

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ARBÍTRIO, CRIMINALIZAÇÃO E SELETIVIDADE: UMA ANÁLISE
DO ABUSO DE AUTORIDADE SOB AS PERSPECTIVAS
CRIMINOLÓGICA E DOGMÁTICA**

ANDRÉ FERNANDES INDALENCIO

Itajaí-SC, abril de 2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ARBÍTRIO, CRIMINALIZAÇÃO E SELETIVIDADE: UMA ANÁLISE
DO ABUSO DE AUTORIDADE SOB AS PERSPECTIVAS
CRIMINOLÓGICA E DOGMÁTICA**

ANDRÉ FERNANDES INDALENCIO

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor João José Leal

Itajaí-SC, 28 de abril de 2008

“Tudo que era estável e sólido desmancha no ar”

Marx & Engels

AGRADECIMENTO

A João José Leal, orientador desta dissertação,
pela liberdade e confiança depositadas.

Ao Ministério Público de Santa Catarina e à
Associação Catarinense do Ministério Público,
pelo subsídio financeiro parcial desta empreitada.

DEDICATÓRIA

Para Bruninha e João Pedro, pela alegria de hoje,
de cada dia que passou e de cada dia que virá.

Para Maristela, com todo amor que houver nesta
vida.

Para Edmundo, pelo exemplo.

Para Eddy, por tudo.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, abril de 2008

André Fernandes Indalencio
Mestrando

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Ideologia da Defesa Social

Ideologia presente na formação do Saber Penal desde a Modernidade, cuja proposição principal consiste na crença de que a prática de crimes é atributo de uma curta parcela da população, estando o Sistema Penal, em face disso, legitimado para a proteção da outra parcela.

Teoria Agnóstica da Pena

Teoria formulada por Eugenio Raúl Zaffaroni a partir da original formulação de Tobias Barreto. Vê a pena criminal como um mero ato de poder político, não comportando qualquer racionalização no campo jurídico. Trata-se de um desdobramento do Estado de Polícia (que, por sua vez, encontra-se presente, em maior ou menor medida, em toda estrutura social), cabendo ao Jurídico, na perspectiva do Estado de Direito, a busca de sua contenção.

Política Criminal

Parte da Política Social voltada para o estabelecimento de diretrizes através das quais irá se exercer o controle social formal, condicionando os processos de criminalização e pautando a atuação das agências estatais respectivas.

Modelo Bélico de enfrentamento do delito

Postura ideológica própria ao Estado de Polícia e que se traduz na incorporação, pelo discurso e pela prática do controle social, de elementos de enfrentamento próprios a uma situação de guerra.

Estado de Polícia

Antítese do Estado Democrático de Direito, o Estado de Polícia constitui-se em um modelo político autopoietico cuja principal diretriz consiste na exigência de submissão integral do indivíduo à decisões partidas da classe dirigente. Logo,

como não admite a dissidência e a crítica, tende a supervalorizar o valor “Segurança”, buscando na força e na intimidação os fatores preponderantes de coesão social.

Abuso de autoridade

Para os fins desta dissertação, conceitua-se abuso de autoridade como sendo o abuso criminalizado pela Lei Federal nº. 4.898, de 09 de dezembro de 1965, seleção essa que abrange ações levadas a efeito mediante desvirtuamento do poder político-administrativo próprio às tarefas do Estado, portanto em atitudes que constituem-se, basicamente, no desvio da programação ditada pelo princípio da Legalidade.

SUMÁRIO

RESUMO	X
ABSTRACT	XI
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	6
1.1 O DIREITO PENAL E A ORDEM BURGUESES-CAPITALISTA: A NOVA PERSPECTIVA DO CONTROLE SOCIAL	6
1.1.1 A DEFESA SOCIAL	11
1.1.2 AS ESCOLAS PENAIS E A FORMAÇÃO DO SABER JURÍDICO-PENAL OFICIAL	15
1.1.2.1 A Escola Clássica	16
1.1.2.2 A Escola Positivista	20
1.1.2.3 A Reação Tecnicista	23
1.1.2.4 O novo paradigma criminológico e a crise da legitimidade do sistema penal	27
1.1.2.4.1 <u>O impulso inicial: Durkheim e Merton</u>	<u>29</u>
1.1.2.4.2 <u>As teorias subculturais</u>	<u>31</u>
1.1.2.4.3 <u>As teorias do <i>Labelin' Approach</i>, ou do etiquetamento e da reação social</u>	<u>34</u>
1.1.2.5 O Garantismo Penal	39
1.1.2.6 A Teoria Agnóstica da Pena	42
CAPÍTULO 2	44
2.1 ABUSO DE PODER E ABUSO DE AUTORIDADE	44
2.2 POLÍTICA CRIMINAL E ABUSO DE AUTORIDADE	46
2.2.1 MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL	46
2.2.1.1 A Criminalização do abuso de autoridade como reflexo de um direito penal máximo	52
2.2.1.2 A ineficácia da criminalização efetuada: o abuso de autoridade como parte de um direito penal eminentemente simbólico	52
2.2.2 POSTURAS IDEOLÓGICAS DE AGRAVAMENTO DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL: O MODELO BÉLICO E A DIFUSÃO DO MEDO	58
2.2.2.1 O Modelo Bélico	58
2.2.2.2 A Difusão e Manipulação do Medo	63
2.2.2.3 A equivocada absolutização do valor “Segurança Pública”	67

2.2.3 CRIMINALIZAÇÃO E CIDADANIA	72
2.3 O ABUSO COMO CONSTRUÇÃO SOCIAL: EXAME DE ALGUMAS PRÁTICAS ASSIMILADAS PELO SENSO COMUM	75
2.3.1 VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE (ALGEMAS)	76
2.3.2 VIOLAÇÃO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO (BUSCAS PESSOAIS - “GERAIS”).....	79
2.3.3 VIOLAÇÃO DA IMAGEM (EXPOSIÇÃO DO INDIVÍDUO SOB CUSTÓDIA).....	80
2.3.4 A EFICÁCIA ILUSÓRIA DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABUSO	83
CAPÍTULO 3	84
3.1 UMA EXPLICAÇÃO PRÉVIA: A VIABILIDADE DO EXAME DOGMÁTICO .	84
3.2 CODIFICAÇÃO E LEIS ESPECIAIS: OS PROBLEMAS DECORRENTES DA FORMAÇÃO DE <i>CORPUS JURIS</i> AUTÔNOMOS.....	86
3.2.1 PROBLEMAS DE SISTEMATIZAÇÃO	86
3.2.2 A “RESERVA DE CÓDIGO”	89
3.2.3 PROBLEMAS RELATIVOS À TIPICIDADE: MALFERIÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE ...	91
3.2.4 VIOLAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE: EQUIPARAÇÃO ENTRE O CRIME TENTADO E O CONSUMADO	94
3.2.5 VIOLAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE ULTRATIVIDADE DA LEI MAIS GRAVE: A APLICABILIDADE DA PENA DE PERDIMENTO DO CARGO PÚBLICO	95
3.2.6 A INABILITAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA.....	98
3.3 A RETOMADA DO IDEAL EMANCIPATÓRIO COMO ESTRATÉGIA MÍNIMA PARA A CONTENÇÃO DA INCIDÊNCIA DO SISTEMA	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	102
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	107
ANEXOS.....	116

RESUMO

Esta dissertação está vinculada à linha de pesquisa “Produção e Aplicação do Direito” e ao projeto de pesquisa “Política Criminal e Produção do Direito”, da UNIVALI-SC, Universidade do Vale do Itajaí. Através dela, se pretende analisar determinados aspectos da Lei Federal Brasileira nº. 4.898/65, especificamente a parte de tal diploma legal que criminaliza condutas tidas como atentatórias aos direitos humanos, colocadas sob a denominação comum de “abuso de autoridade”. A idéia é desenvolver uma abordagem do referido texto normativo tendo a criminologia crítica como referencial preponderante. Para tanto, busca-se evidenciar o processo de formação do Saber Penal moderno, relatando sua evolução, com a plena incorporação da Ideologia de Defesa Social, para depois correlacionar a criminalização do abuso com tal ideologia. Busca-se, também, por sua extrema importância, demonstrar adequação desse texto a determinados modelos (máximos) de política criminal. O objetivo principal é evidenciar a insuficiência do processo de criminalização para a contenção da violência nele tipificada, primeiro, pela franca expansão de uma política belicista de contenção do delito, capaz de potencializar ao extremo a violência institucional que referido texto procura justamente reprimir; depois, pelo fato de que, em essência, o Sistema Penal constitui-se, ele próprio, em um instrumento seletivo de controle social, paradoxalmente potencializador da violência que afirma combater e que, por isso, apresenta-se completamente inadequado para os fins pretendidos. Sem prejuízo, encerra-se o texto com uma análise dogmática do tratamento jurídico-penal do abuso de autoridade, levado a efeito através de uma abordagem revestida de contornos garantistas, porém sem perder de vista a perspectiva criminológica desde o início adotada.

Palavras-chave: *Abuso de autoridade – Ideologia da Defesa Social - Criminologia Crítica – Política Criminal*

ABSTRACT

This dissertation is linked to the line of research “Production and Application of the Law” and the project “Criminal Policy and the Production of Law” of the University of Vale do Itajaí – UNIVALI, in the State of Santa Catarina. It examines certain aspects of Brazilian Federal Law No. 4898/65, specifically, the part which criminalizes conducts that affect human rights (highlighting the terms foreseen in its article 4), which come under the common designation of “abuse of power”. The idea is to develop an approach to this regulatory text, taking critical criminology as its main point of reference. It seeks to demonstrate the process of formation of modern Penal Knowledge, discussing its evolution, with the full incorporation of the ideology of Social Defense. It then correlates the criminalization of the abuse with this ideology. Due to the extreme importance of this law, this study also seeks to demonstrate its adaptation to some specific (maximal) models of criminal policy. The main goal is to demonstrate the inadequacy of this criminalization process to restrain the violence typified in it, firstly due to the expansion of a combative policy on crime prevention, which is capable of greatly increasing the very institutional violence that the Law seeks to restrain, and secondly, because the Penal System itself is an instrument of selective social control, which paradoxically promotes the violence that it claims to oppose, for which reason it is completely unqualified for its intended aims. Finally, the text ends with a dogmatic analysis of the way in which abuse of power is dealt with by the law, fulfilled through a garantistic approach, although without losing the criminological perspective adopted from the very beginning.

Key-words: *Abuse of power – Social Defense Ideology – Social Reaction Criminology – Criminal Policy*

INTRODUÇÃO

Examinar o abuso de autoridade pressupõe a avaliação, ainda que sucinta, de certa parcela das relações de poder que permeiam a vida social, especificamente no que tange às relações entre o Estado e os indivíduos.

De fato, o abuso objeto desta pesquisa consiste, de modo específico, na seleção de condutas que, (mal) delimitadas pela Lei Federal Brasileira nº. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, traduzem um desvio grosseiro da legalidade e importam na prática de uma violência física ou moral ilicitamente levada a efeito contra o particular, pessoa física ou jurídica.

O exame que se pretende levar a cabo, de qualquer forma, é um exame crítico. Parte da observação, desenvolvida no texto, da insuficiência do Direito Penal para a contenção do abuso e se vale da criminologia crítica de contornos marxistas para assim evidenciá-lo. Admite, pois, que o sistema penal não apenas é incapaz de evitar a violência como, ao contrário, desta é um paradoxal instrumento potencializador, funcionando através da incidência de critérios preconceituosos que não podem e não vão impedir os excessos nas relações de poder cotidianas, sejam institucionais ou privadas.

O objetivo institucional deste trabalho é a obtenção do título de Mestre pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali e seu objetivo científico é efetuar um exame crítico da criminalização do abuso de autoridade levado a efeito, no Brasil, pela via da Lei Federal nº. 4.898/65.

Para tanto, principia-se, no Capítulo Primeiro, tratando de efetuar uma verdadeira reorganização dos discursos legitimadores do Direito Penal, identificando-lhes as bases de sustentação e seus principais ideólogos. A abordagem das chamadas Escolas Clássica, Positivista e Tecnicista (esta última depois assimilada pelo Neokantismo), portanto, pretende reconstruir a sustentação teórica com a qual, a partir do Iluminismo, como forma de superação da ordem difusa e lacunosa do *Ancient Régime*, se pretendeu legitimar uma nova economia do direito de punir (Foucault), desenvolvendo uma nova forma de

controle social edificada, discursivamente, sob a promessa de segurança jurídica (Andrade). Todos esses discursos, pois, são aqui apresentados como formados a partir de uma crença hegemônica, qual seja, a Ideologia da Defesa Social, uma ideologia fundada na desigualdade e que consiste em reconhecer na incidência do Sistema Penal um instrumento efetivo de proteção da parte “não-delinqüente” da sociedade contra os ataques provenientes da parcela violadora da ordem jurídica. Trata-se, enfim, de remontar os discursos que sustentaram o direito penal da ordem burguesa ao longo de mais de dois séculos.

Feito isso, ainda dentro da mesma proposta historicista, o texto trata de reorganizar os movimentos de criminologia iniciados a partir da Escola Positiva, demonstrando o deslocamento operado entre a criminologia de fundo etiológico, elaborada a partir de uma concepção antropológica do desvio punível, e a sociologia criminal de contorno marxista. Perpassa-se, então, o caminho realizado de Lombroso a Durkheim, para finalmente alcançar as chamadas “Teoria do Etiquetamento” (“Labelling Approach”) e “Teoria da Reação Social”, base da criminologia crítica atual.

A partir desse caminhar histórico e tendo a criminologia crítica como marco teórico principal, procurar-se-á evidenciar os fundamentos empíricos que permitiram questionar, de forma definitiva, a Ideologia da Defesa Social, revelando a base preconceituosa e injusta de suas premissas, com isso clarificando sua finalidade última, ou seja, legitimar um controle social exercido de modo essencialmente violento e desigual. Dessa constatação decorre a atual crise do discurso oficial no qual se sustenta o sistema penal moderno.

Examina-se ainda, por sua extrema relevância e potencial emancipatório, a teoria do Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli, e a Teoria Agnóstica da Pena, de Eugenio Raúl Zaffaroni. O primeiro por representar uma postura de desconfiança com o Poder, reafirmando a necessidade de sua constante contenção. O segundo, por reconhecer na pena criminal, fundamentalmente, um ato do poder político, incapaz, por isso de receber uma sustentação juridicamente racional.

No Capítulo Segundo, o enfoque é voltado, preponderantemente, para o campo da Política Criminal. Pretende-se evidenciar, a partir de determinados movimentos de expansão do poder punitivo, a insuficiência do uso da violência institucional (Sistema Penal) para a contenção do arbítrio. De modo que, reconhecendo na Política Criminal um desdobramento da Política Social (Fragoso), busca-se delinear os três principais movimentos de criminalização hoje reconhecidos - modelos de direito penal máximo, de direito penal mínimo e o abolicionismo - correlacionado a criminalização do abuso de autoridade (não obstante as variáveis históricas que levaram à elaboração de tal diploma) com o primeiro modelo citado. Nesse passo, a existência de políticas belicistas de enfrentamento do delito e o uso da difusão do medo como instrumento gerador de consenso são colocados como parte de uma estratégia de controle calcada na expansão da violência, e que, por isso, só fazem confirmar a insuficiência dos processos de criminalização para a contenção do abuso. Como resposta, propõe-se a utilização de esferas outras, mesmo jurídicas (Direito Constitucional, Direito Civil etc.), dotadas de *positividade* (Andrade), únicas com capacidade de permitir a formação de uma consciência assimiladora do discurso dos direitos humanos e sua efetividade enquanto prática verdadeiramente emancipadora e redutora da violência institucional.

Ainda dentro desse capítulo, tenta-se trazer à discussão determinadas práticas que, não obstante cotidianamente ratificadas pela praxis e pela doutrina, apresentam-se como claras manifestações do abuso no manejo da autoridade pública. Cuida-se, portanto, de retratar o abuso como algo inerente às relações de poder existentes na sociedade, ficando sua configuração determinada pelos limites incorporados em maior ou menor medida pelo corpo social respectivo. Confirma-se, com isso, a assertiva na qual se assentam as teorias criminológicas da reação social e do etiquetamento, onde o fenômeno delitivo é visto, em essência, como uma realidade socialmente construída.

O último Capítulo volta-se para um exame preponderantemente dogmático do abuso de autoridade. Trata-se, agora, de uma análise de natureza essencialmente garantista, voltado à demonstração das

imperfeições do texto capazes de conduzir sua aplicação a uma violação clara dos princípios norteadores de um Direito Penal de feição “democrática”.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema proposto.

Para a presente Dissertação foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) Como se formou o discurso oficial legitimador do Sistema Penal, discurso este que, baseado na Ideologia da Defesa Social, vem tornando possível a incidência de um sistema seletivo de controle social? Como opera esse Sistema e quais as posturas criminológicas que permitiram suplantar tal ideologia?

b) Como se caracteriza a criminalização do abuso de autoridade diante dos movimentos de política criminal existentes? Qual o objetivo declarado e qual seu grau de efetividade para a tutela pretendida?

c) Quais as conseqüências de uma releitura garantista/criminológica da norma criminalizadora do abuso de autoridade?

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹ foi utilizado o Método Indutivo², na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano³, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

¹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

² “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

³ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁴, da Categoria⁵, do Conceito Operacional⁶ e da Pesquisa Bibliográfica⁷.

Enfim, trata-se de pesquisa que, para além de sua finalidade acadêmica, pretende oferecer um contributo à redução da violência institucional, fazendo coro aos movimentos de contenção da expansão do Sistema Penal infelizmente ainda hoje tão negligenciados no Brasil e no mundo.

⁴ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁵ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁶ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

CAPÍTULO 1

DA FORMAÇÃO DO DISCURSO OFICIAL À DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

1.1 O DIREITO PENAL E A ORDEM BURGUESES-CAPITALISTA: A NOVA PERSPECTIVA DO CONTROLE SOCIAL

O Direito Penal constitui-se em uma das mais graves formas de controle social. Um controle que é exercido em consonância com um determinado modelo econômico, político e cultural adotado por uma determinada sociedade, em determinado momento histórico. Como tal, traduz as relações de poder estabelecidas e exercidas de modo a garantir uma determinada *ordem*, relações estas que se desenvolvem em dois âmbitos complementares, o formal, institucionalizado, exercido pelos agentes desse ser artificial denominado Estado, e o controle informal, estabelecido a partir das relações sociais existentes.

Compreender como esse controle é exercido, a forma como hoje se legitima e se desenvolve, requer o estabelecimento de um ponto de partida, um momento inicial que pode ser bem definido na historiografia ocidental como sendo a ruptura com o medievo.

Pois, a superação da Ordem Antiga trouxe consigo a necessidade de uma nova economia do poder (e especificamente, no que aqui interessa, do poder de punir), tornando premente a necessidade de um novo fundamento para a legitimação de seu exercício, diverso daqueles até então aceitos e cujos postulados não serviam à nova Ordem política e social agora estabelecida: a autoridade religiosa, o absolutismo, enfim, a sustentação ideológica do *Ancient Regime* apresentava-se como algo intrinsecamente incompatível com as transformações econômicas e sociais em curso, mormente as novas regras ditadas pela ascensão do capital e da nova classe detentora dos meios de produção, a burguesia. A transferência do poder político, portanto,

reclamava um discurso legitimador que não podia ser obtido a partir dos postulados epistemológicos do Regime Antigo: as premissas jusnaturalistas de cunho teocrático refutavam a idéia de igualdade no exercício do poder (as delegações e demais concessões feitas pelo monarca eram reputadas como meros *favores*, o *favor rei* revelando-se pura benevolência de parte daquele que se encontrava, por determinação divina, destinado a pairar sobre os demais homens) e isso representava claro empecilho à solidificação do poder da burguesia em ascensão. Afinal, sem a igualdade, como sustentar a idéia de *consenso* como forma de legitimação política?

A desigualdade, portanto, em essência, surge como algo contrário à representação da nova Ordem, personificada na concepção Roussoniana do contrato social, onde todos abrem mão de uma parcela de sua liberdade em favor do Estado para receber em troca a proteção necessária à manutenção e conservação do próprio corpo social. Como nessa visão a sociedade seria produto de um *acordo* entre os homens livres e iguais, o dissenso, representado pela infração penal, não seria mais que expressão da vontade livre e consciente de violar o pacto estabelecido (livre arbítrio).

A *regulação* da atividade social para a manutenção do contrato e o ideal da *emancipação* do indivíduo perante o poder (até então ilimitado)⁸, portanto, formam a base da nova ordem capitalista e é através dela que todo um aparato estatal passa a ser edificado, configurando o Estado de Direito de matiz liberal. O exercício do poder, portanto, passa a ser programado e o instrumento de tal programação desloca-se da vontade incontrolável do Soberano para a norma legal (idealizada como representação da vontade geral), única capaz de assegurar (ainda que formalmente) a isonomia entre os cidadãos e a segurança jurídica tão cara à ordem capitalista em formação.

Celebrada nos manuais de Direito Penal como um brado contra a tirania, para Foucault ela representa apenas uma nova economia do direito de punir, engenhosamente adaptada à nova ordem capitalista emergente e

⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed., 2003, p. 279.

funcionalmente voltada para a eficiência do novo controle social a partir daí desenvolvido.

Assim,

O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais eqüitativos; mas estabelecer uma nova 'economia' do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõe; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social.⁹

Por isso,

A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado de seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico (ou seja, dissociando-o do sistema da propriedade, das compras e vendas, da venalidade tanto dos ofícios quanto das próprias decisões) e seu custo político (dissociando-o do arbitrário do poder monárquico). A nova teoria jurídica da penalidade engloba na realidade uma nova 'economia política' do poder de punir.¹⁰

Com a acumulação do capital, estabelece-se uma nova correlação de forças, reservando-se à classe dos detentores dos meios de produção a ilegalidade dos direitos (desvios em relações contratuais, por exemplo), enquanto que a ilegalidade dos bens (furto, roubo, fraude) passa a ser reservada à classe subalterna. A vigilância ganha posição privilegiada no funcionamento do sistema e a prisão, antes algo assessorio no contexto da engrenagem punitiva, passa a se constituir no instrumento para o gerenciamento das ilegalidades, distribuindo-as, distinguindo-as e mesmo utilizando-as de forma

⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir – história da violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramallete. 26ª ed., Petrópolis: Vozes, 2002, p. 68-69.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir – história da violência nas prisões**. p. 69

diferenciada. Constitui-se um novo poder que enseja um novo saber, formando uma nova tecnologia de dominação, destinada a classificar, organizar comparar e examinar os indivíduos¹¹.

Essa nova economia de punir espalhou-se para além dos entes formalmente instituídos para o controle social, influenciando e modificando a própria sociedade: surge um corpo social disciplinar que opera segundo critérios de castigo e recompensa, estabelecidos segundo a adaptação ou resistência à ordem vigente e que tem na vigilância seu instrumento essencial de dominação. A partir de tal observação, Alessandro Baratta identifica no Sistema Penal um complexo feixe de entes e normas cuja função essencial consiste na reprodução e garantia de continuidade das relações de poder existentes na sociedade, onde o sistema escolar aparece como sendo o primeiro segmento do aparato de seleção e marginalização de indivíduos a prisão como um *continuum* da estrutura disciplinar ali iniciada.

De modo que

A complementaridade das funções exercidas pelo sistema escolar e pelo penal responde à exigência de reproduzir e assegurar as relações sociais existentes, isto é, de conservar a realidade social.¹²

A relação meritória estabelecida discriminatoriamente e a desigual distribuição de sanções positivas e negativas no desenvolvimento da atividade escolar (promoções, acesso aos níveis superiores de ensino, de um lado; reprovações e outras formas de exclusão, de outro), portanto, não seria algo espontâneo, mas puro reflexo das desigualdades existentes na sociedade, refletindo e reafirmando sua estrutura verticalizada.

Tem-se, pois, ainda segundo Baratta, a formação de um verdadeiro e amplo Sistema Punitivo (a prisão não seria senão a parte final desse

¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir – história da violência nas prisões**. p. 226.

¹² BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**. Coleção Pensamento Criminológico, 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 171.

sistema) cujo funcionamento só pode ser entendido se observado a partir de sua íntima correlação com a estrutura capitalista e com as relações de poder a estas correspondentes. Essa visão, chamada pelo autor de “político-econômica”, tem como base as pesquisas desenvolvidas por Foucault e por Rusche e Kirchheimer, considerada por ele irreversível em seus êxitos¹³, e constituindo a base teórica que permite apreender o real funcionamento do Sistema Penal, suas promessas não cumpridas e sua funcionalidade oculta.

A legitimação da incidência desse mecanismo de poder, de outro lado, decorre da consolidação de um pensamento hoje hegemônico, cuidadosamente elaborado, posto sob a denominação de “Ideologia da Defesa Social”. Dela provém os fundamentos que levaram à consolidação do discurso oficial atual, de onde a importância de uma análise um pouco mais pormenorizada de seus postulados essenciais:

¹³ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p.190 e sgs. A referência feita parece relacionada ao seguinte excerto da obra de Foucault: “Do grande livro de Rusche e Kirchheimer podemos guardar algumas referências essenciais. Abandonar, em primeiro lugar, a ilusão de que a penalidade é antes de tudo (senão exclusivamente) uma maneira de reprimir os delitos e que nesse papel, de acordo com as formas sociais, os sistemas políticos ou as crenças, ela pode ser severa ou indulgente, voltar-se para a expiação ou procurar obter uma reparação, aplicar-se em perseguir o indivíduo ou em atribuir responsabilidades coletivas. Analisar antes os “sistemas punitivos concretos”, estudá-los como fenômenos sociais que não podem ser explicados unicamente pela armadura jurídica da sociedade nem por suas opções éticas fundamentais; recolocá-los em seu campo de funcionamento onde a sanção dos crimes não é o único elemento. Mostrar que as medidas punitivas não são simplesmente mecanismos “negativos” que permitem reprimir, impedir, excluir, suprimir; mas que estão ligadas a toda uma série de efeitos positivos e úteis que elas têm por encargo sustentar (e nesse sentido, se os castigos legais são feitos para sancionar as infrações, pode-se dizer que a definição das infrações e sua repressão são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções). Nessa linha, Rusche e Kirchheimer estabeleceram a relação entre os vários regimes punitivos e os mecanismos de produção em que se efetuam: assim, numa economia servil, os mecanismos punitivos teriam como papel trazer mão-de-obra suplementar – e constituir uma servidão “civil” ao lado da que é fornecida pelas guerras ou pelo comércio; com o feudalismo, e numa época em que a moeda e a produção estão pouco desenvolvidas, assistiríamos a um brusco crescimento dos castigos corporais- sendo o corpo na maior parte dos casos o único bem acessível – a casa de correção – o Hospital Geral, o Spinhuis ou Rasphuis – o trabalho obrigatório, a manufatura penal apareceriam com o desenvolvimento da economia de comércio. Mas como o sistema industrial exigia uma mão-de-obra livre, a parte do trabalho obrigatório diminuiria no século XIX nos mecanismos de punição, e seria substituída por uma detenção com fim corretivo. Há sem dúvida muitas observações a fazer sobre essa correlação estreita.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir – história da violência nas prisões**. p. 24/25)

1.1.1 A DEFESA SOCIAL

A parte do controle social efetuado mediante a seleção de condutas e pessoas passíveis de sofrer o castigo pela via institucional (pena) dá-se o nome de *criminalização* e esse fenômeno ocorre em dois momentos bem definidos: a *criminalização primária* que se constitui nos processos de elaboração abstrata da programação de operatividade do sistema (essencialmente a legislação criminal, correspondendo, portanto, a uma opção de cunho político) e a *secundária*, esta incidente no momento da incidência concreta do Sistema (indivíduos selecionados e captados por esse mesmo Sistema em movimento).

Como pondera Zaffaroni,

Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o deve ser apenado é um programa que deve ser cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam. Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários).¹⁴

Já a criminalização secundária,

(...) é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Vol 1 - teoria geral do direito penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p 43, grifo no original.

caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização).¹⁵

Essa criminalização, de seu turno, é levada a efeito com base em uma ideologia, a citada Ideologia da Defesa Social, a qual, acima de tudo, representa a crença de que a pena criminal cumpre uma efetiva função de manutenção da paz social. O castigo institucional, regado e programado em sua aplicação, representaria o instrumento mais eficaz para dissuasão da parcela desviante da população, assim evitando-se a realização de determinadas condutas lesivas, protegendo o corpo social contra ataques vindos de dentro.

Trata-se, portanto, de uma visão “positiva” da pena criminal que se fez presente desde o primeiro momento de elaboração do arcabouço punitivo institucional da Modernidade.

Com efeito:

Seja qual for a tese aceita, um fato é certo: tanto a Escola clássica quanto as escolas positivistas realizaram um modelo de ciência penal integrada, ou seja, um modelo no qual ciência jurídica e concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas. Ainda que suas respectivas concepções do homem e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos nos encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ideologia de defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema político.¹⁶

A Ideologia da Defesa Social, portanto,

(...) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p 43, grifo no original.

¹⁶ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**. p. 41.

elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal.¹⁷

Essa Ideologia¹⁸, como já referido, perpassa todas as Escolas Penais e se projeta no próprio corpo social, incorporando-se à opinião comum do homem de rua (as chamadas *every day theories*)¹⁹. É ela, pois, que fornece a base na qual se edificará o discurso legitimador do Sistema Penal e, enquanto ideologia, traz consigo uma idéia maniqueísta do corpo social, dividido em indivíduos seguidores das leis e indivíduos recalcitrantes, movidos pela intenção de violar a paz estabelecida, havendo necessidade de proteger os primeiros dos atos lesivos praticados pelos segundos.²⁰

Segundo Baratta, a base dessa ideologia pode ser resumida nos seguintes enunciados:

(...) a) *Princípio de legitimidade*. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e normas sociais; b) *Princípio do bem e do mal*. O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem; c) *Princípio da culpabilidade*. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às

¹⁷ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**. p. 41.

¹⁸ Segundo Marilena Chauí, a operação intelectual ideológica por excelência é a criação de *universais abstratos*, ou seja, a apresentação de determinados postulados como algo de interesse comum, a fim de que os interesses de uma determinada classe dominante possam ser legitimados. São eles, portanto, apresentados como idéias que conduzem os homens e não como produto das contradições e condições na qual se desenvolve a convivência humana (CHAUÍ, Marilena, **O que é ideologia**. 2ª ed., Revista e Ampliada, São Paulo: Brasiliense, 2006).

¹⁹ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**. p. 42.

²⁰ A Defesa Social, enquanto *ideologia*, não deve ser confundida com as *teorias* da defesa social e da “nova” defesa social, elaboradas por Felipo Grammatica e Marc Ancel, ambas detendo contornos afinados com o Positivismo Criminológico.

normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador; d) *Princípio da finalidade ou da prevenção*. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinqüente; e) *Princípio de igualdade*. A criminalidade é a violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.²¹

Finalmente,

f) *Princípio do interesse social e do delito natural*. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes.²²

A Defesa Social, portanto, encontra-se na base dos movimentos de criminalização do desvio punível, apresentando-se como discurso legitimador da existência do Sistema Penal. Seja como algo necessário para a manutenção do contrato social, no liberalismo iluminista, seja como forma de isolar e neutralizar o indivíduo atávico no positivismo criminológico, seja, enfim, como forma de manutenção do desenvolvimento da vida social no funcionalismo próprio aos movimentos pós-positivistas, a atividade criminalizatória traz consigo, sempre, como função declarada, a idéia de proteção do corpo social contra uma agressão interna.

A função legitimadora dessa ideologia somente veio a ser questionada com a criminologia crítica surgida depois da primeira metade do

²¹ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do direito penal - introdução à sociologia do direito penal**. p . 41, grifo no original.

²² BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do direito penal - introdução à sociologia do direito penal**. p. 42, grifo no original.

século XX. A formação do saber jurídico-penal, até então, se consolida sob aquele paradigma e embora adaptado às variáveis históricas, políticas, sociais e econômicas de cada formulação teórica, permanece, em essência, como claro reflexo de tal ideologia. Aí se constitui o ponto ideológico a partir do qual todo o moderno o saber penal dogmático é construído e colocado a serviço do poder, legitimando-o principalmente através da elaboração de teorias da pena justificadoras da manipulação da violência institucional dentro do corpo social.

Essas teorias legitimadoras, por sua vez, foram construídas ao longo do tempo por movimentos filosófico-jurídicos mais ou menos homogêneos a final reunidos nas chamadas Escolas Penais. É com base nesses pensamentos que se elabora todo um arcabouço teórico em torno da pena e do crime, consolidando uma dogmática cartesiana, narcisista e conservadora, cuja principal promessa foi e continua sendo a segurança exigida pela nova ordem burguês-capitalista.

1.1.2 AS ESCOLAS PENAIS E A FORMAÇÃO DO SABER JURÍDICO-PENAL OFICIAL

Antes de mais nada, convém esclarecer que, por “Escolas” de pensamento jurídico-penal, entende-se a reunião, sob rótulos comuns, de tendências bastante homogêneas de análise do fenômeno criminal, hegemônicas durante determinado momento histórico, e que se apresentaram revestidas de certa coerência no plano da ideologia e do método.

Esse caminhar do pensamento penal deve ser avaliado com especial ênfase porque é dele que surgiram os pilares teóricos que sustentam a teoria criminal moderna. Com efeito, é do encontro dessas diversas tendências e da confluência das elaborações teóricas respectivas que se edificou um modelo orientador (ao menos discursivamente) do poder institucional de castigar, de modo que entender o processo de formação das teorias voltadas para a Defesa Social é passo anterior necessário para qualquer crítica que a ele posteriormente se pretenda dirigir. É ele (o pensamento proveniente das Escolas Penais) que irá permitir desenvolver a consciência das circunstâncias nas quais o sistema se

desenvolve e o contexto ideológico na qual toda uma estrutura de controle encontra-se inserida, viabilizando-lhe o exame e a crítica.

Assim:

1.1.2.1 A Escola Clássica

A idéia de uma “Escola Clássica” partiu de Enrico Ferri, cuja pretensão única era “*impor um rótulo comum a todos os penalistas que não compartilhavam seu ponto de vista*”²³. De qualquer modo, a definição logrou prosperar e até hoje costuma se abarcar sob a denominação de Escola Clássica todos os movimentos fundacionais do moderno saber penal, do rompimento com o Antigo Regime ao momento anterior ao positivismo criminológico, sem que haja entre os mesmos qualquer unidade de pensamento.

Contemporânea ao Estado Liberal, é ela que se encarrega de lançar as bases do atual sistema, buscando estabelecer a liberdade e a igualdade pela via da segurança jurídica, racionalizando o exercício do poder punitivo através da legalidade.

A obra de Beccaria, “dos delitos e das penas”²⁴, constitui-se no marco de maior expressão desse período, considerada, com justiça, a obra-chave do pensamento liberal jurídico-penal. Nela fica presente a superação do jusnaturalismo de fundo teocrático (o fundamento da pena é a manutenção do contrato social), a idéia de proporcionalidade e necessidade da pena, o fim das penas corporais, a necessidade de taxatividade e clareza das normas (afastando a incriminação por critérios morais, religiosos etc.), a prevenção geral como finalidade da pena criminal. Enfim, sem qualquer sistematização, originalidade ou

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p 43, grifo no original. Ainda: “Essa atitude não passou de uma atitude autoritária de quem considerava ser o único dono da verdade *científica*, e caracterizava por *metafísicos, pré-cientistas* ou *clássicos* aqueles que não haviam alcançado os níveis de sua verdade. Embora hoje continue se fazendo referência a uma *escola clássica* como antagônica à *escola positivista*, o certo é que a primeira só existiu na cômoda rotulação autoritária de Ferri. O que houve foi uma disputa entre positivistas e os que não admitiam seus pontos de vista.”

²⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Hemus, 1983.

rigor científico²⁵, sintetiza ele as novas bases para a superação do difuso, lacunoso e arbitrário sistema anterior, fornecendo os pilares no qual a nova economia de punir burguesa se assentaria dali para frente.

Aníbal Bruno distingue a Escola Clássica em duas vertentes, a italiana e a alemã²⁶.

Com relação à primeira, esclarece:

Na escola clássica, conforme se desenvolveu na Itália, podemos distinguir duas correntes. Uma que, sob a influência do Iluminismo, pretendeu criar um Direito punitivo baseado na necessidade social, e que compreende, depois de BECCARIA, os nomes de FILANGERI, ROMAGNOSI e CARMIGNANI. Outra, que

²⁵ Assim: “A tradição e a enorme difusão da obra de Cesare Bonesana, marquês de Beccaria (1738-1794), implicam abrir o elenco dos juristas do momento fundacional do direito penal liberal com o *menos penalista* de seus integrantes, no que se refere a técnica jurídica ou a elaboração de sistema. Esse marquês milanês não foi um destacado jurista, embora seu nome seja o mais repetido e por isso deva ser tido como a inquestionável cabeça visível desse momento histórico, a quem todos tomaram por referência para coincidir ou polemizar. Sua obra, *Dos Delitos e das Penas* (1764) é fruto de juventude que tem muito mais de discurso político do que de estudo jurídico ou científico. Apesar disso seu livro foi sumamente oportuno e os respectivos resultados, positivos. Seu pensamento pertence mais à vertente revolucionária que ao despotismo ilustrado, como integrante de um círculo onde se sobressaíam os irmãos Verri, em Milão. (...) Sua obra foi logo traduzida para várias línguas e influenciou todas as reformas penais dos déspotas esclarecidos de seu tempo. O impulso difusor foi-lhe dado por Voltaire, que lhe dedicou, na França, um comentário consagrador. Voltaire – homem do Iluminismo – havia assumido a defesa *post mortem* de um protestante francês, Jean Calas, acusado de assassinar o filho por ter este querido convertê-lo ao catolicismo, e por isso condenado ao suplício na roda. Dois anos após a execução de Calas, Voltaire obteve a declaração judicial de sua inocência, seguida de grande escândalo. Nesse momento chegava à França a obra de Beccaria, e Voltaire aproveitou a ocasião para difundi-la. Como resultado dessa difusão, as penas atroztes acabaram desaparecendo da legislação, pelo menos formalmente.” (ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p 534/535, grifos no original).

²⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte Geral – tomo I, 5ª ed., revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 47/59. Sem prejuízo, vale lembrar contribuições como a de Jeremy Bentham, o qual, embora não tenha realizado qualquer estudo sistemático acerca do fenômeno criminal, a exemplo de Kant e Hegel, busca fornecer uma justificativa para a pena, fundada, segundo sua perspectiva, em critério de utilidade social. Kant, por sua vez, via na pena um imperativo categórico e Hegel uma retribuição jurídica (BRUNO, Aníbal. **Direito penal**, p. 47/59). Esses autores, portanto, não chegaram a contribuir de forma específica para a formação das escolas penais, mas se preocuparam em fornecer uma justificativa para a pena dentro da filosofia geral. Concorreram, de tal modo, para as chamadas teorias da pena, divididas em absolutas – a pena como retribuição (Kant, Hegel, Carrara), e as relativas – a pena é meio de prevenção (Bentham, Feuerbah, Beccaria). Posteriormente surgem as teorias mistas, que ao lado da retribuição e da prevenção geral, pretendem utilizar a pena como meio para a neutralização do indivíduo perigoso (no Positivismo Criminológico) ou para sua reforma (Teoria da Defesa Social elaborada sob a perspectiva do Estado do Bem Estar Social surgido no pós-segunda guerra mundial - Ancel).

é a fase definitiva da escola, em que a metafísica jusnaturalista invade a doutrina do Direito Penal e vem acentuar a exigência ética da retribuição, na pena. Compreende Rossi e atinge o seu momento mais alto com CARRARA, para encerrar-se com PESSINA, embora torne a ressurgir nos neoclássicos jusnaturalistas de hoje.²⁷

Carrara é reconhecido como “a expressão definitiva da corrente clássica na Itália”²⁸ cabendo a ele, embora adotando uma versão católico-tomista²⁹ como fundamento da ordem jurídica, o reconhecimento do crime como um ente jurídico, “porque sua essência deve consistir necessariamente na violação de um direito”³⁰.

Pois,

Foi a partir dessa fórmula que, por virtude de uma lógica exata e inflexível, ele deduziu um sistema jurídico-penal inteiriço e completo, um sistema jurídico de grande estilo, o mais perfeito que a escola clássica italiana gerou e onde os problemas fundamentais são conduzidos, dentro do espírito do sistema, até as últimas conseqüências.³¹

Dentre outros aspectos,

Constrói Carrara um sistema de absoluto rigor lógico, analisando o conceito de crime para nele reconhecer como elementos uma força física e uma força moral, o que corresponde ao que modernamente se chamaria de elemento objetivo e elemento subjetivo. Como assinala *Bettiol*, esse processo de análise lógico-formal estabelece, sem dúvida, a base de partida para as pesquisas da doutrina posterior. Entre os principais seguidores de

²⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 51.

²⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 54.

²⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. p. 53.

³⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 54.

³¹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 54.

Carrara estão Pessina (muito influenciado pela filosofia de Krause), Tolomei, Ellero, Brusa e Stoppato.³²

Na Alemanha coube a Feuerbach (Tratado de Direito Penal, 1801) a formulação da idéia de prevenção geral, ou seja, da pena como contra-estímulo ao impulso criminoso. Em um momento posterior, todavia,

(...) a doutrina jurídico-penal alemã se divide, como observa VON LISZT, em três direções: uma no sentido de KANT, outra no de HEGEL e a terceira, que, sobretudo por influência da escola histórica do Direito, toma orientação histórica, buscando referir o Direito Penal do presente às suas raízes no passado. As duas primeiras correntes correspondem à filosofia jurídico-penal especulativa da primeira metade do século XIX.³³

A Escola Clássica Alemã, portanto, se caracteriza pela influência da filosofia geral e tem como expoentes, além de Feuerbach, na específica construção da dogmática, a pessoa de Binding, Birkmeyer e Beling³⁴.

O legado teórico dessas correntes de pensamento é inegável, como também sua importância: é a partir dela que o saber jurídico-penal é edificado, surgindo daí os postulados científicos que irão compor a chamada *teoria do crime*.

Como pondera Heleno Fragoso,

Costuma-se dizer que são postulados da Escola Clássica certos princípios básicos que aparecem na obra de Carrara e que são os seguintes: (a) – o crime é um *ente jurídico*, o que significa que o crime é violação do direito, como exigência racional (e não como norma jurídica do direito positivo); (b) – responsabilidade penal fundada no livre-arbítrio, sendo a liberdade de querer um axioma fundamental para todo sistema do direito punitivo; (c) – a pena é retribuição jurídica e restabelecimento da ordem externa violada

³² FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**. Parte geral. 15ª ed., atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 44, grifo no original.

³³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 57.

³⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 58.

pelo direito³⁵; (d) – método lógico-abstrato no estudo do direito penal.³⁶

A Escola Clássica, portanto, caracterizou-se pela estreita afinidade com ideais do Liberalismo e sua plena incorporação na formação do saber penal então em construção: a idéia do livre-arbítrio não é senão a expressão da igualdade entre os homens, que, racionais, optam ou não por violar as regras do pacto social. O crime é visto como um ente jurídico³⁷, desprovido de fundamentação metafísica (exceção feita ao pensamento de Carrara, reiterar-se) e de qualquer conteúdo moral. A igualdade e a liberdade são asseguradas pela legalidade e pela proporcionalidade das penas ao mal causado, que assim, sem margem para o arbítrio, forneceriam as bases nas quais se assentariam os ideais de segurança jurídica³⁸, tão caros à nova ordem surgida.

1.1.2.2 A Escola Positivista

O Positivismo, na filosofia, teve como expoente maior a pessoa de Augusto Comte e funda-se, grosso modo, na idéia de linearidade temporal (avanços decorrentes do próprio curso da história – “progresso”) como algo relacionado ao conceito de “evolução”. Funda-se, também, na premissa de que somente aquilo que pode ser rotulado como científico é digno de ser considerado verdadeiro. Ou seja: a experimentação e o método, guiados pela razão, conduziram o homem à verdade, devendo ser refutado todo saber que não fosse obtido de tal forma.

No Direito Penal, o Positivismo é marcado pela utilização do método empírico, sendo apontado como seu marco inicial a publicação, em fins do século XIX, de “O homem delinqüente”, obra do médico italiano Cesare Lombroso. Inicia-se, aí, a chamada Criminologia Positiva e com ela a própria Criminologia enquanto conhecimento produzido pela via da utilização de métodos

³⁵ FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**. p.43/44, grifo no original. Na verdade parece haver um erro tipográfico no original, constando *direito* em lugar de *delito*.

³⁶ FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**. p.43/44, grifo no original.

³⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. p. 58/59.

³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. p. 58/59.

diversos dos padrões estritamente técnico-jurídicos preconizados pela Escola Clássica.

Lombroso tenta identificar a presença de características físicas e psicológicas capazes de revelar a tendência criminosa no indivíduo, tecendo suas conclusões a partir de caracteres comuns obtidos pela avaliação da massa carcerária de seu tempo. Suas idéias, afinadas com a perspectiva determinista em voga, são apreendidas por Rafeale Garofalo e principalmente por Enrico Ferri (este encarregado de conferir uma configuração jurídica à teoria lombrosiana³⁹, agregando-lhe elementos “sociológicos”), assim fazendo surgir uma nova ciência, pretensamente capaz de explicar o fenômeno criminal através do elemento etiológico, empiricamente apreendido. Seus postulados tiveram ampla ressonância nos demais países, inclusive no Brasil, sobretudo por força da roupagem racista que aqui lhe foi conferida⁴⁰.

Ao tempo em que trazia para o fenômeno jurídico a avaliação empírica do fenômeno criminoso, a antropologia de Lombroso acabou por negligenciar um dado fundamental para a compreensão do estudo que desenvolvia, evidenciado praticamente um século após e que se constitui em parte indissociável dos processos de criminalização até hoje levados a efeito: ao avaliar o fenômeno criminal a partir dos indivíduos captados pelo sistema, o médico italiano deixou de lado os processos seletivos de atuação deste último e acabou por fornecer as bases científicas para a consolidação do estereótipo

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 574.

⁴⁰ Raimundo Nina Rodrigues, segundo informa Salo de Carvalho, chegou a ser considerado pelo próprio Lombroso como apóstolo da antropologia criminal na América do Sul (CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003, p.68). Significativa, nesse contexto, é a seguinte passagem de *Casa Grande & Senzala*, que demonstra como o ideal positivista se entranhou no pensamento local, no caso correlacionando uma suposta brandura no trato dos crimes patrimoniais com uma influência cultural obtida a partir do contato com o meio de vida coletivo dos índios e dos negros africanos: “Nossas instituições sociais tanto quanto nossa cultura material deixaram-se alargar de influência ameríndia, como mais tarde africana, da qual se contaminaria o próprio Direito: não diretamente, é certo, mas sutil e indiretamente. Nossa ‘benignidade jurídica’, já a interpretou Clóvis Beviláqua como reflexo da influência africana. Certa suavidade brasileira na punição do crime de furto talvez reflita particular contemporização do europeu com o ameríndio, quase insensível à noção desse crime em virtude do regime comunista ou meio comunista de sua vida e economia.” (FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil**. 42ª ed. - Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 161).

criminal, traçando uma correlação entre os sinais físicos do pretendido atavismo do indivíduo perigoso e as camadas subalternas da população, exatamente aquela que de então até hoje povoam o universo das prisões.

De qualquer forma, tais idéias revelaram-se extremamente funcionais ao controle social pretendido. Pois, se em um primeiro momento a defesa social compreendia a manutenção do pacto político, com o advento do Positivismo Criminológico, no fim do século XVIII e limiar do século XIX, forte nas idéias citadas, a reificação do indivíduo⁴¹ ganha seu ponto culminante e a idéia de periculosidade ingressa no sistema de forma definitiva: a subjetividade passa a se constituir no objeto central da incidência do sistema. Os postulados do pensamento positivista ganham espaço no saber penal e ingressam na estrutura punitiva para dela não mais sair. O preconceito ganha uma roupagem “científica”, incorporando-se ao direito penal pela via de uma categoria específica, a periculosidade, associada, inexoravelmente, às camadas subalternas da população⁴².

O paradigma agora, como dito, é etiológico, ou seja, busca-se a explicação das causas do delito, identificando a partir de características físicas do indivíduo e da influência recebida do meio social a razão do desvio punível. O crime deixa de ser o produto de uma opção política do legislador voltada para a manutenção do contrato social: agora reflete uma inferioridade biológica, indício de periculosidade e inaptidão social. Identificada a patologia, buscava-se a cura e o instrumento dessa superação não seria a pena, mas as medidas de segurança, indeterminadas e conectadas à cessação da periculosidade do agente; nos casos irremediáveis, a eliminação do indivíduo ou sua neutralização absoluta estaria autorizada.

Há, a partir daí, toda uma correlação entre o saber médico e o saber penal, vinculação esta que, não obstante a reação tecnicista que a

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p 576, grifo no original.

⁴² Segundo Zaffaroni, é com Spencer, inspirado no evolucionismo de Charles Darwin, que o pensamento penal atinge seu limite mais baixo, voltado para a pura e simples racionalização do controle racista (ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p 567/572).

seguiu, permanece fortemente enraizada na teoria da pena, tanto por categorias como os antecedentes e a reincidência como pela inserção e permanência do saber técnico especializado na execução penal (exames criminológicos etc.).

1.1.2.3 A Reação Tecnicista

O modelo experimental proposto pelos positivismo criminológicos sofreu a resistência de movimentos posteriores, que, todavia, sem abandonar por completo os ideais da escola, procuraram adequá-los às premissas do *Juspositivismo*⁴³.

De fato, ao Positivismo Criminológico, fundado na experiência e dependente do saber médico, opôs-se o método técnico-jurídico,

⁴³ O Juspositivismo, ou Positivismo Jurídico, pode ser reconhecido como a adaptação, para o plano do Direito, das idéias lançadas a partir do pensamento de Augusto Comte. Segundo Marilena Chauí, “a concepção positivista da ideologia como conjunto de conhecimentos teóricos possui três conseqüências principais: 1) define a teoria de tal modo que a reduz à simples organização sistemática e hierárquica de idéias, sem jamais fazer da teoria a tentativa de explicação e interpretação dos fenômenos, naturais e humanos a partir de sua origem real. Para o positivista, indagar sobre a origem é especulação metafísica e teológica de fases atrasadas da humanidade, pois o sábio positivista deve lidar apenas com os fatos dados à sua observação.” Ainda, “2) estabelece entre a teoria e a prática uma relação autoritária de mando e obediência, isto é, a teoria manda porque possui as idéias, e a prática obedece porque é ignorante. Os teóricos comandam e os demais obedecem.” Enfim, “3) concebe a prática como simples instrumento ou como mera técnica que aplica automaticamente regras, normas e princípios vindos da teoria. A prática não é ação propriamente dita, pois não inventa, não cria, não introduz situações novas que suscitem o esforço do pensamento para compreendê-las.” (CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. p. 30.). Segundo Michel Troper, pois, no campo jurídico, o Positivismo pode ser entendido sob três aspectos: como *uma abordagem do direito*, caracterizado pela preocupação com o direito que é e não o que deve ser; como *uma teoria do direito*, implica em uma negação do direito natural e restringe seu objeto ao direito presente nas normas; e *como ideologia*, implica no reconhecimento do direito como um sistema que realiza a ordem e a paz, devendo as normas serem obedecidas qualquer que seja seu conteúdo, negando a influência dos valores em seu campo de conhecimento. Para o positivismo jurídico, somente o direito posto é o objeto da teoria do direito, enquanto que à ciência do direito corresponderia o modelo das ciências naturais. Embora diversos os métodos que caracterizariam a idéia positivista (analítico, empírico etc.), o elemento comum a lhes emprestar identidade consiste na separação entre Direito e Moral, bem como o afastamento de qualquer avaliação empírica (sociologia etc.) para questionamento da validade da norma, com o que fica reduzindo o problema da legitimação da norma (fontes sociais), sob a ótica do jurista, ao ato de sua correta elaboração legislativa. Daí a teoria da norma fundamental de Kelsen e a teoria da hierarquia das normas, paradigma maior de toda a idéia positivista adaptada para o campo do direito: ao jurista não caberia discutir a legitimidade da norma jurídica a partir de pressupostos verificados na realidade empírica, pois a norma, se vigente e eficaz, teria como marca preponderante a imperatividade: mesmo injusta, a deveria ser aplicada. Sua tarefa (a do jurista) começa e acaba no ordenamento, que, elaborado a partir de instrumentos de representatividade popular (e, portanto, trazendo em si os fatos sociais que lhe ensejaram a elaboração), não tem como deixar de ser aplicado. (TROPER, Michel. Verbete “Positivismo”. In: ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Tradução sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 607-610.). Fica evidente, pois, sua incompatibilidade com o Positivismo Criminológico.

movimento que tem início com as contribuições de Arturo Rocco, na Itália (em 1905, com sua aula magna na Universidade de Sassari funda a chamada Escola Técnico-jurídica⁴⁴), com Von Liszt, na chamada “Escola Moderna Alemã” e Karl Binding, este tido como expoente mais radical do juspositivismo penal da época, dada sua aguerrida afeição aos postulados da Escola Clássica⁴⁵.

Von Liszt propõe, então, seu “modelo integrado” de ciências criminais, que pode ser visto, grosso modo, como “uma terceira via”, conciliadora dos postulados positivistas e da escola clássica, em uma unidade funcional contra o crime⁴⁶. Em resumo, trata-se de um discurso que não abre mão da segurança jurídica derivada da legalidade, mas não deixa de admitir a influência do empirismo efetuado nos moldes propostos pela criminologia etiológica, nem a influência dos postulados da Política Criminal. Dessa união, portanto, surge a moldura final da elaboração dogmática, viabilizando a junção dos ideais iluministas com os elementos valorativos derivados do positivismo criminológico, reunidos todos em uma unidade epistemologicamente coerente, sistematicamente elaborada e amparada pela idéia de eficiência no controle do fenômeno criminal.

Sob a influência do Neokantismo da Escola de Baden, porém, essa unidade funcional deixa de ser harmônica e passa a deter uma hierarquia: ao tempo em que se reconhece a autonomia do Direito Penal em relação às demais ciências afins (“sociologia”, “antropologia criminal” etc.) a ele cabe a primazia no tratamento e análise do desvio punível, reservando-se à criminologia e demais disciplinas a idéia de *ciências auxiliares*.

Sobre o neokantismo, novamente Cezar Roberto Bittencourt:

A premissa do neokantismo não é muito diferente da dos positivistas, sustentando a completa separação entre conhecimentos *puros (a priori)* e conhecimentos *empíricos (a posteriori)*, tanto que Welzel chegou a chamá-lo de “teoria

⁴⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral, volume 1.10ª ed., Saraiva: 2006, p. 77.

⁴⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. p. 78.

⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. p. 97/100.

complementar do positivismo jurídico”. Essa delimitação transportada para a ciência jurídica leva à categórica separação entre *ser* e *dever ser* do Direito. Contudo, ao contrário dos *positivistas* – que atribuíam prioridade ao *ser* do Direito – os *neokantistas* propõe um conceito de ciência jurídica que valorize o *dever ser*. Assim, com a introdução de considerações *axiológicas* e *materiais*, o *neokantismo* substitui o método puramente jurídico-formal do positivismo, passando a ter, como objetivo, a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou sua explicação causal. O neokantismo leva em consideração, para atingir esse desiderato, a *dimensão valorativa* do jurídico; não faz, contudo, dessa dimensão valorativa, um *objeto* de estudo em si mesmo.⁴⁷

Constrói a dogmática, então, a partir de tais postulados filosóficos (*Direito Penal* – mundo do dever ser – método técnico-jurídico-primazia; *Criminologia* – mundo do ser – experimentalismo - subsidiariedade), sua auto-imagem funcional, apresentando-se como garantia de racionalidade no emprego do poder punitivo estatal e de segurança jurídica na administração do sistema penal:

Opondo dicotomicamente irracionalidade (arbitrariedade, acaso, azar, subjetividade, improvisação) e racionalidade (igualdade, uniformização, previsibilidade, calculabilidade, certeza, segurança) no exercício do poder punitivo do Estado que se materializa na aplicação judicial do Direito Penal e identificando racionalidade e justiça, o discurso dogmático aspira exorcizar a primeira pela mesma via sistemática que promete a segunda.⁴⁸

A teoria do crime, por seu turno, se constituiria no *locus* onde se enraizaria a promessa de segurança jurídica:

Podemos então pontualizar que na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito (Penal) vigente a Dogmática (Penal), partindo da interpretação das normas (penais) produzidas pelo legislador (nuclearmente o princípio da legalidade) e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema conceitual do

⁴⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. p. 85/86, grifo no original.

⁴⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. p. 123.

crime que, resultando congruente com tais normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito Penal que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões penais.⁴⁹

Essa auto-imagem se solidifica e permanece, estando presente em todos os processos de criminalização primária até hoje desenvolvidos: à teoria do crime corresponderia a segurança jurídica, a garantia contra o arbítrio; à teoria da pena corresponderia os idéias positivistas, buscando entender o criminoso e sujeitar-lhe à readaptação à ordem existente. Essa unidade dialética (porém mantida a preponderância do tecnicismo), contribuiria, a final, para tornar mais efetiva a Defesa Social.

Tal modelo, portanto, elaborado como produto da luta de escolas, ou seja, como uma tentativa de superação do positivismo, forma a moldura definitiva da dogmática jurídico-penal atual, passando a ser reproduzida no cotidiano da administração da justiça criminal e do saber acadêmico, orientando a sistematização das diretrizes jurídicas voltadas para a criminalização e buscando programar, em bases racionais, a atuação do sistema formal em sua operatividade.

A dogmática penal, de tal modo, fecha-se à interdisciplinariedade, arrogando-se na verdade suprema que irá conduzir a administração da justiça penal, sempre sob uma falsa assepsia político-ideológica.⁵⁰

⁴⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** p. 125.

⁵⁰ A dogmática jurídico-penal brasileira de maior expressão segue por essa trilha: Aníbal Bruno, por exemplo, relega os postulados formadores da dogmática a meros indicativos históricos, cuja utilidade estaria voltada exclusivamente para a Política Criminal: "Geralmente se omite hoje nos tratados e manuais da nossa matéria o estudo das escolas. Para nós, tem ele seu lugar necessário na introdução da sistemática penal. *É claro que os debates das escolas não penetram na dogmática.* O Direito Penal vigente é um sistema fixado nas leis com as suas normas e os princípios e institutos que delas concluímos. Mas em torno dele continuam a atuar as forças propulsoras da sua evolução, que se revelam no velho dissídio entre essas correntes. O estudo dessas posições bem definidas, em breve consideração dos seus principais representantes e das suas conclusões fundamentais, *servirá para esclarecer a posição do Direito Penal moderno e a direção em que as legislações penais caminham.*" (BRUNO, Aníbal. **Direito penal.** p. 47/48, grifo).

1.1.2.4 O novo paradigma criminológico e a crise da legitimidade do sistema penal

Encarados como reações ao Positivismo Criminológico, o movimento tecnicista e sua adaptação neokantista, representaram uma tentativa de retomada da racionalidade do sistema, constituindo-se na reafirmação do ideal de segurança jurídica impossível de ser obtido exclusivamente com o manejo de uma ciência experimental como aquela propugnada pela Escola Positiva⁵¹. Voltando-se para o fato criminoso como idéia central no funcionamento do sistema, o movimento técnico-jurídico, sem abandonar de todo as diretrizes positivistas, se apresenta (auto-imagem) como um modelo viável e coerente, capaz de assegurar a defesa social almejada sem contudo abrir espaço à arbitrariedade.

Sobre o tratamento propedêutico conferido às teorias formadoras do discurso oficial pela Dogmática: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. p. 112/117. Nilo Batista identifica no discurso proferido por Nelson Hungria durante a conferência inaugural do 1º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado no Teatro Municipal de São Paulo, em 1942, o ponto inaugural da influência e defesa do divórcio irremediável entre os saberes criminológicos e jurídicos-penais. Assim: “Referindo-se à criminologia como ‘hipótese de trabalho’, Hungria frisava que sua conjugação à reflexão jurídica implicaria na criação de um ‘produto híbrido, infecundo, maninho, estéril’. Uma filosofia do direito penal produziria tão somente ‘devaneios’, e a própria história do direito penal – talvez o único lugar da verdade, em todas essas construções – estaria reduzida a mero “*subsídio ao estudo das normas penais vigentes*” (apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, prefácio, grifo no original). Hungria, então, “do alto que a autoridade que a paternidade do então recente Código Penal lhe conferia”, seguiria “(...) decretando com brilho e impiedade não haver entre o direito penal ‘e essa teia de Penélope que se intitula criminologia nenhuma afinidade ou relação necessária’. Naturalmente, não podíamos ‘dispensar o auxílio de outras ciências’, que seriam, claro, a medicina legal e a psiquiatria forense, desde que tratassem de ‘acomodar-se aos critérios jurídicos’ – coisa que, diga-se de passagem, era tudo que elas sempre pretenderam, desde sua invenção. No fecho da conferência, a ‘*nossa doutrina de Monroe: o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas*’, e uma advertência severa quanto a ‘*qualquer indébita intromissão em nosso Lebensraum, em nosso indeclinável espaço vital*’, advertência que, devidamente contextualizada – estávamos em 1942 – sugere mais acerca das brumas ideológicas daquela conjuntura do que acerca de algum compromisso, que a obra fecunda do conferencista não permitiria reconhecer.”

⁵¹ Não se pode perder de vista que o positivismo criminológico representava, de certa forma, uma transferência de substancial parcela do poder dos juristas para os médicos. Tal circunstância é hoje ainda perfeitamente visível, bastando notar o peso que determinadas avaliações (muitas delas conduzidas por estereótipos e preconceitos) possuem na concessão de benefícios da execução penal. A reação ao Positivismo Criminológico, portanto, pode-se afirmar, não se deu apenas pela defesa de posturas ideológicas, valendo a observação de João José Leal no sentido de que “Essa tentativa de transformar o Direito Penal numa disciplina médico-psiquiátrica, que poderia levá-lo a uma função exclusivamente clínica, não teve êxito.” (LEAL, João José. **Direito penal geral**. 3ª ed, Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 77)

Conquanto essa contraposição ainda se mantenha forte no debate jurídico (os postulados do Positivismo são constantemente revisitados, havendo reiterados esforços voltados para a demonstração das origens orgânicas e sociais do fenômeno da violência), com o surgimento de um novo paradigma criminológico, fundado nas teorias sociológicas do “etiquetamento” (“labelling approach”) e da reação social, a relação dogmática-criminologia passa a ter uma nova dimensão.

De fato, as teorias de cunho sociológico desenvolvidas a partir principalmente da segunda metade do século XX, tiveram o mérito de deslocar o foco tradicional da análise criminológica. Já não se tratava mais de avaliar o fato criminoso em seu aspecto estritamente jurídico ou a matriz etiológica do fenômeno, mas sim avaliar como se manifestam os processos de criminalização, ou seja, os modos de seleção de condutas e indivíduos para dentro do sistema e o funcionamento seletivo dos mecanismos voltados para tal fim. Com isso, a legitimidade do sistema penal e o próprio discurso jurídico-penal que lhe dá sustentação passam a ser gravemente questionados, sendo posta em dúvida sua capacidade de efetivar a programação pretendida (defesa social com segurança jurídica). O modelo repressivo, então, acaba envolto em um cenário de crise que cada vez mais se revela insuperável.

As teorias que vieram a desaguar em tal movimento tiveram como ponto de partida, na Europa, as idéias de Emile Durkheim, enquanto que na América do Norte tributa-se à chamada Escola de Chicago o desenvolvimento das idéias que mais tarde propiciariam o surgimento da criminologia crítica⁵².

⁵² “A Sociologia Criminal contemporânea tem um duplo entroncamento, o europeu e o norte-americano. O europeu está vinculado a Durkheim e é de tipo academicista (‘teoria da anomia’). O norte-americano identifica-se com uma célebre escola: a Escola de Chicago, a partir da qual nasceram, progressivamente, os diversos esquemas teóricos (teorias ecológicas, subculturais, da aprendizagem, da reação social ou do etiquetamento etc.). A denominada Escola de Chicago caracterizou-se, desde o princípio, por um particular ‘empirismo’ e por sua finalidade pragmática, concentrando suas investigações nos ‘problemas sociais’ do momento.” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia** – introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95-Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução da primeira parte de Luiz Flávio Gomes. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo:RT, 1997, p. 239.)

Um breve esboço desse desenvolvimento teórico permitirá entender o *modus* através do qual se deu superação do paradigma positivista em criminologia e é isso que se buscará efetivar nas linhas que seguem:

1.1.2.4.1 O impulso inicial: Durkheim e Merton

Foi a partir das idéias de Durkheim (“A divisão do trabalho social” – 1893, “As regras do método sociológico” – 1895 e “O suicídio” – 1897) que se constituíram as teorias chamadas “estruturais-funcionalista” ou da “anomia”⁵³, para as quais o delito não teria uma feição ontológica mas seria produto da própria vida em sociedade, tratando-se de algo realmente funcional a seu funcionamento, servindo para reforçar, no meio social, os valores violados pela conduta desviada.

Nas palavras de Antonio Garcia-Pablos de Molina,

Frente as concepções tradicionais, a tese de Durkheim significa, em suma, admitir que o delito é um comportamento “normal” (não patológico), “ubíquo” (é cometido por pessoas de qualquer estrato da pirâmide social e em qualquer modelo de sociedade) e derivado não de anomalias do indivíduo, nem da própria “desorganização social”, senão das estruturas e fenômenos cotidianos no seio de uma ordem social intacta.⁵⁴

Por isso que,

(...) para o citado autor, o delito não é senão uma modalidade de conduta “irregular”, que dever ser analisada não em função de supostas anomalias do sujeito, senão das estruturas da sociedade; é, de outro lado, um fenômeno “normal”: se a conduta social é uma conduta “regrada”, o delito é a “outra face da moeda”, inseparável da convivência; conforme Durkheim, o anormal não é a existência do delito senão um súbito incremento ou descenso dos números médios ou das taxas de criminalidade,

⁵³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia** – introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95-Lei dos Juizados Especiais Criminais, p. 252.

⁵⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia** – introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95-Lei dos Juizados Especiais Criminais, p. 253.

já que – acrescenta o autor – “uma determinada quantidade de crimes forma parte integrante de toda sociedade sã”, e uma sociedade sem condutas irregulares seria uma sociedade pouco desenvolvida, monolítica, imóvel e primitiva.⁵⁵

O crime, para Durkheim,

(...) cumpre uma função “integradora e inovadora” e deve ser contemplado como produto do normal “funcionamento” de toda sociedade. O mesmo deve ser dito sobre o delinqüente: para Durkheim ele não é um indivíduo patológico ou anti-social, senão “fator do funcionamento regular da vida social”. Até mesmo a “pena” (castigo), conforme o autor, não cumpre os fins metafísicos que tradicionalmente lhe são assinalados, senão que surge como qualquer outra instituição social das relações estrutural-funcionais.⁵⁶

A anomia (falta de normas) corresponderia à desorientação individual provocada pela modificação de determinadas situações sociais sofridas pelo indivíduo:

Durkheim havia observado que nas sociedades complexas o trabalho é dividido, mas não em forma de integração mecânica, e sim “orgânica” (com divisão de funções), pela qual as mudanças sociais geram fenômenos de *anomia* (falta de normas), isto é pessoas que ficam “perdidas” culturalmente diante da mudança social, para a qual não tem respostas; pois as que tinham já não servem. O delito será sempre uma resposta fora de contexto, que provocaria uma espécie de reafirmação social das respostas lícitas.⁵⁷

Como pondera Zaffaroni, se por um lado a tese de Durkheim peca pela ingenuidade, de outro constitui-se “na primeira formulação moderna de

⁵⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia** – introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95-Lei dos Juizados Especiais Criminais, p. 253.

⁵⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia** – introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95-Lei dos Juizados Especiais Criminais, p. 253.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral, 2ª ed, revista e atualizada, São Paulo: RT, 1999, p. 310/311, grifo no original.

uma visão macrossociológica do delito que abarca a reação social”⁵⁸, de onde sua fundamental importância na formação do moderno pensamento criminológico. Com esse impulso inicial, o exame do desvio punível começa a deixar o campo da indagação de cunho etiológico e passa a receber a perspectiva sociológica, assim propiciando a viragem que mais tarde consolidaria a visão do Sistema Penal como instrumento de controle social, diretamente conectado às relações de poder dentro da sociedade.

A “Escola de Chicago”, de outro lado, reconhecida como a mais importante da sociologia norte-americana, é o berço de várias teorias que vieram a influenciar decisivamente a nova criminologia.

Nelas se destacam, inicialmente, o pensamento de Robert Merton (“Estrutura social e anomia: revisão e ampliação”), a quem incumbe a adaptação da teoria de Durkheim à ideologia do “sonho americano” (ou *american way of life* – acesso à situação de bem estar mediante igualdade de oportunidades): a causa da criminalidade estaria na ausência de meios lícitos à disposição de determinados indivíduos para a obtenção de fins socialmente fomentados. A busca da satisfação e a desigualdade de oportunidades, portanto, levaria ao desprezo às normas, acarretando o comportamento desviado⁵⁹.

1.1.2.4.2 As teorias subculturais

Tendo em comum a idéia (equivocada) da existência de uma unidade cultural majoritária da qual o crime se constituiria em um *desvio*⁶⁰, na linha das idéias de Merton, surgem as teorias chamadas “subculturais”, desenvolvida principalmente por Albert K. Cohen (“Delinquent boys. The culture of the gang”), W.F. Whyte (“Street corner society”) e por Edwin H. Sutherland (“White collar criminality”), este com sua teoria da “aprendizagem” ou “associação diferencial”.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p. 312; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia – introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95-Lei dos Juizados Especiais Criminais**, p.255.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p. 312.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. p. 316/318.

Os primeiros, analisando as minorias norte-americanas, pretendem identificar a existência de opções culturais e valorativas próprias a determinados grupos, destoantes dos valores oficiais, por vezes adotando a violência como padrão de comportamento aceito e praticado⁶¹.

O segundo traz para o exame do fenômeno do desvio uma categoria de crimes ausente das estatísticas criminais, a delinquência econômica, ou os chamados *crimes de colarinho branco*. Com isso Sutherland teve o mérito de revelar a existência do desvio em todos os níveis sociais, identificando condutas criminosas praticadas pela classe economicamente dominante e que geralmente não integram os dados constantes das estatísticas oficiais. Não tratou, todavia, como também os autores das teorias subculturais, de correlacionar tal fenômeno com a estrutura de produção capitalista, limitando a análise de modo que tais teorias são rotuladas por Alessandro Baratta como teorias de “médio alcance”⁶².

Segundo as proposições desse mesmo autor (Sutherland), o desvio é um comportamento que se aprende: a associação com outros indivíduos que tenham realizado a conduta desviada faz com que o agente reitere esse comportamento e essa seria a explicação do delito, tanto para aquelas condutas praticadas nos estratos economicamente mais desfavorecidos como naqueles mais altos da sociedade.

O grande mérito dessas teorias, segundo Baratta, constitui-se na evidencia de que existem vários sistemas de valores dentro de uma sociedade e que a opção por determinados padrões em detrimento de outros nem sempre se constitui em uma escolha meramente pessoal. Essa circunstância coloca em crise os princípios do bem e do mal, da culpabilidade (tão cara à doutrina penal alemã com suas concepções normativa e finalista da ação) e do interesse social (segundo o qual haveria um *mínimo ético* a ser tutelado pela norma), todos ínsitos à Ideologia da Defesa Social já antes mencionada.

⁶¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia** – introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95-Lei dos Juizados Especiais Criminais, p. 167/277.

⁶² BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p.81/83.

Nessa linha, os problemas sociológicos da recepção dos valores sociais pelo Direito Penal são tratados acriticamente pelos juristas, segundo duas proposições: “a) o sistema de valores e de modelos de comportamento recebido pelo sistema penal corresponde aos valores e normas sociais que o legislador encontra préconstituídos, e que são aceitos pela maioria dos consócios;” e “b) o sistema penal varia em conformidade ao sistema de valores e de regras sociais.”⁶³

Ocorre que,

A investigação sociológica mostra, ao contrário, que: a) no interior de uma sociedade moderna existem, em correspondência à sua estrutura pluralista e conflitual, em conjunto com valores e regras sociais comuns, também valores e regras específicas de grupos diversos e antagônicos; b) o direito penal não exprime, pois, somente regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas seleciona entre valores e modelos alternativos, de acordo com grupos sociais que, na sua construção (legislador) e na sua aplicação (magistratura, polícia, instituições penitenciárias), têm um peso prevalente;⁶⁴

Ainda,

c) o sistema penal conhece não só valores e normas conformes às vigentes na sociedade, mas também defasamentos em relação a elas; freqüentemente acolhe valores presentes somente em certos grupos ou em certas áreas e negados por outros grupos e em outras áreas (pense-se no tratamento privilegiado, no código italiano, do homicídio por motivo de honra) e antecipações em face das reações da sociedade (pense-se na perseguição de delitos que não suscitam, ou ainda não suscitam, uma apreciável reação social: delitos econômicos, delitos de poluição ambiental) ou retardamentos (pense-se na perseguição de delitos em face

⁶³ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 75.

⁶⁴ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 75.

dos quais a reação social não é mais apreciável, como determinados delitos sexuais, o aborto etc.);⁶⁵

E, enfim,

(d) uma sociologia historicista e crítica mostra a relatividade de todo sistema de valores e regras sociais, em uma dada fase do desenvolvimento da estrutura social, das relações sociais de produção e do antagonismo entre grupos sociais e, por isso, também a relatividade do sistema de valores que são tutelados pelas normas do direito penal.⁶⁶

As teorias subculturais e em especial o exame da criminalidade oculta, tiveram especial reflexo na elaboração da teoria de maior importância para a criminologia crítica, a chamada teoria da “reação social” ou “etiquetamento” (“labelling approach”). Com ela, a investigação sociológica complementa a viragem necessária à consolidação de um novo paradigma no estudo do fenômeno criminal, suplantando o enfoque estritamente etiológico, questionando as promessas feitas pelo discurso oficial e sua própria legitimidade (de onde a feição “crítica” de tais posicionamentos).

1.1.2.4.3 As teorias do *Labelling' Approach*, ou do etiquetamento e da reação social

Na teoria do etiquetamento, os movimentos sociológicos de análise do fenômeno criminal se voltam para uma dimensão até então negligenciada no exame do desvio punível, consistente nos processos de *definição e atribuição* do comportamento tido como socialmente desviado. Em verdade, os postulados dessa teoria pretendem afirmar que o tratamento do desvio punível deve ser analisado tendo-se em conta não apenas (ou preponderantemente) os aspectos etiológicos - impregnados de cunho antropológico ou sociológico (este no sentido de fatores “ambientais”) - de constituição do delito, mas, fundamentalmente, a formação estrutural dos processos de criminalização primária e secundária. Ou seja, leva-se em conta,

⁶⁵ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 75/76.

⁶⁶ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 76.

agora, a atuação das agências institucionais nos processos de escolha e formalização das condutas aptas a sofrer a resposta institucional, bem como as interações que influenciam essas mesmas agências (Polícia, Ministério Público, Magistratura) no ato de captação do indivíduo.

A teoria do etiquetamento, ou da reação social, como ensina Baratta⁶⁷, insere-se no horizonte dominado por duas correntes sociológicas norte-americanas, o “interacionismo simbólico”, inspirado na psicologia social e sociolinguística de George H. Mead, e a “etnometodologia”, inspirada na sociologia fenomenológica de Alfred Schultz.

Pois:

Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem.⁶⁸

Já segundo a etnometodologia (etno = história),

(...) a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma “construção social”, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e grupos diversos.⁶⁹

Por consequência,

(...) segundo o interacionismo e a etnometodologia, estudar a *realidade social* (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar esses processos, partindo dos que são aplicados a

⁶⁷ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 87.

⁶⁸ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 87.

⁶⁹ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 87.

simples comportamentos e chegando até as construções sociais mais complexas, como a própria concepção de ordem social.⁷⁰

Ou seja, o delito passa a ser visto como uma *construção social* e não um dado ôntico preexistente como pretendiam as teorias juspositivistas, a própria ideologia liberal e o positivismo criminológico. Os processos de definição e atribuição do desvio (condicionados pela reação das agências institucionais ao comportamento “anormal”) passam a ser objeto de questionamento e sua análise pressupõe sua correlação com as estruturas de poder existentes no corpo social: bem observada, a seleção dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal passa a obedecer à lógica da tutela dos interesses da classe hegemônica, dotando de maior eficácia a repressão à delinquência das classes subalternas (ataques contra a propriedade, pequenos tráficos de entorpecentes etc.) e destinando às ilegalidades praticadas pela primeira (ambiental, econômica) tratamento de maior tolerância (penas menores, instrumentos de evitação do processo etc.).

A análise da formação de “carreiras desviantes” (na qual se destacaram as figuras de Howard S. Becker, Edwin M. Lemert e Edwin M. Schur, conforme citado por Baratta⁷¹), de outro lado, conduziu à constatação do dado essencial da incidência da criminalização secundária, consistente na *estigmatização* social do indivíduo. O Sistema, portanto, paradoxalmente detém um efeito criminógeno: o indivíduo captado e estigmatizado aumenta sua *vulnerabilidade* perante o próprio Sistema⁷², detendo enormes chances de ser novamente selecionado, tornando a pena criminal ela própria fator de reincidência. Ao invés de *prevenir* (princípio da prevenção), o sistema fomenta a criminalidade.

⁷⁰ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 87, grifo no original.

⁷¹ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 89.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p 46/51.

No mesmo passo, a recepção da teoria do etiquetamento na Alemanha (Sack⁷³) proporcionou o aperfeiçoamento da correlação até então efetuada entre a realidade social e o desvio punível: a constatação da existência de um enorme *déficit* entre o número de crimes realizados em todos os níveis sociais e o percentual efetivamente levado ao conhecimento das agências formais de controle social, permitiu visualizar a atuação verdadeiramente *seletiva* do Sistema. De fato, não apenas a delinqüência de colarinho branco, como queria Sutherland, mas a delinqüência como um todo, seja a criminalidade econômica seja a criminalidade violenta, constitui-se de uma enorme parcela de condutas que não são captadas pelas agências de controle social e que, em conseqüência, não afetam o *status* dos realizadores de tais condutas (a chamada “cifra negra da criminalidade”). A atividade *constitutiva* do sistema (“etiquetamento”), portanto, recaindo preferencialmente sobre os setores de maior *vulnerabilidade* perante as agências de atuação institucional – as camadas subalternas do corpo social, fomentam *estereótipos* ligados à classe social do indivíduo selecionado que, por fim, irão orientar a repressão. A *seletividade*, portanto, e não a *igualdade*, constitui a engrenagem lógica de funcionamento do sistema⁷⁴.

O *status* de criminoso, enfim, é visto como um bem socialmente negativo, distribuído na mesma desigualdade da distribuição dos bens positivos. Ou seja:

(...) Se partirmos de um ponto de vista mais geral e observamos a seleção da população criminosa dentro da perspectiva macrossociológica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, reencontramos, por detrás do fenômeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e oportunidades entre os indivíduos.⁷⁵

Só a partir daí

⁷³ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 104/109.

⁷⁴ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 101/116.

⁷⁵ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 106.

(...) pode-se reconhecer o verdadeiro significado do fato de que a população carcerária, nos países da área do capitalismo avançado, em sua enorme maioria, seja recrutada entre a classe operária e as classes economicamente mais débeis. Realmente, só do interior desta perspectiva tal significado pode subtrair-se ao álbi teórico que, ainda em nossos dias, é generosamente oferecido pelas interpretações “patológicas” da criminalidade.⁷⁶

Mais ainda, o acatamento de tais posicionamentos sociológicos deixa evidente que é o *conflito* e não o *consenso* que conduz os processos de criminalização. A essa assertiva, enfim, é acrescida a crítica marxista - vinculação entre os processos de definição/seleção e as relações de produção e trabalho dentro do modelo capitalista – formando o campo de sustentação ideológica que permite reconhecer na Criminologia Moderna o momento de superação da visão essencialmente etiológica provinda do Positivismo Criminológico.

A Criminologia Moderna, portanto, ou Criminologia Crítica, fornece as bases através das quais se permite uma compreensão real do funcionamento do Sistema Penal e de sua funcionalidade enquanto instrumento de controle social. Ela coloca em xeque, de forma definitiva, a Ideologia da Defesa Social e, da mesma forma, põe por terra a noção de que *violência* e *criminalização* são categorias ontologicamente interligadas, que a pena criminal é expressão de Justiça e que o binômio retribuição/readaptação social é algo maior do que um mito. Os processos de criminalização, pois, *refletem uma realidade socialmente construída*, incidindo já a partir dos instrumentos informais de controle social que permeiam a vida social (família, escola etc.) e que tem no Sistema Penal, nem mais nem menos, seu último e mais grave momento de incidência.

A partir desse enfoque, portanto, o modelo atual de Sistema Penal surge como algo a ser superado. A crença no castigo como forma de aperfeiçoamento do homem e de garantia da paz social é reconduzida ao local que realmente lhe cabe, ou seja, uma ideologia voltada para a legitimação da

⁷⁶ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal - introdução à sociologia do direito penal**, p. 106/107.

incidência de um sistema de gerenciamento social violento e preconceituoso, incapaz de assegurar minimamente os valores que se propõe a proteger.

Enquanto a superação definitiva do Sistema Penal ainda não é algo factível, porém, vale a referência a dois marcos teóricos importantes, o Garantismo Penal e a Teoria Agnóstica da Pena. Trata-se, aqui, de instrumentos extremamente eficientes de redução da violência institucional, cuja importância, no atual momento histórico, reside principalmente na quebra da hegemonia do discurso defensista hoje plenamente incorporado.

É o que se pretende a seguir:

1.1.2.5 O Garantismo Penal

O Garantismo Penal, no que se refere à pena criminal, implica, ao cabo, em uma relegitimação do direito de punir. De fato, após considerar a abolição do sistema uma pretensão utópica, Luigi Ferrajoli, enquanto principal elaborador da teoria, vê na incidência da pena – como na efetivação das garantias, de um modo geral - a possibilidade de evitação da lei do mais forte, prevenindo lesões entre os indivíduos (a guerra de todos contra todos) e reações arbitrárias em relação ao autor da violência (prevenção da vingança privada).

Assim, nas palavras de seu principal elaborador, são três os significados – diversos, porém conexos entre si – que caracterizam a expressão “Garantismo”.

Pois, segundo um primeiro significado,

(...) ‘garantismo’ designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do *Estado de Direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, ‘garantista’, todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. Tratando-se de um modelo limite, dever-se-à, por

outro lado, falar muito mais que de sistemas garantistas ou antigarantistas *tout court*, de *graus* de garantismo; e, ademais, distinguir sempre entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema. (...)⁷⁷

Em um segundo significado,

(...) ‘garantismo’ designa uma *teoria jurídica* da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas. (...)⁷⁸

Por fim,

(...) designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Nesse último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito. (...)⁷⁹

A teoria garantista, conexas à idéia de um direito penal mínimo, ou seja, de intervenção reservada para casos excepcionalmente graves de conflitos sociais, pode-se afirmar, parte da premissa segundo a qual a pena criminal é inevitável e, ainda que em pequena medida, um mal menor diante das conseqüências de sua abolição.

Todavia, como percucientemente questiona Zaffaroni⁸⁰, é difícil imaginar venha a pena criminal se colocar algum dia em prol do mais débil, se é que alguma vez já esteve. A pena, no Garantismo, quer parecer, fica

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes, com a colaboração de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antônio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684/685, grifo no original.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 684/685, grifo no original.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 684/685, grifo no original.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p 645/646.

reduzida a seu aspecto utilitário, justificando-se apenas pela suposta inexistência de outro modelo institucional do tratamento da violência.

A contribuição maior do garantismo, todavia, encontra-se na visão pessimista que apresenta em relação ao poder. Essa visão possui enorme utilidade no trato da violência institucional, na medida em que permite, ao menos no atual momento histórico, formar uma ponte para a minimização dos danos derivados da incidência do sistema. Ou seja, ao conceituar o Poder como algo que possui no abuso um elemento indefectível, Ferrajoli propõe uma mudança na forma de se encarar o Sistema Penal, já agora como um “mal necessário”, propondo uma visão limitadora da incidência de seus postulados.

Pondera, então:

O garantismo, num sentido filosófico-político, consiste essencialmente nesta fundação heteropoiética do direito, separado da moral nos vários significados da tese que vai explicada no parágrafo 15. Precisamente, ele consiste, de um lado, na negação de um valor intrínseco do direito somente porque vigente, e do poder somente porque efetivo, e no primado axiológico relativamente a eles do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado à sua crítica e transformação; e por outro, na concessão utilitarista e instrumental do Estado, finalizado apenas à satisfação das expectativas ou direitos fundamentais.⁸¹

Isso porque

Esses dois elementos são o exato contrário daqueles com os quais se podem caracterizar as ideologias autopoiéticas e as suas vocações totalitárias. O pressuposto de todo totalitarismo é sempre uma visão finalista e otimista do poder como bom, ou, seja como for, dotado de valor ético graças à fonte de legitimação que o detém. Vice-versa, o pressuposto do garantismo é sempre uma visão pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha, porque exposto, de qualquer maneira, em ausência de limites e garantias, a degenerar em despotismo.⁸²

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** p. 708/709.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** p. 709.

Esse enfoque permite uma visão reformista (não revolucionária) que atende a uma perspectiva atual de tentativa de contenção da violência institucional, ainda que não busque eliminá-la. Nesse ponto repousa a grande contribuição de Ferrajoli, que, assim, utilizada em complementaridade à teoria negativa da pena de elaboração partida de Zaffaroni, fornece instrumentos para a tentativa de manutenção do mínimo de racionalidade do sistema.

1.1.2.6 A Teoria Agnóstica da Pena

Zaffaroni, seguindo original formulação de Tobias Barreto, parte da concepção da pena como um fato *político*, um desdobramento do Estado de Polícia presente, em maior ou menor medida, em toda estrutura social. Ao jurídico, na perspectiva do Estado de Direito, caberia, como tarefa principal, a contenção desse poder político, surgindo o Direito Penal, portanto, não como legitimador da atuação do Sistema⁸³, mas ao contrário, como instrumento limitador de sua incidência.

Em suas palavras,

“Um conceito negativo ou agnóstico de pena significa reduzi-la a um mero ato de poder que só tem explicação política. Na mesma linha se coloca a dificuldade de se construir uma teoria jurídica sobre um simples poder que não admite outra explicação racional. Trata-se de saber se é possível programar decisões jurídicas acerca de um poder que não está legitimado ou que, pelo menos, não conseguimos legitimar univocamente nem em toda sua extensão.⁸⁴”

⁸³ Nesse sentido: “Falávamos sobre o caráter preventivo do ordenamento jurídico penal. Convém a propósito acrescentar que, sob esse aspecto, o direito penal é mais eficaz e bem menos romântico do que se tem, por vezes, erroneamente pensado. É que, a nosso ver, os tipos legais do crime *constituem verdadeira autorização primária para que o Estado possa intervir em certas áreas reservadas, na esfera da liberdade individual*. Assim, a atuação dos órgãos estatais, na prevenção e repressão do crime, encontra *apoio primário na tipificação legal dos delitos, fora do que, no Estado de Direito, tal intromissão, na esfera dos direitos e liberdades individuais, encontraria muitas limitações*. Essa constatação conduz a esta outra: a cominação legal de penas projeta-se e torna-se visível, no ambiente social, por intermédio de entidades, órgãos e pessoas, cuja presença, em cada ponto do território nacional, representa, aos olhos de todos e de cada um, a real e palpável possibilidade de aplicação da pena criminal ao agente de um fato-crime.” (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed., 11ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4, grifo)

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p 108, grifo no original.

Ao jurídico caberia a contenção desse poder:

(...) Os operadores das agências jurídicas devem tomar decisões nesses casos, porque se não o fizerem o poder restante do sistema penal se estenderia sem limites e arrasaria todo o estado de direito. Esse dever decisório constitui sua função jurídica e, como tal, será racional se exercido à medida que seu próprio poder o permitir, bem como se orientado para limitação e contenção do poder punitivo. *Sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias ao estado de polícia, e para isto fizerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra.*⁸⁵

Esse enfoque possui convergência com o postulado garantista, no especial aspecto da desconfiança por este manifestado em relação ao Poder. Por consequência, viabiliza a busca de sua contenção, servindo, portanto, para a formação de uma estrutura dialética que, de tal modo, (a) incida permanentemente de modo a manter a deslegitimação do funcionamento do sistema penal; (b) reconheça, todavia, a dificuldade em sua superação por força da hegemonia da Ideologia da Defesa Social e (c) proponha a utilização de tais idéias como um movimento integrado para a redução da violência institucional, formando, de tal modo, estratégia mínima de reafirmação do ideal humanitário na vida social.

É sob tal perspectiva, portanto, que se buscará avaliar as implicações resultantes da criminalização do abuso de autoridade, objeto da pesquisa aqui efetuada: questionar a viabilidade da criminalização feita, sua efetividade para a proteção da dignidade humana, especialmente diante do alto grau de seletividade envolvido (motivada, sobretudo, pela existência de uma verdadeira política de beligerância social), portanto, constitui-se no objetivo do capítulo que a seguir será desenvolvido.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p 108, grifo no original.

CAPÍTULO 2

POLÍTICAS CRIMINAIS VOLTADAS PARA A POTENCIALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL E A INSUFICIÊNCIA DOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO PARA A CONTENÇÃO DO ARBITRÁRIO – O ABUSO COMO ALGO SOCIALMENTE CONSTRUÍDO

2.1 ABUSO DE PODER E ABUSO DE AUTORIDADE

“Abuso de poder” é expressão de ampla abrangência, podendo abarcar todo um universo de condutas relacionadas ao exercício desproporcional da capacidade, outorgada a determinada pessoa, de influir no comportamento de outrem. Em seu aspecto multifacetado, pode se apresentar, portanto, na forma do abuso do poder econômico, religioso, familiar etc., enfim, fazendo-se presente em todos os campos da vida social nos quais se estabeleça uma determinada relação de poder. O abuso surge quando se verifica algum desequilíbrio no exercício desse poder, quando se ultrapassam os limites impostos pelo regramento moral ou jurídico respectivo.

Ester Kosovski, após recorrer à “Declaração de Direitos das Vítimas de Crimes e Abuso de Poder” (Resolução tomada no VII Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado em Milão, em 1985), reconhece os seguintes tipos de abusos praticados pelos “poderosos”: I - abuso do poder político; II – abuso de autoridade (que compreenderia, por sua vez, os abusos decorrentes da atividade policial ou funcional; do pátrio poder; do poder marital; e da autoridade delegada - tutela e curatela); e III – o abuso do poder econômico^{86, 87}.

⁸⁶ KOSOVSKI, Ester. Abuso de poder: novas medidas contra a prepotência. **Ciência Penal-Coletânea de estudos – Homenagem a Alcidez Munhoz Neto**. Curitiba: JM Editora, 1999, p. 119/133.

⁸⁷ Uma correlação entre o elemento etiológico que lhes é comum e a definição jurídica atualmente utilizada mostra que o uso das expressões “abuso de autoridade” e “abuso de poder”, se apresenta equivalente. Pois, como descreve Fábio Konder Comparato, “No direito público romano,

O segundo compõe o objeto desta análise: trata-se do abuso criminalizado pela Lei Federal Brasileira nº. 4.898, de 09 de dezembro de 1965, que, em essência, corresponde a uma curta parcela das ações levadas a efeito mediante desvirtuamento do poder político-administrativo próprio às tarefas do Estado e que se constituem, portanto, no desvio da programação ditada pela Legalidade⁸⁸.

Essa criminalização primária foi levada a efeito, como a quase totalidade dos diplomas legislativos em matéria penal, segundo o pensamento oficial hegemônico, atuando, portanto, no plano idealizado por uma teoria positiva da pena (Defesa Social), como instrumento de contenção do poder das diversas agências estatais de controle social (administrativo ou criminal).

a *auctoritas* distinguia-se da *potestas*, mas não se lhe opunha. A *potestas* designava o poder jurídico sobre a pessoa de outrem, ou sobre bens, próprios ou alheios. No plano da organização política, correspondia à *coercitio* atribuída aos *magistrati* superiores, vale dizer, o poder dos cônsules e pretores de impor penas, reter e penhorar bens, prender as pessoas e aplicar penas disciplinares. O grau máximo de *potestas* era o *imperium*, correspondente ao poder de comando militar. Ainda aí o vínculo com a religião é evidente, pois o *imperium* fundava-se, originalmente, no poder de consultar os deuses, pelos chamados auspícios. A *auctoritas* era o prestígio moral, que dignificava certas pessoas ou instituições, suscitando respeito e até mesmo veneração. No meio social romano, ela sempre esteve ligada à preservação das tradições ancestrais, dos costumes dos antepassados (*mores maiorum*), e podia existir ligada ou não a *potestas*. Os tribunos da plebe, por exemplo, eram despidos de *potestas*, isto é, não tinham o direito de dar ordens. Só lhes competia o poder de vetar as ordens dadas pelos outros magistrados ou agentes públicos superiores (*prohibitio*, *intercessio*). Em compensação, gozavam da máxima *auctoritas*.” (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 599/600, grifo no original.) Assim, em sua origem, *autoridade* é expressão ligada ao prestígio e à legitimidade emanadas de determinada posição social, conectada ou não ao exercício de um cargo público; *poder*, de outro lado, corresponderia ao legítimo emprego da força nessa mesma situação. Hoje, os dois elementos coexistem na figura do abuso, que possui como elementos constitutivos os excessos decorrentes de situações de fato (*potestas*) e a violação da *auctoritas*, esta, agora, conectada à “autoridade” conferida pela posição do autor do fato enquanto titular de um determinado posto na estrutura administrativa (em sentido amplo) do Estado. O uso corrente do termo “abuso de autoridade”, porém, expressamente incorporado ao texto normativo pátrio (Lei Federal nº. 4.898/65), acabou por consolidá-la no meio jurídico e social enquanto denominadora dos desvios citados, motivo suficiente para que seja ela aqui doravante utilizada.

⁸⁸ Boa parte da doutrina brasileira inicia o estudo do abuso de autoridade mediante considerações relativas ao Poder de Polícia, de regra trazendo à colação noções de uso corriqueiro no Direito Administrativo (nesse sentido, por exemplo, NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Leis especiais - aspectos penais**. 2ª ed., revista atualizada e aumentada, São Paulo: LEUD, 1992, p. 67/72). Na verdade, esse conceito não é apropriado para a delimitação do abuso de autoridade previsto na norma incriminadora em questão, dada a amplitude que esta última detém, abarcando, por exemplo, atividades de polícia judiciária (sobre as diferenças entre a polícia judiciária e polícia administrativa, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 425/427) e mesmo condutas que, embora passíveis de serem abrangidas pela tipicidade penal, não se enquadram nos atos de poder administrativo de polícia propriamente dito. É o caso, por exemplo, do manejo da coerção física direta (prisão), impossível de ser levado a efeito como medida puramente administrativa.

Aposta na ameaça da pena e na conseqüente estigmatização pessoal do autor da conduta (a chamada prevenção geral) como contra-motivação supostamente efetiva em relação à prática de atos lesivos, movida, portanto, pela crença de que o castigo institucional (pena) detém o poder de operar uma reafirmação dos valores violados pelo autor do desvio.

Verificada a estreita afinidade com a Ideologia da Defesa Social, faz-se de todo desejável, agora, buscar a identificação da *Política Criminal* que tenha servido como fio condutor do processo criminalização da norma em exame, pois é ela que irá indicar, em última análise, o modelo de controle social que se pretendeu adotar no caso específico. Pois, admitido que a Política Criminal é parte dos movimentos de criminalização, cabe perquirir quais os elementos que permitiriam identificá-la no caso do abuso de autoridade. Trata-se de indagação que pressupõe o exame prévio dos movimentos de política criminal hoje reconhecidos e é essa a tarefa proposta no próximo item desta pesquisa:

2.2 POLÍTICA CRIMINAL E ABUSO DE AUTORIDADE

2.2.1 MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Quando se fala em “Política”, de um modo geral, deve-se ter em mente a capacidade de estabelecer certas diretrizes para a consecução de determinado fim, intrinsecamente ligado à administração do corpo social. Logo, abrange todos os aspectos da vida em sociedade, fazendo-se correta, portanto, em face disso, a observação de Heleno Fragoso, lembrada por Nilo Batista, de que “a política criminal é parte da política social”⁸⁹, o que, de resto, vem ao encontro à idéia de controle social adotada neste trabalho.

Para Fragoso, portanto,

Política Criminal é hoje a denominação empregada pela ONU para designar o critério orientador da legislação, bem como os projetos e programas tendentes a mais ampla prevenção do crime e controle da criminalidade. A Política Criminal é parte da Política

⁸⁹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, fascículo nº 20, ano 5, São Paulo: RT, outubro-dezembro 1997, p 129.

Social, devendo estar integrada nos planos nacionais de desenvolvimento.⁹⁰

Nessa direção também se posiciona Zaffaroni, citado por Maurício Antônio Ribeiro Lopes. A Política Criminal, segundo referido autor,

é a política referente ao fenômeno delitivo e como tal não é mais do que um capítulo da política geral do Estado. Nesse sentido, não pode estar em oposição ao Direito Penal, porque este é uma materialização daquela. A política penal seria o aspecto mais importante da política criminal.⁹¹

Aderindo a tal pensamento, afirma Lopes que

enquanto aspecto da política global do Estado, a política penal não pode ser individualizada em tal grau que se torne desconexa com os outros aspectos da política. Por outra parte, a política penal bem pode reduzir-se a crítica, sem alcançar sua materialização na lei, mas, invariavelmente, a lei penal é formalização de uma decisão política prévia.⁹²

Ainda,

Essa relação necessária da política com o Direito não é, logicamente, uma questão limitada ao campo penal, mas um problema geral do Direito. Uma norma jurídica pressupõe uma decisão política temporal e logicamente anterior à edição da lei.⁹³

⁹⁰ FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**. p. 18, grifo no original. Em sentido oposto, diferenciando a Política Criminal (que deve atuar “de modo individualizado sobre o delinqüente”) da Política Social (“que se dirige às condições sociais da criminalidade”). BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. p. 17. Para Hungria a Política Criminal é uma ciência *pré-jurídica* (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol. 1, Tomo 1, 3ª ed, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1955, p11). Uma tentativa de funcionalização do Direito Penal, que deveria operar segundo critérios teleológicos, portanto tendo em vista as diretrizes de determinada Política Criminal adotada, é encontrada em ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁹¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 142.

⁹² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal**. p. 143.

⁹³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal**. p. 143.

Esse “capítulo da Política Geral”, portanto, no que tange à criminalização de desvios (em regra violentos) da legalidade estatal, será aqui analisado tendo como norte dois aspectos distintos, porém intimamente vinculados entre si: primeiro, o aspecto essencialmente ideológico, presente nos movimentos que orientam o ato da criminalização primária; segundo, aquele proposto por Nilo Batista no texto antes referido, voltado para a criminalização secundária, e que abrange não apenas a Política Criminal “(...) como no conceito de Zipf, à ‘obtenção e realização de critérios diretivos no âmbito da justiça criminal”, mas “nela se incluindo 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”⁹⁴.

No primeiro caso, identificam-se, no momento atual, três orientações políticas bem definidas: o chamado movimento de direito penal máximo (ou na expressão de João José Leal, um “direito penal da severidade”⁹⁵), o minimalismo penal e a perspectiva abolicionista, compostos de posições que variam entre a maior expansão do sistema penal e a supressão total de tal forma de controle.

O primeiro representa os chamados “Movimentos de Lei e Ordem” e são identificados a partir de um discurso voltado para o endurecimento do controle, tanto pela expansão dos processos de criminalização primária como pelo agravamento das penas, propugnando ainda pela supressão de direitos do réu na fase processual e pela reificação do apenado na fase de execução da pena (despersonalização, supressão da qualidade de sujeito de direitos para reconhecer no preso mero objeto sob tutela do Estado). A meta, aqui, é a neutralização do autor do desvio punível. Trata-se, portanto, de movimento que leva às últimas conseqüências a Defesa Social, incorporando, principalmente no

⁹⁴ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. p 129

⁹⁵ LEAL, João José. Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, fascículo 40, ano 10, São Paulo: RT, outubro-dezembro de 2002, p 155/179.

âmbito da teoria da pena, os elementos perigosistas próprios ao Positivismo Criminológico.

Esse movimento, no plano discursivo, não reconhece a seletividade do sistema ou, quando muito, negligencia seu aspecto estrutural, atribuindo-a a uma ineficácia supostamente circunstancial da atuação das agências respectivas. Serve à perfeição, portanto, para a realização de um discurso voltado para o controle social das “subclasses”⁹⁶, o que, dentre outros aspectos, demonstra sua extrema funcionalidade para o gerenciamento da exclusão social produzida, no momento atual, em larga escala, pelo fenômeno mundial da Globalização.^{97 98}

⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.146.

⁹⁷ A globalização pode ser conceituada como um processo de transnacionalização das relações sociais, políticas e econômicas, fundado em sofisticados processos tecnológicos de comunicação global. Traz como conseqüências, dentre outras, a agudização dos processos de concentração de riqueza e o esvaziamento de parcela do poder soberano local, que passa a se pautar, na tomada de determinadas posições políticas, de acordo com os interesses do mercado. O indivíduo passa a ser visto como *consumidor* e inicia-se o desmonte do Estado do Bem-Estar Social. O processo de exclusão social, assim, ganha contornos extremos, gerando tensões sociais que acabam gerenciadas, de modo preferencial, pela mão violenta do sistema penal. A prevalência de tal opção se dá basicamente porque (a) os *custos sociais* do processo de criminalização são distribuídos desigualmente, recaindo, por força da seletividade, com peso quase exclusivo, nas classes subalternas; (b) o Sistema Penal não afeta a desigualdade social existente nem ameaça posições privilegiadas consolidadas na estrutura social (ao contrário); (c) o *custo econômico*, sob certo ponto de vista, revela-se menor, já que a implementação da estrutura punitiva constitui encargo muito menos oneroso economicamente do que a implementação de medidas de efetiva inclusão social. Além disso, não se pode olvidar a existência de toda uma gama de serviços e bens de natureza privada voltados para o mercado específico da segurança, fazendo com que o sistema penal, de tal forma, se constitua em atividade de certo ponto de vista lucrativa, agregando-se, com isso, à lógica do sistema globalizado (prevalência do lucro); (d) Finalmente, o *custo político* é inferior, dado que os movimentos de criminalização – principalmente a legislativa, pela força simbólica que contém, passam à população uma falsa impressão de segurança, gerando dividendos eleitorais contingenciais, porém essenciais ao processo de manutenção do poder político. Sobre o tema: HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro: estudos de teoria política**; SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Globalização e direito penal**. In **Constituição, Justiça e Sociedade** - VOLUME 1. Eduardo Cambi *et al.* (org.). Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p.263/264; FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada** 1 ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004; FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. In, **Temas de Direito Penal Econômico**. Organizador, Roberto Podval. São Paulo: RT, 2000, p 258/260. Sobre a formação de um “Estado Penal”, fundado na repressão como meio de administração da pobreza: WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Eliana Aguiar. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, Revan, 2003. Sobre a expansão do sistema penal em face da perspectiva do uso *produtivo* da massa carcerária: CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de Luís Leiria, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

⁹⁸ No Brasil o ponto inicial e com certeza o momento mais drástico da incorporação do discurso de intolerância deu-se com a edição da Lei Federal nº 8.072/90, a chamada “lei dos crimes hediondos”. Como pondera João José Leal, “Nenhuma lei criminal foi objeto de tantas restrições e

Alguns produtos concretos dessa política podem ser facilmente reconhecidos nos movimentos de criminalização da pobreza conhecidas como políticas de “tolerância zero”⁹⁹ ou em discursos legitimadores da relativização das garantias individuais presentes no chamado “Direito Penal do Inimigo”¹⁰⁰.

críticas quanto a LCH. Da doutrina, recebeu ela a condenação praticamente unânime de tantos quantos se preocuparam em estudá-la e interpretá-la em suas diversas normas repressivas. As restrições mais graves, assinaladas pela doutrina, referem-se às seguintes questões: conceito legal de crime hediondo mediante simples colagem ou etiquetamento apriorístico de certos tipos penais; aumento desnecessário das penas mínimas cominadas a alguns dos crimes rotulados de hediondos; proibição absoluta de concessão de fiança, indulto, graça e anistia e de progressão no regime prisional para os autores de crime hediondo; aumento excessivo do tempo de cumprimento da pena aplicada aos condenados por essa espécie de crime, para fins obtenção do livramento condicional. Essa gama de normas de maior rigor penal e redutoras do espaço de liberdade física, criou uma profunda fissura no sistema punitivo, que se tornou acentuadamente assimétrico em sua escala de pesos e medidas repressivas.” A partir daí, segundo o autor, “o Direito Penal brasileiro passou a conviver com dois sistemas de controle repressivo paralelos: o primeiro constituído pelas normas penais contidas no Código Penal e nas leis esparsas que expressam o compromisso com uma filosofia punitiva mais branda e liberal, e o segundo marcado pelas normas penais contidas na LCH, que formam o que podemos denominar *Direito Penal da severidade*, um autêntico gueto de rigor punitivo à margem do sistema penal geral. (LEAL, João José. Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos. p 161, grifo no original) Sobre os processos sócio-políticos que resultaram na norma constitucional respectiva e na edição da lei dos crimes hediondos: LEAL, João José. **Crimes hediondos – aspectos políticos-jurídicos da lei nº 8.072/90**. São Paulo: Atlas, 1996; ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. P. 321/324; FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos – notas sobre a lei 8.072/90**. 1. ed. São Paulo: RT, 1991.

⁹⁹ Esse modelo policialesco, que traz a intolerância na própria definição, é fundado na chamada *Broken Windows Theory*, tendo sido implementado, com grande repercussão, na cidade de Nova Iorque pelo então alcaide Rudolph Giuliani. Em um resumo simplista, consistiria esta teoria na assertiva de que a existência de janelas quebradas numa determinada localidade seria tomada como indicativo de desordem e tenderia a se revelar propícia para a reprodução de tais atos, ou seja, para a depredação do ambiente. Assim, pequenas desordens seriam propiciadoras de crimes mais graves, devendo ser combatidas com igual empenho e rigor. Essa política foi implementada na referida cidade norte-americana em um contexto de expansão da oferta de emprego e acompanhada de outras reformas estruturais, como uma adequação da polícia local, o que explica seu declarado sucesso. De qualquer forma, a política de tolerância zero constitui-se em uma visão higienista, fundada no conceito de “Ordem” e que, como tal, serve apenas à legitimação da violência institucional contra a pobreza. Sobre o tema: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; CARVALHO, Edward Rocha de. **Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?**. in Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n. esp., p. 6-8, out. 2003.

¹⁰⁰ O “Direito Penal do Inimigo” é categoria elaborada por Günther Jakobs para tentar legitimar um direito penal de corte autoritário e fascista. Segundo Jesús-Maria Silva Sanches, em contraposição ao cidadão, “o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. As características do Direito Penal de inimigos seriam, então, sempre segundo *Jakobs*, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do ato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento

O segundo movimento político-ideológico corresponde ao abolicionismo e tem na pessoa de Louk Hulsman (“Penas perdidas. O sistema penal em questão”) seu maior expoente. Esse modelo de Política Criminal reconhece as mazelas do sistema e diante disso propugna por sua completa extinção. Hulsman¹⁰¹ aposta que desaparecimento do sistema penal propiciará à sociedade a utilização de novas formas de solução do conflito, menos violentas e mais efetivas, substituindo-se o modelo atual por instrumentos outros de controle, dotados de menor custo social (modelos indenizatório, consensual etc.).

Finalmente, o movimento de maior projeção na atualidade corresponde ao Direito Penal Mínimo. Tem na pessoa de Luigi Ferrajoli seu autor de maior projeção e advoga a manutenção do sistema penal, limitado, porém, em sua incidência, a os casos de violações intoleráveis de bens jurídicos fundamentais à vida em sociedade, sempre acompanhada das garantias próprias a um direito penal de cunho humanitário. Segundo o autor, o abolicionismo será algo utópico e a pena cumpre uma função utilitária, qual seja, evitar reações desproporcionais e arbitrárias contra o indivíduo autor do desvio e prevenir a violência no grupo social.

Segundo Ferrajoli, “direito penal mínimo” e sua antítese, “direito penal máximo” (que correspondem, portanto, de regra, aos atos de criminalização derivados dos Movimentos de Lei e Ordem), são expressões que designam “(...) sistemas jurídicos onde seja mínima ou máxima a intervenção do Estado na restrição das liberdades negativas”¹⁰². No primeiro caso estar-se-ia diante de um modelo de feição garantista, racional e identificado com o Estado de Direito; no segundo, um modelo arbitrário, irracional e próprio ao Estado Totalitário¹⁰³.

das garantias processuais.” (SILVA SANCHÉS, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Série As Ciências Criminais no Século XXI, vol. 11, São Paulo:RT, 2002, pág. 149.) A definição tem servido para identificar sob uma mesma tendência, os movimentos penais que, consciente ou inconscientemente, vem efetivando uma “linha dura” do exercício do poder punitivo.

¹⁰¹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas. O sistema penal em questão**. 1ª ed, Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 91, nota 23.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 83/84

2.2.1.1 A Criminalização do abuso de autoridade como reflexo de um direito penal máximo

A esta altura, levadas em conta tais movimentos e suas respectivas características, parece de todo possível identificar a criminalização brasileira do abuso de autoridade como convergente aos discursos próprios ao direito penal máximo, dada a ampliação do âmbito de criminalização nele realizado: de fato, embora já existisse no Código Penal de 1940 tipo específico sob a rubrica de “violência arbitrária” (art. 322) e “exercício arbitrário ou abuso de poder” (art. 350), a normativa em exame veio a ampliar sobremaneira o rol de condutas tipificadas, buscando abranger outras formas de violência ou prepotência conectadas ao exercício dos direitos fundamentais (liberdade de profissão, de locomoção etc.). Trata-se, por isso, de norma que agravou o processo de criminalização, embora, no que corresponde aos tipos anteriormente previstos na legislação comum, tenha cominado pena criminal de menor envergadura.

Ademais, fica evidente, diante da característica pretensamente exaustiva do texto, a idéia da prevenção geral extremada que nele se contém, o que também é próprio aos discursos de Lei e Ordem. Um direito penal mínimo, de outro lado, relegaria a disciplina da matéria exclusivamente ao âmbito administrativo, deixando a incidência do sistema para os casos de violações efetivamente mais graves (homicídios, tortura etc.), de regra já com previsão normativa no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

2.2.1.2 A ineficácia da criminalização efetuada: o abuso de autoridade como parte de um direito penal eminentemente simbólico

Identificado o modelo de Política Criminal adotado, faz-se necessário observar dois aspectos distintos, porém fundamentais, para a compreensão do processo de criminalização desenvolvido, bem como para entender a constante busca da legitimação de sua incidência: o primeiro deles relativo à contextualização histórica da edição de tal texto normativo; o outro voltado para o momento atual de luta pelos direitos de cidadania.

Com relação ao primeiro, cumpre lembrar, a lei em questão entrou em vigor no ano de 1965, portanto no início da última e mais violenta

ditadura militar brasileira, quando se colocava em movimento a chamada Ideologia da Segurança Nacional com Desenvolvimento (decantada, após, enquanto modelo teórico, na forma de uma doutrina). A edição do texto, efetuada no momento em que o poder político, no Brasil, se alinhava com a luta anti-comunista, declarando a existência de inimigos internos (na maior parte das vezes identificados a partir da simples contestação do modelo político que se pretendia implantar), suprimindo garantias individuais e instituindo o arbítrio como método de Estado, sugere uma contradição mais aparente do que real. Na verdade, a criminalização efetuada representa uma manifestação essencialmente *simbólica*, que antes servia a emprestar legitimidade ao regime violento do que propriamente refreá-lo. Isso fica tanto mais evidente quanto se percebe (e tal certamente não passou incógnito ao Poder que o instituiu) que os atos de violência ocorriam - e de regra ainda ocorrem - de forma subterrânea, incapaz, portanto, de ser captada pelo sistema diante da seletividade natural que o caracteriza.

Paradoxalmente, mesmo depois da renovação democrática da qual a Constituição de 1988 representa o ponto mais alto, na linha da expansão que vem caracterizando o poder punitivo no mundo ocidental atual, a compreensão dessa característica ineficaz e simbólica de tais processos criminalizatórios por parte dos próprios movimentos responsáveis, em boa medida, pela redemocratização, parece não ter ocorrido. Ao contrário, o abuso de autoridade passou a ser considerado parte de uma estratégia de criminalização de atos do poder (político econômico etc.), integrando a pauta de movimentos voltados para a defesa dos direitos humanos (defesa do meio ambiente, mulheres, crianças, excluídos etc.). Esses movimentos, de fato, tal qual o poder arbitrário anterior, reclamam a pena criminal como instrumento de prevenção de atos destinados à violação dos direitos fundamentais, vendo nela forma supostamente eficaz de combate ao preconceito e à exclusão. Não por acaso, um dos momentos de maior expressão desse movimento, no Brasil, deu-se com a criminalização da tortura (Lei Federal nº 9.455, de 07 de abril de 1997), cujas condutas, aliás, encontram-se intimamente correlacionadas ao abuso de autoridade, pois que ambas tratam de formas semelhantes e apenas quantitativamente diversas de exacerbação da violência institucional. Pois,

embora não exista um *continuum* histórico entre um momento de criminalização (o abuso de autoridade) e outro (tortura), é certo que ambos convergem para uma mesma pauta criminalizadora, que busca na pena (e principalmente na ameaça da pena) a contenção das graves violações de direitos humanos e de outros direitos de nova geração, típica daquele movimento que Maria Lúcia Karam chama de “esquerda punitiva”¹⁰⁴.

A criminalização, nesse aspecto, como dito, acaba negligenciada no que tem de mais significativo, ou seja, o equívoco de pretender que um poder estruturalmente voltado para a violação dos direitos fundamentais das camadas excluídas possa ser utilizada de forma diversa para a qual foi programada.

Como pondera Maria Lúcia Karam,

(...) a transformação social ou a emancipação dos oprimidos jamais serão alcançadas se for trilhado um caminho reprodutor de mecanismos violentos, excludentes, dolorosos, intolerantes, opressivos, injustos, como são os mecanismos com que opera o sistema penal. A construção de um mundo melhor jamais se fará se forem utilizados os mesmos métodos perversos utilizados no mundo que se quer transformar.¹⁰⁵

Não fosse isso,

o declarado objetivo de punir os opressores para transformar a sociedade, de todo modo, não escaparia de um retumbante fracasso. A função real do sistema penal como um dos mais

¹⁰⁴ KARAM, Maria Lúcia. Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. Disponível na *internet*: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 16 de novembro de 2007. A expressão utilizada - “esquerda punitiva” – conduziria a um debate que extrapola a finalidade deste trabalho. Por ora, sem a pretensão de qualquer ingerência no pensamento da referida autora, pode-se dizer que, em se admitindo a existência, ainda, da dicotomia esquerda/direita, e reconhecendo como seu marco divisor interno a igualdade (BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda - razões e significados de uma distinção política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª. Ed., rev. e amp., São Paulo: editora UNESP, 2001.), a “esquerda punitiva” se caracterizaria, pois, pela tentação de legitimar o uso da pena como forma de evitação do tratamento discriminatório, garantindo a isonomia pela via da prevenção geral.

¹⁰⁵ KARAM, Maria Lúcia. Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais.

poderosos instrumentos de manutenção e reprodução de estruturas dominantes já bastaria para demonstrá-lo.¹⁰⁶

De fato, nesse ponto, todos os mecanismos do funcionamento preconceituoso do sistema passam a operar de forma nítida, denotando o equívoco da busca da resolução do conflito pela via da utilização da pena criminal: a seletividade, aqui, apresenta-se como algo extremamente potencializado, até porque, como afirmado, parte das agências de controle social destinatárias do processo criminalizatório efetua e se reproduz de forma subterrânea, ausente de qualquer controle pelo saber penal oficial.

É o que afirma Zaffaroni:

Todas as agências executivas exercem algum poder punitivo à margem de qualquer legalidade ou através de marcos legais bem questionáveis, mas sempre fora do poder jurídico. Isto suscita o paradoxo de que o poder punitivo se comporte fomentando atuações ilícitas. Eis um paradoxo do discurso jurídico, não dos dados das ciências políticas ou sociais, para as quais, é claro, qualquer agência com poder discricionário acaba abusando dele. Este é o *sistema penal subterrâneo*, que institucionaliza a pena de morte (execuções sem processo), desaparecimentos, torturas, seqüestros, roubos, saques, tráfico de drogas, exploração de jogo, da prostituição etc. (...) À medida que o discurso jurídico legitima o poder punitivo discricionário e, por conseguinte, nega-se a realizar qualquer esforço em limitá-lo, ele está ampliando o espaço para o exercício de poder punitivo pelos sistemas penais subterrâneos.

¹⁰⁷

No mesmo sentido, ensina Lola Aniyar de Castro:

Embora proibidos pelo sistema aparente, há procedimentos diferenciados para as classes subalternas no terreno fático: violações de domicílio; violências policiais; violação do direito à própria imagem no tratamento informativo; prisões e detenções

¹⁰⁶ KARAM, Maria Lúcia. Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 70, grifo no original. Uma demonstração de como funciona esse sistema subterrâneo pode ser obtida na obra do jornalista Caco Barcellos, **Rota 66. A história da polícia que mata** (19ª.ed, São Paulo:Globo, 1993).

preventivas por prazo indeterminado; execução penal à margem dos direitos humanos; carência de condições dignas de vida, de acesso à informação, à comunicação, a atividades culturais ou esportivas etc., e sofrimentos físicos e morais que ultrapassam os previstos pela lei.¹⁰⁸

Luigi Ferrajoli, após afirmar que “importa, sobretudo, o grau de efetividade do edifício teórico e normativo que é o direito penal e processual”, também reconhece a existência de um subsistema penal de polícia:

Dessa forma se recoloca, então, a propósito das atividades policiais, o problema prejudicial do garantismo penal: a variação mais ou menos ampla que sempre existe entre normatividade e efetividade, entre direito e praxe, entre imagem legal e funções reais, entre dever ser e ser de um sistema punitivo.¹⁰⁹

Nesse passo, após afirmar que “neste trabalho de duplicação do sistema punitivo a Itália foi um país guia”, pondera:

Podemos ter um processo penal perfeito, mas ele será sempre uma pobre realidade se o monopólio judiciário do uso da força contra os cidadãos não for absoluto e exista uma força pública que aja sem vínculos legais. O caso limite e dramático acontece quando a variação entre o nível normativo da legalidade e aquele efetivo da realidade alcança as formas terríveis experimentadas nos regimes militares da América Latina. Mas também nos ordenamentos nos quais o princípio da legalidade é formalmente respeitado o monopólio penal e judiciário do uso da violência pode ser esvanecido pelos poderes paralelos mais ou menos verificáveis em tema de liberdade conferidos pelas mesmas leis às forças policiais.¹¹⁰

Portanto, aí reside o primeiro aspecto da inoperância da criminalização para a contenção do abuso: a seletividade do Sistema em relação ao próprio Sistema. Uma vez que grande parcela dele age e se estrutura

¹⁰⁸ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005, P. 131/132.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 614.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 614.

subterraneamente, ausente de qualquer controle e, portanto, incapaz de ser captado pelas respectivas agências de criminalização secundária, a idéia de que a pena, pela via da prevenção geral, possa contê-la, revela-se absolutamente ilusória.¹¹¹

O segundo aspecto diz com a qualidade da seleção, nos raros casos em que ela ingressa no sistema penal: invariavelmente, repete-se o mecanismo usualmente verificado na gerência da criminalidade de massa e o abuso captado resume-se àquele praticado pelos agentes de menor graduação nos quadros do Estado, via de regra aqueles que atuam na repressão à criminalidade de rua (policiais militares, agentes de trânsito etc.¹¹²). Na outra ponta, a condição social da vítima também aparece como fator determinante, pois a vitimização somente ganha importância quando afeta um indivíduo detentor de algum poder político ou econômico significativo. Reafirmam-se, então, os estereótipos: o “mau” agente público que atinge o “cidadão de bem”, reproduzindo a equação *vulnerabilidade/imunidade* reafirmadora da característica estruturalmente desigual do funcionamento do Sistema Penal¹¹³.

De onde a inviabilidade do uso de um instrumento estruturalmente reprodutor de violência para a contenção dessa mesma violência.

¹¹¹ A verticalização e o corporativismo que caracterizam boa parte das instituições submetidas a tal via de controle, de outro lado, colaboram para a composição da enorme cifra negra relacionada às condutas abusivas cotidianamente levadas a efeito.

¹¹² Noticiou a Folha de São Paulo: “Das denúncias recebidas pela Ouvidoria de 1998 a 2006, só 0,70% dos coronéis e 2,95% dos delegados foram punidos. Índice é bem maior quando se refere a soldados e agentes da Polícia Civil denunciados; ouvidor culpa “má qualidade das denúncias”. Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano. **Corregedoria pune menos os coronéis**, disponível em www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2004200715.htm, acesso em 20/04/2007.

¹¹³ A dogmática atual, na medida em que se limita a reproduzir parte da jurisprudência sobre o tema, convalidando-a, acaba por legitimar, ainda que de forma inconsciente, a atuação seletiva do sistema. Se não, como explicar a idéia de que “(...) não se poderá falar em violação da liberdade de locomoção daqueles que ameaçam a paz, a segurança e o bem-estar dos demais cidadãos, como do Estado, pelo que não constituem abuso de autoridade *as detenções e recolhimentos de dementes, ébrios, pessoas que causem escândalo.*”? (FREITAS, Gilberto Passos de. FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade**. 6ª ed., ampliada e revista, de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo:RT, 1995, p. 25, grifo). A preferência pela detenção do ébrio e dos demais “indivíduos” citados quando se poderia tomar medidas de proteção como o encaminhamento à família não parece tão conforme com o espírito constitucional quanto a naturalidade do texto pretende indicar. Outro exemplo que vale ser mencionado pela carga preconceituosa é a referência à lição de Magalhães Noronha, feita na obra acima citada, que assim, ao esclarecer no que consistiria a expressão “taverna” para fins do delito de invasão de domicílio, expõe: “Taverna é a bodega, botequim, a tasca, a casa de pasto ordinária, *freqüentada, em regra, por indivíduos que, se não criminosos, tangenciam o código penal.*” (FREITAS, Gilberto Passos de. FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade**. p. 28, grifo).

O Direito Penal não previne os danos, não soluciona os conflitos e não repara a lesão. Não protege, portanto, os bens jurídicos que diz proteger e quando tenta fazê-lo atua de maneira estritamente preconceituosa, privilegiando os interesses pertencentes a uma parcela da sociedade, justamente aquela que detém algum poder (econômico, político, social) e que só reflexamente sente os efeitos do abuso de autoridade. A criminalização do abuso, portanto, é parte de um direito penal eminentemente simbólico. A exemplo de tantas outras formas de criminalização (jogo, drogas, exploração da prostituição), não se presta a erradicação do desvio selecionado.

2.2.2 POSTURAS IDEOLÓGICAS DE AGRAVAMENTO DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL: O MODELO BÉLICO E A DIFUSÃO DO MEDO

Não obstante a insuficiência intrínseca do processo de criminalização efetuado, merecem destaque, aqui, dois modelos discursivos voltados para a potencialização da violência institucional, capazes de conduzir ao extremo o desprezo pelas pautas de reprovação ética do abuso: o modelo bélico de enfrentamento do crime e a manipulação do medo coletivo. Trata-se de movimentos desprovidos de uma natureza científica ou mesmo de uma elaboração racionalmente construída, mas que se apresentam como “complementares” entre si e cuja função precípua constitui-se na tentativa de propiciar um discurso capaz de superar a irracionalidade absoluta do emprego desenfreado da violência. Refletem, portanto, instrumentos de reafirmação do Estado de Polícia.

2.2.2.1 O Modelo Bélico

Nilo Batista, ao tratar o tema das drogas, identifica nas manifestações e discursos cotidianos sobre o tema a existência de uma “política criminal com derramamento de sangue”, ou seja, uma paradoxal postura de convivência com o abuso em todas as suas formas, que levada a efeito de forma sistemática, apresenta-se com contornos de uma verdadeira política, estruturada não apenas a partir da tolerância (não declarada) das agências encarregadas de fazer cumprir as limitações estabelecidas a nível normativo, mas também a partir da implementação “daqueles outros critérios, silenciados ou negados pelo

discurso jurídico, porém legitimados socialmente pela recorrência e acatamento de sua aplicação”¹¹⁴.

Assim, por exemplo,

quando a polícia mensalmente executa (valendo-se de expedientes encobridores os mais diversos, da simulação de confronto ao chamamento à autoria de gangues rivais) um número constante de pessoas, verificando-se ademais que essas pessoas têm a mesma extração social, faixa etária e etnia, não se pode deixar de reconhecer que a política criminal formulada para e por essa polícia contempla o extermínio como tática de aterrorização e controle do grupo social vitimizado - mesmo que a Constituição proclame coisa diferente.¹¹⁵

Essa política é elaborada e implementada a partir da assunção do chamado *modelo bélico* de enfrentamento do delito, postura ideológica própria ao Estado de Polícia¹¹⁶ e que se traduz na incorporação, nos discursos e na prática cotidianos, de elementos de enfrentamento próprios a uma situação de guerra.

Explica Elías Neuman:

¹¹⁴ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. p 129.

¹¹⁵ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. p 129.

¹¹⁶ Nesse sentido, ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 59. Conceituando Estado de Polícia: “*Polícia* significa etimologicamente *administração* ou *governo*, de modo que o *estado de polícia* é aquele regido pelas *decisões do governante*. Pretende-se, com um certo simplismo, estabelecer uma separação cortante entre o estado de polícia e o de direito: entre o modelo de estado no qual um grupo, classe social ou segmento dirigente encarna o saber acerca do que é bom ou possível e sua decisão é lei, e outro, no qual o bom ou o possível é decidido pela maioria, respeitando o direito das minorias, para o que tanto aquela quanto estas precisam submeter-se a regras que são mais permanentes do que meras decisões transitórias. Para o primeiro modelo, submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo; para o segundo, significa acatamento a regras anteriormente estabelecidas. O primeiro pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica e, por conseguinte, tende a uma justiça *substancialista*; o segundo pressupõe que pertence a todo ser humano por igual e, portanto, tende a uma justiça *procedimental*. A tendência substancialista do primeiro o faz pender para um direito *transpersonalista* (a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe estado, mercado etc.); o procedimentalismo do segundo, para um direito *personalista* (para os humanos). O primeiro é *paternalista*: considera que deve castigar e ensinar seus súditos e, inclusive, tutelá-los ante suas próprias ações autolesivas. O segundo deve respeitar todos os seres humanos por igual, porque todos têm uma consciência que lhes permite conhecer o bom e o possível, e, quando articular decisões de conflito, deverá fazê-lo de modo a afetar o menos possível a existência de cada um, conforme seu próprio conhecimento: o estado deve ser *fraterno*.” (obra citada, p. 93/94, grifo no original)

Na América Latina existe a idéia de que o crime é algo avassalador e não são poucos os políticos que embora sem conhecer grande coisa acerca dos problemas criminológicos, expressam enfaticamente que as cidades estão sendo tomadas ou invadidas pela criminalidade, que deve ser cortada pela raiz. Isso legitima e dá suporte à ação policial. É a famosa “guerra contra o crime”; e essa guerra (que dúvida existe!) deve ser travada no campo da violência como única e inalterável resposta. Então, bemvindas as batidas, as rondas, o “sair de ferros”¹¹⁷ e a política policial dos “intocáveis”.¹¹⁸

Zaffaroni, após destacar que “a civilização industrial implica uma inquestionável cultura bélica e violenta”, pondera:

É inevitável que, apesar de não ser formulada hoje em termos doutrinários nem teóricos, a comunicação de massas e grande parte dos operadores das agências do sistema penal tratem de projetar o exercício do poder punitivo como uma *guerra à criminalidade e aos criminosos*. A imprensa costuma mostrar *inimigos* mortos (execuções sem processo) e também *soldados* caídos (policiais vitimados). O risco de morte policial na região latino-americana é altíssimo em comparação com os Estados Unidos e ainda mais com a Europa. Entretanto, isso costuma ser exibido como signo de eficácia preventiva.¹¹⁹

Por outro lado,

as agências policiais descuidam da integridade de seus operadores mas, em caso de vitimização, providenciam um estrito ritual funerário de tipo militar. Se considerarmos que os *criminalizados, os vitimizados e os policizados (ou seja, todos*

¹¹⁷ “Fierro”, na gíria argentina, possui conotação de arma de fogo. Logo, “sair de ferros” parece indicar a prática de extorsões mediante uso de armas de fogo por policiais em trajes civis.

¹¹⁸ NEUMAN, Elías. El abuso de poder en la policía latinoamericana. In **Doctrina penal- teoría y práctica en las ciencias penales**. Año 13, nº 49 a 52, Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 211/230. Tradução livre do autor. No original: “En Latinoamérica existe la idea de que el crimen es algo avasallador, y non son pocos los políticos que al margen de no comprender gran cosa de los problemas criminológicos, expresan enfáticamente que las ciudades están siendo tomadas o invadidas por la criminalidad, la que debe ser cortada desde su raíz. Ello legitima y ampara la acción policial. Es la famosa “guerra contra el crimen”; y esa guerra, ¡qué duda cabe!, debe librarse en el campo de la violencia como inalterable y única respuesta. Entonces, bienvenidas las batidas, las rondas, el “salir de fierros” y la política policial de “los intocables”.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 58, grifo no original.

*aqueles que sofrem as conseqüências desta suposta guerra) são selecionados nos estratos sociais inferiores, cabe reconhecer que o exercício do poder estimula e reproduz antagonismos entre as pessoas desses estratos mais frágeis, induzidas, a rigor, a uma auto-destruição.*¹²⁰

O modelo bélico de que tratam tais excertos joga por terra qualquer pretensão de superioridade ética do Estado, podendo este, sob tal perspectiva, fazer valer qualquer meio para atingir o impossível fim de erradicação do crime na sociedade¹²¹. A idéia de *combate* ao crime e eliminação do criminoso, parte da consideração que existe um *inimigo interno*, a quem não se pode reconhecer a condição de sujeito de direitos. Ela tolera o arbítrio como algo necessário para prevenção do delito e mantém uma postura de indiferença em relação à violência porque entende que a existência de *vítimas inocentes* faz parte do custo da guerra (contanto, é claro, que essas vítimas façam parte dos estratos economicamente mais baixos da sociedade). Em último plano, toma a segurança como valor absoluto, relativizando idéias como Justiça, Ética e Cidadania.

Novamente Zaffaroni:

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 58, grifo no original. Nesse aspecto, aliás, pondera Neuman, em específica referência à tortura policial: “Os torturadores são geralmente recrutados nas classes sociais mais desprotegidas mediante um processo que se conhece como policização. São convencidos mediante discursos persuasivos que dão transcendente importância a tão funesto trabalho. Se trata de uma seleção que recai sobre gente marginalizada que trabalha ativamente nas tarefas mais duras da atividade policial e que facilmente aceitam torturar imbuídos de uma ética própria a um discurso de espírito corporativo. Sua solidão, sua falta de perspectiva e, por conseqüência, de autoestima, são campos propícios a criar nos mesmos os executores de tratamentos degradantes e torturas aplicadas a pessoas de sua mesma origem e filiação. Servem, ademais, como “bodes expiatórios”, quando a hierarquia policial comete erros...Serão sempre os subalternos, a tropa, que arcará com as culpas” (Tradução livre do autor. No original: “Los torturadores son generalmente reclutados en las clases sociales más desprotegidas en un proceso que se conoce como policización. Se lo conscientiza mediante discursos persuasivos que dan transcendente importancia a tan funesto trabajo. Se trata de una selección que se verifica sobre gente marginada que trabaja activamente en la policía en las tareas más duras y que fácilmente acceden a torturar imbuídos en un discurso ético de espíritu corporativo. Su misma soledad, su falta de alicientes y, por ende, de autoestima, son campo propicio para crear en ellos los ejecutores de tratos degradantes y torturas aplicadas a personas de su misma progenie y filiación. Sirven, además, como ‘chivos expiatorios’, cuando la jerarquía policial comete errores...Será siempre el personal subalterno, la tropa, la que cargará con las culpas.” NEUMAN, Elías. El abuso de poder en la policía latinoamericana, p. 223)

¹²¹ ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 58.

A chamada *ideologia da segurança nacional* passou para a história como resultado das mudanças no poder mundial, e está sendo substituída por um discurso de *segurança cidadã* como ideologia (não como problema real, que é algo totalmente diferente). A esta transformação ideológica corresponde uma transferência de poder das agências militares para as policiais. Embora formulada inorganicamente, em vista do peso da comunicação social sobre as agências políticas e da competitividade de clientela das últimas, esta difusa perspectiva pré-ideológica constitui a base de um discurso vindicativo que se ergue como uma das mais graves ameaças ao estado de direito contemporâneo e que pode conduzir a um estado de polícia sob a forma da *ditadura da segurança urbana*.¹²²

Esta “imagem bélica do poder punitivo, legitimante do exercício do poder punitivo por via da absolutização do valor segurança”¹²³, implica “aprofundar, sem limite algum, o que o poder punitivo provoca inexoravelmente, que é a *debilitação dos vínculos sociais horizontais (solidariedade, simpatia) e o reforço dos verticais (autoridade, disciplina)*”¹²⁴, daí porque “o modelo de organização social comunitária perde terreno perante o de organização corporativa”¹²⁵.

Diante da reafirmação de tal modelo, o abuso, quando utilizado para o controle social das classes subalternas passa a ser visto como algo útil e necessário, sendo não apenas tolerado, mas estimulado e enaltecido sob a perspectiva de sua eficiência^{126 127}.

¹²² ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 59, grifo no original.

¹²³ ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 59,.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 59, grifo no original.

¹²⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. p. 59.

¹²⁶ A história recente, no Brasil, tem fornecido exemplos da adoção da postura bélica. Vale citar, dentre outras, a instituição, no Rio de Janeiro, em 1995, da chamada “condecoração por bravura”, a final apelidada de “condecoração faroeste” pela população local, na qual o número de mortes de criminosos durante ações policiais rendia reconhecimento aos agentes públicos envolvidos, com reflexos em sua remuneração. Essa política foi implementada no governo de Marcello Alencar, tendo como titular da pasta de Segurança o general Nilton Cerqueira, ligado à repressão do regime militar e diretamente envolvido na captura e morte dos guerrilheiros de esquerda (especialmente Carlos Lamarca) no confronto deflagrado na região do Araguaia, em 1971. Ainda,

2.2.2.2 A Difusão e Manipulação do Medo

O uso da violência institucional, todavia não pode ser realizado apenas com base em um discurso: reclama, ele, um elemento mais forte, capaz de gerar o consenso social em torno do controle extremo, algo com suficiente potencial para a construção de certo grau de aceitação social em relação a tais práticas arbitrárias. Esse consenso é obtido mediante a

devem ser mencionadas a ocupação de favelas pelo exército, principalmente durante a conferência da ECO 92 e as recentes ocupações no Complexo do Alemão (2007), com recurso à Força Nacional de Segurança e a utilização do Batalhão de Operações Especiais da polícia militar, em curso na gestão atual (Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano. **Laudos trazem indícios de tortura, diz OAB.** disponível em www.1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0607200721.htm, acesso em, 06/07/2007; Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano. **Cabral afirma que os mortos eram "marginais"**. disponível em www.1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0607200722.htm, acesso em, 06/07/2007; Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano. **Sociólogo também aponta abuso de força.** disponível em www.1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff607200703.htm, acesso em, 16/07/2007; Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano. **Polícia do Rio mata 41 civis para cada policial morto.** disponível em www.1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1607200701.htm, acesso em, 16/07/2007. Este último texto assinala que "proporção registrada na gestão Cabral é quatro vezes maior que a média internacional" e que "foram dez PMs e um civil mortos em confronto em 2007 até abril, contra 449 supostos criminosos que agentes mataram até o fim de abril, em ações registradas como 'auto de resistência'. O número de policiais representa 2,4% do total de baixas 'adversas'. A Secretaria de Segurança Pública do Rio diz reconhecer que o número de mortos em confrontos com policiais é alto e que o saldo decorre de uma postura 'mais ativa' adotada pelo governo". Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano. **Nove morrem em ação do Bope; coronel diz que PM do Rio é "o melhor inseticida social"**. disponível em www.1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1604200827.htm, acesso em, 16/04/2008). A ideologia de guerra permanente é também reproduzida no campo cultural, em obras de suposta ficção como no livro **Elite da tropa** (SOARES, Luiz Eduardo; BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006) e no filme "Tropa de elite", do diretor José Padilha, baseado, embora sem fidelidade, no livro antes citado.

¹²⁷ Em São Paulo, pode ser mencionado o conhecido "Massacre do Carandiru", ocorrido em 2 de outubro de 1992, quando então, durante uma intervenção levada a efeito pela tropa de choque da polícia militar, na oportunidade comandada pelo Coronel Ubiratan Guimarães, voltada para a contenção de uma rebelião no presídio do mesmo nome, cento e onze presos foram mortos. Cabe destacar, ainda, as reações da polícia ao ataques liderados pela facção criminosa "Primeiro Comando da Capital", em maio de 2006, quando então, como resposta ao número de policiais e agentes do Estado mortos, mais de cem pessoas foram mortas pela polícia militar no espaço de dias, todas em suposta resistência armada (Paulo de Mesquita Neto e Fernando Salla escreveram sobre o assunto: "No decorrer da crise de maio de 2006, e nos meses posteriores, o governo estadual [de São Paulo] intensificou a repressão policial e no sistema penitenciário, e deu pouca atenção à investigação dos crimes praticados. Praticamente não houve preservação dos locais de crimes, inquéritos não levaram à identificação de suspeitos pelos crimes praticados nem a evidências que pudessem provar a autoria dos crimes." "No correr dos acontecimentos, no dia 13 de maio, o Secretário de Segurança Pública, Saulo de Castro Abreu Filho, declarou: os criminosos 'serão presos e, se reagirem, como na outra vez, muitos acabarão mortos'; 'Vamos partir para uma verdadeira caçada a esse pessoal'; e 'Toda vez que foi para esse tipo de ato tresloucado, essa cosia quase suicida, morreu gente. Teve gente que atacou PM de frente, você quer coisa mais louca. Evidente que vai morrer. Não há hipótese de a polícia perder esta guerra'. Segundo o secretário, o destino dos criminosos seria 'cadeia ou IML'." Uma análise da crise de Segurança Pública de maio de 2006. *in*, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 68, São Paulo: RT, setembro-outubro de 2007, p.319.).

manipulação de um sentimento individual e coletivo extremamente irracional, porém com carga suficiente a evitar o dissenso e a crítica no corpo social: a difusão e manipulação do medo. Eis aí o principal aliado dos movimentos de intolerância penal, servindo de instrumento retórico extremamente funcional nos processos de dominação social e manipulação da realidade.

A manipulação do medo, portanto, constitui a principal via através da qual as políticas de direito penal máximo penetram e acabam se fixando no corpo social. A idéia de que a criminalidade (a confusão entre crime e violência, neste caso, não é acidental) se agrava pela impunidade e pela maior tolerância com o desvio (das camadas subalternas, bem entendido), fomenta movimentos de expansão do sistema, com potencialização do agravamento das respostas penais e com o aumento quantitativo da criminalização primária.

A introjecção desse sentimento¹²⁸ conduz a uma sensação permanente de insegurança, que por sua vez conduz a contextos onde a violência institucional parece surgir como algo necessário e legítimo¹²⁹.

Enquanto tática de dominação¹³⁰, o medo é potencializado pela intervenção da mídia¹³¹, que valendo-se de sua atual e impressionante dimensão tecnológica, expõe uma parcela da realidade violenta como algo onipresente e imediatamente tangível, mantendo uma desproporcional sensação de insegurança capaz de sustentar, no plano normativo e na vida concreta, manifestações cada vez mais prementes de Direito Penal Máximo.

Alberto Silva Franco, após destacar que “os meios de comunicação de massa obedecem a um processo seletivo na ‘extração’ da

¹²⁸ CHRISTO, Carlos Alberto Libânio (Frei Betto). *In* Folha de São Paulo. Caderno Opinião. **Privatização da revolta**. Disponível em www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2711200709.htm, acesso em 27/11/2007.

¹²⁹ João José Leal já havia percebido a influência de tal circunstância na elaboração da chamada lei dos crimes hediondos (LEAL, João José. **Crimes hediondos – aspectos políticos-jurídicos da lei nº 8.072/90**. p. 16).

¹³⁰ BATISTA, Vera Malaguti. Você tem medo de quê? *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais** nº 53, São Paulo: RT, março-abril de 2005, p. 367/378.

¹³¹ Nilo Batista, em texto extremamente lúcido, revela como os órgãos de informação não se limitam à difusão do medo, mas agem como verdadeiras agências de execução do sistema penal, competindo com as agências institucionais respectivas (BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>, acesso em 03/04/08).

informação a ser transmitida de maneira que compõe uma realidade distorcida”¹³², pondera que “via de regra a fonte dessa informação é a própria Polícia”¹³³ e que

como a Polícia toma conhecimento apenas de “determinados delitos contra o patrimônio, (furtos, roubos, certos estelionatos), contra a liberdade sexual (estupro, atentado violento ao pudor) e contra a vida e a saúde – além dos delitos por acidente de trânsito – logo sua nota característica tende a ser a violência”.¹³⁴

Daí claramente resultam o incremento da sensação de insegurança, a reafirmação dos estereótipos criminais e a formação de um consenso voltado para a um controle social sem freios, onde a substancialização do emprego da violência passa a ser a tônica, um fim em si mesmo.

Isto se dá, efetivamente, porque tal prática

(...) desvirtua o processo de apreensão da realidade na medida em que certos delitos de violência, mercê da seleção policial, sofrem um incremento bem maior em confronto com os demais. Cria-se, assim, uma “identificação de criminalidade com violência e, conseqüentemente, a adoção de um estereótipo criminal”. “Tudo isto, por sua vez, repercute-se na transmissão, pois o que interessa do ponto de vista do consumo é o sensacionalismo e do ponto de vista ideológico é criar o medo ou o pânico (com sua conseqüente conformidade na repressão e inclusive na exigência de seu aumento); e isto porque se trata da transgressão máxima, isto é, a usurpação de uma atividade exclusivamente legítima para o Estado: o exercício da violência.”¹³⁵

Não se trata de algo desprovido de conseqüências. De fato,

Esta forma de entregar a notícia criminal serve, pois, para a reafirmação do consenso, a fim de determinar quem está dentro e

¹³² FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos – notas sobre a lei 8.072/90**. p. 22, nota.

¹³³ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos – notas sobre a lei 8.072/90**. p. 22, nota.

¹³⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos – notas sobre a lei 8.072/90**. p. 22, nota.

¹³⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos – notas sobre a lei 8.072/90**. p. 22, nota de rodapé, grifos no original. Segundo informado no próprio texto, a obra de Bustos Ramires citada é “Los medios de comunicación de massa”, in *El Pensamiento Criminológico*, 1983, pp. 58-59.

quem está fora; em definitivo, para reafirmar o *status quo* (Juan Bustos Ramires, ob. cit. P.59).”¹³⁶

O resultado mais grave e imediato, pois, como já afirmado, constitui-se na verticalização das relações sociais: passa-se a desconfiar de tudo e de todos, pois o inimigo pode estar ao lado. O controle social, então, passa a ser guiado por contextos de pura irracionalidade, levando a reações desproporcionais no trato do desvio punível, fomentando o agravamento e legitimação da utilização da violência institucional encarregadas desse controle¹³⁷. O abuso de autoridade passa então a ser encarado como um mal necessário (desde que, obviamente, atinja o *outro*).

Os reflexos de uma postura assim violenta adentram o campo judicial, que passa a atuar em uma perspectiva desprovida de conotação democrática e humanitária: de fato, ao invés de conter o político, o poder judicial passa a legitimar seu funcionamento ilimitado, tolerando e ratificando os excessos praticados em nome do valor “Segurança Pública”. Daí porque os princípios constitucionais voltados à limitação do direito de punir, que na expressão de Zaffaroni constituem-se em “limites máximos de irracionalidade do sistema”¹³⁸, passam a ser sistematicamente desprezados ou limitados em sua incidência, sendo-lhes reservada dimensão extremamente reduzida, incompatível com a importância que um tratamento constitucional da matéria deveria ensejar¹³⁹.

¹³⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos – notas sobre a lei 8.072/90**. p. 22, nota, grifos no original.

¹³⁷ O discurso dos direitos humanos, nesse contexto, é visto com desconfiança até mesmo por aqueles setores mais vulneráveis a violência. Como expõe Alice Bianchini e Léo Rosa de Andrade, “Não obstante farta e acertada discussão teórica, inúmeros são os setores da sociedade que não amadureceram para a importância de garantia dos direitos individuais. É ordinário dar-se ressonância a frases impactantes, tais quais “os direitos humanos só se preocupam com bandidos”, ou pior, que “bandido bom é bandido morto”. Também é bem conhecida uma outra máxima do pensamento jurídico vingador, já melhormente elaborada: “Direitos humanos é para humanos direitos.” “Neste sentido, importa mencionar que pesquisa desenvolvida em 2002 pelo Data UFF e coordenada por Alberto Almeida aponta que 30% da população apóia sempre ou na maioria das vezes ações ilegais da polícia.” (BIANCHINI, Alice; ANDRADE, Léo Rosa de. Inoperatividade do direito penal e flexibilização das garantias: o (ab)uso do direito penal na era da globalização. In **Constituição, Justiça e Sociedade**. Volume 1. Eduardo Cambie t al (org.). Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 100).

¹³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 234/236

¹³⁹ Um exemplo: apesar de o texto constitucional conter expressa disposição no sentido de que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5º, LXIII, da CF.), os tribunais não

O resultado da adoção de tais posturas, como já mencionado por Zaffaroni, reside no agravamento do Estado de Polícia. Na contra-mão do Estado Social e Democrático de Direito, procede-se ao constante enfraquecimento de valores como a solidariedade e a tolerância, surgindo a figura do *outro* como um possível inimigo. Nesse contexto, a desigualdade, tão própria ao sistema capitalista, se aprofunda, gerando mais desigualdade e mais violência, cujo paradoxal resultado constitui-se no aumento da demanda por repressão.

Essas atitudes, portanto, contribuem para a formação de políticas criminais de incentivo à violência, com reflexos palpáveis no cotidiano da vida social. O Direito Penal, então, perde totalmente seu caráter emancipatório, limitador da violência, para tornar-se o discurso legitimador do emprego da força desregulada. A introjecção do medo e a reafirmação do modelo bélico, representam os pilares de sustentação ideológica dessa política e a segurança coletiva passa a ser utilizada como fundamento para um discurso capaz de sustentar tais práticas, sofrendo uma supervalorização absolutamente incompatível com as diretrizes de um Estado de Direito Social e Democrático.

2.2.2.3 A equivocada absolutização do valor “Segurança Pública”

Como explica José Afonso da Silva, “na teoria jurídica a palavra ‘segurança’ assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica”.¹⁴⁰

Daí que,

“Segurança jurídica” consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam, de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta mantém-se estável, mesmo se se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. “Segurança social” significa a

relutam em reduzir essa garantia constitucional a uma mera advertência. Assim: “a Constituição Federal não impõe que o flagrante seja assistido por advogado ou familiares do detido, apenas a ele assegurando, se assim desejar, o exercício de tal direito. Desta forma, não há nulidade do flagrante se, uma vez certificado de seus direitos, o próprio acusado não indica o nome do advogado ou dos familiares a serem avisados de sua prisão. RT 692/280.” *in*, MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. Atualizado até julho de 2003. 11ª ed., São Paulo: Atlas, p. 762).

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10ª ed., revista, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 709.

previsão de meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas; tais meios se revelam basicamente como conjunto de direitos sociais. A Constituição, nesse sentido, preferiu o espanholismo *seguridad social*, como vimos antes. “Segurança nacional” refere-se às condições básicas de defesa do Estado. “Segurança pública” é manutenção da *ordem pública* interna.¹⁴¹

Essa explicação prévia é de grande importância, pois que permite visualizar as diversas conotações de “segurança” colocadas no texto constitucional. Nesse passo, cabe aqui distinguir, desde já, duas dessas concepções jurídico-constitucionais: a primeira é aquela relativa à citada *segurança como parte dos direitos e garantias individuais*, e que vem inserida no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, *verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

E a segunda, aquela que vem representada pela expressão *Segurança Pública*, prevista no artigo 144 da Constituição Federal, e que possui relação com a idéia de *defesa do estado e das instituições democráticas* (conforme enuncia o Título V, da Lei Maior, onde tal capítulo encontra-se inserido).

Assim:

Art. 144. A *segurança pública*, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)

Pois, a segurança prevista no citado artigo 5º deve ser entendida como o feixe de direitos do indivíduo no particular aspecto de garantia contra o arbítrio (público e privado), formando conjunto que

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 709.

Aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral).¹⁴²

Abrange ela, segundo José Afonso da Silva: a segurança do domicílio (art. 5º, XI); a segurança das comunicações pessoais (art. 5º, XII); a segurança em matéria penal (art. 5º, XXXVII a XLVII) e a segurança em matéria tributária (art. 150 da Constituição Federal)¹⁴³.

Já a expressão *Segurança Pública* conecta-se, principalmente, à idéia de *Ordem Pública*, entendida esta como sendo “uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”¹⁴⁴. A *segurança pública*, portanto, “consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses”¹⁴⁵.

Os discursos de flexibilização das garantias individuais, tratadas como indefectíveis entraves ao controle da criminalidade, correspondem à idéia de segurança tomada na segunda acepção antes referida, ou seja, erigem a Ordem Pública como meta a ser alcançada, mesmo que às custas da dignidade humana.

Com efeito, tais discursos pretendem afirmar uma incompatibilidade só existente na retórica defensiva neles contidas, presente na desvirtuada afirmação da existência de uma suposta prevalência do interesse geral (segurança pública) sobre o interesse particular (liberdade do indivíduo). Tem-se, aí, verdadeiro instrumento de retórica voltado para a legitimação do uso desenfreado da violência institucional em desfavor de setores mais vulneráveis da

¹⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 416.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 416/420.

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 710.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 710.

população. O Estado, então, sobrepõe-se ao indivíduo, reduzindo-o em sua autonomia, tudo em nome da manutenção de uma determinada *ordem*, onde supostas *Razões de Estado* são instrumentalizadas para permitir a violência e o arbítrio como forma de anulação do dissenso. Ao eleger a repressão e a vigilância como forma de garantia da convivência pacífica, agudiza-se a desigualdade, formando-se uma sociedade cada vez mais verticalizada que converge rapidamente para o Estado de Polícia já citado, com todas as graves conseqüências sociais que dele decorrem.

Cabe afirmar, nenhuma sociedade é pura ordem. A convivência humana preconiza a ocorrência do dissenso e a violência ainda é algo inexpugnável nas relações entre os homens. Algum nível de *desordem*, por sua vez, revela o caráter pluralista e tolerante da sociedade, que deixa de ser um bloco monolítico de ações e idéias. Ademais, sendo evidente que a violência é algo difuso e insuprimível, sua eventual diminuição estatística no Estado Policial (pressupondo verdadeiros os dados e honesta a forma de sua obtenção), nos casos em que é ela apresentada como sinal de eficácia, reflete antes sintoma claro do agravamento da seletividade do que o efeito concreto de alguma forma de pacificação da convivência social.

O recurso ao Estado de Polícia é sempre o recurso à dominação pela força, portanto algo que só se mantém às custas do sacrifício da situação democrática e aí reside o fundamento maior para a deslegitimação de tal discurso.

As instituições militares e policiais, no texto constitucional em vigor, são legitimadas para a defesa da Soberania, no plano externo, e *das instituições democráticas, no plano interno*, fato que se verifica da expressa referência inserida no título V, da Carta Magna, onde os capítulos referentes tais instituições encontram-se inseridos. Logo, parafraseando José Afonso da Silva, “na perspectiva constitucional”, os órgãos de segurança pública ficaram “como instituições comprometidas com o regime democrático inscrito na Constituição de 1988”, “o que torna mais grave qualquer desvio, ainda que circunstancial, que envolva desrespeito aos direitos fundamentais do homem, incluindo os

individuais, os sociais (ao o direito de sindicalização e o de greve), os políticos e de nacionalidade”¹⁴⁶.

Daí ser possível afirmar que a citada incompatibilidade entre a Segurança Pública e os Direitos Humanos não é real, tampouco aparente, mas parte de um falso discurso forjado e difundido na sociedade como forma de manutenção da desigualdade e potencialização do controle social: elas coexistem, embora no plano axiológico, dentro de um Estado Social e Democrático de Direito, as garantias individuais sobreponham-se à idéia de Segurança Pública. Possui inteira aplicação, aqui, os postulados garantistas de Ferrajoli¹⁴⁷.

Vale lembrar ainda, na linha do proposto por Zaffaroni, o ponto de vista derivado da teoria agnóstica ou negativa da pena: partindo de uma teoria deslegitimadora do poder punitivo e do discurso de defesa social que lhe acompanha, ao *jurídico* compete a contenção do *político*. Compete ao operador jurídico, pois, reafirmar as garantias e princípio humanitários configuradores do Estado Democrático como forma de conter o avanço do Estado de Polícia, resolvendo a tensão instalada no interior do Estado de Direito em favor da liberdade individual e da dignidade humana.

O que decorre dessa premissa não é pouca coisa: conduz, ela também, à deslegitimação de todo discurso jurídico que pretende erigir a Segurança Pública como valor primordial de uma sociedade.

A absolutização desse valor, pois, representa grave violação do Estado Social e Democrático de Direito, sendo falsa a contraposição que se pretende realizar entre a necessidade de manutenção da ordem e o respeito às garantias constitucionais. Há entre elas clara relação de compatibilidade e complementaridade, não se podendo neles reconhecer termos antitéticos sem que se reconheça, por trás, um discurso de dominação baseado na violência.

A potencialização do arbítrio e da violência, traduzidos na incorporação do abuso como pretense instrumento de pacificação social, portanto,

¹⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 692.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 684/685.

representa inegável falácia, uma quimera que, uma vez aceita, implica não apenas na relativização da pessoa humana como seu resultado mais imediato, mas, acima de tudo, na concretização de intolerável desprezo à superioridade ética do Estado, agora utilizado como instrumento para a reafirmação da desigualdade pela força.

Daí a necessidade de sua constante deslegitimação prática e teórica, ocupando a crítica criminológica e os princípios constitucionais posição de destaque em tal devir.

2.2.3 CRIMINALIZAÇÃO E CIDADANIA

Afirmada a existência de políticas criminais de potencialização da violência institucional e sua completa incompatibilidade com o Estado Social e Democrático de Direito, necessário se faz a obtenção de uma estratégia alternativa para o resgate da centralidade do discurso dos Direitos Humanos no plano da regulação social.

Essa estratégia vem constituída pela implementação e desenvolvimento de uma política de cidadania, na formação de um espaço de compreensão do direito humanitário enquanto fundamento real e efetivo para a vida em sociedade. Nesse espaço, o lugar reservado para o sistema penal é extremamente reduzido.

Essa assertiva, para além das razões antes já mencionadas (seletividade etc.), deriva da constatação de que, na linha do acima exposto por Maria Lúcia Karam, a cidadania não tem como ser afirmada através de um instrumento discriminatório, violento e que atua voltado única e exclusivamente para a supressão de direitos como é o caso do sistema penal e suas agências.

Como explica Vera Regina Pereira de Andrade,

É que o Direito Penal constitui, diferentemente dos demais campos do Direito (Constitucional, Civil, Trabalhista, do Consumidor, da Criança e do Adolescente etc.) e ainda que

oriundo de um paradigma comum, o campo, por excelência, *da negatividade, da repressividade*.¹⁴⁸

Trata-se, portanto,

(...) do campo da supressão duplicada de direitos, ou seja, que suprime direitos de alguém desde o patrimônio (multa) passando pela liberdade (prisão) até a vida (morte) em nome da supressão de direitos de outrem, que utiliza a violência institucional da pena em resposta à violência individual do crime.¹⁴⁹

Assim, uma vez aceito que “os outros campos do Direito constituem, mal ou bem, um campo de *positividade*, onde o homem e a mulher podem, enquanto ‘sujeitos’ reivindicar, positivamente, direitos”¹⁵⁰, fica evidente o equívoco no qual se constitui a tentativa de coactar o abuso de autoridade pela via dos processos de criminalização.

Como pondera Ana Lúcia Sabadell, na apresentação da obra antes mencionada,

O direito penal funciona com a repressão, isto é, impondo a privação de direitos e impedindo a satisfação das necessidades humanas dos castigados. Em outras palavras, priva uma parte dos cidadãos de seus direitos de cidadania material e formal para preservar os direitos de uma outra parte da sociedade.

É evidente que esse esquema de cunho deliberadamente bélico (basta ler as declarações dos responsáveis políticos brasileiros, inclusive dos supostamente progressistas!) não pode ser admitido no âmbito da cidadania plena, que não fundamenta os direitos de certas pessoas na provação dos direitos dos demais.¹⁵¹

¹⁴⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 106, grifo no original.

¹⁴⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. p. 106.

¹⁵⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. p. 107, grifo no original.

¹⁵¹ *Apud*, ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Apresentação.

Portanto, uma política voltada para a cidadania pressupõe acima de tudo a necessidade de uma tomada de consciência, com a incorporação da idéia de que a dignidade da pessoa humana deve balizar as relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado. Impõe-se, portanto, a quebra do pensamento hegemônico atual, que, fundado na ideologia da defesa social, insiste em se valer da pena para a obtenção de objetivos irrealizáveis.

Na advertência de Neuman,

A expressão “direitos humanos” encontra-se hoje vilipendiada (*bastardeada*) por certos jogos políticos, porém não por força da cosmovisão que representam. É imprescindível por acento na dignidade humana, ou, se se prefere, na não humilhação de tantos indivíduos como contenção ao abuso de poder e à violência.¹⁵²

Nesse passo, é de fundamental importância reconhecer a desigualdade extrema que caracteriza a sociedade brasileira, representada por um corpo social gravemente estratificado e dissimuladamente arbitrário em suas relações cotidianas¹⁵³ (a escravidão, nesse particular, apresenta-se como fator histórico de capital significância na formação da sociedade hierárquica¹⁵⁴).

¹⁵² NEUMAN, Elías. El abuso de poder en la policía latinoamericana. p. 229. Tradução livre do autor. No original: “Los vocablos ‘derechos humanos’ aparecen hoy bastardeados por ciertos juegos políticos, pero no por la cosmovisión que ellos representan. Es imprescindible poner el acento en la dignidad humana o, si se quiere, en la no humillación de tantos seres como freno al abuso de poder y la violencia.

¹⁵³ CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. Coleção História do povo brasileiro. 6ª reimpressão. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

¹⁵⁴ João Paulo de Aguiar Sampaio Souza, tendo como base o fim da escravidão e sua influência na transição do Brasil Monárquico para o modelo Republicano, avalia, especificamente através da atuação policial desenvolvida na então capital do país (Rio de Janeiro), o controle exercido sobre os negros enquanto mão-de-obra desumanizada, destacando a violência praticada em nome do medo de uma insurreição. Pois, “é também esse sentimento perante os negros que explica a permanência de duas características na persecução penal do século XIX e XX: o uso da prisão como forma de resolver problemas sociais, originando um grande número de detidos sem qualquer processo formalizado, e o fato da maioria das prisões serem provocadas por supostas agressões à ordem pública (portanto, delitos sem vítima)” (SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. A recepção do positivismo criminológico no Brasil. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 68, São Paulo: RT, setembro-outubro de 2007, p. 278). Destaca o autor, ainda, a contradição entre o discurso republicano da igualdade e a condição jurídica dos negros escravos ou libertos, de onde o papel desenvolvido pelo Positivismo, adaptado para viabilizar a manutenção da hierarquia social existente. Sobre a verticalização social no Brasil, ainda: CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**.

A busca da redução dessas diferenças, bem como o respeito ao outro, portanto, constitui o campo de *positividade* próprio à reafirmação da cidadania, que, como dito, não pode ser obtida a partir da incidência discriminatória e violenta do Sistema Penal.

2.3 O ABUSO COMO CONSTRUÇÃO SOCIAL: EXAME DE ALGUMAS PRÁTICAS ASSIMILADAS PELO SENSO COMUM

A observação da atuação cotidiana das agências de controle social formal (principalmente a policial), no Brasil, revela a existência de determinadas rotinas arbitrárias, muitas delas heranças dos vários períodos autoritários que fizeram parte da história nacional, e que, de uma forma ou de outra, parecem incorporadas não apenas à prática repressiva, mas ao próprio imaginário social: por vezes são consideradas como algo perfeitamente legítimo e mesmo necessário à vida coletiva.

Assim como o clientelismo se faz uma constante na condução das questões políticas e administrativas do Estado Brasileiro, o excesso e o arbítrio também são incorporados pelos órgãos de controle social formal como parte da rotina, tomando como natural medidas reservadas em lei para os casos de extrema necessidade. Aplicadas e reiteradas sem maior preocupação com a disciplina jurídica pertinente, implicam na renúncia à necessária conciliação da existência de medidas de força com os preceitos de direito humanitário previstos na Constituição Federal, reforçando a feição autoritária do Sistema (que, como se afirmou, não deixa de se constituir, em última análise, em um reflexo da própria verticalização social brasileira).

Pretende-se agora, pois, o exame de algumas dessas medidas extremas e em especial das distorções que freqüentemente lhes acompanham no cotidiano do controle social institucionalizado. Evidentemente, trata-se, aqui, de medidas autorizadas por lei, mas cuja excepcionalidade na aplicação acaba negligenciada no dia a dia, refletindo, por isso, certo grau de introjeção de sua legitimidade pelos agentes encarregados de aplicá-las e mesmo, paradoxalmente, por grande parte da própria sociedade, inclusive aquela

que, por força da já citada vulnerabilidade, com mais freqüência a elas se vêem cotidianamente submetidas.

A finalidade é demonstrar, na linha do preconizado pelas teorias do etiquetamento e da reação social (parte do referencial teórico que sustenta a criminologia crítica), como a repulsa ao abuso de poder é algo socialmente construído: com efeito, é a maior ou menor reafirmação social dos direitos humanos no corpo social que irá fornecer as condições de significação positiva ou negativa para determinado comportamento, rotulando-o, ou não, como abusivo. Daí decorre, enfim, a insuficiência dos processos de criminalização para a contenção dos desvios da legalidade: tratando-se de um valor negativo, o abuso depende muito mais da incorporação de determinados comportamentos como tais (abusivos) pela sociedade do que de eventual incidência das agências formais de controle.

2.3.1 Violação da Dignidade (algemas)

Uma primeira prática abusiva comumente verificada consiste no uso desregrado das algemas.

Esse “instrumento de ferro, constituído basicamente por duas argolas interligadas, para prender alguém pelos pulsos ou pelos tornozelos”¹⁵⁵, serve para imobilização física do indivíduo. Como é um objeto aparente, ostensivo, seu emprego invariavelmente acaba por marcar, estigmatizar, expor a pessoa a ela submetida, motivo suficiente para que sua utilização seja reservada para os casos de extrema necessidade, evidenciada pela possibilidade de eventual reação violenta do agente posto sob custódia definitiva ou provisória. Trata-se de apetrecho, portanto, que por sua própria característica – no plano simbólico evidencia a condição de vencido/derrotado por parte daquele que a ela é submetido – já se constitui em evidente violação da integridade moral do indivíduo, devendo, portanto, primar pela excepcionalidade em sua utilização e ter os casos justificadores de sua aplicação devidamente disciplinada em norma legal.

¹⁵⁵ Dicionário Houaiss, verbete “algema”, disponível em <http://houaiss.uol.com.br/>, acesso em 20/04/2008.

Ocorre que, não obstante a violência que representa, a disciplina legislativa para o uso de tal instrumento é extremamente lacônica. Em verdade, apesar do artigo 199 da lei nº. 7.210/84 (lei de execução penal) determinar que “o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”, tal regulação ainda se faz ausente do mundo jurídico. Resta, então, o recurso à proporcionalidade, extraída das disposições do Código de Processo Penal, que por sua vez limitam-se a declarar que “não será permitido o uso da força, salvo a indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga do preso” (art. 284) ¹⁵⁶.

Essa ausência de disciplina legal, seguida de uma constante inversão da proporcionalidade (o valor “Segurança” sempre prepondera), tem levado à legitimação de um evidente abuso no uso de tal instrumento, tornado *regra* no dia-a-dia da repressão, de onde sua aplicação em casos de evidente desnecessidade. É usada, portanto, como sinônimo de *eficiência* da atuação do sistema e como *forma de punição antecipada*, tornando-se instrumento de humilhação pública, potencializada, em determinados casos, por uma exposição midiática desprovida de qualquer compromisso ético.

Nas palavras de Edmundo José de Bastos Júnior:

O uso abusivo das algemas, instrumento inegavelmente aviltante, viola esses preceitos constitucionais (art. 5º, incisos III e XLIX).

¹⁵⁶ Concluída a presente pesquisa, surgiu no cenário jurídico nacional a Lei Federal nº. 11.689, de 09 de julho de 2008, que alterou o Código de Processo Penal, modificando o processo para julgamento dos delitos submetidos ao Tribunal do Júri. O parágrafo 3º, do artigo 474, deste diploma legal, assim, passou a ter a seguinte redação: “Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”. Tal dispositivo, pode se afirmar, representa uma primeira tentativa, no plano normativo, de expressa limitação do uso de tais instrumentos, o que não deixa de ser significativo, especialmente se levados em conta os quase setenta anos de vigência da disciplina processual penal pátria, cujo laconismo revela sua nítida feição inquisitorial. Também recentemente (13 de agosto de 2008), o Supremo Tribunal Federal aprovou o texto que irá compor a súmula vinculante nº. 11, ampliando a restrição do uso de algemas. O paradigma foi elaborado nos seguintes termos: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado” (NOTÍCIAS DO STF. **11ª Súmula Vinculante do STF limita o uso de algemas a casos excepcionais.** Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94467>, acesso em 15/08/2008). De certa forma, portanto, ficou superado o vácuo normativo apontado, podendo se reconhecer na referida súmula um enorme passo para a contenção do abuso. A introjeção da regra humanitária contida em tal diretriz, todavia, é algo ainda a ser construído.

Acontece que, sem regulamentação específica, os agentes policiais empregam as algemas segundo seus próprios critérios, claramente influenciados pela prática norte americana, difundida pelo cinema. Mas nos estados Unidos – que se atribuem a tutela universal dos direitos humanos – aquele instrumento cumpre função simbólica, de submissão do indivíduo diante do Estado, o que explica o seu emprego rotineiro, seja o preso delinqüente de alta periculosidade ou inofensiva dona de casa, acusada de infração menor.¹⁵⁷

A exposição do indivíduo algemado, evoca os castigos públicos medievais, surgindo, mesmo, como substituto do *pregão* e do *baraço*¹⁵⁸. Deixa de ser um mecanismo voltado para a segurança e passa a se constituir em um *símbolo*, um *signal* da vitória do poder sobre o indivíduo, exatamente na linha das “ostentações” narradas por Foucault ao descrever o sistema punitivo do *Ancient Régime*¹⁵⁹. Não raro, serve como veículo de catarse coletiva, pois que na visão comum, diante da “falibilidade” do sistema de justiça, a punição antecipada decorrente da humilhação pública acaba suprimindo a demanda por uma “resposta” imediata e violenta ao ato do suspeito.

Não obstante a violência que representa, o uso arbitrário das algemas prossegue dia a dia de forma ostensiva, legitimada, por vezes, pelo discurso já referido da prevalência da “segurança pública” sobre os direitos

¹⁵⁷ BASTOS JÚNIOR, Edmundo José de. Algemas. In, **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, volume 13, Florianópolis: ESMESC, 2002. pág. 194.

¹⁵⁸ Narra René Ariel Dotti: “Outra espécie de pena corporal era a flagelação pública, que consistia na aplicação de açoites no pelourinho ou picota, ou enquanto o padecente era obrigado a percorrer as ruas da localidade, para que o castigo se tornasse conhecido por todos os habitantes. Esta pena de açoites podia ser agravada pelo *pregão* ou anúncio público do motivo da punição, e pelo porte do *baraço*, ou seja, da corda que prendia os braços do justicado ou simbolicamente lhe cercava o pescoço para significar a perda da liberdade. Como informa Marcello Caetano, o *pregão* e o *baraço* aparecem como agravantes das penas de açoites ou de degredo. “O *pregão* consistia em dar publicidade à condenação e podia restringir-se à audiência dos juizes onde estes mandavam proclamar a pena aplicada e seus motivos, ou, no caso de açoites, ter lugar em várias paragens ou estações, no percurso da povoação que o condenado tinha de fazer, para em cada uma dessas paragens ser açoitado. Quanto ao *baraço*, ao flagelado eram atadas as mãos atrás ou à frente com uma corda para que não fizesse o gesto instintivo de defesa dos açoites infligidos ou contra-atacasse os oficiais de justiça. Nas representações medievais de Jesus flagelado (o *Ecce Homo*) lá estão as mãos atadas.” (História do Direito Português, Editorial Verbo, Lisboa, 1981, I/366. Sobre o mesmo tema, Eduardo Correia, *Estudos sobre a evolução das penas no direito português*, Coimbra, 1980, I/17).” (DOTTI, René Ariel. Sobre a condenação de Tiradentes. in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano I, volume I, São, Paulo:RT, 1993, pág. 131, grifo no original.)

¹⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir – história da violência nas prisões**. p. 30 e sgs.

humanos e pela idéia equivocada de que a ausência (aqui também) de uma legalidade estrita, permite uma *discricionariedade* sem limites no emprego de tal objeto¹⁶⁰.

2.3.2 Violação do Direito de Locomoção (buscas pessoais - “gerais”)

Outra prática de ocorrência cotidiana, principalmente nas regiões de maior concentração urbana, compõe-se das buscas pessoais, popularmente conhecidas como “gerais”.

Consistem, grosso modo, na abordagem e revista pessoal de cidadãos, levadas a efeito em vias públicas pela polícia (ostensiva ou não), com o intuito de apreender objetos de crime, entorpecentes, armas e outros objetos ilícitos. Tecnicamente, tal prática é legitimada pelos artigos 240 (especificamente em seu parágrafo segundo) e seguintes do Código de Processo Penal.

Embora sujeita à prévia autorização judicial, encontra-se no artigo 244 do referido diploma exceção cujo teor autoritário, na prática, tem elevado à condição de regra seu emprego nos procedimentos policiais diuturnamente levados a efeito nas cidades. Pois, segundo tal dispositivo, a busca pessoal “independentemente de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituem corpo de delito”, ficando também autorizada “ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

¹⁶⁰ Por vezes a utilização simbólica dos instrumentos de força revela a incorporação explícita do modelo bélico antes citado, com o uso do citado valor “Segurança Pública” como instrumento retórico para a despersonalização do suspeito/acusado/recluso. Como exemplo, podemos citar a adoção diuturna, em determinadas comarcas do Estado de Santa Catarina, do instrumento determinado “marca-passo”, objeto que consiste em um par de algemas colocado nos pulsos e nos tornozelos dos presos, ligados por correntes e que visam dificultar a locomoção do indivíduo. Esse instrumento, que foi utilizado até em uma reclusa gestante na comarca de Blumenau, chegava mesmo a lembrar os prisioneiros da época do Regime Antigo, pois que durante o deslocamento do preso pelos corredores do fórum local, o barulho das correntes como que “anunciava” a chegada do recluso. Não obstante, a ordem de *habeas corpus* impetrada pelo Ministério Público local não prosperou junto ao Judiciário de primeiro e segundo grau, o primeiro sob o argumento da necessidade de “segurança” antes mencionado e este último não conheceu do pedido (*habeas corpus* preventivo) por impropriedade da via eleita (*habeas corpus* nº 008.03.024606-4, 1ª vara criminal da comarca de Blumenau, e Recurso criminal nº. 2004.008948-1, TJSC, publicado no DJSC nº 11.504, de 30/08/2004).

Com essa exceção, na prática, a atividade fica desprovida de qualquer controle. As abordagens e buscas passam a ser levadas a efeito de forma ostensiva, voltadas, de forma quase que exclusiva, para a pequena criminalidade de rua, representando, talvez, a parte mais visível da violência e seletividade da incidência do sistema de controle formal.

Com efeito, vale, para fins de seleção policial de cidadãos, a *suspeita* da posse de instrumentos de crime, e esse parâmetro é obtido a partir do olhar (preconceituoso) daquele que irá efetuar as abordagens: o modo de se vestir, o modo de andar, um corte de cabelo, o veículo conduzido, a simples moradia em localidades pobres, o horário em que a pessoa é encontrada na rua, todos esses elementos absolutamente discriminatórios, constituem os parâmetros que servem de orientação para a abordagem e revista no cotidiano brasileiro.

Não por acaso, é aí que a criminalização das drogas revela toda sua funcionalidade: por suas próprias características (trata-se de crime permanente), as abordagens e revistas para busca por entorpecentes constituem-se na principal autorização conferida ao agente público para o exercício das buscas pessoais, eis que, na dúvida, qualquer um que detenha o estereótipo associado à delinquência (jovem, não-branco e não-proprietário), ou mesmo que desenvolva um estilo de vida diferente, indicador de possível “dissidência” em relação ao padrão social comumente aceito, acaba sendo considerado um usuário em potencial, estando sujeito, portanto, à atuação a dos órgãos de segurança pública.

As buscas pessoais, portanto, representam um grave instrumento de controle social, consistindo em verdadeira permissão de ingerência na integridade moral do indivíduo e em seu direito de locomoção e a incorporação dessa prática como algo normal e corriqueiro só faz revelar, de forma indelével, o baixo grau de penetração do discurso dos Direitos Humanos nas atividades cotidianas de vigilância e repressão.

2.3.3 Violação da imagem (exposição do indivíduo sob custódia)

Nos termos da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito

a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X, da Lei Maior). No mesmo texto, ainda, fez-se constar que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, inciso LX) e que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, inciso XLIX).

Essa regra, de respeito à integridade moral do preso, já vinha expressa na própria lei de execução penal (lei nº. 7.210/1984), com as seguintes disposições: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios” (art. 40); “Constituem direitos do preso: (...) proteção contra qualquer forma de sensacionalismo” (art. 41, inciso VIII); e “É defesa ao integrante de órgãos da execução penal, e ao servidor, a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos estabelecimentos, bem como exponha o preso a inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena” (art. 198)¹⁶¹.

Nota-se, assim, a existência de toda uma proteção jurídica voltada para tutela da honra e da imagem do preso (e, por evidente, assim também em relação ao suspeito ou acusado de um delito), de resto conectada a outros preceitos constitucionais, especialmente a presunção de inocência, reconhecendo na não-exposição do indivíduo tratamento verdadeiramente imposto por esta última condição (inocente até sentença condenatória definitiva).

No plano do “ser”, todavia, essas garantias permanecem inefetivas em sua aplicabilidade.

De fato, a *mass media*, no contexto da informação globalizada (trata-se de um fenômeno que se projeta para muito além do aspecto local), há muito despertou para a rentabilidade econômica e política do fenômeno criminal. Assim, se em um primeiro momento a divulgação da violência

¹⁶¹ Recentemente foi publicada a Lei Federal nº. 11.690, de 09 de junho de 2008, que modificou determinados aspectos do processo penal brasileiro, consistindo, uma das modificações introduzidas, em medidas para a proteção da pessoa do ofendido. O novo parágrafo 6º, do artigo 201, do Código de Processo Penal, portanto, tem a seguinte redação: “O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação”. Com relação à pessoa do acusado, todavia, não houve qualquer mudança.

potencializava os ganhos do veículo de comunicação, gerando capital (publicidade etc.), a partir de determinada conjuntura esse rendimento se transformou em dividendos de ordem política, abrindo-se aos entes de comunicação o exercício de um verdadeiro *poder punitivo* capaz de exercer a criminalização em todas as suas etapas. Assim, ao mesmo tempo em que, pela manipulação da notícia, se coloca em dúvida a legitimidade das ações de determinadas agências de controle social, as agências de comunicação social passaram a se apresentar como verdadeiros substitutos do Sistema Penal, atuando, mesmo, como verdadeiros canais de persecução penal, investigando, acusando, julgando e não raro executando (com a colaboração das agências de controle ou não) penas aflitivas (estigmatização), levando a efeito sua atuação sem qualquer comprometimento com as diretrizes constitucionais de proteção da Dignidade Humana (imagem, honra, intimidade etc.)¹⁶².

A informação, de tal modo, passou a suplantar qualquer outro direito constitucional que eventualmente se lhe apresente como resistência: basta ver a coloração distorcida que se busca conferir à idéia de publicidade dos atos de persecução penal, que agora, ao invés de ser entendida como garantia contra o arbítrio, uma verdadeira proteção contra os processos secretos, acaba sendo utilizada em sentido inverso, ou seja, como dever de exposição do indivíduo preso perante a opinião pública.

De outro lado, a divulgação de peças da investigação ou do processo e a exposição da pessoa do suspeito ou acusado passam a ser vistas por uma parcela significativa das agências do sistema penal como instrumento de reafirmação de sua legitimidade: prisões registradas em vídeo no ato de sua efetivação (principalmente derivadas do cumprimento de ordens judiciais); publicação de peças processuais (depoimentos, perícias, denúncias, sentenças); julgamentos rápidos e penas altas: de uma hora pra outra, tudo aquilo que havia sido idealizado para proteção do indivíduo instrumentaliza-se para proporcionar a demonstração desesperada de uma eficiência que o sistema não têm ou quando muito só consegue exercê-la de forma limitada e seletiva.

¹⁶² Sobre o tema, conforme já citado: BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio.

O Sistema Penal, nesse contexto, coloca o indivíduo captado em segundo plano (não raro sequer a vítima é poupada) e o instrumentaliza, relativizando-o perante os órgãos de comunicação social na tentativa de obter a reafirmação da legitimidade perdida.

2.3.4 A eficácia ilusória da criminalização do abuso

As práticas referidas são exemplos evidentes de violações básicas dos princípios constitucionais humanitários e que insistem em se manter nas atividades relacionadas à coerção pessoal, não obstante toda a elaboração garantista desenvolvida a partir da Constituição de 1988.

De fato, o cotidiano dessas e outras práticas na incidência do sistema de controle social revela que o abuso, ao contrário do que pode parecer, não é uma realidade ontológica identificada e delimitada pela legalidade: é, sim, parte da violência inerente às relações de poder e sua reprovação independe da existência de um determinado tipo penal. Reflete (o abuso), na verdade, o grau de incorporação do arbítrio pela sociedade, diferenciação esta tanto mais profunda quanto maior for a verticalidade nas relações sociais de determinado grupo. Daí a correção das premissas nas quais se funda a criminologia crítica, que, de tal modo, ao incorporar os postulados das teorias do etiquetamento e da reação social no exame da formação do desvio punível, permite visualizar a criminalidade com um fenômeno socialmente construído. E é por isso que o Sistema Penal (e a pena criminal, especificamente), com seu instrumental seletivo e estigmatizante, enquanto reprodutor dessa violência, nunca se prestou e tampouco irá se prestar à redução da arbitrariedade no desenvolvimento da convivência social.

É falsa, pois, a confiança depositada nos processos de criminalização voltados para tal finalidade.

CAPÍTULO 3

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO DELITO DE ABUSO DE AUTORIDADE – ANÁLISE DOGMÁTICA

3.1 UMA EXPLICAÇÃO PRÉVIA: A VIABILIDADE DO EXAME DOGMÁTICO

Realizada a reconstrução dos movimentos históricos que formam a base do pensamento jurídico-penal hegemônico, evidenciados os postulados da crítica a ele dirigida (somente possível a partir da mudança de paradigma em criminologia - superação da visão etiológica do desvio punível, e sua substituição pela análise sociológica, voltada para a análise das relações de poder dentro da sociedade) e considerados os movimentos de política criminal (oficiais e “não-oficiais”) que impulsionam a atuação do sistema na dinâmica das relações sociais (principalmente através da incidência seletiva e violenta das agências de controle respectivas), possível, agora, a realização de uma abordagem crítica em relação à dogmática jurídico-penal relacionada ao abuso de autoridade.

Crítica porque, diversamente do que geralmente se constata na doutrina elaborada nos manuais, o enfoque aqui desenvolvido é comprometido com os processos de descriminalização. É, portanto, um enfoque que não se coloca ao lado do poder e que procura explorar as incoerências do texto para a efetivação de uma política de “redução de danos”, na linha do que outrora já foi preconizado e desenvolvido por Salo de Carvalho em “A política criminal de drogas no Brasil – estudo criminológico e dogmático”¹⁶³.

Assim:

O entrelaçamento das idéias da criminologia crítica, das políticas criminais alternativas (direito penal mínimo) e do garantismo penal

¹⁶³ CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil – estudo criminológico e dogmático**. 3ª ed., reescrita, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 164

possibilita pensar na construção de modelo integrado de ciências criminais críticas do terceiro milênio, cuja finalidade, única e exclusiva, é desenvolver ações comprometidas com a redução de danos ocasionados pelo incremento da punitividade.¹⁶⁴

É essa, aqui também, a perspectiva adotada: a idéia é a realização de um exame que procura conduzir a dogmática sob uma perspectiva garantista¹⁶⁵, de modo a propiciar, em movimento contrário ao que atualmente se desenvolve, a reedificação de um direito penal voltado para a minimização da incidência do sistema formal de controle social. Trata-se, portanto, de uma dogmática potencializada em sua função emancipadora, com o resgate do fundamento ideológico que serviu de sustentação à elaboração da teoria jurídica penal a partir do iluminismo¹⁶⁶.

Para tanto, serão abordados problemas derivados do disciplinamento autônomo das relações jurídico-penais derivadas do abuso, com o conseqüente déficit de sistematização que tal recurso normativo inegavelmente representa. Enfim, pretende-se evidenciar as antinomias e contradições geradas por esses “corpos normativos autônomos”, em especial, no caso do texto em exame, as graves violações da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade, da retroatividade e da ultratividade da norma – princípios fundamentais do direito penal, emanados do modelo político democrático adotado a nível constitucional - além do sempre indesejável estímulo que tal situação representa à edição de leis penais de emergência.

¹⁶⁴ CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil – estudo criminológico e dogmático**. p. 164.

¹⁶⁵ Como já se afirmou em capítulo anterior, o Garantismo, aqui, não é utilizado como discurso de relegitimação do funcionamento do Sistema Penal, mas, como estratégia de afirmação do mínimo de racionalidade em sua incidência, sempre de modo a permitir, no momento histórico atual, a contenção possível da violência institucional que lhe é inerente. Não se pretende, de outro lado, nele reconhecer um instrumento teórico de utilização secundária ou de importância relativa. A idéia consiste justamente, como já explicitado, em uma integração garantismo-criminologia crítica, voltada para a formação de uma dogmática comprometida com os Direitos Humanos, na linha do que já foi defendido por Salo de Carvalho (**A política criminal de drogas no Brasil – estudo criminológico e dogmático**).

¹⁶⁶ Cf. capítulo I.

3.2 CODIFICAÇÃO E LEIS ESPECIAIS: OS PROBLEMAS DECORRENTES DA FORMAÇÃO DE *CORPUS JURIS* AUTÔNOMOS

3.2.1 Problemas de sistematização

Um primeiro questionamento que se pode efetivar em relação à lei nº. 4.898/65, refere-se a problemas de sistematização que, enquanto “texto esparso”, acaba por produzir.

De fato, o recurso à formação de textos autônomos diz, em tese, com uma suposta necessidade de efetivação de uma disciplina própria em relação à matéria tratada, regulação esta que seria extremamente difícil de ser efetivada, a contento, no corpo dos códigos. Daí a profusão das chamadas “leis penais especiais”, disciplinadas em corpos normativos próprios e que, de regra, para além da fixação de novos tipos, trazem consigo disposições relacionadas à pena e à regulamentação do processo relativo aos delitos que define.

Se no Direito Civil tal situação é perfeitamente admissível, no campo do direito penal tal situação acaba por colocar em crise a própria sistematização, refletindo-se, a final, em casos de graves violações da fragmentariedade e da isonomia. De fato, enquanto no âmbito civilista o surgimento de regramentos específicos (consumidor, meio ambiente, locação etc., dos quais, inclusive, derivam disciplinas específicas com algum grau de autonomia) procura atender a uma extensão da regulação das relações sociais conflituosas, abarcando o maior número de situações possíveis, no direito penal o fenômeno esperado é o inverso: ou seja, por força da fragmentariedade, ao contrário do direito civil, o direito penal recorta apenas alguns aspectos da vida em sociedade que acaba selecionando para (pretensa) tutela. Não se pode admitir, portanto, ao menos sem colocar de lado tal idéia de fragmentariedade, que a cada novo regramento se dê vida a novos tipos penais específicos, com novas penas e disciplina processual própria, propiciando uma expansão de todo indevida em tema de poder punitivo institucional, como ocorre no Brasil.

De outro lado, a afetação do elemento sistemático (regulação “especial”, em contraste à regulação “geral”, prevista nos códigos) acaba por acarretar danos à isonomia de tratamento, à proporcionalidade e à

própria segurança jurídica anunciada pelos princípios norteadores da teoria do crime e da pena, na medida em que perde-se a simetria com os preceitos previstos no Código Penal, gerando perplexidade e desencontros.

Esse fenômeno ficou bem evidente no Brasil dos anos 90 do século passado, onde, dentre outros aspectos, se procedeu à grande profusão de textos penais, todos dentro de uma perspectiva, então em voga, da realização de reformas pontuais da legislação brasileira. Durante tal período, tamanha a inflação legislativa penal que Roberto Podval e Tatiana Viggiani Bicudo, quando da edição da Lei Federal nº 9.271/97, em editorial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais chegaram a desabafar:

Com espanto, mais uma vez nos deparamos com uma modificação de nossa legislação, desta feita no âmbito do Direito Processual Penal. Da noite para o dia surgem novas modificações que nos fazem lembrar os planos econômicos, que nascem das trevas, às escondidas, sem qualquer debate ou estudo mais apurado.

Tendo em vista o fechamento do Boletim e a inesperada surpresa das modificações contidas na Lei nº 9.271/96, ainda que rapidamente e sem um estudo aprofundado, vimo-nos na obrigação de escrever estas poucas linhas, que, se não forem úteis ao caríssimo leitor, certamente nos farão desabafar. Não é possível continuarmos a conviver com esse tipo de reforma pontual. A cada dia surgem novas modificações que, como não poderia deixar de ser, não obedecem à sistemática de um ordenamento jurídico lógico. Não poderia deixar de ser, porque a própria idéia de modificação pontual já vem com um vício de origem, que é a pressuposta necessidade de mudanças rápidas, em nome das quais o problema penal como um todo deixa de ser discutido e é fracionado em problemas menores, como aumento de pena, alteração de procedimento.¹⁶⁷

Daí que,

¹⁶⁷ PODVAL, Roberto, BICUDO, Tatiana Viggiani. A reforma pontual e seus dissabores. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.41, p. 02, maio 1996, p. 02.

Em nome dessa necessidade, torna-se dispensável a discussão de assuntos de interesse nacional como um todo; não se discute o sistema penal, a descriminalização de certas condutas. Afora isso, ainda há um prejuízo evidente a sistemática dos Códigos. As Codificações têm uma metodologia própria, que fica rompida com uma reforma pontual (tanto no Código Penal, quanto Processual Penal). E para não correremos o risco de sermos execrados pelos autores dessas reformas, de antemão afirmamos que a quebra do ordenamento jurídico lógico e coerente, não ocorre por culpa dos autores da reforma, mas, sim, porque a sistemática utilizada é absolutamente incorreta.¹⁶⁸

Essa crítica pode ser estendida ao texto normativo em exame, não obstante a distância e a diferença de contexto histórico que existe entre o mesmo e as reformas antes citadas: decorridos mais de quarenta anos desde a edição da norma, alguma doutrina e parte da jurisprudência ainda se mostra titubeante em questões relativas ao conflito de normas (caso, por exemplo, da dúvida em relação à revogação tácita do artigo 322 do Código Penal, correspondente à violência arbitrária) e bem assim em relação ao concurso de crimes (é o caso da divergência acerca de eventual concurso entre o delito de atentado à incolumidade física do indivíduo, previsto na alínea *i*, do artigo 3º, da Lei de Abuso de Autoridade e o delito de lesão corporal, previsto nos Códigos Penal e Penal Militar).

Ainda, a utilização de diplomas específicos para a disciplina de determinadas matérias penais, como ponderado, leva a problemas de isonomia, pois um mesmo desvio pode levar a conseqüências diversas conforme o enquadramento típico que vier a sofrer. É o que ocorre no abuso de autoridade: uma lesão corporal leve praticada por um particular receberá pena substancialmente superior à que receberá um agente público que praticar o mesmo desvio (desde que a conduta deste último acabe inserida na figura típica do art. 3º, *i*, da lei nº. 4.898/65 - ofensa à incolumidade física do indivíduo). Da

¹⁶⁸ PODVAL, Roberto, BICUDO, Tatiana Viggiani. A reforma pontual e seus dissabores. p. 02. No mesmo sentido: PODVAL, Roberto, BICUDO, Tatiana Viggiani. Reformas pontuais x reforma abrangente. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.45, ago. 1996, p. 01. No mesmo sentido, identificando nas reforma pontuais então efetuadas como manobra de dissimulação de um verdadeiro empreendimento voltado à corporificação dos movimentos de Lei e Ordem: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. As reformas parciais e o sistema penal ou "nada acontece por acaso". *in Justiça Penal*, nº 4, críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual. Coordenador: Jaques de Camargo Penteado. São Paulo:RT, 1997, p.140/151.

mesma forma, um constrangimento ilegal levado a efeito por um particular torna-o sujeito a uma pena de três meses a um ano de detenção, enquanto que esse mesmo constrangimento, inserido em uma das múltiplas condutas da lei de abuso de autoridade, sujeitará o autor da conduta a uma sanção sensivelmente menor, ou seja, uma pena privativa de liberdade de dez dias a seis meses.

Considerando a identidade do desvio (a única diferença residirá na investidura em função pública, no segundo caso), a diversidade de tratamento, em tese, não se justificaria.

3.2.2 A “Reserva de Código”

Para além dos inconvenientes de violação da isonomia e afetação da coerência antes citados, a constância da edição de leis especiais traz consigo um fator de extrema gravidade: o risco da proliferação das chamadas “leis de ocasião”, ou seja, a formulação e vigência de “normas de emergência”, editadas, de regra, em contextos de forte pressão popular (potencializada pela influência da mídia), levadas a efeito sem qualquer preocupação com a racionalidade do Sistema, constituindo-se, sempre, em leis voltadas para a supressão de garantias e aumento do rigor punitivo.

Não por outro motivo, Luigi Ferrajoli propõe uma “Reserva de Código”, a ser inserida na Constituição, como garantia individual: trata-se de uma nova proteção voltada para a contenção da fragmentação de normas penais, com isso visando, principalmente, a prevenção da edição de leis penais de urgência.

A imposição, portanto, serviria para conter a inflação legislativa, garantindo o mínimo de coerência sistemática na elaboração de normas de conteúdo penal.

Assim:

As reformas dos códigos estão destinadas ao fracasso, como um inútil trabalho de Sísifo, se não forem acompanhadas por esta nova e específica garantia: uma metagarantia, por assim dizer, voltada à proteção das mesmas garantias penais e processuais da legislação de emergência, e, ao mesmo tempo, frear a inflação

penal que tem feito o direito penal retroceder a uma situação de substancial descodificação, parecida com a pré-moderna, quando o acúmulo de fontes, a indeterminação das leis, a incerteza das competências e o predomínio das práticas, fizeram gerar na cultura iluminista, a exigência do código como sistema claro, unitário e coerente de proibições e castigos em defesa das liberdades dos cidadãos contra o arbítrio dos juízes.¹⁶⁹

Daí que

Essa reserva de código deveria implicar que todas as normas relativas a delitos, penas e processos devam estar contidas no código penal ou processual, e que nenhuma possa ser introduzida a menos que tal se dê por uma modificação, a ser aprovada com procedimentos legislativos agravados. Se trata de uma medida para indispensável para dar nova credibilidade ao direito penal e reconduzi-lo a sua natureza de *extrema ratio*. Por complexa e volumosa que seja, uma nova codificação de acordo com o princípio “toda matéria penal dentro dos códigos, nada fora dos códigos” representaria menos onerosa que a atual acumulação de leis especiais; ainda que fosse pelo simples fato de que a proibição de dispersão, em matéria de legislação penal, obrigaria o legislador a se conscientizar, a cada situação nova, da necessidade de unidade e coerência do conjunto.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Tradução livre do autor. No original: “Las reformas de los códigos están destinadas al fracaso, como un inútil trabajo de Sísifo, si no son acompañadas por esta nueva e específica garantía: una metagarantía por aci decirlo, dirigida a proteger las mismas garantías penales y procesales de la legislación de emergencia y, al mismo tiempo, frenar la inflación penal que ha hecho ya retroceder al derecho penal a una situación de sustancial descodificación, parecida a la premoderna, cuando el cúmulo de fuentes, la indeterminación de las leyes, la incertidumbre de las competencias y el predominio de las practicas, habían generado en la cultura iluminista la exigencia del código como sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y castigos en tutela de las libertades de los ciudadanos contra el arbitrio de los jueces.” FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función jurisdiccional en el Estado de Derecho. In: ATINEZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho**. México: UNAM, 2005, p. 87-108. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>, acesso em 08/05/2007.

¹⁷⁰ Tradução livre do autor. No original: “Esta reserva de código debería implicar que todas las normas en cuestión de delitos, penas y procesos deban estar contenidas en el código penal o procesal, y que ninguna pueda introducirse si no es a través de alguna modificación, que se aprobará con procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para dar de nuevo credibilidad al derecho penal y regresarlo a su naturaleza de *extrema ratio*. Por compleja y voluminosa que fuera, una nueva codificación de acuerdo con el principio de “todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos”, lo sería mucho menos que la actual acumulación de leyes especiales; aunque fuera solo porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal obligaría al legislador a hacerse cargo, de vez en vez, de la unidad y de la coherencia del conjunto”. (FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función jurisdiccional en el Estado de

A idéia de uma “Reserva de Código”, portanto - ao menos no que se refere às normas processuais e àquelas próprias à teoria da pena - constitui-se em um instrumento válido para a contenção dos movimentos de *descodificação* da lei penal, representando mesmo, conforme palavra do próprio autor, um retorno aos ideais do iluminismo, quando tais movimentos (de codificação) surgiram justamente para garantia do mínimo de ordem e racionalidade na aplicação da norma, afetada gravemente pelo lacunoso e arbitrário modelo oriundo da ordem medieval.

3.2.3 Problemas relativos à tipicidade: malferição da Estrita Legalidade

Outro aspecto a ser objeto de crítica na lei de abuso de autoridade relaciona-se a questões de tipicidade. De fato, a redação dos tipos descritos no artigo 3º do referido diploma legal, por sua enorme vaguidão, traduzem-se em verdadeiras cláusulas gerais, tipos verdadeiramente abertos, a serem preenchidos conforme a interpretação arbitrária de cada operador jurídico. Deriva daí completo desvirtuamento da função básica de segurança jurídica prometida pela legalidade penal. Assim, o uso da expressão “atentado”, antecedida do pronome “qualquer”, conduz a uma amplitude de situações que afetam a idéia de clareza e limitação da norma incriminadora, violando a taxatividade exigida, ou, na expressão de Luigi Ferrajoli, a chamada Estrita Legalidade.

Pois, na linha da formulação garantista:

O pressuposto necessário da *verificabilidade* e da *falseabilidade* jurídica é que as definições legais que estabelecem as conotações das figuras abstratas do delito e, mais em geral, dos conceitos penais sejam suficientemente precisas como para permitir, no âmbito da aplicação da lei, a *denotação jurídica* (ou qualificação, classificação ou subsunção judicial) de fatos empíricos exatamente determinados. A técnica normativa, que nos ordenamentos modernos assegura este pressuposto, é expressa pelo *princípio da legalidade estrita* ou de *taxatividade penal*, tal

como se encontra enunciado, se bem que de forma um tanto sumária, no primeiro artigo do Código Penal italiano: “ninguém pode ser punido por um *fato* que não esteja *expressamente* previsto na lei como delito”.¹⁷¹

De onde

Este princípio, que configuramos mais acima como a primeira e fundamental garantia de um sistema penal cognitivo, pode ser caracterizado agora como uma *regra semântica metalegal de formação da linguagem legal*, que prescreve ao legislador penal: a) que os termos usados na lei para designar as figuras de delito sejam dotados de extensão determinada, por onde seja possível seu uso como predicados “verdadeiros” dos fatos empíricos por eles denotados; b) que com tal fim seja conotada sua intenção com palavras que não sejam vagas nem valorativas, mas o mais claras e precisas possível; c) que enfim sejam excluídas da linguagem legal as antinomias semânticas ou, pelo menos, que sejam predispostas normas para sua solução.¹⁷²

Disso resulta,

conforme esta regra, que as figuras abstratas de delito devem ser *conotadas* na lei mediante *propriedades* ou *características essenciais*, idôneas a determinarem seu *campo de denotação* (ou de aplicação) de maneira *exaustiva*, de forma que os fatos concretos que ali se incluam sejam por elas denotados em proposições verdadeiras e de maneira *exclusiva*, de modo que tais fatos não sejam denotados também em proposições contraditórias em relação a outras figuras de delito conotadas por normas concorrentes.¹⁷³

Como a Taxatividade é princípio constitucional, emanado do modelo político adotado pelo Brasil a partir de 1988 (Estado Social e Democrático

¹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 98/99 (grifos no original).

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 98/99 (grifos no original).

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 98/99 (grifos no original).

de Direito)¹⁷⁴, parece indeclinável a necessidade do reconhecimento da inconstitucionalidade de tal dispositivo e sua conseqüente não aplicação¹⁷⁵.

Igual defeito pode ser reconhecido em relação ao tipo descrito na alínea *h*, do artigo 4º da lei de abuso de autoridade. Assim, ao dispor que constitui abuso “o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal”, referido dispositivo deixa entrever a transferência do poder de definição, que agora passa a constituir-se não a partir da disposição literal da lei, mas da interpretação daquele que irá aplicá-la. A amplitude e vaguidão do dispositivo fazem com que se repute crime tudo aquilo que o intérprete quiser (ou não quiser).

Na verdade, a característica de imprecisão atinge referido texto normativo de forma extremamente abrangente, valendo observar, nesse aspecto, que a quase totalidade dos tipos compõe-se das chamadas normas penais em branco, recurso cuja utilização claramente abusiva contribui para a extensão sem limites do horizonte de criminalização primária. Tanto mais se a tal imprecisão agregar-se o pretendido reconhecimento da natureza de boa parte dos tipos nela criados como delitos de perigo, como sugere parte da doutrina¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Nesse sentido: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95 – juizados especiais criminais e da jurisprudência atual**. São Paulo: RT, 1997, p. 32. Do mesmo autor: **Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p 59/69.

¹⁷⁵ Para Fernando Capez o *caput* do artigo 3º da lei em exame “é de duvidosa constitucionalidade”, ponderando ainda que, “o dispositivo em foco não prima pela clareza nem pelo adequado cumprimento das exigências constitucionais derivadas da reserva legal”. Segundo o autor, todavia, “apesar de vago e impreciso, entretanto, o tipo acabou não sendo reconhecido inconstitucional pela jurisprudência nem pela doutrina” (CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. Vol. 1., 5ª ed., São Paulo:Saraiva, 2006, p. 146). Há de se lembrar, porém, que referido texto foi editado em outro contexto histórico, quando as garantias individuais encontravam-se em patamar de absoluto desprezo diante da Ideologia da Segurança Nacional. Com a redemocratização e com a nova ordem constitucional, faz-se evidente a necessidade de reavaliar os entendimentos citados, que não tem mais como subsistir no momento histórico atual.

¹⁷⁶ Nesse sentido, citando Soler e sustentando (por se tratarem de crimes de perigo) a subsidiariedade de boa parte dos tipos previstos na norma, JESUS, Damásio de. Do abuso de autoridade. Revista *Justitia*, volume 59, 4º trimestre de 1967, disponível em Publicações Eletrônicas da APMP (DVD), distribuição restrita.

A Lei nº 4.898/1965, no particular aspecto da tipologia nela inserida, portanto, constitui-se em claro exemplo de imprecisão normativa voltada, nitidamente, para a expansão incontrolada do controle penal.

3.2.4 Violação da Proporcionalidade: equiparação entre o crime tentado e o consumado

A equívoca redação dos tipos em questão (art. 3º, da lei do abuso de autoridade) e sua correspondente violação da taxatividade chegam a um ponto de tamanha amplitude que acabam por afetar outros princípios básicos de sustentação do Estado Social e Democrático de Direito.

Pois, para além da estrita legalidade, a utilização da cláusula geral “qualquer atentado” tem levado a posicionamentos de desprezo ao princípio da proporcionalidade das penas, traduzido na indevida equiparação que impõe, em determinados casos de abuso de autoridade, entre a tentativa e o crime consumado.

Assim, dado que o ato de “atentar” contra algo não pode ser fracionado tem-se como solidificado na doutrina que qualquer início de execução da conduta enseja o reconhecimento total do tipo.

Nesse sentido:

Os crimes previstos nesse artigo não admitem tentativa, uma vez que qualquer atentado é punido como crime consumado. São os chamados delitos de atentado.¹⁷⁷

Ainda:

No que tange à tentativa, de se salientar que os ilícitos descritos no art. 3º, não a admitem. Falando o citado dispositivo que “constitui abuso de autoridade qualquer atentado”, tem-se que o simples tentar já consoma o crime.¹⁷⁸

Todavia, tendo-se em conta que um dos fundamentos da redução de pena presente em tal figura jurídica repousa na idéia de

¹⁷⁷ CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. p. 147.

¹⁷⁸ FREITAS, Gilberto Passos de. FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade**. p. 25

proporcionalidade e sendo esta última, mesmo, preceito constitucional regulador do direito de punir¹⁷⁹, parece evidente a ocorrência de outra grave impropriedade, não se podendo validar a equiparação dos graus de afetação do bem jurídico em um mesmo patamar sem confessar o vício de inconstitucionalidade antes apontado¹⁸⁰.

3.2.5 Violação da proibição de ultratividade da lei mais grave: a aplicabilidade da pena de perdimento do cargo público

Segundo o parágrafo 3º, alínea “c”, do artigo 6º, da lei do abuso de autoridade, uma das penas criminais cominadas para os casos previstos em tal norma constitui-se na “perda do cargo e a inabilitação para qualquer outra função pública por prazo de até 3 (três) anos”, sendo que tal pena pode ser aplicada autônoma ou cumulativamente às demais sanções previstas (multa e pena privativa de liberdade).

Trata-se de sanção de gravidade evidente e que coloca em dúvida a assertiva feita na doutrina de que a lei em questão teria cominado “penas insignificantes”¹⁸¹ para aos delitos que descreve.

A redação do preceito, de outro lado, coloca tal sanção ao lado da pena privativa de liberdade e da multa, permitindo sua aplicação autônoma ou cumulativamente¹⁸². Essa possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa da pena de perdimento do cargo e da inabilitação para cargo público apresentava-se em desintonia com a redação original do Código Penal de 1940,

¹⁷⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal.** p 64/69.

¹⁸⁰ Deve ficar claro, não se desconhece, aqui, a complexidade da tentativa, tampouco os debates relacionados ao bem jurídico lesado, cuja profundidade e amplitude não permitem venham a ser objeto de investigação nestas linhas. Destaca-se, porém, nos limites propostos, a proporcionalidade como um dos fundamentos de existência tal instituto, dotado de dimensão constitucional e, por isso, de especial consideração em matéria de garantias individuais contra o arbítrio.

¹⁸¹ CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial.** p. 140.

¹⁸² § 3º. A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em: a) multa de cem a cinco mil cruzeiros; b) detenção por dez dias a seis meses; c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos. § 4º. As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

que cominava tal sanção como pena acessória, a ser aplicada no caso de “crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pública”, ou quando o agente fosse “condenado por outro crime a pena de reclusão por mais de dois anos ou detenção por mais de quatro” (arts. 67 e 68, respectivamente)¹⁸³.

A lei do abuso, portanto, erigiu à categoria de pena autônoma o que até então era tratado como sanção acessória.

Ocorre que norma posterior a essa (Lei Federal nº 7.209 de 1984) veio a modificar a parte geral do Código Penal, abolindo as penas acessórias, dentre elas a perda da função pública, que agora passou a figurar como *efeito da condenação*: seria cabível “a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a 4 (quatro) anos”¹⁸⁴.

Através da Lei Federal nº 9.268/1996, nova modificação do artigo 92, I, do Código Penal, adveio, desta vez preconizando a ocorrência de tal efeito somente “quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública” ou “quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos”¹⁸⁵.

Frente essa sucessão de leis, parece evidente encontrar-se excluída do ordenamento jurídico-penal a possibilidade de aplicação da perda da função enquanto castigo institucional (pena)¹⁸⁶. Acessória ou principal, autônoma ou cumulativa, o fato é que tal categoria jurídica perdeu o *status* de *pena* formalmente prevista no texto penal, sendo recolocada, no sistema jurídico-penal, como *efeito da condenação*. Houve, portanto, o surgimento de lei nova mais

¹⁸³ Conforme PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil – evolução histórica**. 2ª ed., São Paulo:RT, 2001, p. 450.

¹⁸⁴ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil – evolução histórica**. p. 662.

¹⁸⁵ BRASIL. **Código penal e Constituição Federal**. 45.º ed, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48.

¹⁸⁶ Nessa linha: CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. p. 161. Em contrário, limitando-se, todavia, a colacionar acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em abono à tese: FREITAS, Gilberto Passos de. FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade**. p. 96/97.

favorável, que, como é basilar, detém força suficiente para revogar as disposições em contrário.

A exclusão dos quadros da administração pública no caso de abuso de poder, à vista da reforma empreendida em 1996, *enquanto efeito da condenação*, dificilmente alcança os crimes definidos na norma em exame, já que a pena máxima cominada na lei de abuso de autoridade não ultrapassa seis meses de detenção, ficando aquém do mínimo previsto no Código Penal em vigor para o reconhecimento de tal efeito.

Todavia, aqui entram as dificuldades e incoerências próprias ao fenômeno da *descodificação*: não raro argumenta-se com a *especialidade* do texto, negando às normas antes referidas qualquer aplicabilidade em sede de abuso de autoridade. Surge, então, o paradoxo do reconhecimento de um regramento penal autônomo, um sistema jurídico paralelo, cujo funcionamento se daria de forma desconexa às regras gerais previstas no Código Penal, com grave comprometimento da coerência do sistema.

De fato, tal entendimento faz negar às leis reformadoras antes citadas qualquer incidência em relação ao texto especial, refutando-lhes, por conseqüência, a natureza de *lei nova mais favorável* e, de tal modo, impedindo a revogação tácita da norma que até ali elevava tal conseqüência jurídica à condição de *pena criminal*.

Dentro do Estado Social e Democrático de Direito, esse raciocínio é algo absolutamente insustentável. A efetiva adoção do modelo político democrático impõe a utilização de interpretação que privilegie a coerência (o elemento sistemático, vale reiterar, opera como elemento essencial da garantia de segurança jurídica) e que incida propiciando a potencialização dos direitos fundamentais. Esses direitos, no Direito Penal, correspondem aos direitos de liberdade, aqueles que garantam a mínima interferência na esfera individual e dentro dessa perspectiva, evidentemente, o entendimento que dá preponderância à norma que qualifica ou suprime a possibilidade de declaração de perda da função pública, deve ser privilegiada.

3.2.6 A inabilitação temporária para o exercício de função pública

Já a inabilitação temporária para o exercício da função pública continua a incidir nos casos de abuso de autoridade. Não, porém, como *pena autônoma* ou *acessória*, tal qual prevista no referido diploma original, mas sim *como medida restritiva de direito* (art. 47, I, do CP), condicionada aos parâmetros do atual artigo 44 do Código Penal (mesmo prazo da pena aplicada etc.).

A disciplina do parágrafo 4º, do artigo 6º, da lei de abuso de autoridade (aplicação autônoma ou cumulativa das penas de perda do cargo e inabilitação temporária da função pública), portanto, não mais subsiste.

3.3 A RETOMADA DO IDEAL EMANCIPATÓRIO COMO ESTRATÉGIA MÍNIMA PARA A CONTENÇÃO DA INCIDÊNCIA DO SISTEMA

As considerações feitas até aqui parecem suficientes a evidenciar a possibilidade de uma nova dogmática, inspirada pelo ideal garantista, capaz de atuar, nos processos de criminalização (e especificamente no caso da criminalização relativa ao abuso de autoridade), como instrumento de contenção da incidência do sistema penal e, portanto, da violência institucional que lhe é inerente.

Na esteira da política de redução de danos antes citada¹⁸⁷, tendo sempre em conta a perspectiva dos movimentos de deslegitimação já referidos (teoria agnóstica da pena etc.), essa “nova” dogmática proposta traz como elemento fundamental o resgate do ideal emancipatório, justamente o *leitmotiv* do processo de edificação do sistema jurídico a partir da modernidade, ideal que hoje se encontra relegado a um segundo plano tanto no discurso como na *praxis* jurídica: basta perceber como os postulados do positivismo perigosista, em tempos de *direito penal de inimigos*, acabam constantemente revisitados, sendo readaptados, ao ponto da mais forte irracionalidade, para a legitimação do gerenciamento violento dos dissidentes (voluntários e involuntários) da nova ordem global instaurada.

¹⁸⁷ Pág. 83.

Em um mundo no qual a o *lasseiz-faire* volta a aparecer como o *primeiro motor* da vida social, a liberdade nas relações econômicas sobrepõe-se à dignidade humana enquanto princípio supremo de convivência coletiva. O ideal defensista, nesse contexto, ganha indiscutível hegemonia e isso explica a persistência de uma dogmática pretensamente asséptica e essencialmente técnica, protegida em seu isolamento pelos ideais neokantistas já aqui citados. É que a dogmática atual (não apenas a jurídico-penal, ressalte-se), nos moldes em que se encontra edificada, serve à reafirmação da desigualdade social vigente, já que perpetua, ainda que de forma latente, as relações de poder que sustentam a estrutura vigente. Como evidenciado pelos postulados da criminologia crítica já referidos ao longo deste texto, o sistema tende a reproduzir a desigualdade inerente à estrutura político-social-econômica na qual encontra-se inserido, reafirmado, na seletividade de sua incidência, as relações de poder em tal contexto desenvolvidas.

Cumprido, de tal modo, um papel instrumental de importante relevo na perpetuação do modelo excludente existente e isso basta a explicar sua consolidação enquanto discurso hegemônico.

Daí que a substituição do atual modelo de controle social, exercido pela via da coerção direta (prisão) e voltado para a estigmatização social do indivíduo, surge não apenas como uma opção, mas como verdadeira necessidade, não obstante todas as dificuldades que uma tarefa de tal envergadura (abolicionista) possa representar.

De fato, a natureza reconhecidamente utópica com que se reveste o abolicionismo radical (segundo a percepção existente no atual momento histórico, ressalte-se) não lhe retira a relevância enquanto diretriz para a efetivação dos processos de descriminalização, atuando, no plano ideológico, como fio condutor para a tomada de posturas de deslegitimação do sistema. A reconstrução da dogmática sob tal perspectiva aparece como algo fundamental para a superação da ideologia jurídico-penal hegemônica (Defesa Social), possibilitando, portanto, a edificação de uma nova postura ideológica, voltada

para o abandono da cultura *juspositivista/positivista-etiológica* ainda presente nos processos cotidianos de reprodução do saber penal.

A busca do ideal emancipatório, portanto, dentro da proposta garantista descrita, apresenta-se como premissa básica para esse novo devir. Uma reforma assim visada deve ser alcançada, antes de mais nada, pelo reconhecimento da necessidade de uma perspectiva interdisciplinar, voltada, teleologicamente, para a redução dos graves danos decorrentes da incidência do sistema, na linha do que foi pioneiramente proposto por Salo de Carvalho¹⁸⁸. Trata-se, pois, do resgate da efetividade dos “limites mínimos de irracionalidade do sistema” (Zaffaroni)¹⁸⁹, a ser obtida pela via da reafirmação das diretrizes limitadoras do poder punitivo, com o reconhecimento da prevalência dos princípios de direito humanitário na construção e efetivação dessa “nova” dogmática.

Essa, pois, a perspectiva aqui utilizada.

Em uma sociedade eminentemente disciplinar, onde o castigo institucional é apresentado como expressão concreta da idéia de Justiça, sendo constantemente legitimado pela reprodução de discursos de natureza utilitária (proteção de bens jurídicos etc.), não se pode esperar venha uma relação dialética envolvendo a constatação empírica e a elaboração teórica (criminologia crítica e dogmática) a se desenvolver de forma tranqüila, dado que representa claro movimento de contra-hegemonia, dotado, portanto, de contornos verdadeiramente revolucionários. A reforma garantista proposta, porém, permite o restabelecimento de critérios mínimos de racionalidade em sua aplicação, refreando o poder e reafirmando a liberdade individual como requisito indispensável à manutenção da dignidade humana. Viabiliza, de tal forma, a idéia de “mínima violação/máxima realização” dos princípios de limitação de incidência da violência institucional¹⁹⁰, tarefa a ser empreendida não apenas pelas agências

¹⁸⁸ Pg. 84.

¹⁸⁹ Pg. 66.

¹⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. p. 235/236

judiciais no exercício do poder decisório que lhes é inerente¹⁹¹, mas também, e, sobretudo, pela produção e difusão de uma nova dogmática.

¹⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. p. 235/246

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem crítica que aqui se pretendeu efetuar foi desenvolvida visando alcançar três objetivos, todos incorporados ao processo de sistematização empreendido na realização do texto e perfeitamente identificáveis a partir de sua leitura: o primeiro foi realizar o exame da formação do discurso oficial que sustenta o funcionamento do Sistema Penal ao longo do tempo, desde seu ponto de formação, na Modernidade, até os recentes postulados da criminologia de cunho sociológico.

Como ponto de partida, efetuou-se uma análise da Ideologia da Defesa Social, crença hegemônica que se encontra na base de todos os processos de criminalização atuais.

A premissa principal dessa Ideologia é a divisão maniqueísta do corpo social, formado, segundo seus postulados, pela maioria seguidora das leis e a minoria desviante, constituída de indivíduos que afrontam a ordem movidos pela intenção de violar a paz estabelecida (ou pelo perigosismo derivado de fatores biológicos, como no Positivismo Criminológico), havendo necessidade de proteger os primeiros dos atos lesivos praticados pelos segundos.

A pena criminal constituiria o instrumento dessa defesa.

Pois, em sua formulação originária, o pensamento jurídico-penal inaugurado com Beccaria e desenvolvido por Carrara e por outros, buscava, acima de tudo, a garantia da Igualdade e a Segurança Jurídica. Eram voltadas, portanto, – discursivamente - para a emancipação do indivíduo. Daí porque as primeiras formulações foram apresentadas como uma alternativa humanitária ao modelo centralizador e desigual no qual se baseava o *Ancient Regime*. Ficava claro, portanto, desde logo, o reflexo, dos ideais asseguradores do projeto burguês-capitalista que então se sedimentava, a Igualdade se apresentando como elemento necessário à justificação do modelo consensual estruturante da nova ordem política: com efeito, constituía-se ela, iniludivelmente, na base do

contrato social que legitimava a nova estrutura política, social e econômica em movimento.

O pensamento a partir daí desenvolvido é sistematizado em “escolas” de pensamento penal, classificadas pela doutrina conforme os elementos histórico e metodológico que lhes foram peculiares. Assim, sob a denominação de “Escola Clássica”, foram colocadas as diversas tendências que antecedem o pensamento criminológico de matiz antropológica - o denominado Positivismo Criminológico – caracterizado-se pela utilização do método abstrato no exame do fenômeno criminal. A “Escola Positivista” sucede a esse primeiro impulso e, valendo-se do método empírico, integrando-se ao saber médico-científico, buscava na subjetividade individual a etiologia do desvio punível.

Os postulados dessas duas tendências ainda hoje formam a base na qual se assenta o funcionamento do Sistema Penal, nela se identificando tanto a promessa de proteção do indivíduo contra o arbítrio como a defesa social de cunho biologista.

Com a incorporação do discurso sociológico, entretanto, ocorre a modificação do paradigma até então preponderante na criminologia: a análise desloca-se do homem individualmente considerado para as relações de poder existentes na sociedade. O delito, então, se “desmistifica”, deixa de ser visto como um ente ontológico, um reflexo do mal, para se constituir em uma opção política, tendo como escopo preponderante o controle social. Distingue-se, a partir daí, *criminalidade* (violência) e *criminalização* (construção social voltada para o controle social). E se comprova que a desigualdade jurídica na seleção criminalizante corresponde à desigualdade estrutural da ordem capitalista. O Sistema passa a ser visto como uma complexidade discriminatória e violenta, paradoxalmente reprodutora da mesma violência que se compromete a conter, desigualdade essa que se reproduz tanto na arbitrária seleção de bens protegidos (por exemplo, a ênfase na defesa do patrimônio) como na atuação seletiva das agências de criminalização secundária (seleção de indivíduos), movidas, quase sempre, por estereótipos ligados às camadas subalternas da população.

O Sistema Penal, sob tal perspectiva, representa um *continuum* do controle social informal (escola etc.), fundado em uma lógica essencialmente maniqueísta (bem e mal; castigo e recompensa), e que, justamente por isso, serve à reprodução e manutenção de uma estrutura de poder edificada e implementada, fundamentalmente, para a manutenção da ordem burguês-capitalista. É isso que explica sua hegemonia ao longo de todos esses séculos.

A criminologia crítica de coloração marxista, pois, evidencia a conexão entre as relações de poder derivadas da estrutura social, econômica e política e sua reprodução cotidiana pelo Sistema Penal. Nesse contexto, teorias como o Garantismo Penal e a Teoria Agnóstica da Pena revelam toda sua utilidade para a redução da violência institucional, o primeiro por sua postura naturalmente cética em relação ao Poder e a segunda reconhecendo na sanção penal um fato político, impossível de ser legitimado pelo incorporado discurso da defesa social.

O segundo objetivo aqui visado foi relacionado a questões de Política Criminal (vista, aqui, como parte da política geral). A idéia era identificar as diretrizes que nortearam a criminalização do abuso de autoridade, tal qual levado a efeito pela Lei Federal Brasileira nº. 4.898/65. Nesse ponto, ficou evidente que tal diploma corresponde a um modelo de direito penal máximo, dada a extensão do arcabouço criminalizatório que acabou por desenvolver, bem como deixa transparecer um direito penal de feição simbólica, já que insuficiente para a contenção do arbítrio. Este último aspecto é destacado nem tanto por defeitos de ordem intra-sistemática, mas principalmente pela seletividade natural do Sistema, circunstância que o torna incapaz de efetivamente alcançar os diversos abusos praticados no cotidiano social. Assim, diversas arbitrariedades cometidas contra a população subalterna, não apenas são toleradas, mas incentivadas por discursos sempre irracionais de supervalorização do valor “Segurança Pública” e de manipulação do medo coletivo, formando verdadeira “política criminal com derramamento de sangue” (Batista). O abuso, pois, passa a ser visto como instrumento necessário para o controle social e a violência dele resultante como paradoxal sinal de eficiência na atuação do Sistema.

Tudo isso evidencia a insuficiência da criminalização do abuso como forma de proteção contra a arbitrariedade: como se procurou demonstrar ao longo destas linhas, o respeito aos Direitos Humanos carece muito mais da tomada de consciência em relação à incorporação da tolerância e do respeito ao outro como valores supremos da existência democrática, do que da prevenção geral supostamente fornecida pela pena criminal.

Foram incluídas, dentro dessa mesma abordagem, determinadas práticas abusivas freqüentemente reproduzidas no cotidiano social (uso indiscriminado de algemas, em clara violação da Dignidade; buscas pessoais sem critérios, afrontando a liberdade de locomoção; exposição midiática como violação da imagem), tudo de modo a demonstrar a existência de uma *praxis*, claramente reveladora do alto grau de introjecção do abuso na consciência coletiva (e não apenas das agências de controle social formal). Fica evidente, a partir daí, a correção da assertiva de cunho sociológica na qual se funda a criminologia crítica, segundo a qual o fenômeno delitivo, em essência, é algo socialmente construído (Baratta).

O último objetivo visado corresponde a um exame da dogmática relacionada ao assunto, quando então, adotando uma posição garantista, tratou-se de evidenciar algumas das impropriedades existentes na norma incriminadora em questão. Tais disposições, apesar de visivelmente incompatíveis com o texto constitucional, ainda permanecem reafirmadas na doutrina e jurisprudência nacionais. Assim, questões como a violação da estrita legalidade na elaboração dos tipos e violação da proporcionalidade na equiparação de condutas tentadas e consumadas, bem como a necessidade de readequação das penas à disciplina jurídica posterior são aqui examinadas dentro de um contexto integrado (garantismo- criminologia crítica - teoria do crime), utilizando-se as incoerências e contradições do texto como pauta descriminalizadora, portanto como estratégia para a redução de danos derivados da incidência da violência institucional (Carvalho).

Finalmente, houve aqui um quarto desiderato, de envergadura significativamente maior e ao menos no plano da intencionalidade

perfeitamente atingido: ao tempo em que se reafirma uma posição de defesa dos Direitos Humanos, nega-se a possibilidade de que tal objetivo possa ser alcançado pela pena criminal e propõe-se a cotidiana valorização de princípios como a Ética, a Justiça e a Tolerância como a via adequada à redução da violência na convivência social.

Com isso espera-se estar contribuindo, ainda que minimamente, para a formação de uma sociedade mais justa, verdadeiramente solidária e concretamente menos desigual.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2 ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro:Revan: ICC, 2005.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. As reformas parciais e o sistema penal ou “nada acontece por acaso”. in PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord). **Justiça Penal** , n. 4, críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual. São Paulo: RT, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. introdução à sociologia do direito penal. Coleção Pensamento Criminológico, 3 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARCELLOS, Caco. **Rota 66**. A história da polícia que mata. 19.ed, São Paulo:Globo, 1993.

BASTOS JÚNIOR, Edmundo José de. Algemas. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, v. 13, Florianópolis: ESMESC, 2002.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 20, a. out-dez 1997.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>, acesso em 03/04/08.

BATISTA, Vera Malaguti. Você tem medo de quê? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 53, mar-abr 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Hemus, 1983.

BIANCHINI, Alice; ANDRADE, Léo Rosa de. Inoperatividade do direito penal e flexibilização das garantias: o (ab)uso do direito penal na era da globalização. *In*: CABIE, Eduardo *et al* (org.). **Constituição, Justiça e Sociedade**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. v. 1.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. 10 ed., São Paulo: Saraiva: 2006. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda** - razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed., rev. e amp., São Paulo: editora UNESP, 2001.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte Geral. 5 ed., revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. 1.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2 ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** – estudo criminológico e dogmático. 3 ed., reescrita, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2 ed., Revista e Ampliada, São Paulo: Brasiliense, 2006.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. Coleção História do povo brasileiro. 6ª reimpressão. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de Luís Leiria, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CHRISTO, Carlos Alberto Libânio (Frei Betto). Privatização da revolta. **Folha de São Paulo**, caderno Opinião. Disponível em www1.folha.uol.com.br/fsp/opinião/fz2711200709.htm, acesso em 27/11/2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; CARVALHO, Edward Rocha de. **Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?**. in Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n. esp., p. 6-8, out. 2003.

DICIONÁRIO HOUASSIS, verbete “algema”, disponível em <http://houaiss.uol.com.br/>, acesso em 20/04/2008.

DOTTI, René Ariel. Sobre a condenação de Tiradentes. in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a I, v I, São, Paulo:RT, 1993.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes, com a colaboração de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antônio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función jurisdiccional en el Estado de Derecho. In: ATINEZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho**. México: UNAM, 2005, p. 87-108. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>, acesso em 08/05/2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. Caderno Cotidiano. **Corregedoria pune menos os coronéis**. Disponível em www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2004200715.htm, acesso em 20/04/2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. Caderno cotidiano. **Laudos trazem indícios de tortura, diz OAB**. Disponível em www.1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0607200721.htm, acesso em, 06/07/2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. Caderno cotidiano. **Cabral afirma que os mortos eram “marginais”**. Disponível em www.1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0607200722.htm, acesso em, 06/07/2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. Caderno cotidiano. **Sociólogo também aponta abuso de força**. Disponível em www.1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff607200703.htm, acesso em, 16/07/2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. Caderno cotidiano. **Polícia do Rio mata 41 civis para cada policial morto**. Disponível em www.1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1607200701.htm, acesso em, 16/07/2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. Caderno cotidiano. **Nove morrem em ação do Bope; coronel diz que PM do Rio é “o melhor inseticida social”**. Disponível em www.1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1604200827.htm, acesso em, 16/04/2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir** – história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalhete. 26 ed., Petrópolis: Vozes, 2002.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**. Parte geral. 15 ed., atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *In*, PODVAL, Roberto. (org.) **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos** – notas sobre a lei 8.072/90. São Paulo: RT, 1991.

FREITAS, Gilberto Passos de. FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade**. 6 ed., ampliada e revista, de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo:RT, 1995.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: introdução á história da sociedade patriarcal no Brasil. 42 ed. - Rio de Janeiro: Record, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia** – introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95-Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução da primeira parte de Luiz Flávio Gomes. 2 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo:RT, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 3 ed, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1, t. 1.

JESUS, Damásio de. Do abuso de autoridade. Revista Justitia, São Paulo, v. 59, 4º trimestre de 1967, disponível em Publicações Eletrônicas da APMP (DVD).

KARAM, Maria Lúcia. Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. Disponível na *internet*: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 16 de novembro de 2007.

KOSOVSKI, Ester. Abuso de poder: novas medidas contra a prepotência. **Ciência Penal- Coletânea de estudos – Homenagem a Alcidez Munhoz Neto**. Curitiba: JM Editora, 1999.

LEAL, João José. **Direito penal geral**. 3 ed, Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

LEAL, João José. Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 40, a. 10, out-dez 2002.

LEAL, João José. **Crimes hediondos** – aspectos políticos-jurídicos da lei nº 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95** – juizados especiais criminais e da jurisprudência atual. São Paulo: RT, 1997.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 6 ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1995.

MESQUITA NETO, Paulo de. SALLA, Fernando. Uma análise da crise de Segurança Pública de maio de 2006. *in, Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São paulo, n. 68, set-out 2007

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 11 ed., São Paulo: Atlas, 2003.

NEUMAN, Elías. El abuso de poder en la policía latinoamericana. *In* **Doctrina penal- teoría y práctica en las ciencias penales**. a. 13, n. 49 a 52, Buenos Aires: Depalma, 1990.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Leis especiais (aspectos penais)**. 2 ed., revista atualizada e aumentada, São Paulo: LEUD, 1992.

NOTÍCIAS DO STF. **11ª Súmula Vinculante do STF limita o uso de algemas a casos excepcionais**. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94467>, acesso em 15/08/2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil – evolução histórica**. 2 ed., São Paulo:RT, 2001.

PODVAL, Roberto, BICUDO, Tatiana Viggiani. A reforma pontual e seus dissabores. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.41, p. 02, maio 1996.

PODVAL, Roberto, BICUDO, Tatiana Viggiani. Reformas pontuais x reforma abrangente. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.45, ago. 1996.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Globalização e direito penal. In CAMBIE, Eduardo et al (org.) **Constituição, Justiça e Sociedade**. Florianópolis:OAB/SC Editora, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10 ed., revista, São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA SANCHÉS, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Série As Ciências Criminais no Século XXI, vol. 11, São Paulo:RT, 2002.

SOARES, Luiz Eduardo; BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo. **Elite da tropa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. A recepção do positivismo criminológico no Brasil. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n 68, set-out 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed., 11ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Recurso criminal nº. 2004.008948-1**, publicado no DJ 11.504, de 30/08/2004, edital 538/04.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Habeas corpus nº 008.03.024606-4**, 1ª vara criminal da comarca de Blumenau-SC.

TROPER, Michel. Verbete “Positivismo”. *In*: ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Tradução sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Eliana Aguiar. 2 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Vol 1 - teoria geral do direito penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral, 2. ed, revista e atualizada, São Paulo: RT, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ANEXOS

LEI Nº 4.898, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1965¹⁹²

Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente lei.

Art. 2º O direito de representação será exercido por meio de petição:

a) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção;

b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.

Parágrafo único. A representação será feita em duas vias e conterá a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se as houver.

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

a) à liberdade de locomoção;

b) à inviolabilidade do domicílio;

c) ao sigilo da correspondência;

d) à liberdade de consciência e de crença;

e) ao livre exercício do culto religioso;

f) à liberdade de associação;

g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;

¹⁹² Fonte: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm, acesso em 26/04/2008.

h) ao direito de reunião;

i) à incolumidade física do indivíduo;

j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. *(Incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/79)*

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;

d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;

e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;

f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;

g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;

h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. *(Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89)*

Art. 5º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

§ 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em:

a) advertência;

b) repreensão;

c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;

d) destituição de função;

e) demissão;

f) demissão, a bem do serviço público.

§ 2º A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros.

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;

b) detenção por dez dias a seis meses;

c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.

§ 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

§ 5º Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

art. 7º recebida a representação em que for solicitada a aplicação de sanção administrativa, a autoridade civil ou militar competente determinará a instauração de inquérito para apurar o fato.

§ 1º O inquérito administrativo obedecerá às normas estabelecidas nas leis municipais, estaduais ou federais, civis ou militares, que estabeleçam o respectivo processo.

§ 2º não existindo no município no Estado ou na legislação militar normas reguladoras do inquérito administrativo serão aplicadas supletivamente, as disposições dos arts. 219 a 225 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).

§ 3º O processo administrativo não poderá ser sobrestado para o fim de aguardar a decisão da ação penal ou civil.

Art. 8º A sanção aplicada será anotada na ficha funcional da autoridade civil ou militar.

Art. 9º Simultaneamente com a representação dirigida à autoridade administrativa ou independentemente dela, poderá ser promovida pela vítima do abuso, a responsabilidade civil ou penal ou ambas, da autoridade culpada.

Art. 10. Vetado

Art. 11. À ação civil serão aplicáveis as normas do Código de Processo Civil.

Art. 12. A ação penal será iniciada, independentemente de inquérito policial ou justificação por denúncia do Ministério Público, instruída com a representação da vítima do abuso.

Art. 13. Apresentada ao Ministério Público a representação da vítima, aquele, no prazo de quarenta e oito horas, denunciará o réu, desde que o fato narrado constitua abuso de autoridade, e requererá ao Juiz a sua citação, e, bem assim, a designação de audiência de instrução e julgamento.

§ 1º A denúncia do Ministério Público será apresentada em duas vias.

Art. 14. Se a ato ou fato constitutivo do abuso de autoridade houver deixado vestígios o ofendido ou o acusado poderá:

a) promover a comprovação da existência de tais vestígios, por meio de duas testemunhas qualificadas;

b) requerer ao Juiz, até setenta e duas horas antes da audiência de instrução e julgamento, a designação de um perito para fazer as verificações necessárias.

§ 1º O perito ou as testemunhas farão o seu relatório e prestarão seus depoimentos verbalmente, ou o apresentarão por escrito, querendo, na audiência de instrução e julgamento.

§ 2º No caso previsto na letra a deste artigo a representação poderá conter a indicação de mais duas testemunhas.

Art. 15. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia requerer o arquivamento da representação, o Juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa da representação ao Procurador-Geral e este oferecerá a denúncia, ou designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no arquivamento, ao qual só então deverá o Juiz atender.

Art. 16. Se o órgão do Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo fixado nesta lei, será admitida ação privada. O órgão do Ministério Público poderá, porém, aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva e intervir em todos os termos do processo, interpor recursos e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Art. 17. Recebidos os autos, o Juiz, dentro do prazo de quarenta e oito horas, proferirá despacho, recebendo ou rejeitando a denúncia.

§ 1º No despacho em que receber a denúncia, o Juiz designará, desde logo, dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, que deverá ser realizada, improrrogavelmente, dentro de cinco dias.

§ 2º A citação do réu para se ver processar, até julgamento final e para comparecer à audiência de instrução e julgamento, será feita por mandado sucinto que, será acompanhado da segunda via da representação e da denúncia.

Art. 18. As testemunhas de acusação e defesa poderão ser apresentada em juízo, independentemente de intimação.

Parágrafo único. Não serão deferidos pedidos de precatória para a audiência ou a intimação de testemunhas ou, salvo o caso previsto no artigo 14, letra "b", requerimentos para a realização de diligências, perícias ou exames, a não ser que o Juiz, em despacho motivado, considere indispensáveis tais providências.

Art. 19. A hora marcada, o Juiz mandará que o porteiro dos auditórios ou o oficial de justiça declare aberta a audiência, apregoando em seguida o réu, as testemunhas, o perito, o representante do Ministério Público ou o advogado que tenha subscrito a queixa e o advogado ou defensor do réu.

Parágrafo único. A audiência somente deixará de realizar-se se ausente o Juiz.

Art. 20. Se até meia hora depois da hora marcada o Juiz não houver comparecido, os presentes poderão retirar-se, devendo o ocorrido constar do livro de termos de audiência.

Art. 21. A audiência de instrução e julgamento será pública, se contrariamente não dispuser o Juiz, e realizar-se-á em dia útil, entre dez (10) e dezoito (18) horas, na sede do Juízo ou, excepcionalmente, no local que o Juiz designar.

Art. 22. Aberta a audiência o Juiz fará a qualificação e o interrogatório do réu, se estiver presente.

Parágrafo único. Não comparecendo o réu nem seu advogado, o Juiz nomeará imediatamente defensor para funcionar na audiência e nos ulteriores termos do processo.

Art. 23. Depois de ouvidas as testemunhas e o perito, o Juiz dará a palavra sucessivamente, ao Ministério Público ou ao advogado que houver subscrito a queixa e ao advogado ou defensor do réu, pelo prazo de quinze minutos para cada um, prorrogável por mais dez (10), a critério do Juiz.

Art. 24. Encerrado o debate, o Juiz proferirá imediatamente a sentença.

Art. 25. Do ocorrido na audiência o escrivão lavrará no livro próprio, ditado pelo Juiz, termo que conterà, em resumo, os depoimentos e as alegações da acusação e da defesa, os requerimentos e, por extenso, os despachos e a sentença.

Art. 26. Subscreverão o termo o Juiz, o representante do Ministério Público ou o advogado que houver subscrito a queixa, o advogado ou defensor do réu e o escrivão.

Art. 27. Nas comarcas onde os meios de transporte forem difíceis e não permitirem a observância dos prazos fixados nesta lei, o juiz poderá aumentá-las, sempre motivadamente, até o dobro.

Art. 28. Nos casos omissos, serão aplicáveis as normas do Código de Processo Penal, sempre que compatíveis com o sistema de instrução e julgamento regulado por esta lei.

Parágrafo único. Das decisões, despachos e sentenças, caberão os recursos e apelações previstas no Código de Processo Penal.

Art. 29. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de dezembro de 1965; 144º da Independência e 77º da República.

H. A. CASTELLO BRANCO

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)