato de que implicam danos de grande monta à ordem pública,

¹⁸⁶ *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 29.

haja vista a ocorrência de inúmeros outros delitos que decorrem, direta ou indiretamente, do tráfico ilícito de drogas. A gravidade dessa conduta convence acerca da periculosidade da paciente e da necessidade de sua custódia para garantia da ordem pública”.

A crença na existência de ligação causal entre o uso de drogas e a prática de outros crimes, continuamente alimentada pela mídia, fornece aos juizes o ensejo para a condenação de suspeitos, acusados por outras práticas delituosas, servindo o passado ligado às drogas como poderoso instrumento de avaliação moral a reforçar provas frágeis e meros indícios.

Na Apelação nº 1178.463.3/0 (TJ/SP), depara-se com a condenação de réu, por crime de roubo qualificado, em concurso formal, às penas de nove anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, além da multa, em meio a conjunto de provas extremamente precário, dado que a subtração teria ocorrido nas proximidades de um bar, quando o suspeito e outros indivíduos se desentenderam com as vítimas, sobrevivendo posterior constatação de que objetos dos ofendidos teriam sido levados pelos agentes. O réu, indivíduo de vinte e três anos de idade, morador de favela, pardo, registrava um antecedente criminal e acabou preso em flagrante porque encontrado nas imediações, sem a posse de qualquer dos bens, sendo apontado pelas vítimas tão só como participante dos atos de agressão mas não da subtração propriamente dita.

Na sentença condenatória, onde se vê o peso do passado do acusado na formação do juízo de valor sobre sua responsabilidade pelo crime de roubo, eis que registrava antiga condenação por uso de drogas, afirmou o juiz que “o réu denotou personalidade deveras agressiva, avessa aos padrões de sociabilidade”, tratando-se de “sujeito envolvido com a criminalidade e condenado por uso de drogas”.

A manutenção no cárcere, durante meses ou até anos, à espera do julgamento, quando poderá o juiz reconhecer o erro na classificação (art. 28 e não 33 da Lei

11.343/06), significará que, para um fato que a lei não prevê pena privativa de liberdade, em determinados casos, o acusado poderá permanecer preso durante largo período de tempo, vivendo no mundo carcerário, de onde sairá apto a assumir de vez uma carreira delinqüente que poderia não ter sido iniciada. Nesses casos, exerce papel relevante a classificação, em delito mais grave, no caso o tráfico de droga, feita pelo promotor de justiça na denúncia, circunstância que, na prática, constitui obstáculo poderoso a que se confira ao acusado eventual liberdade provisória durante o processo.

Em caso ocorrido em município do Estado de São Paulo, no ano de 2006, o acusado foi preso com 1,18 g. de maconha no interior de sua residência, após denúncia de um adolescente, cooptado pela Polícia, que dele teria recebido porção da droga. A denúncia, porém, não se comprovou. A partir da prisão em flagrante, o réu permaneceu no cárcere por nove meses ininterruptos, sucedendo-se pedidos de liberdade provisória que eram sistematicamente denegados pelo juiz. A soltura deu-se exatamente no momento da prolação da sentença, que não reconheceu a situação de traficância e desclassificou a infração para a do art. 28 da lei 11.343/06.

Num dos pedidos formulados pela defesa para a obtenção da liberdade provisória, o juiz deixou consignado argumentação que deixa à mostra o rigor punitivo por parte dos juizes que parece exacerbar-se em pequenas cidades interioranas, a realçar a necessidade de reforço do controle social sobre pequenos infratores:

“considera-se que o município de C. tem aproximadamente doze mil habitantes e que a calma e a tranqüilidade de seus moradores têm sido reiteradamente ofendida em decorrência da prática de crimes como o que é imputado ao acusado. Diversamente de outras cidades, de grande porte, em que o crime de tráfico pode ser qualificado de corriqueiro, neste município faz diferença se um adulto vende droga a um adolescente, visto que a família do adolescente e a sociedade inteira serão efetivamente atingidas pelas conseqüências do ato” (TJ/SP Apelação nº 1161.678.3/1).

A negação da liberdade provisória, neste caso, desconsiderou, inclusive, a existência de critérios costumeiramente adotados para a concessão do benefício nas hipóteses de outros tipos de infração penal e outro perfil de agentes: “O fato de o requerente ter residência fixa e uma promessa de emprego não impede a prisão, nem enseja a liberdade provisória, ante os demais elementos constantes dos autos e retro referidos”.

Acusados presos em conjunto com outros suspeitos dão margem a que se lhes impute não só o crime do art. 33 da Lei 11.343/06 como também o do art. 35 da mesma lei, que retrata a hipótese de “associação para o tráfico”, vale dizer, associar-se com o objetivo de praticar qualquer dos delitos definidos na mesma lei. As condenações por ambas as ações criminosas, em concurso material, começam a multiplicar-se, cingindo-se as provas produzidas nos respectivos processos a denúncias anônimas não comprovadas, só referidas pelos policiais, meras suposições, indícios frágeis que, no entanto, na prática judiciária, servem como prova da associação criminosa. O resultado são penas elevadíssimas: cinco anos de reclusão como pena mínima pelo tráfico de droga (art. 33 da Lei 11.343/06) e três anos de reclusão pela associação (art. 35 da mesma lei).

Em caso ocorrido em cidade do interior do Estado de São Paulo, quando com o réu e outros dois indivíduos foram apreendidas porções de cocaína, acabou ele condenado às penas de cinco anos e seis meses de reclusão, além da multa, pelo delito do art. 33 da Lei 11.343/06, e de três anos e quatro meses de reclusão, além da multa, pelo crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06). As penas foram impostas um pouco acima do mínimo legal porque o réu tinha contra si, como antecedente, um outro processo ainda em andamento. A prova da existência da associação para o tráfico limitou-se a dizeres genéricos dos policiais dando conta de denúncias anônimas contra os três indivíduos, mas desacompanhadas de quaisquer outras provas, tendo um dos policiais afirmado, em Juízo, que sequer conhecia o réu.

Os crimes envolvendo o porte de drogas são caracterizados, pela dogmática jurídica, como crimes de perigo e não de dano. Crimes de dano são aqueles que exigem que a ação produza um resultado visível no mundo externo, como ocorre com a quase totalidade dos crimes patrimoniais. Nos crimes de perigo, a punição do agente tem como alvo formas de vida de pessoas determinadas, que, por seu proceder, assim avaliado pelos juizes e tribunais, podem representar perigo para a sociedade.

E a legitimidade da criminalização das drogas encontra guarida também em postulado da ciência penal, invocando-se a teoria do bem jurídico como justificadora da intervenção penal.

O porte de drogas, pois, assim como se dá com as figuras criminosas envolvendo o porte ilegal de armas, constitui instrumento poderoso de controle social de determinadas camadas da população. É considerada lícita, por exemplo, a diligência policial de busca em residência familiar, exceção ao princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio, na hipótese da apreensão da droga em seu interior. Para tanto, o argumento técnico que sustenta a tese é o fato de tratar-se de crime permanente, vale dizer, aquele em que a ação, representada, por exemplo, pelo verbo “portar”, se prolonga indefinidamente no tempo, ao contrário dos chamados crimes instantâneos. Trazer consigo, pois, alguma droga ilícita significa estar em constante estado de flagrância, de forma a ensejar a qualquer instante a diligência policial e a prisão em flagrante.

5. Em outra ponta do universo penal, as coisas são algo diferentes. A seletividade que marca a atividade de interpretação e aplicação das leis penais deixa revelar, com alguma clareza, a assimetria no tratamento dado a réus acusados da prática de outras infrações penais, diversas dos crimes de furto, roubo, extorsão e tráfico de entorpecentes, dentre outros.

Delitos como de estelionato, apropriação indébita, falsificações, crimes de natureza tributária ou contra o meio ambiente são objeto de processos em que o julgador costuma adotar critérios pessoais que divergem daqueles que emprega no julgamento dos demais feitos, nos quais os acusados normalmente apresentam perfis diferentes. Está-se diante de ações também classificadas como criminosas, que envolvem estratos menos homogêneos de pessoas, cuja prática se notabiliza por maior preparo pessoal dos agentes e, por vezes, por menor visibilidade da conduta. Muitos desses delitos situam-se em zona limítrofe dos ilícitos civis e apresentam situações mais complexas, que abrem ao julgador maior possibilidade de escolha para uma decisão absolutória ou despenalizadora.

Situam-se nesse rol de infrações os chamados delitos de colarinho branco, assim definidos por Edwin Sutherland como os que são praticados por pessoas de respeitabilidade e status social no curso de sua ocupação, sendo, ao contrário do que se pensa, bastante freqüentes¹⁸⁷.

A maior complexidade da ação, embora classificada como crime na lei penal, encontra no saber penal um campo propício seja para uma seleção dirigida à efetiva criminalização, seja, o que se dá em maior freqüência, para a descriminalização. Nessas hipóteses, costuma ser muito mais cômodo o emprego de ferramentas técnicas da ciência do direito, com vistas à descaracterização do crime, como o questionamento sobre a tipicidade e a culpabilidade.

Muitas dessas práticas, por sua própria conformação, prestam-se, por exemplo, com maior facilidade, à problematização do dolo, como no caso do crime de apropriação indébita (art. 168 do Código Penal), em que o ato de inverter a posse de algum objeto que lhe confiado temporariamente pode ser interpretado, em favor do agente, como simples demora na sua devolução.

¹⁸⁷ *El delito de cuello Blanco*. Trad. Rosa del Olmo. Ed. de la Biblioteca Universal Central de Venezuela, s/d.

Em caso julgado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, os réus, empresários acusados de apropriação indébita por ausência de recolhimento de contribuições previdenciárias, descontadas dos salários dos empregados, acabaram absolvidos porque

“a difícil situação financeira da empresa, conforme devidamente comprovado nos autos por meio do encerramento das atividades da empresa, corroborado por depoimentos testemunhais, acordo trabalhista realizado com os empregados e as inúmeras ações de execução existentes, autoriza o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa” (TRF-1ª T.- ACR 1999.03.99.005074-3/SP).

Nas hipóteses de práticas criminosas envolvendo atividade empresarial ou coletiva, torna-se mais fácil a não responsabilização criminal daqueles que porventura tenham praticado a ação delituosa em razão mesmo da necessidade de demonstrar-se o nexo causal entre a conduta pessoal do suspeito e o resultado danoso, o que, no seio de uma empresa ou agrupamento complexo de pessoas, se torna mais difícil. A solução absolutória constitui, nesse caso, um caminho de trilha mais cômoda.

Em caso ocorrido na capital paulista, tratando-se de fraude fiscal materialmente comprovada e classificada como crime, os réus, sócios responsáveis pela empresa, foram absolvidos por falta de provas. Tratou-se de lançamentos inexatos no livro de registro de saídas e nas notas fiscais, constituindo o chamado “espelhamento de notas”. Alegaram os réus que contrataram funcionário, espécie de sócio de fato, para cuidar da parte comercial e fiscal da empresa, pessoa que não logrou ser identificada no processo. Novamente a análise do dolo, elemento subjetivo da ação delituosa, levou à absolvição do réu. Segundo o juiz, o crime exige o dolo: “o simples fato de alguém ser sócio de uma empresa o torna civilmente responsável, mas a responsabilidade criminal depende de demonstração inequívoca do dolo” (TJ/SP Apelação nº 1.129.740.3/0).

No caso, a invocação da necessidade de demonstração do dolo constitui expediente garantista que significa atenção ao próprio princípio da legalidade. Crimes são dolosos ou culposos, sendo imprescindível a comprovação de uma dessas duas modalidades, que integram o fato típico penal. Tal questionamento, que leva à absolvição de grande número de acusados de crimes como estelionato, apropriação indébita, falsidade e outros, praticamente inexistente quando se trata de ações como furto, roubo ou porte de droga, tornando mais difícil aos agentes livrar-se dessas acusações se optarem por lançar dúvida sobre sua tipicidade.

A complexidade de tais ações, classificadas como crimes, reside justamente no fato de também constituírem operações de natureza civil e, portanto, lícitas, o que exige, para sua caracterização como infração penal, que o acusado tenha agido com a intenção de buscar o resultado, consciente da ilicitude da conduta.

Em tais delitos, a Polícia raramente age de ofício, mediante simples notícia dada até por terceiro. Ao contrário, a atuação policial necessita de provocação do interessado para a instauração da apuração, tal como ocorre, de forma paradigmática, com os crimes contra o sistema financeiro nacional, o que significa que, conforme o status do autor do crime, a negociação se torna possível e a vítima sequer oferece a “notitia criminis”, matando, no nascedouro, a intervenção do sistema penal¹⁸⁸.

Assim, situações dotadas de maior complexidade, muitas vezes também classificáveis como crimes, como nos casos dos delitos de estelionato, apropriação indébita e outros, prestam-se a soluções muito diferentes. Normalmente, tais ações, com ramificações de natureza comercial, podem motivar soluções não penais, amigáveis ou não, deixando de passar pelo primeiro filtro policial das delegacias. Já Sutherland advertia que no mundo dos

¹⁸⁸ Ela Wiecko V. de Castilho. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, p. 257.

negócios as pessoas tendem a usar métodos não penais, e uma violação do código legal não é necessariamente uma violação do código de negócios¹⁸⁹.

Na análise e julgamento de crimes como de estelionato e apropriação indébita, de competência do Tribunal de Justiça de São Paulo, percebe-se, por parte dos julgadores, em primeira e segunda instância, a influência de um olhar seletivo para os fatos, de forma a submeter a tipicidade da ação, com maior frequência, a um prévio e aprofundado exame, para o que contribui a proximidade entre a infração penal e um simples ilícito civil.

Uma segunda seleção costuma ocorrer no seio de tais sentenças, ainda que condenatórias, quando envolvem ações menos complexas, de responsabilidade de pessoas mais simples, em meio à prática de crimes como de estelionato e apropriação indébita. Trata-se, pois, de selecionar aqueles que com maior facilidade poderão ser condenados e ingressarão no sistema carcerário, não obstante dar-se a passagem por vias em que normalmente outros agentes encontrarão maior facilidade de obterem a imunização.

No caso do crime de estelionato, a situação paradigmática encontrada em número significativo de processos é a da aquisição de mercadorias em estabelecimento comercial mediante pagamento com cheque furtado e falsificado, a envolver, normalmente, produtos de pequeno valor, alimentos, roupas, pequenos objetos eletrônicos. É o que se dá no caso em exame na Apelação nº 1130.153.3/4 (TJ/SP), em que a ré, prostituta, adquiriu produtos no valor de R\$ 145,00, efetuando o pagamento com um cheque furtado e falsificado, que alegou ter recebido de um freguês em um programa. Acabou condenada às penas de um ano, quatro meses e dez dias reclusão, em regime inicial fechado, além da multa, porque reincidente.

Em muitos desses processos, percebe-se o uso de um discurso punitivo e endurecedor, sob o manto da defesa da ordem contra indivíduos perigosos, muito semelhante

¹⁸⁹ *El delito de cuello Blanco*. Trad. Rosa del Olmo, Ed. de la Biblioteca Universal Central de Venezuela, s/d, p. 169.

àqueles que presidem a avaliação dos autores de crimes de roubo, o que faz pensar na existência sempre presente de um paradigma criminológico centrado em determinados indivíduos, ainda que suas práticas sejam comuns ao mundo das trocas comerciais e dos negócios.

Em caso ocorrido em cidade do interior do Estado, em que o réu adquiriu uma filmadora pelo valor de R\$ 900,00, efetuando o pagamento com cheque furtado e falsificado, acabou condenado a uma pena fixada no dobro do mínimo legal, a cumprir em regime inicial semi-aberto, em razão de apresentar antecedentes criminais, muito embora tenha confessado a autoria do delito e a vítima tenha recuperado o objeto.

No julgamento do recurso de apelação interposto pela Defesa, assim se pronunciou, ao final do acórdão, o Tribunal de Justiça:

“A deterioração moral em destacados seguimentos da sociedade brasileira já alcançou níveis insuportáveis, a ponto de afetar a tranqüilidade social e a própria ordem pública. As práticas criminosas se tornaram condutas corriqueiras, de execução fácil e exercidas descaradamente, numa verdadeira inversão de valores. Por essa razão, o que na verdade compensa analisar é se a personalidade do indivíduo é ou não perigosa em razão simplesmente dos fatores apontados ou pela maior ou menor gravidade e as circunstâncias e conseqüências do ilícito praticado. A prática de todo crime grave, seja pela sua própria natureza ou em razão dos meios de execução empregados e da extensão danosa das seqüelas que causa, deixa clara a periculosidade do seu autor, independentemente de seus bons antecedentes, de possuir residência fixa e cuja condição econômica, funcional, social ou familiar no distrito da culpa faça pressupor um vínculo pessoal e psicológico a ele, capaz de evitar sua fuga ou a possibilidade de prosseguir na senda do crime. Isto porque o ato antijurídico executado nessas condições demonstra a exteriorização do instinto criminoso latente do agente, até então guardado em seu inconsciente (“id”) e inibido pelo consciente (“superego”), este formado pelas informações recebidas pelo indivíduo do meio social em que vive. Uma vez rompido ou viciado o mecanismo inibidor, o instinto criminoso se manifesta e se exterioriza em atos. E se o fator inibidor já está deformado pela introjeção de conceitos e práticas antijurídicas, nada conterà a reiteração de condutas criminosas por parte do indivíduo. Assim, ainda que pratique um só delito, o agente pode ser considerado perigoso, possuidor de potencialidade para prosseguir na vida de

crimes e, por essa razão, deve ser segregado e apenado com uma sanção que seja a medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime” (TJ/SP 993.08.032065-9).

Em outras situações, envolvendo ações que tangenciam o mundo dos negócios e das relações entre pessoas pertencentes a estratos sociais mais significativos, sob o ponto de vista econômico, as ações penais são mais facilmente encaminhadas à absolvição. É o que se vê nos autos da Apelação nº 993.08.009547-7 (TJ/SP), em que a ré foi acusada de praticar crime de apropriação indébita por ter-se apropriado de expressiva quantia em dinheiro, na qualidade de curadora do ofendido, pessoa incapaz, que teria sido utilizada em proveito próprio. A par do desvio, contudo, a ré teria em seu favor créditos decorrentes da própria atividade de curatela do incapaz.

O argumento básico para o afastamento da solução penal do caso é o de tratar-se de questão civil e não penal:

“Nessa situação, é no âmbito do Direito Civil e não sob o manto do Direito Penal, que se deve resolver a questão. Dos desacertos de contas entre o agente e o ofendido não decorre perigo essencial para os relacionamentos sociais e não se verifica dos autos que a primeira tivesse praticado condutas semelhantes com outros membros da comunidade local, não se vislumbrando a hipótese de que o agente se volte a ataques contra o patrimônio de toda a coletividade, ou mesmo que prossiga pondo em risco aquele pertencente ao ofendido. Não há, pois, necessidade de que o eventual ilícito receba sanção através de pena, sendo suficiente outros meios jurídicos à disposição do ofendido, para reparação de seu direito”.

Advogados que se apropriam indevidamente de bens e valores de seus constituintes alegam, em defesa, serem detentores de crédito relativo à sua atuação profissional, que devem motivar a compensação de débito e crédito, descaracterizando, pois, o crime de apropriação indébita. A tese encontra guarida na jurisprudência, que, na maioria dos

casos, entende imprescindível à tipificação do delito a prévia realização de prestação de contas para constatação do desvio.

Em caso concreto analisado, o réu desviou a totalidade da quantia levantada em processo em que atuou em defesa da vítima, no valor de R\$ 16.717,86. A vítima do desfalque, na prévia ação de prestação de contas, saiu vencedora, o que equivale dizer que não foi reconhecido o direito ao crédito de honorários do advogado, que justificaria o desvio da importância levantada nos autos. Ocorre que a demora no trâmite da ação de prestação de contas fez com que, mesmo com a posterior instauração da ação penal, instaurada cinco anos após os fatos, e condenação do réu às penas de um ano e quatro meses de reclusão e multa, fosse reconhecida a prescrição da pretensão punitiva. A condenação do réu, portanto, restou praticamente inexistente (TJ/SP Apelação nº 990.08.113700-3).

Em casos de apropriação indébita praticada por profissionais, como advogados, contadores ou outros prestadores de serviços, a existência de acertos financeiros posteriores, ainda que parciais, levam os juízes a colocar em dúvida a caracterização do delito que, nessas condições, pode ser mais facilmente classificado como mero ilícito civil. Tais acertos tornam questionável a existência do elemento subjetivo do crime – o dolo – no sentido de não poder-se afirmar se o agente pretendia mesmo apropriar-se de bens do ofendido ou simplesmente exercer seu crédito, com vistas a posterior acerto.

Em um desses casos, o réu apropriou-se da quantia de R\$ 21.252,40 pertencente à vítima, em cujo nome moveu ação previdenciária contra o INSS visando receber quantias em atraso relativas a pensão por morte. Muito tempo depois, como a vítima descobrisse o desvio da totalidade da quantia por parte do advogado, este realizou acordo com ela, entregando-lhe parte da importância. Tal acerto levou o juiz à absolvição do réu, acusado da prática do crime de apropriação indébita:

“A dúvida sobre o dolo é reforçada pela possível existência de novos ajustes... o que dificulta afirmar, com segurança, que o acusado agiu com a intenção de apropriar-se, indevidamente, do dinheiro alheio, embora a hipótese também não fique descartada” (TJ/SP Apelação nº 990.08.133030-0).

Em outro feito criminal, os réus foram condenados, em primeira instância, por crime de estelionato, por terem adquirido mercadorias efetuando o pagamento com a entrega de nota promissória com nome e endereços falsos, iludindo a vendedora, que veio a sofrer o prejuízo correspondente, já que o débito não foi honrado.

Em segunda instância, acabaram absolvidos, ficando consignado no julgado que

“a hipótese do processo configurou-se tão-somente ilícito de natureza civil, por parte dos acusados, visto que deixaram apenas de pagar o preço devido pela prestação obtida. Isso porque, ao preencherem a nota promissória com nomes e endereços falsos, tal em momento algum veio a iludir ou manter a vítima em erro no que concerne à esperança de receber a respectiva contraprestação por mercadorias que quiçá eram fruto de contrabando... Ademais, do fato de as notas promissórias, incorretamente preenchidas, terem sido entregues à vendedora, como forma de pagamento, não se pode concluir que esta (vendedora), parte no respectivo negócio jurídico de compra e venda ocorrido, tenha sido induzida ou mantida em erro. O comércio jurídico, na acepção do termo dada por Von Jhering, na obra “A Evolução do Direito”, exige, por parte dos contraentes, certa dose de prudência, na realização de negócios jurídicos que, no caso, a própria vendedora (inicialmente denominada de vítima) desprezou, máxime por se tratar de apenas e tão-somente promessa de pagamento a que foi feita pelas acusadas”¹⁹⁰.

Na aplicação e interpretação das normas penais de natureza tributária (crimes contra a ordem tributária), percebe-se com toda a clareza possível a tendência a

¹⁹⁰ Constata-se, na argumentação do acórdão, o intento de descaracterizar a posição de vítima da ação criminosa, para o que se serve, inclusive, da suposição de que talvez a mercadoria adquirida fraudulentamente pelos réus fosse produto de contrabando, como que a questionar a boa-fé da ofendida que, assim, não poderia considerar-se iludida, como exige o tipo penal do estelionato no art. 171 do Código Penal. Por outro lado, para descaracterizar a fraude e qualificar o fato como simples ilícito civil, ao retratar a inserção de dados falsos nas promissórias, que constitui o núcleo da fraude, também essencial à caracterização do crime, referiu-se, de forma significativa, ao fato de as notas promissórias terem sido “incorretamente preenchidas”, como se se tratasse de um equívoco, quando, em verdade, foram objeto de falsidade ideológica.

afastar das ações previstas em lei como crimes, como os da Lei 8137/90, sua natureza delituosa, o que se faz, por exemplo, recorrendo-se a um efetivo questionamento do elemento subjetivo (dolo) do agente. O objetivo é mesmo o de dirigir um determinado olhar para a ação como atividade comercial lícita, no interior da qual se há de perquirir a respeito da eventual ilicitude penal, o que abre amplas possibilidades de imunização criminal.

A licitude *prima facie* da ação empresarial parece facilitar as coisas sob o ângulo da pretensão de descaracterizar a figura criminosa, a qual é sempre examinada em meio ao contexto da atividade comercial ou industrial, constituindo a ilicitude penal, pois, desvio do curso ordinário da ação.

Em julgamento de ação penal contra empresário de cidade do interior de São Paulo, acusado de crime de sonegação fiscal (definido nos arts.1º e 2º da lei 8137/90), o réu acabou absolvido. Segundo o juiz, a “questão restringiu-se ao âmbito do Direito Tributário”, vale dizer, não chegou a adquirir contornos penais. O empresário creditara-se em 1% do ICMS, alegando a inconstitucionalidade da alteração da alíquota estadual de 17% para 18%, problematizando a natureza criminal da ação praticada, obtendo a receptividade do julgador.

A decisão do juiz foi mantida em segunda instância, em que restou valorizada a intenção do réu ao questionar a constitucionalidade da alteração normativa:

“Da análise da prova arremetida, verifica-se que a empresa, entendendo excessiva e inconstitucional a majoração da alíquota, e ainda, baseada em decisões jurisprudenciais que professavam tal entendimento, julgando ter direito à restituição dos valores, creditou-se das diferenças pagas a maior, acreditando serem indevidos os recolhimentos efetuados. Assim, não se contempla na hipótese a vontade livre e consciente do apelado em realizar a norma penal incriminadora, vedando-se a vetusta responsabilidade penal objetiva” (TJ/SP Apelação nº 993.05.038217-6).

A mesma câmara criminal do Tribunal de Justiça, que manteve a absolvição, no caso do crime de sonegação fiscal, negou provimento a recurso de Agravo em Execução interposto por sentenciado que cumpria pena em estabelecimento carcerário do Estado por crime de tráfico de entorpecente, considerado hediondo. Pretendia ele obter a progressão de regime após cumprir 1/6 da pena, como permite a Lei de Execução Penal (Lei 7210/84), argumentando com a inconstitucionalidade da vedação da proibição, que constava da lei dos crimes hediondos (Lei 8092/90, art. 2º). Ocorre que o Supremo Tribunal Federal julgara inconstitucional referido artigo de lei, entendendo, pois, que também os réus condenados por crimes hediondos faziam jus à progressão de regime após cumprimento de 1/6 da pena.

No caso, rechaçando o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que, já nessa época se fez praticamente unânime, orientando, inclusive, a mudança da lei dos crimes hediondos, de forma a propiciar a progressão de regime para todos os réus, o Tribunal de Justiça afastou a possibilidade de progressão, entendendo que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi proferida em mero controle difuso de constitucionalidade e, portanto, destituída de efeito *erga omnes* (contra todos).

Determinadas infrações penais costumam ter uma longa vida antes de eventualmente ingressarem no sistema policial e criminal, como ocorre com golpes de estelionato, desvios, fraudes comerciais, ilícitos tributários. É extenso, por exemplo, o caminho da filtragem nos chamados crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem tributária, sujeitos a negociações e acordos nos escaninhos administrativos, onde, em maior parte, são objeto de solução não judicial, embora sejam classificados como infrações penais. Basta, segundo a jurisprudência, o questionamento da obrigação tributária no âmbito administrativo para colocar em dúvida a tipicidade da conduta daqueles que praticam as ações descritas na lei (TJ/SP Habeas Corpus nº 836.465.3/3).

No mesmo sentido, se houver o parcelamento da dívida antes de iniciada a ação penal (RT 847/546), originariamente reservado apenas a débitos com a Fazenda Nacional. Argumentos que levam em conta o princípio da isonomia, contudo, estendem aos demais débitos a solução que extingue a punibilidade dos réus:

“se o parcelamento ou pagamento integral do débito com a Fazenda Federal são considerados causas extintivas da punibilidade dos crimes de sonegação fiscal, previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8137/90, o mesmo tratamento, analogicamente, é de ser dado ao devedor da Fazenda Estadual (débito relativo a ICMS), como no caso em apreço” (TJ/SP Embargos nº 427.680.3/9-01).

Tais crimes, de competência da Justiça Federal, têm no Banco Central o principal mecanismo de seleção, o que torna insignificante o número de feitos criminais em Juízo, como esclarece Ela Wiecko V. de Castilho, considerando a natural ineficiência e demora na comunicação dos casos à Polícia, após as frustradas soluções administrativas. A par das hipóteses de negociação entre o infrator e o Banco Central, a comunicação dos casos só costuma ser feita na hipótese de instauração de processo administrativo e com aplicação de penas¹⁹¹.

Essas circunstâncias talvez possam explicar o número expressivo de condenações dos réus, em sua maioria mantidas em segunda instância (66,7%), nos processos por crimes contra o sistema financeiro nacional (lei 7492/86), verificadas nas varas federais, conforme apontado em recente pesquisa realizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, não obstante as insignificantes penas de prisão impostas aos réus, eis que os juizes podem optar por penas alternativas para condenações que não ultrapassam quatro anos. A maioria dos artigos da lei 7492/86 comina penas entre dois e seis anos de reclusão.

¹⁹¹ *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, p. 230.

A propósito, em processo criminal que tramitou em cidade do interior do Estado de São Paulo, os réus foram acusados da prática de crimes tributários consistentes em inúmeras fraudes fiscais em empresa (frigorífico) de sua propriedade, que se dedicava à comercialização de carnes, fatos ocorridos nos anos de 1997/1998. Sucedeu-se uma longa apuração administrativa fiscal, que só se transformou em ação penal em março de 2005. Os réus acabaram condenados às penas de três anos e quatro meses de reclusão. Entretanto, na sentença, reconheceu o juiz a continuidade delitiva, apesar da manifestação contrária do Ministério Público.

Como já ficou dito, nos crimes de roubo, com várias ações repetidas em tempo razoável, especialmente naqueles em que se encontra em concurso roubo e extorsão, dificilmente os juízes criminais reconhecem em favor dos réus o instituto da continuidade delitiva, o que resulta na somatória das penas das várias subtrações, a atingir montante expressivo.

No caso dado como exemplo de crime contra a ordem tributária, a pena foi fixada o mínimo de dois anos, com o acréscimo de $\frac{3}{4}$ à conta da continuidade delitiva, a resultar em penas de três anos e quatro meses de reclusão. Ocorre que a prescrição regula-se pela pena de cada delito – no caso de dois anos de reclusão – dando-se no prazo de quatro anos, como estabelece o art. 109 n° V do código penal, não se computando o aumento, conforme dispõe o art. 119 do mesmo código. Com o recurso da defesa, restou caracterizada a prescrição da pretensão punitiva, eis que o prazo de quatro anos decorreu entre os fatos e o início da ação penal (recebimento da denúncia), como dispõe a lei. A condenação dos réus, portanto, nada significou, sendo afastada em segunda instância, que reconheceria a prescrição da pretensão punitiva (TJ/SP Apelação n° 993.07.051468-0).

6. Situação semelhante dá-se com as punições envolvendo os crimes contra o meio ambiente, em que as condenações verificadas envolvem, em sua grande e expressiva maioria, pequenos pescadores, caçadores de animais silvestres e comerciantes de espécimes proibidas, cortadores de palmitos, motoristas a transportarem produtos animais ou vegetais de terceiros etc.

Em caso ocorrido em cidade do interior do Estado de São Paulo, a condenação a pena detentiva, substituída por restritiva de direitos e multa, atingiu indivíduo que abatera uma capivara, portando ainda uma espingarda com que praticara a caça, sofrendo ainda a pena de três anos de reclusão, pelo porte ilegal da arma. Preso em flagrante, tendo em seu poder o animal abatido, tratava-se de trabalhador rural, analfabeto, pai de quatro filhos e primário, tendo confessado a prática dos delitos (TJ/SP Apelação nº 1174.220.3/3).

O caso concreto referido pode ser apresentado como um verdadeiro paradigma dos processos envolvendo réus acusados e condenados pela prática de crime contra o meio ambiente, nos termos da lei 9605/98, considerando a extraordinária recorrência de sentenças condenatórias em situações assemelhadas. Tais são as hipóteses de extração ilegal de eucalipto de área com 25m³ (TJ/SP Apelação nº 993.07.042298-0), realização de um pequeno roçado em sua propriedade para fins de cultivo, com 0,37 h. (TJ/SP Apelação nº 993.07.11241288), com 0,28 h. (TJ/SP Apelação nº 993.05.027147-1), derrubada de algumas árvores para a construção de casa própria (TJ/SP Apelação nº 1127.223.3/7), ou de um campo de futebol (TJ/SP Apelação nº 993.08.048350-7).

De todos esses casos, o que chama mais a atenção, contudo, é o referente à prisão e condenação de pequenos pescadores, muitos deles surpreendidos quando ainda sequer haviam recolhido qualquer peixe do curso de água. Dois desses réus foram condenados, respectivamente, às penas de um ano e quatro meses e um ano e dois meses de detenção, pelo delito do art. 34 da lei 9605/98 (atividade de pesca ilegal), por terem sido

surpreendidos a pescar um dourado. E o grande argumento técnico para a condenação e afastamento do princípio da insignificância é o de tratar-se de delito de natureza formal, a prescindir, pois, de resultado, e, ao mesmo tempo, por atingir bem jurídico de grande relevância:

“Não procede a alegação de insignificância da conduta dos réus, por terem pescado apenas um peixe. O prejuízo ao meio ambiente é em potencial, não depende da quantidade de peixe pescado. Somente o ato de pescar já caracteriza o delito, mesmo que nenhum peixe tenha sido pego. É delito de mera conduta” (TJ/SP Apelação nº 975.171.3/6).

Outras espécies delitivas costumam adaptar-se melhor ao intento de utilização do princípio da insignificância – uma teoria jurídica bem elaborada, apoiada em uma interpretação sistemática da totalidade do ordenamento penal – a resultar no reconhecimento da atipicidade das condutas e absolvição dos acusados.

Em caso que envolveu a prática, por três réus, de crime de descaminho (art. 334 do Código Penal), cujo valor total da mercadoria era de R\$ 7.500,00, entendeu-se que o prejuízo deveria ser considerado individualmente, a dividir entre os três réus, de forma que cada um deles teria causado lesão patrimonial de R\$ 2.500,00, fazendo, assim, jus ao reconhecimento do chamado crime de bagatela. Argumentou o Tribunal Regional Federal com a existência de portaria do Ministério da Fazenda que determinou a não inscrição, como dívida ativa da União, de débitos no valor de até R\$ 1.000,00 e, ao mesmo tempo, o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos de até R\$ 10.000,00 (TRF3 Recurso nº 2003.61.24.001568/SP).

7. Na investigação de crimes contra o sistema financeiro e crimes de natureza tributária, em que, muitas vezes a realização de diligências é autorizada pelo Poder Judiciário, como buscas domiciliares e violações de sigilo, percebe-se com nitidez o desconforto sofrido

pelos investigados e as repercussões externas, inclusive no mundo da ciência jurídica e seus operadores. Quando a Polícia, de alguma forma, procede à prisão de sonegadores e à realização de diligências com exterioridade e presença de órgãos de imprensa, os escaninhos mais tradicionais do mundo jurídico não deixam de manifestar sua preocupação, quando não a formulação de crítica feroz contra a atuação policial e judicial, qualificada de arbitrária e atentatória ao princípio da presunção de inocência.

Foi o que ocorreu em episódio que teve como objeto investigação sobre importante loja de roupas importadas de São Paulo, que resultou, inclusive, na busca e apreensão de documentos e na prisão, por alguns dias, dos empresários responsáveis pelo estabelecimento.

Em entrevista ao jornal “Folha de S. Paulo”, advogado e jurista renomado definiu a investigação como opção ideológica, recorrendo, de forma paradoxal, ao conceito de *seletividade* para qualificar a operação: “sou inteiramente favorável à apuração da verdade, mas isso se faz com auto de infração e direito de defesa”. O mesmo profissional mostrou-se ainda contrário ao combate à sonegação pela via da fiscalização, deixando entrever a contrariedade com sua classificação como crime, sustentando que a solução seria a redução da carga tributária, argumento recorrente do universo empresarial brasileiro:

“o que conteria a sonegação seria a redução da carga tributária. O aumento da fiscalização pode reduzir a economia informal e, portanto, a economia. Pode criar sistemas mais sofisticados de fraude e até afastar investimentos... As autoridades atacam aqueles que geram empregos”¹⁹².

Situação semelhante se verificou no episódio da prisão de ex-governador do Estado de São Paulo, acusado da prática de inúmeras fraudes fiscais e financeiras envolvendo remessas de dinheiro ao exterior. Seu advogado, reconhecido profissional da advocacia,

¹⁹² “Folha de S. Paulo”, 17.07.2005.

declarou na imprensa: “É inaceitável, Maluf foi governador, prefeito duas vezes, deputado, quase presidente da República, está com 74 anos. Qual a razão de sua prisão?”. Referindo-se a Flávio Maluf, filho do ex-governador, o advogado afirmou: “Flávio tem três filhos, presidente de quatro empresas, empregador de 3 mil brasileiros, um homem que trabalha de sol a sol. Qual é a razão para prendê-lo?”. Por fim, arrematou que Maluf e o filho “não são perigosos, não ameaçaram ninguém”¹⁹³.

De outra parte, no exame dos processos criminais, depara-se com a negativa da possibilidade de o réu, condenado em primeira instância, recorrer em liberdade quando se trata de crime de roubo, mesmo se preenche os critérios comumente estabelecidos pelos próprios juizes e tribunais para a concessão do benefício.

Em caso levado ao Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, os juizes decidiram:

“é extremamente sério o crime de que é acusado o paciente, envolvendo grave ameaça à pessoa mediante comparsaria numerosa, conduta das mais temidas pela sociedade. Daí porque, em princípio, ocorrentes periculosidade e personalidade distorcida por parte do agente, em risco a incolumidade pública” (Habeas Corpus nº 476.992/2).

O acórdão registrou ainda que pouco importa “ser o paciente primário e possuidor de residência fixa, máxime porque o interesse social há de prevalecer”.

De registrar-se que autores de crimes patrimoniais, como furto qualificado e roubo, quase nunca são aquinhoados com o benefício da liberdade durante o processo, em razão do critério que exige, para a desnecessidade da prisão preventiva, residência fixa na comarca e ocupação lícita, a que dificilmente podem obedecer. No caso citado, o réu preenchia os requisitos estabelecidos pela prática judiciária, mas, mesmo assim, não pôde

¹⁹³ “O Estado de S. Paulo”, 11.09.2005 .

obter a liberdade ao interpor o recurso, em razão da exigência do “interesse social”, invocada pelo juiz em sua decisão.

Pesquisa realizada por Fabiana Costa Oliveira Barreto em processos criminais em cinco capitais brasileiras (Belém, Recife, São Paulo, Porto Alegre e Distrito Federal), nos casos de furto, constatou que 2/3 dos feitos iniciou-se por auto de prisão em flagrante, sendo a regra a manutenção dos suspeitos presos após a comunicação do flagrante, o que se verificou, em especial, em São Paulo¹⁹⁴.

Segundo a pesquisa, mais de 30% das prisões, nos casos de furto, ultrapassava a cem dias, contrariamente, portanto, ao que estabelecem as normas processuais penais. Ao mesmo tempo, mais de 2/3 dos processos de furto com condenação em primeira instância resultam em penas alternativas à prisão, o que significa que os réus se mantiveram presos mesmo não sofrendo posterior pena privativa de liberdade.

De acordo com a mesma pesquisa, os réus presos, em razão da acusação da prática de crime de furto, que não possuem advogado constituído, permanecem mais tempo – aproximadamente o dobro - na prisão do que aqueles que são assistidos por defensores nomeados pelo Juízo. O dado da pesquisa revela que réus com maiores recursos financeiros, portanto, permanecem encarcerados, em prisão provisória, nos casos de furto, por menor tempo que aqueles que, por não disporem de recursos, são assistidos por defensores nomeados, sendo, pois, mais vulneráveis à criminalização em razão da maior permanência no sistema carcerário.

A prisão provisória, pois, consistiu em ilegal antecipação da pena, sendo cumprida em condições muito mais graves que o regime fechado, que poderia aplicado na sentença, pois, a manutenção do suspeito se dá normalmente em espaços precaríssimos de delegacias, em que os direitos básicos dos presos não são costumeiramente observados.

¹⁹⁴ *Flagrante e prisão provisória em casos de furto*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

O perfil dos processados, segundo a mesma pesquisa, revelou tratar-se de homens jovens com baixa escolaridade, com maior número de negros que brancos, proporcionalmente à população da região, com alto índice de desempregados. A autora interpretou o fato, afirmando que

“entre a descoberta do furto e a comunicação do fato à polícia existe espaço para diversas soluções informais. A maior presença de negros presos em flagrante pode indicar que os furtos por eles praticados são menos tolerados e dão margem a menos soluções informais”¹⁹⁵.

A prisão provisória, ocorrida no início ou decorrer do processo, ostenta grande significado para o futuro dos réus detidos, uma vez que, segundo entendimento jurisprudencial praticamente pacífico, aqueles acusados que já se encontravam presos durante o processo em primeira instância, uma vez condenados e, no caso da interposição de recurso contra a decisão condenatória, devem aguardar presos seu trânsito em julgado, ainda que primários e de bons antecedentes.

Ao denegar a liberdade provisória a três acusados, menores de vinte e um anos de idade, primários e sem antecedentes criminais, presos em flagrante por crime de porte ilegal de arma por transportarem uma arma com a numeração alterada, assim decidiu o juiz:

“há de se preservar, principalmente, os direitos humanos dos homens de bem, que trabalham diuturnamente e que sofrem, diuturnamente, com a onda de criminalidade que assola nossa comarca. É aos homens de bem, em última análise, que se destina o Direito Penal” (TJ/SP Apelação nº 990.08.097303-7).

Em contrapartida,

¹⁹⁵ Op. cit., p. 89.

“se o réu respondeu solto a todo o processo da ação penal, assim deve permanecer mesmo após o édito condenatório, ressalvadas as hipóteses de presença dos pressupostos e motivos da custódia cautelar (art. 312 do Código de Processo Penal), suficientemente demonstrados pelo Magistrado sentenciante”.

Tratava-se de decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que o réu foi condenado por crime contra a ordem tributária (STJ - HC nº 38.158-PR, votação unânime).

Eventual excesso de prazo da prisão antes da sentença condenatória, que constitui irregularidade processual e constrangimento ilegal para o acusado preso, há de ser relevado em determinadas situações, mesmo diante da determinação de prazos certos para os diversos atos processuais que, somados, não podem ultrapassar determinado limite fixado em lei. A relativização dá-se especialmente nos processos por crimes de roubo, extorsão e até furto, quando se trata de réus qualificados de perigosos:

“Excesso de prazo. Período que não é matemático, fatal ou peremptório. Mera criação jurisprudencial que pode ser dilatada, face aos acontecimentos de cada caso. Roubo duplamente qualificado pelo emprego de arma e comparsaria, extorsão mediante seqüestro qualificada e quadrilha ou bando armado, em concurso material e em concurso de pessoas. Crimes que revelam prática de extrema violência e temibilidade do agente. Incompatibilidade da liberdade, para casos de crimes graves” (TJ/SP HC 1152.444-3/3).

8. No mundo repleto de informações em que vivemos, em que as notícias de crimes ocupam espaços cada vez maiores nos veículos de comunicação de massa, é impossível menosprezar sua influência sobre a atuação dos operadores do Direito. Os meios de comunicação constituem um poderoso instrumento de saber, do qual se serve a população para informar-se sobre o que ocorre no cotidiano de suas vidas. Entre a mídia e o sistema penal, a interação é cada vez mais intensa, passando os meios de comunicação a exercer um papel ativo na seletividade penal, não só no que se refere ao mecanismo de criação de novas

leis penais como também no trabalho de aplicação das leis, especialmente por juízes e promotores.

Segundo Raul Cervini, a opinião pública constitui elemento importante nos processos de criminalização e descriminalização do sistema. O manejo sensacionalista das páginas policiais representa gancho para aumentar as vendas e influenciar o sistema penal, no sentido de difundir discursos justificadores de novas definições legais e sistemas de penas. Referindo-se a leis penais da Argentina, Uruguai e Brasil, Cervini arisca afirmar que a quase totalidade das normas ultimamente promulgadas que criminalizam novas condutas ou aumentam penas foram sistematicamente precedidas e acompanhadas de intensas campanhas nos meios de comunicação de massa¹⁹⁶.

Para Sérgio Salomão Shecaira, a informação nada mais é que uma mercadoria, submetida às leis da oferta e da procura, sendo certo ainda que o fascínio que o crime e o criminoso exercem tem como objetivo diferenciar o “homem de bem” do criminoso, esclarecendo que “o reforço do seu estereótipo permite não deixar dúvidas quanto à condição de pessoas honestas que cada um atribui a si próprio”¹⁹⁷. Tais características parecem fornecer uma boa explicação sobre a atração que a mídia policial exerce sobre as pessoas, o que faz com que também exerça influência sobre o sistema penal como um todo, a incluir a justiça criminal.

A atuação da imprensa sobre os meios de controle do crime, no entanto, gera distorções significativas, eis que ela própria procede a uma seleção dos fatos que devem merecer tratamento jornalístico, optando normalmente por retratar uma criminalidade mais violenta, que apela aos sentimentos, ao medo e à demanda por segurança. O medo constitui elemento relevante para o trabalho seletivo dos legisladores e também dos operadores do

¹⁹⁶ *Incidencia de las mass media em La expansion del control penal em latinoamerica*. In “Revista Brasileira de Ciências Criminais” nº 5, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, pp. 37-54

¹⁹⁷ *Midia e crime*. In “Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva”, São Paulo: Editora Método, 2001, pp. 353-367.

Direito, intermediado pelos meios de comunicação de massa, na medida em que, por exemplo, não há uma correspondência entre os delitos registrados nos meios oficiais e aqueles que são reproduzidos na mídia, como ocorre com os pequenos furtos e agressões.

Ao contrário, crimes mais graves ocupam a quase totalidade das notícias, notadamente os crimes violentos, que são superestimados (seqüestros, estupros). Tais distorções, no entender de Débora Regina Pastana,

“acabam se refletindo em políticas públicas igualmente distorcidas: orientações para tratar com mais rigor os migrantes e pobres, criação de grupos especiais anti-seqüestros, leis mais repressivas contra usuários de drogas ou contra crianças e adolescentes etc.”¹⁹⁸.

Nesse sentido é que se aponta o cultivo daquilo que se pode definir como uma aparente irracionalidade por parte dos órgãos de imprensa, que favorecem a separação entre cidadãos bons e maus, como esclarece Shecaira, ou mesmo entre a Polícia e os criminosos. Segundo Francesco Baratta, as notícias de delitos parecem atrair pessoas mais conservadoras porque elas são menos relativistas. Pessoas mais relativistas se interessam menos pelos crimes. Daí porque a demanda pela mídia do crime leva a imprensa a um maior conservadorismo no relato dos crimes e castigos¹⁹⁹.

Para Nilo Batista, no Brasil a imprensa legitimou sempre intensamente o poder punitivo da burguesia, flertando com o positivismo criminológico, assumindo um discurso defensivista-social. O controle penal dos “vidas tortas” (vadios, prostitutas,

¹⁹⁸ *Cultura do Medo*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 74.

¹⁹⁹ *El drama del delito en los mass media*. In “Delito y sociedad” n° 11-12. Buenos Aires: Ed. La Colmena, 1998.

mendigos) recebeu sempre o incentivo da imprensa brasileira, tal como hoje ocorre com a ação policial nas favelas²⁰⁰.

A aposta em uma agenda punitiva realizada pela mídia, muitas vezes encampada e até desenvolvida pelo sistema penal, parece ter por trás de si, na verdade, um mecanismo de reativação do poder, como mostra Michel Foucault a propósito das punições públicas existentes nos séculos XVII e XVIII, naquilo que denomina o “funcionamento político da penalidade”, que “procura a renovação de seu efeito no brilho de suas manifestações singulares; de um poder que se retempera ostentando ritualmente sua realidade de superpoder”²⁰¹.

Esse o papel da grande imprensa nos dias de hoje, ao cobrir os crimes de roubo, seqüestro, homicídio e estupro, buscando trazer o povo para o palco da punição e, assim, reforçar a seleção para que a punição desses agentes possa parecer uma medida absolutamente natural e universal. A cena cotidiana desses crimes é a de um teatro trágico, como mostrou Balandier, no sentido de que “a meta do drama é a morte física ou moral daqueles que o poder acusa em nome da salvaguarda da forma e dos valores supremos da sociedade”²⁰².

A construção de estereótipos do crime e do criminoso por parte da mídia serve de elemento legitimador da atuação judicial, a ponto de gerar uma espécie de dependência dos meios de controle em relação aos meios de comunicação. O autor do crime de contrabando, por exemplo, vem sendo associado à figura do camelô que vende CDs piratas nas ruas das grandes cidades, assim como o traficante, identificado quase sempre com a figura do subproletário desempregado e de baixa condição social.

²⁰⁰ *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. In “Discursos sediciosos”, vol. 12, Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002, pp. 271-288.

²⁰¹ *Vigiar e punir*. Trad. Lígia M. Pondé Vassallo. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1977. pp. 46 e 52.

²⁰² *O poder em cena*. Trad. Luiz Tupy Caldas de Moura. Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 10.

Ao mesmo tempo, a mídia policial procura negar enfaticamente qualquer determinismo nos crimes patrimoniais praticados pelos pobres, livrando os caminhos da responsabilização criminal de todo escrúpulo. Os malefícios da prisão são sempre relacionados com os não violentos, os consumidores, o que não ocorre com os violentos, os consumidores falhos, como esclarece Nilo Batista²⁰³. Daí a facilidade com que as campanhas promovidas pela imprensa em torno dos rumorosos casos de crimes resultam, quase sempre, em decisões judiciais consentâneas com as demandas explicitamente apresentadas nos órgãos de comunicação. Tal se deu, por exemplo, nos casos de homicídios em que são acusados, em São Paulo, Suzane Richthofen e os irmãos Cravinhos, o casal Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá, cujas prisões preventivas são de duvidosa legalidade, mas atendem aos sempre invocados reclamos da sociedade.

De outra parte, a postura dos promotores de justiça e juízes nos processos criminais, quando ingressa no noticiário da mídia, produz alteração na construção jurídica do crime na esfera judicial e na própria solução do conflito penal, exercendo influência também sobre o perfil da mídia policial. Segundo o jornalista Luís Nassif, referindo-se ao trabalho do Ministério Público, pode o trabalho “sendo uma parte do processo, servir para manchete escandalosa que vai provocar o clamor das ruas e acabar pressionando o juiz a atropelar direitos individuais”²⁰⁴.

A interação entre a atuação do Ministério Público ou da Justiça e a mídia pode ser constatada em grande número de feitos. Em um dos processos analisados, o réu, dono de uma padaria na cidade de Guarulhos, adquiriu alimentos (bolachas) de um desconhecido, sem a competente nota fiscal. Condenado a três anos de reclusão, substituída a

²⁰³ *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. In “Discursos sediciosos”, vol. 12, Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002.

²⁰⁴ *O Ministério Público e a Mídia*. In Folha de S. Paulo, 18.07.2000.

pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, recorreu à superior instância.

Em sua manifestação nos autos, o promotor de justiça, para sustentar a necessidade da condenação, fez referência ao roubo e receptação de cargas como condutas “nocivas à sociedade ordeira e produtiva, e que vem crescendo de forma desenfreada nos últimos tempos, a ponto de encarecer o processo de produção, até que, quem sabe um dia, o inviabilize”. A fala do representante do Ministério Público, como se vê, deixa a nu o papel positivo da aplicação da lei penal na manutenção da ordem econômica.

A mesma manifestação já referida traz à cena dos autos matéria publicada no jornal “O Estado de S. Paulo”, em que é ressaltado o prejuízo sofrido pelas transportadoras em seis meses, no ano de 2000, no valor de R\$ 95 milhões (edição do jornal de 09.10.2000). Refere-se ainda ao prejuízo sofrido pelas seguradoras, que pagaram, no ano de 1998, cerca de R\$ 200 milhões às vítimas dos ladrões de carga, o que tem provocado a fuga do setor. Transcreve ainda, no parecer jurídico, parte do editorial do mesmo jornal, edição de 19.09.2000, que, por sua vez, baseia-se em dados estatísticos do jornal “Gazeta Mercantil”, os quais chamam a atenção para o custo suportado pelas empresas de transporte de carga, estimado em R\$ 500 milhões no ano de 2000.

Em outro processo criminal, em que o réu foi condenado por crimes de roubo e extorsão, o promotor de justiça opôs-se ao pedido de alteração do regime fechado para o semi-aberto, conforme pleiteado pela defesa, afirmando que

“conceder regime semi-aberto a protagonista de seqüestro relâmpago seria totalmente desproporcional à conduta criminosa, tendo revelado um estudo publicado recentemente na Folha de São Paulo que as vítimas de tal crime sofrem seqüelas psicológicas indeléveis, comparáveis aos dos combatentes de guerras, de modo que a escolha do regime intermediário no caso em tela cancelaria a impunidade,

abandonando à própria sorte os cidadãos de bem” (TACRIM-SP Apelação nº 1479.639-9).

Inegável, pois, que a agenda dos juízes e tribunais sofre uma crescente influência dos meios de comunicação de massa, no sentido de encarar o próprio trabalho como elemento indissociável dos anseios veiculados pela grande imprensa, no que se refere à formação de um pensamento homogêneo acerca da segurança pública. Na aplicação das leis penais, portanto, as escolhas feitas sobre pessoas e suas circunstâncias acaba por reproduzir imagens e definições costumeiramente apresentadas por tais meios de divulgação, em que infratores das leis penais se dividem em perigosos e não perigosos, e, no limite, entre criminosos e não criminosos, a exigirem tratamentos diferenciados.

A ação seletiva alimenta-se de uma imorredoura vontade de punir, a partir das idéias de retribuição e prevenção, de que juízes e tribunais, em sua atividade política, se acham imbuídos como gestores finais do sistema penal, no sentido de uma administração estatal dos castigos que o atravessa do princípio ao fim. Daí porque é possível afirmar, com William Godwin, que a questão da punição talvez seja a mais fundamental da ciência política:

“o governo, ou a ação da sociedade em sua capacidade corporativa, não pode ter quase nenhuma utilidade exceto quando é necessário para a supressão da força pela força: para a prevenção do ataque hostil por um membro da sociedade à pessoa ou à propriedade de outra, prevenção a qual é geralmente chamada pelo nome de justiça penal, ou punição”²⁰⁵.

Das decisões preliminares, ainda em fase de inquérito policial, sobre a prisão ou liberdade dos suspeitos, à posterior admissão das ações penais e seu desenvolvimento, com a produção das provas e sua conformação à sentença final de

²⁰⁵ *De crimes e punições*. Trad. Maria Abramo Caldeira Brant. In “Verve”, vol. 5, São Paulo: Revista semestral do Nu-Sol – Núcleo de Sociabilidade Libertária, pp. 11-12.

conhecimento, eternizando-se nos incidentes de execução penal, os juízes criminais não fazem outra coisa senão realizar escolhas e fundamentá-las de tal forma que signifiquem uma gestão pretensamente objetiva, imparcial e científica dos conflitos humanos, à luz da capacidade de distribuir castigos.

VARIAÇÕES SELETIVAS

Partiu-se da idéia de que o conceito de ordem, como disposição conveniente dos meios para se obterem os fins ou arranjo de coisas, gera excedentes. Nesse sentido, a ordem social pode gerar excedentes humanos, e parte dela, como se sustentou na presente pesquisa, é construída pelo sistema penal e alimentada pela sociedade e pelo Estado. Se, de um lado, os excedentes da ordem jurídica, selecionados pelo sistema penal, o braço armado dela, não são necessariamente os seus violadores, de outro, é certo que, em razão do dispositivo da seletividade, nem todos os violadores da ordem jurídica são classificados como excedentes.

O Estado assume um papel estratégico na construção da ordem jurídico-penal, a qual implica o exercício de uma seleção. Sua realização deve muito ao sistema jurídico e judiciário, seja por intermédio das leis – que definem quais as condutas e autores devem ser classificados como parte desse excedente social – seja pelos órgãos de aplicação das leis: a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Essa seleção não pode assumir-se parcial, interessada e desigual. Não pode, aliás, assumir-se sequer como seleção. Sua legitimação nasce da idéia de que a definição do que é crime e do que é criminoso obedece a critérios objetivos, justos e científicos. Tais critérios são estabelecidos pelo caráter universal e igualitário atribuído às leis, fruto da alegada vontade geral da sociedade. Mas também o são, segundo a retórica jusfilosófica, pela aplicação objetiva, justa e científica das leis.

Às instituições públicas incumbe a gestão dessa tarefa. A Polícia pela apuração objetiva e científica dos fatos, em que se inserem os suspeitos, que podem adequar-se às leis penais. O Ministério Público porque é a instituição a quem, nomeadamente, cabe a defesa da sociedade, atuando desinteressadamente na busca da responsabilização dos criminosos, aqueles que passaram pelo filtro seletivo da apuração policial e receberam a qualificação de criminosos, em uma prévia formação de opinião pelos promotores de justiça. Os juízes porque são os responsáveis pela operação final de aplicação das leis aos que as violam na prática das ações definidas como criminosas.

As ferramentas teóricas que legitimam a atuação dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, nos processos criminais, são fornecidas pela ciência do Direito. Os mecanismos seletivos usados por esses operadores (promotores e juízes) estão nas próprias leis penais, nos princípios jurídicos, bem como nos dados construídos pelo estudo sistemático do ordenamento penal, de forma a propiciarem o exercício de poderes e uma grande liberdade de movimentação nos momentos de atuação profissional e processual, em que as ações humanas, praticadas por determinadas pessoas e em certas circunstâncias, receberão definitivamente a qualificação de criminosas.

O que se procurou sustentar é que, a par da classificação dos crimes por parte das leis, conta o sistema penal com uma segunda instância classificatória que ora complementa a primeira, ora modifica parte de seu conteúdo aparente, ora se dedica à criação de uma classificação inteiramente nova. Tal instância exerce um papel relevante na seletividade penal porque procede a uma gestão do sistema penal, usando o prestígio universal das leis e princípios jurídicos como ferramenta operacional.

Nesse sentido, tanto a Polícia como o Ministério Público e o Poder Judiciário acabam se ajustando em sua multiplicidade e aparente heterogeneidade, fazendo com que, em estágios e estratos diversos, os excedentes sociais sejam vistos como objetos

legitimamente lançados para fora da sociedade ou, se nela incluídos, ali possam ocupar, de forma útil, espaços determinados, a respeitarem a naturalidade da seleção.

Numa sociedade que valoriza o conhecimento e o saber, inevitável que também o descarte das pessoas indesejáveis seja produto de uma ciência e de práticas legitimadas por instituições idôneas e eficazes. Trata-se do uso de uma ciência como forma de dominação, revelando a parcialidade do processo de conhecimento e, ao mesmo tempo, sua pretensão universalizante, que opõe obstáculos naturais a uma mudança de paradigma que implique alteração radical do sistema penal ou sua abolição.

O que fazem promotores e juízes diante de situações expostas pelos dados das investigações policiais que lhes apresentam suspeitos e vítimas de ações infracionais? São homens a avaliarem homens. O sistema penal não sobreviveria se tais juízos de valor se assumissem seletivos, puramente pessoais, interessados e imbuídos de valores questionáveis. Imperioso, pois, que essas contínuas avaliações sejam marcadas pelo signo da objetividade, da certeza, da impessoalidade e da segurança.

As decisões judiciais e as tomadas de posição desses atores do cenário jurídico e judiciário caracterizam-se por uma corrida incessante em busca de uma verdade, a construir-se com bons argumentos e sólidos fundamentos, de forma a afastar-se a suspeita sobre seu caráter arbitrário. Nas manifestações dos operadores do Direito, contudo, nem sempre esse ideal de ortopedia jurídica e isenção moral consegue evitar o afloramento de escolhas pessoais. Em determinadas situações, em que a seletividade se impõe de forma indisfarçável, promotores e juízes deixam à mostra as verdadeiras razões pelas quais buscam a absolvição de uns e a condenação de outros, ou a maior ou menor punibilidade de alguns.

Há momentos em que expedientes técnicos não bastam a uma boa gestão do sistema penal, levando os operadores a invocar razões sociais, idéias do senso comum e até

posturas ubuescas de que o exercício do poder não consegue desvencilhar-se²⁰⁶. Resulta ainda mais claro, então, nesses episódios, que parte considerável da clientela do sistema, selecionada e classificada como criminosa, é composta de indivíduos pobres, miseráveis, profissionalmente desclassificados, desempregados e subempregados, ainda que eventualmente venham a incursionar por infrações penais que, em tese, costumam atribuir-se a agentes mais bem postados socialmente.

O resultado da seleção que se faz, de forma expressiva, sobre suspeitos da prática de crimes de tráfico de drogas e crimes patrimoniais, como furto e roubo, não poderia ser outro. No Estado de São Paulo, segundo dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), a maior parte dos presos com condenação definitiva refere-se a condenados por crimes de roubo, furto e tráfico de drogas. As faixas etárias predominantes são entre dezoito e vinte e quatro anos e entre vinte e cinco e vinte e nove anos de idade²⁰⁷.

Os condenados por tráfico de droga são, invariavelmente, os pequenos passadores e revendedores, postados em zonas periféricas das cidades, componentes de uma rede de miseráveis e subempregados, que atuam visivelmente à frente da Polícia. Número expressivo das mulheres condenadas e presas é de vendedoras de drogas habitantes de áreas periféricas, sendo muitas delas o único sustentáculo da sobrevivência familiar ou auxiliares no parco orçamento doméstico.

O percurso abolicionista, no que se refere às drogas, por exemplo, poderia ao menos passar pelas políticas de redução de danos, que, no dizer de Thiago Rodrigues,

²⁰⁶ Na Apelação nº 1267.911-2, do TACRIM-SP, diante das razões de recurso apresentadas pela Defesa, em que se batia pela absolvição do réu, condenado por crime de roubo, por insuficiência probatória, baseada em frágil reconhecimento do acusado pela vítima, assim se manifestou representante do Ministério Público: “se a negativa de autoria do bandido fosse levada a sério, as prisões se quedariam vazias em pouquíssimo tempo”.

²⁰⁷ Segundo dados estatísticos relativos ao mês de dezembro de 2007, o Estado dispunha de 36.819 presos por crime de roubo qualificado, 17.626 por roubo simples, 26.377 por tráfico de drogas, 13.748 por crime de furto simples e 10.803 por furto qualificado, vindo a seguir, em escala sensivelmente decrescente, os demais delitos. Na faixa etária entre 18 e 24 anos eram 42.940 os presos e entre 25 e 29 anos 33.907. V. www.mj.gov.br, acesso em 11.03.2009.

“abrem brechas no cenário cerrado da proibição”, culminando com uma abordagem não universal para o tema, que se confunde com a descriminalização e abordagem dos eventos criminalizados como situações-problema, visando soluções particulares, que incluem a criação autônoma de regras destinadas ao autocontrole dos usuários, com respeito às intenções pessoais e intransferíveis de cada pessoa²⁰⁸.

Autores de crimes patrimoniais que chegam ao sistema judiciário penal e por ele são reconhecidos não passam de pequenos e miseráveis ladrões. Aqueles que acabam condenados por crimes como de apropriação indébita e estelionato são, igualmente, pequenos falsários, donas de casa que adquirem mercadorias de consumo doméstico e roupas com cheques sem fundos ou furtados, insignificantes empregados que se apropriam de pequenas quantias de que têm a posse para efetuar pagamentos etc. Os que cumprem medidas de segurança nos manicômios judiciários, esse impressionante descalabro do sistema penal brasileiro, são unicamente os pobres, enquanto a ínfima parcela de sujeitos economicamente melhor postados, submetidos às mesmas medidas, conseguem transferir o local do cumprimento para clínicas particulares.

A manutenção da seletividade penal, com sua natureza infame, também requer que a todo instante seja negada pelos órgãos e indivíduos do sistema. Para tanto, cada vez mais ela parece movimentar-se e assumir novos ares e espaços, a ponto de eleger como alvo, em determinados momentos da história, pessoas que naturalmente, por sua posição social ou política, não deveriam constituir o objeto do sistema penal. Com isso, novas seleções passam a surgir no interior mesmo do sistema, como que a querer demonstrar que, mais cedo ou mais tarde, de uma forma ou de outra, pessoas de todos os estratos sociais serão selecionadas e controladas.

Casos de autores de crimes contra o sistema financeiro e tributário ou outras ações, já tradicionalmente apelidadas de crimes do colarinho branco, são às vezes veiculados

²⁰⁸ *Drogas, proibição e abolição das penas*. In “Curso livre de abolicionismo penal”, Nu-Sol/PUC-SP, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2004, pp. 131-151.

na grande imprensa, demonstrando tratamentos privilegiados do sistema penal para determinadas categorias de crimes e criminosos. Ocorre que a vitalidade do sistema e seu gerenciamento não podem conviver com esses episódios deslegitimadores. Para tanto, os mecanismos seletivos do sistema procedem a uma outra espécie de seleção, elegendo determinados alvos, normalmente já objetos de divulgação, para que sobre eles recaia o rigor do sistema punitivo de maneira exemplar.

Os chamados bodes expiatórios são cada vez mais comuns em nossa sociedade de controle, apresentando-se como estratégias valiosas para policiais, promotores e juízes, deixando revelar, contudo, a criação contínua de zonas de exceção no interior do sistema penal. Nessas situações, vê-se que as instituições penais e seus membros compõem um universo de regulação social que, não obstante sua heterogeneidade, permeada por um sedutor discurso de independência funcional, parece cada vez mais constituir um todo mais ou menos coerente na luta contra parte dos infratores legais e aquilo que classificam como um crime.

Como tais condutas, que naturalmente não deveriam ingressar no sistema penal, encontram natural dificuldade de amoldagem às leis penais e processuais penais, invocam-se expedientes análogos àqueles que promotores e juízes utilizam na avaliação dos clientes cativos do sistema. Constatam-se, nesses casos, um esforço na tipificação penal ou mesmo na tentativa de rechaçar circunstâncias que, juridicamente, podem excluir a antijuridicidade de determinadas condutas. A problemática tipificação penal de grande parte das condutas das ações do mundo financeiro e econômico leva o sistema a apelar para soluções cautelares e provisórias que, sob o ponto de vista mercadológico e midiático, demonstram grande vitalidade.

É o caso das prisões temporárias e preventivas, que ganham as manchetes dos jornais escritos e televisivos e enchem de euforia o ambiente judiciário penal. Afinal, a

prisão de um grande empresário ou político conhecido passa a mensagem de que o sistema penal já começa a dar mostras de sua efetiva universalidade e igualdade.

Trata-se aqui, também, da idéia de gestão, com a modulação e individualização de casos, seja tendo em vista a diuturna punição de pobres e miseráveis, seja, numa inversão à primeira vista promissora, desviando o foco do poder punitivo para umas poucas figuras poderosas dos escaninhos respeitáveis da sociedade. Não se deve esquecer que diferenças individuais, quaisquer que sejam, também se inserem no poder das normas, como esclarece Foucault, constituindo elemento positivo e estratégico do sistema²⁰⁹.

A atuação dos operadores jurídicos nesses casos célebres e paradigmáticos, envolvendo figuras do mundo empresarial, financeiro e político, ajusta-se ao conceito de esquerda punitiva, defendido por Maria Lúcia Karam, e, nem por isso, isento de uma postura seletiva, que resultará, afinal de contas, em maior carga punitiva para a clientela tradicional do sistema penal.

Segundo Karam, o uso do sistema penal contra as classes dominantes constitui uma fantasia, que passou a alimentar uma cultura punitiva por parte do pensamento de esquerda, aliada a interesses eleitoreiros e ao discurso da mídia. A esquerda, então, se ajustou ao discurso da insegurança e violência, ampliando seu furor punitivo também para condutas características das classes subalternizadas, eternizando o desejo de punição e o sistema penal²¹⁰.

Como esclarece Louk Hulsman, proceder a criminalizações novas nos âmbitos em que atualmente não funciona o sistema penal parece ser o tipo característico de uma falsa manobra que visa conferir legitimidade à maquinaria penal²¹¹.

²⁰⁹ *Vigiar e Punir*. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977, p. 164.

²¹⁰ *A esquerda punitiva*. In “Discursos sediciosos”, vol. I. Rio de Janeiro: ICC/Ed. Relume Dumará, 1996.

²¹¹ *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Tradução para o espanhol de Sergio Politoff. Barcelona: Editorial Ariel, 1984, p. 111.

Esse desejo de punição parece trazer em si um certo prazer de punir e condenar, que pode contribuir para a compreensão da seletividade, a reproduzir-se também no grupo dos pensamentos de esquerda. É Elias Canetti quem o define, algo existencialmente, como prazer ou veredicto negativo:

“No que consiste esse prazer? O homem afasta alguém de si colocando-o num grupo de pessoas inferiores; implícito nesse seu ato está que ele próprio pertence a um grupo de pessoas melhores. Rebaixando o outro, se eleva. A existência de dois grupos, representando valores opostos, é tida por natural e necessária”²¹².

Michel Foucault refere-se à seletividade entre os próprios criminosos, como se dá com os prisioneiros políticos, que não querem ser confundidos e misturados com os comuns. Foi o que ocorreu com os maoístas, que, ao admitirem a diferença, estavam admitindo a moral e a lei burguesas no sentido de uma distinção entre direito comum e direito político, o que não condizia com uma verdadeira revolução cultural²¹³. Essa separação, como explica Foucault, funda-se na histórica necessidade de

“constituir o povo como um sujeito moral, portanto separá-lo da delinquência, portanto separar nitidamente o grupo dos delinquentes, mostrá-los como perigosos não apenas para as pessoas ricas, mas também para as pessoas pobres, mostrá-los carregados de todos os vícios provocadores dos maiores perigos”²¹⁴.

A cruzada contra os criminosos visa salvaguardar os homens de bem, ainda que infratores de determinadas leis penais. Ela não se limita à atuação das Polícias, mas apresenta, cada vez com maior nitidez, a imagem de uma verdadeira força-tarefa social, identificada como uma Polícia total, que não diferencia a Polícia propriamente dita, o

²¹² *Massa e poder*. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Ed. Cia. das Letras, 2005, p. 297).

²¹³ *Sobre a prisão de Attica*. In “Ditos e Escritos IV”. Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, pp. 133-145.

²¹⁴ *Entrevista sobre a prisão*. Ibidem, pp. 159-174.

Ministério Público e o Poder Judiciário, mas se caracteriza por uma ação homogênea e unânime de combate do mal.

Esse ideal de união de forças, em que sobressai a marca de uma sociedade policial, pode ser constatado em grande número de manifestações de promotores e juizes, como explicitado em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo em um desses processos: “na defesa plena da sociedade e de todos os homens de bem, que querem ver a Polícia e o Judiciário atuando no combate ao crime” (Apelação nº 1.115.493.3/5).

Tratava-se, no caso, de furto de energia elétrica (gato) em residência, o que se prolongou por trinta dias, causando prejuízo de R\$ 54,20 à companhia de energia elétrica, sendo o réu condenado às penas de dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias-multa, com seu recurso de apelação julgado improcedente, sendo mantida a condenação.

A seleção de alguns, portanto, passa a ser tarefa de todos, com uma forte aproximação entre o Ministério Público, a Polícia e o Poder Judiciário com vistas a uma maior eficácia do trabalho de investigação e julgamento, de que é exemplo a criação de varas especializadas em crimes de natureza financeira, como lavagem de dinheiro e outros, naquilo que setores mais liberais da comunidade jurídica classificam como um trabalho a seis mãos, associado a uma exibição midiática, a significar que policiais, promotores (ou procuradores) e juizes atuam em conjunto no combate ao crime organizado²¹⁵.

Essa espécie de democratização da punição resulta inevitavelmente no crescimento do sistema penal, sua legitimação e aprimoramento, no rumo de uma efetiva sociedade de controle. Prisões espetaculares de pessoas poderosas, acusadas da prática dos chamados crimes do colarinho branco, evaporam-se com o passar do tempo e em razão das regras de garantia, que continuam válidas para esses poucos, ao menos nos tribunais

²¹⁵ Em entrevista ao jornal “Folha de S. Paulo”, o juiz federal Sérgio Fernando Moro deixou claro, no contexto da operação policial que resultou na prisão do empresário Daniel Dantas, que “o combate e a prevenção ao crime tem muito de simbólico porque não há a possibilidade de se investigar e punir todos os crimes. Existe um efeito preventivo nas investigações, há a expectativa de que se coíba a prática de crimes. Por isso, alguma publicidade é importante” (Folha de S. Paulo, 28.07.2008, p. A14).

superiores que lhes são mais acessíveis. Resultam em absolvições por falta de provas ou por atipicidade das condutas, forçadamente classificadas como crimes quando da instauração da ação penal, ou em extinção da punibilidade por prescrição, sem contar as hipóteses de nulidades processuais. Os réus condenados dificilmente chegam ao cumprimento de penas privativas de liberdade, de que dá mostra a pesquisa realizada na Fundação Getúlio Vargas, já referida²¹⁶.

Nesse sentido é que o abolicionismo penal se confunde com a redução do âmbito de abrangência das penas privativas de liberdade e corre o risco de vingar parcialmente, atendendo aos reclamos humanitários, e a fortalecer ainda mais a punição em suas novas formas, estabelecidas em prol de uma sociedade de controle em franca expansão. As novas formas minimizam imperceptivelmente as garantias penais e processuais, mercê de tecnologias sobre o corpo das pessoas em movimento, vigiando desempregados e indivíduos em excesso.

A seletividade não desaparece com o fim das formas clássicas de punição, de que é exemplo a prisão, já que a seleção dos controláveis pode dar-se com a computação, as pulseiras eletrônicas, cadastros eletrônicos e outros dispositivos orientados para a prevenção contra os perigosos.

Tal seleção, paradoxalmente, fundamenta-se no discurso anti-seletivo e igualitário que investe contra a impunidade das elites econômicas, passando a exigir maior eficácia no controle para atingir classes e indivíduos imunes ao controle penal. Acaba, porém, atuando contra os excluídos de sempre, já que a ação fortalece as instituições penais, como a Polícia e o Ministério Público. Às prisões simbólicas de alguns poucos, sucedem as prisões em massa dos tradicionais clientes do sistema, já agora um pouco mais desprovidos de garantias legais e constitucionais.

²¹⁶ O Estado de S. Paulo, 13.07.2008, p. A10.

Como esclarece Vera Regina Pereira de Andrade,

“todos os caminhos continuam levando os mesmos e os definidos como similares à prisão e à morte, no confronto cada vez mais bélico e militarizado em que vem se convertendo, e na teia, cada vez mais emaranhada, entre controle social formal e informal, entre pena pública e privada”²¹⁷.

Constata-se, pois, que punição e seleção são indissociáveis. Abolir a seleção significaria abolir a punição, já que a seleção, com seu alto grau de arbítrio, não pode sair das mãos do Estado, de suas instituições especializadas e seus especialistas. Novas formas de solução dos conflitos, portanto, não devem reproduzir as formas clássicas do poder, especialmente a idéia de tribunal, que estabelece o certo e o errado, o vencedor e o perdedor da batalha, numa estrutura de guerra permanente.

Essa divisão de trabalho – Polícia, Ministério Público, Juizes, Defensores – reproduz sem cessar o modelo de um sistema em que os conflitos humanos são vistos sob a ótica da universalidade, mas acompanhada de uma perversa individualização seletiva:

“Há os que julgam – ou que dão a impressão de julgar – com toda a serenidade, sem estarem implicados. O que reforça a idéia de que uma justiça só é justa se for exercida por alguém exterior à questão, por um intelectual, um especialista da idealidade”²¹⁸.

O trabalho de gestão judiciária pode ser melhor entendido se se atentar para o conceito de exceção, que atravessa o universo da atuação da Justiça penal. A aplicação das leis penais pode ser identificada como um permanente estado de exceção, que atravessa não apenas a atividade policial mas também as demais instâncias do sistema. As ferramentas desse estado são as da ciência do Direito e seus conceitos porosos, notadamente a idéia de

²¹⁷ *Movimentos contemporâneos do controle do crime*. In “Boletim” do IBCCRIM-SP, nº 184, março de 2008, pp. 7-8.

²¹⁸ Michel Foucault. *Sobre a justiça popular*. In “Microfísica do Poder”. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 3ª ed., 1982, p. 63.

necessidade (social). O próprio princípio da fragmentariedade do Direito Penal, que embasa a ação punitiva apenas em determinadas situações humanas e o afastamento da incidência das normas penais em outras, revela a excepcionalidade desse ramo do Direito e sua constituição como ferramenta imprescindível ao trabalho de gestão.

Exemplo dessa constante invocação da necessidade para uma aplicação atípica de determinadas normas, em benefício de alguns ou para infortúnio de outros, é o da excepcionalidade da prisão preventiva, medida processual cuja necessidade deve ser aquilatada pelos juízes, em casos pontuais, a partir de sua especificidade, tendo como sustentáculo jurídico a ambigüidade de categorias lingüísticas como “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal” (art. 312 do Código de Processo Penal).

O manejo das exceções pelo sistema judiciário penal, lançando determinadas circunstâncias e pessoas para dentro ou para fora da seleção penal, parece revelar que é possível pensar em uma agenda abolicionista, naquilo que Edson Passetti já afirmara, reiterando o pensamento de Louk Hulsman e outros abolicionistas, no sentido de que o abolicionismo já existe entre nós e funciona, eis que um significativo número de infrações e crimes jamais chega ao sistema penal e é solucionado conciliatoriamente entre os envolvidos²¹⁹.

Muitas dessas soluções de conflitos humanos surgem fora do sistema penal, embora nele pudessem vicejar, como vicejam para determinadas pessoas, como aponta Louk Hulsman:

“Na preocupação por achar uma igualdade de tratamento para todos, eu desejaria mais que, a propósito daqueles a quem se chama correntemente de pequenos delinqüentes, nos inspirássemos nos procedimentos conciliatório que se exercem para os ‘grandes’ através do Ministério das Finanças, da Comissão de Operação na Bolsa e

²¹⁹ *Anarquismos e sociedade de controle*. São Paulo: Cortez Editora, 2003, p. 216.

outras entidades de intermediação, à margem do sistema penal, que se trata de abolir para todo mundo²²⁰.

O que nos revela, afinal, a seletividade? Certamente uma desigualdade no tratamento dos comportamentos humanos, ainda que definidos em termos igualitários nas leis, circunstância que tanto incomoda os aplicadores do Direito, surpreendidos naquilo que constitui a legitimação maior de seu procedimento. É inegável que o combate esporádico a essa desigualdade não se tem mostrado eficaz, muito embora realizado de forma ostensiva. Ao contrário, ele se corporifica no processo de construção de bodes expiatórios, contribuindo para a reafirmação do sistema penal.

Os casos pontuais – principalmente nas varas especializadas de julgamento de infrações de colarinho branco, vindos ao conhecimento da população por intermédio da cobertura jornalística – parecem conferir vitalidade a esse sistema, no sentido de viabilizar a quebra de garantias legais e constitucionais e, em consequência, liberar o sistema, em sua totalidade, para seu funcionamento normal contra os clientes de sempre, já agora legitimado pela punição dos privilegiados.

Entretanto, a par da desigualdade, o que a seletividade mais nos revela, para além da forte ligação entre criminalização e seleção, é a facilidade e operacionalidade do sistema, sua positividade, na definição do que é crime e do que é mero ilícito civil, do que pode e do que não pode ser objeto de negociação e consenso, solidificando a idéia de que o sistema penal é, de fato, objeto de uma construção humana, interessada, servindo como ferramenta de governo da população.

Essa possibilidade de ampliação ou redução dos espaços selecionados da criminalização, aberta a novas construções, dá ensejo ao desenvolvimento das correntes da

²²⁰ *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Tradução para o espanhol de Sergio Politoff. Barcelona: Editorial Ariel, 1984, p. 111.

criminologia crítica e do abolicionismo penal, apontando para a abertura de um caminho mais significativo de mudança radical ou desconstrução do próprio sistema.

O abandono do dispositivo da seletividade, fruto de uma escolha justificada pela ciência jurídica, significaria também desconsiderar e desqualificar a hermenêutica, essa ferramenta bifronte, altamente normalizadora, que serve para legitimar as escolhas em face da oportunidade e oportunismo de soluções previamente concebidas pelos operadores do Direito. No universo acadêmico e doutrinário, tal mudança traria consigo o fim da busca de justificações científicas e neutras para o sentido das regras, de forma que a aplicação destas, mesmo se historicamente se mostrarem imprescindíveis, levaria em conta os interesses das pessoas e das situações concretas.

Essa, aliás, a vertente do abolicionismo que se mostra mais propensa a uma implementação inicial, e que incumbe aos estudiosos, no sentido de operar, aos poucos, uma mudança nas mentalidades dos criminólogos, operadores do Direito e doutrinadores, fazendo-os desgarrarem da ontologia do crime e da pena.

As pessoas envolvidas nos conflitos não devem ser encaradas simplesmente como *o outro*, distanciado de nós. Ao contrário, é imprescindível valorizar a proximidade e o encurtamento das distâncias que marcam a solução individual dos problemas, como propõe Sérgio Salomão Shecaira, a partir do resgate do pensamento de Nils Christie²²¹.

Um dos obstáculos à construção de uma agenda abolicionista, com a possibilidade de devolução dos conflitos aos indivíduos, acaba sendo a atuação concreta das próprias instituições que operam na área criminal, como o Ministério Público, na forma como vem sendo observada, dado o espírito de indisponibilidade dos valores da persecução penal que historicamente as tem animado. O fato de o Ministério Público de encarnar a suprema defesa da sociedade parece conferir à instituição caracteres religiosos de repositório dos

²²¹ *A lei e o outro*. In Boletim do IBCCRIM de São Paulo nº 99, encarte especial, fevereiro de 2001.

valores supremos e inegociáveis, à revelia dos desejos pontuais das pessoas envolvidas nos conflitos, transformando o ofício dos promotores criminais em verdadeira missão.

O princípio da indisponibilidade da ação penal, por si só de pouquíssima significação prática, já que a seletividade da ação dos promotores de justiça ancora-se em programas e expressões legais extremamente genéricas, constituiu sempre o sustentáculo legal dessa postura, flexibilizada em parte por pontuais alterações legislativas, como se deu com o advento da Lei 9099/95, que trouxe à luz a possibilidade de acordo entre o promotor de justiça e o autor do fato criminoso, na forma de transação penal ou de suspensão condicional do processo. De qualquer forma, tais benefícios, à primeira vista despenalizadores, devem, segundo a lei, na imensa maioria dos casos, continuar a passar pelo crivo do Ministério Público, sendo sujeitos, pois, a uma seleção interessada.

Aliás, anos antes, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8069/90), passou a dispor o Ministério Público do instituto da oitiva informal, previsto no art. 179, que o legitima a ouvir inicialmente o adolescente, sem a necessidade de ser assistido por advogado, ato de natureza investigatória e “que servirá de fundamento para que o representante do Ministério Público como *dominus litis* decida pela propositura ou não de ação socioeducativa”²²². Na observação dos processos criminais, constata-se, ademais, que o teor desse ato processual costuma exercer influência em ações penais movidas contra réus que praticaram crimes na companhia de adolescente. As declarações deste, prestadas perante o membro do Ministério Público ou mesmo perante o Juiz da Infância ou Adolescência, costumam muitas vezes ser transplantadas, por meio de cópia, aos autos da ação penal que tramitam no Juízo criminal, para servir de prova de acusação contra o réu.

O advento da ação civil pública, que conferiu ao Ministério Público a iniciativa da propositura de ações em defesa dos interesses difusos e coletivos, parece ter dado

²²² Karyna Batista Sposato. O Direito Penal Juvenil. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2006, p. 149.

à instituição maior peso doutrinário a essa postura de defensor intransigente da sociedade como único competente para eventual disposição de direitos. Vê-se que a própria constituição federal de 1988 atribuiu expressamente à instituição a defesa dos interesses individuais indisponíveis (art. 127). Ações preventivas, também no campo penal, promovidas pelo Ministério Público, apontam para uma redução do espaço de soluções consensuais entre acusados e vítimas, por fortalecerem cada vez mais a idéia de que a persecução penal é tarefa exclusiva de órgãos do Estado, vedada a atuação e disposição autônoma das pessoas.

Segundo Maria Lúcia Karam,

“a substituição da população diretamente interessada por uma instituição do próprio Estado, como o é o agigantado e incontrolado Ministério Público, representa, na realidade, um freio à mais intensa democracia participativa, que, como já assinalado, só se constrói com a aproximação e a solidariedade entre as pessoas, com sua organização, união e atuação em torno de interesses comuns, com a autogestão social, com o fortalecimento de vínculos comunitários, o que decerto não ocorre quando até mesmo a reivindicação de direitos é deixada à iniciativa, ou à vigilância – na melhor das hipóteses paternalista – de órgãos estatais”²²³.

Talvez até mais relevante que o caráter estatal da instituição ministerial, o que pesa desfavoravelmente a uma radical mudança no sistema penal é o distanciamento crescente dos membros do Ministério Público que atuam na área criminal em relação às situações concretas, que são absolutamente desqualificadas, devido ao apego a estereótipos que se reproduzem, alimentados inclusive pela postura institucional na defesa de teses gerais, defendidas perante as cortes judiciais superiores e divulgadas genericamente com caráter normalizador.

Tais teses costumam alinhar-se à criminologia positivista e à crença na eficácia dos fins das penas, ao movimento da lei e da ordem, à valorização incondicional do

²²³ *O processo de democratização do Estado e o Poder Judiciário*. In “Discursos sediciosos”, vol. 12, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, pp. 139-162).

ideário da segurança pública, que significam, afinal de contas, uma aposta inegociável na criminalização e, pois, na seleção.

Se a sociedade já funciona sem recorrer ao Estado penal, o que se vê no mundo dos negócios, das relações profissionais e familiares, é possível admitir que soluções para os conflitos humanos possam ser concebidas e construídas num espaço de liberdade e autonomia das pessoas. A criação, ainda que gradual, de uma sociedade sem penas e castigos pode conviver até com mecanismos estatais, como ocorre com a aplicação das sanções civis, administrativas e trabalhistas, mas com ampliação da esfera e autonomia das pessoas envolvidas nas situações problemáticas.

Para tanto, é imperativo afastar o caráter religioso e mítico do princípio da punição, impregnado de um retributivismo que não cessa de auto-justificar-se, e também abandonar o viés prevencionista e simbólico das penas legais, que historicamente se limitou a fornecer pretensas armas teóricas para o exercício da crueldade por parte dos Estados modernos. É Luigi Ferrajoli quem admite que

“o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos”²²⁴.

Cuida-se de afastar a idéia fixa da necessidade dos castigos para determinadas ações humanas, associada com a figura do outro, o malfeitor, como as bruxas de outrora, que, na distância histórica, imaginamos ingenuamente não ostentar qualquer relação com os atuais criminosos perigosos. Pergunta-se criticamente Eduardo Balestena:

“na atualidade vemos o horror dos processos por bruxaria. Que horrores se verão dentro de dois ou três séculos acerca do que hoje faz

²²⁴ *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2002, p. 310.

o sistema penal pensando que com suas ações presentes exerce mecanismos garantistas?”²²⁵.

A idéia fixa sobre a necessidade da punição do outro assenta-se no postulado de que “o Estado não pode renunciar ao caráter sagrado das suas leis e suas determinações”, o que, ao mesmo tempo, torna as pessoas duras e intolerantes, alimentadas pelo sentimento da justiça e da virtude²²⁶.

Como aponta Max Stirner,

“o Estado não permite que dois homens se confrontem e opõe-se ao duelo. Até mesmo uma pequena briga, para a qual nenhum dos intervenientes chama a polícia, é punida, excepto se não for um eu a bater num tu, mas um pai de família no filho: a família tem esse direito, e o pai em seu nome, mas eu, enquanto indivíduo não”.²²⁷

O que dizer, então, da arbitrária e incompreensível separação entre o Direito Civil e o Direito Penal? Ou da chamada guerra contra as drogas, que constitui uma formidável arma seletiva para captura de miseráveis, desempregados e subempregados, taxados de perigosos? A conclusão sobre a apregoada insuficiência da sanção civil é fruto do caráter teológico da pena e da intrínseca necessidade de castigo, que constitui um dogma absoluto para a totalidade das idéias jurídico-penais. Trata-se de combater essas fronteiras arbitrárias que são naturalizadas, como explica Salete de Oliveira²²⁸, e criar um novo percurso para os conflitos humanos.

As duas grandes teorias da pena, na verdade, prestam relevantes serviços à seletividade e ao vigor do sistema penal. A retributivista por sustentar a tese da necessidade da punição a um ato criminoso, como uma resposta inafastável e natural, impedindo, por

²²⁵ *La fabrica penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B. de F., 2006, pp. 14-15.

²²⁶ *O único e a sua propriedade*. Trad. João Barrento. Lisboa: Ed. Antígona, 2004, p. 188.

²²⁷ *Op. cit.*, p. 149.

²²⁸ *Linguagem-fronteira e linguagem-percurso*. In “Curso livre de abolicionismo penal”, Nu-Sol/PUC-SP, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 117.

exemplo, não só a agenda abolicionista como também medidas não punitivas ou despenalizadoras que poderiam abrir caminhos mais largos no sentido de um crescente questionamento do sistema. Aqui se insere, por exemplo, a dificuldade, que o sistema penal seletivamente apresenta, no reconhecimento de condutas insignificantes em diversas modalidades de ações classificadas como criminosas, como furtos, desvios patrimoniais, lesões corporais, crimes contra o meio ambiente etc., ao contrário de outras situações individualizadas, mas que tratam dessas mesmas infrações, que, seletivamente, podem levar ao reconhecimento da insignificância.

A teoria utilitária ou prevencionista, associada ao pensamento penal moderno, inaugurado por Cesare Beccaria, acaba mostrando-se responsável pela inafastabilidade das penas criminais porque servirão de exemplo para futuros e eventuais infratores e, olhando para o futuro, elegem com facilidade e naturalidade os perigosos de toda espécie como os inimigos que necessitam ser punidos para defesa da sociedade.

Vê-se que os discursos dos juízes e promotores de justiça contra os chamados perigosos e autores de determinadas infrações penais mesclam idéias das duas teorias: a necessidade indiscutível da resposta penal e o seu objetivo global de defesa social, em constantes referências de linguagem que visam justificar as escolhas. Daí porque a crítica radical do sistema penal, no caminho de sua abolição, deve trazer em si o intento de libertar a linguagem de seu papel de veículo de normalização e dominação estatal.

Uma agenda abolicionista serviria também para esvaziar a função seletiva das normas processuais e suas estratégias e também da própria jurisprudência, naquilo que ela tem de busca de permanência, homogeneidade e universalização. Cuida-se, assim, de esvaziar a potência dessas estratégias seletivas, todas ligadas ao exercício do poder de dizer o Direito, classificar as pessoas e definir as situações problemáticas, o que só se mostrará viável num programa abolicionista, ainda que em forma de prolongado percurso.

Devolver os conflitos às pessoas significa dessacralizá-los e talvez resgatar parte de um passado longínquo do Direito Penal, marcado pelo distanciamento do Estado e pela prática de soluções consensuais, numa aposta da autonomia das pessoas. Ações danosas às pessoas não envolvem necessariamente a sociedade e sua figuração abstrata, como se dá com as situações fronteiriças entre os ilícitos civis e os ilícitos penais, costumeiramente usados como dispositivos de seleção para incriminação de determinadas pessoas e não de outras.

É necessário, contudo, cuidar para que novos mecanismos seletivos não sejam novamente recriados no lado de fora do sistema penal, tal como se deu no Brasil, a partir da década de sessenta, com a prisão civil dos devedores inadimplentes nos contratos de empréstimo com alienação fiduciária, como os de financiamento de automóveis, o que se fez com a estratégica transferência da propriedade dos bens, em tais contratos, aos agentes financeiros, figurando os adquirentes como depositários e, como tais, sujeitos à prisão no caso de mora e infidelidade.

Pelas mesmas razões, a simples desjudicialização, ou até mesmo, numa medida mais extrema, a desjuridicização, poderia não contribuir para uma radical mudança no sistema penal e sua abolição, já que poderia transferir a distribuição dos castigos para órgãos colegiados, imbuídos do mesmo perfil vertical, como conselhos populares, órgãos de classe, organizações não governamentais e outros, que revitalizariam, com bases pretensamente democráticas, a imorredoura missão punitiva.

A valorização das situações concretas como palco para medidas não penais levaria em conta a busca de soluções pontuais em favor das partes envolvidas, independentemente das classificações seletivas contidas nas normas penais, ao definirem determinadas ações como mais ou menos graves, hediondas, de maior ou menor potencial ofensivo, de maior ou menor relevância ou significação, as quais motivam criminalizações,

descriminalizações, mais ou menos punibilidade, de acordo com a agenda seletiva dos operadores do Direito.

A abolição resolveria em outros termos a questão das zonas limítrofes entre crimes em face de suas definições normativas e perfil dogmático, uma inesgotável e estratégica fonte da seletividade, como ocorre com os crimes de furto e roubo, abertamente manipulados pelos operadores do Direito, ou com as formas simples e qualificadas, consumadas e tentadas dos delitos, na conformidade com a maior ou menor necessidade de respostas punitivas a determinados indivíduos, e que abrem aos julgadores a possibilidade de uma criminalização mais ou menos expressiva, a resultar em penas mais ou menos elevadas, para não falar no maior ou menor rigor no exame das provas e cumprimento de normas processuais.

Sobretudo, deixaria de interessar a busca da “verdade”, própria do inquérito, que inspirou a moderna processualística. Foi o inquérito, segundo Michel Foucault, que trouxe a idéia de infração, motivada pelo interesse do soberano, que se fez vítima dos crimes, e também de erro, culpa e pecado. São as conotações religiosas do inquérito, que se desdobram em lesão à lei e em falta religiosa: “dessa conjunção ainda não estamos totalmente livres”²²⁹.

Decorrem daí a necessidade de imputação da falta e a seleção do alvo da ação punitiva salvadora. Como esclarece Louk Hulsman,

“o programa para alocação da culpa típico da justiça criminal é uma verdadeira cópia da doutrina do ‘julgamento final’ e do ‘purgatório’ desenvolvida em algumas variedades da teologia cristã ocidental. É também marcado por traços de ‘centralidade’ e ‘totalitarismo’, específicos dessas doutrinas. Naturalmente, essas origens – esta

²²⁹ *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 74.

‘velha’ racionalidade – está escondida atrás de palavras novas: ‘Deus’ é substituído pela ‘Lei’ e o ‘consenso das pessoas’ por ‘nós’²³⁰.

A busca de solução para situações-problema, portanto, se afastaria dos limites dogmáticos dos juízos valorativos das leis penais e seu espírito seletivo classificatório.

Sobretudo, é com a pena de prisão que a seletividade se mostra mais eficaz, e portanto mais nociva aos indivíduos, dado o efeito que ela produz sobre os eventuais infratores, tornando praticamente irreversível a criminalização de alguns através das dosagens judiciais pretensamente científicas. Assim, abolir a seleção de pessoas para o sistema penal deveria implicar também colocar fim aos procedimentos judiciais de modulação de penas realizados pelos juízes e tribunais, a incluir sua gestão na fase de execução, em que se abreviam ou aumentam os períodos de efetivo cumprimento das penas privativas de liberdade.

Essa gestão ou modulação penal, como se viu, representa também importante etapa da estratégia seletiva, em que os fatos sob julgamento e a conduta objetiva dos indivíduos acusados pesam às vezes muito pouco nas decisões judiciais, cada vez mais parecidas como medidas de gestão de riscos e governo da sociedade. Esse o verdadeiro sentido do processo de individualização da pena, conforme sua prática diuturna, a levar mais em conta o passado do réu do que as circunstâncias concretas de seus atos e da situação que os envolve, que poderiam prestar-se melhor à solução dos conflitos humanos.

Segundo Jock Young, nos dias atuais, o próprio sistema de justiça criminal, cada vez mais, parece engajar-se num avançado processo de seletividade como gerência de riscos, à semelhança do serviço estatal de saúde que, em seu trabalho cotidiano, passa a escolher pacientes considerados mais graves a partir da idéia de risco. A justiça cede terreno, abandonando as idéias de culpa e punição proporcional, encaminhando-se rumo a uma criminologia administrativa ou atuarial. Trata-se de um discurso que

²³⁰ *Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal*. In “Verve”, vol. 3 Editoria do Nu-Sol, Núcleo de Sociabilidade Libertária. São Paulo, 2003, pp. 190-218.

“não está interessado no crime *per se*, mas sim na possibilidade de crime, em comportamentos anti-sociais em geral, criminosos ou não, em prováveis doenças mentais ou recalcitrâncias conhecidas: em qualquer coisa que possa perturbar o funcionamento suave do sistema. Tal criminologia administrativa se preocupa em gerir em vez de reformar, seu realismo está em não pretender eliminar o crime (o que ela sabe impossível), mas minimizar riscos²³¹”.

A idéia de gestão do sistema penal, em que exercem papéis importantes promotores e juizes, parece explicar melhor a associação entre as instituições que o compõem e seus membros individuais, com vistas a uma ação de governo, necessariamente seletiva sobre pessoas. O expediente de amostragem já é uma realidade naqueles setores situados nas cercanias do sistema penal, mas identificados como exercício de poder de polícia, como nas infrações de trânsito, nas ações fiscais e aduaneiras, no sentido de uma administração empresarial das violações legais, direcionando-se as punições a determinados locais, horas e dias, visando determinadas classes de pessoas, com o objetivo de conferir funcionalidade ao controle desses setores.

Essa espécie de gerencialismo parece adequar-se perfeitamente a um mundo que prioriza a ampliação crescente do controle social, com base em cálculos de custo-benefício, fazendo com que também o pensamento criminológico, outrora ainda crente nas idéias de inclusão e ressocialização dos indivíduos que praticavam delitos, passe a valorizar a ação policial em geral sobre os considerados anormais.

Como explica David Garland, a propósito do desenvolvimento de uma criminologia decididamente antimoderna, que reafirma o princípio da seletividade, ela se propõe “a manutenção da ordem e da autoridade, a afirmação de padrões morais absolutos, a preservação da tradição e do senso comum”²³², e assume explicitamente a exclusão do outro

²³¹ *A sociedade excludente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 76.

²³² *A cultura do controle*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2008, p. 390.

“talvez porque nos convencemos de que certos criminosos, uma vez que praticam o crime, deixam de ser ‘membros do público’, não mais merecendo as atenções que normalmente dispensamos uns aos outros. Talvez por termos incorporado uma divisão social e cultural entre ‘nós’, os inocentes, sofredores de classe média, e ‘eles’, os indesejados e perigosos pobres. Ao usar de violência, abusar de drogas ilícitas ou reincidir em atos criminosos, eles se revelam pelo que são: ‘o outro perigoso’, a subclasse. ‘Nossa’ segurança depende do controle ‘deles’”²³³.

Tais assertivas já permitem, talvez, compreender melhor o discurso atual dos juízes e promotores criminais, ainda que ancorados em fórmulas legais e dogmáticas, mas deixando entrever o exercício de um novo mister, que consiste em saber gerenciar, nos processos, a necessidade de impor penas, mais ou menos severas, e fixar regimes a diversas categorias de infratores, como derradeiras providências, no universo do sistema penal, de controle sobre determinadas pessoas.

Esse gerencialismo, ou racionalidade gerencial²³⁴, encontra-se cada vez associado ao trabalho da mídia, que, por sua vez, invoca e alimenta a opinião pública, as emoções, a condenação dos inimigos da sociedade, que são os outros, numa ação que, afinal de contas, significa o desejo de eliminar totalmente o risco. Daí porque o discurso da periculosidade, animado por uma psiquiatria atrasada, invade as sentenças, os acórdãos e os pareceres ministeriais, fazendo retornar o senso comum, mas já agora vestido da roupagem da ciência penal, exibida pelos operadores do Direito. Tudo não passa, na verdade, de uma grande ação policial.

A seletividade, portanto, deve ser vista como um dispositivo essencial à funcionalidade e gestão do sistema punitivo, fazendo com que as leis, o saber penal e as práticas judiciárias possam ser compreendidas não como componentes de um mundo à parte,

²³³ Op. cit., p. 386.

²³⁴ Alessandro di Giorgi. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2006, p 97.

em que imperam soberanos o Direito e a Justiça, mas como dispositivos policiais de governo da sociedade.

Do que se cuida, quando se procede a uma crítica radical do sistema penal a partir de sua seletividade, vislumbrando a trilha abolicionista, é de procurar apontar e abortar a seletividade no instante de elaboração das leis e de sua aplicação, afastando nelas as escolhas ali já contidas quando significam soluções mais punitivas e, por via de consequência, direcionadas a determinadas situações e pessoas. Uma luta contra a seletividade deve passar, portanto, no limite mínimo e se historicamente inevitável, por uma outra maneira de lidar com as condutas consideradas ilícitas e danosas, voltada a uma real abertura ao possível equacionamento dos problemas individuais, afastando-se definitivamente de uma cultura do castigo e da dor.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

_____ *Homo sacer*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.

AGUILLAR, Fernando H. *Metodologia da ciência do Direito*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito Penal e criação judicial*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Fapesp-Educ, 2002.

ARRUDA, Élcio. *Crimes tributários. Tratamento penal nos países da Europa*, in Boletim IBCCRIM-SP nº 171, fev/2007.

BALANDIER, Georges. *O poder em cena*. Trad. Luiz Tupy Caldas de Moura. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986.

BALESTENA, Eduardo. *La fabrica penal*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B. de F., 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

BARATTA, Francesco. *El drama del delito en los mass media*, in “Delito y sociedad”, nº 11-12. Buenos Aires: Ed. La Colmena, 1998.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto*. São Paulo: Editoria do IBCCRIM, 2007.

BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*, in “Discursos sediciosos” vols. 5/6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1998.

_____ *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 4ª Ed., 2001.

_____ *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*, in “Discursos sediciosos”, vol. 12. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1998.

BAUMAN, Zygmunt, *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

BECKER, Howard. *Outsiders*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2008.

BELLO, Enzo. *Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 2007.

BERGER, Peter e LUCKMAN, Thomas. *A construção social da realidade*. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002.

BERNARDES, Héilton Fonseca. *Estratégias punitivas e legitimação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2005.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil Ltda., 2003.

BRUM, Nilo de Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1980.

CAFFÉ, Alair Alves. *A função ideológica do direito*, in “Fronteiras do Direito contemporâneo”. São Paulo: Mackenzie, 2002.

CANETTI, Elias. *Massa e Poder*. Trad. Sérgio Tellarolli. São Paulo: Ed. Cia. das Letras, 2005.

CANGUILHEM, G. *O normal e o patológico*. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2002.

CARDOSO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo judicial*, in “Os grandes filósofos do direito”, Clarence Morris (org.). Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CARDOSO DA CUNHA, Rosa Maria. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1979.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

CASTRO, L. Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Trad. Jeni Vaitsman e outros. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____ *Incidência de las mass media en la expansion de control penal en latinoamerica*, in “Revista brasileira de ciências criminais”, vol. 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

- CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Jurisprudência penal e determinação típica*, dissertação de mestrado (mimeo), São Paulo: FADUSP, 2004.
- COULON, Alain. *A escola de Chicago*. Trad. Tomás R. Bueno. Campinas: Ed. Papyrus, 1995.
- DELEUZE, Gilles, *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2004.
- DEL OLMO, Rosa. *A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas*, in “Discursos sediciosos” vol. 12, Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002.
- DERRIDA, Jacques. *Penas de morte*. Trad. André Telles, in “De que amanhã”, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.
- DI GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2006.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- ELIDEA, Mircea. *O sagrado e o profano*. Trad. Rogério Fernandes. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. São Paulo: Editora Atlas. 1980.
- _____ *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2001.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. Trad. Paolo Capitanéo. Campinas: Bookseller Editora, 1999.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Ed. Max Limonad. 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____ *Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001.

_____ *Vigiar e punir*. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977.

_____ *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1982.

_____ *Entrevistas*, com Roger Pol-Droit. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2006.

_____ *Segurança, território e população*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

_____ *As palavras e as coisas*. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002.

GARLAND, David. *A cultura do controle*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2008.

GODWIN, William. *Crime e punição*. Trad. Maria Abramo Caldeira Brant. In “Verve”, vol. 5, Revista Semestral do NU-SOL, Núcleo de Sociabilidade Libertária. São Paulo, 2004.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Ed. Vozes, 1997.

HULSMAN, Louk e BERNAT DE CELIS J. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.

_____ *Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal*, in “Verve” nº 3. São Paulo: Editoria de Nu-Sol, Núcleo de Sociabilidade Libertária, 2003.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____ *Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade*, in “Revista Jurídica”, vol. 22, ano 4, Rio de Janeiro: 1956.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Visões de política criminal entre operadores da justiça criminal de São Paulo. Relatório parcial de pesquisa*, in ibccrim@org.br, acesso em 20.10.2007.

_____ *Mulheres negras: as mais punidas nos crimes de roubo*, Pesquisa publicada in Boletim nº 125, abril de 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 27ª Ed., 2003.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Ed. Luam, 1991.

_____ *Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

_____ *O que é justiça*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998.

- LOPES, Aury Jr. *Introdução crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.
- LOPES, Fábio Motta. *O inquérito policial na prática não é peça informativa*, in “Boletim” IBCCRIM nº 181, São Paulo, dezembro/2007.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público. Democracia e Ensino Jurídico*. Belo Horizonte: Ed. Rel Rey, 2002.
- MACHADO, Marta, RODRIGUES, José Rodrigo. *Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo, a lei, o direito e a ideologia*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Ed. Bookseller, 1997.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Anais do II Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1997.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, in “Os pensadores”. São Paulo: Ed. Abril, 1979.
- NASSIF, Luís. *O Ministério Público e a mídia*, in “Folha de São Paulo”, 18.07.2000.
- NEPOMUCENO, Alessandro. *Além da lei. A face oculta da sentença penal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Ed. Cia. das Letras, 2004.
- NOBRE, Marcos. *Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil*. São Paulo: Revista Cebrap nº 66, julho de 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *A prisão cautelar e a garantia da ordem pública*, in “Carta Forense”, 02/2008, São Paulo: 2008.

PASSETI, Edson. *Anarquismos e sociedade de controle*. São Paulo: Cortez Editora, 2003.

_____ *Ensaio sobre um abolicionismo penal*, in “Verve” vol. 9, Núcleo de sociabilidade libertária. São Paulo, 2006.

_____ *Abolicionismo penal: um saber interessado*, in “Discursos sediciosos”, vol. 12. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002.

PASTANA, Débora Regina. *As faces do Estado punitivo brasileiro*, in “Revista dos Tribunais”, vol. 868, São Paulo, 2008.

_____ *Cultura do medo. Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación*. Trad. para o espanhol de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2003.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

PINTO, Émerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

POSSAS, Mariana Thorstensen. *Política, Direito e o problema da produção da lei penal: uma nova maneira de observar antigas (e complexas) relações*, in “Boletim” IBCCRIM nº 165, ano 14, São Paulo, 2006.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

RIPERT, George. *A criação do direito*, in “O Direito e a vida social”, A. L. Machado Neto (trad. e org.). São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1966.

RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: Educ, 2004.

_____ *Drogas, proibição e abolição das penas*, in “Curso Livre de Abolicionismo Penal”. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004.

RODRÍGUEZ, Esteban. *Justiça mediática*. Buenos Aires: Villela Editor, 2000.

RORTY, Richard. *Pragmatismo*. Trad. Cristina Magro e Antônio Marcos Pereira (org.). Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado, in “Os pensadores”. São Paulo: Ed. Abril, 1978.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Ed. Vega, 1998.

RUSHE, Georg e KIRSCHHEIMER Otto. *Pena y estrutura social*. Tradução espanhola Emílio Garcia Méndez. Bogotá: Editorial Temis Libreria, 1984.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Ed. Rel Rey, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____ *Pena e constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1995.

_____ *Mídia e crime*, in “Estudos criminais em homenagem a Evandro Lima e Silva”. São Paulo: Ed. Método, 2001.

SHERER, Sebastian. *Economia dirigida e perspectivas da política de drogas*, in “Discursos sediciosos”, vol. 14. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SUTHERLAND, Edwin. *El delito de cuello Blanco*. Tradução para o espanhol por Rosa Del Olmo. Caracas: Editora de La Biblioteca Universal Central de Venezuela, s/d.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1980.

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

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz. Brasília: Ed. UNB, 1979.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2003.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____ *Punir os pobres*, n/c trad. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2001.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994

WEBER, Max. *A objetividade do conhecimento na ciência social e na ciência política*, in “Metodologia das ciências sociais”. Trad. Augustin Wernet. São Paulo: Cortez Editora, 1993.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1996.